ENCICLOPEDIA ESPAÑOLA

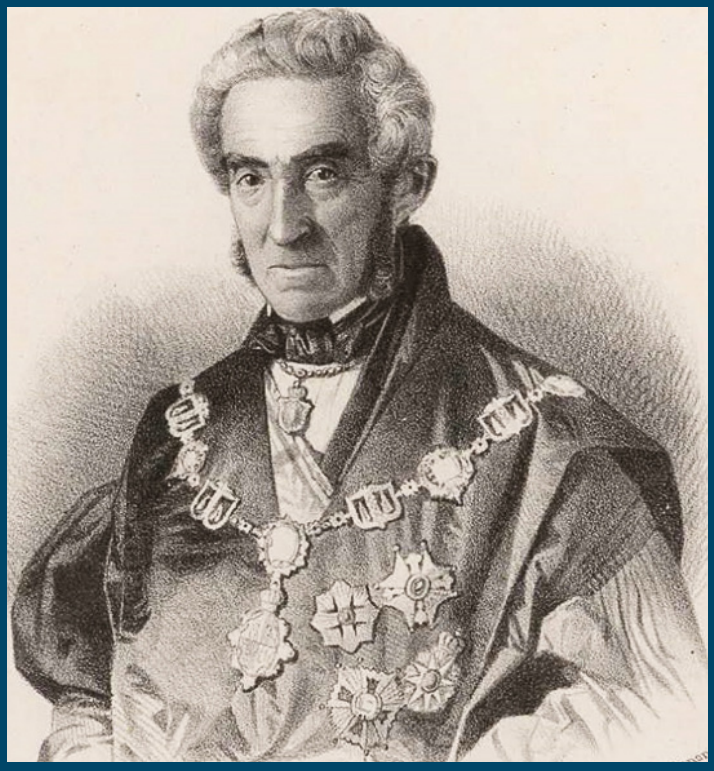
DE

DERECHO Y ADMINISTRACIÓN

O

Nuevo teatro universal de la legislación de España e Indias

Lorenzo Arrazola



TOMO IV

Arrepentimiento - Ausente

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

ENCICLOPEDIA ESPAÑOLA DE DERECHO Y ADMINISTRACIÓN

ENCICLOPEDIA ESPAÑOLA DE DERECHO Y ADMINISTRACIÓN

o

Nuevo teatro universal de la legislación de España e Indias

Por Lorenzo Arrazola

Tomo IV

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2024

Primera edición: abril 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-Arrendatario

Tomo IV

Arrepentimiento-Ausente

Tomo V

Austria (Casa de)-Beneficencia

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

Colegislador-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,

O

Nuevo Teatro Universal de la Legislacion

DE ESPAÑA E 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. José de Mesa.
D. Cirilo Alvarez Martinez.

Indocti discant, et ament meminisse periti.

Tomo IV.

MADRID.
IMPRENTA DE LOS SEÑORES ANDRES Y DIAZ,
Plazuela del Duque de Alba, núm. 4.

1851.

ENCICLOPEDIA ESPAÑOLA

DE

DERECHO Y ADMINISTRACION,

Ó

NUEVO TEATRO UNIVERSAL DE LA LEGISLACION

DE ESPAÑA É INDIAS.

A

ARREPENTIMIENTO. En lo moral el pesar de haber hecho alguna cosa. Dícese generalmente de las cosas malas ó ilícitas. Algunas veces, sin embargo, se usa aun hablando de cosas moralmente buenas. Así se dice que nos arrepentimos de haber hecho un beneficio, cuando vemos que ha recaido en un ingrato, ó en persona que abusa de él. En el primero de los dos casos acompaña siempre, y si no debe acompañar, al arrepentimiento el propósito de no reincidir, y de revocar y reparar siendo posible. De otro modo el arrepentimiento es mera veleidad, puesto que en lo moral, en la apreciacion de las acciones humanas, no solo se atiende al hecho esterno, si no al principio de que procede.

En lo jurídico se atiende principalmente al hecho esterno; hallando por tanto arrepentimiento cuando quiera que conste, y no puede ser si no por hechos, de una voluntad contraria, acompañe ó no pesar de lo ejecutado, ni propósito de reparacion; pues, aun sin él, la ley compelerá á verificarla en los casos y en la forma prescrita por la misma.

Por eso en el órden jurídico la palabra *arrepentimiento* tiene una significacion mas lata que en lo moral, equivaliendo, segun los casos, á las de revocar, desistir, apartarse, separarse, etc. Así anuncia arrepentimiento, ó mutacion de voluntad, el que revoca un testamento ó donacion, el que se aparta ó separa de un pleito ó recurso, el que renuncia á un mal propósito, desiste de una ejecucion, etc.

La aplicacion, pues, y desenvolvimiento especial de la espresion genérica *arrepentimiento* ha de verse en las multiplicadas

equivalencias y casos diversos en que puede ser aplicada. Una cosa, sin embargo, ha de tenerse como un principio ó regla general, y es que, en lo jurídico y convencional, nadie puede arrepentirse en perjuicio de tercero sin someterse á indemnizacion ó reparacion.

Esta regla tiene dos limitaciones en lo criminal. Es la primera respecto de los cómplices, y la segunda respecto de la sociedad, que es siempre un tercero perjudicado en los crímenes y delitos. La razon en el primer càso es que, entre correos, cómplices y encubridores, la cuestion principal recae siempre sobre materia ilícita, no sucediendo lo mismo en los contratos y otros actos civiles, siendo ademas un principio de moralidad y conveniencia, que debe rechazarse siempre la reclamacion *ob turpem causam*, y así lo han estimado todos los derechos. Los cómplices, pues, y correos pueden separarse de su mal propósito, sin tomar en cuenta que resulte ó no perjuicio á otro cómplice, ó correo.

La razon en el segundo caso es que entre un mal mayor y otro menor, hay siempre ventajas en evitar el primero, y la sociedad en tal supuesto redime un mayor daño con la relevacion de pena en mayor ó menor escala, dado el arrepentimiento ó desistencia del delincuente en consumar un delito. La razon legal, que no es otra que el principio político y de prudencia *minima de malis*, es aplicable lo mismo á la sociedad que á los particulares; pero aquella, sin esponerse á ser injusta, no puede compeler á estos á que renuncien á un derecho propio, cual es la indemnizacion de daños y perjuicios; mientras ella no irroga injusticia á nadie en renunciar el suyo por el bien comun.

Hemos dicho que en lo civil el arrepentimiento tiene diversas aplicaciones, con la misma ó análoga denominacion, que no merecen un artículo separado, y antes mas cómodamente se trata cada una con el hecho ó caso principal á que se aplican, siempre sin salir de la esfera del interés privado. No sucede así en lo criminal. En este terreno el arrepentimiento, su amplitud ó restricciones y todas sus consecuencias se ligan siempre al órden público, y en este sentido merece un artículo especial.

Grave y árdua, sin embargo, es la cuestion, al haber de determinar hasta qué punto la sociedad puede llevar la impunidad de los delincuentes en el caso de desistencia ó arrepentimiento.

No hablamos del mero pensamiento ó propósito de delinquir. La legislacion romana adoptó como un principio lo que lo era y lo será siempre por la razon universal y por todos los derechos, esto es, la máxima de Ulpiano: *cogitationis pœnam nemo patitur*, contraida por supuesto al *foro esterno* (1). Esto mismo proclamó á su vez el derecho canónico (2). Lo propio, en fin, repite la ley 2, tít. 31 de la Partida 7. «Pensamientos malos, dice, vienen muchas vegadas en los corazones de los homes, de manera que se afirman en aquello que piensan, para cumplirlo por fecho; et despues deso asman que si lo compliesen, que facian mal, et repiéntense. Et por ende decimos que cualquier home que se repintiese del mal pensamiento, ante que comenzase á obrar por el, que non meresce por ende pena ninguna, por qué los primeros movimientos de las voluntades non son en poder de los homes.»

Pero, como se ve, en los testos citados no se determina el perdon ó remision de lo que pudiera castigarse, si no que únicamente se establece el límite de donde debe partir ó hasta donde puede llegar la ley civil en el castigo de los delitos: se consigna meramente el principio de que el pensamiento no puede castigarse por la ley civil sin escederse: *Cogitatio non meretur pœnam lege civili*, dice el derecho canónico en el lugar antes citado, *cum suis terminis contenta est.* De este modo se establece la verdadera teoría, á saber: *el mero pensamiento no es del resorte de la ley humana*, por la razon sencillísima de que la ley, si nó ha de ser injusta, no puede castigar sin pruebas; y mal

(1) Digesto, 18 de pœnis.
(2) Distincion 1, causa 35, cuest. 5, cap. 14 y 20.

puede probarse lo que no es un hecho: y aun entre las cosas susceptibles de prueba, no puede, ni debe castigar, si no lo que daña á la sociedad: de otro modo no podria dar una razon aceptable de ese procedimiento.

Esto nos hace notar, y no podemos menos de indicarlo aquí, una inexactitud de la ley de Partida, inconveniente inseparable del sistema de legislar, haciendo que la ley dé la razon de su precepto. Dice la de Partida antes citada, que la de no castigarse el pensamiento es *porque los primeros movimientos de las voluntades no son en poder de los homes*. Pero la misma ley habia dicho antes, que vienen pensamientos á los hombres *de una manera «que se afirman en aquello que piensan para cumplirlo por fecho.»* No son estos, por cierto, *los primeros movimientos de las voluntades*: los movimientos que la filosofía llama *primo primi*, á los cuales falta todavía la *atencion deliberada*, que es la causa filosófica de la *imputabilidad* de las acciones humanas, la razon y principio cardinal del *mérito ó demérito*. Pero ¿cómo suponer esa falta de atencion, cuando el hombre *se afirma en aquello que piensa, para ponerlo por fecho*, que es decir, cuando *advierte que piensa mal*, y advirtiéndolo, *delibera* llevar á ejecucion lo que piensa? Es que en la cuestion que desenvolvemos la razon no es la que dá la ley, si no la que prescriben el sentido natural y la buena filosofía, y dejamos indicada.

La cuestion, pues, que hemos llamado árdua y delicada, no es si el pensamiento mero ha de castigarse ó no, que eso no tiene duda, ni necesita otra demostracion en el último sentido que una esplanacion sucinta, con sujecion á principios filosóficos, como lo hemos verificado: hemos dado aquella calificacion á la exencion de pena por hechos positivos, punibles en sí, en cuyo caso el problema se reduce á hacer compatibles la *impunidad* y la *delincuencia*.

Pero, como la sociedad no castiga por venganza, si no para prevenir males y repararlos: como, de no poder conseguir absolutamente lo primero, lo cual no está en la naturaleza de las cosas, reporta siempre una ventaja, y es en un todo conforme á sus fines, que el número de los males inevitables sea el menor posible, segun antes hemos indicado, es claro que si la sociedad tiene interés en que los hombres no sean malos, lo tiene igualmente *en que no sean peores*, una vez lanzados por desgracia en la senda del mal. El que es ya bastante malo ú obcecado para concebir un crímen y dá principio á su ejecucion, no hay duda que se hará peor consumándolo, y lo consumará mas fácilmente, si no halla ventaja en retroceder, y si arrostra la misma responsabilidad empezando que concluyendo. Si el que roba ha de morir, como el que roba y mata, segun la antigua legislacion, matará siempre, pues ya no aventura mas en librarse de denunciadores del crímen. En el convencimiento científico y profundo de estas verdades incontestables está fundada la teoría del *arrepentimiento*, que debe ser favorecido en interés de la sociedad, en cuanto este sumo interés lo permitá, y cuidando siempre de no confundirlo con el desengaño ó la imposibilidad desesperada de los criminales.

Así lo han comprendido y comprenden todas las legislaciones, aunque no todas fomenten del mismo modo y den igual estension á la teoría.

Para aplicarla con sistema, y aun para esponerla con claridad y precision, lo propio que la graduacion de las penas, debe partirse como de una base cardinal y necesaria de la *generacion del crímen*. La que se desprende de todas las legislaciones, y que está en la naturaleza de las cosas, en los delitos colectivos ó de mas de un autor, comprende necesariamente seis grados, á saber: *pensamiento* de delinquir: *proposicion*: *conspiracion* ó concierto: *tentativa* ó principio de ejecucion: *delito frustrado*: *delito consumado*, y todavía la teoría añadirá para su complemento, no un grado, pero sí un punto de vista mas, y será el de *delito juzgado*.

No es necesario advertir que en los crímenes ó delitos de un solo autor, *la gene-*

racion de los mismos no comprende el segundo y tercer grado.

Ya hemos demostrado que el grado primero, filosóficamente comprendido ó del modo que lo hemos espuesto, cae fuera del dominio de la ley. En el segundo, tercero y cuarto cabe retroceso, y ellos son por lo tanto la base cardinal de la teoría. En el quinto y sesto, y lo propio respecto del delito juzgado, ya no hay mas alternativa que la ley inexorable, ó la real clemencia. Ahora veremos cómo ha sido comprendida esta teoría por diversas legislaciones, y cómo lo es por el código penal español de 1848.

Nada decimos de la legislacion romana, pues sabido es que si en lo civil llegó á ser la *razon escrita*, no alcanzó igual grado de perfeccion en lo criminal.

Nuestra antigua legislacion, bajo el punto de vista del presente artículo, esto es, del *arrepentimiento* ó desistencia espontánea en la ejecucion de un delito, puede reputarse toda reasumida en las leyes 2, tít. 13 ya citada, y 5, tít. 2 de la Partida 7. En cuanto al pensamiento de delinquir hemos visto filosófica á la primera de estas leyes respecto del principio; pero no así de la razon dada por ella.

Lo propio sucede en los demas grados. Distingue bien la *proposicion*, *conspiracion* y *tentativa*, y por tanto el delito *frustrado* y el *consumado*; pero niega al parecer el *arrepentimiento* en los delitos graves, autorizándolo únicamente en los leves. Pone por ejemplo en el primer caso la traicion, el asesinato, el envenenamiento y el rapto de muger con conato de violacion. En cuanto á los delitos de esta naturaleza establece que, cuando el delincuente ha puesto cuanto estaba de su parte para la consumacion del crímen en términos «que non finó por él de lo complir, si pudiera, meresce »ser escarmentado, *bien así como si lo hoviese complido*;» mas en todos los otros yerros, añade, «que son menores que estos, maguer los pensasen los homes de facer, et comenzasen á obrar, si se *repintiesen* antes que el pensamiento malo se cumpla por fecho, non meresce pena ninguna.»

No es posible desconocer la confusion é incoherencia, la mezcla de sólidos y de erróneos principios que ofrece la presente ley. Anuncia desde luego que va á hablar del *arrepentimiento*: habla efectivamente de él en su última parte respecto de los delitos menos graves: debia inferirse lo propio en cuanto á los graves, tanto mas, cuanto que unos y otros constituyen los dos estremos de la comparacion que establece; y sin embargo, segun el contesto de la misma, si en los leves se *repiente* el hombre, y en los graves lleva su perseverancia criminal hasta el punto de *que non finca por él* si el delito no se consuma, es claro que habla en cuanto á ellos del *delito frustrado*. Dado que así no fuese, aun seria mayor error negar absolutamente el *arrepentimiento* en los delitos en que por su gravedad y trascendencia mas conviene favorecerle, y en que, favorecido, es mas posible, por la fluctuacion, dificultad y mayores compromisos que acompañan á los delitos atroces, aun en un ánimo depravado. Aun habria que preguntar: si en los delitos atroces, cuya consumacion no *finca* por el delincuente, este ha de sufrir la pena, ¿qué será cuando *finque* por él, esto es, cuando se arrepienta ó desista? Y á la inversa: si en los delitos leves el arrepentimiento, segun la ley, exime de toda pena, ¿qué sucederá si se *frustran* ó dejan de consumarse contra la voluntad del agente, pues que la ley en su comparacion no contrapone estremos análogos, si no opuestos, como lo son la *frustracion* y el *arrepentimiento*, callando respecto de los casos inversos? Y la incoherencia sube de punto, mientras en la segunda de las leyes citadas se establece que los que proyectasen el delito de traicion, si *antes de la jura*, esto es, antes de la *conspiracion*, *se repintiesen*, denunciando el hecho, no solo se libran de toda pena, si no que *merecen galardon*, lo cual no tendrá lugar, y sí solo la relevacion de pena, si se apartasen y denunciasen el hecho despues *de la jura*.

Debe tenerse presente que las que serian dificultades insuperables en una legislacion

que tuviese una escala rigurosa de delitos y penas, con la consiguiente prohibicion de castigar otros hechos que los que espresamente tuvieren pena señalada por la misma, no lo eran en nuestra antigua legislacion en que la calificacion del hecho y de su pena estaba casi totalmente en la prudencia del juzgador.

A otras cuestiones ha dado lugar la disposicion de la ley de Partida en cuanto establece, al parecer, que el delito *frustrado* hubiera de castigarse con la misma pena que el consumado; pero de ello corresponde tratar cuando se hable de estas especies ó fases del delito.

El código francés establece en su artículo 108, «que los culpables de conspiraciones, y otros crímenes, contra la seguridad interior y esterior del Estado, que antes de toda tentativa ó principio de ejecucion, y de que haya empezado el procedimiento, sean los primeros á denunciar á la autoridad la conspiracion ó el crímen, y los autores y cómplices de él, quedan exentos de pena: como lo quedarán tambien los que, aun habiendo empezado ya el procedimiento, procuren el arresto de los autores ó cómplices, si bien podrán tales denunciadores quedar sometidos por toda su vida, ó por tiempo determinado, á la vigilancia de la autoridad.»

Por el art. 56 del código austriaco, «el individuo de una sociedad secreta, cuyo objeto sea un delito de alta traicion contra la seguridad del Estado, que por un impulso de arrepentimiento revele á la autoridad la existencia de la sociedad, sus individuos, planes y estatutos, cuando todo fuese todavía oculto, y sin mediar aun perjuicio de ningun género, obtendrá completo perdon, y se guardará secreto, ademas, sobre su denuncia.»

Segun el art. 108 del código del Brasil, si los conspiradores desisten de su propósito abandonando la conspiracion antes que sea conocida, no habrá lugar á formacion de causa.

Y añade el art. 109, que podrán disfrutar de esa gracia los conjurados que aisladamente se separen, segun queda indicado, aunque los demas continúen en su mal propósito.

Nuestro código penal en fin de 1848, sigue en parte á las legislaciones hasta aquí citadas, y en parte se separa: ha sufrido ademas sobre este punto notables modificaciones en su edicion reformada de 1850, y todo exije que examinemos la reforma y lo reformado con alguna estension.

El art. 3.° es uno mismo en las dos ediciones. Establécese en términos generales, y por tanto respecto de todos los delitos indistintamente, que no solo son punibles los *consumados*, sino los *frustrados*, y la tentativa, estableciendo se dá el primero, cuando el culpable, poniendo cuanto esté de su parte, no consigue su mal propósito por circunstancias independientes de su voluntad, y la segunda cuando el delincuente dá principio á la ejecucion directamente y por hechos esteriores, y no continúa en ella por cualquier causa que no sea *su propio* y *voluntario desistimiento*. Ahora preguntaremos: ¿qué sucederá cuando uno y otro caso se verifique por desistimiento del culpable? ¿Quedará este relevado de toda pena? *A contrario sensu* habia que inferirlo, pues el Código no lo dice; pero no se prestan fácilmente, ni sin peligro á estas interpretaciones, ni otras análogas, legislaciones tan estrictamente sistemáticas como el Código penal. Mas como el mismo establece que no se castigarán otros actos ú omisiones que las que la ley califique espresamente de delitos ó faltas, hay que responder en términos generales, que pues no se califican de tales espresamente el delito frustrado y la tentativa que no continúa por desistencia voluntaria del culpable, no son punibles. Pero ¿qué sucederá si algunos de los hechos que constituyen la tentativa ó el delito frustrado, son, digámoslo así, una entidad completa en el órden penal, esto es, una falta ó un delito, independientemente de que continúe ó no la ejecucion del hecho principal, como lo son las heridas, los golpes, el desacato, el atentado, etc.? Que estos hechos se castigarán, no como ten-

tativa ni delito frustrado, no por su malicia relativa, sino por su malicia absoluta, como si se hubiesen cometido aisladamente, y no como medios de un fin de mayor criminalidad. De este modo se concilian perfectamente los principios siguientes del código, deducidos de su propia letra: no se castigará ningun hecho ú omision que no tenga pena señalada por la ley: se castigarán todos los hechos ú omisiones calificadas de delitos ó faltas, ó que tengan pena señalada. Todo lo cual se corrobora con lo dispuesto en el art. 68 que dice: «no producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes, que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, ó que esta haya espresado al describirlo y penarlo.»

A otra cuestion puede todavía dar lugar la disposicion del art. 77. Ordena el 76 que al culpable de dos ó mas delitos ó faltas se le impondrán todas las penas correspondientes á las diversas infracciones, salvo la modificacion que indica el mismo; pero prescribe el ya citado art. 77: «que la disposicion del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos ó mas delitos, ó cuando el uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro; pues en estos casos solo se impondrá la pena correspondiente al delito mas grave, aplicándola en su grado máximo.» Y ahora bien: suspendida la ejecucion *por propio y voluntario desistimiento*, que son las palabras del art. 3, es cierto que falta el delito principal y que en la comparacion hacia veces de *fin*: en este caso, ¿qué pena se impondrá al delito ó delitos que hacen veces de *medio*, pues no puede aplicárseles la del menor, puesto que no existe? La que les corresponderia como delito aislado, aun cuando fuera mayor la señalada al delito principal que deja de consumarse, pues no habiendo tenido lugar por virtud del arrepentimiento, falta el caso del art. 77.

En vista de lo dicho puede asentarse como regla general que el Código español en todos los delitos de un solo autor, y en que por tanto no hay términos hábiles para que haya proposicion ni conspiracion, aunque de un modo negativo, pero no por eso menos eficaz por virtud del sistema que domina en el mismo, autoriza el arrepentimiento.

En la práctica, sin embargo, ofrecerá alguna dificultad en la mayor parte de los casos la calificacion de delito *frustrado*, ora por la voluntad, ora contra la voluntad del agente, pues la que parece cuestion de hecho, se resuelve en realidad en cuestion de designio ó de pensamiento. El que armado de un puñal se propone solo herir, y consuma el hecho, llega al mismo punto que el que se propone asesinar, y habiendo solo conseguido herir, desiste por voluntad, ó contra ella. El sostendrá indudablemente lo primero: ¿cuál será el criterio de verdad en este caso? El que lo es en todas las cuestiones de hecho: la apreciacion jurídica de lo alegado y probado, así por el culpable, como por el ministerio fiscal, toda vez que la intencion se deduce de los hechos, así como por ellos habrá de deducirse la de ocasionar menos daño que el causado realmente al haber de aplicar la tercera de las circunstancias atenuantes del art. 9 que habla en este sentido. De todos modos para los efectos de la penalidad no resultarán en ningun caso inconvenientes de consideracion por el sistema dominante en el Código, pues si se arriba á la demostracion de delito *frustrado*, este tiene su pena señalada; y si no se arriba, la tendrán los hechos punibles, como delitos especiales, al tenor de que ya queda manifestado.

Hasta aquí las cuestiones y consecuencias á que dá lugar la disposicion del artículo 3. Pero habia otras en la primera edicion del Código y las hay en la reformada de 1850, que parecen contrariar algun tanto lo que queda manifestado, y merecen por lo mismo una esplanacion conveniente.

Decia la parte primera del art. 4 del código de 1848: «La conspiracion y la proposicion para cometer un delito solo son posibles en los casos en que la ley las pena, especialmente.»

El art. 145 establecia, y establece, esta pe-

na en los delitos de traicion; pero añadia en su parte última: «Exime de toda pena el desistimiento de la conspiracion ó proposicion, dando parte y revelando sus circunstancias á la autoridad pública, antes de haber comenzado el procedimiento.»

Castigábalas y las castigan asimismo y en la propia forma en los delitos de lesa magestad los arts. 161 y 162.

La proposicion y la conspiracion se castigan tambien por los arts. 173 y 180 en los delitos de rebelion y sedicion; y luego el 188 decia: «Quedan exentos de toda pena los conspiradores ó los autores de proposicion para los delitos de rebelion ó sedicion que espontáneamente y de comun acuerdo desistiesen de su propósito, abandonando del todo sus resoluciones anteriores. Tambien se eximirán aquellos que dieren parte de la conspiracion y sus circunstancias á la autoridad pública, antes de haber comenzado el procedimiento.»

Tenemos, pues, que si por el art. 3 no eran punibles la proposicion y la conspiracion para cometer un delito, sino cuando así espresamente lo determinase la ley, hay ya ciertos casos colectivos ó genéricos en que así se verifica, y es en los delitos de traicion, lesa magestad, rebelion y sedicion. Pero en solo dos años trascurridos entre la primera y segunda edicion del Código ocurrieron hechos que demostraron que la malicia y la procacidad de los delincuentes iba, como siempre, mas allá de la benevolencia del legislador. Se dió el caso de concertarse en una plaza pública el delito de robo, como pudiera hacerse de un asunto lícito, y formada causa sobre ello, haber tenido que sobreseer, porque, no siendo punible la proposicion y conspiracion, sino cuando así espresamente lo determinase la ley, y no determinándolo esta sino en los delitos de traicion, rebelion y sedicion, es claro que el caso caia fuera del Código. Estendióse, pues, la disposicion de este, y en la edicion reformada de 1850, suprimida la parte 1.ª del art. 4, la parte 3.ª del 143 y todo el 188, quedó modificado el 4 en su parte 1.ª en la forma siguiente: «Son tambien punibles la proposicion y la conspiracion para cometer un delito:» añadiéndole ademas un cuarto párrafo que dice: «exime de toda pena el desistimiento de la proposicion ó conspiracion para cometer un delito, dando parte, y revelando á la autoridad pública el plan y sus circunstancias, antes de haber comenzado el procedimiento.»

Comparando la reforma y lo reformado, resultan las siguientes diferencias: 1.ª que antes no eran punibles la proposicion y la conspiracion, sino en casos especiales determinados por la ley; y ahora lo son en todos los delitos en que pueden tener lugar, ó sea en los delitos de mas de un autor, que por eso hemos llamado *colectivos*: y 2.ª que por la primera edicion del Código eximia de toda pena el desistimiento voluntario y unánime de todos los conjurados; y por la reforma se eximen únicamente denunciando el plan y sus circunstancias, y eso antes de haber comenzado el procedimiento.

De la primera diferencia está indicada la razon, aun cuando este no es el lugar de tratar de ella. La razon de la segunda ha sido la casi imposibilidad de que la desistencia unánime se verifique, y porque en un caso así es muy fácil á los culpables disfrazar con la máscara del arrepentimiento una estrategia criminal que deje intactos sus medios, mientras es mas eficaz y mas útil para la sociedad el que hayan de revelarlos, siendo indudable por otra parte que entredos medios de tan diversos resultados para su propósito inicuo, lo natural es que los criminales eligiesen siempre el primero, quedando así anulado por el hecho mismo y malogrado el segundo. Si, pues, estos dos medios se perjudicaban y escluian, era clara la necesidad de haber de eliminar el menos útil.

Autorízase ademas el desistimiento en la proposicion y conspiracion antes de que la autoridad haya empezado á proceder, siendo la razon el que ya en ese caso la publicidad escluye, ó hace muy dudosa, la idea de espontancidad en la desistencia.

Hemos visto cuánto han fijado su atencion sobre esta circunstancia las legislacio-

nes estrangeras: el código francés exige todavía que los culpables sean los primeros á denunciar, y el del Brasil no concede la gracia ó exencion de pena sino cuando la conspiracion ofrece bastante cuidado por esceder de 20 individuos. De la comparacion resulta ademas que el Código español es indudablemente el mas liberal respecto de los desistentes voluntarios, no obstante haber sido formado y publicado bajo el imperio terrible de revoluciones y sediciones, de turbaciones intestinas, de luchas políticas prolongadas y cruentas.

De lo dicho hasta aquí es preciso inferir, ó que no hay completa uniformidad en el Código respecto de los delitos de un solo autor y los colectivos, bajo el punto de vista del arrepentimiento ó desistencia, ó que los arts. 3 y 4 hoy, y antes el 3 y los ya citados 143, 161, 162, 173, 180 y 188, establecen un sistema diferente entre unos y otros delitos, lo que nada tendria de estraño, pues siempre son mas trascendentales los colectivos por el mayor número de autores, entre otras razones por el mayor aliento que presta el número, por la mayor dificultad en la represion y por la mayor dificultad tambien en aplicar el rigor de la ley en los delitos de muchedumbre, lo cual conduce con frecuencia á la impunidad absoluta ó parcial, y esta á la audacia y á la reincidencia. Asi vemos que el código del Brasil releva de formacion de proceso por desistencia voluntaria, no en cualquier delito colectivo, sino cuando el número de conspiradores ó culbles esceda de veinte.

Y ahora se ve de lleno con cuánta razon digimos en un principio que era no poco dificil establecer en estos casos la línea divisoria entre la justicia y la clemencia ó hacer hasta cierto grado compatibles la *delincuencia y la impunidad*. Para derramar, pues, cuanta luz nos sea posible sobre este punto importante, reduciremos á cuestiones prácticas lo que aun nos falta que decir en conclusion del presente artículo.

1.ª Segun el nuevo art. 4 de la edicion reformada del Código, *exime de toda pena* el desistimiento con las circunstancias que indica el mismo: ¿hasta dónde se estenderá la exencion de *toda pena*? A las penas estrictamente tales, segun el Código y la calidad del delito por los grados de este que hayan precedido á la desistencia. Si esta se verifica, formalizada la proposicion, los reos quedan exentos de las penas de ella; si formalizada la conspiracion, de las correspondientes á esta, y á la proposicion. Pero si para llegar á ellas se hubiesen cometido actos que merezcan por sí solos la calificacion de delitos, y si ademas unos hubiesen servido de medio para cometer otros, se tendrá presente lo que hemos manifestado sobre este punto en casos análogos, lo cual se corrobora con lo dispuesto en el artículo 184, que previene que los delitos particulares cometidos en una rebelion ó sedicion, ó con motivo de ellas, serán castigados respectivamente segun las disposiciones del Código: y cuando no puedan descubrirse los autores de ellos, serán penados como tales los gefes principales de la rebelion ó sedicion. Así en el delito de rebelion, por ejemplo, la pena señalada á la proposicion por el artículo 177 es la de prision correccional y de prision mayor á la conspiracion. De estas penas y de todas las accesorias que pudieran corresponder, se libran los culpables que hubieren llegado á la proposicion ó conspiracion por los medios ordinarios. Pero si para realizar la proposicion ó conspiracion sin riesgo hubieren atropellado á un centinela, preso, ó faltado al respeto á una autoridad, ó cometido otros delitos, sufrirán la pena de ellos, como delitos particulares y segun las reglas ya sentadas.

2.ª ¿De qué pena se librarán los reos de proposicion, ó de proposicion y conspiracion, en caso de desistir sin revelar las circunstancias del crímen? El Código pena terminantemente dichos delitos: exime de la pena únicamente con una condicion, que es la de revelar; en no cumpliéndola, es claro que no se está en el caso de la gracia, y la desistencia ó arrepentimiento solo servirá como circunstancia atenuante, al tenor de lo dispuesto en el pár. 8 del art. 9 para interesar

la real clemencia. Si la ley parece en esto algun tanto rigorosa, debe tenerse presente que quien al cabo se presenta generosa es ella, cuando el hombre es ya culpable; y ademas que si surtiera el mismo efecto el arrepentimiento sin revelacion que con ella, nadie revelaria, y la gracia venia entonces á inutilizar su fin, ó á favorecerla culpabilidad. Aun por lo que hace á la real clemencia, hay que procurar que no contraríe en tales casos la justicia y el fin de la ley, teniendo presente ademas que el culpable que se resiste á revelar, si no las personas, las cosas, en lo cual se halla siempre menos repugnancia, se presenta mas atento á su peligro que al de la sociedad, mas decidido hácia el delito que al verdadero arrepentimiento. Véase todavía en la cuestion de justicia lo que con relacion al artículo 182 decimos de las subsiguientes.

3.ª ¿Qué disposicion del Código es aplicable en el caso de que los culpables de proposicion ó conspiracion para delinquir desistan de su propósito, hallándose dispuestos á revelar? Grande es el interés de la sociedad en evitar los crímenes, en facilitar que el que ya por desgracia es malo, no sea peor, y por tanto, en favorecer, en vez de dificultar, el arrepentimiento; pero estas, que no pueden pasar de consideraciones generales, en el terreno práctico tienen que subordinarse á otras no menos atendibles. Por otra parte lo que puede ser, ó es positivamente una gran razon en el derecho constituyente, no es siempre lo dispuesto en el derecho constituido; y limitando á este la presente cuestion, es en un todo aplicable á ella cuanto hemos dicho en la anterior, porque la letra de la ley no consiente otra cosa, salvo que en este caso la condicion de los reos es mas ventajosa, pues la circunstancia atenuante lo es aquí indudablemente en mayor grado, y mayor la razon para inclinar, como inclinará de seguro la real clemencia, si es que esta no se adelanta á invitar con el perdon por medio de las autoridades gubernativas, como regularmente sucede en estos casos, á los que ya en el camino de la perdicion conviene mas retraer que dejar precipitar.

4.ª Mayor dificultad presenta el resolver si en los delitos colectivos, en la acepcion que hemos dado á esta palabra, única en que puede darse conspiracion ó concierto para delinquir, tiene lugar la teoría que en el principio de este artículo hemos asentado sobre tentativa y delito frustrado por arrepentimiento ó desistencia espontánea, y si en el caso afirmativo lo tendrá tambien, aun cuando los culpables no se presten á revelar. Grande es al parecer la incoherencia ó la diversidad de sistema en los casos indicados. Estableciendo el artículo 3.º que son punibles la tentativa y el delito frustrado, cuando este tiene lugar, y aquella no pasa adelante por circunstancias independientes de la voluntad del culpable, ó lo que es lo mismo, por otra causa que su propio y voluntario desistimiento, hemos inferido por una necesidad que en este punto se identifica con el sistema del Código, que cuando ocurre el segundo caso, los culpables se libran de pena; pues si no, vendria á castigarse un hecho no penado espresamente por el Código. Pero eso se concibe bien en los delitos no susceptibles de proposicion, ni de conspiracion: ¿mas qué diremos en los susceptibles de ellas en que la ley no releva de pena sino revelando el plan criminal y sus circunstancias? ¿No parece contradictorio permitir en un mismo delito, en el de rebelion ó sedicion por ejemplo, permitir, decimos, el arrepentimiento en la tentativa y frustracion, y no así en la proposicion y conspiracion? ¿No resultará diverso sistema, y si no, incoherencia y aun contradiccion tambien entre los delitos de un solo autor y los de muchos, si resolviésemos la cuestion negativamente? Y sin embargo, no hay medio. Si decimos que en los delitos de muchedumbre tiene lugar el arrepentimiento en los grados de tentativa y por delito frustrado, salta á la cara que no mismos no le haya de haber respecto de los grados de proposicion y conspiracion: y si se dice que el arrepentimiento no tiene lugar en los grados cuarto y quinto de la ge-

neracion del crímen, se vé la notabilísima, y al parecer injustificable diferencia en este punto entre los delitos de muchedumbre y de un solo autor. Algunas razones hemos indicado ya en la primera de las cuestiones que vamos tratando, que justificarian un diverso sistema entre unos y otros delitos, y aun entre los diversos grados ó estados de uno mismo; sin llegar á la contradiccion, inclinámonos á creer que esto sucede en los casos de que vamos hablando. Nuestra tarea por otra parte no es la de poner de acuerdo la ley consigo misma, sino la de esponerla con sujecion á su sistema y sus bases, y en este caso decimos que, no obstante cerrarse la puerta al arrepentimiento respecto de la proposicion y conspiracion en los delitos susceptibles de ellas, el rigor de los principios, el sistema inflexible del Código obliga á asentar, que aun en tales delitos há lugar al arrepentimiento para no llevar adelante la tentativa, ni consumar el delito, y que en este sentido debe fijarse la jurisprudencia.

Opinamos así en primer lugar porque el Código mismo hace diferencia entre la proposicion y conspiracion y los últimos grados de tentativa y consumacion: y segundo, porque no estableciendo restriccion alguna respecto de los últimos grados, como lo hace en cuanto á los primeros, caen aquellos bajo la disposicion del art. 3.° que ya hemos espuesto en su lugar.

Corrobora lo dicho, y no entra por poco para nuestro propósito, la disposicion humana y previsora del art. 182, el cual ordena que cuando los rebeldes ó sediciosos se disolvieren ó sometieren á la autoridad legítima antes de las intimaciones, ó á consecuencia de ellas, quedarán exentos de toda pena (ya hemos dicho cómo entendemos esta exencion) los meros ejecutores de [illegible]to [illegible]quiera de aquellos delitos, y tambien [illegible]es prá[illegible]iciosos comprendidos en el art. 175, [illegible] fuesen empleados públicos, y que los [illegible]ribunales en este caso rebajarán á los demas culpables de uno á dos grados las penas señaladas en las dos secciones anteriores que tratan de la rebelion y sedicion.

Debe notarse que aun cuando el artículo 181 previene que «luego que se manifiesten la rebelion ó sedicion, la autoridad gubernativa intimará dos veces á los culpables que se disuelvan; puede la rebelion ó sedicion, cuando se manifiestan, hallarse mas adelante de la conspiracion: puede tardar la autoridad en moverse contra los rebeldes por cien causas, disculpables ó no, y hasta por la justísima de no hallarse con medios prontos: puede, aun moviéndose á tiempo, tardar en hallarse al frente de los sublevados, y por este conjunto de causas hallare el levantamiento en sus últimos grados, y sin embargo, la ley muy oportunamente no limita el momento, lo cual podria inutilizar su designio en el mayor número de casos, y todo ello revela su favor hácia el arrepentimiento. Despues de lo dicho se vé que si nuestro sistema ó modo de comprender las disposiciones del Código, ofreciesen inconvenientes, los ofreceria el contrario mucho mayores.

6.ª Pero ¿no habrá inmoralidad en que un conspirador designe, ó lo que viene á ser lo mismo, denuncie á sus cómplices? Como dice muy oportunamente uno de los comentaristas del Código, no es mucho lo que puede contarse con la moralidad de los delincuentes. Pero como quiera que sea, es menester no formarse ideas exajeradas de la moralidad, como se forman de la humanidad, cuando en ciertas teorías no se halla bastante compasion para los criminales, ni bastante acritud contra la sociedad, que en perseguirlos se defiende, en lo cual cumple con un deber, y usa de un derecho, por lo menos tan sagrado, como el que puede asistir á los delincuentes; y como tambien se forman del honor, cuando á su nombre se huellan la moralidad y las leyes, y no se reputa ileso aquel, si no conculcándolas, como sucede en el duelo. A su vez se podria preguntar: ¿es muy moral exijir respeto para el crímen, pues no debe perderse de vista que se trata de un designio criminal, único que quedaria favorecido por el silencio? Por esa exajeracion podria concluirse que es inmoral la accion popu-

lar, la denuncia de un crímen, y hasta la declaracion de un testigo, pues que muchas veces hay que ahogar en ello un sentimiento de humanidad ó bondad, mas noble seguramente que el que puede animar á un criminal respecto de su cómplice, y solo por ese vituperable y punible motivo, verificándose que todo, como hemos dicho ya, es un crímen en cuya consecuencia por la fuerza misma de las cosas, si la revelacion fuese inmoral, el silencio es una circunstancia criminosa. En el peor caso otra cosa seria evidente y bastaria para justificar la disposicion de la ley, tratándose, como se trata, de evitar un daño grave contra la sociedad, y es, que es mas cierto que sea criminal la complicidad y el silencio del culpable, que no que sea inmoral la revelacion. Cabe inmoralidad en inducir á un hombre á que haga alianza, aunque sea con los malos, y les prometa su fé para perderlos: será aquella todavía mas cierta si él induce al mal, en que no se habia pensado, para denunciar despues: puede darse tambien cuando el que denuncia rompe para ello por vínculos íntimos de familia, aun cuando se trate de un hijo á quien su propio padre haya arrastrado al crímen: se concibe la inmoralidad, por último, en revelar por interés, por cálculo, por premio, sin otra razon superior y lícita, que si no hace plausible el caso, lo haga perplejo, como lo hará siempre, ya que no fuera mas, el haber de constituirse voluntariamente causa de males graves, y tal vez irreparables, por no revelar; ó el haber de faltar á deberes sagrados, como por ejemplo, los que nos ligan á la patria; pero ninguno de esos es el caso del Código. El culpable se ha lanzado voluntariamente en la via del crímen: revela por alejar de sí un peligro, y alejarlo de la sociedad, ó de un número mayor ó menor de ciudadanos; y su silencio puede ocasionar la consumacion de uno ó de muchos crímenes. Difícil será demostrar en estos casos que la ley es inmoral, y que lo es la sociedad en combatir su propio peligro.

Si fuera necesario justificar al Código español, y si fuera digno el hacerlo con falsos medios, aun diriamos que el francés y el austriaco exigen espresamente que en el caso de que vamos hablando hayan de declarar á los cómplices; mientras el español, como para atenuar las formas, y dejar mayor amplitud al prudente arbitrio de los tribunales, para aplicar la gracia de la ley, habla solo de revelar el *plan y sus circunstancias*. Pero nosotros creemos que cien veces la revelacion será estéril sin nombres propios, y que estos vienen comprendidos por lo tanto en la enunciativa general *circunstancias*; si bien no será desacertada, peligrosa, ni contraria al fin de la ley una jurisprudencia, que establezca no obstar al arrepentido ó desistente para gozar de la exencion de pena, el no revelar sus cómplices, ó no revelarlos todos, con tal que las *circunstancias*, ó los hechos de que se dá conocimiento á la autoridad, basten para impedir el crímen y que la ley sea cumplida, en cuyo caso no podia menos de hallarse plausible la fórmula, estudiadamente genérica, segun creemos, del Código español.

7.ª Concluiremos con una cuestion de derecho constituyente, que al propio tiempo seria la clave de la jurisprudencia, que hubiera de introducirse, esplicando ó supliendo dentro de sus límites propios el Código penal, y es, si no convendria ampliar mas el favor de la ley respecto del arrepentimiento ó desistencia voluntaria. En teoría no puede haber duda, ni falta de conveniencia en esta enunciativa. Debia haber lugar al arrepentimiento, en todos los grados del crímen y hasta el momento de su consumacion, porque siempre gana la sociedad en que aquella no se verifique: siempre hay conveniencia en impedir que el malo sea peor: no cabe duda, ni casi cabe comparacion, entre el arrepentimiento y la consumacion de un crímen. Pero por desgracia no hay favor de que el malo no se halle dispuesto á abusar.

El que es bastante protervo para conculcar las leyes severas y eludir su sancion penal, lo es igualmente para hacer servir á su dañado designio hasta á la indulgencia y

la clemencia, llegándose por este medio al propio terrible estremo de hacer al malo peor. Por eso es difícil trazar *á priori* la línea entre la clemencia y el rigor inexorable, la cual se traza indudablemente mejor *á posteriori*, y en cada caso, que es el fundamento filosófico y racional de la *grandiosa* y *temible* prerogativa de gracia. Para no abandonar en todo á esta los fueros de la justicia, conviene que el criminal proceda siempre bajo el supuesto seguro, bajo la alternativa saludable, de que si está la primera en el mundo, existe la segunda tambien. De aquí en la práctica las dificultades que no se ofrecen en teoría. La regla mas acertada seria que debe llevarse la indulgencia hasta hacerla compatible con la justicia; pero como esto mismo es una idea general y puramente teórica, la regla algo mas práctica que puede establecerse es que la ley en este caso, obrando en el sentido de la justicia, debe ser mas bien restrictiva que lata en punto á indulgencia, dejando el resolver en *concreto* y *á posteriori* á la política y á la prerogativa de gracia. Deben tenerse en cuenta tambien las circunstancias y el siglo en que se legisla: y bajo de este punto de vista creemos que no puede ser tachado de poco liberal, y antes hemos dicho que lo es mas que todos, el Código español.

Réstanos solo examinar el arrepentimiento en el último estado del delito: en el de *delito juzgado*. El arrepentimiento en este caso, demostrado por la buena conducta, es tomado en consideracion para remisiones de pena, y lo era aun para alzar la retencion á los sentenciados á presidio con esta calidad. Los gefes de rematados deben proponer para rebajas á los reos que lo merezcan por su conducta; pero esto ha sufrido variacion, ya porque las circunstancias han hecho hasta prodigar la real gracia de indulto, ya por el nuevo sistema penal del Código, que ha abolido la mencionada pena de presidio con retencion, y esta materia ha de verse en los artículos **INDULTO**, **PRESIDIO**, **PENA**; creyendo nosotros por lo demas que cualquiera que sea el sistema penal y presidial que se adopte, siempre conviene que la legislacion establezca un aliciente para el arrepentimiento y mejor de conducta de los rematados, y que debe ser conocido y determinado para que pueda ser tomado en cuenta por los penados, para arreglar con esperanza su comportamiento, y para regularizar en lo posible la prerogativa de gracia.

ARRESTO. Esta palabra ha tenido en el lenguaje jurídico dos distintas significaciones, espresándose por ella, ya el estado de detencion en que se colocaba á una persona habida por delincuente para instruir el sumario ó asegurar los resultados de la causa, ya la reclusion ó encierro por corto tiempo y en lugar determinado impuesta á una persona como pena de un delito ó falta.

Hasta la publicacion del Código penal se ha usado la palabra arresto en las dos acepciones que acabamos de determinar; mas en este solo se emplea en el segundo concepto, es decir, como pena, que es tambien el que de antiguo viene dándosele en la milicia.

El arresto como prision preventiva se llama en dicho Código *detencion*, por cuyo motivo nos abstenemos de dar á conocer aquí quién tiene el derecho de detener ó mandar detener á una persona, en qué casos procede la detencion y con qué penas se castigan las detenciones arbitrarias ó ilegales. V. **DETENCION.**

La pena de arresto es, segun el Código vigente, correccional y leve, dándose á la primera el nombre de arresto mayor, y á la segunda el de arresto menor (1).

Consiste el arresto mayor en estar el penado en la casa pública destinada á este fin sin poder salir de ella durante el tiempo de su condena, y en estar forzosamente sujeto á los trabajos del establecimiento hasta hacer efectivas la responsabilidad civil y la indemnizacion de los gastos que en él ocasione: cuando haya cubierto aquella y satisfecho estos, podrá ocuparse en trabajos de su eleccion, siempre que sean compatibles con la disciplina reglamentaria (2).

(1) Art. 24 del Código penal reformado.
(2) Arts. 111. 106 id.

El sentenciado á arresto mayor, sujeto al trabajo forzado en los casos que dejamos espuestos, cumplirá su condena en el establecimiento situado en la provincia de su domicilio ó en una de las mas inmediatas, y en el mismo departamento que los sentenciados á prision correccional (1). Mas si no está sujeto al trabajo forzado, en este caso debe cumplir su condena en la cárcel ó edificio público destinado á este efecto en la capital del partido. La falta de los establecimientos penales que supone el Código, ha hecho que, mientras se crean, se cumpla el arresto mayor en el primer caso fuera de la capital del partido y en el mismo departamento que los condenados á prision correccional.

El arresto mayor puede durar de uno á seis meses (2), y se prescribe á los diez años (3).

El arresto menor consiste en estar encerrado en las casas del ayuntamiento ú otras del público, ó en las del mismo penado, cuando así se determine en la sentencia, sin poder salir de ellas en todo el tiempo de la condena.

El arresto menor puede durar de uno á quince dias, y se prescribe á los cinco años.

Con la pena de arresto mayor castiga la ley muchos de los delitos que califica de menos graves ,y con el arresto menor algunos delitos menos graves y muchas faltas, como puede verse en los artículos á ellos correspondientes.

El arresto en la milicia se impone como castigo de una falta y consiste en estar, por el tiempo que dura, en la compañia ó en la guardia de prevencion, si el penado es de tropa; y si fuese de la clase de oficiales, en la guardia de prevencion ó en su alojomiento. La facultad de arrestar corresponde á los superiores respecto de los inferiores que cometen alguna falta de disciplina, y su ejercicio depende de su prudente arbitrio. Su duracion no tiene límite por la ordenanza, aunque debe suponerse que debe ser de corto tiempo.

(1) Disposiciones transitorias, 6 Código penal.
(2) Art 26 Código penal
(3) Art. 136 Código penal.

ARRIANISMO. De Arrio, sacerdote de Alejandría que vivió en el siglo IV, hereje, cuyos errores condenó el Concilio de Nicea y otros, y consistian en negar la *consustancialidad* del Verbo, la cual declaró como de fé el mencionado Concilio. El arrianismo, sin embargo, se estendió inmensamente, y segun una espresion histórica, el mundo todo parecia haberse hecho arriano. Los godos trajeron á España esta herejía que terminó en ella con la conversion de Recaredo al catolicismo. En el resto de la cristiandad sucumbió tambien, prevaleciendo la autoridad y decisiones de los Concilios de Nicea y de Sardica.

ARRIBADA. Llámase así la entrada ó llegada de una embarcacion á un puerto ú otro punto de las costas, la cual puede ser voluntaria, si es el puerto de su destino, ó forzosa, si se verifica en otro punto distinto, por efecto de malos temporales ó de otro cualquier accidente. Aunque á primera vista parece que este simple hecho tiene escasa relacion con la legislacion general del Estado, es sin embargo uno de los objetos de mas solicitud y mayores precauciones para la administracion pública de todos los paises. Como los puertos y las costas son el punto de acceso para todos los pueblos que se ejercitan en la navegacion, el derecho de gentes y el asentimiento universal tienen reconocida en todas las naciones, que poseen costas marítimas, la facultad de someter los buques que á ellas arriban á cuantas restricciones entienden ser razonablemente necesarias para proteger y fomentar sus grandes intereses sociales. Así la seguridad nacional, la salud pública, el interés del fisco, la industria del pais, y la proteccion del comercio, son otros tantos objetos á que atienden esmeradamente las leyes de toda nacion marítima con ocasion de la llegada á sus puertos, calas ó ensenadas de cualquiera clase de naves.

En este artículo no nos proponemos dar á conocer las medidas y precauciones de que son objeto las embarcaciones á su llegada á los puertos, calas, fondeaderos o cualquier otro punto de la costa en los ca-

sos de guerra, ni las que se refieren á la salud pública, ni tampoco al interés del fisco y proteccion de la industria nacional, por la sencilla razon de ocuparnos de ellas en los artículos principales referentes á estas materias, tales como **BLOQUEO**, **REPRESALIAS**, **SANIDAD**, **ADUANAS**, etc. Solo consideramos en este lugar las arribadas en su relacion con el comercio marítimo, para dar á conocer los derechos y obligaciones que producen entre el capitan de la nave, el naviero y los cargadores conforme á lo prescrito en el código mercantil.

La arribada de una nave hemos dicho al principio puede ser voluntaria ó forzosa. Ningun capitan puede entrar con su nave voluntariamente en puerto distinto del de su destino. Hay sin embargo algunos casos en que les es lícito arribar á un punto diferente. En estos casos la arribada recibe por la ley la calificacion de forzosa.

Esta arribada forzada puede ser ademas legítima ó no legítima, segun sea, ó no imputable al capitan ó naviero la causa de ella, porque puede suceder muy bien que la arribada sea á la vez lícita é imputable como veremos despues, pues una cosa es el permiso que concede la ley para que las naves puedan en ciertos casos arribar á un punto distinto del de su destino, y otra que sea ó no imputable al capitan ó naviero el hecho que produce la arribada en aquellos casos. Es, pues, del mayor interés para la cuestion que nos ocupa el determinar con toda claridad los casos en que es lícita la arribada á un punto diferente de aquel á que está destinada la nave, así como aquellos en que es ó no imputable al capitan ó naviero la arribada forzosa, porque solo con estos precedentes pueden fijarse con toda exactitud los derechos y obligacienes que de ella nacen entre las personas cuyos intereses pueden sentir mas ó menos perjuicio por aquella circunstancia.

Por regla general á ningun capitan le es lícito arribar con su nave á un punto distinto del de su destino (1).

Esta regla tiene en la ley tres únicas escepciones, en las cuales le es lícito arribar: primera, por falta de víveres: segunda, por temor fundado de enemigos y piratas: y tercera, por cualquier accidente en el buque, que lo imposibilite para continuar su navegacion (1). La regla general fundada en motivos de órden administrativo, no es, ni deberia ser inexorable, atenúa su rigor en vista de consideraciones mas elevadas de humanidad ó conveniencia, estableciéndose por ellas las escepciones de permiso que acabamos de determinar.

Estas tres escepciones constituyen otras tantas causas de arribada lícita á un punto distinto del de su destino, y para que quede debidamente justificada su existencia, debe el capitan del buque, cuando sobrevenga alguna de ellas, examinarla y calificarla en junta de oficiales de la nave, con presencia de los interesados en el cargamento que se hallen en ella, debiendo ejecutarse lo que se decida por la mayoría de aquellos, y asentarse la resolucion que se adopte en el diario de navegacion, en cuya acta se hará tambien espresa y literal mencion de las reclamaciones y protestas que se hagan por los interesados en el cargamento. Solo los oficiales y capitan de la nave tienen voto en esta junta, siendo de calidad el del capitan, pues los demas que deben asistir á ella no tienen mas derecho que para instruirse de la discusion y reclamar y protestar lo conveniente (2). Esto se funda en que el negocio es facultativo, y en que los interesados en el cargamento pueden poner á salvo sus justos derechos con solo reclamar ó protestar la resolucion.

Si cuando exista alguna de las causas por las cuales es lícita la arribada de un buque á un punto distinto del de su destino, tiene necesidad el capitan de convocar la junta de oficiales y de ejecutar lo que en ella se decida, claro es que pueden darse casos en los que no se lleve á efecto la arribada, á pesar de existir justa causa para ello. La

(1) Art. 685, Cód. de Com.

(1) Art. 969 id. id.
(2) Arts. 969, id. id.

arribada por alguna de aquellas causas, solo debe tener lugar cuando la estime y resuelva la junta de oficiales en los términos que hemos espuesto. De aquí se sigue, que no siempre que exista una causa justa de arribada forzosa, es de absoluta necesidad que esta se verifique, como creen algunos, por tomar la palabra *forzosa* en una acepcion que no tiene en esta materia. Si existiendo la causa no se estima, y sigue el buque su curso, y se ocasionan por esto perjuicios á los interesados, habrá lugar á su reclamacion contra los responsables por aquel acto.

Las justas causas de arribada forzosa pueden provenir, bien de caso fortuito ó de fuerza mayor, ó bien de dolo, negligencia é imprevision del naviero ó del capitan de la nave. En el primer caso á nadie puede hacérsele responsable de la arribada forzosa (1): lo contrario sucede en el segundo, por el principio general de que el dolo y la culpa son imputables y arrastran consigo responsabilidad. Por eso declara la ley que debe tenerse por legítima, es decir, por no imputable, toda arribada forzosa que no proceda de dolo, negligencia é imprevision del naviero ó del capitan (2).

Síguese de aquí, que en todos los casos en que las causas lícitas de arribada forzosa procedan de dolo ó culpa del naviero ó capitan de la nave, será aquella imputable, sujetándolos de consiguiente á responsabilidad. Entre estos casos enumera la ley los siguientes:

1.° Si la falta de víveres procediere de no haberse hecho el aprovisionamiento necesario para el viaje, segun uso y costumbre de la navegacion, ó de que se hubiesen perdido ó corrompido por mala colocacion ó por descuido en su buena custodia y conservacion.

2.° Si el riesgo de enemigos ó piratas no hubiere sido bien conocido, manifiesto ó fundado en hechos positivos y justificables.

3.° Cuando el descalabro que la nave hubiese padecido tenga orígen de no haberla reparado, pertrechado, equipado y dispuesto competentemente para el viaje que iba á emprender

4.° Siempre que el descalabro provenga de alguna disposicion desacertada del capitan, ó de no haber tomado las que convenian para evitarlo (1).

Estos cuatro casos espresados en la ley, no son los únicos que pueden ocurrir y que se hallen comprendidos en la regla general. Puede haber otros muchos en que la justa causa de arribada forzosa proceda de dolo, negligencia ó imprevision del naviero ó del capitan de la nave, y siempre que esto resulte acreditado, la arribada forzosa es un hecho que les es imputable y que afecta su responsabilidad.

Señalados ya los casos en que existe justa causa para la arribada forzosa, y los en que esta es ó no es imputable al naviero ó capitan de la nave, vamos ahora á determinar las obligaciones y derechos que de ella nacen en unos y en otros, que es el segundo punto que nos hemos propuesto dar á conocer en este artículo.

En todos los casos de justa arribada forzosa no imputable, son de cuenta del naviero ó fletante los gastos que por ella se ocasionen (2), y en los que es imputable, son ademas responsables mancomunadamente el naviero y el capitan de los perjuicios que á los cargadores puedan ocasionarse (3). El análisis de cada una de estas reglas generales, nos llevaria á entrar en muchas cuestiones que tienen su lugar oportuno en el artículo **AVERIAS**, á donde referimos al lector para evitar repeticiones.

Verificada la arribada forzosa á un punto distinto del prefijado para el viaje de la nave, comienza la série de formalidades consiguientes á ella y al descargo de géneros, caso necesario, que con toda minuciosidad hemos dado á conocer en el artículo **ADUANAS**, en cuanto interesa al órden administrativo, reservándonos esplicar en los artí-

(1) Arts. 832, Cód. de Com.
(2) Art. 973, Cod. de Com.

(1) Art. 973, Cód. de Com.
(2) Art. 970, id. id.
(3) Art. 971, id. id.

culos CAPITAN, NAVIERO Y FLETAMENTO todos los demas particulares que se refieren á la responsabilidad que unos y otros tienen respecto á los cargadores y equipaje.

ARRIBADAS (JUEZ DE). V. JUEZ DE ARRIBADAS.

ARROGACION. V. ADOPCION.

ARSENAL. De la palabra arábiga *dursenaa*, que significa *atarazanas*, establecimiento del Estado en que se construyen, reparan y conservan los buques, y los pertrechos y efectos para su equipo y armamento.

Los arsenales son objeto del derecho bajo el punto de vista de la jurisdiccion y como establecimientos penales. En el primer concepto la jurisdiccion especial porque se rigen los arsenales en lo civil y penal corresponde al fuero privilegiado de marina, y ha de verse por lo tanto en el artículo correspondiente.

Como establecimientos penales, segun la legislacion y la jurisprudencia anteriores al código actual, eran el lugar en que debian cumplir su condena muchos sentenciados por delitos graves. La real cédula de 12 de marzo de 1771 disponia que los reos condenados á galeras cumpliesen su condena en los arsenales de Cádiz, Ferrol y la Coruña, segun el distrito del tribunal que los sentenciase, lo cual se determina tambien en la misma, destinados al trabajo de bombas y otros mas penosos, sujetos con cadenas de dos en dos. En la misma cédula se adoptaban disposiciones que conciliaban el rigor con la humanidad y miramientos posibles. Hoy, cambiada por el Código actual la penalidad, ha quedado abolida toda la antigua legislacion, en lo que no sea conforme; y sobre el destino de los rematados, ha de estarse á las disposiciones del Código y de la ley de 26 de julio de 1849, sobre prisiones, de lo cual tratamos en su lugar oportuno.

ARTEFACTO. Se dice generalmente que en el lenguaje legal es peligroso, esto es, sumamente difícil, el definir con exactitud. Y aunque esto sea una verdad, y hasta una verdad necesaria, no deja de ser una verdad perjudicial, lamentable, puesto que la definicion en lo jurídico y administrativo, encierra unas veces la cuestion de hecho y otras la de derecho, bases cardinales del juicio y para la aplicacion de la ley. En el artículo DEFINICION nos proponemos demostrar este punto, mas importante de lo que á primera vista parece, y entre tanto lo que para nosotros era antes de ahora una verdad, en gran parte teórica, ha venido á serlo eminentemente práctica, cuando obligados á definir con la mayor frecuencia, hallamos en cada artículo, unas veces la dificultad y otras la casi imposibilidad de hacerlo con la debida exactitud, lo cual tiene lugar, mas que en otras materias, en cuanto á las artes y á lo que tiene relacion inmediata con ellas.

Y con efecto: proviniendo de las artes casi la totalidad del movimiento social, y siendo por lo tanto concernientes á las mismas una parte muy considerable de las transacciones públicas y entre particulares: constituyendo ademas las personas dedicadas al ejercicio de las artes, especialmente de las mecánicas ó manuales, una clase numerosísima, que por mucho tiempo ha gozado y aun goza en algunos casos de muy diversos derechos y consideraciones que las demas, es de notar que, ni en el lenguaje científico, ni en el comun, ni en el jurídico y administrativo, hay apenas nada bien y exactamente definido en este punto. Así sucede hasta en la definicion misma de las artes: en la clasificacion de estas: al establecer su correlacion con las ciencias: y en todas sus derivaciones, en fin, como puede verse en las palabras técnicas, ó categóricas, *artefacto*, *artesano*, *artífice*, *artistas*, *menestral* y otras análogas; lo cual, teniendo siempre en consideracion el doble carácter científico y práctico, jurídico y administrativo, de nuestra obra, nos determina á tratar con alguna estension este y otros artículos de la propia índole; no para crear el lenguaje técnico, que sabemos no se crea en un instante, y apenas nadie tiene autoridad para tanto; sino para cooperar

á rectificarlo, á lo que contribuye sin duda el hecho solo de llamar la atencion sobre la inexactitud, fundándolo, menos que en la autoridad, en buenas razones. Así se nos verá descender con frecuencia en el curso de esta obra á pormenores filológicos, y no podriamos omitirlo en lo concerniente al artículo complejo *artes* y sus derivaciones mas inmediatas, importantísimo siempre en toda obra enciclopédica del derecho y de la administracion.

En tal supuesto decimos, que *artefacto* es la version literal de las palabras latinas *arte factum*, que es preciso traducir, *cosa hecha, ejecutada ó fabricada por medio, ó con el ausilio del arte.* En este concepto, y atendida solo la razon etimológica, *artefacto* seria todo producto de las artes sin distincion de estas, y de cualquier género que aquel fuese; aun las manufacturas, los artículos de agrado y consumo, una composicion música, las pastas y sustancias alimenticias, las cosas, en fin, mas eterogéneas y diversas entre sí. Despues de los productos naturales ¿qué hay en el mundo que en todo ó parte no sea obra de las artes? Pero como la etimología no decide siempre, y como nunca lo hace contra el uso; segun este, *artefacto* no es el producto solo de las artes; sino tambien de las ciencias: aun en lo que el artefacto es producto de solas las artes, no lo es de todas, sino de algunas, principalmente de las mecánicas ó manuales: y no es, segun el uso, cualquier producto de estas, sino aquel *que constituye por sí una máquina ó aparato mecánico*: y no es en fin cualquier máquina, cualquier aparato mecánico, destinado á auxiliar ó suplir las fuerzas del hombre, *sino aquellas máquinas y aparatos mecánicos de regular potencia, que ademas están aplicados al movimiento y usos industriales*, como un molino, un batan, una fábrica de hilados, etc. Los demas aparatos mecánicos de regular potencia, aplicados á otros usos, conservan el nombre, genérico tambien, pero menos genérico ó mas especifico, de máquinas, como las de vapor, las de guerra, etc.

Lo dicho se entiende en el sentido usual jurídico y administrativo, y por tanto en un sentido estrícto; pues en términos generales, como una de las condiciones esenciales del *artefacto* consiste en el *mecanismo*, esto es, en ser *máquina*, cualquiera de estas puede científicamente y con mas ó menos propiedad, llamarse *artefacto*. Es de notar ademas que no hay artefacto, ni máquina que no tenga su nombre específico, como los ya indicados de batan, molino, tahona, telar, etc. Debe, en fin, tenerse presente que hay máquinas, por lo regular de exigua potencia, convertidas en muebles ó alhajas, ó cosas de uso doméstico, como un reloj, etc.: y en objetos científicos ó de recreo, como la máquina neumática, la eléctrica, etc., y á ninguna de ellas, ni en el lenguaje comun, ni en el jurídico y administrativo, cuadra el nombre de *artefacto*; y así se echa de ver cuanto el uso se separa aquí de la etimología y cuan inexacta, y aun errónea, es por tanto la definicion de *artefacto*, cuando en ella se atiende á la razon etimológica, como cuando se dice que es obra *mecánica hecha segun arte.*

Todo ello supuesto, y trayendo la cuestion á términos prácticos y al terreno del derecho, ¿cuál será la solucion administrativa ó jurídica, si uno legase, donase, ó de otro modo enagenase simplemente sus *artefactos*; ó si estos, espresados en la misma forma genérica, fuesen gravados ó favorecidos por la administracion? De lo dicho hasta aquí se infiere: 1.°, que no es posible fijar en este punto sino reglas generales, y eso con peligro de errar: y 2.°, que pues, ni por la ley, ni por el uso y lenguaje comun, y ni aun por el científico, está determinado con precision que sea artefacto, puesto que hemos demostrado no lo es segun el uso cualquier máquina, la apreciacion es casi totalmente prudencial de parte del juzgador, segun las circunstancias de cada caso y el uso del pais. Porque en efecto, ninguna ley ha determinado específicamente qué es artefacto. El diccionario de la lengua lo define *obra mecánica hecha segun arte*; y desde luego se vé que por esta acepcion tan

genérica, no hay máquina, ya esté destinada á usos científicos, ya convertida en objeto de adorno ó mueblaje, de recreo, etc., que no sea artefacto, y bien se deja conocer cuantos embarazos ocasionaria esta acepcion en los juicios y en las transacciones sociales, cuando segun ella, se comprenderian, aun para los efectos jurídicos y administrativos en la voz *artefacto* las máquinas de guerra, muchos utensilios de la labranza, un reloj, un catalejo, hasta los útiles mas mecánicos é insignificantes del uso doméstico, como por ejemplo, un molino de café, hasta una cerraja, unas tijeras, etc., que son seguramente *obras mecánicas hechas segun arte*. Covarrubias, en fin, en su Tesoro de la lengua no menciona, ni por tanto define, la palabra *artefacto*, como ni tampoco otros legicones, aun los de mas reciente publicacion; y en general los que la definen, es en el sentido de máquina meramente, como nuestra Academia de la lengua; cuando en nuestro juicio hay tres circunstancias necesarias, esenciales que examinar, y que en lo jurídico y administrativo constituyen el *artefacto*, y son, como llevamos demostrado: *mecanismo*: *regular potencia*: *aplicacion á usos industriales*.

En tal supuesto podrán contribuir al acierto en los fallos y determinaciones de gobierno, y aun en las legislativas, las indicaciones y reglas siguientes:

1.ª Cuando en un testamento, fallo ejecutoriado, contrato entre partes, etc., se usase de la voz *artefacto*, se fijará su valor y significacion por la apreciacion de las demas enunciativas y circunstancias, tomando asimismo en cuenta la acepcion que la voz tenga segun la costumbre del pais, y oyendo, en caso, el dictámen de peritos.

2.ª Si nada de esto sufragase, y si nada lo contradijese, se tomará la voz *artefacto* en el sentido específico, y digámoslo así industrial, ya antes esplicado, esto es, por aquellas *máquinas de regular potencia, aplicadas al movimiento y usos de la industria*, como molinos, tahonas, batanes, fábricas de hilados, de tejidos, etc.

3.ª Sin graves motivos y razones que persuadan lo contrario, no se comprenderán bajo la palabra *artefacto* las máquinas destinadas á usos no industriales, como las máquinas de guerra, los buques de vapor, carros, galeras, aperos comunes de labranza, etc.

4.ª La palabra *artefacto* en el caso de la regla segunda comprenderá, no solo la máquina, sino todo aquello que sirve para el uso y movimiento de esta, y lo que, aun sin ser rigorosamente necesario, se halle destinado al primer objeto, y venga considerado por la voluntad, ó por el uso, como inherente á ella, como el edificio, el salto de agua, etc., y asimismo cualquiera aparato, instrumentos y máquinas, ó piezas de reemplazo ó reserva.

5.ª Aunque accidentalmente falten las máquinas, como por ejemplo, para su renovacion ó composicion; el edificio dispuesto para su colocacion, ó de que han sido apeadas, con el salto de agua, ó agente de la fuerza motriz y los demas útiles indicados en la regla cuarta, vienen comprendidos en la enunciativa *artefacto*.

Aun cuando á primera vista lo parece, no se opone á lo asentado en las reglas segunda y tercera la real órden de 25 de noviembre de 1787, que forma la nota segunda del tít. 23, lib. 8 de la Nov. Recop. Dícese en ella que «deseando S. M. el mayor adelantamiento de los *artefactos* españoles, para mayor lustre y prosperidad de la nacion, y considerando la dependencia que casi todas las artes mecánicas tienen del dibujo, pues de él depende la proporcion, arreglo y perfeccion de la forma que se dá á todo *instrumento y mueble de los del uso comun ó de mero uso*, manda S. M. que en todas las ordenanzas gremiales haga el Consejo insertar un estatuto, por el cual se obligue á todos los maestros y oficiales á instruirse en el dibujo, etc.» A juzgar por el tenor literal, por los términos estraordinariamente generales, y pudiera decirse, notoriamente inexactos, de esta disposicion, *artefacto* seria en lo jurídico y administrativo, no ya, como hemos dicho, la

máquina de regular potencia aplicada al movimiento y usos industriales; sino, como se indica en esta real órden, cualquier instrumento, pieza ó aparato mecánico, cualquiera que sea su potencia y su uso. Pero no puede entenderse así, ya porque dicha real disposicion no tuvo por objeto definir lo que es *artefacto*; ya porque su fin único es, como se nota, encarecer la importancia del dibujo y preceptuar su estudio á los artesanos y artistas; ya, en fin, por el título en que se halla, que es el *de los oficios, sus maestros y oficiales.*

No se oponen tampoco al sentido que hemos dado á la palabra *artefacto*, ni las tarifas dadas en 1845 para el repartimiento y cobranza de la contribucion del subsidio industrial, ni ningunas otras disposiciones anterioros ó posteriores, relativas á este asunto, como ni tampoco las ordenanzas gremiales, ni documentos oficiales estadísticos, ó censos de poblacion, como los de 1787 y 1801; antes bien, ó lo confirman, ó lo hacen necesario por la confusion y falta de exactitud que ya dejamos notada, y aun veremos en los artículos sucesivos concernientes á esta materia.

ARTES Y SUS DIFERENCIAS. En el órden material la naturaleza y el arte se dividen el imperio del mundo. La naturaleza crea, el arte imita: la naturaleza prescribe, el arte ejecuta. Sin el arte la naturaleza ocurriria próvidamente á la necesidad; no á la comodidad: inundaria de riqueza los campos; pero crearia sociedades sin industria, si es que se conciben sin ella: las primeras materias, en fin, esperando inútilmente las nuevas y variadas formas de que son capaces y que son el elemento cardinal indispensable de la vida social, revelarian que un gran designio de la Providencia habia quedado por realizarse. Tal se anuncia desde luego la importancia de las artes.

A su vez la ciencia en la mayor parte de los casos seria puramente especulativa, puramente teórica, y por tanto estéril con frecuencia: seria la antorcha de la inteligencia; pero el suplicio del deseo: no inflamaria el entendimiento con concepciones portentosas, sino para hacer mas positivo y doloroso el tormento de la voluntad.

Pero el universo no está formado así. La obra sublime de la creacion no podia ser para el género humano el suplicio de Tántalo. En vano el hombre habria sido creado social; si habia de ser relegado á una sociedad imposible, sin la vida de los hechos. Y, como si Dios hubiera querido asociar al hombre á la realizacion de sus soberanos designios, mostrándole en el hecho con signos indelebles que la ocupacion, la laboriosidad y el uso adecuado de sus asombrosas facultades son una condicion de su existencia y la ley de su destino; el órden material está basado de suerte que la naturaleza enseña y el arte convierte en un hecho sus preceptos. El arte es, pues, en el sentido que vamos hablando, no solo émulo admirable, sino ausiliar necesario, complemento providencial de la naturaleza, como lo es de la ciencia.

No llevamos adelante esta esposicion y consideraciones, que no son sino los rudimentos de la filosofía del arte, no incumbiendo, como no incumbe, á nuestro propósito, el resolver la cuestion filológica, ni la científica: tratamos solo del arte en cuanto es objeto del derecho y de la administracion; pero tenemos que dirigir fuerte y justa censura á la administracion, á la sociedad y á la ciencia, y es preciso adelantar algunas indicaciones filosóficas, aunque lacónicas, que la justifiquen, si es que necesitara justificarse el hecho histórico de que, no siempre han dispensado al arte plena justicia, la ciencia misma que le dá el sér, la sociedad que utiliza sus progresos, la administracion y el derecho que le debian, por lo tanto, alta distincion y fomento. Pronto veremos que á esta conveniencia social, á esta justicia política, han usurpado no pocas veces su lugar la indiferencia, ó la ignominia.

Adelantamos por otra razon las mencionadas indicaciones: y es para cooperar á que en este punto capital en lo relativo á artes y oficios, en la industria, que hoy constituye el elemento poderoso y pacífico de la

vida de los pueblos, se rectifique, no solo el juicio, si no el lenguage, en gran parte inexacto, no ya del pueblo; si no de la administracion, y lo que es mas, del derecho, segun todo lo hemos indicado en el artículo **ARTEFACTO.**

Viniendo ya al punto de la definicion, y bien podriamos decir de la dificultad, esto es, á la definicion y clasificacion de las artes, y á su diferencia, no convencional; si no filosófica y esencial de las ciencias, la palabra *arte* es traduccion de la latina *ars*, que, segun Covarrubias, viene de la griega *areti*, que en una de sus acepciones equivale á *recta ratio*. Así los antiguos venian á definir el arte, *recta ratio faciendorum*, esto es, *pericia ó saber práctico y teórico para ejecutar bien alguna cosa*. En la ejecucion ó práctica de algunas artes basta el saber práctico; y de aqui, ademas de otras consideraciones que indicaremos, la diferencia entre ellas.

Dificil seria demostrar el verdadero deslinde entre la ciencia y el arte; y sin embargo, la omision ó falta de exactitud en este punto puede ser, y ha sido, causa de muchos errores, que hoy la sociedad se aplica á corregir.

Sabido es que la ciencia, considerada en concreto, ó en el individuo, es el hábito ó facilidad de demostrar lo que afirmamos ó negamos, lo cual supone un conocimiento exacto de las causas y sus efectos, de su correlacion y conexion necesaria, de los principios ó verdades cordinales, que constituyen la ciencia, y de sus consecuencias. Pero esta, si bien es la ciencia considerada en el individuo, no lo es todavía concreta á ningun caso. En llegando á este punto ya es necesario distinguir si la ciencia es puramente especulativa; y no son las de esta índole las que crean ó producen el arte, digámoslo así; y si aquellas cuya utilidad está en su práctica y cuyas deducciones, por lo tanto, han de convertirse en un hecho: esto requiere ya preceptos ó reglas de aplicacion y medios adecuados: he aquí el arte. Es la ciencia misma dando razon de su verdad teórica; es la ciencia en sus últimas deducciones y traida al terreno de los hechos. Si en la ciencia hay que demostrar lo que se intenta, el arte tambien muchas veces tiene que dar razon de sus reglas: si en la ciencia se contiene la razon de la práctica, en la práctica hay algo teórico que es inseparable de la ciencia. ¿Quién, pues, trazaria la division absoluta entre la ciencia y el arte? Por eso la ciencia merece la acusacion de fastuosa, cuando se ha unido á la sociedad y á la legislacion para deprimir al arte: por eso la sociedad y la legislacion merecen la calificacion de injustas, cuando no teniendo si no honor y favor para las ciencias; apenas reservaban mas que indiferencia y aun depresion ó baldon para muchas de las artes.

La nocion que hemos dado de estas, sin embargo, es mas teórica que práctica: es aquella aptitud práctica especial que hay en las respectivas inteligencias. Esta disposicion natural, ora se llame genio, ingenio, sindéresis, habilidad, ó de otro modo, es la que viene de la palabra griega ya indicada *areti*: el arte que consiste en reglas, dice Covarrubias, viene del verbo latino *arcto*, estrechar, obligar, por lo que obligan aquellas. Sea de esto lo que quiera, pues, como hemos dicho ya, no estamos llamados á resolver en todo su fondo y pormenores la cuestion filológica, nuestros legiconos suelen definir el arte, *coleccion de reglas y preceptos para hacer bien alguna cosa*; en cuyo caso la ciencia será una *coleccion de principios coordinados á un fin*. Esta definicion del arte es exacta en abstracto, ó segun lo que debe ser el arte; mas en concreto, no siempre las reglas que constituyen un arte determinado, sirven todas para hacer una cosa bien, pues eso depende del estado de las ciencias y del favor en que se hallen estas y las artes. Ademas la palabra *bien* de la definicion ha de tomarse por equivalente de la de *perfeccion*. Por todo ello el arte estaria tal vez mejor definido, *una coleccion de reglas y preceptos, encaminados á realizar con facilidad y perfeccion el fin del agente.*

Entre las artes hay algunas que se ejer-

Lorenzo Arrazola

citan, teniendo en ello mas parte la inteligencia y el genio, que el mecanismo; lo cual indicaban los antiguos, diciendo, que se ejecutaban mas *con el ánimo, que con el cuerpo*. Tales son la pintura, la arquitectura, la escultura, la música, la poesía, la náutica y todas las análogas. En otras tiene mas parte el mecanismo y el trabajo moral, que la inteligencia, y las hay tales, que se ejecutan automáticamente ó por máquina. A estas, por esa razon misma, las llamaron mecánicas; lejos, seguramente, de pensar, que este nombre se convirtiera en baldon de ellas, aunque haya que reconocer la diferencia fundada, y aun esencial, que hay entre unas y otras artes así clasificadas. En las primeras el artista es ademas pensador, el hombre de la ciencia; en muchas de las segundas no hay casi que pensar: el sábio, el hombre de la ciencia lo hizo todo: prescribió de tal suerte las reglas, con tal precision y acierto, que dada su aplicacion, se sigue infaliblemente el resultado. Si automática, ó mecánicamente, pueden aplicarse no se necesita agente, ó este puede ser como una máquina de reloj, como uno de los muchos autómatas ó maniquís ingeniosos, que se han inventado.

En el primer caso se dice de los artistas que *hacen lo que saben*, *y saben lo que hacen*, por conocer y poder esplicar la regla y su razon; en el segundo se dice del operario que *hace lo que sabe, y no sabe lo que hace*: aplica la regla por hábito, hasta sin pensar en que la aplica; pero no podria dar razon de ella. Así la imprenta, por ejemplo, habla todas las lenguas sin conocerlas.

Notable es, ciertamente, la diferencia entre unas artes y otras, y muy posible la exageracion. Si esta se verificase, podria llegar, corriendo toda la escala del error y la sinrazon, hasta la injusticia y el baldon, y así cabalmente ha sucedido y ha venido prácticándose, con raras escepciones, por mas de tres mil años, que es decir, aunque parezca antífrasis, y para que que se vea, cuán temible es, y cómo puede perpetuarse, el imperio del error, por todo el período de la civilizacion y cultura de las sociedades.

Y tanto fue así, que hasta contribuyeron á la injusticia nomenclaturas, por otra parte exactas, como veremos. Dióse en general á la ciencia la importancia y el honor que la era debido, y en lo cual apenas cabe inconveniencia. Consideróse como próxima á ella, y no sin razon, la primera clase de artes de que hemos hablado; y queriéndolas honrar, segun el principio de la antigua filosofia, *res denominantur á formosiori*, esto es, las cosas se denominan de lo que es principal en ellas, se las llamó *artes liberales*, refiriéndose en esto al *libre albedrio*, en el sentido lato y elevado de la parte inteligente y deliberante del hombre. Llamóselas tambien *ingénuas*, tomando la metáfora de uno de los estados civiles de las personas entre los romanos, de los *ingenuos*, de los que no habian sido esclavos ni venian de ellos, constituyendo por tanto una, que llamariamos clase noble, una de las clases que estaban en honor en la sociedad. Diéronse por último á estas artes otros nombres que tendian á revelar su importancia, como los de *buenas, bellas, nobles*, como por antonomasia llaman nuestras leyes á la pintura, escultura, y arquitectura, al dibujo y al grabado, segun es sabido, y puede verse en los artículos **ACADEMIA Y NOBLES ARTES**.

Diversificadas de este modo las ciencias y las artes, y estas entre sí, claro es que, sin faltar á la justicia, seria diverso tambien el aprecio y honor con que se las distinguiese. En ninguna de las tres clases fue este constante; pero corrió mas estrañas y diversas vicisitudes el honor de las artes. En Grecia, y despues en la culta Roma, llamada así por comparacion á los demas pueblos coetáneos, se desdeñó su ejercicio alguna vez, y se miraba como propio y peculiar solo de las clases humildes, y aun de los esclavos; y eso aunque se tratara de las ciencias, como la medicina y otras: y si hemos de creer á Suetonio, algunas artes liberales, como la retórica y la gramática, hasta estuvieron en menosprecio, y la últi-

ma, prohibida. *Rhetorica quoque apud nos, perinde atque grammatica, sero recepta est, paulo etiam difficilius; quipe quam constet nonnumquam etiam prohibitam exerceri.... Paulatim et ipsa utilis honestaque apparuit, multique eam, præsidii causá et gloriæ, appetiverunt* (1).

Las artes liberales, sin embargo, gozaron siempre de mayor honor y distincion, y si la sociedad las llamó *bellas* y *buenas*, y la legislacion *liberales* y *nobles*, la antigua filosofía las proclamó humanitarias y civilizadoras, cuyo hermoso lema las ha seguido hasta el dia y las seguirá justamente en la larga carrera del género humano, á saber: *ingenuas didicisse fideliter artes, emolit mores; nec sinit esse feros.*

No han corrido igual suerte, ni aun en su esfera respectiva, las llamadas artes mecánicas, y bastarian á demostrarlo, aun sin descender á las disposiciones legales relativas á las mismas, como en breve veremos, las denominaciones de *ruines, viles* y otras análogas con que se las ha deprimido. Seria un error el creer que el nombre haya contribuido al descrédito y hasta á la ignominia con que han sido notadas por la opinion y por la ley, sin que sea ya muy importante consignar cuál de las dos ha arrastrado á la otra en este punto, puesto que la segunda por lo menos se halla corregida.

«Ya se han corregido esas falsas ideas, dice Escriche en su Diccionario, hablando de este asunto, en el artículo *Artes*, y no se tienen ahora las artes mecánicas por indecorosas, aunque el Diccionario de la lengua, *en mengua de la ilustracion española*, conserva todavía, sin duda por descuido, á la voz *mecánica* esta acepcion, tan agena de la verdad, tan impolítica y tan humillante.» La censura no puede ser mas acerva y es realmente injusta. Cabe tambien exageracion en defender las artes, como ha cabido en apreciarlas, teniéndolas en mucho menos de lo que son, y aun en lo que no son; pues en sí, ni son indecorosas, ni viles. Una academia, al formar el diccionario de una lengua, no habla científicamente, ni escribe el lenguage técnico: escribe el lenguage comun ó general, y el presentarlo como realmente se habla, siguiendo el uso, esa sola es su incumbencia. ¿Y qué importaria que la Academia suprimiese la mala acepcion de la voz *mecánica*, aplicada á las artes, si continuasen autorizándola el uso, la ciencia y la ley? En estas fuentes ha de realizarse la rectificacion, y el procurarlo incumbe á otros, que á una academia de la lengua. Llégase á esto que la palabra mecánica puede tener esa acepcion desfavorable sin aplicarla á las artes, como no la aplica la Academia, que de intento parece haber huido de hablar de artes mecánicas en este sentido, siendo así que habla de las liberales; y por otra parte la misma palabra mecánica tiene una significacion no indecorosa, cuando se aplica, por ejemplo, al servicio y policía doméstica militar; y honrosa y hasta sublime, cuando lo es á la ciencia que lleva ese nombre precisamente, y que comprende en su vastísima estension todas las ciencias físico-matemáticas, como la hidrostática, la hidrodinámica, y demas análogas. Es menester por otra parte no perder de vista que la palabra mecánica en su origen griego es lo mismo que *máquina*, aparato, instrumento material; y todas las ciencias y artes que se valen de este ausilio, admiten con propiedad, y sin desmerecer por ello, la acepcion de mecánicas. Si las artes, que se llaman así por antonomasia, se denominasen, como podian por la propia razon y fundamento, *instrumentales*, *manuales*, ó de otro modo análogo, sucederia lo mismo, si el remedio no venia de allí de donde ha venido el mal, esto es, de cualquier modo que se llamasen, si la ley, la ciencia, y la opinion las calificasen de bajas, viles, indecorosas, etc. El averiguarlo y conocerlo importa muy principalmente á la administracion, y en menor escala al derecho y á la ciencia, y á este fin se encaminan las consideraciones con que concluiremos este artículo.

Y efectivamente, el concepto desventajoso de las artes mecánicas, no solo no les

(1) De illust. grammat., cap. 1. De clar. rhetor. cap 1.

ha venido de su denominacion ; si no que, siendo tan antiguo, tan sostenido y universal, debe reconocer causas mas altas, siquiera sean erróneas, en cuyo caso todavia, si no admitiese el hecho justificacion, que no la admite; tendria esplicacion: esplicacion, que dando á conocer el origen del mal, enseña naturalmente á corregirlo.

En tal supuesto, y con tal propósito, decimos, que es preciso reconocer, como uno de los motivos del desprecio de las artes, especialmente mecánicas:

1.° Las propensiones guerreras que han dominado el mundo, y han hecho tener en menos lo que no se identifica con el estrépito y la gloria, segun se aprendia; porque claro es que si se aprendia que esta lo era todo, lo que no fuera ella; habia de parecer nada. Que otros, decia Virgilio (1), cultiven y lleven hasta el primor las ciencias y las artes:

Tu, regere imperio populos, romane, memento:
Hæ tibi erunt artes, pacisque imponere morem,
Parcere subjectis, et debellare superbos.

Al propósito no puede decirse nada mas acabado. Cuando una atencion las absorve todas, es claro que crece á espensas de ellas. Virgilio habló mas que de su pueblo y de su siglo: retrató mas que al pueblo, rey: habló por todos los siglos y por todos los pueblos.

2.° El que triunfa lleva la palma, y cediendo la administracion á esa ley inevitable, lo destinó todo á aquel á quien todo parecia deberse. Así las honras, las mercedes y todos las títulos de honor habian de ser para los caudillos y caballeros; olvidando que estos no eran todos *hijos de algo*: que muchos habian salido, hasta por designio, de esas clases, del rudo taller de esas mismas artes, que despues se desdeñaban.

3.° No es para la facilidad el grande aprecio. El enagenamiento, la admiracion, el entusiasmo sigue siempre á la dificultad vencida: y hay tan poca en aprender y ejercitar algunas artes, que su facilidad, aun cuando ello, mas bien que un juicio fundado, sea una aberracion ó flaqueza de la opinion, ha perjudicado al conjunto.

4.° Está en el órden natural de las cosas que el que es poco, aspire á ser algo; y sin embargo se ve, no sin frecuencia, que los que por una resignacion, perjudicial para la sociedad y para el individuo, que puede traducirse abatimiento, se tienen por nada, á nada aspiran; anunciando esta inercia, mas bien la conviccion de una imposibilidad aflictiva ó desesperante; que no la negacion de la dignidad individual y del natural instinto. Esto sucede, cuando el hombre se mueve en una esfera reducida, como es por necesidad la de muchas artes mecánicas, y mas si la sociedad ha negado su aprecio, y la administracion su apoyo eficaz, á estas profesiones, y si el derecho, no ya las ha abrumado con el menosprecio, si no que hasta las ha notado de infamia. Entonces ya, pedir esfuerzos al hombre, y pedir energia, es pedir imposibles; y este es, sin embargo, el caso en que generalmente se han hallado las artes mecánicas, desde que salieron del seno de la ciencia á impulsos del clamor de la humanidad, y de la conveniencia y necesidades inevitables de esa misma sociedad, que comunmente las ha menospreciado. Hemos dicho en el artículo **ARREPENTIMIENTO** que entra en la sabiduría de una legislacion disponer de tal suerte el órden penal, que siempre quede al delincuente posibilidad é interés *en no ser peor*: ahora decimos á su vez de la administracion, que en vez de cerrar los caminos á la industria, y esterilizar los naturales instintos y los esfuerzos individuales; debe ofrecer igualmente honor, facilidad é interes para que cada uno en su esfera pueda aspirar noble y lícitamente á ser mas.

5.° No sabemos hasta qué punto estará en la naturaleza misma de las cosas lo que vamos á decir. Pero, sea en parte por ello, en parte, ó en mayor escala, por algunas de las razones indicadas en los párrafos anteriores, es lo cierto, que las clases dedicadas al ejercicio de muchas artes mecánicas, no se han dado á sí propias una grande impor-

(1) Eneida, lib. 6, vers. 847 y siguientes.

tancia; haciendo como profesionales, sin serlo realmente, hábitos y costumbres, menos propias para abatir, que para realzar el prestigio de dichas profesiones, y empeñar hácia ellas, no ya la justicia, sino aun la susceptibilidad, ora justa, ora caprichosa, si se quiere, de la sociedad culta. Entre todas las bases que vamos asentando, no hay acaso ninguna que haya influido, é influya todavia mas eficaz y lamentablemente, en robar á las profesiones el aprecio y honor que respectivamente les es debido.

6.° Las artes son hijas y ausiliares necesarias de la ciencia. La ciencia, sin embargo, con una tendencia visiblemente fastuosa, ha desconocido su propia obra, y como una madre altiva, ha despreciado á sus hijas, porque eran, ó las reputaba, humildes. Ella era la encargada de ilustrar el derecho y la administracion; pero cuando esta le ha pedido la medida del prestigio, y la escala de la conveniencia, la ha hallado estensa solo para sí, y muy reducida para las artes, no ya mecánicas, sino liberales; y no ya para las artes; sino para ciencias verdaderas, reducidas por modestas á la esfera de aquellas, alzándose así cada dia y consolidándose mas, la barrera que la ignorancia, el espíritu de los tiempos y cien concausas, algunas de las cuales indicamos en este artículo, han establecido entre unas y otras. La administracion, las sociedades eclesiástica y política, pidieron á la ciencia sus consejos para reglar con acierto los esfuerzos de la inteligencia; y todavia la actual generacion ha conocido, sí, grandiosos establecimientos de enseñanza, universidades y colegios realzados con todo el prestigio de ambas potestades para la enseñanza de las ciencias; pero apenas algun colegio menor, ó escuela especial, para las artes, y no para todas: la actual generacion tambien ha alcanzado la diferencia de facultades *mayores* y *menores* y el contraste universitario entre ciencias y artes. Pero ¿y qué se comprendia bajo el nombre de *artes*? La Filosofía, que es la ciencia por escelencia y la clave de todas las ciencias humanas, tomadas en general: la Metafísica, que se identifica con la esencia de todas las ciencias: las Matemáticas, cuando no estuvieron en desprecio, y que aun las elementales, son la base cardinal de una infinidad de artes y ciencias, y el fundamento de un sin número de industrias: la Física, que es la primera página del gran libro de la naturaleza, con elevadísima y poderosa trascendencia aun hasta el órden moral y sobrenatural: la Etica, es decir, la ciencia de las costumbres: y para no alargar esta penosa reseña, el Derecho natural, fundamento magestuoso del derecho positivo y del órden moral y social. ¡El derecho natural, y la ciencia de las costumbres, reducidas á la categoría de artes, y cuando á esta denominacion no correspondia sino un concepto muy inferior en la escala del aprecio general! Y no se diga que esta clasificacion era solo accidental, *metodûs causâ*. Por el plan de 1824 los doctores en filosofía, que ya habian estudiado las matemáticas sublimes con otras asignaturas superiores, no tenian voto en el claustro general, y ni siquiera asiento, ni lugar entre los demas doctores; sino que, cuando aquellos formaban en cuerpo, los de filosofía, antes maestros en artes, debian ocupar un lugar inferior á la cabeza, esto es, entre los licenciados de las llamadas facultades mayores, porque, como por gracia, eran individuos del *gremio*; pero no del *claustro*. Si este camino, aunque no acertado, era el trazado por la ciencia ¿de dónde habia de esperarse el remedio? Si otros, con mas error que filosofía, habian motejado á las artes, siquiera fuese á las mecánicas, de *hijas bastardas de las ciencias*, á la ciencia tocaba, mas que á nadie, el hacerlas conocer y proclamarlas sus hijas legítimas, con toda la admiracion y prestigio que es consiguiente á esta magnífica filiacion.

7.° Ha completado, así bien, el menosprecio de las artes mecánicas, el que la ley misma las declarase *viles* (1), y á su ejemplo las corporaciones civiles, y lo que es

(1) Entre otras la ley 3, tit. 1, lib. 6, de la Nueva Recop.

mas, las eclesiásticas. Contra este baldon general eran ineficaces todos los esfuerzos de los dedicados á dichas profesiones, y por lo comun tales esfuerzos no se hicieron, en gran parte por las razones ya dichas, con notable perjuicio de la sociedad, que así espiaba una falta de justicia, de las que nunca los pueblos cometen impunemente. Pagáronlo tambien las ciencias, pues si es una verdad que, en general, donde estas no prosperan, no prosperan las artes; tambien lo es, que donde no prosperan las artes, no se desarrollan grandemente las ciencias.

8.ª Ha contribuido, en fin, al desprecio de las artes la confusion desventajosa introducida en este punto por la misma ley, que constantemente, y si no muchas veces, las asocia y parifica con los que llama oficios *bajos ó viles*, y otras comprende con notable inexactitud bajo la única denominacion de *oficios bajos* los oficios y las artes. De seguro que cuando un arte es la profesion, ú ocupacion habitual de una persona, ese es su oficio. En este sentido toda arte es un oficio: pero todo oficio no es un arte. El arte crea, produce nuevas formas, ó modifica las anteriores: obra sobre las primeras materias, propiamente dichas, ó que en un caso dado se reputan como tales, y aparece un nuevo compuesto. Los meros oficios no estan en ese caso; aun cuando sean de los mas decorosos, y no les alcance la nota de la ley: son únicamente el servicio ó desempeño de un cargo personal. La profesion de platero, por ejemplo, es arte y oficio: el cargo de escribano, el de receptor, el de procurador, etc., no son, ni pueden ser, mas que oficios. Desde luego se conoce que no es nuestro ánimo establecer paralelo entre oficios y artes; sino hacer perceptible la inexactitud de la ley; hacer notar una diferencia que filológica y jurídicamente es indispensable. Oficios hay que por su importancia y trascendencia pueden equipararse á las artes; otros seguramente no, sobre todo á todas las artes, que, como los oficios, son en sí mismas de diversa importancia y de diversa naturaleza. No hacen á nuestro propósito, repetimos, las comparaciones; pero si vemos parificadas las artes, siquiera sean las mecánicas, con oficios de cierta índole que la ley misma ha notado de infamia, como el de verdugo, el de pregonero, etc, ¿no es preciso dolerse de esta confusion y proclamar su inconveniencia?

Pero su evidencia misma, su trascendencia demasiado notable, han sujerido al fin el remedio. Si algunos años antes se hubiera podido tener idea de los tiempos del señor don Cárlos III, desde luego se hubiera adivinado que durante ese reinado se hubiera corregido tan grave error político y económico, y durante él en efecto se inició el remedio, que despues han completado disposiciones posteriores de que hacemos mencion en su lugar oportuno. Hoy, pues, que el impulso está dado, el deber de la administracion es llevarlo á sus últimas consecuencias; no, mudando el nombre á las artes mecánicas, de lo que no hay necesidad; sin que tampoco hubiera inconveniente en llamarlas *artes manuales*, *instrumentales*, etc., ó de otro modo análogo; sino haciéndolas merecer el aprecio y distinciones que se las ha declarado, por los medios con que se llega de derecho á este fallo solemne de la justicia pública, esto es, fomentando la verdadera instruccion, rectificando los métodos, procurando la emplea y la demanda conveniente á los productos de las artes, influyendo para arraigar los buenos hábitos, y desterrar ciertos abusos como profesionales, en algunas clases de obreros y artistas: haciendo que por el estímulo del honor y de la emulacion cada uno, en vez de creerse rebajado, y en menosprecio; sienta noble orgullo en la perfeccion y ejercicio de su arte: acabando de estirpar los recuerdos y vestigios que aun existen del antiguo menosprecio de las artes mecánicas: haciendo que sea una verdad de hecho el principio establecido en el artículo de la Constitucion del Estado, y prevalecer en todo la máxima saludable consignada en las reales declaraciones de Cárlos III y Cárlos IV, esto es, *que solo la ociosidad y la*

vagancia son indecorosas, y solo el vicio infama: realizando, en fin, la máxima de Fenelon, *prémiese á los grandes hombres, y los grandes hombres nacerán por do quiera.*

Despues de las anteriores observaciones, ora filosóficas, ora filológicas, ó que en general pertenecen al derecho constituyente, exije la importancia y naturaleza de la materia que descendamos al derecho constituido, el cual, ademas de contener las reglas de proceder, es el mejor comprobante de nuestra censura, asi como de las escepciones, raras, pero honrosas, que tambien hemos indicado. Pero, como uno y otro ha de resaltar mas en concreto, esto es, contraido á la clase de artesanos, véase este artículo y el de **GREMIOS.**

ARTES EN SENTIDO ACADÉMICO. En el artículo anterior hemos esplicado la acepcion principal de la palabra *artes* en contraposicion á la de ciencias. Dicha palabra, como allí queda indicado, tiene por nuestras antiguas leyes, y segun los anteriores planes universitarios ó generales de estudios, otra acepcion puramente académica. Segun ella *artes* era lo mismo que estudios preliminares que precedian inmediatamente al de las llamadas *facultades mayores*, en contraposicion á las cuales dichos estudios se llamaban tambien *facultad menor*, y con una enunciativa mas genérica aun, *estudios menores*. El conjunto de estos, en el sentido en que en lenguage académico se dice *carrera*, se denominaba así bien *curso de artes*, y en el sentido de *facultad, colegio de artes*, ó de *artes y filosofía*. La estension é importancia de estos estudios, y la impropiedad é inexactitud de su denominacion escolástica, se ve en el testo literal del plan general de estudios de 27 de junio de 1771, dado por el consejo de Castilla para la universidad de Valladolid, conformándose aquel con lo propuesto por esta. En el título encabezado con el epígrafe «*Artes y filosofía*,» dice así: «De modo que este colegio de artes, que es el preliminar de los estudios necesarios para introducirse á las ciencias mayores, habrá seis cátedras, que son la de lógica parva y magna, la de metafísica, la de física, la de aritmética, álgebra y geometría, la de física esperimental y la de filosofía moral.»

En estos estudios el grado superior académico se denominaba de *maestro en artes*. En el plan general de estudios de 1824, desapareció ya la denominacion de *artes*, y los estudios preliminares quedaron designados con el nombre de *filosofía* y de *instituciones filosóficas*, y recibieron el carácter de verdadera facultad, con los grados de bachiller, licenciado y doctor, como en las llamadas *facultades mayores* y declarándose en el artículo 43 que «el grado de licenciado en filosofía, equivale al que en algunas universidades se titulaba de *maestro en artes*.» En los planes posteriores de 1845 y 1850, se fue continuando el mismo sistema, en cuanto á establecer *facultad* de filosofía suprimiendo la antigua clasificacion de artes.

ARTES (CONSERVATORIO Y ESCUELA ESPECIAL DE). V. **CONSERVATORIO DE ARTES.**

ARTES LIBERALES. ARTES MECANICAS. V. **ARTES Y SUS DIFERENCIAS.**

ARTES (NOBLES). Llámanse *nobles artes* por nuestras leyes, la Pintura, la Escultura, la Arquitectura, el Dibujo y el Grabado. Las tres primeras merecieron ya esa distincion y renombre por disposiciones de los señores reyes don Felipe III y Felipe IV (1), y despues el señor don Cárlos III lo hizo estensivo á las dos últimas (2), siendo de notar la inexactitud del epígrafe del título de la Novísima relativo á este punto, el cual dice solo: *De las tres nobles artes y de sus profesores.* Véanse los artículos **ACADEMIA DE NOBLES ARTES: ARTES Y SUS DIFERENCIAS**, *y los particulares de las cinco artes mencionadas.*

ARTESANO. Antes del siglo XVI no se halla la palabra *artesano*, ó se hallará dificilmente, en documentos legales. En las antiguas leyes, como las de Enrique II, contenidas en el tít. 26, lib. 8 de la Novísima

(1) Ley 1, tit. 22, lib. 8, Nov. Recop.
(2) Ley 5, id. id. id.

sima Recopilacion: en las Ordenanzas de Sevilla, procedentes de los reyes San Fernando, Alonso XI y otros posteriores, mandadas recapitular y coordinar por los reyes católicos, y que tratan prolijamente de las infinitas artes mecánicas que se ejercian en aquella ciudad: y en otros documentos, en fin, de igual naturaleza, los nombres con que se designan las clases dedicadas á dichas artes, son los de *oficiales*, *obreros*, *menestrales*. Al principio del siglo XVI encontramos ya la voz *artesano*, pero no generalmente usada, si hemos de estar al testimonio de Covarruvias, que dice: «artesanos llaman en el reino de Valencia á los oficiales mecánicos que ganan de comer por sus manos, y así por otro nombre los dicen *menestrales, á manu.*» En los siglos posteriores la hallamos ya generalizada. Dicha voz, segun Covarruvias, era equivalente á la de *menestrales*. Pero en las leyes hallamos empleadas simultáneamente una y otra palabra, como sucede en la 12, tit. 11, lib. 10, de la Novísima Recopilacion, con la particularidad de que en el epígrafe de la misma se usan como equivalentes; y en el testo de la ley como diversas, de donde es preciso inferir, ó que el lenguaje de las leyes en este punto es redundante é inexacto, ó que las palabras *artesano* y *menestral* espresan cosas diferentes. En este supuesto ¿cuál será en lo legal y administrativo la significacion propia y exacta de la voz *artesano*, puesto que segun la etimología, segun el lenguaje de las leyes primitivas, segun, en fin, nuestros antiguos y autorizados *lenicones*, *oficiales* de las artes, *obreros*, hablando de las mismas, *menestrales*, *artesanos*, y *artistas*, en algunos casos, y como vemos en su lugar, significan una misma cosa? No arrostramos ahora la cuestion de si hay ó no sinónimos en la lengua castellana; pero se nos viene irresistiblemente á la memoria, como se nos viene igualmente lo que hemos dicho en los artículos anteriores sobre la falta de exactitud y precision en el lenguaje de las artes.

Como quiera que sea, *artesano*, segun el Diccionario de la Academia, es *el que ejercita algun arte mecánico*: pero segun la misma, menestral es *el oficial mecánico que gana de comer con sus manos*, que es decir, que una y otra voz significan lo mismo. Lo propio asienta Covarruvias, como hemos visto ya. Escriche en su Diccionario, y puede establecerse, como regla general, que todos los autores, siguen á la Academia respecto de ambas voces. Si la de *artesano*, en fin, hubiera sido importada, como parece, á favor del movimiento comercial, pues que es nueva en nuestra lengua, provendria en este caso de la francesa *artisan*, que segun el diccionario de Trevoux, es «obrero que trabaja en las artes mecánicas, como el carpintero, el herrero, etc.,» y segun Dalloz en su Repertorio, «el que trabaja en las artes *manuales*.» Para aumentar la confusion tenemos que unas veces, como puede verse en nuestras leyes y documentos oficiales, notablemente clásicos en la materia, se comprende á los *especieros*, por ejemplo, entre los artesanos ó menestrales; otras se declara que en las leyes suntuarias que hablan de estos, no se entiendan comprendidos los boticarios y plateros. En los censos de poblacion, por ejemplo, así en el de 1787 como en el de 1797, publicado en 1801, hablando de las artes, se presentan en la cabeza de la tabla estadística como clases diferentes, los *fabricantes*, los *artesanos* y los *menestrales*: se reunen despues en una misma casilla los *artistas* y *menestrales*: y se comprenden, en fin, en el cuerpo de la misma los *cocineros*, *taberneros*, *traperos*, *carniceros*, *aguadores*, *mozos de cordel*; y como clase diversa, pero correspondiente á las mencionadas, y no discernidas de *artesanos y menestrales*, la de los *jornaleros* de *todos los dichos*; infiriéndose necesariamente de lo espuesto, primero: que el lenguaje estadístico y legal de las clases obreras no está formado; dominando en él por el contrario una completa confusion: segundo, que en vez de supérarla el legislador y las autoridades competentes, la vienen confirmando con el uso promiscuo de las voces de que hemos hecho mencion: tercero, que en la dificultad de aplicar cada una de

ellas con precision y exactitud, así el legislador, como el estadista, las acumulan todas á la vez, como para que las unas suplan aquello á que no puedan alcanzar las otras: y cuarto, que por una consecuencia inevitable de todo lo dicho, al haber de definir cada una de las mencionadas voces por separado, como tiene que hacerlo la *Enciclopedia*, no hay datos bastante autorizados para verificarlo con precision, y la palabra *artesanos* por tanto, no tiene todavia una significacion precisa y que pueda darse sin riesgo de inexactitud, teniendo que repetir lo mismo de todas las derivaciones de la de artes, como artefacto, artífice, artista, etc.

En este supuesto, y mientras la autoridad legislativa, la de la Academia y el uso no rectifiquen el lenguaje en esta parte, los particulares tienen poca autoridad para hacerlo, pues nunca la tendrán para oponerse al testo de las leyes, y habrán de limitarse, como en este caso los autores de la *Enciclopedia*, despues de esponer las dificultades é inconvenientes, á esperar la regla cierta de quien puede darla, acomodándose entre tanto al lenguaje recibido, si bien esponiendo su inexactitud, y cooperando á corregirla.

En tal concepto diremos que *artesano* es todo aquel que ejercita las artes mecánicas, sea como principal ó como subalterno, como oficial y aprendiz, ó como maestro, debiendo observar aquí, que prescindiendo del rigor etimológico y de la falta de exactitud oficial y filológica en este punto, parece notoria en la voz *artesano* la tendencia, digámoslo así, á lo rigorosamente artístico ó fabril, y en la de *menestral* mayor generalidad, mayor tendencia á todo género de ocupacion personal, no rural, sino urbana, que no sea el servicio oficial y el doméstico, ni profesion científica, y que en este sentido podria convenir fijar el lenguaje, y la diferencia entre las dos voces.

En los casos prácticos y dificultades que entre tanto habrán de ocurrir en lo jurídico y administrativo, podrian observarse las reglas siguientes:

1.ª Si en el documento que diere ocasion á la duda viniere sola la palabra *artesano*, las circunstancias del caso, y el fin ú objeto de la determinacion, harán conocer si ha de limitarse su sentido á lo rigorosamente artístico ó fabril, ó estenderlo á todo servicio personal urbano, no doméstico, ni oficial, segun antes dejamos indicado.

2.ª En caso de duda ó perplejidad, la palabra *artesano* se interpretará siempre del modo que sea mas ventajoso á las artes, es decir, en lo gravoso á las mismas, restrictamente; en lo favorable, de un modo ámplio.

3.ª Si se usasen conjuntamente las palabras *artesanos* y *menestrales*, segun se verifica comunmente en las leyes y documentos oficiales, entonces, así en lo favorable, como en lo gravoso, comprenden á todas las clases dedicadas á servicios fabriles, manuarios y personales urbanos de cualquier género, en el sentido ya antes esplicado; salvo que otras enunciativas indicasen espresamente otra cosa.

4.ª En la estension de escrituras y documentos oficiales, si se usase aisladamente una de las dos voces, ó la de *artista*, será con toda la esplicacion necesaria para fijar con precision su verdadero sentido, si no se prefiriese el usar acumulativamente las voces de obreros, artesanos, menestrales, etc., segun se viene practicando hasta el dia, siempre que de lo contrario pueda temerse que por ocurrir á la falta de exactitud, se sacrifique el sentido ó la voluntad del agente.

5.ª La palabra sola *menestrales*, aun sin ninguna esplicacion, ha de tomarse en un sentido mas ámplio que la de *artesanos*, en cuyo caso segun la tendencia del uso, *menestral* ha de considerarse como género, y *artesano* como especie: de este modo, la primera comprenderá toda clase de obreros *manuarios*, y la segunda únicamente los *mecánicos* ó rigorosamente profesionales.

Habrá todavia en la práctica otra dificultad en cuanto á la clase de *artistas*, si no han de ser lo mismo que *artesanos*, segun

Lorenzo Arrazola

la nueva y especial acepcion que hoy empieza á darse á la palabra; pero esto lo esplanamos en su artículo respectivo.

Esto supuesto, y viniendo ahora al modo con que las clases fabriles hayan sido tratadas por las leyes, los operarios de artes mecánicas, ora se hayan denominado menestrales, ora artesanos, artistas ó de cualquier otro modo, sobre lo cual ha de tenerse presente en cada caso el tiempo y documentos áque se refieran la cuestion ó reclamaciones, fueron tratados antiguamente, como es sabido y queda ya insinuado, de un modo altamente depresivo por la ciencia, por la opinion y por la ley. La 1 y 2, tít. 1, libro 6; la 1, tít. 11, lib. 7 de la Nueva Recopilacion, y en general todas las anteriores al siglo XVIII, que tratan de estas clases, declaran sus artes y oficios *viles* y *bajos*, y á los dedicados á las mismas por lo tanto, incapaces todos *de ser caballeros*; á cuyo ejemplo tambien las corporaciones nobiliarias, políticas, y hasta algunas eclesiásticas, les cerraron sus puertas. En el siglo XVIII ya varió la legislacion, aunque todavia por la disposicion legal, que fué la primera á romper las antiguas barreras, esto es, la real cédula de 18 de marzo de 1783, que es la ley 8, tít. 23, lib. 8 de la Novísima Recopilacion, mientras se dice quedar derogadas las muchas leyes y disposiciones que la misma cita como depresivas de las artes y oficios, se repite sin correctivo, lo propio que por la nota 2 de dicho título, la calificacion de *bajas* y *viles*. La misma, sin embargo, declara entre otras cosas:

«Que no solo el oficio de curtidor, sino tambien los demas artes y oficios de herrero, sastre, zapatero, carpintero, y otros á este modo, son honestos y honrados: que el uso de ellos no envilece la familia ni la persona del que los ejerce, ni la inhabilita para obtener los empleos municipales de la república en que estén avecindados los artesanos ó menestrales que los ejerciten, y que tampoco han de perjudicar las artes y oficios para el goce y prerogativas de la hidalguía, á los que la tuvieren legítimamente, conforme á lo declarado en mi Ordenanza de reemplazo del ejército de 3 de noviembre de 1770, aunque los ejercieren por sus mismas personas, siendo esceptuados de esta regla los *artistas* ó *menestrales*, ó sus hijos que abandonaren su oficio ó el de sus padres y no se dedicaren á otro, ó á cualesquiera arte ó profesion, con aplicacion ó aprovechamiento, aunque el abandono sea por causa de riqueza y abundancia, pues en tal caso, viviendo ociosos y sin destino, quiero les obsten los oficios y estatutos, como hasta de presente, en inteligencia de que el mi Consejo, cuando hallare que en tres generaciones de padre, hijo y nieto ha ejercitado y sigue ejercitando una familia el comercio ó las fábricas con adelantamientos notables y de utilidad al Estado, me propondrá segun le he prevenido, la distincion que podrá concederse al que supiere y justificare ser director ó cabeza de la tal familia que promueve y conserva su aplicacion, sin esceptuar la concesion ó privilegio de nobleza, si le considerase acreedor por la calidad de los adelantamientos del comercio ó fábricas. Y mando se observe inviolablemente esta mi real resolucion, sin embargo de lo dispuesto en las leyes 6 y 3, tít. 10, lib. 4 del ordenamiento real, la 2 y 3, tít. 1, lib. 6, y la 9, tít. 15, lib. 4 de la Recopilacion, que tratan de los oficios bajos, viles y mecánicos, y todas las demas que hablen de este punto, aunque aquí no se especifiquen, pues las derogo y anulo en cuanto traten y se opongan á lo referido, y quiero que en esta parte queden sin ningun efecto, como tambien cualesquiera otras opiniones, sentencias, estatutos, usos, costumbres y cuanto sea en contrario. Esta resolucion se copie en los libros capitulares de los ayuntamientos, para que se tenga presente al tiempo de las elecciones de oficios municipales de república, y no se pueda alegar ignorancia ni contrario uso en tiempo alguno, á cuyo fin tambien se registre y copie por el escribano de ayuntamiento á continuacion de las Ordenanzas de los gremios, cofradías, congregaciones, colegios ú otros cuerpos en que haya esta

tutos contrarios á lo dispuesto en ella, y encargo particularmente á los tribunales y sociedades económicas, de que cuiden de su observancia sin interpretaciones y variedades, é igualmente á los M. RR. arzobispos, RR. obispos, sus provisores y vicarios generales, concurran á su cumplimiento por lo respectivo á las congregaciones, hermandades y demas establecimientos de seglares en lo que les corresponda.»

El tenor de esta disposicion y el espíritu que la dictaba, hicieron creer que ya la profesion de las artes mecánicas, malamente confundidos todavia entonces con los meros oficios de cierta clase muy diversa, y que nunca han debido equipararse, no eran obice para ser admitidos sus individuos en corporaciones municipales, científicas y de otro género cualquiera, aun cuando fuesen nobiliarias. Así lo comprendieron algunos autores, entre ellos el del Febrero reformado, que habiéndolo consignado en dicha obra, dió lugar á la real declaracion de 4 de setiembre de 1803 y circular del Consejo de 10 de enero de 1804 (1), en la cual se previene:

Que habiéndose sentado en dicha obra «la doctrina errónea y perjudicial al honor de las órdenes militares y nobleza española, de que por haberse declarado en esta cédula de 18 de marzo de 83, honrados todos los oficios mecánicos, no sirve ya de impedimento su ejercicio, para condecorarse con cualquiera hábito militar, se previno que la verdadera inteligencia de dicha cédula es, que *solo la ociosidad, la vagancia, y el delito causan la vileza*, y que ningun oficio deja de ser bueno, como que no ofende ni á las costumbres ni al Estado, antes bien fomenta uno y otro, sin que por esto se les hubiese querido elevar al último grado de honor, ó igualarlos á ocupaciones ó empleos superiores, ni constituir aun entre los mismos oficios mecánicos una igualdad que seria quimérica por la diversidad de objetos y utilidades: que mucho menos se debian entender derogadas por dicha cédula las constituciones y definiciones de las órdenes militares tan justamente establecidas, y fundadas en los principios sólidos de la necesidad de conservar el lustre de la nobleza, por lo que resolvió S. M. que el Consejo dispusiera *se deshiciese este error*, recojiendo el citado tomo (el del Febrero), y circulando la órden correspondiente.»

Por las disposiciones constitucionales de 1812, ya no se hacia esclusion para los altos cargos á que llamaba el nuevo régimen por razon de artes y oficios.

El Estatuto Real daba entrada en la cámara de próceres á los fabricantes.

La Reina Gobernadora, por real decreto de 25 de febrero de 1834, haciendo su puesto de que algunas profesiones industriales se hallaban aun degradadas en España, no obstante la declaracion, ya antes citada, del señor don Cárlos III, ordenó:

«Art. 1.° Todos los que ejercen artes mecánicas por sí ó por medio de otras personas, son dignos de honor y estimacion, puesto que sirven útilmente al Estado.

Art. 2.° En consecuencia podrán obtener todos y cualesquiera cargos municipales y del Estado, teniendo las demas cualidades requeridas por las leyes.

Art. 3.° Podrán asimismo entrar en el goce de nobleza ó hidalguía si la tuvieren; aspirar á las gracias y distinciones honoríficas, y ser incorporados en juntas, congregaciones, cofradías, colegios, cabildos y otras corporaciones de cualquiera clase, siempre que tengan los demas requisitos prevenidos por las leyes ó reglamentos.

Art. 4.° Quedan derogadas y anuladas las leyes, estatutos, constituciones, reglamentos, usos y costumbres contrarias á lo dispuesto en este decreto.»

La Constitucion política, en fin, de 1837, en su artículo 5.°, y en el mismo la reformada de 1845, establecen que «todos los españoles son admisibles á los empleos y cargos públicos, segun su mérito y capacidad.»

No podia ser ya otra cosa. Cuando la ilus-

1) Nota 6, tit. 23, lib. 8 de la Nov. Recop.

tracion, la política y la conveniencia han proclamado y hecho sentir la utilidad y necesidad vital de la industria: cuando una filosofía humanitaria, tal vez exajerando algun tanto el principio de que partia, declaraba nobles á los hijos de la humana flaqueza, recojidos por la sociedad en sus establecimientos públicos: cuando se habia proclamado solemnemente el principio saludable y eminentemente justo de que *solo la ociosidad y la vagancia son indecorosas, y solo el vicio infama*: cuando en las modernas legislaciones penales se consigna tambien, como lo ha sido en nuestro Código actual, que ni aun las penas por crímenes y delitos causan infamia; es claro que las clases fabriles no podian continuar bajo su antiguo y nunca merecido baldon.

Ahora, en vista de todo lo dicho, se ofrece preguntar: si hubiera alguna institucion nobiliaria, alguna corporacion, cuyas constituciones ó estatutos, ora aprobados por las potestades temporal y eclesiástica, ora por alguna de ellas solamente, escluyan á las clases fabriles, ¿continuará en vigor esta esclusiva? Ni el tenor, terminantemente derogatorio, de las disposiciones legales antes citadas, ni el actual derecho público español consienten ya semejante esclusion, ni en los que ejercen hoy las artes mecánicas, ni en los que proceden de los que las ejercieron, cuando si esta circunstancia era un óbice por la ley, ha desaparecido por la misma.

Podria preguntarse en segundo lugar, si lo que se dice en este punto de las artes, se dirá tambien de todos los oficios, antes notados de infamia y de vileza como alguno, al cual siempre acompaña cierta nota de *inmanidad*. La resolucion no es tampoco difícil. Si aun la pena del crímen no ocasiona infamia, segun la legislacion actual, mucho menos podria producirlo ningun oficio ó profesion, creados y autorizados por la ley. Ni las artes, ni los oficios, causan ya esclusiva para nada por nota de *infamia*, de *bajeza* ó *vileza profesional*, como anteriormente. Pueden, sin embargo, algunos oficios ó artes, causar incompatibilidad por otro concepto para ciertos cargos, como la causan sin nota alguna desfavorable, otras circunstancias, estado ó situacion civil ó política de algunas clases para determinados cargos, ó para el disfrute de algunos derechos. De este modo produce falta de aptitud legal para los derechos políticos el ser deudor quebrado, por ejemplo: causa incapacidad legal el haber de servir otro destino: el no reunir cierta renta, etc.; pero aun de este modo los oficios y profesiones no producirán incompatibilidades, sino en los casos en que así esté especial y terminantemente ordenado por la ley.

Es por demas advertir que lo dicho hasta aquí se entiende solo de la *infamia legal*: la de hecho: la que no puede abolir la ley, la que no reconoce mas juez que la opinion, la infamia de la ociosidad y vagancia: la de la inmoralidad y desarreglo de las costumbres: la de la degradacion de clases y personas que no se aprecian bastante; esa existe y existirá, conviene que exista siempre, y la misma ley lo ha sancionado justamente así. Las clases obreras tienen un notable ejemplo, tan antiguo como la monarquía. No hay clase mas abrumada, mas menesterosa, mas apartada del refinamiento social, y hasta cierto grado imposibilitada de participar de la comun ilustracion por lo escaso de su fortuna, y lo acerbo y contínuo de sus tareas, que la de braceros del campo. Esa clase, sin embargo, como á su vez la labradora, ha merecido siempre el aprecio de la sociedad, es bien mirada de todas las clases, y lo es indudablemente por la sencillez y regularidad de sus costumbres.

Volviendo á la legislacion, habrá de notarse que, mientras por una parte por la depresion categórica y la ignominia, apagaba el aliciente creador, el principio de energía, el instinto y hasta la ilusion profesional, que es la vida de las clases; fomentaba la vida material y mecánica, digámoslo así, de las mismas clases obreras, dictando acertadas disposiciones que fomentaban; y que, no contrariadas por óbices de mas elevada categoría, hubieran elevado y desar-

rollado la industria, de lo cual hablaremos en su artículo especial.

En el de arrendamiento de obras hemos esplanado lo conveniente sobre ajustes, retribuciones, responsabilidad de los artesanos y demas operarios por los perjuicios causados por culpa ó impericia en las obras de que se encargasen, y prohibicion de decir de lesion, ni de restitucion en los ajustes alzados.

Añadiremos aquí para concluir este artículo, que la accion que tienen los artesanos y demas operarios para reclamar el precio ó estipendio de su trabajo, se prescribe por tres años. Dentro del trienio gozan del rédito de un seis por ciento sobre el adeudo principal, desde el dia de la reclamacion, hasta que fuere realizado el pago (1).

No pueden embargárseles para pago de de deudas los instrumentos de su arte (2).

No pueden ser presos por deudas que no procedan de delito, ó cuasi delito (3); aunque este ha dejado de ser privilegio desde que es ley comun para todos los españoles.

Con el fin de preservar á los artesanos de la ociosidad y disipacion, las Córtes de Madrid de 1577 pidieron, y Felipe II ordenó por pragmática de 18 de febrero, «que los oficiales de cualquier oficio y los jornaleros, incurriesen en las penas establecidas por las leyes, si jugaren en dia de trabajo, aunque fuese á juegos permitidos; ni á los prohibidos, en la cantidad que se permitia (4).» Posteriormente Cárlos III, por pragmática de 6 de octubre de 1771 dispuso lo siguiente en el capítulo 9 de la misma: «mando se guarde lo dispuesto por la ley 12, en cuanto prohibe que los artesanos y menestrales de cualesquiera oficios, así maestros, como oficiales y aprendices, y los jornaleros de todas las clases jueguen en dias y horas de trabajo, entendiéndose por tales desde las seis de la mañana hasta las doce del dia, y desde las dos de la tarde hasta las ocho de la noche,» concluyendo con la designacion de penas (1).

Hemos copiado á la letra las palabras que anteceden, como uno de los infinitos testos legales que pueden traerse para comprobar cuanto hemos dicho sobre la inexacta clasificacion de artesanos y menestrales. Por lo demas es ocioso advertir que estas leyes, estan en desuso, como otras disposiciones análogas que aun podrian citarse, siendo muy difícil calificar, y si era mas perjudicial su rigor, y si se quiere hasta su exajeracion, que el abandono con que se mira hace mucho tiempo este punto importante que se liga á las costumbres y á los hábitos profesionales de las clases obreras, de donde únicamente puede venirles la deshonra de que les ha librado la ley.

Ultimamente, en los artículos 610 y 611 de los aranceles judiciales de 1846, que son los vigentes, se dispone lo siguiente en cuanto á artesanos.

«Artículo 610. Los artesanos y menestrales de todas clases, que fuesen llamados como peritos para reconocimientos y otras operaciones propias de sus respectivas profesiones, percibirán un jornal igual al que, por regla general, lleven los de su clase, aunque su ocupacion no llegue á un dia; y si pasase de este tiempo, otro jornal, y asi progresivamente.

Art. 611. Sintiéndose agraviada alguna parte de la regulacion del valor de los jornales, hecha por los peritos de artes ú oficios, decidirá el tribunal ó juez sus reclamaciones, oyendo verbalmente al veedor ó veedores del gremio, y á falta de estos, á dos artesanos de probidad y esperiencia.»

Las disposiciones comprendidas en las leyes citadas de la Novísima Recopilacion sobre créditos de artesanos y menestrales fueron comunicadas á Indias por real cédula de 19 de mayo de 1785.

V. ARTIFICE, GREMIOS, INDUSTRIA, MENESTRAL, ARTISTA.

ARTICULAR. En el lenguage jurídico tiene esta palabra dos acepciones. La

(1) Leyes 10 y 11, tit. 11, lib. 10, Nov. Recop.
(2) Ley 19, tit. 31, lib. 11 Nov. Recop.
(3) Ley 19, tit. 31, lib. 11 de la Nov. Recop.
(4) Ley 12, tit. 23, lib. 12, Nov. Recop.

(1) Ley 15, tit. 23, lib. 12, Nov. Recop.

primera es formular y ordenar en debida forma las preguntas que constituyen el interrogatorio de prueba en un juicio. V. INTERROGATORIO.

Equivale tambien á espresar las partes en sus escritos razones diversas y medios diferentes de defensa. Asi se dice que tal parte tiene ó no que *articular* tal ó cual razon en su defensa ó en apoyo de su intencion.

ARTICULO. De la palabra latina *articulus*, y esta de la griega *artos*, miembro de un cuerpo, y por tanto, parte de un todo. La palabra artículo, si no fuese diminutivo de *artuus*, que significa tambien miembros ó partes de un cuerpo, es indudablemente, segun su terminacion y reglas de la lengua latina, de índole diminutiva; y significaria, por lo tanto, parte pequeña de un todo, como así es en efecto. La pequeñez, sin embargo, es solo relativa, ó en comparacion al todo á que el artículo sea referente; lo cual no quita que un artículo, en cualquiera acepcion en que se tome esta voz, sea estenso y de grande importancia y trascendencia; pues eso quiere decir que es tambien grande el todo á que se refiera. En este sentido dice la ley 1, tít. 3, Part 1, hablando de los artículos de la fe: «que son »llamados artículos, que quiere decir como »artejos, que así como las manos... han ar»tejos que facen dedos, é los dedos que fa»cen mano, etc.» De donde se ve que en el lenguage legal, como sucede en el comun y científico, artículo, aun cuando por sí constituya un gran todo; respecto de otro todo, al cual se refiere ó está subordinado, tiene razon de parte.

Desde luego se ve, por lo tanto, que siendo el análisis uno de los medios naturales de la inteligencia, así para conocer un todo, como para significar y hacer comprender fácilmente sus conceptos, el *artículo*, y á su vez el *articular*, deben ser recursos y medios necesarios de dicha operacion, como así es en efecto, y de aquí las diferentes acepciones de la palabra *artículo*. Contrayéndonos á lo que puede ser objeto de la Enciclopedia, se aplica á los escritos, leyes, tratados, decretos, órdenes y otros documentos oficiales, y es siempre parte de ellos, en cuyo sentido dice la Academia de la lengua que artículo es «una de las partes en que suelen dividirse los escritos;» y en el mismo en las obras alfabéticas, como la presente, se llame artículo la esplanacion de cada palabra ó nombre. Aplícase alguna vez al tiempo, y así se dice *artículo de la muerte* ó *in articulo mortis*; porque aquel momento es parte de los que han constituido la vida del que fallece. Aplícase asimismo á la mística, y se llama *artículo* cada una de las verdades dogmáticas que constituyen la creencia católica: y al procedimiento judicial, en fin, y se llaman *artículo* ciertos incidentes que ya dilatan, ya dirimen la cuestion principal, como los llamados artículo inhibitorio, de no contestar etc., segun se ve en sus artículos respectivos. En lo judicial se llaman, ó mas bien se reputan artículos, las preguntas, las de una prueba por ejemplo, y de ahi el formularlas, como hemos visto ya, se llama *articular*.

Sirviendo los artículos para el método y claridad en las obras y documentos oficiales, se deja bien conocer cuánto influye su uso, adecuado ó vicioso, en el método y estilo particular de cada autor, sin que pueda darse sobre ello otra regla que la que se prescribe para la division y subdivision, esto es, que no se verifiquen en miembros escesivamente grandes, ni escesivamente pequeños, pues por ambos caminos se llega al mismo vicioso término de contrariar el fin de ellas, así como el de los artículos, ó sea el del autor ó legislador, que es procurar en sus obras facilidad y claridad.

Bajo de este punto de vista el uso del *artículo* ha introducido de pocos años á esta parte una novedad tan clásica y trascendental en la literatura y en la redaccion de las leyes y documentos oficiales, que ella sola bastaria á hacer distinguir los escritos, leyes y códigos del presente y último siglo de los de las épocas anteriores. ¿Qué tiene de comun la redaccion, por ejemplo, de las Partidas, del Ordenamiento real ó de la Novísima Recopilacion con la del Código

penal ó el de comercio? ¿La del Digesto ó el el Código de Justiniano con el código francés? ¿Pero ha perdido, ó ha ganado en ello el estudio del hombre y las obras de la inteligencia? Ni duda siquiera puede haber en la resolucion. ¿Quién puede leer sin fatiga, ya que no sin confusion, algunas de las novelas del derecho romano, y muchas de nuestras antiguas leyes? El preámbulo mismo de estas, que seguramente se escribia para dar claridad, y aun autoridad intrínseca á las mismas, produce frecuentemente confusion, y no pocas veces hay, sino contradiccion, incoherencia y aun desautorizacion del legislador, por lo erróneo ó futil de las razones, ó por circunstancias análogas entre la parte expositiva y la preceptiva.

En lo judicial los artículos han sido autorizados para desembarazar el procedimiento; y el abuso ha hecho que sirvan para complicarlo. Si se quiere que una cuestion judicial no tenga fin, no hay mas que multiplicar los artículos. No conducirán á nada útil; pero servirán para ganar tiempo, para quebrantar las fuerzas y aniquilar los recursos del contrario, para desautorizar á los tribunales, para desacreditar la institucion mas santa, que es la de la administracion de justicia, y la noble y elevada de la abogacía. Muchos son los abusos que en el procedimiento judicial conducen á este fin; ninguno acaso mas que el que se hace de la interposicion viciosa, calculadamente dilatoria, de artículos improcedentes. Clamaremos siempre contra todo vicio que haga degenerar la institucion. Lo hemos hecho ya de algunos en el artículo **APREMIO**, y lo haremos en todos aquellos en que asi lo requiera nuestro deber de escritores públicos; y por lo que hace á artículos judiciales, en los que inmediatamente siguen.

ARTICULO EN SENTIDO ADMINISTRATIVO. En el conjunto inmenso de cosas que forman el objeto de la administracion, tiene esta que valerse de denominaciones generales, como las de *géneros*, *objetos*, *efectos*, *artículos*, y otras al modo, cuya significacion se determina en cada caso por medio de una enunciativa específica. Cuéntase como se ve, entre aquellas denominaciones, la palabra *artículo*, conservando siempre en sus aplicaciones su significacion radical de *parte de un todo*, que en este caso es el conjunto de objetos que forman el general de la administracion pública. Así decimos *artículos de primera necesidad*, *de consumo diario*, de comercio, de sedería, de joyería, etc. En estos casos la palabra *artículo*, equivale, como se echa de ver, á la de *cosas*, *géneros*, *efectos*, *objetos*; y espresa una especie, ó bien un género subalterno, todo lo estenso que se quiera; pero que siempre tiene razon de parte, respecto del género supremo, ó mas universal á que está subordinado. La aplicacion, pues, de la voz *artículo* en esta acepcion administrativa y genérica, ha de verse al tratar de las especies á que se refiere y sus tratados peculiares, como aranceles, aduanas, abastos, comercio, etc.

En las muchas acepciones que en el sentido indicado tiene la palabra *artículo*, las mas son bastante determinadas y claras para no necesitar de otra esplicacion. Así, por ejemplo, cuando decimos, artículos coloniales, de sedería, de bisutería, etc., nadie puede dudar del significado de la enunciativa, aunque genérica, ni de la estension del mismo. Pero no sucede lo propio respecto de otras, y precisamente de las mas trascendentales, por su uso frecuente, por interesar á todas las clases sin distincion, y aun por la índole especial de muchas de estas. Tales son las acepciones: *artículos de primera necesidad*, *y artículos de consumo diario*. Desde luego se nota un cierto grado de mayor oscuridad y vaguedad que en los casos antes citados, y que la que habria, por ejemplo, en las enunciativas, *artículos de comer*: *de comer*, *beber* y *arder*, etc.; por cuyo motivo creemos oportuno consagrar algunas observaciones dirigidas á esplanar ligeramente las dos citadas acepciones.

Artículos de primera necesidad. La enunciativa es comun y frecuente; pero ninguna ley ni disposicion gubernativa ha determinado cuales, ni cuantas especies se comprenden en ella. Hay mas: en el lenguage

comun, en la apreciacion moral, si no se trata mas que de darse razon á sí mismo, á nadie ocurre duda sobre el significado de la frase; pero si se trata de definir, si es preciso enumerar las especies para la imposicion, por ejemplo, de un arbitrio ú otra gabela, entonces es ya otra cosa. No es necesario advertir que la *primera necesidad* no es aquí absoluta, sino relativa. En el primer caso apenas merecerian esa calificacion mas que dos artículos ó especies: el agua y cualquiera sustancia alimenticia que la naturaleza indicaria en cada localidad por su próvida abundancia. Con ellas viviria el hombre en el estado de la naturaleza. Pero la *primera necesidad* es relativa, decimos, y lo es al estado social. Lo que en él constituye el alimento y uso comun y diario del mayor número de familias, y principalmente de las menos acomodadas, en sus dos estados de salud ó enfermedad, eso es preciso reputar como artículos de *primera necesidad*. En tal supuesto, y contrayéndonos á las especies ú objetos llamados de consumo, el menor número de los que para lo gravoso deberán comprenderse en aquella denominacion, será el de los artículos siguientes: *combustible*, entendiéndose el mas comun y al alcance del mayor número de familias: *pan, vino comun, carne, aceite, sal, jabon*.

Estas especies, sin embargo, no pueden considerarse si no como tipos, y alguna vez habrá de estarse á sus equivalentes y análogas, segun las circunstancias, las producciones, y aun las costumbres de cada pais en punto á alimentos. En tales casos la equivalencia se fundará principalmente en la triple circunstancia de que la especie sea *análoga, de uso comun*, y *la mas abundante* en su género, y por tanto la mas al alcance de la clase general. Con arreglo á este principio en algunos paises en vez de pan diriamos la *barona*, el *arroz*, la *patata*, etc.: en vez de vino, la *sidra*, la *cerveza*: en vez de carne, el *tocino*, etc.

Hay todavía artículos que en muchos paises, segun el clima y las producciones y costumbres, una administracion próvida deberá considerar como de primera necesidad, y son el vinagre y el abadejo, despues que el uso de este, aunque menos sano por cierto, ha venido á ser en algunas partes casi tan comun, cómodo y diario, como el de la patata.

Por las mismas razones habrá algun otro artículo que deberá ser reputado en la categoria de los de *primera necesidad*, y por supuesto bajo el punto de vista de facilitar su abundancia y adquisicion, en vez de dificultarlas, lo cual ha de apreciarlo y determinarlo la administracion, segun la ocasion y las circunstancias. Y decimos segun la ocasion, porque claro es que en tiempo de guerra, de epidemia, de hambre ú otra calamidad pública, puede cambiar la índole y aumentar el número de los artículos de primera necesidad, aunque siempre las resoluciones de la administracion habrán de descansar sobre los principios que dejamos asentados en este pequeño artículo.

Desde luego se echará de ver que tratando de objetos de consumo de absoluta necesidad, que lo mismo es decir de primera en el sentido en que vamos hablando, no hemos hecho mencion del *agua*, y es porque esta cae fuera de cuestion en todas las suposiciones, en todas las ocasiones y en todos los paises: porque acerca de ella no cabe costumbre contraria, ni necesidad relativa, ni facticia: porque es especie en general emancipada de la industria y del monopolio: porque mas que de la administracion, está á cargo de la Providencia.

La administracion, sin embargo, tiene á su cuidado el surtido y la calidad; la policía, y en su caso la justicia en su distribucion: el cerrar la puerta á toda usurpacion, á todo abuso, á toda medida desacertada ó vejatoria. Nosotros conocemos pueblo, y pueblo numeroso en España, en el cual la única fuente potable, no muy abundante por cierto, está especialmente hipotecada al pago de un censo.

Artículos de consumo diario. Esta categoría abarca mas especies que la anterior. La primera tiene por regla la necesidad: la segunda cierto grado de conveniencia.

Corresponden á esta clase, no solo los artículos de *primera necesidad*; si no todos aquellos que ordinariamente consume la clase general.

En nuestra legislacion los artículos de consumo diario tienen una nomenclatura inmensa, y se espresan indistintamente con las enunciativas de *mantenimientos*, *provisiones*, *bastimentos*, *abastecimientos*, *viandas*, *vituallas*, *víveres*, *comestibles*, *géneros comestibles*, *artículos de comer, beber y arder*, etc. Todas las cuales espresan bastante bien su naturaleza.

Aunque este no sea el lugar propio para hablar de los deberes de la administracion en esta parte bajo el punto de vista del abastecimiento de víveres, salubridad de los mismos, tasa, postura, etc., no podemos menos de consignar aquí una observacion general. A nuestro modo de ver los artículos de consumo diario resisten en general el *monopolio* y la *gabela*, por lo menos en un grado que conduzca á la carestía: los de *primera necesidad* exigen todavía por su naturaleza mayor libertad de recargos; y sin embargo puede decirse, que nuestro sistema general y habitual de contribuciones ha estado siempre basado sobre los consumos, es decir, sobre el consumo diario, sin salvar del gravámen los artículos de primera necesidad, y ni aun del monopolio absoluto, como sucede con la sal. La antigua contribucion de frutos civiles, segun el reglamento de 1785 en punto á artículos de consumo, pesaba entre otras sobre las especies de carne, vino, vinagre, aceite y jabon. Sobre ellas han pesado en general los arbitrios municipales, y aun el monopolio, pues monopolio era, si bien modificado por la tasa, el arrendamiento de los llamados por eso ordinariamente *ramos arrendables*; ó aquellos artículos de primera necesidad ó de consumo diario que se sujetaban al arriendo municipal, de *carniceria*, *tienda*, *taberna* y *abaceria*, cuando estos medios se preferian á otros, no menos gravosos, como los derechos de puertas, las sisas, la alcábala, del viento, etc.

Sabido es en fin, que la actual contribucion de consumos, segun las disposiciones vigentes en la materia, entre ellas el real decreto de 23 de mayo de 1745 en su artículo primero, gravita sobre las especies de «vino, aguardientes, licores, aceite de oliva, carnes, sidra, cerveza, chacolí y jabon.»

Si la dificultad inmensa de innovar y sustituir ventajosamente un sistema rentístico secular, ha impedido siempre, é impide aun, aligerar de sus trabas, y gravámenes multiplicados, al ramo de comestibles, ó sea los artículos de primera necesidad y consumo diario; no ha quitado que alguna vez se haya pensado en ello, mereciendo citarse el real decreto de 20 de enero de 1834. Tres disposiciones restrictivas han venido siempre afectando el ramo de comestibles: el *impuesto*, el *estanco* y la *tasa*. El mencionado decreto dejó intacto el primero, y aun le corroboró espresamente: consignó una fuerte censura contra el segundo, con tendencia manifiesta á su abolicion, aunque esta apenas se concibe, subsistiendo el impuesto, y como el medio casi necesario de hacerlo efectivo en las poblaciones pequeñas, el arriendo: y prohibió la tercera, esto es, la tasa, en todos los artículos de consumo, á escepcion únicamente del pan.

«Se declaran libres, dice el art. 1, en todos los pueblos del reino el oficio, *comercio* y venta de los objetos de *comer*, *beber y arder*, pagando los traficantes en ellos los derechos reales y municipales á que respectivamente estén sujetos.»

«En consecuencia, añade el art. 2.°, ninguno de dichos artículos de abastos, escepto el pan, estará sujeto á postura, tasa ó arancel, cualquiera que sea la disposicion, cédula ó privilegio en cuya virtud se les haya sujetado á esta formalidad.»

La completa esplanacion del decreto corresponde á otros artículos, como tambien el determinar, si la tasa es siempre perjudicial, y si no deben esceptuarse de ella otras especies que la del pan. V. COMESTIBLES.

ARTICULO DE INCONTESTACION O DE NO CONTESTAR. Es el que forma el demandado para que declare el juez que

no viene obligado á contestar la demanda mientras no supla el actor alguna omision que ha padecido al entablarla, ó llene alguna de las formalidades que la deben acompañar. Como esta materia es tan frecuente en los tribunales de justicia y dá lugar á empeñadas contiendas en los procedimientos ordinarios, creemos oportuno dar alguna amplitud á su exámen para fijar tan clara y exactamente como nos sea posible las reglas que deben observarse en la práctica. Con este fin dividiremos el presente artículo en las tres secciones que comprende el sumario, tratando en primer lugar de las consideraciones generales que son aplicables á este asunto; en el segundo de los casos en que proceden y deben ser admitidos los artículos de incontestacion, y últimamente de los trámites que deben observarse en la sustanciacion de los mismos.

PARTE DOCTRINAL.

SUMARIO.

Sec. I. CONSIDERACIONES GENERALES.

Sec. II. DE LOS CASOS EN QUE PROCEDEN Y DEBEN SER ADMITIDOS LOS ARTÍCULOS DE INCONTESTACION.

Sec. III. DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL EN MATERIA DE ARTÍCULOS DE INCONTESTACION.

SECCION I.

CONSIDERACIONES GENERALES.

No hay ni puede comprenderse ningun órden de procedimientos judiciales en el cual no entre como parte muy principal la facultad que esencialmente compete al demandado para formular y ejercitar sus escepciones y medios de defensa. Seria injusto sobremanera y muy inconveniente, que deducida la demanda se viese obligado el demandado á contestarla sin arbitrio, ora pasando por alto informalidades y vicios atendibles, ora entrando á debatir sus derechos con una persona desnuda de personalidad y competencia para ello, ora, en fin, dando lugar á procedimientos valdíos é ilusorios. Era indispensable que las leyes facilitaran al demandado el medio de hacer frente á todas estas dificultades, y hé aquí cómo en último resultado el artículo de incontestacion, que constituye ese medio, no es otra cosa mas que la fórmula judicial de que se vale la persona contra quien se dirije el demandante para proponer sus escepciones dilatorias, para exijir que se llenen las formalidades y se subsanen los vicios de la demanda, para defenderse, en suma, contra la inoportunidad y el impaciente afán de un litigante, que no ha escojido el mejor tiempo ó la forma mas adecuada de intentar sus reclamaciones.

Así considerados los artículos de no contestar tuvieron su orígen en una necesidad imperiosa y en la apreciacion mas concienzuda de los derechos, que la justicia y la razon reclaman para los litigantes. Entonces no eran mas que la fórmula práctica de pedir el cumplimiento de una exigencia legal; y la fórmula, el medio ó el trámite jurídico que conducen á un fin tan provechoso, merecen siempre el exámen y la atencion del legislador y del jurisconsulto, aun cuando ya por diferentes motivos no pudieran presentarse bajo otro punto de vista muy distinto.

Las leyes de Partidas no conocieron los artículos de no contestar con esta denominacion precisamente. Pero conocieron y formularon el derecho del demandado á no responder á la demanda en algunos casos; y puesto que concedido el derecho era necesario sancionar el medio práctico de ejercitarle, fácilmente se infiere que esencialmente debieron autorizar un procedimiento que diera el mismo resultado que los artículos. La ley 9, tít. 3, Part. 3 tiene el siguiente epígrafe: «Por cuales defensiones »se puede escusar el demandado de non »responder á la demanda,» y despues de enumerar varias de estas escepciones, concluye ordenando que en cualquiera de los casos á que ellas se refieren puede escusarse de contestarla, y «que poniéndolas ante

»que conteste á ella é averiguándolas de»ben ser cabidas.» Otras leyes de Partida autorizan tambien al demandado en algunos casos para dejar de responder á la demanda; de manera que la incontestacion de ella fue reconocida ya en aquella antigua legislacion, como un medio jurídico dirijido á imprimir en los procedimientos judiciales la regularidad y el órden y á garantir los derechos y la defensa del demandado. La práctica de los tribunales encontró y fijó la fórmula adecuada para ejercitar este medio; y desde entonces se establecieron estos artículos incidentes ó prévios á que hoy llamamos de no contestar.

Seria en lo antiguo este procedimiento lo que debia ser con arreglo al espíritu y al tenor de las disposiciones que lijerísimamente hemos indicado; pero la malicia de los litigantes, que ha viciado en todos tiempos los procedimientos mas sencillos, llegó á viciar tambien y á desnaturalizar los artículos de incontestacion, convirtiéndolos en un abuso deplorable para la administracion de justicia. Y como este abuso llegó á fortificarse á la sombra de la tolerancia que le prestaban los funcionarios que mas dispuestos debian estar á combatirle; y como al interés de los litigantes se adheria desgraciadamente el interés de la curia, pronta á segundar un mal que acrecentaba considerablemente sus utilidades, el abuso vino á tomar inmensas proporciones y á constituir una de las corruptelas mas funestas de nuestro sencillísimo sistema de enjuiciar.

¿Y ha variado hasta el momento presente el estado de las cosas? ¿Subsiste mas ó menos arraigada y en mayor ó menor observancia esa práctica perjudicialísima? ¿Han hecho algo las leyes en nuestros tiempos para combatirla ó desterrarla? ¿Han hecho y hacen cuanto debian y pueden hacer los tribunales para impedir sus resultados?

La contestacion á estas preguntas no puede ser desgraciadamente satisfactoria. Hombres de verdad y de conciencia, y escribiendo principalmente para una juventud á cuyo ánimo no llevaremos, mientras podamos evitarlo, el error y el engaño, nos vemos precisados á decir que ni las leyes ni los tribunales han hecho todo lo que pudieron y debieron en esta materia y que el mal subsiste en toda su intensidad y eficacia. En cuanto á las leyes no conocemos otra disposicion mas directa, que pueda ser en alguna manera aplicable á este asunto, sino la contenida en la regla 3 del art. 48 del reglamento provisional, la cual dispone que solo se admitan aquellos artículos de prévio y especial pronunciamiento que las leyes autoricen; mas esta disposicion, aun prescindiendo de que se concretó á los artículos de prévio y especial pronunciamiento, y considerándola aplicable por una interpretacion estensiva á los de no contestar, era tan vaga en su contenido, tan ilusoria en su aplicacion y dejaba tan en pie las principales dificultades, que así como ningun resultado produjo respecto de los artículos á que se referia, ninguno habria producido tampoco aunque se hubiese aplicado á los de incontestacion. Los tribunales jamás pensaron en rechazar como podian y debian hacerlo esos artículos escandalosos á que todos los dias se acoje la mala fé de un litigante para vejar y mortificar á su adversario; jamás han procurado que la sustanciacion de esos mismos artículos sea tan sencilla y breve como debe serlo por punto general y salvas poquísimas escepciones; nunca han querido dar á esos procedimientos incidentales el verdadero carácter que tienen segun las leyes; y cualesquiera que sean los fundamentos del artículo, y de cualquier índole que sea la escepcion en que se apoyen, basta deducirlos para que se admitan, para que corran los largos trámites que el abuso ha sancionado, para que se sustancien lenta y pausadamente y para que se invierta, como sucede generalmente, tanto tiempo cuanto se consume en la sustanciacion del negocio principal.

La verdad es, aunque sea doloroso esponerla, que los artículos de incontestacion han venido á ser un arma terrible contra la cual no tiene defensa el litigante de buena fé. El demandado que no está se-

guro de la posesion que disfruta, entabla un artículo de incontestacion, y á vueltas de los disgustos y del cansancio en que hace revolver á su adversario, consigue dilatar la contestacion de la demanda meses y aun años, impidiendo entretanto que empiecen para él los efectos legales de esa contestacion misma. El demandado que duda cuando menos de la eficacia de su derecho tienta el mismo medio, porque en la duda no seria prudente desecharlo. El que de buena fé cree que la razon le asiste, todavía se siente inclinado á adoptar el mismo medio de defensa, aunque no sea mas que para mortificar á un demandante importuno é inconsiderado y pagarle en la misma moneda. Una vez adoptada la resolucion de seguir ese camino no es uno solo el artículo que se promueve: la esperiencia nos ha hecho conocer que la malicia de los litigantes es algo mas fecunda, y casi siempre hemos visto repetido ese recurso. Hay ademas una opinion detestable entre las gentes, que en mas ó menos superior escala intervienen en estos negocios, y es la que profanando las palabras y las ideas honra con los epítetos de sagaz, travieso y hábil al litigante que se muestra mas fecundo en la invencion de ardides y subterfugios á propósito para servir de materia á los artículos de incontestacion. El escándalo llega al punto de que, cuando la malicia mas sutil ve cerrados todos los caminos forma el artículo alegando que el demandante no tiene derecho ó proponiendo cualquiera otra escepcion perentoria. En una palabra, cuando estos artículos no deberian ser sino la fórmula escrita y breve de exijir en juicio el cumplimiento de alguna de aquellas circunstancias á que hemos aludido, no son en realidad sino un fooo de intrigas en que el mas diestro sacrifica á su adversario; un medio vituperable de viciar la sencillez y el fin de los procedimientos judiciales; un recurso puesto en manos de la mala fé para alargar indefinidamente los pleitos; una burla intolerable de las leyes que tan eficazmente encargan la brevedad de los juicios y encarecen la prontitud en la administracion de justicia; un manantial perenne de riqueza para los curiales que ellos esplotan y no se consume nunca.

El mal es tan grave que reclama pronto y urgentísimo remedio. Pero el remedio no bastará que venga solo de las leyes: la cooperacion de los tribunales puede ser mas eficaz y ejecutiva para desterrarle. Compréndanse bien el verdadero carácter y el objeto esencial de estos artículos; conózcanse con exactitud los casos en que segun las disposiciones de nuestras leyes, pueden ser admitidos; ciérrese la puerta á todos los que no se ajusten á estas reglas, obsérvese en esto una severidad inflexible, acompañada de la atencion mas escrupulosa; impóngase siempre la condenacion de costas á la malicia del litigante, y aun la pérdida de los derechos cuando sea conveniente quitar este estímulo: de esta manera los artículos de incontestacion se reducirán á lo justo, serán lo que deben ser, y quedará purgada la administracion de justicia de un vicio que disminuye su brillo y la santidad de sus efectos. Por nuestra parte procuraremos contribuir á tan importante resultado, determinando con la posible claridad, y segun el espíritu de nuestras leyes los casos en que proceden los artículos de incontestacion.

SECCION II.

DE LOS CASOS EN QUE PROCEDEN Y DEBEN SER ADMITIDOS LOS ARTICULOS DE INCONTESTACION.

Hemos dicho que estos medios de defensa han recibido en su aplicacion tan desordenado ensanche que ha venido á quedar completamente desnaturalizado su verdadero y primitivo objeto. En vano seria buscar las reglas que nos proponemos establecer en la práctica de los tribunales ni en los libros de los escritores; la primera nos daria por resultado la imposibilidad de fijar ninguna, y los segundos, que apenas mencionan esta materia, no pueden satisfacer los deseos de las personas que en el

conocimiento de la verdad van mas allá de donde suelen ir los entendimientos superficiales. Consultemos, pues, las leyes, y su exámen nos llevará al fin que nos proponemos conseguir.

La ley de Partida, citada en la anterior seccion, despues de establecer como regla general, que cuando el demandando pueda oponer alguna escepcion dilatoria, le es permitido dejar de responder á la demanda, enumera ó determina algunos casos en que puede tambien verificarlo legalmente. Despues del epígrafe de la ley en que, como ya dijimos, se propuso el legislador designar «por cuáles defensiones se puede escusar el demandado de non responder á la demanda,» habla de las escepciones que «aluengan el pleyto é non le rematan,» las califica de dilatorias, «que quiere tanto decir como alongaderas,» y concluye diciendo, «que tales escepciones como estas las puede proponer el demandado ante que responda á la demanda, é averiguándolas deven ser cabidas.» De consiguiente es doctrina segura con arreglo á esta disposicion que el demandado puede formar artículo de no contestar siempre que proceda y pueda ejercitar contra la demanda alguna de las escepciones que el derecho reconoce y califica de dilatorias.

Pasando despues á enumerar dicha ley los casos en que el demandado puede abstenerse de responder á la demanda, cita el de la incompetencia del juez ante quien se hubiera producido, lo cual es conforme á la disposicion espresa de otra ley anterior del mismo código (1); de forma, que la incompetencia del juez autoriza al demandado para formar artículo de no contestar hasta que se fije quién debe conocer.

Otro caso es cuando el procurador ó apoderado del demandante no fuese persona legítima para representarle ó el poder fuese vicioso «si la una parte contradijesse la »personeria de la otra, mostrando razon, »porque non deve ser personero, ó dizien»do que la personeria que trae non era »complida;» de suerte que cuando el procurador no puede serlo ó no legitima su representacion debidamente, el demandado puede tambien oponer el artículo de no contestar.

El último caso que especifica esta ley, ocurre cuando habiendo convenido el acreedor en no reclamar la deuda hasta un tiempo dado, intenta, sin embargo, la demanda antes de su vencimiento; entonces puede el demandado producir igual artículo, puesto que sin atacar el fondo de la reclamacion tiene un medio legal de diferirla.

La ley primera del mismo título y Partida, refiriéndose al caso en que la demanda se dedujese á nombre de otro, presenta algunas eventualidades en que el demandado estaria tambien autorizado para dejar de contestarla. «Si el actor, dice, manifestase que le quiere demandar en nombre de otro, el demandado non es tenudo de responderle á menos de le mostrar carta de personeria que sea valedera, ó de le dar seguranza que lo aura por firme aquel en cuyo nome lo demanda.» Si el actor demandase á nombre de algun menor, el demandado «nol deve responder á menos que le muestre recabdo de como aquellos huérfanos por quien la faze le fueron dados en guarda.» Ultimamente, encarga la ley que si el demandante gestionase por sí cuide el demandado de investigar si es ó no persona legítima para comparecer en juicio, «ca si tal non fuesse non seria tenudo de responderle á la demanda.» Síguese de lo dispuesto en esta ley, que cuando el demandante no tiene la necesaria legitimidad ó aptitud para comparecer en juicio, ó cuando compareciendo á nombre de otro no legitima su representacion, el demandado puede, como en los casos anteriores, promover el artículo de que vamos hablando.

Otra ley de la misma Partida, que es la tercera, tit. 2, refiriéndose á las demandas que hubieran de intentar los hijos y nietos contra sus padres y abuelos, de cuya potestad hubiesen salido, exije que pidan préviamente la licencia judicial. En su oportuno lugar nos haremos cargo de los

(1) Ley 4, tit. 3, Part. 3.

casos en que este requisito debe llenarse, y de la manera de obtener en el dia la vénia judicial para dicho objeto, bastando ahora decir que si la demanda se hubiese intentado, sin observar siquiera la mera fórmula con que hoy se satisface en los tribunales aquel precepto legal, el demandado podrá promover el oportuno artículo para que se declare que no viene obligado á contestarla mientras tanto.

La ley 10, tít. 3, Part. 3, se propone declarar «por cuales defensiones non se pueden escusar los demandados que non respondan á la demanda» y para patentizar con mas claridad su pensamiento, pone dos casos, que en el exámen que vamos haciendo no deben pasar desapercibidos. Es el primero, cuando uno demanda *herencia de su padre* y el demandado le objeta que *non es tenudo de responderle negando que el demandador non es fijo de aquel.* El segundo cuando pide alguna manda *quel dize que fué dejada en testamento é el demandado dize que non es tenudo de responder á ella porque el testamento fue falsado.* En ambos casos dispone la ley que no debe suspenderse ni diferirse la contestacion á la demanda y que el juez *deve constreñir al demandado que llanamente responda si ó non á la demanda quel facen*; de forma que cuando la escepcion afecta aunque sea indirectamente al fondo de la demanda, ó es tal, que sin atacar precisamente la accion deducida, estimada, escluiria el derecho del actor, no autoriza al demandado á promover el artículo de no contestar.

Ultimamente, la ley 4, tít. 3, lib. 11 de la Nov. Recop., previene muy esplícitamente que las demandas sean ciertas y sobre cosa cierta declarando el actor con toda individualidad y exactitud lo que pide segun los diversos casos á que pueden referirse aquellas, y previene que «si las tales demandas no fuesen ciertas en la manera suso dicha, mandamos que no se resciban y repelan fasta que se pongan ciertas salvo en los casos y cosas que se puede poner demanda generalmente. De manera que fuera de ellos cuando la demanda no contiene toda la espresion, claridad y exactitud que esta ley y las de Partida requieren, el demandado puede oponerse á su contestacion, y el juez no puede ni debe obligarle á darla.

Este análisis de las disposiciones relativas al presente asunto, facilita en gran manera la esposicion de las reglas que nos hemos propuesto fijar, y que en nuestro juicio bastarán para desterrar el desconcierto y los abusos que lamentamos. Inútil seria repetir, atendido nuestro propósito, lo único que leemos en la práctica de Paz, en la Curia Filipica de Hevia Bolaños, en Alcaraz, y en algunos otros escritores que tan lijeramente han tratado de los artículos de no contestar, á saber, que estos proceden siempre que el demandado puede ejercitar una escepcion dilatoria. Esta regla es tan compleja que deja en pie la dificultad y es necesario por consiguiente recurrir á otras de aplicacion mas positiva. Sea la:

1.ª Cuando el actor, ora demande en su propio nombre, ora intervenga con agena representacion, no tiene la personalidad ó capacidad legal que se requiere para comparecer en juicio. En tal caso el demandado puede resistirse á contestar la demanda hasta que la persona del demandante quede completamente legitimada.

2.ª Si el actor, siendo persona apta para comparecer en juicio, intenta la demanda en nombre ageno y no acredita en debida forma la representacion con que reclama.

Esta regla comprende no solamente al procurador que demanda en nombre de su poderdante, sea este un individuo, sea una corporacion, y no exhibe el poder que le autorice para ello, sino tambien al que lo presenta vicioso ó no bastante para el objeto de la reclamacion. Comprende asimismo al tutor y curador, que demandando á nombre de sus pupilos y menores no legitiman competentemente su representacion, no exhibiendo las oportunas diligencias del discernimiento judicial de sus respectivos encargos, ó siendo estas incompletas. Y comprende, finalmente, á todos los que se hallen en casos iguales ó análogos, puesto que á todos incumbe la misma obligacion para

evitar que sean ilusorias las diligencias judiciales.

3.ª Cuando el actor ejercita un derecho que le compete por derivacion de otra persona y no acredita con el documento oportuno el acto legal en virtud del que se le ha trasmitido semejante derecho. En este caso se encuentran el cesionario que pide en virtud de la cesion; el donatario que funda su demanda en la donacion; y en una palabra cuantos derivan su derecho de otra persona mediante un acto legal verificado por ella. La existencia de este acto debe justificarse préviamente, y mientras tanto el demandado puede escusarse de contestar á la demanda.

4.ª Si el demandante no puede ejercitar el derecho deducido sino mediante cierta cualidad personal ó cierto título, y no justifica desde luego la existencia de ella ó del título legal que debe autorizarle para pedir. En cuanto á la cualidad, para que la falta de justificacion autorice el artículo de no contestar, es necesario que sea inseparable de la persona del actor y que vaya inherente á ella; y en cuanto al título para pedir no es preciso que no haya existido nunca: bastará que habiendo existido antes haya caducado con posterioridad por una disposicion de ley por la voluntad de los interesados ó por una decision judicial. Siempre que un acto de esta naturaleza impida al demandante entrar en el pleito, el demandado podrá entablar el artículo de que vamos hablando.

5.ª Si el demandante no fuese la persona á quien corrrespondiera legítimamente ejercitar el derecho deducido, dado que este derecho existiera y pudiese corresponder á otro.

En efecto, dijimos al hablar del ejercicio de las acciones, que el interés era la condicion mas esencial para este objeto, porque no puede reconocerse accion ninguna cuando falta interés en aquello sobre que ha de ejercitarse, ó cuando no ha de resultar utilidad al que la ejercita segun el principio *cui nihil interest actio non datur*. Podrá el demandante ser persona legítima para comparecer en juicio; podrá existir el derecho deducido; pero si este no compete al que entabla la accion, si á él no le interesa, el demandado podrá promover el artículo de incontestacion, y escusarse de responder á semejante actor. Un ejemplo entre otros que nos han ocurrido en el ejercicio de nuestra profesion pondrá en claro esta doctrina.

Otorgó cierto testador su testamento, nombrando á dos personas de su confianza albaceas testamentarios con facultad de disponer de la herencia segun la voluntad que les tenia comunicada. Poco tiempo despues otorgó el mismo testador un segundo testamento derogando en todas sus partes el primero; é instituyendo heredera de los bienes que poseia fuera de España á su esposa, se reservó disponer de los que le pertenecian en la península á favor de persona de su agrado. Consiguiente á esta disposicion apareció otorgado un tercer testamento, en el cual ratificándose la institucion de heredera hecha en el segundo, se nombró heredero fideicomisario de los bienes existentes en España á otra distinta persona. Los albaceas nombrados en el primer testamento, derogado completamente por el segundo, entablaron demanda para que se declarase falso é insubsistente el tercer testamento, y habiéndosenos encargado la defensa del heredero fideicomisario instituido en esta última disposicion objeto de la demanda, no vacilamos un momento en proponer artículo de incontestacion que estimó el juez inferior y ejecutorió la sala segunda de la audiencia territorial de esta córte.

El artículo tenia por base precisamente el principio contenido en nuestra regla. Los albaceas demandantes, dado que fuese falso el tercer testamento y que existiera por consiguiente el derecho de pedir su nulidad é ineficacia, no eran personas competentes para ejercitarle, toda vez que carecian del interés que constituye la competencia en semejante caso. En vano se habria declarado para ellos la falsedad del último testamento: derogado el primero que les

llamaba á participar de la herencia por el segundo, que la demanda dejaba intacto, evidente es que á pesar de semejante declaracion habrían encontrado el mismo obstáculo que sin ella, á saber, el segundo testamento que anulaba todos los efectos del primero. Por lo mismo, en los términos que estaba concebida la demanda carecian de interés y de representacion para entablarla y sostenerla. El artículo no atacaba el derecho; antes bien, prescindia completamente de él; atacaba la capacidad de los demandantes, no para comparecer en juicio, sino para ejercitar un derecho que no les competia: estaba por consiguiente formado con arreglo á los principios genuinos y á la doctrina que sostenemos en la materia.

6.ª Del mismo modo puede el demandado decir de incontestacion cuando el demandante teniendo capacidad y título para pedir, lo hace, sin embargo, antes de llegar la época prefijada por la ley ó por la voluntad de los mismos interesados. En ninguno de estos casos se ataca el derecho del demandante, porque ni el demandado alega que el primero no tenga accion para pedir, ni que el deje de tener la obligacion de pagar. Lo único que sostiene es que el tiempo y el caso de pedir no han llegado, y por consiguiente, sin rechazar la demanda en el fondo, aspira solamente á diferirla y á retardarla con arreglo á la disposicion de la ley ó al pacto estipulado.

7.ª Cuando el demandante, reuniendo en sus respectivos casos todas las condiciones espresadas, no ha llenado alguna de las fórmulas y solemnidades que deben preceder segun la ley á la presentacion de la demanda. Así, por ejemplo, si no acompaña á ella certificacion de haber intentado el medio de la conciliacion ó de no haber tenido efecto, á menos de tratarse de un negocio esceptuado de este requisito, el demandado podrá intentar artículo de no contestar hasta que se llene y observe dicha circunstancia.

8.ª Del mismo modo podrá interponer el demandado este artículo, cuando el actor al formular su demanda ha incurrido en alguno de los defectos sustanciales que la ley condena. Por ejemplo, la ley exije, y cuando no la razon lo reclamaria, que en la demanda se esprese el nombre del demandante y el de la persona contra quien va dirijida; exije que se determine la cosa demandada tan cierta y circunstanciadamente como sea preciso para no confundirla con otra y para que sobre ella precisamente pueda recaer la sentencia; exije asimismo que se esprese la razon en virtud de la que se pide; exije igualmente que no haya tal obscuridad en la demanda que sea imposible ó muy difícil comprender el objeto de ella; exije por último en cuanto á sus formas esteriores, que se escriba en el papel sellado correspondiente, que se presente firmada de letrado, y que la acompañe poder bastanteado por el mismo. En cualquiera de estos casos y otros semejantes en que se hubiera faltado á alguna de las prevenciones de la ley, el demandado podrá reclamar su observancia, formando para ello el oportuno artículo de no contestar hasta que se supla la omision.

9.ª Cuando la demanda no puede entablarse directamente contra el demandado, sin requerir antes á otra persona en virtud de algun derecho ó beneficio que la ley ha establecido en favor del primero. Así, por ejemplo, si el acreedor demandase al fiador, que no renunció el beneficio de escusion para el pago de la deuda, podrá exijir, formando para ello el oportuno artículo de no contestar, que el actor dirija préviamente su reclamacion contra el deudor principal.

10. Finalmente, para que el demandado pueda interponer este artículo, es indispensable que la escepcion en que ha de fundarse, no afecte directa ni indirectamente en el fondo á la accion ó derecho deducido por el demandante, en términos, que la resolucion judicial dictada en el artículo deje resuelta ó prejuzgada la cuestion principal de la demanda.

Síguese de esta regla que en todos los casos en que el demandado puede oponer á la

demanda una escepcion puramente dilatoria se halla así mismo en aptitud de formar artículo de no contestar hasta que se observe y cumpla aquella circunstancia ó solemnidad que sirve de fundamento á la escepcion. Síguese del mismo modo, que cuando no puede oponer á la demanda una escepcion puramente perentoria, ora afecte al derecho del demandante directamente, como sucederia por ejemplo cuando alegase que habia pagado la deuda ó que poseia la cosa demandada por haber adquirido legítimamente su dominio, ora la afecte indirectamente, como por ejemplo, cuando objetase que el testamento orígen de la demanda era falso, ó que la obligacion de satisfacer la deuda incumbia á otro, no puede interponer dicho artículo. La cuestion incidental sobre el artículo, equivaldria en tal caso á la cuestion principal sobre el fondo de la demanda, y esta quedaria resuelta y prejuzgada antes de entrar en el litigio.

Pero ¿podrá el demandado entablar el mismo artículo de incontestacion fundado en alguna de las escepciones que comunmente se conocen con el nombre de mistas ó anómalas? Si consultamos las obras de nuestros escritores, desde los mas antiguos hasta nuestros contemporáneos, hallaremos canonizada con su comun aprobacion la doctrina de que estas escepciones, participando de la naturaleza de dilatorias y perentorias, pueden proponerse antes ó despues de la contestacion de la demanda; que opuestas antes dilatan ó suspenden el juicio principal hasta que se decidan, y que propuestas despues sirven para destruir la accion. Esta es en los propios términos la doctrina del Curia Filipica, de Elizondo, de Febrero, de Escriche y otros muchos. Esto equivale á decir que dichas escepciones pueden proponerse por via de artículos de no contestar cuando los demandados estimen que les conviene proponerlas en concepto de dilatorias.

Todavia han ido mas allá algunos, y entre otros que pudiéramos recordar, el doctor D. Isidoro Alcaráz y Castro en su instruccion del método y práctica de los cuatro juicios, dice «que puesta la demanda debe reflexionarse, si fuese justo y legal formar alguno de aquellos artículos que por sí solos y sin contestacion fenecen la instancia;» asi pues en estas circunstancias, añade, «seremos gravemente responsables á la parte en los gastos que se la originen si en lugar de formar el debido artículo de no contestar por obstar aquella escepcion contestásemos la demanda.....» Continúa diciendo «que aun cuando es cierto que algunas escepciones, v. gr., las perentorias, pueden oponerse por el reo despues de contestada la demanda, sin embargo, nuestra precisa obligacion es proponerlas antes, evitando las costas de la contestacion. «Y para mas bien cumplir, concluye, con obligacion tan grave, debemos tener presente, que las escepciones que dan asunto para formar estos artículos, unas son dilatorias que impiden el ingreso del juicio y otras perentorias que justificadas fenecen la instancia.»

Despues de establecer en estos términos semejante doctrina, pasan á enumerar aquellos y otros escritores las escepciones que comprenden en el catálogo de las mistas ó anómalas, ó sea en la clase de aquellas que tanto pueden proponerse antes como despues de la contestacion, y en este punto se observa alguna variedad entre ellos.

Hevia Bolaños cuenta como tales, la *cosa juzgada*, *la transaccion*, el haberse *obtenido el rescripto subrepticia ú obrepticiamente* y la de *non numerata pecunia*. El Dr. Alcaráz y Castro, la *cosa juzgada*, el *juramento decisorio* convenido entre el demandante y el demandado, el *pacto transaccion ó convenio* sobre la cosa demandada y la *prescripcion legal*. Febrero la *cosa juzgada*, la *transaccion*, *pleito acabado*, *paga finiquito y prescripcion*. Y últimamente Escriche cita la *transaccion*, *la cosa juzgada*, *la paga*, *el finiquito*, y todas las demas que acreditan *la falta de accion* en el demandante por no haberla tenido nunca ó por haberla ya perdido. Vamos á examinar con alguna detencion esta importante materia llevando la discusion en primer lugar al terreno de las leyes cuyo aná-

lisis nos dará á conocer el verdadero espíritu de ellas en este particular, y en segundo al de las doctrinas mismas sostenidas por aquellos y otros escritores.

Las leyes del Estilo, las mas antiguas que hablan de la forma y del tiempo en que deben proponerse las escepciones, consignaron el principio de que las dilatorias debian ejercitarse antes de la contestacion á la demanda y las perentorias despues, «salvo en las tres cosas que quiere el derecho de la Iglesia que se puede poner la defension perentoria ante del pleito contestado, asi como es el un caso de la cosa juzgada, y el otro de transaccion, y el otro de pleito acabado por jura que en todas las otras defensiones perentorias ante contestara el pleito por demanda é por respuesta.»

El Fuero Real reconoció la misma division de las escepciones: *de las que proluengan el juicio*, prescribió que fuesen puestas ante que el pleito sea comenzado por sí ó por no, y de las que *rematan todo el pleito*, entre las cuales comprendió la *paga*, la *prescripcion* y *otras semejables*, dispuso que pudiera ponerlas el demandado *ante quel juicio final sea dado*. De donde claramente se deduce que la ley del Fuero exigió que semejantes escepciones se propusieran al contestar ó despues de la contestacion á la demanda.

El ordenamiento de Alcalá consignando el mismo principio fue mas claro y esplícito todavia: dispuso que las escepciones perentorias, *cualesquier que los demandados por sí ovieren, que las puedan poner fasta veinte dias primeros siguientes despues de la contestacion del pleito.*

La doctrina adoptada por las leyes de Partida queda espuesta anteriormente al presentar el análisis que hemos hecho de algunas de sus disposiciones.

Las leyes del Espéculo ordenaron terminantemente que las escepciones dilatorias deberian oponerse antes de la contestacion del pleito y las perentorias *que desfazen los pleitos::: non se deven razonar sinon desde que es el pleito comenzado fasta que den el juicio*; mas á pesar, añade la ley, de que estas escepciones no las deben deducir sino despues que el pleito fuere comenzado *dos defensiones y á destas que pueden poner ante que el pleito se comience é despues*. Cita la ley la cosa juzgada y el pacto de no pedir, y luego añade *ó que treinta años ó mas á que lo tiene en faz ó en paz*. De forma, que habiéndose propuesto enumerar dos de estas escepciones perentorias, que sin embargo de serlo podian tener entrada antes de la contestacion, designó tres, la *cosa juzgada*, *el pacto de no pedir y la prescripcion.*

Las Ordenanzas reales de Castilla, mandadas formar como es sabido para disipar la confusion que los diferentes códigos legales, y las encontradas opiniones de los glosadores habian introducido en los tribunales, simplificaron notablemente esta materia, y prescindiendo de las limitaciones adoptadas en las leyes anteriores, consignaron un principio muy claro y preciso que adoptaron literalmente los legisladores posteriores. «Mandamos, se dijo en la ley 1, tít. 8, lib. 3, que las defensiones perentorias, qualesquier que los demandados por sí hovieren que las puedan poner fasta veinte dias primeros siguientes despues de la contestacion del pleyto.»

Las leyes recopiladas siguieron el sistema sencillo y terminante del ordenamiento de Alcalá. Despues de consignar la regla general de que el demandado debe contestar la demanda dentro de nueve dias contínuos precisamente, dispuso la 1 del tít. 7, libro 11 de la Novísima Recopilacion que el demandado haya de proponer las escepciones declinatorias y dilatorias dentro de nueve dias, y que en este mismo término sea obligado á contestar la demanda... y que tenga el término de veinte para oponer y alegar «todas otras cualesquier escepciones y defensiones perentorias y prejudiciales de cualquier calidad que sean.»

Varias consecuencias, pero precisas todas, se desprenden de la sencilla y exacta reseña legal que precede. Es la primera, que de los antiguos códigos, fuente de la legislacion que hoy rije entre nosotros, solo dos, á saber, las leyes del Estilo y las del Espé-

culo, sancionaron espresamente la doctrina de que ciertas y determinadas escepciones perentorias podian oponerse antes de la contestacion á la demanda. Segunda; que ni las leyes del Estilo ni las del Espéculo comprendieron en el número de estas escepciones la obrepcion y subrepcion del rescripto, la *non numerata pecunia*, la paga ni el finiquito, y que lejos de permitir, como suponen los escritores antes citados, que pudieran ejercitarse antes de la contestacion á la demanda todas aquellas escepciones que acreditan la falta de accion y del derecho, repugnan abiertamente semejante manera de proceder al prescribir que las perentorias, las cuales por su naturaleza perimen la accion y destruyen el derecho, hayan de producirse al comenzar el pleito forzosamente. Tercera; que segun la disposicion literal de aquellas legislaciones, la cual por su índole no podia interpretarse estensivamente, solo gozaban el favor de poderse interponer antes de la contestacion á la demanda las escepciones de «cosa juzgada, de transaccion, de juramento convenido entre las partes y la de prescripcion.» Cuarta; y finalmente, que estas disposiciones quedaron derogadas por las Ordenanzas reales y por las leyes recopiladas, sin que haya en el dia capacidad legal para deducir ninguna de estas cuatro escepciones perentorias por su naturaleza antes de la contestacion del pleito y por medio de artículos de no contestar. Escusamos decir que al referirnos á la cosa juzgada la consideramos como un medio de defensa, opuesto por el demandado para destruir y rechazar el derecho.

En efecto, las Ordenanzas reales, hablando en general, indefinida y absolutamente de las escepciones perentorias, ordenaron que pudieran proponerse en este sentido dentro de los veinte dias siguientes despues de la contestacion, y para que no quedase duda ninguna sobre la generalidad de esta disposicion, ni la ley hizo la salvedad ó escepcion que habian hecho las leyes del Estilo y del Espéculo, ni se limitó á los términos generales de la disposicion misma, sino que añadió: «que las defensiones perentorias qualesquier que los demandados por si hovieren:» todas, pues, siendo perentorias, todas de cualquier especie que fuesen, y todas sin una sola limitacion debian deducirse despues de la contestacion á la demanda. La ley Recopilada usó de las mismas palabras, por consiguiente no puede ser diversa la inteligencia de su contenido.

Esta última consecuencia está exactamente de acuerdo con la doctrina que enseña Greg. Lop. en su glosa á la ley 8, título 3, Partida 3, el cual vió tan espresa y terminantemente la derogacion causada por la ley del Ordenamiento, que no pudo dejar de reconocerla. *Hodie*, dijo, *dantur viginti dies per L.* 1, *tit.* 8, *lib.* 3, *Ordinam. quibus elapsis, non admittitur, nisi noviter oriantur, vel veniant de novo ad suam notitiam, et hoc juret; et idem disponitur per Ordinationes de Madrid, cap.* 8, *ubi dicitur, quod infra dictos viginti dies opponantur quæcumque exceptiones et defensiones peremptoriæ, et præjudiciales cujuscumque sint qualitatis..... item terminus dictarum legum procederet etiam quoad exceptiones anomalas propter verba generalia dictarum legum et quia exceptiones anomalæ debent proponi in termino perentoriarum.*

Ni podia ser otra cosa; porque trayendo la cuestion al terreno de los principios y de las doctrinas, no puede sostenerse la existencia de unos medios de defensa que tanto pueden proponerse antes de la contestacion á la demanda por medio de simples artículos, como en ella y despues de ella, entrando en el fondo de la controversia. Si las escepciones dilatorias son las que suspenden, difieren ó *aluengan* el juicio, como dicen comunmente los escritores y las leyes, y las perentorias las que *rematan el pleito*, destruyen la accion, perimen el derecho, apenas puede concebirse que una misma escepcion produzca efectos legales, tan contrarios y distantes entre si, sin otra razon para ello que el tiempo y la forma en que se hayan ejercitado. Alargar y diferir el pleito por medio de un artículo de no

contestar, es dejar intacta la accion y salvo el derecho del demandante hasta que se observe y cumpla aquella circunstancia ó aquel requisito, que ha servido de fundamento al artículo: *rematar el pleito*, destruir el derecho, perimir la acccion, no es ni puede ser nunca alargarle y diferirle: el que aspira á lo primero por medio de una escepcion dilatoria, no acaba el pleito; el que usa del segundo por medio de una perentoria le remata y concluye: es imposible, pues, que una misma escepcion sirva para fines tan distintos y resultados tan opuestos. El que alega haber pagado; el que opone á la demanda una transaccion legítima; el que rechaza la intencion del demandante con la prescripcion, que son escepciones comprendidas entre las anómalas ó mistas, aspira á rechazar y destruir el derecho, y á concluir ó rematar el litigio, ora lo haga antes ora lo haga en la contestacion á la demanda, sin que haya términos hábiles para suponer que con semejantes medios de defensa en cualquiera de esos dos períodos que se hayan opuesto, se pretenda diferir ó alargar solamente la controversia. Es, pues, un contrasentido la existencia de esas escepciones, tal como las esplican los autores, y no puede conciliarse ni comprenderse que siendo por su naturaleza tales que acaban el pleito y estinguen el derecho, sea dado, sin embargo, proponerlas como dilatorias y por medio de artículos, solo para suspenderle, alargarle y diferirle.

La doctrina que combatimos es tan inconciliable con los buenos principios, que cuando los escritores han querido esplanarla aplicando á los casos prácticos su teoría, han incurrido en graves y manifiestas contradicciones, y aun han llegado á tocar el absurdo. Febrero, por ejemplo, al enumerar las escepciones *meramente perentorias*, cuenta la de prescripcion y paga, y á renglon seguido, al hacerlo de las *mistas* ó *anómalas* las cuenta tambien entre ellas. El mismo autor pone entre las meramente perentorias, la prescripcion y el juramento de no pedir la deuda en juicio, y cabalmente estas escepciones son dos de las cuatro que las leyes antiguas ya citadas permitian interponer antes de la contestacion. Finalmente, dicho autor coloca entre las escepciones que segun su doctrina, pueden ejercitarse antes ó despues de la contestacion la paga y el finiquito, cuando aquellas mismas leyes lo repugnaban abiertamente.

Los mismos errores que Febrero y otros mas graves todavia, cometió otro de los autores que hemos citado antes. En primer lugar, cuenta entre las escepciones meramente perentorias el pago de la deuda, y la transaccion, y al enumerar despues las mistas cita estas mismas, lo cual da á entender claramente que no hay ninguna diferencia esencial entre ambas especies de escepciones, pues habiéndola seria un contrasentido que las dos citadas participasen de la naturaleza de unas y otras. No es esto todo: el mismo autor, á quien hemos aludido, calificando la índole de las escepciones perentorias, dice que son las que estinguen el derecho del actor, destruyen la accion principal y acaban el juicio; y hablando de su ejercicio, añade que deben proponerse dentro de veinte dias que empiezan á correr despues de los nueve que se conceden para contestar la demanda. Si esto es así, pues, y si lo es que se cuentan entre las escepciones perentorias el pago y la transaccion, ¿cómo estas mismas escepciones cuyo objeto y resultado es estinguir el derecho del actor, destruir la accion principal y acabar el litigio, y que deben proponerse precisamente en un término que empieza á correr despues de transcurrido el que se concede para contestar la demanda, cómo es posible que puedan proponerse como dilatorias para alargar ó suspender el pleito, para dejar viva la accion é intacto el derecho antes precisamente de que se conteste la demanda? Pues aun este mismo escritor á quien nos referimos, despues de citar como mistas ó anómalas la transaccion, la paga y el finiquito, añade, y todas las demas que acrediten la falta de accion en el demandante, por no haberla tenido nunca

ó haberla ya perdido. Si tales son las escepciones mistas, evidente es que todas las meramente perentorias lo son, porque todas ellas tienden á negar al demandante la accion y el derecho que deduce. El que alega que pagó, ó que intervino en el contrato por fuerza y miedo, ó que el actor renunció los derechos que despues demanda, ó que está prescrita la accion, lo que alega y sostiene y pretende demostrar, es que el demandante no tiene accion ni derecho, ó porque no lo ha tenido jamás ó porque lo ha perdido legitimamente. ¡Hasta tal punto se han embrollado los sostenedores de esta doctrina al desviarse de los sencillísimos principios en que está fundada la teoría legal sobre las escepciones y al desconocer la verdadera índole y el objeto esencial, ya de las que el derecho ha establecido para suspender el curso del litigio ínterin se llenan ciertas formalidades ó se observan ciertas prescripciones, ya de las que tienen por único y esclusivo fin destruir la accion, estinguir el derecho, rematar el pleito, como con la palabra mas apropiada dice la ley del Fuero.

Si aquellos escritores hubiesen pensado con mas detencion sobre esta materia, habrian hallado la inconveniencia de su doctrina en la oposicion que ofrece con principios que son fundamentales en el órden de los procedimientos judiciales. Efectivamente, las escepciones mistas ó anómalas, en cuanto participan de la naturaleza de perentorias, tienden, como repetidas veces hemos dicho, á destruir el derecho y á concluir el pleito, sin que puedan legalmente producir otro resultado. Esta idea se hace mas perceptible todavía recordando las escepciones que los autores cuentan entre las citadas; porque cualquiera que alegue ó deduzca contra la demanda la de transaccion ó prescripcion, por ejemplo, evidentemente aspira á destruir el derecho y á estinguir la accion en el hecho de venir á decir, como dice en efecto al demandante, que no tiene derecho ni accion, porque la propiedad está prescrita ó porque la demanda es contraria á la legítima transaccion celebrada entre las partes. Pues bien, supongamos que el demandado opone á la demanda cualquiera de estas escepciones, formando para ello artículo de no contestarla. Como en la esencia y en la naturaleza misma de ellas está que su efecto legal no pueda ser otro sino el que acabamos de enunciar, resultará que si el artículo se admite porque se prueba la transaccion, la prescripcion, etc., la accion quedará destruida, el derecho estinguido y el pleito acabado, sin que sea posible volver á tratar la cuestion porque un fallo judicial habria declarado que el demandante carecia de accion y de derecho para intentar la demanda. ¿Y cuál será entonces el resultado? Será que la demanda del actor ha sido desestimada, su accion rechazada, su derecho estinguido, la instancia acabada y que se ha impuesto al mismo actor el silencio de los vencidos y la imposibilidad de reproducir su reclamacion sin forma de juicio, sin que este exista, sin contestacion legítima, porque el juicio empieza con la contestacion á la demanda y no hay juicio sin ella y sin los demas trámites esenciales del procedimiento que deben subseguirla. Habrá existido un incidente previo que es lo que constituye el artículo de no contestar; pero juicio formal y legítimo, no, porque no puede haberle sin la contestacion y los demas procedimientos que las leyes han establecido.

Por último, conviene no perder de vista la índole peculiar de los artículos de incontestacion que examinamos para hallar en ella la confirmacion de la inconveniencia que ofrece el uso de ellos fundados en aquellas escepciones dilatorias y perentorias á la vez. El objeto esencial, legítimo y genuino de estos artículos, es que el pleito se entable y prosiga entre personas competentes, ó que se llenen todas las formalidades que prescriben las leyes para que el juicio no sea ilusorio; y nada tiene que ver con este objeto la cuestion, de si el demandado ha pagado ó no, si la transaccion es ó no cierta y valedera, ó si la propiedad está ó no prescrita. La cuestion á que dá lugar el artículo, ya lo hemos dicho, es incidental y prévia sin otro resultado que predisponer

mejor la cuestion principal, y claro es que admitiéndose como dilatorias aquellas escepciones, quedarian confundidas ambas cuestiones degenerando de su propia naturaleza. La cuestion principal, que nunca puede ser objeto de un artículo, se anticiparia y la cuestion incidental y prévia que nunca puede afectar directa ni indirectamente al derecho deducido vendria á resolver el punto cardinal de la contienda. Por otra parte ¿qué quedaria por resolver una vez decidido el artículo de no contestar fundado en cualquiera de aquellas escepciones? Supongamos que el demandado hubiese apoyado su artículo en la paga; ¿qué quedaria por resolver en punto al derecho del actor decidida la cuestion del artículo? Si el artículo se hubiese estimado, la cuestion habria quedado resuelta con el gravísimo inconveniente que hemos patentizado poco ha; pero si el artículo hubiera sido desestimado, el reo tendria que oponer como perentoria aquella misma escepcion, y que entrar en el pleito ó juicio contestando llanamente la demanda. Sin pasar de aquí tocaríamos la primera anomalía, pues la cuestion principal en este caso no seria mas que una repeticion de la anterior tratada en el artículo: el mismo seria su objeto; los mismos serian los medios y las alegaciones de las partes y hasta las mismas pruebas podrian reproducirse. Llegaria, sin embargo, el momento de resolver esta cuestion y entonces ó la resolucion seria conforme en el fondo á la del artículo, ó contraria; en el primer caso tendríamos dos procedimientos y dos fallos en una misma instancia sobre un solo objeto, y en el segundo tendríamos dos procedimientos instruidos con los mismos medios, con las propias alegaciones y con idénticas pruebas cuyas resoluciones aparecerian contrarias sustancialmente. Volvemos á repetirlo: es necesario no desnaturalizar el procedimiento prévio é incidente de que se trata. Por su naturaleza y por su objeto no pueden tratarse en él cuestiones que directa ó indirectamente afecten al derecho deducido en la demanda; toda escepcion que se roce con este derecho y que pueda dar por resultado el prejuicio de la accion principal es y no puede dejar de ser el objeto esencial y primario del juicio y por consiguiente debe proponerse con la contestacion.

En los artículos no pueden ni deben tratarse sino cuestiones prévias, independientes de la que envuelve el fondo de la demanda; cuestiones incidentales que tienden, como hemos dicho, á asegurar las fórmulas del juicio y evitar su ineficacia por la inobservancia de ellas. Concluyamos, pues, diciendo que el demandado no puede entablar este género de artículos, fundado en alguna de las escepciones llamadas comunmente mistas ó anómalas, cuando estas han de dar por resultado la estincion del derecho y la conclusion del pleito; que nuestra legislacion actual no lo permite; y que apesar de la doctrina de los escritores, muy respetables de otra parte, y de los abusos que la práctica haya podido sancionar, el uso de los artículos de incontestacion debe circunscribirse á los casos y objetos indicados sin que los jueces puedan admitirlos cuando se funden en alguna escepcion que tienda á estinguir la accion y á poner término al litigio.

En órden á las escepciones declinatorias no hemos fijado regla alguna, porque estas, en nuestro concepto, no deben dar lugar á la formacion de un artículo propiamente de no contestar. Si la declinatoria se funda en la incompetencia del juez, el demandado puede ó declinar ante el mismo su jurisdiccion promoviendo un artículo de prévio y especial pronunciamiento para que se inhiba, ó promover ante el juez que deba conocer la oportuna competencia. Si la declinatoria se funda en la litispendencia puede ejercitar ya ante el juez segundo, ya ante el primero cualquiera de los medios que espusimos en el artículo ACUMULACION; pero ni en uno ni en otro caso juzgamos acertado y procedente el artículo de no contestar, propiamente dicho. Este remedio presupone la intencion y el ánimo de responder á la demanda cuando se cumpla la omision ó se llene

el requisito que ha dado lugar á la formacion del artículo; el que declina la jurisdiccion de un juez, partiendo de su incompetencia, no se propone contestar entonces ni despues ante él, sino que aspira á que el conocimiento del negocio se lleve á otro que en su opinion puede y debe conocer.

Las doctrinas espuestas hasta aquí son aplicables únicamente á los juicios ordinarios que se siguen en los tribunales comunes; examinemos brevemente las disposiciones relativas en esta misma materia á los negocios que penden en algunos tribunales especiales.

En los de comercio son admisibles los artículos de no contestar; pero la ley ha determinado con la precision conveniente los casos en que el demandado puede interponerlos adoptando sustancialmente el principio consignado en las leyes de Partida y la doctrina que nosotros hemos sostenido en órden á las escepciones mistas ó anómalas.

El artículo 116 de la ley de enjuiciamiento consigna la admision de ellos disponiendo que si el demandado propusiere alguna escepcion dilatoria, no estará obligado á contestar la demanda hasta que recaiga decision formal sobre este artículo prévio.

La generalidad de los términos en que está concebido este artículo induciria á creer que el demandado puede utilizar todas las escepciones dilatorias que el derecho reconoce para fundar sobre cualquiera de ellas un artículo de no contestar y la induccion estaria en su lugar si el artículo 117 no hubiese limitado aquella generalidad disponiendo, que en las causas de comercio solo se admitirán las escepciones dilatorias que designa espresamente en estos términos:

Falta de personalidad en el demandante ó su procurador.

Incompetencia de jurisdiccion en el juez ó tribunal que haya decretado el emplazamiento.

Litispendencia en otro tribunal competente.

Defecto legal en el modo de proponer la demanda.

Esto equivale á decir que solo en estos casos y cuando pueda ejercitar el demandado una de estas escepciones dilatorias, estará en su derecho para dejar de contestar la demanda.

Tan cierto es esto como que el mismo art. 117 concluye diciendo que las escepciones de otro cualquiera género, es decir, las que no sean dilatorias, no impedirán el progreso de la demanda y se propondrán contestando á esta; disposicion que está en armonía con la del artículo 124 que reserva para la contestacion toda escepcion que obste al derecho deducido por el actor en cualquier concepto que sea. En esta disposicion se escluyen evidentemente las escepciones que nuestros prácticos dieron en llamar mistas ó anómalas.

En los tribunales administrativos tiene asimismo lugar el artículo de incontestacion, y las disposiciones relativas á este medio de defensa están calcadas con levísimas diferencias sobre las de la ley de enjuiciamiento.

En el reglamento sobre el modo de proceder el Consejo real en los negocios contenciosos de la administracion (1) se dispone (2) que dentro del término que designa deberá contestar el actor al escrito en que se proponga el artículo de no contestar; de donde se sigue que en los tribunales contenciosos de la administracion tienen tambien cabida los artículos de que tratamos. El reglamento sobre el modo de proceder los consejos provinciales (3) está menos esplícito en este particular; mas sin embargo, presuponiendo el art. 29 que puede darse un escrito en que se proponga escepcion dilatoria; enumerando el 33 las escepciones dilatorias que pueden admitirse; dando por sentado el 35 que las escepciones admisibles suspenden é impiden el curso del juicio y disponiendo finalmente el 36 que sobre las escepciones dilatorias solo se admitirá un escrito de

(1) De 30 de diciembre de 1846.
(2) Tit. 2. cap. 4. art. 88.
(3) De 1.° de octubre de 1845.

cada parte, evidentemente reconoce los artículos de incontestacion como medio de que puede valerse el demandado para diferir la admision de la demanda.

Tanto en los consejos provinciales como en el consejo real, cuando procede en prira instancia la admision de los artículos de no contestar, se determina por la admision de las escepciones dilatorias, considerándose el propio artículo como el medio ó la formula práctica de proponer y deducir las escepciones de aquella clase. Así, pues, siempre que el demandado ante un consejo provincial pueda oponer la incompetencia del mismo consejo y la falta de personalidad en el demandante, ya por carecer de las cualidades necesarias para comparecer en juicio, ya por no acreditar debidamente el carácter ó representacion con que reclama; ó siempre que el demandado ante el Consejo Real pueda proponer la misma incompetencia y falta de personalidad, ó la litispendencia y la falta de personalidad en el abogado defensor por insuficiencia ó ilegalidad del poder, el artículo de no contestar que forme el mismo demandado será admisible. Cualquiera otra escepcion que competa á este no podrá suspender ni impedir el curso del juicio, y por consiguiente no podrán tampoco servir de fundamento bastante para autorizar el artículo de incontestacion. Esceptúase únicamente el caso en que el actor fuese estrangero, en el cual el demandado podrá escusarse de contestar la demanda mientras aquel no dé fianza de pagar las costas y los gastos y perjuicios que ocasione el proceso, ó no deposite la suma equivalente (1).

SECCION III.

DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL EN MATERIA DE ARTICULOS DE INCONTESTACION.

Esplanados los casos en que pueden tener lugar los artículos de incontestacion, réstanos hablar de la manera de proponerlos en juicio y de los trámites que deben observarse en la sustanciacion de ellos.

En cuanto á lo primero el demandado que se halle en alguno de los casos, en los cuales, segun las reglas establecidas anteriormente, pueda ejercitar aquel medio dilatorio, debe presentar dentro de los nueve dias, que ya se han indicado, un escrito al juzgado mismo ante quien se haya deducido la demanda esponiendo con la claridad conveniente los fundamentos legales que le autorizan para dejar de responder á ella, pidiendo por conclusion se sirva declarar el juez que no viene obligado á contestar la demanda, sobre lo cual forma artículo con prévio y especial pronunciamiento. De este escrito debe aquel conferir traslado al demandante, el cual en el término de seis dias debe contestar, ya supliendo la omision ó falta que ha dado ocasion al artículo, ya impugnando las razones alegadas por el demandado.

Presentada la contestacion del demandante pueden ocurrir tres casos. Primero: que el punto controvertido sea tan sencillo y claro que sin exigir mayor discusion pueda el juez fallarle desde luego; segundo: que sea algo mas dificil y complicado en términos de que no pueda prescindirse de llevar la discusion mas adelante; tercero: que el fundamento ó fundamentos del artículo consistan en hechos cuya certeza deba proceder á la decision del mismo artículo. Veámos lo que debe hacerse en cada una de estas eventualidades.

Si el punto controvertido es tan sencillo que el juez puede dictar su resolucion desde luego, creemos que sin necesidad de que las partes concluyan para la decision del artículo, toda vez que han sido oidas suficientemente en su respectivo alegato, deberá acordar al escrito del actor que se traigan los autos citadas las mismas. Hecha la citacion de los interesados el juez deberá dictar su providencia, estimando ó declarando sin lugar el artículo. Si en el juzgado se observara la práctica de ver en público los negocios civiles como sucede en Madrid, el juez en lugar de dictar aquella

(1) Art. 87 del reglamento de 30 de diciembre de 1846.

providencia, deberá mandar que se proceda á la vista del artículo, lo cual verificado recae la providencia que hemos indicado, estimando ó desechando el que se propuso.

Si la cuestion es mas difícil, en términos que el juez no pueda dictar su providencia resolutoria sin ulterior discusion, deberá conferir nuevo traslado al autor del artículo del escrito producido por el demandante. De lo que el primero esponga deberá conferirle así mismo al actor, el cual podrá alegar en su contestacion lo que estime conveniente. Y en tal estado, sin mas trámites, deberá llamar los autos para la vista citadas las partes, ó acordar que se proceda á ella segun la práctica del juzgado y lo que se ha espuesto anteriormente.

Por último, si el fundamento ó fundamentos del artículo consistiesen en hechos cuya prueba debiera preceder necesariamente á la decision del mismo, el juez, presentado el escrito del demandante, deberá recibir á prueba el artículo por via de justificacion y el término dado que se considere suficiente para llenar dicho objeto. Por ejemplo, si el artículo se fundase en que el actor es menor de edad y este lo negase, el juez le recibirá á prueba por el término correspondiente á las circunstancias. Concluido el término llamará el juez los autos citadas las partes, ó mandará que se proceda á la vista de ellos, y en uno ú otro caso dictará el fallo que crea oportuno, admitiendo ó denegando el artículo. En todos los casos en que el juez declarase no haber lugar al artículo de incontestacion propuesto por el demandado, deberá acordar al propio tiempo que conteste la demanda bajo apercibimiento, y condenarle en las costas del incidente. Si la improcedencia del artículo fuese tan manifiesta que sin esfuerzo alguno descubriese las miras dilatorias y maliciosas del demandado, el juez podrá tambien, y aun deberá añadir á esta condenacion la pérdida de los derechos y honorarios devengados con ocasion del mismo incidente.

La tramitacion que acabamos de esponer es la que se observa en los negocios del fuero ordinario que se sustancian por el órden comun y generalmente admitido. En los llamados de menor cuantía que tienen una sustanciacion diferente, dispone la ley de 10 de enero de 1838 (1), que si el demandado formare algun artículo de no contestar, no dejará por eso de responder subsidiariamente sobre lo principal, de manera que en este caso su contestacion comprende dos estremos tan opuestos entre si como á primera vista se advierte, lo cual sobre ser una irregularidad muy notable, produce un inconveniente gravísimo para el caso en que al tiempo de fallar la cuestion principal se estime el artículo de incontestacion segun luego veremos.

Como el artículo debe formularse en el mismo escrito de la contestacion, es consiguiente, y así lo dispone el artículo 11 de la misma ley, que al tiempo de pronunciar el juez sentencia decidiendo sobre lo principal, deba decidir tambien lo que corresponda sobre el artículo. En tal caso, si este es de los que perimen la accion ó impiden el progreso *ad ulteriora*, decidiéndose que tiene lugar no se fallará sobre lo principal. La razon que la ley ha tenido para disponerlo así es tan clara que no necesita esposicion alguna.

Una particularidad hay que notar aun respecto de estos juicios de menor cuantía, y es que cuando el artículo se haya fundado en la circunstancia de no ser el pleito de la cuantía señalada en dicha ley, á saber, de dos mil reales si se declarase así, porque el valor de la cosa litigiosa no pasara de 25 duros, el juez habrá de decidir tambien sobre lo principal, mediante que pudiendo haberse resuelto verbalmente, con mayor razon podrá recaer la providencia despues de la discusion escrita sostenida por los interesados. Pero si el artículo se propuso porque escediera de los 100 duros, se repondrá el pleito al estado de la contestacion de la demanda, y se proseguirá por los trámites señalados para los pleitos

(1) Art. 4.

de mayor cuantía. En ambos casos deberá pagar el actor en el primero todas las costas y en el segundo las causadas desde dicha contestacion.

En los negocios mercantiles, la sustanciacion de los artículos de no contestar, es poco mas ó menos la misma que dejamos esplicada para los que se interponen en los juicios ordinarios, sin otra diferencia que la de haberse precisado algo mas los trámites en los primeros. En efecto, interpuesto el artículo en la forma ordinaria que se ha espuesto antes, debe conferirse traslado del escrito al demandante por tres dias solamente, en lo cual difiere esta tramitacion especial de la ordinaria. Evacuado el traslado debe inmediatamente, y sin necesidad de que las partes concluyan, recibirse á prueba el artículo en el caso de que por alguna de ellas se hayan propuesto hechos que la necesiten. Cuando no concurra esta circunstancia, porque la escepcion constituya solamente una cuestion de derecho ó de hechos que no exijan prueba, el juez decidirá desde luego, y en vista de una y otra alegacion si tiene ó no lugar el artículo propuesto.

Si la prueba fuese procedente al tenor de lo que acabamos de esponer, el juez deberá recibir á ella el artículo por un término breve que no podrá esceder de ocho dias, y dentro de él habrán de presentar ambas partes las que les convengan. Transcurrido este término llamará el juez ó tribunal los autos, sin admitirse nuevos escritos ni documentos, y oyendo en voz á las partes ó sus defensores, en la audiencia en que se dé cuenta proveerá sobre el artículo. Esta providencia causa ejecutoria de derecho, sin necesidad de que se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, vencido que sea el término de la ley para apelar de las sentencias interlocutorias que causen estado (1).

En los negocios contencioso-administrativos que se sustancian ante los consejos provinciales, deberá comunicarse al demandante el escrito en que se proponga escepcion dilatoria, y se forme artículo de no contestar por un término que no puede ser menos de dos dias ni esceder de seis (1). Dentro de él deberá á su vez presentar el escrito de contestacion y con solo un escrito por cada parte, sin que puedan admitirse mas, el consejo fallará lo que tenga por conveniente. En los que se ventilan ante el Consejo Real en primera y única instancia, el demandado deberá proponer dentro del término del emplazamiento la escepcion dilatoria que pueda objetar á su adversario, formando el oportuno artículo de no contestar; y si no fuere una sola sino mas las que pudiese utilizar contra la demanda, las deberá proponer de una vez todas en el mismo escrito. Este escrito deberá el Consejo comunicarle al actor por traslado en la forma ordinaria de emplazamiento, y dentro de seis dias deberá contestar aquel lo que tuviere por conveniente. Y sin mas trámites ni comunicaciones la seccion proveerá sobre el artículo lo que fuere de justicia.

ARTICULO INHIBITORIO. Es el que forma el demandado ante el juez que le ha citado ó mandado comparecer y por medio del cual protestando que no reconoce la jurisdiccion pide que se inhiba del conocimiento de la demanda y remita los autos á otro que en su concepto es el competente para conocer. Este artículo, como hemos tenido ocasion de indicarlo al hablar de los de prévio y especial pronunciamiento, está comprendido en los de esta clase y sigue por consiguiente la misma sustanciacion. En el artículo JURISDICCION nos haremos cargo de algunas particularidades á que dá lugar en razon de la especialidad de la materia que sirve de fundamento al artículo inhibitorio.

ARTICULO DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO. El que forma y propone en juicio el demandante ó el demandado durante la sustanciacion del pleito sobre algun incidente para que recaiga desde luego la decision judicial. Como se ob-

(1) Arts. 118, 119 y 120 de la ley citada.

(1) Art. 69 del reglamento de 1 de octubre de 1845.

serva á primera vista el artículo de que vamos á ocuparnos difiere del de no contestar en dos circunstancias principalmente. Primera: que pueden formarle tanto el demandante como el demandado, al paso que el de no contestar solo puede dedudirse por el último. Segunda: que el artículo de prévio y especial pronunciamiento cabe antes de la contestacion, como sucede en el inhibitorio y con mas generalidad despues de ella, y el de no contestar no tiene entrada sino antes de dicho trámite precisamente. En lo demas ambos procedimientos difieren muy poco, como iremos indicando en el discurso de este breve artículo.

Los de prévio y especial pronunciamiento no fueron conocidos en nuestra legislacion antigua. Ninguna ley habla de ellos, al menos usando de esta fórmula, y apenas podrá citarse disposicion alguna que siquiera establezca ó designe los casos en que pueda suscitarse y deba resolverse la cuestion prévia que constituye el artículo. Todo lo que nos ofrece la legislacion en este particular se reduce á disposiciones aisladas que presuponen esas cuestiones especiales en alguno que otro caso, cúya índole y circunstancias exigen una resolucion inmediata por la dificultad de reservarla para mas adelante. Así implícitamente y juzgando solo por los efectos legales de estas mismas disposiciones, podemos decir que en esos casos á que hemos aludido las leyes reconocen las discusiones prévias y especiales á que en la práctica judicial, usando de una fórmula precisa y breve, se dá el nombre de artículos de prévio y especial pronunciamiento.

Las leyes, por ejemplo, conceden al menor perjudicado el beneficio de la restitucion, el cual puede aplicarse á una providencia dictada en el curso de un litigio. Las leyes permiten al juez que reponga cierta clase de providencias con lo que vienen á dar á los litigantes la facultad de escitarle para que lo verifique. Los mismos litigantes pueden solicitar durante la sustanciacion de un pleito que se declaren nulas ciertas actuaciones, si contienen realmente algun vicio que las haga ineficaces. En cualquiera de estos casos, esto es, cuando el menor pide la restitucion de una providencia, ó uno de los litigantes solicita que se reponga, ó reclama la nulidad de cierta parte de las actuaciones, la solicitud produce una discusion especial y prévia, aunque no estraña al asunto principal, y esta discusion se lleva por los trámites que la práctica de los tribunales tiene autorizados hasta que sobre ella recae la conveniente decision judicial. Ninguna ley dispone que en aquellas circunstancias pueda formalizarse un artículo de prévio y especial pronunciamiento; ninguna manda que se admita y que se suspendan las actuaciones referentes á la cuestion principal, y ninguna establece la forma y el modo de sustanciarlos; pero en el fondo de sus disposiciones y en la necesidad que establecen de resolver semejantes solicitudes está la discusion prévia de que se trata, cuya fórmula y trámites ha introducido, como hemos dicho, la práctica de los tribunales.

Claro es por consiguiente que los artículos de prévio y especial pronunciamiento han debido circunscribirse siempre á esos casos en que las leyes autorizan los incidentes ya mencionados ú otros semejantes. Sin embargo, no ha sucedido así: y á la manera que la malicia de los litigantes abusó de los artículos de incontestacion, convirtiéndolos en arma terrible contra la buena fé, supo tambien abusar de los de prévio y especial pronunciamiento, convirtiéndolos en medios de diferir y alargar indefinidamente el curso de los litigios en grave daño de los mismos litigantes y de la administracion de justicia. Ya no se concretaron aquellos á formar estos artículos cuando ocurria una de esas cuestiones incidentales autorizadas por las leyes que inducen necesariamente su formacion: los artículos se formaron y se forman con cualquier pretesto y á cada paso, y aun cuando se tenga la seguridad ó pueda preverse con algun fundamento que habrá de ser desestimado el interés del litigante se satisface y cumple consiguiendo retardar la terminacion del litigio todo el

tiempo que dure la sustanciacion del artículo.

Los autores del reglamento provisional para la administracion de justicia se propusieron remediar este daño, y al efecto consignaron en el art. 48 una disposicion, que es la regla 3, concebida en estos términos: «Que no se admitan otros artículos de prévio y especial pronunciamiento sino los que las leyes autorizan, y solo en el tiempo y en la forma que ellos prescriban.»

Esta disposicion ha sido censurada y con razon por algunos escritores, fundándose en que, no estando decidido con claridad y distincion cuándo y sobre qué puntos deben admitirse los artículos de prévio y especial pronunciamiento, no pudo disponerse con razon y con acierto en el reglamento que los jueces no admitan otros artículos sino aquellos que las leyes autorizan. En el supuesto de que las leyes no autorizan estos artículos en ningun caso, al menos con este nombre, y en el de que únicamente permiten ciertas discusiones prévias y especiales en los anteriormente indicados y algunos otros análogos, podria inferirse del tenor y de las palabras de la disposicion del reglamento que los jueces jamás deberian admitir artículo alguno, mediante la imposibilidad en que se hallaria la parte de alegar y acreditar que el artículo estaba autorizado por la ley.

En esta situacion, dice un ilustrado comentador del reglamento provisional, ó hubiera de convenirse en que la regla tercera no puede tener aplicacion por falta de términos hábiles, ó en que los jueces necesitan interpretarla para llevarla á efecto. Lo primero, aunque lo mas conforme á las reglas de rigurosa jurisprudencia, seria á la vez ridículo y perjudicial; porque de seguir esta opinion tácitamente se declararia que los autores del reglamento anduvieron desacertados, y al mismo tiempo se causaria notable perjuicio á los litigantes porque no se descubriria la verdad, objeto principal de todo procedimiento judicial. Así, pues, añade, como lo mas conforme á justicia y á los intereses sociales es que se deje al arbitrio de los jueces la determinacion de los artículos que son admisibles.

Bajo de estos principios, dice tambien otro comentador del mismo reglamento, refiriéndose á la regla tercera, enunciamos nuestra opinion acerca de su inteligencia. La regla no prohibe la admision de los artículos, sino de los artículos de prévio pronunciamiento que las leyes no autorizan. Para que se entiendan autorizados por la ley no es necesario que esta use de las palabras *artículo de prévio pronunciamiento*: basta que de su doctrina general se deduzca que el punto que dé motivo al artículo exija una sustanciacion prévia y separada del punto principal. Así, aunque las leyes no lo autoricen usando de aquellas palabras, deberán sustanciarse en artículos prévios las solicitudes de reposicion, de nulidad, de restitucion y otras semejantes. Respecto de las demas que por la doctrina general de las leyes no exijan la sustanciacion de un artículo prévio y separado, lo que la regla dispone, en nuestro sentir es, no que se califiquen desde luego, porque esto seria peligroso cuando exigen conocimiento de causa, sino que se sustancien al mismo tiempo que el punto principal, lo cual puede hacerse tratando de lo principal en el cuerpo de los escritos y del incidente por medio de otrosies; y que, ilustrado de esta manera el punto sin necesidad de haber formado un artículo prévio sobre él, se decida por el juez.

Tal es la doctrina espuesta por los escritores citados; nosotros creemos que pueden establecerse algunas reglas que determinen con alguna exactitud los casos en que deban ser admitidos los artículos de prévio y especial pronunciamiento, y eviten la fluctuacion é incertidumbre que han de esperimentar los jueces por falta de disposiciones legales precisas en esta materia. Estas reglas pueden reducirse á las dos siguientes:

1.ª Que el punto sobre el cual versa el artículo se derive de la cuestion principal, siendo tan conexo con ella y teniendo tan íntimo enlace que no puedan separarse al apreciar la justicia ó la injusticia de las

pretensiones de los interesados. La razon de esta regla es muy clara. Si el asunto del artículo no tiene con el principal esa inseparable relacion que se ha indicado; si pueden considerarse independientemente una y otra cuestion, la principal y la del incidente, sin que por ello se afecte la resolucion de la primera, no hay necesidad de suspender su curso, sustanciando y resolviendo el artículo. Nada se opone en semejante caso á que el pleito continúe, sin embargo de que por separado se proponga, ventile y decida la otra cuestion independiente ó no íntimamente enlazada con ella.

2.ª Que el punto sobre que versa el artículo, ademas de derivarse de la cuestion principal y de tener con ella tan íntimo enlace que no puedan separarse, sea de tal naturaleza que exija una resolucion terminante sobre ella, debiendo ser esta prévia, y tal que no pueda reservarse para definitiva. En los casos anteriormente indicados, á saber, en el de la restitucion, de reposicion de una providencia y nulidad de ciertas actuaciones, el punto sobre que se forma el artículo no solamente tiene la relacion y el enlace que hemos indicado con la cuestion principal, sino que es de tal índole que no puede prescindirse de dictar sobre ello una decision que ponga término al incidente. En vano se intentaria llevar adelante la cuestion principal, sin reponer la providencia reclamada, ó sin estimar ni desestimar la nulidad de las actuaciones; estas serian cuestiones que afectando á la principal deberian resolverse anticipadamente. Lo mismo sucederia, por ejemplo, cuando litigando el actor en nombre de otro perdiere su representacion y personalidad por cualquier causa legítima; si el demandado apoyándose en este hecho formase artículo de prévio y especial pronunciamiento para que el demandante legitimase esa representacion que habia perdido, el artículo no deberia reservarse para definitiva, porque se correria el riesgo de que todas las actuaciones practicadas con posterioridad fuesen ilusorias.

Pero supongamos, que presentado un documento por el demandante, el demandado exijiese antes de recibirse á prueba la comprobacion de su autenticidad, formando para ello un artículo de prévio y especial pronunciamiento, ó que hecha publicacion de probanzas dedujese uno de los litigantes igual artículo con el fin de que el juez ó tribunal declarasen impertinentes, y como tales inadmisibles y no articuladas, algunas de las preguntas contenidas en el interrogatorio del adversario, al tenor del cual se hubiesen admitido testigos. En uno y otro caso, el punto que sirve de materia al artículo, tiene el enlace y la relacion que se ha indicado con la cuestion principal, puesto que el considerarse como falso ó auténtico el documento presentado por una parte, y el dar á la prueba testimonial de ella la fuerza y el efecto, que segun la ley debe tener, ha de afectar notable y esencialmente á la resolucion que se dicte en definitiva. Pero ni uno ni otro caso exijen por su naturaleza una decision espresa y prévia, antes bien puede dejarse la apreciacion de los fundamentos del artículo para mas adelante, toda vez que al tiempo de dictar el juez sentencia definitiva puede considerar inconducentes y de ninguna fuerza legal, tanto el documento cuya falsedad se haya demostrado, como las pruebas testimoniales dadas y recibidas al tenor de hechos impertinentes é inadmisibles. Es, pues, necesario que concurran conjuntamente las dos reglas indicadas, para que puedan tener lugar los artículos de que vamos hablando.

En cuanto á la sustanciacion nada tenemós que añadir á lo espuesto al hablar de los artículos de no contestar, porque la forma de proceder es esencialmente la misma. A la fórmula de *y para que asi se estime formo artículo de no contestar*, se sustituye en el presente *formo artículo de prévio y especial pronunciamiento*. Los trámites posteriores, los términos y la instruccion del artículo, en nada difieren de lo que hemos espuesto al tratar de los primeros.

ARTICULO DE ADMINISTRACION

DE MAYORAZGO. En el artículo ADMINISTRACION DE MAYORAZGO dijimos, que esta era la que se conferia por el Consejo de Castilla en los pleitos de tenuta, cuando se providenciaba y encargaba dicha administracion de los bienes, rentas y efectos del mayorazgo; añadiendo que se acordaba y concedia á consecuencia del artículo de administracion que las partes introducian en el pleito de tenuta. Cúmplenos ahora esponer para completar aquella doctrina el modo de intentar esta clase de artículos, los trámites de la sustanciacion que debia seguirse en ellos, y todas las demas formalidades que se observaban hasta su determinacion definitiva, reservando para los artículos oportunos el tratar de los juicios de tenuta, de sus trámites, de su objeto y de sus resultados legales. Lo haremos brevemente y sin perder de vista, que la importancia de estos artículos tan considerable en otros tiempos, ha desaparecido del todo en nuestros dias.

La forma de proceder en estos artículos fue varia é indeterminada hasta el año de 1730. Enterado el Consejo de lo dilatados y costosos que eran los pleitos de tenuta, principalmente por el modo de sustanciar y determinar los artículos de administracion (1), y deseando dar nuevas reglas para evitar tales perjuicios, acordó por auto de 20 de julio de dicho año las reglas siguientes: 1.ª Que el referido artículo se sustanciase en el término perentorio de cuarenta dias, que habian de correr desde el en que el que hubiere puesto la demanda presentase en la escribanía de cámara del consejo los despachos ó provisiones de emplazamiento con las notificaciones hechas á los interesados, sin que por ningun caso se suspendiese ni prorogase. 2.ª Que el citado artículo se habia de ver y determinar por sola la sala de Mil y Quinientas y en cualquier dia, y en el mismo auto en que se proveyese la administracion ó secuestro se habia de recibir el pleito á prueba en lo principal, sin que se pudiese suspender ni prorogar con ningun pretesto ni motivo. 3.ª Que este auto se habia de notificar de oficio por la escribanía de cámara en el término de ocho dias, sin perjuicio de sus legítimos derechos, pena de doscientos ducados al escribano de cámara que así no lo hiciese. 4.ª Que del referido auto de prueba, administracion ó secuestro, no se habia de admitir súplica ni otro recurso en ninguna de sus partes.

Conforme á las disposiciones del anterior auto acordado, dice Escolano, luego que se devuelve y presenta en la escribanía de cámara el despacho de emplazamiento de la demanda de tenuta con las notificaciones hechas á los interesados, se debe poner una nota del dia, mes y año de la presentacion, para que desde él corran y se cuenten los cuarenta dias prefinidos para la vista y determinacion del artílo de administracion y prueba y dentro de dicho término los puedan tomar unas y otras partes para deducir lo conveniente á su derecho; pero concluidos dichos cuarenta dias en el estado en que se hallan se pone por la escribanía de cámara un decreto de este tenor. «Mediante ser cumplidos los cuarenta dias prefinidos por el auto acordado para la decision del artículo de administracion pasen al relador.»

Designado el relator, y cuando este se habia instruido y hecho el apuntamiento de los autos se señalaba dia para la vista del artículo, notificándose á las partes. Celebrada esta, recaia el auto real, encargando la administracion de los bienes, rentas y efectos del estado, mayorazgo ó vínculo litigioso con sus unidos y agregados á uno de los interesados, y recibiendo el pleito á prueba por un término comun.

En el dia no puede tener lugar, como lo hemos dado á entender, el artículo de administracion de mayorazgo, tal cual acabamos de reseñar su sustanciacion; pero puede suceder, que litigándose sobre el mejor derecho á bienes que fueron vinculados ó á la mitad reservada al inmediato sucesor, haya oportunidad y sea procedente pedir la administracion de ellos, mediante el mas

(1) Escalano, práctica del Consejo Real, tomo 2, capítulo 19.

claro ó el mas probable y acreditado derecho del que entabla semejante pretension. En tal caso el artículo que se forme será simplemente de prévio y especial pronunciamiento, deduciéndose ya en escrito directo, ya por medio de un otrosí, y se sustanciará al tenor de la tramitacion que hemos indicado al hablar de estos artículos.

ARTICULO DE FE. Lo mismo que *verdad dogmática*, definida y declarada tal por la Iglesia católica. Verificada esta declaracion canónica, ó desde que una cosa *es de fé*, obliga su creencia á todos los fieles; y lo contrario, esto es, el descreimiento ó la negacion pertinaz constituye el delito de heregía. Por esta consideracion, porque la pena en este caso es la mas grave que se impone á un cristiano, cual es su esclusion del gremio de la Iglesia, es menester que las verdades de fé sean solemnemente definidas y declaradas tales por ella, sin que basten fuera de eso para constituir una verdad en *artículo de fé* los motivos mas graves, las opiniones mas autorizadas, ni las tradiciones mas piadosas y hasta inveteradas. El valor de todos estos motivos de credibilidad los ha de apreciar la Iglesia, y ella y ninguna otra autoridad, es la que tiene esa potestad suprema y divina, porque á ella sola está concedida la infalibilidad. Pudiera servir de ejemplo el misterio de la *Inmaculada Concepcion* de María. Muchos santos padres, varones insignes, y corporaciones eclesiásticas, lo han proclamado: infinitas iglesias particulares, mas bien toda la cristiandad, solemniza su culto: naciones eminentemente católicas, como la España, han proclamado su patrona á la Virgen María bajo de esa advocacion: corporaciones académicas de primera importancia, como las universidades de España, han jurado por mucho tiempo la defensa de ese misterio, que es por otra parte el piadoso, y clásico distintivo de instituciones y órdenes religiosas y nobiliarias, como la insigne de Cárlos III en España y la Concepcion de Villaviciosa en Portugal; y sin embargo, este misterio no es todavía mas que una creencia piadosa: no es una verdad *de fé*, porque la Iglesia no lo ha declarado aun así dogmáticamente. Véase ARTICULOS DE LA FE, HEREGIA, IGLESIA.

ARTICULOS DE LA FE. Hemos dicho que *artículo de fé* es lo mismo que verdad dogmática definida y declarada así por la Iglesia. Pues un conjunto de estas verdades, por su elevacion, porque son como el fundamento de la creencia católica, se llaman por antonomasia *artículos de la fé*. Ellas constituyen tambien lo que se llama *símbolo de los apóstoles*, por provenir de ellos. En el lenguage comun se llaman tambien el *Credo*, porque con esta palabra empieza dicho símbolo en el rezo eclesiástico. Para mas facilitar la comprension de dichas verdades fundamentales y hacer cómoda su enseñanza á los fieles, se han coordinado con separacion y reducido á número fijo, que, como es sabido, es el de catorce. El número, sin embargo, no es de fé, y seria un error peligroso el creer que no hubiera mas verdades de fé que las contenidas en el símbolo. Cada uno de los temas ó divisiones que en él se llaman artículos encierra ciertamente una verdad fundamental; pero no tan simple, que por razon de método y comodidad no pudiera subdividirse, ni de tal índole que no pudieran unirse en un solo artículo ó tema dos ó mas de ellas. De aquí la consecuencia necesaria de que el número de los artículos de la fé pudiera ser mayor, ó menor de catorce. Y con efecto algunos los reducen á doce, comprendiendo en uno solo las tres personas de la Trinidad, y formando otras combinaciones, segun espresa Sto. Tomás (1). Debe estarse, sin embargo, al número de 14, sancionado por la costumbre; aunque no por la razon que con este motivo dá Gregorio Lopez en su glosa á la ley 1, tít. 3, Part. 1, á saber: que *cum articulus sit veritas, supra rationem existens, ubi sunt diversa supra rationem, diversi articuli sunt ponendi.* Es tan ineficaz esta razon, que por ella habria que subdividir algunos artículos, como son el se-

(1) 2 2 ª, quæst. 1, art. 8.

gundo, y casi todos los siete que pertenecen á la humanidad de Jesucristo, en cuyo caso aquellos serian mas de catorce. La razon es porque si no es dogmático que los artículos de la fé sean catorce, como lo es que los sacramentos de la iglesia sean siete, es de costumbre piadosa é inveterada, acomodada en parte á la tradicion ó creencia de que las verdades que encierran fueron articuladas distributivamente por cada uno de los apóstoles, y porque lo acostumbrado y practicado sin inconvenientes no debe alterarse sin una gran razon.

Las leyes 1, 2 y 3, tit. 3, Part. 1 hablan de los artículos de la fé y encargan su observancia bajo las penas contenidas en la Partida 7, las cuales no mencionamos porque esta materia tiene otro lugar mas propio, y porque en punto á delitos contra la religion ha de estarse á lo dispuesto en el Código penal.

Habla tambien del mismo asunto la ley 1, tit. 1, lib. 1 de la Nov. Recop., la cual, al imponer la obligacion de saber y creer los artículos de la fé, trata el segundo estremo con la solidez, acierto y laconismo que pueden hacerlo las obras canónicas. «E crea firmemente (el cristiano), dice, los »artículos de la fé, que todo fiel cristiano »debe saber, los clérigos esplícitamente y »por estenso; los legos implícita y simple»mente, teniendo lo que tiene, y enseña y »predica la santa madre Iglesia.» Efectivamente esa es la doctrina canónica: el clérigo debe saber y creer *esplícitè*; el lego bastará que crea implícita ó virtualmente, esto es, cuanto cree y confiesa la Iglesia.

Esta ley conmina tambien con las penas señaladas en la Partida 7 y en el libro 12 de la Nov. Recop., sobre lo cual tenemos que repetir lo dicho anteriormente. V. APOSTASIA, FE, RELIGION.

ARTICULOS ORGANICOS.

Hacemos mencion de ellos en la Enciclopedia por la celebridad que han llegado á tener, por las potestades que han intervenido en la contienda á que han dado lugar, por las cuestiones que encierran, y porque ya no pueden dejar de formar una página notable en la historia eclesiástica del presente siglo.

Conócese con el nombre de artículos orgánicos la ley 15 germinal, año IX (8 de abril de 1802) dada por Napoleon para la ejecucion del concordato de 1801 y publicada al mismo tiempo que este. En las ediciones oficiales de dicha ley se ha estampado siempre al encabezarla que los artículos que contiene fueron concertados con la Santa Sede ó formulados con conocimiento de ella. Esta, si bien calló en un principio y por poco tiempo, como veremos, manifestó en breve y ha sostenido siempre, y sostiene hoy, que los mencionados artículos se publicaron sin su conocimiento.

La espresada ley, contiene 121 artículos: 77 correspondientes al culto católico, y 44 á los cultos protestantes.

Apenas hay calificaciones bastante duras que no se hayan aplicado á estos artículos por los autores opuestos á ellos. Segun unos los artículos orgánicos servian al designio «de *descatolizar* la Francia.....: «estaban visiblemente destinados á organizar la esclavitud eclesiástica, como los revolucionarios habian organizado el estado político.» Sin entrar nosotros á examinar lo que pueda heber de exagerado en estas calificaciones, diremos que los autores de la obra á que nos referimos hacen casi las mismas del concordato entre Leon X y Francisco I; del de 1801 entre Pio VII y Napoleon, y del de 1817 que se propusieron comentar.

Con menos violencia ó menos pasion el abad de Boulogne hacia estas deducciones en los *anales católicos*: «estas no son leyes »protectoras, sino opresoras: la religion re»chaza semejante beneficio, que no puede »mirar sino como una calamidad: la religion »perececia por tal auxilio, si lo aceptara, »mientras que ha hallado vida y gloria en »la persecucion.»

El episcopado francés, en fin, en carta firmada por tres cardenales y sesenta y cuatro arzobispos y obispos decia al Papa con ocasion de haber sido abolidos los artículos orgánicos, segun veremos, y despues de

pintar con tristes colores el estado de la Iglesia francesa: «se proponen por el contrario darla (á la Iglesia) un estado provisional que puede, si no se hace definitivo, tenerla un gran número de años, si no en la pendiente de su ruina, al menos en una penosa y humillante incertidumbre, sobre todo si se la deja, aun provisionalmente, bajo el yugo de aquellos artículos orgánicos que son opuestos á la doctrina y leyes de la Iglesia y contra los que tantas veces ha reclamado Vuestra Santidad, y cuya abrogacion ha estipulado en el último concordato.»

Hemos indicado que no nos proponemos examinar ni censurar los artículos orgánicos, y sí solo darlos á conocer históricamente; no obstante lo cual, para dar de ellos una idea algun tanto esplícita y que puedan ser apreciadas las calificaciones anteriores, estractaremos algunas de sus disposiciones mas notables de las relativas á los católicos:

Ar. 1.° Ninguna bula, breve, rescripto ni género alguno de escrito, provision ó mandato de Roma, aunque sea concerniente á personas particulares, será recibido, publicado, impreso, ni de manera alguna puesto en ejecucion sin el *exequatur* del gobierno.

Art. 2.° Ningun nuncio, representante ó enviado de la Santa Sede, cualquiera que sea su denominacion, podrá ejercer ningun género de funciones en asuntos eclesiásticos sin anuencia del gobierno.

Art. 3.° Igual requisito se requiere para que puedan ser publicados los decretos y resoluciones de sínodos ó concilios estranjeros, aun cuando estos sean generales.

Art. 4.° Tampoco podrá celebrarse sin igual autorizacion prévia ningun concilio nacional, metropolitano ó diocesano, ni reunirse ninguna asamblea deliberante.

Art. 6.° De todo abuso de las autoridades eclesiásticas habrá recurso para ante el Consejo de Estado.

Art. 10. Queda abolido todo privilegio que exima, ó dé atribuciones propias de la autoridad episcopal.

Art. 11. Los arzobispos y obíspos podrán con la autorizacion del gobierno establecer en sus diócesis cabildos, catedrales y seminarios. Todos los demas establecimientos eclesiásticos quedan suprimidos.

Art. 13. Los arzobispos consagrarán é instalarán á sus sufragáneos: si se negasen ó hallasen impedidos, lo verificará el mas antiguo de los sufragáneos de la metrópoli.

Art. 17. El que hubiese de ser nombrado obispo, presentará préviamente testimonio de vida y costumbres dado por el ordinario en cuya diócesis hubiese ejercido sus funciones eclesiásticas, y será examinado sobre doctina por un obispo y dos presbíteros, comisionados por el primer cónsul, los cuales remititirán su informe al ministro de los cultos.

Art. 20. Los obispos están obligados á residir en sus diócesis, y no podrán salir de ellas sin licencia del primer cónsul.

Art. 26. Los obispos no ordenarán á persona menor de 25 años y que no justifique una renta anual de 300 frs. Los obispos no verificarán ninguna ordenacion sin dar conocimiento al gobierno del número de ordenados y que haya recaido el permiso del mismo.

Art. 27. Los párrocos no entrarán en funciones sin haber prestado juramento ante el prefecto.

Art. 36. En sede vacante proveerá al gobierno de la Iglesia huérfana el metropolitano, y en su defecto el mas antiguo de los sufragáneos.

Art. 41. A escepcion del domingo, ninguna fiesta mas puede ser establecida sin permiso del gobierno.

Art. 44. El mismo permiso necesita pedir el obispo para autorizar capillas ó oratorios domésticos.

Art. 54. No se dará la bendicion nupcial sino á los que justifiquen haber celebrado el contrato de matrimonio ante la autoridad civil.

Art. 57. Para lós funcionarios públicos no habrá mas dia feriado que el domingo.

Art. 58. Habrá en Francia diez arzobispos y cincuenta obispos.

Art. 59. La circunscripcion de diócesis se verificará conforme á la planta que acompaña.

Art. 60. Habrá una parroquia por lo menos en el distrito de cada juzgado de paz.

Arts. 64, 65 y 66. La asignacion de los arzobispos será de 15000 frs.; la de los obispos de 10,000. Los párrocos serán de primera y de segunda clase: la asignacion de los de primera clase podrá llegar á 1,500 frs.; la de los de segunda á 1,000.»

Ahora ya puede juzgarse si son fundadas las calificaciones y censuras fulminadas contra la ley de 15 germinal, y sí lo es la atribuida al P. Lacordaire de que «Napoleon »aprisionó á la Iglesia en los artículos or»gánicos.»

Lo que no tiene duda es que aquí vemos á la autoridad temporal adoptar por sí resoluciones que son leyes eclesiásticas, ó que otras potencias cristianas han creido no podian menos de ser objeto de un concordato. Debe añadirse aún que los artículos orgánicos contienen mas cuestiones eclesiásticas que el concordato que por ellos se publicaba, y no menos graves.

Debe repararse tambien que las disposiciones de algunos de estos artículos son análogas á las que rigen en España, aunque mas disciplinarias estas y adoptadas con otro temperamento, como la contenida en el primero relativa al pase de bulas y breves, si bien entre nosotros se esceptúan las que se espiden por la penitenciaría romana, lo cual despues se adoptó asimismo en Francia.

Sea lo que quiera del asentimiento que se supone prestado en un principio por la Santa Sede, es lo cierto que ya en el Consistorio celebrado el 24 de mayo de 1802, Pio VII manifestó su desaprobacion y espresó haber mandado reclamar y pedir la revocacion de los artículos. Y efectivamente: entre otras reclamaciones, que sin duda mediaron, vió la luz pública una estensa nota del cardenal Caprára al emperador en 18 de agosto de 1803, reclamando.

Mr. Portalis (Juan Esteban María), consejero de Estado, encargado de los cultos; autor de los artículos, se creyó en el caso de defender su obra, y con este motivo elevó estensas esposiciones al emperador, unas espontáneamente, otras de oficio, la segunda de las cuales, adoptada por el emperador, forma el cuerpo de la contestacion oficial dada á la nota antes citada: todo lo cual ha visto recientemente la luz pública y arroja gran luz sobre esta materia (1).

Un decreto de 28 de febrero de 1810 introdujo notables modificaciones en los artículos orgánicos.

La Santa Sede insistió en sus reclamaciones, y por último, el art. 3 del concordato de 1817, dice así:

«Los artículos llamados *orgánicos*, hechos sin conocimiento de la Santa Sede, y publicados sin su consentimiento el 8 de abril de 1802, al mismo tiempo que el concordato, quedan abrogados en todo aquello en que sean contrarios á la doctrina y á las leyes de la Iglesia.»

ARTIFICE. De la palabra *artifex*, compuesta de *ars* y *facio*, hacer ó ejecutar algo con el ausilio del arte. Por esta razon etimológica, artífice seria todo *autor de una cosa hecha por arte*, fuese rigorosamente mecánica, como por ejemplo, un telar; fuera un mero artículo de uso personal ó de consumo, como un baston, un sombrero, una pasta, etc. El uso, sin embargo, no está del todo conforme con la etimología, y ni él mismo es uniforme, sucediendo en cuanto á esta palabra lo propio que en todas las relativas á las artes. Así *artífice*, segun el Diccionario de la lengua, es «el que hace segun arte alguna obra mecánica.» Mas por el Diccionario de la lengua se entiende por obra mecánica, segun hemos visto antes, un artefacto, y ya hemos demostrado que, segun el uso, no es artefacto toda obra mecánica; sino las mecánicas de cierto género. Por otra parte, mecánico no es todo lo que se hace por arte; sino lo que tiene mecanismo, lo que es una máquina en sí; en cuyo caso, no siéndolo un puente, un arco

1) Discours rapports, et travaux inedits sur le concordat de 1801, par le viscomte Frederic Portalis.

de triunfo, un palacio, una catedral; no se diria artífice al autor de estas obras de arte, ni de otras semejantes. Segun Covarrubias, artífice es «el maestro de algun arte,» lo que tampoco es exacto, pues limita la cualidad de artífice al saber teórico y á la circunstancia accidental de la enseñanza, en cuyo caso podria decirse artífice el que no fuese autor de ninguna obra; y por la inversa, no se diria tal el autor puramente práctico, no profesor, y hasta iliterato, de un invento artístico, de un artefacto, de una ó mas obras, tal vez admirables, concebidas y ejecutadas por ingenio natural. Los legicones latinos suelen definir la palabra artífice «el que sabe y ejercita algun arte,» lo que tampoco es exacto, lo uno porque no siempre son necesarias las dos circunstancias de *saber teórico* y *de ejercicio*, para decirse artífice; lo otro porque hay artes en que el uso rechaza esa denominacion en sus profesores. Así un dibujante, un pintor, un músico no pueden llamarse artífices. Escriche, en fin, en su diccionario, dice que artífice es «el que hace segun arte alguna obra mecánica.» Este autor, como se ve, copia en este punto al Diccionario de la lengua, y ya hemos notado los inconvenientes; que son mayores, si se considera que en dicho Diccionario se dá por equivalente latino de las palabras *artesano* y *artista* la de *artifex*, siendo así que, segun algunas leyes que dejamos copiadas en el artículo **ARTESANO**, esta clase comprende las de *maestro*, *oficial* y *aprendiz*; y es claro que á todas ellas no se aplicaria sin impropiedad la denominacion de *artífice*.

En tal supuesto, y no sin riesgo de incurrir nosotros en inconvenientes, pues tal es hoy la clasificacion y tecnologia de las artes y de todo lo relativo á ellas, es preciso notar en primer lugar que una gran parte de aquellos proviene de no haber definido con precision y exactitud la palabra *mecánico*, aplicada *como adjetivo* á las ciencias, á las artes y á sus productos, y *sustantivada*, á los que las enseñan ó ejercitan. En segundo, que los productos de las artes pueden reducirse á objetos de consumo, y de uso perenne ó doméstico; obras inmobles y obras mecánicas, esto es, que tienen por esencia el mecanismo y por objeto el emplearlas como máquinas. En el primero de los tres casos se hallaria una pasta, un sombrero, una pintura: en el segundo un edificio, un acueducto, un puente: en el tercero un telar, una grua, cualquier máquina, en fin. Pues ahora bien: la palabra artífice, que, segun su etimologia y hasta su estructura filológica, seria aplicable á todos los que produjesen obras ú objetos de los tres géneros indicados, no puede serlo segun el uso sino á los autores de los del segundo y tercero, entre los cuales, como se vé, solos los del último son y pueden decirse mecánicos. Pero no debe perderse de vista que el autor de una de esas obras puede serlo por pericia teórica, por pericia puramente práctica, y por puro ingenio ó disposicion natural, de lo que no hay pocos ejemplos en la historia de las artes y de los inventos. Y últimamente, es preciso fijar la consideracion en que en la denominacion de artífice entra sin duda como esencial la idea *autocrática*, esto es, la de autor, la cual escluye de aquella clase al que nada ha ejecutado, aunque enseñara siempre; y llama al autor de una obra ó invento artístico, aunque nunca haya enseñado y tal vez sea incapaz de ello. Se aplicaria, pues, con propiedad la denominacion de artífice al autor puramente teórico, teórico-práctico ó meramente práctico, de una obra, ora inmoble, ora mecánica, segun dejamos esplicadas unas y otras, la cual haya sido ejecutada segun las reglas del arte ó que corresponda á ellas; es decir, que se dirá artífice el que por pericia profesional haya concebido el plan y dado el trazado para la obra: el que en igual forma haya concebido el plan y le haya ejecutado: el que sin ser profesor ni saber teoría, por ingenio, ó mas bien por *genio* y disposicion natural, se halle en alguno de los dos casos. En este supuesto, ni todo artesano, ni todo artista es artífice, y bien se vé en todo lo demas cuánto hay que rectificar en las definiciones copiadas al principio de este artículo.

En sentido figurado se llama á Dios alguna vez *Artífice Supremo*; pero con suma inexactitud, pues Dios hace sus obras por sabiduría, y no por arte. ¿Y quién seria por otra parte el que prescribiera reglas de que Dios fuera el ejecutor?

En el Código de Justiniano hay el título *De excusationibus artificum*, y es el 64 del libro 10. Su testo, como puede juzgarse por el mismo, traeria mas confusion que luz á la cuestion; ni lo citaremos para otra cosa que como testimonio de honor y favor hácia los profesores de las artes, allí denominados *artífices*, y que igualmente comprende á estos, á los artesanos y artistas, y aun á los profesores de ciencias físico-matemáticas. Citámoslo tambien por la conformidad que con él guardan nuestras leyes Recopiladas en cuanto á desear que los hijos se dediquen al oficio de los padres. Así dice la ley 1 de dicho título: *Artífices artium subito comprehensarum, per singulas civitates morantes, ab universis muneribus vacare præcipimus, si quidem in discendis artibus otium sit accommodandum, quo magis cupiant, et ipsi peritiores fieri, et suos filios erudire.*

Igual esencion de cargos se concede por la ley 2, y casi por las mismas razones, á los *mecánicos, geómetras, arquitectos, fontaneros y autores de inventos.*

Es muy de notar que para inteligencia de la ley 1 acompaña al final del mencionado título una nota comprensiva de cuarenta clases de los llamados en dicha ley *artífices artium*, entre los cuales se mencionan las de *arquitectos*, *médicos*, *pintores*, *escultores*, *cuadrigas*, que hoy diriamos cocheros, *albañiles*, *maestros de obras*, *doradores*, *plateros*, *carpinteros*, *tejedores*, *vidrieros* y otras igualmente heterogéneas, infiriéndose de todo lo dicho, que si en aquella ley fuera exacta, que no lo es, la acepcion de la palabra artífice, no lo seria, como no lo es tampoco, segun lo hemos hecho ver, en nuestras leyes, ni en el lenguaje, ora técnico, ora comun.

El sentido, en fin, de la palabra *artífice* se determinará muchas veces por las circunstancias del caso, objeto conocido del legislador, como hemos dicho hablando de la de artefacto y artesano.

Si en un bando de buen gobierno, por ejemplo, se mandase comparecer á todos los artífices de la poblacion, ó se les hiciese algun encargo de policía urbana, etc., se entenderian comprendidos todos los profesores y maestros de artes mecánicas, y los de las liberales, cuya ejecucion consista en tallar, fabricar ó construir, y así en casos análogos.

ARTILLERIA. Esta voz significa unas veces las armas de guerra que llevan ese nombre, y son todas las de fuego de grueso calibre, como cañones, obuses, morteros, etc.: otra la tropa ó parte del ejército dedicada al servicio de dichas armas, la cual se denomina *arma de artillería*. Compónese de cuerpos de caballería é infantería, con las dependencias necesarias de direccion, departamentos, colegios, subdelegaciones, etc., de todo lo cual hablaremos en sus artículos respectivos, en lo que cada uno de ellos puede ser objeto de la ENCICLOPEDIA. El *arma de artillería* con todas sus dependencias, se rige en lo jurisdiccional por un fuero especial y privilegiado, aun respecto del fuero general militar; pero de él trataremos en el artículo **FUERO DE ARTILLERIA.**

ARTISTA. Tampoco esta voz tiene hoy una significacion fija, precisa y determinada, sucediendo respecto de ella lo que hemos dicho de las demas correspondientes á las artes. Unas veces la vemos usada en el mismo sentido que las de *artesano* y *menestral*. Así sucede en las leyes 7 y 8, y nota 3 del título 23, libro 8 de la Novísima Recopilacion: «Declaro, dice la primera de dichas leyes, que todos los oficiales *artistas*, ó menestrales, naturales de estos reinos, que pasaren de un pueblo á otro, y solicitaren que se les apruebe de maestros, y reciba en el colegio ó gremio que haya en él de su oficio, etc.» La segunda, despues de mencionar los oficios de curtidor, herrero, sastre, zapatero, y otros de los calificados desventajosamente

por las leyes, dice, «no gozarán de la declaracion honrosa que respecto de ella se hace en la misma, los *artistas* ó *menestrales*, ó sus hijos que abandonaren sus oficios, etc.» En la mencionada nota 3, en fin, se hace mérito de la real órden de 26 de mayo de 1770, por la cual, con motivo de haber solicitado un tornero se le permitiese ejercer su oficio, no obstante la oposicion de los veedores del arte, se mandó: «que la sala de alcaldes mantuviese á este *artista* en el libre ejercicio de su profesion, y que lo mismo se ejecute con cualesquiera *artesano* de profesion conocida, etc.»

Otras veces hallaremos que la palabra artista espresa aún menos que la de artesano, pues se limita á solos aquellos que dentro de esta clase pueden dar razon de lo que ejecutan, esto es, que teórica y prácticamente saben su oficio. En este sentido, dice Covarrubias, que «*artista* es el mecánico que procede por reglas y medidas de su arte, y dá razon de ellas;» es decir, que en este caso la palabra artista significa menos, ó tiene menor latitud que la de artesano.

Otras veces, en fin, dicha palabra parece que, por el contrario, significa el que ejercita, no solo las artes mecánicas, sino las liberales tambien. De este modo el Diccionario de la lengua, dice con una forma genérica y sucinta, que artista es «el que ejercita algun arte.»

Ya se vé que no puede ser mayor la disconformidad á cualquiera de las fuentes á que se recurra para hallar la significacion exacta de la voz. En el uso, sin embargo, va prevaleciendo el aplicar la palabra *artista* á los que ejercitan las artes liberales, y las superiores á las puramente mecánicas. Así dice Escriche sobre este punto, que «los que se dedican á las artes liberares suelen llamarse *artistas*, y los que ejercitan las artes mecánicas se denominan *artesanos*.» El uso acerca de esta diferencia es hoy mas pronunciado aún, que cuando Escriche escribió su diccionario. Puede haber en esto algo de importacion desde el principio á favor de nuestro mayor trato y relaciones comerciales con Francia en el último medio siglo, pues allí, aun facultativamente, segun sus legicones, entre ellos el muy autorizado de Trevoux, y segun sus tratadistas de Derecho y administracion, como Dalloz en su Reportorio, es fija y constante la indicada acepcion de la palabra *artista*. Ha contribuido á ello tambien entre nosotros cierta elacion profesional de los dedicados al ejercicio de artes liberales que aspiran á distinguirse de los meramente artesanos. Puede haber contribuido, en fin, la confusion misma que reina, segun hemos hecho ver, en el lenguaje de las artes, y la necesidad de clasificaciones mas precisas, y por nuestra parte creemos debe favorecerse la tendencia del uso en este punto, y no nos pareceria inadecuada la siguiente tecnología: *menestral*, el què se dedica á trabajos y ocupaciones urbanas manuarias, no rigorosamente artísticas en el sentido en que las hemos esplicado en el artículo **ARTESANO**: *artesano*, el dedicado como maestro, oficial ó aprendiz al ejercicio de artes mecánicas, rigorosamente tales: *artistas*, los dedicados al ejercicio de artes liberales, y de un órden superior, por la importancia y el principio científico de las mismas.

Concluiremos, pues, repitiendo que nuestra opinion está conforme con el uso que va prevaleciendo en la aplicacion de la palabra *artista*, para denominar genéricamente á los profesores de artes no mecánicas, y á ello parece tender tambien la legislacion y recientes disposiciones oficiales. Así, en las reales disposiciones relativas al establecimiento del Conservatorio de artes, en las leyes de presupuestos, y en los decretos é intrucciones dados para su ejecucion, entre las escepciones de la contribucion industrial, se contiene la siguiente, como puede verse en la ley de presupuestos de 1845, y real decreto de 15 de junio del propio año, en su artículo 5 y su décima disposicion: «10. Los pintores, estatuarios, grabadores y escultores, considerados como *artistas*, con tal que no vendan mas que los productos de sus trabajos.»

La palabra *artista* ha tenido tambien otra acepcion en sentido académico. Llamábanse así los que estudiaban el curso de artes, ó se graduaban en ellas. Segun hemos indicado ya en el artículo **ARTES**, en el sentido académico se decia estudiante *artista*, *colegial artista*, el que hoy llamariamos estudiante ó cursante de filosofía.

ARZOBISPO. De la palabra latina *archiepiscopus*, y esta de la de *episcopus*, y de la raiz griega *arche* ó *archos*, que indica supremacía, como la tienen los arzobispos sobre los obispos, sus sufragáneos. Véase sobre esta voz griega lo que hemos dicho en el artículo **ARCHIDUQUE**.

La palabra arzobispo, segun nuestra ley 13, tit. 5, Part. 1, equivale á *capdillo de los obispos*, ó como dice San Isidoro de Sevilla: *Archiepiscopus græce dicitur summus episcoporum* (1). Mas por las palabras que añade el santo, se ve que en aquella época la voz arzobispo equivalia mas bien á la de *primado*, que no á la de *metropolitano*, cual ahora se entiende. *Tenet enim*, continúa el mismo, *vicem apostolicam, et præsidet, tam metropolitanis, quàm episcopis cæteris. Metropolitani autem singuli provinciis præsident.* » Estas palabras de aquel gran padre califican lo que en aquella época se entendia propiamente por arzobispo, y el motivo que tuvo para colocarlos á continuacion de los patriarcas y antes de los metropolitanos. Al mismo tiempo descubre su verdadero origen, diciendo que hacen las veces de los apóstoles, ó por mejor decir, que son sus mas inmediatos sucesores.

Al propagarse la Iglesia por el imperio romano, adoptó voluntariamente la distribucion territorial, ó policía esterior, que halló sancionada por aquel, como demostraremos al hablar de las provincias eclesiásticas y su division: deseando que los fieles al concurrir á la metrópoli para los negocios civiles, pudieran allí mismo encontrar sus prelados, estableció los centros de la autoridad eclesiástica en los mismos puntos en que se ejercia la civil. Pero aquellos en que habian tenido sus sillas los apóstoles mismos, fueron siempre mirados con singular reverencia, y en proporcion que crecia aquella ciudad en dignidad civil, se aumentaban igualmente los honores de de su prelado. Por esta razon, al tratar Justiniano de engrandecer su patria, estableció (Nov. 11.) *Ut patriæ nostræ anthistes, non solum metropolitanus, sed etiam archiepiscopus fiat, et cæteræ provinciæ sub ejus auctoritate.* De manera que bajo este concepto correspondian los arzobispos á lo que en oriente se llamaba exarchas, y se tenia por superior la dignidad de arzobispo á la de metropolitano. Pero en la actual disciplina ambas palabras son sinónimas.

Es notable en esta parte la práctica de la Iglesia de Africa, en la cual el cargo metropolítico iba unido, no á la silla, sino á la antigüedad, de modo que el obispo mas antiguo era el metropolitano de la provincia. En España, segun la opinion mas comun, se siguió al principio esta misma disciplina; pero ya á mediados del siglo V habia sillas metropolitanas fijas, principalmente por la solicitud de los pontífices, que dirijian sus cartas, como á metropolitanos, á los obispos de las capitales, á estilo de Italia y otras naciones. Algun vestigio de esto se ha conservado en la disciplina actual: por ella el obispo mas antiguo desempeña las atribuciones de arzobispo, y en defecto de este, suple la negligencia del cabildo metropolitano para el nombramiento de vicario capitular, y lo que es mas, interviene y denuncia los actos del arzobispo negligente, en cuanto á la residencia, como diremos mas adelante.

Grandes eran las atribuciones que tenian los arzobispos en la antigua disciplina. Dirijian las elecciones de los obispos, juntamente con los comprovinciales, y los consagraban, siendo esto tan esencial, que el Concilio Niceno declaró irritas las ordenaciones que no fueran hechas por el metropolitano (1). Reunian el concilio provincial, y lo presidian. Conocian de las cau-

(1 Origin. 7, c. 12.

(1) Conc. Nic. am. 4 y

sas de los obispos sufragáneos en primera instancia, y si las causas ó delitos eran graves, los llevaban al concilio provincial. Visitaban á los obispos y sus diócesis, aun contra su voluntad, y en las vacantes suplian la falta de obispos en muchos de sus actos peculiares.

Mas el abuso que hicieron de sus atribuciones, llevando grandes cantidades por sus visitas, vejando á los sufragáneos, é intrusándose hasta en las atribuciones propias del cargo episcopal, fueron causa de que se minorasen sus derechos, derogándose en especial la de presentarse anualmente á la Santa Sede, *ad limina apostolorum*, práctica que ha sufrido varias modificaciones.

En la nueva disciplina, ademas del uso del *palio*, de que hablaremos en esta palabra, y de las atribuciones del primado en el caso que les corresponde, gozan los arzobispos de los derechos siguientes:

1.° La convocacion del concilio provincial, con arreglo á la disposicion del Concilio de Trento (1). Esta disposicion del concilio no está derogada, y no puede menos de estrañarse su falta de cumplimiento, pues las ventajas que el Concilio indica, son mucho mayores que los decantados inconvenientes que de ellos pueden surgir. El haberlos dejado de celebrar es una de las causas que mas han contribuido á rebajar á los metropolitanos, pues en el concilio provincial es donde ejercitan principalmente sus atribuciones: por esa razon los arzobispos celosos de ellos, propenden en el dia al cumplimiento puntual de esta disposicion del tridentino, y tanto en Francia como en Alemania y Estados-Unidos, se principian á celebrar con la regularidad debida.

Obligacion es de los obispos concurrir al concilio provincial, y dar en él su voto ó sufragio, de donde les vino el nombre de sufragáneos, á los sujetos á un arzobispo determinado; y respecto de los exentos, el concilio establece en la citada sesion 24, cap. 2, lo que deben hacer.

(1) Sess. 24, cap. 2 de ref.

2.° Correjir la negligencia de los sufragáneos en visitar sus diócesis: mas como en este caso seria ridículo que fuera á corregir, cuando él fuese negligente en la suya, prescribe el santo Concilio en la misma sesion 24 (1), que no pueda visitar la diócesis de su sufragáneo, sino despues de haber visitado la suya, y habiendo justo motivo que el concilio provincial haya reconocido como tal.

3. Corregir el abuso de la falta de residencia en los sufragáneos. Con este motivo el Concilio, ademas de renovar todos los antiguos cánones relativos á esta materia, manda (1), que el ausente de su diócesis sin causa justa por espacio de seis meses, pierda la cuarta parte de su renta, con destino á la fábrica de la iglesia y á los pobres. Si á pesar de las amonestaciones del metropolitano el negligente no cediere, tendrá obligacion aquel de avisar á Su Santidad en el término de tres meses, sopena de entredicho, *ipso facto incurrenda*, de entrar en su iglesia. Si el ausente fuere el metropolitano, ejerce esta vigilancia el mas antiguo de los sufragáneos. Las causas que legitiman esta ausencia, se hallan consignadas en la ses. 23, *cap. 1 de reformat.*, prescribiendo que estos motivos se prueben por escrito ante Su Santidad ó el metropolitano, el cual deberá juzgar con el concilio provincial el uso que se hiciere de los permisos de ausencia espedidos por él. En caso de falta ó ausencia del metropolitano da la licencia el sufragáneo mas antiguo, pero probando por escrito la ausencia del metropolitano.

4.° Suplir la negligencia de los cabildos sufragáneos en el nombramiento de vicario capitular y administrador ó ecónomo de las rentas episcopales, si no lo hiciere en el término de ocho dias despues de la muerte del obispo sufragáneo. El descuido del cabildo metropolitano lo suple el obispo mas antiguo de la provincia, y en la exenta el mas inmediato (1).

(1) Cap. 3 de ref. ya citado.
(2) Ses. 6, cap. 1 de reform.
(3) Ses. 24, cap. 18 de ref.

5.° En el caso de no haber seminario conciliar en alguna provincia, corresponde al concilio provincial, ó si no al arzobispo con los dos sufragáneos mas antiguos, arbitrar los medios para exijirlo en la metrópoli, ó en la sufragánea, que ofrezca mas comodidad (1).

6.° Tienen derecho los metropolitanos para visitar las parroquias de los monasterios y lugares exentos de la provincia, si no cumplieren con las obligaciones pastorales, obrando en este caso como delegados de la Santa Sede, sin que se admita costumbre en contrario, apelacion, ni recurso.

7.° Visitan y convocan los regulares exentos y que están bajo la proteccion inmediata de la Santa Sede, á fin de que se reunan en congregaciones, obrando en tal caso, si fueren negligentes, tambien como delegados de la Santa Sede. Si á pesar de las instancias del metropolitano dejaren de congregarse y trabajar en la reforma, se les someterá al diocesano, en cuyo territorio está enclavado el monasterio, el cual obrará como delegado de la Santa Sede.

8.° Conocen en apelacion de los asuntos de que hayan conocido en primera instancia los sufragáneos con arreglo á las disposiciones judiciales y procedimientos prescritos para ello. Tambien pueden conocer en queja acerca de los abusos cometidos por los sufragáneos estrajudicialmente, en cuyo caso deberán dirijirse al sufragáneo contra quien se hubiere dado la queja, para que se vindique de la acusacion. De las apelaciones en América, véase lo que hemos dicho en el artículo **APELACION.**

En algunas provincias demasiado estensas, el metropolitano establece un vicario particular en una de las sufragáneas, para que conozca en apelacion de las causas de aquellas diócesis y las inmediatas, á las cuales sin grave estorsion no seria fácil acudir á la metrópoli.

Tal es el vicario que el arzobispo de Santiago tiene en Salamanca para conocer en primera instancia de los asuntos correspondientes á las iglesias que tiene enclavadas en aquel obispado, y en apelacion de los respectivos á la diócesis de Salamanca y otras adyacentes: cargo que deberá cesar luego que se ponga en ejecucion el concordato publicado en la *Gaceta* de 12 de mayo de 1851, en el cual se modifica la division de provincias eclesiásticas de España, creándose una nueva silla metropolitana en Valladolid, y dejando de pertenecer á la de Santiago varios obispados que antes eran sufragáneos de su arzobispo.

Las demas noticias acerca de los arzobispos pueden verse en las palabras **METROPOLI, PALIO, PROVINCIA** y **CONCILIO PROVINCIAL**; y las que les corresponden en su diócesis particular, en la palabra **OBISPO.**

AS. Palabra latina que ha pasado así á la lengua española. Era contraccion ó síncopa de *æs* el metal, descomponiendo el diptongo y suprimiendo la *e*.

Entre los romanos tenia tres acepciones: dos de ellas en sentido propio y la otra en sentido figurado. Una de aquellas era la de *unidad de peso* y era la *libra* romana, representada por un trozo ó pesa de cobre, que tambien se llamaba *libra*. V. **LIBRA.**

La otra acepcion en lenguaje propio era la de unidad de *moneda*, sirviendo al efecto el mismo trozo de metal, con los signos, caractéres y peso que indicaremos en el artículo correspondiente.

Por traslacion, en fin, ó en sentido figurado, se daba el nombre de *as* á toda porcion de bienes respecto de sus partes, ó considerada como un *todo*, de cuya particion ó division se trataba, como un fundo, un caudal, una hacienda, un capital, una herencia. En cuanto á esta, la acepcion era, no solo constante, sino técnica, en el sentido en que nosotros decimos *acervo comun* de bienes. Esta significacion fué adoptada por nuestras leyes, las cuales bajo el mismo nombre de *as* significan la herencia ó fincabilidad de un finado, como puede verse en las leyes 16, 17, 18 y 19, tít. 3 de la Part. 6.

(1) Ses. 23. cap. 18 de ref.

Segun la primera de dichas leyes, toda herencia para el efecto de su distribucion ó particion, ha de ser considerada como un *as*, ó *libra* romana, divisible, como estas, en doce partes, llamadas *onzas*.

La espresada ley adopta la nomenclatura romana, aun en las subdivisiones del *as*, y desciende hasta á dar razon de ello. Segun la misma, y lo propio en el lenguaje y leyes romanas, las subdivisiones del *as* ó libra, y por tanto las partes proporcionales de una herencia, y en su caso de cualquier *todo divisible*, eran las siguientes:

Uncia, contraccion de las palabras *una de duodecim*, una *onza*, ó una dozava parte.

Sextans, dos onzas, ó un sesto de doce,

Quadrans, tres onzas, ó una cuarta parte del todo.

Triens, cuatro onzas, ó un tercio de doce, ó del todo.

Quincuns, cinco onzas.

Semis, contraccion de *semi as*, seis onzas, ó mitad del todo.

Septuns, siete onzas.

Bes, ocho onzas.

Dodrans, nueve onzas.

Dextans, diez onzas.

Deunx, once onzas.

As, la libra, esto es, la herencia toda, segun queda dicho.

La *onza* á su vez se subdividia en diversas partes, mas especialmente cuando el *as* ó *libra* era considerado como moneda, y como unidad de peso, y en cuyos artículos puede verse.

El *as*, bajo de estas dos últimas acepciones, apenas puede tener conducencia ya directamente en ninguna cuestion jurídica, pues que su uso se limita á los tiempos de la dominacion romana; pero no así la tercera acepcion que, adoptada, como hemos visto, por la legislacion española, asi como por sus espositores, no solo puede intervenir en cuestiones de doctrina, sino en cuestiones de derecho, y por tanto en las judiciales. Si hoy todavia un testador que no dejase herederos forzosos, dividiese su herencia en partes meramente numerales, sin relacion á ningun término ó punto de comparacion, ya absorviéndola toda, ya sin absorverla, estas partes serian *dozavas* ó *uncias* del *as*. Tal seria, si Pedro dijese que mandaba á Diego tres partes de su herencia, dos á Francisco y el resto á la iglesia, á los pobres, etc. Pedro llevaria en este caso tres *dozavas* partes, *dos* ó un *sextante* Francisco, y *siete* la iglesia ó el heredero del remanente, lo cual ha de entenderse, cuando sea absolutamente imposible deducir que el testador habló de partes *alicotas*, *alicuantas*, ó de otro modo diversas de la *uncia*. *In dubio*, dice Greg. Lop. en la glosa primera á la ya mencionada ley 16 (citando las romanas *Interdum*, §. 1 *D. de hæredib. instituend*: *Cum quæstio C. de legatis*: y el párrafo *hæreditas*, *Institut. de hæred. instituend.*) *intelliguntur duæ, vel tres partes de duodecim; nisi aliter appareat de disponentis voluntate.* De la misma manera, añade Gregorio Lopez, «*si alguno reclamase dos partes de una herencia ó de un fundo* (y nosotros por el mismo principio añadiremos, de cualquier cantidad, acervo, ó unidad colectiva, ó divisible), *como por otra parte no conste otra cosa, se entiende que pide dos partes de doce.*»

En la misma glosa conviene el autor en que lo que se dice de la herencia, ha de entenderse de cualquier otra cosa divisible.

En lo dicho no hay dificultad, ni puede haberla, atendido el testo de nuestras leyes, la conformidad de los autores, y aun lo dispuesto por el derecho romano, cuya autoridad, como doctrina, es indisputable, y mas cuando se trata de que no hay otra regla ni ley á qué atenerse. Pero la ofrece, y grande, en nuestro concepto, lo que el propio Greg. Lop, asienta en la misma glosa, á saber: que si uno reclamase simplemente parte de un todo, ha de entenderse que pide la mitad de él: *si tamen peteret partem implicitam, non dicendo unam, vel duas, intelligeretur dimidium totius.* Esta opinion nos parece, no solo arbitraria; sino contraria á los principios por el mismo autor asentados, y lo que es mas, á la ley. Cuando esta ha declarado que en defecto de otra regla ó disposicion, cualquier todo, acervo ó unidad colectiva, ó divisible,

se entiende compuesto de doce partes para el efecto de su particion, esa es la regla, y no otra. Resultaria ademas cierta oscuridad, cierto abuso del lenguaje y del comun sentido, en aprender que pide mas el que reclama *una parte*, bien que indefinida, que el que lo hace de *dos*, *tres*, *cuatro* ó *cinco*, específicamente, pues la voz sola *parte*, es sobradamente determinada, puesto que es una unidad de la especie misma en que por la ley, y precisamente para el efecto de la division, ha prefijado; y en todo caso hay menos inconveniente, y es menos natural, que al peticionario ó reclamante perjudique su oscuridad en pedir; que en que, para favorecerle de una manera oficiosa, se interprete violentamente la ley, ó se quebrante su sistema general. *Aliter tamen*, añade Greg. Lop., *dicit Angelus... sed verius est quod dixi*: masal asegurar que su opinion es *mas fundada* que la del citado autor, no da ninguna razon de ello, si es que pudiera haber alguna mas fuerte que la ley. Añádase ademas, que siempre en el caso en cuestion habrá de haber un tercero perjudicado, que seria el que tuviera derecho al remanente, que aun en las cosas mostrencas, que es el mayor estremo á que pudiera traerse la duda, seria el Estado. ¿Por qué, en fin, cuando un testador manda indefinida ó genéricamente una parte del *as*, ha de entenderse que habla solo de una *onza*, ó dozava; y cuando un tercero pide con la misma fórmula, sabiendo que hay otra determinada, pues á nadie es lícito ignorar el derecho, ha de entenderse que pide la mitad de doce, ó sean seis *onzas*?

Como las leyes de Partida adoptaron en un todo en el punto en que vamos hablando el sistema romano, se hicieron cargo del caso en que el testador dispusiese de tal modo de su herencia, ó que de tal suerte haya de dividirse un todo, añadiremos nosotros, que resulten este, ó aquella, divisibles mas que en doce onzas: en este caso, dice la ley 19 del citado título y Partida, el *as*, que tambien se llama *pondus* en latin, esto es, *peso*, ha de elevarse al duplo ó *dipondio*, al triplo ó *tripondio*, y á cuantos múltiplos sea necesario, para que la voluntad del testador tenga ejecucion. Así, por ejemplo, dice la ley, si un testador dejase á uno doce onzas de su herencia, y á otro seis, el *as* se elevará al duplo ó *dipondio*, y la herencia se reputa entonces compuesta, nominalmente de veinte y cuatro onzas, pues eso es el dipondio; pero en realidad de diez y ocho, pues ha de absorverse toda en la particion, llevando cada uno las de la manda ó institucion, esto es, el uno doce y el otro seis, de las diez y ocho partes. La ley establece otros muchos casos que pueden ocurrir, y en los cuales, para traer la cuestion á términos prácticos, es menester hacer mas pequeñas las *onzas*, duplicando, triplicando, cuadruplicando, etc., el todo, acervo, *pondus* ó *as*; pero es necesario, dice Greg. Lop.: *quod constet ex conjecturis, quod intellexit* (el testador) *de aliis unciis et sic videatur quod voluit excedere assem*. En este punto bien se ve que la mas decisiva de las conjeturas es la de espresar en una ó muchas mandas, ó enunciativas, mas de doce onzas ó partes.

ASADURA. Se conoció en Castilla con este nombre el derecho que se pagaba por los dueños de los ganados trashumantes, á su paso por los montes de la propiedad de algunos señores feudales, en razon de una cabeza por cada hato. Siendo esta una de las muchas gavelas que inventó el feudalismo, llegó á adquirir grande estension en conocido perjuicio de la ganadería trashumante, hasta que fue del todo suprimida.

En algunas ciudades de Aragon tambien se exijia esta gavela con aplicacion á los gastos de conservacion de los castillos, como sucedia en Albarracin, á razon de dos cabezas por cada rebaño de los que por allí pasasen á herbagear, y algunas comunidades, entre ellas las de Daroca, Teruel y Jea ó Ejea de Albarracin, fueron obligadas al pago por sentencia que á instancia del fisco se dió en 16 de setiembre de 1605 (1).

(1) Asgües, Oficio del Baile general de Aragon, párrafo 20, pág. 190.

ASAMBLEA. En términos generales, y señaladamente en lenguage oratorio, se dá este nombre á las reuniones lícitas y reglamentadas, tal cual numerosas; con lo que quedan escluidas las reuniones fortuitas, ilegales y no organizadas. Pero las asambleas, ora políticas, ora eclesiásticas, ó de otro género, se distinguen con nombres específicos, como cortes, congresos, estamentos, senados, concilios, sínodos, etc., y corresponde tratar de ellas respectivamente bajo de estas denominaciones.

Por lo tanto, de las asambleas en general diremos solamente:

1.° Que su esencia, segun hemos indicado, y su diferencia de toda otra reunion, consiste en ser corporaciones lícitas y reglamentadas.

2.° Que siendo el desórden mas temible en la muchedumbre, y casi inherente á ella, cuanto mas numerosa sea una asamblea, tanto mas preciso, enérgico y previsor debe ser su reglamento; especialmente si la asamblea es política, deliberante y tal vez soberana.

3.° Dado que ningun reglamento absorve, ni debe absorver, el poder absoluto de las asambleas soberanas, ó deliberantes, estas, sin embargo, deben hacer uso rara vez y por razones muy poderosas, de lo que se llama su *omnipotencia*: la muerte de estas asambleas es, la anarquía por vicio de organizacion, ó la plétora de poder, que conduce al mismo término: su vida está siempre en el reglamento.

4.° La mayor fuerza de la ley y de las resoluciones, emanadas de cuerpos deliberantes ó soberanos, está en su razon, y en que esta sea conocida: la autoridad, pues, de las asambleas deliberantes no debe ser opresora; sino protectora de la discusion y de las minorías que la sostienen.

5.° La mayor probabilidad de acierto está racionalmente en la unanimidad: despues de esta en el juicio de la mayoría de sufragios, única á que, por lo comun, es dado llegar: la mayoría de votos es por tanto el criterio de acierto y verdad, y en todo caso, de autoridad, en las resoluciones de las asambleas deliberantes.

6.° El instinto de todo poder es siempre á ensanchar su esfera de accion. En la multitud, mas que en los individuos, la conciencia de un poder soberano arrastra frecuentemente al engreimiento, á la independencia y al abuso. Toda asamblea, pues, deliberante necesita un poder moderador, ó por lo menos una fórmula moderadora. El primero está siempre fuera de la asamblea; la segunda puede hallarse en la organizacion de esta, lo que así es indispensable, cuando todo el poder se concentra en un solo cuerpo. La fórmula moderadora la constituyen entonces la revision, ú otros trámites dilatorios análogos. En estos casos nada hay mas peligroso que las resoluciones del entusiasmo.

7.° Las asambleas numerosas, en fin, están por su naturaleza llamadas á deliberar; pero no á ejecutar.

Las asambleas son elementos, ora parcial, ora esclusivo; pero siempre esencial, de los gobiernos populares. Antes podia importar menos el comprender el mecanismo, los inconvenientes y ventajas, de las asambleas; pero hoy es este un tema capital en el derecho público, un estudio indispensable en todo publicista y hombre de estado, pues que esa clase de gobiernos está á la órden del dia; ó son ya un hecho en una gran parte de los paises civilizados. Por eso algunos talentos, aun de primer órden, se han dedicado á ilustrar y formular, á lo cual provocan á un tiempo los instintos de gobierno, la emulacion y la gloria, el peligro y la salvacion de las modernas sociedades. Prescindiendo nosotros de toda política, ahora, como siempre, en el curso de esta obra, y solo bajo el punto de vista de la polémica y de la doctrina, diremos que pueden consultarse entre otras muchas obras las de Benjamin Constant: Inconvenientes y ventajas de las asambleas y gobiernos representativos por Mr. Fonfrede: Táctica de las asambleas legislativas por Bentham.

ASAMBLEA EN SENTIDO ESPECIFICO. Hay en efecto congregaciones y cuerpos, ora eclesiásticos, ora políticos, que llevan el nombre específico de *asambleas*:

tales son en la historia la asamblea de los notables, y la constituyente de Francia, y en la actualidad la asamblea del clero y la legislativa del mismo pais: y en España tenemos las asambleas de las tres órdenes de Cárlos III, de Isabel la Católica y de San Juan de Jerusalen.

Hablando de las asambleas en general hemos dicho que de suyo son numerosas, y que tal es la acepcion de la palabra en dicho sentido genérico. En el específico, por el contrario, como asamblea será aquella reunion á que la ley haya dado ese nombre, y esta, por lo grave ó digno del cargo, puede haber dado esa denominacion á cuerpos, ó reuniones de número reducido, no por esto dejará de ser propia en tal caso la denominacion de asamblea: y con efecto, en algun pais estrañgero hay asambleas de solo cuatro personas; y no son mucho mas numerosas las mencionadas de las de las órdenes de Cárlos III, de Isabel la Católica y de San Juan, de que hablamos á continuacion.

Asamblea de la órden de Cárlos III. Aunque no sea la mas antigua, empezamos por ella por la importancia de la órden, y puesto que la del Toison no tiene asamblea para su régimen, sino junta de gobierno.

Instituida la órden de Cárlos III en 1771, cinco años despues se estableció la asamblea para el régimen interior y económico de la misma, por medio del real decreto, que por ser ciertamente orgánico insertamos á continuacion. Despues de espresar el rey que por decreto de aquella misma fecha habia dispuesto lo conveniente para la seguridad y arreglada contabilidad de los dos millones de reales, con que las cuatro órdenes militares, las mitras y prebendas debian contribuir á la de Cárlos III, como fondo de sus pensiones, dice así:

«Consiguientemente tengo tambien por indispensable que se forme desde luego la asamblea de la misma órden, la cual ha de cuidar de su gobierno interior y económico, y de desempeñar todos los demas encargos que prescriben sus constituciones. Esta asamblea deberá componerse de los sugetos siguientes: el gran canciller, los grandes cruces duque de Losada, marqués de Montealegre, duque de Arcos y duque de Hijar: los tres ministros seculares, con el contador, y los caballeros pensionados don Pedro de Rada, don Francisco Montes, don Vicente Rodriguez de Rivas y don Diego Lopez Perella. Debiendo mirarse esta como una junta privada, se celebrará en la posada del gran canciller todas las veces que él lo disponga, por exigirlo el curso regular de los negocios; y en cuanto á la colocacion de estos individuos en aquel acto, prevengo, que en la fachada principal de la pieza ha de ponerse mi real retrato, y al pié de él se sentará el gran canciller, teniendo delante una mesa redonda: á los dos lados del prelado se colocarán los grandes cruces, sin órden de precedencia entre sí, y en seguida de estos se pondrán indistintamente los ministros y los caballeros pensionados, usando todos, á escepcion del gran canciller, que preside, de una misma clase de asientos. Todos los sugetos que componen la asamblea han de tener voto en los asuntos que se traten, y en caso de haber igualdad, decidirá el voto del prelado presidente, como podria verificarse en el exámen y pase de pruebas de los nuevamente provistos, por los cuales se ha espedido hasta ahora en mi real nombre la aprobacion. Para esta clase de negocios, ú otros de entidad, será preciso á lo menos la concurrencia del prelado, dos grandes cruces, dos ministros y dos caballeros pensionados; pero en los asuntos corrientes bastará inferior número, ó que el gran canciller los determine de acuerdo con el secretario y el contador, á fin de no causar perjuicios con la dilacion. Podria convenir en algun caso particular la asistencia á la asamblea de cualquiera otro gran cruz ó caballero pensionado, ya sea para suministrar ciertas luces ó para tomar algun encargo del servicio de la misma órden. Y para que esto se verifique bastará que el gran canciller se lo haga prevenir por escrito por medio del secretario de la órden, mediante que todos los individuos de ella deben contribuir en

cuanto puedan á su mayor lustre y decoro. Tendréislo entendido para su cumplimiento.—Señalado de mano de S. M.—En palacio á 2 de abril de 1776.—A don Bernardo del Campo.

Posteriormente en 12 de junio de 1804 el Sr. D. Cárlos IV dió á la órden las constituciones porque se rije, y en los artículos 23 y siguientes se completó la organizacion de la Asamblea sobre lo establecido en el real decreto antes inserto, y se determinaron las atribuciones y deberes de la misma.

Desde luego la asamblea tendrá el connotado de *suprema*. El rey es el presidente nato, y se compone ademas: del gran canciller, que preside en nombre del rey, de cuatro caballeros grandes cruces, de los ministros de la órden, secretario, maestro de ceremonias y tesorero, del fiscal y contador, y de cuatro caballeros pensionistas (1).

Está á cargo de la asamblea el gobierno interior y económico de la órden (2).

Los individuos de la asamblea serán nombrados de entre los que tenga su residencia en la córte. Los asuntos de entidad se consultarán con el rey. En la sala de juntas estará el retrato del gran maestre: al pié de él se sentará el canciller; á su lado se sentarán los grandes cruces, sin órden de precedencia entre sí: el contador y pensionistas ocuparán una misma clase de asientos. Todos, incluso el secretario, tienen voto: el del canciller, ó gran cruz que presida accidentalmente, es de calidad (3).

Será gran canciller uno de los prelados mas ilustres del reino (4), y con efecto suele serlo el patriarca de las Indias.

El fiscal tiene voto en la asamblea, no siendo en asunto en que sea parte (5).

Asamblea de la órden de Isabel la Católica. Esta órden instituida por decreto de 14 de marzo de 1815, se rige tambien por una asamblea en un todo análoga á la de la órden de Cárlos III, salvo que no consta de caballeros pensionistas por no tenerlos al órden. Pueden verse el art. 8 y siguientes de sus constituciones, que fueron dadas por el señor don Fernando VII en 7 de octubre de 1816. De esta asamblea será siempre gran canciller el patriarca de las Indias (1).

Ultimamente se ha mandado que se unan las secretarías de las dos asambleas.

En cada capital de vireinato, ó de capitanía general, se establecerá una asamblea, compuestas de los grandes cruces y comendadores residentes en la misma, bajo la presidencia del virey, ó capitan general, y en su defecto del gran cruz mas antiguo. Estas asambleas subalternas, sin perjuicio de reunirse cuando sea necesario, lo verificarán precisamente en los meses de enero, abril, julio y octubre, para vestir las insignias á los nuevos agraciados (2).

Asamblea de la órden de San Juan. En lo gubernativo es una cosa análoga á las anteriores, siendo presidente nato el rey, como gran maestre. Se compone de caballeros profesos y capellanes, y lleva el connotado de *sacra*. Se diferencia esencialmente de las dos anteriores en que tiene verdadera jurisdiccion. Bajo de este punto de vista su analogía es con el tribunal especial de las órdenes militares: es por consecuencia junta de gobierno: tribunal de alzada, de las sentencias dictadas por los priores; y es superior eclesiástico, en cuyo concepto, sobre ejercer jurisdiccion contenciosa, como queda dicho, provee los curatos, verifica oposiciones y da dimisorias. Su vice-presidente es el recibidor general de la órden.

En cuanto á la jurisdiccion, debe notarse que en el art. 11 del concordato de 1851 se establece lo siguiente: «Cesarán todas las jurisdicciones privilegiadas y exentas, cualquiera que sea su clase y denominacion, inclusa la de San Juan de Jerusalen; y sus actuales territorios serán reunidos á las respectivas diócesis en la nueva demarcacion que se hará de ellas.»

La asamblea, pues, de la órden de San

(1) Constituciones, art. 21.
(2) Art. 23.
(3) Art. 24.
(4) Art. 23.
(5) Art. 30.

1 Art. 8.
2 Art. 11.

Juan, luego que se verifique la nueva circunscripcion de diócesis, dejará de ser tribunal, y quedará reducida á lo gubernativo, como las de Cárlos III y de Isabel la Católica.

ASCENSOS. Los adelantos ó promociones graduales de los funcionarios públicos en su carrera. Y reunimos las dos circunstancias de que los ascensos sean *graduales*, y en la propia carrera, porque solo estos son susceptibles de regla, y aun de justicia; pues los ascensos *saltuarios*, y de unas á otras carreras, mas bien son meras promociones de gracia; con riesgo de serlo muchas veces de peligrosa arbitrariedad.

Diverso es el punto de vista bajo el cual consideran los ascensos el derecho constituyente y el derecho constituido. El primero los aprecia por la teoría general de que el sumo imperante debe tener á su disposicion medios de estimular y remunerar: de este modo abre camino al derecho constituido, respecto del cual á su vez la justicia y la administracion se atienen ya á lo establecido.

Bajo de este punto de vista, ni hay ni casi cabe uniformidad en las infinitas y diversas carreras del servicio del Estado. Tres sistemas se aprenden como posibles en el particular: el de promociones libres por la apreciacion sola del gobierno, y por tanto la eliminacion de toda escala: el de ascensos necesarios ó de escala rigurosa: y un sistema misto, dando unos ascensos á la libre eleccion del gobierno, y otros á la antigüedad.

El primer sistema dá mas ocasion á apreciar la capacidad y el mérito en cada caso; pero favorece la arbitrariedad: el segundo cierra en cierto modo la puerta á la apreciacion racional del mérito y la capacidad; el tercero participa necesariamente de los inconvenientes y ventajas de los otros dos. Difícil es al derecho constituyente establecer nada absoluto, y como regla fija, en el particular. Por eso sin duda hallamos adoptados los tres sistemas por el derecho constituido; y mientras en los cuerpos militares facultativos, por ejemplo, tenemos una escala fija; en otros servicios, ó no hay escala, ó no son obligados los ascensos, ó lo son solo parcialmente, como sucede en los demas cuerpos del ejército y en otras carreras.

Hemos hablado de escala, porque en efecto sin ella no se conciben las categorías y ascensos. Convendria que estos y aquellas fuesen determinados por una ley, para sustraerlos á las variaciones contínuas de la administracion, á fin de que el funcionario público, conociendo con seguridad el porvenir y ventajas de su carrera, contase siempre sobre seguro en su vocacion y aplicacion; pero hemos indicado ya las graves dificultades que en la práctica ofrece la teoría de las escalas y ascensos fijos y necesarios. De todos modos es un hecho que entre nosotros no hay adoptado un sistema uniforme, lo que hace imposible tratar en este artículo de las escalas, categorías y ascensos en todas las carreras; siendo por lo mismo, no solo conveniente, sino necesario reservar este punto para los artículos particulares de cada carrera, y los análogos á ellas, como categorías, empleados, escalas, etc. Por tanto:

ASCENSOS MILITARES. Véase ORGANIZACION MILITAR.

ASCENSOS DE EMPLEADOS. V. EMPLEADOS.

ASCETA, ASCETISMO. La palabra *asceta*, segun su orígen griego, equivale á la de *ejercitante*, y se aplicaba en los primeros siglos de la Iglesia á los cristianos que con notable fervor se ejercitaban en las prácticas de piedad y mortificacion cristiana. De aquí en los tiempos posteriores *asceta* y *ascetismo* espresan la idea de mortificacion y austeridad de costumbres. Los autores no quieren que se llamen *ascetas* los que ejercitan su fervor religioso del modo que queda espresado en monasterios, conventos ó congregaciones sujetas á una regla. Pero alguna vez *ascetério* era lo mismo que monasterio ó congregacion religiosa; y en la novela 123 de Justiniano, cap. 13, por *ascetrias virgines e' viduæ ecclesiasticæ intelliguntur*. Hoy *ascetismo* es-

presa la idea de austeridad religiosa, envolviendo la de fervor no comun y mortificacion. Así, tomando el efecto por la causa, hablando de las escuelas en pintura y escultura, se llama escuela *ascética* la anterior á Rafael, que personificaba la mortificacion y austeridad en imágenes demarcadas; lo cual varió despues del insigne artista; que hallaba sus tipos en otra parte que en el yermo ó los claustros.

ASEGURACION, ASEGURADO, ASEGURADOR, ASEGURAR. V. seguros.

ASENTAMIENTO. Dos medios hay para que las personas que son demandadas civilmente no eludan la administracion de justicia, cuando no comparecen ó no se defienden de la demanda contra ellos intentada. Estos medios son el de seguirse el pleito por todos los trámites en la rebeldía y ausencia de los demandados, entendiéndose las notificaciones de las providencias con los estrados del tribunal, y el del asentamiento, de que aquí nos ocupamos. Asentamiento es la tenencia ó posesion que por la rebeldía del demandado en no comparecer á juicio ó en no contestar á la demanda dá el juez al demandante de la cosa que pide, si la accion es real, y de algunos bienes del demandado, si es personal.

En todos los paises y en todas las épocas se han adoptado medios mas ó menos eficaces para que los que poseyeran lo que no era suyo y los que estaban obligados á permitir, á dar ó á hacer alguna cosa, no pudieran sustraerse impunemente de las reclamaciones que hicieran el dueño de la cosa, el que tenia un derecho en ella ó el acreedor en sus casos respectivos. Nuestras leyes en este, como en tantos otros puntos, tomaron los principios del derecho romano, porque puede decirse que son derivacion suya las reglas que respecto del asentamiento se hallan establecidas en los diferentes códigos y colecciones de leyes españolas. No será, pues, ocioso hacer una indicacion ligera de los principios romanos acerca de este punto.

Sabido es el carácter rudo y violento del primitivo derecho romano: el que queria demandar á otro tenia facultad de obligarle sin vénia de la autoridad á que le siguiera para ir á la presencia del magistrado, facultad que se estendia á usar de la fuerza, *obtorto collo*, sin que pudieran oponer á ello resistencia ni el mismo emplazado, ni sus amigos, ni sus parientes. De presumir es que esta apelacion á medios de violencia material sin necesidad de acudir á la autoridad pública, dejaria de observarse desde el momento en que el pretor en su continuo afan para reformar el derecho atemperándolo á las costumbres de una sociedad civilizada y despojándolo del carácter austero, sombrío y material que tuvo en su orígen, estableció penas pecuniarias y acciones eficaces para hacerlas efectivas, contra aquellos que rehusaban seguir á juicio á la persona que los demandaba. Este cambio del antiguo derecho hizo aun mas necesarias reglas, en virtud de las cuales se evitara que las personas que eran demandadas eludieran el litigio ausentándose, ocultándose ó rehusando concurrir á los actos que eran indispensables para que pudiera entablarse contra ellos la accion. La regla general establecida al efecto era que cuando no comparecia el demandado y no habia quien quisiera tomar sobre sí la defensa, se reputase indefenso, y en tal concepto se le considerase como si contra él hubiera recaido una condenacion *pro damnato* (1). Consecuencia de esto era que hubiera lugar á emplearse contra él todos los medios aplicables al que ya habia sido condenado. Mas á pesar de esto, el antiguo derecho no era bastante eficaz; en efecto, durante el sistema de las acciones de ley solo se reconocia la ejecucion sobre la persona, *manus injectio*, porque la ejecucion sobre la cosa, *pignoris capio*, era admitida únicamente en casos dados y como una escepcion; asi sucedia que aunque la *manus injectio pro judicato* se aplicára al que no se presentaba á defender ni era defendido por otro, no habia medio contra aquellos que por no com-

(1) Cap. 21 de la ley de la Galia Cisalpina.

parecer, ó se ocultaban ó se fugaban. De aquí dimana que algunos pretendan que èn el antiguo derecho romano existia un vacio acerca de este punto. Dificil es acerca del particular dar una opinion decidida, pues que carecemos hoy de datos para formarla. Desde luego podemos decir con Mr. Bonjean que no era fácil en los primeros tiempos de Roma que los demandados pudieran libertarse de encontrar á los demandantes, porque al efecto ó deberian acogerse al hogar doméstico, asilo inviolable en que no era lícito penetrar á los estraños para hacer emplazamientos (1), ó tenian que huir de la ciudad; uno y otro medio esponian á graves inconvenientes á los que á ellos acudian, inconvenientes bastante poderosos para retraerlos de semejantes caminos, porque el encerrarse en su casa era condenarse á una prision estrecha y privarse de la participacion en los negocios públicos tan grata para los romanos, y huir de Roma era renunciar al título de ciudadano, romper lazos estrechísimos y hacer que los bienes del que así obraba se adjudicaran á los demandantes.

Al paso que con la estension de la dominacion romana se debilitaba el sentimiento del amor á la patria, que animó tan profundamente á los moradores de la ciudad eterna en los primeros siglos inmediatos á su fundacion; al paso que se iba disminuyendo la importancia que los ciudadanos dieron en algun tiempo á sus derechos políticos; al paso, por último, que se aumentaban los medios de burlar la accion de las leyes y de huir de los emplazamientos, se hizo necesario sustituir al antiguo medio de ejecucion sobre la persona, *manus injectio*, un medio de ejecucion sobre los bienes, medio infinitamente mas ineficaz, por cuanto garantizaba mas cumplidamente los derechos y deseos del demandante. Esto era de gran consecuencia para el que no comparecia en juicio, porque quedaba privado de la posesion material de la cosa, y de consiguiente de sus provechos, y la tenencia dada al demandante tenia por objeto poner en venta la fortuna del contumaz, el cual ademas incurria en infamia y en la pérdida de los derechos políticos. La concesion de la posesion que el magistrado hacia al demandante no prejuzgaba la cuestion, y con razon, porque si bien podia rechazarla en todos aquellos casos en que fuera abiertamente opuesta á la justicia (1) cuando la otorgaba, ni exigia pruebas, ni aunque las exigiera hubiera podido dárseles la misma eficacia que si fueran ofrecidas y hechas en un juicio contradictorio. Los largos trámites que precedian á la venta de bienes, la facultad que tenia el demandado de obtener otra vez la posesion de ellos en el caso que ofreciera y afianzara defenderse (2), y la necesidad en que estaban los acreedores de probar la legitimidad de sus créditos contra el comprador, que era considerado como una especie de sucesor universal, todo esto mitigaba los inconvenientes que por otra parte podian resultar de semejante sistema.

Estas reglas que por algun tiempo tuvieron lugar tanto respecto á la accion real como á la personal (3), sufrieron alteracion en lo tocante á la primera. En ella, no compareciendo el demandado á juicio, era puesto el demandante en posesion de la misma cosa litigiosa: esta posesion producia por resultado el que se cambiase el carácter de los litigantes, porque convertia al demandante en demandado y al demandado en demandante, consecuencia necesaria de la índole de las acciones reales que se dan siempre contra el que posee. Aunque en un principio se limitó esta reforma á casos particulares, vino á hacerse una regla general en todas las acciones reales, y se hizo despues estensiva á los interdictos (4). De esta manera tenia el primitivamente demandado la desventaja de tener que probar, carga que antes correspondia á su contrario,

(1) Ley 18. tit. 1, lib. 2 del Digesto.

(1) Párr. úni. de la ley 80, tit. 1, lib. 15 del Digesto.
(2) Párr. 102, Com. 3 de las Inst. de Gayo, y párr. 1, ley 33, tit. 5, lib. 46 del Digesto.
(3) Párr. 4, ley 23, tit. 6, lib. 2; ley 18, tit. 5, libro 8, y párr. 16, ley 1, tit. 4, lib. 46 del Digesto.
(4) Ley 15, tit. 4; ley 45, tit. 2, lib. 39, y párr. 17, 18 y 19, ley 7, tit. 4, lib. 16 del Digesto.

Nuestras leyes han seguido á las romanas respecto á dar al demandante la posesion de los bienes del demandado que no comparece. La ley 17, tít. 1, lib. 2 del Fuero Juzgo, dice en los códices romanceados: «é »aquellos que fueren lamados por el juez »cuemo deve, si se ascondieren, é non vi»nieren al plazo, el iuez deve meter á »aquel en la cosa que demanda, salvo e »derecho del que non apareció.» Estos mismos principios con mas estension se hallan establecidos en el tit. 3 del lib. 5 del Espéculo, y se encuentran garantidos con sanciones penales en las dos leyes del título 4, del libro 2 del Fuero Real. La Partida 3 consagra todo el título 8 á los asentamientos. De notar son algunas de sus leyes, de que haremos ligeras indicaciones. La segunda establece que el asentamiento cuando la accion es real, se haga en la misma cosa pedida, y si esta no parece, en otra equivalente, y que siendo personal la accion se ejecute el asentamiento, primero en los bienes muebles y despues en los inmuebles. En ambos casos el juez debe prevenir al demandante que muestre los fundamentos de su accion, ó á lo menos que jure que no procede de malicia. La 4 establece, que en el caso de que pasare un año en la accion real, y cuatro meses en la personal, sin presentarse el demandado, el demandante *gane la tenencia de aquella cosa, tambien como si fuesse assentado en ella sin embargo ninguno*. La ley 6 declara, que si el reo en la accion real viene dentro del año, resarce las costas y dá fianza de estar á derecho, recupera los bienes con sus frutos y rentas, deduciendo las espensas necesarias y útiles, y que despues del año queda el asentado por verdadero poseedor, restando solo al demandado el derecho sobre la propiedad: que tambien recuperar el demandado en las acciones personales los bienes, cuando presentándose dentro de los cuatro meses paga las costas y dá fiador: que si hubieren pasado los cuatro meses, el demandante gana la posesion verdadera, los frutos y las rentas de la cosa en que fue asentado, y que ademas puede pedir que se vendan los bienes en almoneda, haciéndole pago del principal y costas, y entregándosele el resto al demandado: que no habiendo comprador se aprecien los bienes, y se den en pago en la parte necesaria al demandante; pero que si antes de ser vendidos ó dados en pago se presentare el demandado, pagare las costas y diere fiador de estar á derecho, se le entreguen los bienes, aun despues de trascurrido el espresado término. Por último, la ley 8 ordena, que aquel á quien se dió el asentamiento por el tiempo del año ó cuatro meses, de que habla la ley 6, debe guardar los frutos que perciba, para que los pueda recobrar su contrario si viene á juicio; que cuando los frutos no pueden conservarse, deben venderse con conocimiento del dueño de la cosa si está en el mismo lugar, y si no con licencia del juez, reservando el precio de la venta hasta que pasen los plazos respectivamente señalados, para que pueda el demandado libertarse de la pena impuesta á su contumacia.

La Novísima Recopilacion dedica tambien un título, que es el 5 del lib. 11, á los asentamientos. La mas notable de las leyes contenidas en él, es la primera en que se trascribe la ley única, tit. 6 del Ordenamiento de Alcalá. Establécense en ella dos medios: el primero se refiere á que por la contumacia del demandado pueda ir el juez adelante en su rebeldía, dando al debido tiempo la sentencia; el segundo, es el del asentamiento, introduciendo cambios notables respecto á lo ordenado por las leyes de Partidas. Esta misma eleccion está concedida en la ley 2. Por consecuencia de la ley del Ordenamiento, cuando el reo no comparece á contestar á la accion real que contra él se ejercita, acusada la rebeldía, el demandante presenta escrito en que espresa que elige la via de asentamiento y pide se le entregue la cosa demandada; y si la accion es personal, solicita que se le entreguen bienes muebles del demandado hasta la cantidad necesaria para cubrir su reclamacion, y en defecto de ellos que se le dé el asentamiento en bienes raices. El

juez accede, tanto en el primero como en el segundo caso, á lo que se le propone. La posesion que se dá al demandante es meramente de hecho, y de consiguiente no le atribuye el derecho de dominio sobre los frutos que percibe, los cuales deben quedar reservados para el dueño, con deduccion de las espensas necesarias y útiles, si comparece á purgar su contumacia dentro del termino que manifestamos. Esta contumacia la purga presentándose ante el juez dentro de dos meses en la accion real, y dentro de uno en la personal, términos á que respectivamente quedan reducidos el año y cuatro meses de las leyes de Partidas, ofreciendo pagar las costas y pidiendo la devolucion de la cosa que se entregó al demandante. Cuando esto sucede, el juez decreta que haciéndose tasacion de las costas, y verificado el pago de su importe se restituyan al demandado los bienes que fueron entregados al demandante: hecho esto sigue el juicio, sustanciándose por los trámites ordinarios, del mismo modo que si no hubiera habido rebeldía. Pero si el demandado deja pasar los respectivos términos de uno y de dos meses, el actor puede pedir que se le dé la verdadera posesion de la cosa, esto es, la posesion civil que dá derecho á los frutos que produce la cosa, la cual debe serle concedida por el juez: entonces solo queda al demandado el derecho de seguir el juicio de propiedad, juicio en que tiene la desventaja de cambiar su primitivo papel de demandado en demandante. Mas en la accion personal puede el demandante elegir, ó bien lo que queda espuesto, ó que se le haga pago de su crédito vendiéndose en pública almoneda los bienes que le fueron entregados para cubrir lo que se le debe y las costas: si despues de satisfechas estas hubiere un sobrante, deberá entregarse al demandado, y si no alcanzare habrá lugar á pedir que se vendan otros bienes del mismo hasta conseguirlo. A este modo de proceder en rebeldía de los demandados, se llama *via de asentamiento*. La eleccion de esta via no escluye absolutamente la otra de que antes hemos hecho mencion: así lo declara espresamente la ley 3, tít. 15, lib. 11 de la Novísima Recopilacion, respecto al caso en que se litigue contra un menor, y no puede ponerse en duda, que lo que se declara en daño de este no puede menos de ser aplicable cuando son demandados los mayores de edad.

La via de asentamiento no está en uso, efecto sin duda de ser mas espedita la de seguir el pleito con los estrados del tribunal, haciéndose en ellos la notificacion de las providencias judiciales, lo que produce los mismos efectos que si se le hicieran en persona al demandado. La ventaja de este medio consiste en que como no hay parte que contradiga, el juicio se termina con gran celeridad, y el demandante está asegurado para siempre en el goce de la cosa litigada, lo que no sucede por la via de asentamiento, en que queda espuesto á que se suscite la cuestion de propiedad de los bienes en que fué asentado. Respecto á los negocios de comercio, está establecido en la ley de enjuiciamiento (1) que no tenga lugar la via de asentamiento que el derecho comun establece contra los demandados contumaces. En los pleitos que no llegan á 600 mrs., estaba ya mandado por una ley que esta recopilada (2), que no pudiera hacerse asentamiento; pero despues de publicada la de 10 de enero de 1838 relativa á los pleitos de menor cuantía, creemos que implícitamente está derogada por lo que á ellos toca la espresada via. Fundámonos para decirlo así en que ademas de rechazarlo implícitamente todo el contesto de la ley, no es de creer que los legisladores al introducir nuevas reglas de enjuiciar, quisieran dar otra vez vida á una via de proceder ya desusada, pues á ser esta su voluntad lo hubieran espresado.

V. CONTUMACIA. REBELDÍA.

ASCENDENCIA. ASCENDIENTES. Ascendencia es la série de generaciones, inmediata y sucesivamente

(1) Art. 166.
(2) Ley 4, tít. 15, lib. 11, Nov. Recop.

ligadas entre sí, de que procede la persona de quien se trata. Estas generaciones son la de padres, abuelos, segundos abuelos, terceros, cuartos, etc., los cuales respecto de las personas de la última generacion se llaman *ascendientes*, porque se cuenta subiendo al orígen; y á su vez decimos *descendencia* y descendientes, cuando la computacion se verifica bajando del tronco á los últimos generados. En este caso las generaciones que forman la descendencia son las de hijos, nietos, biznietos, segundos nietos ó dos veces nietos, terceros nietos, cuartos, quintos, etc.

En sentido lato la palabra ascendencia y ascendientes comprende tambien á los parientes laterales de los padres, abuelos, bisabuelos, terceros abuelos, etc., y lo propio tiene lugar, correlativamente, en cuanto á la descendencia y descendientes.

La posicion respectiva de ascendientes y descendientes, y la índole de los vínculos de parentesco que espresan recíprocamente dichas categorías, revela desde luego que fundado en ellas por nuestra legislacion, como por todas en general, el derecho sucesorio, y en su consecuencia el de legítimas, como igualmente á su vez la obligacion de dotar, la de prestar alimentos, el sistema de mejoras de tercio ó quinto, etc.; la principal acepcion de las palabras ascendencia y descendencia, ascendientes y descendientes, es jurídica, y en aplicacion y esplicacion de las obligaciones antes indicadas y de sus derechos correlativos. Pero, como todo esto se trata con mas oportunidad y propiedad en los diversos artículos específicos, á ello concernientes, como **ALIMENTOS**, **DOTE**, **HERENCIA LEGÍTIMA**, **MEJORA**, **PARENTESCO**, **SUCESION**, etc., á ellos referimos á nuestros lectores.

ASENTIMIENTO. ASENTIR.

La inexactitud con que en general se define el *asentimiento*, nos obliga á descender á algunas consideraciones filosóficas, sin las cuales, ni puede notarse, ni corregirse el vicio indicado.

Y efectivamente, unos consideran el asentimiento como un acto puramente intelectual; cuando es tambien un acto *humano*: otros lo consideran en este único concepto; y, aun así, limitado á una sola acepcion; mientras tiene dos, y mientras, como queda insinuado, es á su turno acto *humano*, y acto puramente intelectual, en lo que resulta desde luego una doble inexactitud.

Así en el derecho, segun hemos notado ya en los artículos relativos á las artes, es peligroso, esto es, difícil el definir; y es porque en todo interviene menos de lo que debiera la filosofía. La comparacion del presente artículo con lo dicho en el particular por los autores, y lo definido en los diversos diccionarios, convencerá, sin necesidad de citas, cuanto dejamos espuesto.

Entre asentir y asentimiento hay la diferencia que entre la ocasion y el efecto: *asentir* espresa el acto en que en sus casos respectivos el entendimiento, ó la voluntad, ejercen en este punto la accion que les es propia; el primero afirmando ó negando; la segunda queriendo ó repugnando: *asentimiento* es ya el resultado, el efecto de esas acciones respectivas, el *juicio* en el primer caso; la *deliberacion* en el segundo. Y desde luego se vé que el asentimiento puede ser considerado en el órden puramente lógico, y mas bien *logico-psicológico*, en el órden moral, y en el órden jurídico: y no diremos en el órden y lenguage comun, porque en este se confunde con el consentimiento, y se toma por él, aunque, segun la exactitud filosófica, *consentimiento* no es sino uno de los casos ó acepciones del *asentimiento*, como veremos.

Todo ello supuesto, diremos que en el órden *lógico*, ó *lógico-psicológico*, el asentimiento se refiere á aquella operacion del entendimiento que se llama *juicio*, esto es, aquel acto del entendimiento, por medio del cual une ó separa dos ideas, segun que las halla conformes una en otra, ó disconformes: el acto, pues, del entendimiento en este caso, por el cual une el *predicado* al *sugeto*, ó los separa, la afirmacion de la con-

veniencia ó desconveniencia, eso es lógicamente el *asentimiento*.

Pero el asentimiento así se limita á la esfera puramente intelectual: es la mera conformidad del entendimiento, y por tanto no es todavía un acto *humano*, ó imputable, pues que aun no ha intervenido la voluntad, causa única del mérito ó demérito. Para que intervenga la voluntad, tiene aun el entendimiento que haber pasado á su tercera operacion, que es el *raciocinio*, ó discurso. Despues de haber aprendido por la primera de estas dos operaciones, por ejemplo, que Dios es justo, *afirmando* de Dios la bondad, deduce que debe ser amado. La voluntad entonces apetece ó repugna esta propuesta del entendimiento, y el asentimiento, que entra ya en el órden moral, es un acto humano por el cual necesariamente se merece ó desmerece. Así el *asentimiento* en el órden lógico tiene lugar, cuando el entendimiento percibe las ideas, al afirmar la conformidad ó desconformidad de unas con otras, y al afirmar el *raciocinio* ó deduccion: en el órden moral puramente interno, en aquellos actos de que solo pueden juzgar Dios y el hombre, cuando la voluntad apetece ó repugna lo propuesto por el entendimiento. Es evidente, pues, la inexactitud en definir y considerar el asentimiento como un acto puramente intelectual, y no menos el considerarlo meramente, como un acto humano, y espresando ser lo mismo que *convenir con otro en alguna cosa*; pues en el órden interno hay, como hemos visto, asentimiento individual, ó sin intervenir un tercero.

Pero el asentimiento puede ser tambien *ad extra*, y entonces, como hecho esterno, entra en el órden social, y por tanto en el moral esterno, y en el comun, y jurídico. En ese supuesto, así como en el órden moral interno asentimiento es la conformidad de la voluntad con lo propuesto por el entendimiento, así en estos casos es la conformidad del hombre con lo propuesto ó pretendido por un tercero. Aquí ya considerado el asentimiento bajo de un punto de vista práctico, es lo mismo que *consentimiento*; y sin embargo, esta voz es mas usada en lo jurídico, y la de asentimiento en lo moral y filosófico. Debemos notar por último que la palabra asentimiento, sin otras circunstancias que la determinen, se refiere mas bien al asentimiento en sentido moral, ó como acto humano, procedente por tanto del entendimiento, y de la voluntad; que al asentimiento, como acto puramente intelectual, ó sea en el sentido meramente lógico.

ASENTISTA. Llámase así al que por un precio alzado y bajo ciertas condiciones contrata con el gobierno la provision de un artículo, bien para el suministro del ejército, bien de los presidios, ó de algun otro establecimiento público.

ÁSEQUI. Segun suele pronunciarse, y hallarse acentuada esta palabra, es el infinitivo del verbo latino *assequor*, que se conserva así en castellano, como la de *exequatur* y otras. Debia, conforme á estas observaciones, significar autorizacion, permiso, licencia, etc.; pero hallamos que significa un cierto impuesto, que en algunas provincias de España, especialmente en tierra de Murcia, pagaba el ganado ovejuno en llegando á cuarenta cabezas.

ASERCION. Se dice de lo que afirmamos ó asentamos como cierto, dispuestos á sostenerlo ó demostrarlo. Viene de *assertio*, nombre verbal derivado de *assero*, que significa afirmar ó asegurar. Es voz científica, y por tanto mas de escuela que del foro, ni del lenguage general. Equivale á proposicion, siendo esta voz mas usada.

ASERTOR. De *assertor*, sustantivo derivado de *assero*, asegurar ó afirmar, como decimos en el artículo anterior. *Assertor* se llamaba entre los romanos el que en los tribunales de justicia vindicaba ó defendia su libertad, en el sentido opuesto á esclavitud.

ASERTORES DE PAZ. En lo antiguo los árbitros ó avenidores nombrados por los príncipes para reconciliar á los enemistados y á los que se desafiaban. Los *asertores*, segun Santayana (1), recibian

(1 Lib. 2, cap 5.

jurisdiccion delegada prudencial, y eran, por tanto, verdaderos *arbitradores*, ó amigables componedores, en el asunto para que eran nombrados.

ASERTORIO. V. JURAMENTO.

ASESINATO. ASESINO. Entiéndese comunmente por asesino el que comete un homicidio alevoso. Otros varios sentidos puede tener esta palabra, como tendremos ocasion de esponer en este artículo.

Para poder investigar la etimología mas probable de la palabra *asesino*, es preciso remontarse á una época de gran importancia y celebridad en la historia, cual es la de las cruzadas. Entre las varias sectas en que por entonces se hallaba fraccionado el islamismo, es notable la que Abdallah habia organizado con tendencias políticas y bajo una forma secreta y misteriosa. Habiendo conseguido enseñorearse del Egipto y asegurar en este pais el poderío de los fatimitas, otra secta mahometana, pudo contar con la proteccion interesada de estos, y merced á tan poderoso apoyo, fué haciéndose cada vez mas robusta y vigorosa. Pero llegó á su apogeo cuando Hassan-Sabbah, hombre ilustre y dotado de un ingenio y firmeza poco comunes, movido por su ambicion, se declaró abiertamente uno de sus prosélitos, y se propuso darle un impulso que la hiciera importante y respetable. Al cabo de muchas vicisitudes, logró por fin Hassan fundar una soberanía en la fortaleza de Alamont, situada en Siria en el pais montañoso de la antigua Parthia, de donde le vino el nombre de el Viejo de la Montaña. Hassan, constituido ya su poder, pensó en organizar por sí á sus secuaces, y para hacer prosélitos seguros les fascinaba con las brillantes delicias de una vida futura, dándoles como muestra de ellas las que habia acumulado en bellos jardines, donde eran introducidos misteriosamente los afiliados en la secta. Con semejantes medios se estableció como dogma entre ellos la mas ciega obediencia, poderoso elemento con el que no habia para Hassan enemigo temible ni entre los mahometanos ni entre los cristianos, puesto que sus súbditos miraban como un deber de conciencia ejecutar sin exámen las órdenes que recibian, ya para suicidarse, ya con mayor razon para quitar la vida al que se les designara. Los historiadores de las cruzadas han pintado vivamente el terror que llegó á infundir esta secta fanática. Entre sus víctimas hubo mas de un príncipe cristiano, y el rey de Francia San Luis, corrió el riesgo de ser una de ellas, puesto que, segun se refiere por varios autores, Arsaces habia recibido dinero para que se quitára la vida á aquel célebre monarca, comision que dió á algunos de sus súbditos.

Los historiadores han dado á estos sectarios el nombre de *asasinos*; pero ¿con relacion á qué hecho, á qué cualidad ó persona de la secta? Esto es lo que trae divididos á los eruditos, quienes han discurrido diferentes etimologías. Algunos pretenden que la palabra *asasino* deriva de la voz árabe *hassas*, en plural *hassassio* que significa hombre alevoso, que tiende asechanzas, ó del verbo *hass*, matar, escuchar en las puertas, hablar bajo como acechando, ó de *asasa*, otro verbo de significacion parecida: tambien hay quienes toman por raiz etimológica la palabra *hachich*, nombre del narcótico con que se adormecia á los sectarios: y últimamente, opinan otros que *asasinos* es tanto como decir prosélitos de *Hassan*. Difícil es decidirse por una ú otra de estas distintas etimologías; con todo, nos aventuramos á escoger como la mas probable la última de las referidas, mucho mas cuando las sectas han tomado generalmente el nombre de sus fundadores ú organizadores. Por lo que acabamos de decir se justifica el aserto de Baldo que menciona Gregorio Lopez en su glosa á las Partidas, á saber: que la palabra asesino no es del arte y que por lo tanto no es estraño que no se vea usada en el derecho civil.

Como los sectarios de Hassan eran un mero instrumento de la voluntad de su gefe, natural era que por el interés religioso se convirtiera contra los cristianos que habian ido á aquellos paises á hacer la guerra á los mahometanos. Por esto la palabra

asasino, que despues el uso ha convertido en la de asesino, se aplicó naturalmente á los infieles que daban muerte á los cristianos con asechanzas y artificios. Esta es la idea primitiva, la idea histórica que representa la palabra asesino. Covarrubias en su Tesoro de la lengua castellana la aplica desde luego de este modo: «El infiel que »disimuladamente y con traicion acomete »á algun cristiano.» Y como es muy verosímil que quienes en ódio á los cristianos no reparaban en perpetrar homicidios por su cuenta, tampoco dejaran de cometerlos por cuenta agena si se les ofrecia un lucro, el vocablo asesino se estendió al que mataba á otro por dinero que le dieran ó prometieran, como espone el autor antes citado, añadiendo que esta significacion no es la genuina y rigorosa. Aun ha tomado despues mas ensanche la aplicacion de aquella palabra, viniendo á comprender en su acepcion lata á toda persona que perpetra un homicidio con ventaja, con artificios, en una palabra, al homicida alevoso. Hé aquí cómo ha cambiado la significacion de la voz asesino; de un sentido restringido y especial que tenia en un principio ha tomado posteriormente otro ámplio y general, y que se halla recibido hoy dia con preferencia á los demas.

Sin duda esta misma latitud ha sido la causa de que, aceptada la palabra *asesinato* en varias de las modernas legislaciones no haya sido entendida en todas con igual precision y de un modo cierto y determinado. Tomemos como ejemplos los códigos penales de Austria y de Francia para convencernos de la exactitud de este aserto. Segun el núm. 1.° del art. 118 del código austriaco, entiéndese por asesinato el homicidio cometido con ayuda de veneno ó por otros medios disimulados. Por un lado se estiende el significado de la palabra comprendiendo en ella el envenenamiento, y por otro se restringe de tal modo que queda escluido de aquella denominacion el homicidio cometido por un hombre pagado al efecto, puesto que se clasifica separadamente en el núm. 3.° del citado artículo. El código francés dice en su art. 296: «El »homicidio cometido con premeditacion é »insidiosamente (*guet-apens*) se califica de »asesinato,» definicion que difiere de la anterior, puesto que no entra en ella el envenamiento de que se ocupa el código francés en otro artículo. Resulta por lo tanto que las legislaciones que han adoptado la palabra asesinato discrepan en cuanto al modo de usarla.

Otras por el contrario no la han incluido en su nomenclatura legal, como son las del Brasil y Dos-Sicilias. En el código brasileño solo se hace mencion de homicidios voluntarios, calificados con arreglo á ciertas circunstancias agravantes, y en ellos se incluyen por este concepto los parricidios, los envenenamientos y los asesinatos especialmente dichos (1), usándose únicamente de calificaciones especiales para el infanticidio y el aborto. Por el contrario, el código napolitano consagra como legales los vocablos de parricidio y envenenamiento, pero no el asesinato, mencionándose en el núm. 7 del art. 352: «el homicidio cometido por man»dato de un tercero gratuitamente ó por »salario.»

Echemos ahora una ojeada á nuestra legislacion. En las compilaciones anteriores á la época de don Alonso el Sábio, nada se dice ni podia decirse del *asesinato*, porque como hemos manifestado al principio de este artículo, la denominacion de asesinos no se conoció en Europa hasta el tiempo de las Cruzadas. Y aun entre los códigos de tiempo de Alonso X, solo puede citarse en el particular la ley 3, del tít. 27 de la sétima Partida. Dícese en ella de los asesinos, que son «una manera que ha de omes desespe»rados é malos que matan á los omes á tray»cion de manera que non se pueden dellos »guardar..... andan vestidos como religio»sos..... como pelegrinos..... como labrado»res; é alvérganse para labrar con los omes, »porque se asseguren con ellos..... son muy »peligrosos mayormente contra los Reyes ó »contra los otros grandes señores, etc.» No

(1) Véase el art. 193.

es esta ley tan clara como fuera de desear, y de ello se lamentan los antiguos espositores de nuestro derecho. Ateniéndose á lo que de su sentido literal resulta, parece que solo designa como asesinos ciertos homicidas de profesion que se valian de medios cautelosos y disimulados, prescindiendo de los que mataban por dinero. Sin embargo, penetrando en la mente de la ley, y hermanando su esplicacion del principio que hemos trascrito casi íntegramente con las palabras de su final: «los assesinos é los otros »omes desesperados que matan los omes por »algo que les den.....» puede deducirse muy fundadamente con Greg. Lop. que se comprendió como asesinos á los que recibian dinero para matar, ya porque no se concibe hubiera unos especuladores tan viles sin una recompensa, ya porque no recibiendo los asesinos agravio alguno de sus víctimas solo podian ser conducidos por el interés. Y aun podria sospecharse, segun el contesto de la ley que se refiriera á los infieles que aspiraban á deshacerse de los cristianos que les hacian la guerra, en cuya hipótesis la significacion dada por las Partidas al asesinato, seria una significacion verdaderamente histórica.

Desde la siete Partidas ha trascurrido largo tiempo, sin esplicarse en las leyes el asesinato, y se ha dejado en desuso esta palabra. Entre las leyes recopiladas hay algunas contenidas en el tít. 21, del lib. 12, de la Novísima que hablan del homicidio ejecutado por asechanzas y con alevosía, no bajo el nombre de asesinato, sino llamándole crímen de traicion ó aleve. En este desuso siguió la denominacion de asesino hasta la segunda época constitucional en que se restableció por el código criminal de 1822. Calificábase en este artículo, 609, de asesinos á los homicidas voluntarios que á la circunstancia de la premeditacion, añadieran las de recibir don, tender asechanzas, emplear alevosía, valerse de veneno, producir esplosion ó fuego, hacer sufrir tormentos á la víctima, ó proponerse el criminal la ejecucion de otro delito. El asesinato, pues, segun este código, tenia una acepcion sumamente lata, y abrazaba multitud de especies de homicidios; casi todos los calificados. En el proyecto de código criminal de 1834, se mencionan el homicidio premeditado, el alevoso y el verificado por mandato de otro, pero á ninguno se califica de asesinato.

Igual omision se advierte en el código penal vigente Creyendo, sin duda, sus autores que no era de utilidad directa multiplicar voces técnicas y hacer un crímen especial de lo que al cabo no es mas que la combinacion de un crímen con ciertas circunstancias agravantes, han adoptado el sistema del código del Brasil, y presentado á la cabeza de los homicidios aquellos en que concurran las siguientes circunstancias: 1.ª alevosía: 2.ª precio ó promesa remuneratoria: 3.ª inundacion, incendio ó veneno: 4.ª premeditacion conocida: 5.ª ensañamiento, aumentando deliberada é inhumanamente el dolor del ofendido (1). Segun el contesto del artículo, no hay actualmente un delito que pueda designarse con el nombre de asesinato, como los hay con el de parricidio, infanticidio, etc. Dar á todas ó á alguna de las clases de homicidios que enumera el artículo, aquella calificacion seria introducir un tecnicismo arbitrario, como desechado espresamente por el legislador. Por esta razon dejamos para el artículo **HOMICIDIO** tratar de lo que tal vez sin esta advertencia alguno creeria que se habia omitido aquí sin bastante fundamento. V. **HOMICIDA**.

ASESOR. Se emplea esta palabra en la acepcion mas general para designar á las personas entendidas que por razon de su oficio aconsejan á los jueces, príncipes, cámaras, corporaciones y aun á los particulares en las materias, asuntos ó cuestiones sobre que los consultan: tambien se aplica algunas veces al adjunto ó acompañado de un juez originario ó principal, cualquiera que sea su categoría, teniendo ambos la mision de conocer y juzgar de consuno. Pero en su sentido propio y estricto

1) Núm. 1, del art. 333

asesor es el letrado que asiste al juez lego con encargo y obligacion de darle su dictámen, de palabra ó por escrito, en lo perteneciente á la administracion de Justicia.

Derívase esta palabra de la latina *adsessor*, que se aplicó en Roma á los jurisconsultos que aconsejaban al magistrado ó al juez en el Foro ó *Comitium*, y los cuales, como estuvieran sentados en bancos al rededor de la silla curul ó del que presidia el acto, se llamaron *adsessores*, palabra compuesta de la preposicion *ad*, y del verbo *sedere*, sentarse. Los mismos jurisconsultos considerados entre sí ó con relacion de unos á otros, se denominaban *consessores*, co-asesores, segun decimos ahora en casos análogos.

Bajo el mismo nombre de *asesores* se conocen en nuestro derecho, conforme en esta parte con las leyes romanas, los letrados que desempeñan el cargo ú obligacion de dar su dictámen ó consejo á los jueces ó tribunales. Una escepcion encontramos, sin embargo, en las leyes de las Partidas, que los titulan simplemente *consejeros*.

Aunque la importancia de estos funcionarios, auxiliares tan directos de la administracion de justicia ha decaido mucho despues de las recientes reformas que esta ha esperimentado, su intervencion no ha desaparecido de los procedimientos judiciales. Bajo de este concepto nos haremos cargo en el presente artículo de las disposiciones y doctrinas legales referentes á ellos, examinando brevemente la índole y el carácter del encargo que desempeñan, la estension de sus atribuciones y la responsabilidad que contraen en el desempeño de ellas.

PARTE LEGISLATIVA.

SUMARIO.

Fuero Juzgo.
Leyes de las Partidas.
Id. de la Novísima Recopilacion.
Disposiciones posteriores.
Leyes de Indias.
Legislacion Estrangera.

FUERO JUZGO.

LEY 2 TÍT. 2, LIB. 2.

El juez, si quisiere tomar consigo algunos (letrados) que vean el pleito con él ó con quienes se aconseje, puédelo hacer. Y si no quisiere, no permita á nadie intervenir en el pleito para favorecer á una de las partes y causar perjuicio á la otra.

LEYES DE LAS PARTIDAS.

LEY 109, TÍT. 18, PART. 3.

Contiene la fórmula para dictar sentencia definitiva, entre cuyas cláusulas se halla la de hacer constar el juez sobre todo que habia tomado consejo de hombres buenos y sabedores del derecho.

LEY 1, TÍT. 21, PART. 3.

Los jueces antes de pedir consejo, examinen las cualidades de las personas que les hayan de aconsejar, y cuiden que sean tales que sepan dárselo bueno, que quieran y puedan hacerlo. Y si por ventura, resolviendo de esta manera, acaeciesen algunos peligros y daños por sus determinaciones, se escusan ante Dios y los hombres, y no tienen responsabilidad.

LEY 2, ID., ID.

Los consejeros sean sabedores de aconsejar por arte ó por uso, hombres entendidos y de buena fama, sin sospecha y sin mala codicia: y los jueces antes de dar sentencia hagan saber á las partes que quieren tomar consejo sobre su pleito, para que manifiesten por escrito los nombres de las personas que han por sospechosas; y de los sabedores que no lo sean, tome uno ó dos, y conjuntamente vean todo el pleito, oigan las razones alegadas por ambas partes; y dado por escrito el dictámea razonado de los consejeros, los jueces deben formar su juicio en aquella manera que el

consejo les fué dado, si entendieren que es bueno, y tambien emplazar á las partes y dictar sentencia.

LEY 3, ID., ID.

Los buenos consejeros deben recibir buen galardon de Dios y de los hombres, en este mundo y en el otro, señaladamente cuando dan buen consejo á los emperadores y reyes que han de mantener la tierra segun fuero y derecho. Y pueden los consejeros en los pleitos que dan consejo, exigir de las partes por razon del trabajo lo que el juez tasare, y no mas; y esto lo recibirán de público y no á escondidas: y si por ventura alguno de los consejeros aconsejare falsamente al juez, debe sufrir la misma pena que este, cuando á sabiendas pronuncia sentencia contra derecho.

NOVISIMA RECOPILACION.

LEY 9, TÍT. 2, LIB. 4.

Peticion 2.ª de las Córtes de Valladolid en 1325.

Ningun oidor pida ni lleve asesorias ni cosa alguna de los pleitos criminales en que fue asesor con los alcaldes de la cárcel.

LEY 3, TIT. 33, LIB. 11.

Córtes de Madrid en 1435.

Prohibe á las justicias ordinarias que tienen salario, y á los otros jueces puestos por los jueces asalariados, y lo mismo si tales justicias fuesen letrados, sin salario ó jueces de residencia por comision real, el que lleven cosa alguna de las partes ni de otros por ellas por razon de asesorias, sino solamente los derechos de arancel, ordenanzas y costumbre antigua de los pueblos, pena de perder el oficio y pagar el cuatro tanto de lo que llevaren.

LEY 5, TÍT. 11, LIB. 5.

Ordenanzas de Medina del Campo en 1489.

Prohibe que en adelante ninguno de los oidores de las audiencias ni alcaldes se encarguen de asesorias en pleitos eclesiásticos, ni se ocupen en cosa alguna de ellos.

LEY 3, TÍT. 4, LIB. 5.

Ordenanzas de Madrid en 1550.

Manda, entre otras cosas, que el regente y jueces de la audiencia de Sevilla no sean asesores en los pleitos que han de oir, bajo las penas contenidas en las leyes.

LEY 9 TÍT. 16, LIB. 11.

Real decreto de 22 de agosto de 1793.

Para establecer una regla general y fija, que corte toda duda y arbitrariedad respecto de la responsabilidad de los jueces no letrados, declara: que los gobernadores, intendentes, corregidores y demas jueces legos á quienes el rey nombre asesor, no sean responsables á las resultas de las providencias y sentencias que dieren con acuerdo y parecer del mismo, el cual únicamente lo deberá ser: que á aquellos no les sea permitido nombrar ni valerse de asesor distinto del que el rey les haya señalado; pero si en algun caso creyeren tener razones para no conformarse con su dictámen, puedan suspender el acuerdo ó sentencia, y consultar á la superioridad con espresion de los fundamentos y remision del espediente; y finalmente, que los alcaldes y jueces ordinarios que determinan asuntos con acuerdo de asesor que ellos mismos nombran, tampoco sean responsables, y sí solo el asesor, no probándose que en el nombramiento ha habido colusion ó fraude.

DISPOSICIONES POSTERIORES.

Reglamento de los juzgados de primera instancia de 1.º de mayo de 1844.

ART. 105.

Hablando de las diligencias judiciales que pueden formar los alcaldes dice «pro-

hibiéndose espresamente el uso de asesores innecesarios y costosos.

ARANCELES JUDICIALES DE 22 DE MAYO DE 1846.

Arts. 296 y 297.

Hablan de los casos en que intervienen letrados asesorando á los alcaldes y dicen «los asesores de los alcaldes, nombrados por estos, percibirán íntegramente los mismos derechos que á los jueces de primera instancia se han señalado segun sus territorios.

CODIGO PENAL.

TIT. 8, CAP. 1 y 13, LIB. 2.

Arts. 275 y 314.

Segun la disposicion de estos artículos son aplicables á los asesores en sus respectivos casos las de los citados capítulos que se refieren á la prevaricacion y cohecho de los jueces. Para no repetir el testo legal de ellas, remitiremos á los lectores al artículo correspondiente y á lo que decimos en la parte doctrinal en punto á la responsabilidad de los asesores.

LEYES DE INDIAS.

LEY 36, TIT. 3, LIB. 3 DE LA RECOP.

Los vireyes que tengan nombrado asesor sin salario, remitan á él todas las causas de que deben conocer, reservando para sí las que fueren de mero gobierno, y no las de jurisdiccion contenciosa: y este asesor no sea oidor por los inconvenientes que puedan resultar; y si se ofreciese algun caso tan estraordinario y urgente que obligue á elejir alguno de la audiencia, no pueda ser juez en grado de apelacion, súplica, recurso ó agravio,

ORDENANZA GENERAL DE INTENDENTES DE INDIAS DE 23 DE SETIEMBRE DE 1803.

Art. 62. El superintendente y todos los intendentes, incluso el de la capital, tendrán asesores letrados, nombrados por mí á consulta de la cámara, que examinará cuidadosamente las circunstancias de los pretendientes.

Art. 63. En las materias y negocios generales de Hacienda y de lo económico de Guerra, que corresponda al superintendente delegado, podrá su asesor ejercer la jurisdiccion contenciosa con apelacion á la junta superior de esta clase; pero sujetándose á la declaracion del art. 31; y ningun asesor ejercerá jurisdiccion ordinaria, civil ni criminal, sino en algun raro caso en que el intendente por sus ocupaciones, enfermedad, ausencia ú otro grave motivo, especialmente se la delegue; lo cual se entenderá siempre con subordinacion á la audiencia.

Art. 63. No obstante la superioridad de los intendentes y lo subordinados que deben estarles los asesores, en cuanto no se oponga á la libertad, justificacion y firmeza con que deben dar sus dictámenes, no podrán ser removidos sin precedente calificacion y conocimiento de justa causa, aprobada por el Consejo de Indias en sala de justicia; pero los podrá suspender del empleo la junta superior contenciosa, cuando la causa que lo motive dimanare de Hacienda y Guerra, ó la audiencia del distrito, si trajere su orígen de la jurisdiccion ordinaria; dándose al rey cuenta con los autos citados las partes: en otros casos, incluso el de recusacion, no serán separados sino acompañados de otro letrado; y los asesores serán solamente responsables en los negocios de derecho que conforme su dictámen resuelvan los intendentes; pero en los gubernativos la responsabilidad es de cada uno en particular, esten ó no conformes.

Art. 67. Los asesores en caso de ausencia ó enfermedad ú otro impedimento de los intendentes, presidirán los ayuntamientos de sus capitales y las funciones públicas á que concurran; dando cuenta despues al intendente, de lo que se hubiese tratado en los cabildos.

REAL ORDEN DE 18 DE SETIEMBRE DE 1799.

Comunica al Consejo de Indias la real

cédula citada de 22 de setiembre de 1793, que es la ley 9, tít. 16, lib. 11 de la Nov. Recop.; mandando que se ejecute inmediatamente en los dominios de Ultramar.

REAL ORDEN DE 2 DE JULIO DE 1800.

Resuelve que atendida la diversidad de circunstancias y la estension de autoridad y facultades de los vireyes, presidentes y gobernadores de aquellos dominios de Indias, los asesores sean responsables por sí solos en todas aquellas causas ó pleitos de derecho que determinen los jueces segun sus dictámenes; pero que en los asuntos gubernativos sea igual la responsabilidad de jueces no letrados y sus asesores.

AUTOS ACORDADOS DE LAS AUDIENCIAS.

Por auto acordado de la audiencia de Puerto-Príncipe en 5 de julio de 1811, se declaró que un asesor particular habia retenido justamente un proceso mientras no se le satisficiesen sus derechos, que el juez de la causa mandaria pagar ejecutivamente.

Por otro de la misma audiencia en 27 de agosto de 1818, se dispuso que se previniera á los juzgados de dicha ciudad evitaran el abuso que se habia notado de asesorar y abogar en una misma causa los hermanos y parientes dentro del grado prohibido por la ley.

Por otro del mismo tribunal, acordado en 26 de mayo de 1836, se mandó (para cortar el abuso de nombrar tercero, cuarto y mas asesores, cuando los primeros estaban discordes), que los jueces ordinarios cuando ocurra que el asesor acompañado disienta del que lo era del proceso, se adhieran precisamente á uno de los dos dictámenes, al que mas justo les pareciere, formando asi sentencia bajo la responsabilidad del asesor que lo consultó, y admitiendo despues las apelaciones que contra ella se interpusieren en tiempo y forma.

Por otro de la misma audiencia dictado en 4 de febrero de 1837 se dispuso, para evitar los inconvenientes del abuso de sólo rubricarse por el juez y asesor las providencias de sustanciacion, que el escribano no autorice ni dé curso, sino á las que contengan por lo menos la media firma, con apercibimiento de multa de cien pesos por cada vez.

Por otro de 5 de abril de 1838 se reiteró el cumplimiento del anterior de 26 de mayo «en el concepto de que los asesores que, admitiendo nombramiento dirijiesen las tituladas discordias, ademas de las condenaciones de las costas de todas las instancias á que diere lugar su injuridica consulta, se les pene con una multa proporcionada y hasta con suspension del ejercicio de la abogacía, si fuere necesario.

Por otro de 8 de mayo de 1838 acordado por el propio tribunal, se mandó que en lo sucesivo las justicias ordinarias de la isla no consientan que los asesores dejen de asistir y autorizar los actos confesorios aun que aleguen ocupacion ú otro pretesto.

Por auto acordado de la audiencia pretorial de la Habana en 24 de febrero de 1840 hablando de las causas criminales se dispone, que los asesores durante la sustanciacion del proceso, solo recibirán los derechos cuando las partes voluntariamente los satisfagan, sin que por no hacerlo puedan retardar el despacho. En los negocios civiles las asesorías se pagarán al contado, en observancia de las disposiciones que rigen en la materia.

Por otro de la misma audiencia de 18 de marzo de 1841, sobre discordias entre asesores, ademas de declararse en su fuerza y vigor el auto primeramente citado de la audiencia de Puerto-Príncipe, se previno: 1.° Que las discordias que ocurran en los juzgados ordinarios de providencias interlocutorias, asi en las causas civiles como en las criminales, se diriman por esta superioridad, remitiendo al efecto los jueces discordantes al escribano á dar cuenta, sin precedente notificacion á las partes, de los pareceres disconformes, respecto á que no constituye formal providencia. 2.° Que cuando la discordia ocurriese acerca de sentencia definitiva, se nombre á uno de

los señores tenientes de gobernador, ó en su defecto á cualquiera otro letrado para que la dirima, á fin de que resultando sentencia pueda venir la causa en apelacion ó en consulta si fuere criminal y no se hubiese apelado de ella.

Por otro del mismo tribunal, dictado en 6 de marzo de 1843, se acordó que en lo sucesivo en los pleitos y causas en que existan dos jueces letrados ó dos asesores, en virtud de alguna recusacion, provea y suscriba el primero el asesor ó juez originario, y en seguida el acompañado, estén ó no conformes en la resolucion ó providencia, esponiendo ó proveyendo en el último caso el acompañado lo que en su concepto corresponda, para que se decida entonces la discordia con arreglo á derecho y á los autos acordados de esta audiencia.

Por otro de la propia audiencia, dictado en 17 de setiembre de 1846 se ordenó, despues de alguna otra disposicion que no es del objeto de este artículo: «Que cuando los alcaldes creyesen tener razon para negar su conformidad á lo que el asesor les consulte, puedan suspender el acuerdo ó sentencia, y consultar á dicha superioridad con espresion de los fundamentos y remision de espediente: Que en el caso de que sea alguna vez elegido alcalde ordinario algun abogado, tenga precision, sin embargo, de valerse del dictámen de su asesor como los jueces legos.

REAL DECRETO DE 23 DE SETIEMBRE DE 1845.

ART. 5, TIT. 1.

Los tenientes de gobernadores (de las provincias de Asia), ejercerán privativamente la jurisdiccion ordinaria en primera instancia en sus provincias, y serán asesores natos de los respectivos gobernadores ó alcaldes mayores (nombrados por el ministerio de la Guerra) en las materias de la especial atribucion de estos.

ART. 42, TIT. 2.

Los tenientes de gobernadores no percibirán derechos algunos por el concepto de asesores de los gobernadores respectivos.

ART. 73, TIT. 4.

El gobernador, presidente de la audiencia, formulará su voto oyendo al asesor del superior gobierno de Filipinas, en el espediente que segun el art. 72 debe remitir al ministerio de Gracia y Justicia.

REAL DECRETO DE 24 DE JULIO DE 1845.

ART. 1.

Los tres asesores-tenientes de gobernador que actualmente residen en la Habana; los de los gobiernos de Santiago de Cuba, Matanzas, Fernandina de Jagua y los que yo tuviere á bien nombrar para el de Trinidad y demas de su clase que se crearen, tomarán en lo sucesivo el título de alcaldes mayores.

ART. 6.

Para el ejercicio de la jurisdiccion ordinaria de los gobernadores políticos y militares, de los tenientes gobernadores y de los alcaldes en los pueblos donde no haya alcalde mayor letrado, se nombrarán asesores titulares letrados, cuyo cargo durará tres años.

ART. 7.

Su nombramiento lo hará el capitan general de la isla de Cuba, á propuesta en terna del real acuerdo de la audiencia respectiva.

ART. 9.

Para obtener asesoría titular se requiere, ademas de lo que previenen las leyes de Indias, haber ejercido la abogacía en los tribunales del reino por tres años cuando menos, ó desempeñado por dos los cargos de agente ó abogado fiscal, de relator, catedrático en propiedad, ó algun otro de justicia ó del ministerio del ramo.

ART. 10.

Prohibe á los asesores titulares motivar los autos y sentencias judiciales, al tenor de lo prescrito en la ley recopilada.

ART. 11.

Los alcaldes mayores no percibirán ninguna clase de derechos ó emolumentos como asesores de los gobernadores.

ART. 12.

Los asesores titulares no gozarán sueldo sino solamente los derechos de arancel.

REAL ORDEN DE 6 DE ABRIL DE 1846.

Conformándose S. M. con el dictámen de la sala de Indias del tribunal Supremo de Justicia, se ha dignado aprobar la providencia dictada por la audiencia de Puerto-Príncipe, prohibiendo ejercer las funciones de asesor á los abogados menores de 25 años, cuya determinacion arreglada á la real cédula de 27 de enero de 1833 que se hizo estensiva á los dominios de Indias, se circule á las audiencias de Ultramar para su puntual observancia.

REAL CEDULA DE 10 DE ENERO DE 1851.

Art. 1.° Cesarán en el desempeño de la jurisdiccion ordinaria las gobernadores políticos militares, los tenientes gobernadores y los alcaldes de primera y segunda eleccion de los pueblos en que hubiere alcaldes mayores ó asesores titulares.

Art. 2.° Los alcaldes mayores y asesores titulares ejercerán privativamente la jurisdiccion ordinaria de primera instancia en sus distritos, y serán asesores natos de los funcionarios de que habla el artículo anterior en los asuntos de la especial atribucion de estos.

Art. 5.° Ninguna asesoría titular será provista en propiedad en adelante, sino á propuesta del ministerio de Gracia y Justicia, y en persona que tenga la cualidad de letrado, y que á lo menos por espacio de dos años haya ejercido la abogacia, ó servido empleos, para cuyo desempeño se requiera aquella cualidad.

Art. 6.° Se dividirán las asesorías titulares en dos clases, á saber: de entrada y de término, comprendiéndose en la primera las de los pueblos y distritos en que no exista ayuntamiento, y en la segunda ó de término las de los pueblos en que existen alcaldes ordinarios elegidos por los ayuntamientos con arreglo á las disposiciones legales vigentes en Indias.

Art. 7.° Los asesores titulares solo gozarán por ahora los derechos que con sujecion á arancel devengaren en los negocios de que conozcan en uso de su jurisdiccion ordinaria, ó por el concepto de asesores.

Art. 9.° Los asesores titulares de entrada servirán sus plazas por espacio de tres años, y cumplidos estos optarán á asesorías titulares de término.

Art. 10. Los asesores titulares de término servirán plazas de tales por espacio de tres años, cumplidos los cuales optarán á alcaldías mayores de Ultramar, ó juzgados de primera instancia de la Península.

Art. 12. Tampoco podrá nadie servir las asesorías titulares por mayor periodo que el de diez años.

Art. 14. Si la vacante fuere de alcaldía mayor, el gobernador, oido el voto consultivo de la real audiencia del distrito, me elevará para la provision con carta de aviso, propuesta en terna de alcaldes mayores y asesores titulares que con arreglo á lo dispuesto en este decreto tengan opcion á dicha vacante.

Art. 15. Cuando ya respecto de las personas, ya respecto del lugar que ocupan en la terna, difiera esta del voto consultivo del real acuerdo, el gobernador me espondrá en la propuesta las razones de su disentimiento, acompañando siempre á ella un traslado de dicho voto.

Art. 17. El gobernador no hará propuesta al avisar al ministro de Gracia y Justicia

las vacantes de las asesorías titulares por cualquier motivo que estas se causen.

Art. 18. Las vacantes á que se refiere el artículo anterior se proveerán sin mas propuesta que la del ministro de Gracia y Justicia, con estricta sujecion á lo prescrito en el art. 5.°

Art. 22. Para la remocion gubernativa de los alcaldes mayores y asesores titulares que yo tuviese por conveniente decretar, ha de preceder necesariamente propuesta del gobernador ó del acuerdo de la audiencia respectiva. Cuando el gobernador me propusiere la remocion, oirá el voto consultivo del acuerdo, y acompañará á su propuesta un traslado de dicho voto. Cuando propusiere la remocion el acuerdo, me elevará la propuesta, esponiéndome su dictámen acerca de ella.

LEGISLACION ESTRANGERA.

Sin penetrar en el oscuro laberinto de las legislaciones antiguas, podemos sentar desde luego como un hecho indudable, que en los primitivos tiempos de Roma se conoció la intervencion de los asesores en los negocios jurídicos; pero á la manera que la organizacion judicial y el sistema de procedimientos sufrieron modificaciones y variaciones esenciales, así tambien cambió la clase de autoridades á quienes asistian aquellos con sus consejos, y la importancia é influencia de estos. En el *sistema de las acciones de ley*, que dominó esclusivamente hasta la ley *Æbutia*, y que fue la época característica del derecho quiritario, se estableció la famosa distincion entre el *jus* y el *judicium*, entre el magistrado y el juez. En esta época, para cada jurisdiccion habia solo un magistrado, y en cada negocio por regla general un juez; si bien podian uno y otro hacerse acompañar y asistir de asesores, que eran siempre jurisconsultos, de quienes tomaban consejo, aunque únicamente como medio de ilustrarse en los asuntos litigiosos. Semejante práctica se hacia necesaria, tanto en los magistrados que, sin ser jurisconsultos, estaban encargados de declarar el derecho, como en los jueces que, poco conocedores del mismo, habian de examinar la contestacion y debates entre las partes terminándolos con su sentencia. Todos los magistrados que durante este periodo hubo en Roma, tuvieron la útil costumbre de auxiliarse en sus deliberaciones de los consejos de personas consagradas al estudio del derecho, aunque sin obligacion de seguir su dictámen. Esto ocasionaba á veces poco cuidado en la eleccion ó designacion de los jurisconsultos que habian de desempeñar un cargo de tanta importancia; y era causa tambien de que fuesen nombrados para dicho oficio abogados jóvenes, quienes adquirian de esta manera la práctica de los negocios.

Al sistema anterior sucedió el *de las fórmulas* ó *procedimiento ordinario*, dominando hasta el reinado de Diocleciano. Durante este periodo, obra incesante del derecho pretoriano y de la jurisprudencia filosófica, se conservó todavia la costumbre de hacerse acompañar de asesores, ó sea de jurisconsultos, cuyas luces pudiesen resolver las dificultades que ocurrian en el *jus* ó el *judicium*; habiendo llegado á tomar una grande estension y estraordinario incremento, cuando durante este sistema el derecho vino á ser una ciencia. De aquí resultaba que, si los magistrados no eran muy instruidos en las leyes, los asesores debian tener una grande influencia; y nada estraño parece que el emperador mismo se colocara á veces en asuntos graves entre los asesores del magistrado.

Triunfó, entrado ya este periodo, el gobierno imperial, con el que apareció en Roma por primera vez una administracion regular y sistemática. Augusto hizo que se le nombrase un consejo político y gubernativo; estableció una oficina central superior para el despacho de los negocios corrientes que se elevasen á su conocimiento; y en el desempeño de las funciones judiciales tomó asesores, cuyo cargo era anual, elegidos entre los mas célebres jurisconsultos, los cuales instruian las causas, ilustraban con sus dictámenes al príncipe antes de la senten-

cia, y aun muchas veces juzgaban en su nombre. La introduccion de esta práctica debe notarse tanto mas cuanto que nos manifiesta que de las sentencias dadas por los tribunales asesorados y esparcidos por todo el imperio romano, acudian los litigantes al emperador por vía de queja, agravio ó apelacion, á fin de que mejor aconsejado que los jueces inferiores de las provincias, fallase en última instancia, sin conceder ulterior recurso; con cuyo motivo los jurisconsultos asesores que eran en verdad los administradores de la justicia, adquirieron gran preponderancia en la opinion pública. Contribuyó no poco á tan favorable resultado la disposicion adoptada por Augusto, el cual ordenó que los jueces se asesorasen necesariamente con letrados, y que no pudieran separarse de sus dictámenes en las sentencias: privilegio ciertamente notable y honorífico que alteraba sustancialmente la organizacion judicial; mucho mas con la prohibicion que les impuso de ejercer la abogacía como no fuera con espresa licencia del mismo emperador. Así continuaron los asesores hasta el reinado de Adriano, en que se creó el consejo judicial permanente llamado *auditorium*: en él *instruian* y *preparaban* los jurisconsultos los negocios que habian de llevarse al tribunal del emperador, á quien aconsejaban y á veces reemplazaban, dictando los fallos y sentencias, respondiendo además en su nombre á cuanto era concerniente á la administracion de justicia; como apelaciones, cuestiones de competencia y puntos dudosos de derecho.

Bajo el *procedimiento estraordinario*, los cuatro prefectos con sus asesores entendian de las apelaciones que anteriormente iban al príncipe; y aunque se establecieron jurisdicciones especiales, el oficio de los asesores no llegó nunca á decaer. Por el contrario, el emperador mismo creó, despues de conservar el consejo de jurisconsultos, una especie de asesoria especial que desempeñaba el cuestor, presidente á la vez de dicho consejo, llamado por antonomasia el asesor del príncipe.

Nada estraño es, pues, que Justiniano se ocupase en publicar leyes sobre los asesores, y acerca de su oficio y atribuciones dictase la ley 1, tít. 22, lib. 1 del Dig., segun la cual, su intervencion se ejercia: *in cognitionibus, postulationibus, libellis, edictis, decretis, epistolis*. Tambien tratan de la misma materia las leyes 2 y 6 del citado título del Dig., y las 2, 9, 12, 13 y 14, tít. 51, libro 1 del Cód., las cuales contienen varias prohibiciones respecto de las personas de los consejeros y manera de asesorar, mereciendo entre otras particular mencion la que prohibia ser abogado y asesor en un mismo negocio, ó asesor de dos magistrados: en cambio permitian á todos los jueces acompañarse de dos, tres ó mas asesores, é imponer penas al jurisconsulto que asesorase en su provincia por mas de cuatro meses.

Entre los pueblos de orígen germánico se conocieron tambien los asesores, y no queda duda de que al tiempo de ser invadido el imperio de Occidente los magistrados de los Visigodos y Ostrogodos se acompañaban de consejeros para resolver y fallar con acierto las causas ó negocios que se llevaban á su tribunal. El trascurso del tiempo reformó sin duda esta práctica entre los modernos alemanes, aunque no en términos que llegase á un completo olvido; así hemos visto casi en nuestros dias la asistencia de asesores en la cámara imperial de Alemania, donde los habia ordinarios y estraordinarios. El número de estos últimos era indeterminado, y aconsejaban solamente en asuntos especiales: los primeros formaban corporacion de cuarenta y un individuos que obraban en calidad de consejeros de la cámara.

En Dinamarca y Noruega se resiente aun la legislacion del orígen casi esclusivamente germánico de ambos paises, y todavía hallamos subsistente la institucion de los asesores, aunque solo en los tribunales de segunda instancia y en el supremo. En los primeros, denominados *superiores* (Over-Ret), y establecidos en las capitales de los obispados ó provincias, se instruyen y fallan los procesos por un presidente y varios

asesores. El tribunal supremo (Hoeiste-Ret) ó de última instancia tiene la misma organizacion que los superiores, esto es, consta de un presidente lego y de muchos asesores, que conocen y determinan los negocios de su jurisdiccion en último recurso.

Los tribunales de segunda instancia y el supremo de Dinamarca establecido en Copenhague se componen del mismo número de personas que los de Noruega, á saber, de un presidente y asesores, cuyas atribuciones y conocimiento se estienden á los mismos negocios que se han espresado anteriormente.

Entre los antiguos sajones, los grandes oficiales y dignatarios de la corona que componian el tribunal supremo ó del rey, *Aula Regis* ó *Aula Regia*, se acompañaban de personas instruidas en la ciencia y prácticas del derecho, las cuales se decian *justicieros*, porque propiamente administraban la justicia, toda vez que se atendia sobre manera á su acuerdo y parecer.

En Francia se suprimieron los asesores al principio de su famosa revolucion; pero fueron restablecidos muy luego por la ley de 24 de de agosto 1790, que instituyó en cada canton un juez de paz con dos asesores. Poco despues la ley de 29 ventoso, año IX, suprimió estos dos adjuntos, sin que desde entonces haya existido ningun oficio de asesor en los tribunales.

Tambien escluye los asesores el sistema de procedimientos de los Estados-Unidos de América; y no se conocen tampoco semejantes consejeros en la organizacion judicial de Inglaterra, las Dos-Sicilias y otras naciones, cuyos códigos hemos examinado con bastante detenimiento.

PARTE DOCTRINAL.

SUMARIO.

SEC. I. INTRODUCCION HISTÓRICA.

SEC. II. DE LOS ASESORES EN GENERAL Y DE SUS DIFERENTES ESPECIES.

SEC. III. DE LAS PERSONAS AUTORIZADAS PARA DESEMPEÑAR EL GARGO DE ASESORES.

SEC. IV. DERECHOS Y DEBERES DE LOS ASESORES.

SEC. V. CASOS EN QUE CESA EL CONOCIMIENTO DE LOS ASESORES.

SEC. VI. RESPONSABILIDAD DE LOS ASESORES Y PENAS EN QUE INCURREN.

SEC. VII. ASESORES EN INDIAS.

§. 1.° *Asesores de gobierno*

§. 2.° *Asesores titulares letrados.*

§. 3.° *Asesores de Hacienda.*

§. 4.° *Asesores del Bureo.*

SECCION I.

INTRODUCCION HISTÓRICA.

Al examinar la historia de la dominacion romana entre nosotros y muy principalmente la organizacion judicial que aquel pueblo vencedor estableció entre las naciones conquistadas, no puede quedar ningun género de duda acerca de que la institucion de los asesores se remonta en España á los mas antiguos tiempos. En efecto, desde que en nuestro pais se decidió la suerte de Cartago y quedó asentado el poderío omnipotente de Roma, vemos á los *Propretores* administrando justicia á la manera que se practicaba en la capital de la república: y aunque no sea fácil designar con precision y exactitud los casos en que el magistrado y el juez, como no conocedores del derecho, pedian consejo á los letrados, se comprenderá sin esfuerzo alguno, atendiendo á los sistemas de procedimientos enunciados al hablar de la legislacion estrangera, que se acompañaban de asesores siempre que tenian que examinar las contestaciones suscitadas entre partes y declarar el derecho disputado por ellas.

Fijóse mas esta jurisprudencia señalándose reglas permanentes en la época de los *conventos jurídicos*, los cuales eran, como es sabido, las reuniones que en ciertos dias del año celebraban los presidentes de las provincias, asistidos de algunos consejeros ó asesores para juzgar los pleitos y ordenar la administracion civil.

La invasion de los godos causó grandes

alteraciones en el procedimiento judicial, observándose entre ellas y á primera vista la política sábia y conciliadora de Teodorico, aplicada á la administracion de justicia. Entre las reglas que prescribió es notable ciertamente la instruccion que se daba á los condes de las provincias, en la cual se distingue por un lado el carácter de esa misma política y la práctica corriente de valerse de asesores para asegurar el acierto en los fallos judiciales: «Si hubiere pleito, dijo, »entre godo y romano, se asesorará el juez »con un jurisconsulto romano para su de»cision.»

Háse disputado despues con bastante empeño por una y otra parte si el asesorarse los magistrados godos y acordar segun el dictámen de sus consejeros eran actos necesarios ó voluntarios; y á pesar de la oscuridad que suelen ofrecer estas cuestiones, no deslindadas por lo comun con la exactitud conveniente, la historia nos suministra bastantes datos para venir en conocimiento de la verdad. En cuanto al rey, primer magistrado y juez supremo, no puede caber duda, toda vez que el Concilio toledano IV decretó que se acompañase para juzgar de hombres entendidos (1). La fórmula con que se espedian los títulos de condes de las provincias, referida por Casiodoro, manifiesta que estas autoridades judiciales debian, cuando menos en ciertos casos, asesorarse de jurisconsultos (2). Y respecto de los jueces inferiores la ley del Fuero Juzgo (3) persuade que dependia de su voluntad y arbitrio el nombramiento de asesor, estendiéndose esta misma libertad hasta el punto de poder conformarse ó no con su dictámen.

En la epoca de la reconquista, no solo estaban autorizados los jueces inferiores para elegirse asesor ó consejeros, como dicen las leyes de Partida, sino para separarse de sus votos, si entendieren que el consejo no era bueno. Esta última facultad tenian tambien los adelantados mayores que constituian el tribunal de alzada; si bien carecian de la libertad para el nombramiento de consejeros, que correspondia al rey (1). En fin, el mismo monarca se aconsejaba de jurisconsultos cuando por via de súplica acudian los litigantes á su jurisdiccion suprema, y fallaba segun fuero y derecho.

Durante este período tuvo orígen el reino de Navarra, cuyos monarcas primitivos, acompañados de los ancianos á manera de asesores, conocian en todas las instancias de los pleitos civiles y de las causas criminales. Denominábase *Cort* ó *Corte* á toda reunion que decretaba el rey para aconsejarse en lo judicial. Casi del mismo modo sentenciaba los pleitos el gran justicia de Aragon.

A la propia época debe referirse la creacion de un asesor general del señorío de Vizcaya, que no obstante las vicisitudes sufridas, se conserva actualmente con el título de *consultor*: y á la misma tambien se refiere la asistencia de dos asesores á las juntas de Guipúzcoa, que observamos aun en nuestros dias.

La intervencion de los asesores adquirió mayor desarrollo cuando, regularizada la creacion de los alcaldes ordinarios, empezaron estos á ejercer en todo su ensanche las atribuciones propias de la autoridad judicial. Cada alcalde, que era entonces un juez sin límites en el desempeño de la jurisdiccion comun, tenia un asesor, con auxilio del cual dirigia el curso y la tramitacion de los negocios pendientes en su juzgado. Puede decirse con toda propiedad que la jurisdiccion ordinaria se ejercia por estos letrados investidos del carácter de asesores de los alcaldes ordinarios.

Pero esa misma intervencion tuvo mayor incremento todavía cuando empezaron á crearse las jurisdicciones especiales y privilegiadas á cargo de jueces legos; jueces que necesariamente habian de pedir consejo á letrados de su confianza para el fallo y determinacion de los asuntos sometidos á su autoridad, cuando no estuviesen nombrados de

(1) Canon 75.
(2) Casiodorus. *Variar.*, lib. 7. num. 3.
(3) Ley 2, tit. 2, lib. 2.

(1) Ley 22, tit. 9, Part. 2.

antemano para este objeto, como sucedia en la mayor parte ó en casi todas esas jurisdicciones especiales, y aun en otras varias dependencias del Estado; conservándose unas veces bajo el nombre de consultores y otras con el de asesores, tanto para los asuntos gubernativos, como para los judiciales.

Ese estado de cosas, que subsistió sin alteracion notable hasta nuestros dias, empezó á modificarse á medida de que las reformas judiciales se iban planteando y desarrollando paulatinamente. Ya en época anterior el aumento de los jueces letrados, debido al buen sistema que en este punto observaba el Consejo de Castilla, disminuyó, como era consiguiente, el número de los asesores, facilitando la unidad de accion y la espedita marcha en la administracion de justicia. Pero establecidos posteriormente los juzgados de primera instancia, practicada la division territorial y publicado el reglamento provisional para la administracion de aquella, la intervencion de los asesores quedó limitada á los poquísimos casos que se indicarán en la seccion siguiente, al menos en los negocios de la jurisdiccion comun.

En el órden de las jurisdicciones especiales, como la Constitucion del año 12, restablecida en 1836, abolió muchas de ellas en que tenian forzosa intervencion los asesores, y como las reformas administrativas adoptadas despues de aquella época hacen escusado el conocimiento de ellas en muchos ramos, tambien ha decaido en gran manera el uso de los asesores, estando limitada su intervencion á las jurisdicciones especiales que desempeñan aun jueces legos, como por ejemplo, los militares, subdelegados de rentas y algunos otros de que se hablará en artículos separados.

SECCION II.

DE LOS ASESORES EN GENERAL Y DE SUS DIFERENTES ESPECIES.

Lo espuesto en la seccion anterior revela con toda claridad el orígen de los asesores, las causas que dieron lugar á su intervencion en los negocios judiciales y el carácter legítimo y verdadero de sus funciones. Allí donde habia un juez lego encargado de la alta mision de administrar justicia, y allí donde tratándose de este difícil y delicado encargo era indispensable el consejo ó la opinion de una persona conocedora del derecho, debia existir necesariamente y existia el asesor encargado de dirigir los debates judiciales y de proponer á su tiempo la resolucion mas conforme á los principios y á las doctrinas legales.

Tenian, pues, los asesores una participacion grande y directa en la administracion de justicia, y aun en los casos indicados su intervencion era tan esencial é imprescindible como la de los jueces, sin que por eso pudiera confundirse su legítimo y genuino carácter con el de estos funcionarios, cuya índole era muy diversa. Los jueces ejercian y ejercen una jurisdiccion propia, inherente á su persona y trasmitida á ellos de un modo directo por la autoridad pública; al paso que en los asesores no reside esta jurisdiccion, y solamente se encargan de asistir con su consejo y dictámen á los primeros, de suplir su impericia y de integrar, digámoslo así, su persona y autoridad.

Nace de aquí una consecuencia muy obvia, pero atendible para fijar la importancia que pueden tener los funcionarios á que nos referimos; y es que la intervencion de ellos en los negocios judiciales, no siendo aplicable á una organizacion judicial bien entendida donde los encargados de administrar justicia tengan en sí mismos los conocimientos, la ciencia y los elementos todos necesarios para llenar su mision, solamente puede admitirse como un recurso de necesidad para suplir la falta de estas condiciones. Por eso hemos visto ya que á medida de que las reformas judiciales mejoraron entre nosotros, la organizacion judicial y con ella la administracion de justicia, decaian la importancia y el número de los asesores y que este fue funesto y escesivo cuando esa organizacion se hallaba en el estado

de atraso é irregularidad que hemos tambien indicado.

No por eso puede negarse, cualquiera que sea la conveniencia de admitir ó no el uso de asesores, la importancia que sus funciones llevan consigo, dada su intervencion y su existencia. Como consejeros entonces de los jueces, tienen la parte directa que desde luego se comprende en la administracion de justicia, y esta sola consideracion que recomienda y eleva su carácter exige en ellos ciertas condiciones y les impone deberes que esplicaremos mas adelante.

Las consideraciones espuestas hasta aquí se refieren principalmente á los asesores que aconsejan á los jueces legos por encargo y nombramiento de ellos mismos, no á los que nombra el rey para asesorar á ciertas autoridades encargadas de jurisdicciones especiales. La índole de unos y otros funcionarios es muy diversa, y tanto que siempre se han considerado distintos entre si, dando lugar á una division muy conocida que designa á cada una de dichas clases con diferente nombre, á saber, el de asesores voluntarios y necesarios.

Llámanse necesarios aquellos que nombra el rey, porque en semejante caso no es permitido á los jueces valerse de otro asesor distinto, como sucede, por ejemplo, con el asesor general de artillería, de las subdelegaciones de rentas, etc. La intervencion de estos funcionarios es en tal caso indeclinable para el juez, y por consiguiente necesaria; y se dá la denominacion de voluntarios á aquellos que elige el juez lego á su voluntad y arbitrio para que le asistan con su dictámen en los asuntos contenciosos que penden de su jurisdiccion. Tales eran, y son todavia, los asesores de los alcaldes, porque designados por estos su intervencion es voluntaria relativamente á ellos mismos. De forma, que la denominacion de necesarios y voluntarios no se toma de los asesores ni á ellos hace referencia, sino de los jueces segun que estos los designan por su voluntad y arbitrio como se ha dicho, ó se les impone su nombramiento y designacion por la autoridad competente.

Suelen distinguirse tambien los asesores por razon de la jurisdiccion en que intervienen: así llamamos asesores de la jurisdiccion comun á los que asisten á los alcaldes que la desempeñan, y asesores de jurisdicciones especiales á los que intervienen en el órden y en los procedimientos de ellas. Estos suelen tomar la denominacion de la misma jurisdiccion especial en que aconsejan: así se dice *asesor de hacienda*, *asesor de guerra*, etc. De ellos tratamos en sus respectivos artículos como ya lo hemos anunciado.

Entre estos mismos asesores que intervienen en el órden de las jurisdicciones especiales, se conocen unos con el nombre de ordinarios y otros con el de estraordinarios, distincion que aun cuando no la establece el derecho, se halla, sin embargo, generalmente admitida. Llámanse asesores ordinarios los que se nombran para asistir á los jueces, á quienes nos referimos en la generalidad de los casos, ó por mejor decir, en todos ellos, á no ser que una particular circunstancia haga incompatible su intervencion. Llámanse estraordinarios los que se designan para casos especiales y en asunto determinado, cuando los ordinarios por cualquier motivo legítimo no pueden desempeñar su encargo. La jurisdiccion de los primeros como desde luego se infiere, se estiende á todos los casos y negocios que se comprenden en la esfera de aquella jurisdiccion, mientras la de los segundos se limita al asunto ó asuntos que han sido objeto del nombramiento.

El nombramiento de asesor en el órden de la jurisdiccion comun, se hacia generalmente, y aun se hace, en algun abogado del mismo pueblo, lo cual siendo posible es mas conveniente, ó por lo menos en alguno del partido judicial. Antiguamente podian hacer dicho nombramiento hasta los ayuntamientos en los casos en que constituidos en juzgados decidian y fallaban algunos negocios de corta entidad. Hoy le hacen, como ya hemos indicado, los jueces legos, y tan limitadamente, que segun la disposicion que hemos citado en la parte

legislativa, los alcaldes no deben valerse de asesores como práctica innecesaria y costosa aun en los casos en que con arreglo al reglamento provisional para la administracion de justicia les corresponde formar ciertas diligencias judiciales. Podrán, pues, valerse de asesores cuando desempeñen los juzgados de primera instancia con arreglo á la ley, y hayan de dirigir los procedimientos y fallar los asuntos contenciosos como tales jueces de primera instancia.

SECCION III.

DE LAS PERSONAS AUTORIZADAS PARA DESEMPEÑAR EL CARGO DE ASESORES.

No es nuestro ánimo formar un largo catálogo de las personas que pueden desempeñar legítimamente esta atribucion, porque ni las leyes se ocupan de los asesores en este sentido, ni existen disposiciones determinadas que marquen las personas á quienes esté prohibido hacerlo. Las leyes de Partida se limitaron á exigir en esta clase de funcionarios ciertas condiciones generales, dirigidas, mas que á establecer prohibiciones espresas, á garantir el acierto y la rectitud de sus operaciones. La ley 2, tít. 21 de la Partida 3, exigia que los consejeros fueren sabidores de los aconsejar por arte ó por uso, y añadia que «deven ser homes entendidos é de buena fama é sin sospecha é sin mala cobdicia.» La jurisprudencia, sin embargo, y la práctica de acuerdo con lo que la razon aconseja, han establecido en este particular algunas reglas que suplen la falta de aquellas disposiciones.

Propiamente hablando, los asesores, al ejercer las funciones peculiares de su encargo en los negocios en que intervienen como tales, á su calidad de abogados, añaden hasta cierto punto el carácter judicial.

Necesitan por consiguiente la aptitud, la ciencia y capacidad que se reconoce siempre en los que han obtenido aquel título, y ademas las condiciones que son propias en los que han de administrar ó administran justicia. Todas las personas, pues, que pueden ejercer la profesion de abogado, y que tienen la capacidad legal para ser jueces, podrán tambien desempeñar el cargo de asesores.

Todas las que tienen alguna prohibicion para ejercerla, ó que por algun motivo legal no pueden ser jueces no podrán tampoco desempeñar el cargo de asesores.

El deseo de evitar inútiles repeticiones en nuestra obra, no nos permite reproducir lo que en cuanto al ejercicio de la abogacía decimos en el artículo correspondiente.

Tampoco repetiremos lo que en punto á la aptitud para ser jueces esponemos en su lugar oportuno. Bastará fijar y tener presente la regla ya mencionada, é indicar algunas particularidades que ofrece esta materia.

Una de ellas es relativa á la edad, que como es sabido basta la de 17 años para ejercer la abogacía, y sin embargo, no es suficiente en nuestra concepto para desempeñar el cargo de asesor. No hay por cierto disposicion alguna que establezca espresamente esta diferencia, y que determine mayor edad para este último cargo que para la abogacía. Sin embargo, son tan atendibles los fundamentos que apoyan nuestra opinion, que la creemos de todo punto segura. En primer lugar ya hemos dicho que el asesor debe reunir las condiciones peculiares de los jueces, lo cual se funda, como tambien hemos indicado, en que los asesores al ejercer las funciones de este cargo, no desempeñan un acto propio de la profesion de abogado, sino de índole judicial. Una cosa es defender un pleito que el litigante pone bajo la direccion de un letrado que merece su confianza, y otra cosa muy distinta venir á conocer por la designacion de un juez lego de la contestacion judicial suscitada entre personas estrañas completamente, decidiendo y fallando como juez de los derechos encontrados que en ella se sostienen. Bastará para el desempeño de aquel encar-

go, cuya base son la confianza recíproca entre el abogado y su cliente, y la persuasion íntima que este tiene de la aptitud y capacidad del primero la edad de los 17 años; pero no por eso será suficiente para asegurar el acierto en los actos judiciales en que para nada entran la confianza y la persuasion de los litigantes respecto de la aptitud y capacidad del asesor.

Así es, que en la real cédula de 1833 al restablecerse la ley de Partida á que alude no se hizo, ni se pensó hacer, otra cosa mas que autorizar á los mayores de 17 años para ejercer la abogacía, fundándose precisamente en que esta profesion no es un cargo ni empleo, sino una recíproca y voluntaria confianza entre el patrono y sus clientes; razon que no concurre en los letrados que vienen á conocer y fallar como jueces asuntos pertenecientes á personas estrañas, ejecutando un acto propio, segun se ha dicho de la autoridad judicial.

En la real órden inserta en la parte legislativa y referente á los dominios de América hallamos la confirmacion de esta doctrina; pues habiéndose dudado si los menores de 25 años podrian desempeñar el cargo de asesores, y consultando el gobierno al tribunal Supremo de Justicia, resolvió de acuerdo con lo que este respetable cuerpo propuso, que no pudieran hacerlo, fundándose principalmente en lo dispuesto por la real cédula mencionada, que se habia hecho estensiva á los dominios de Indias.

Otra diferencia que notamos en este particular es relativa al ejercicio de la abogacía. El cargo de juez es absolutamente incompatible con ella, al paso que el de asesor no lo es de la misma manera.

Los asesores voluntarios que se nombran para casos y negocios dados, evidente es que tienen prohibicion de abogar en esos mismos asuntos; pero pueden hacerlo en todos los demas que pendan en los mismos juzgados, porque ninguna razon legal les obsta para ello. Respecto de los asesores necesarios que nombra el juez para conocer é intervenir en las jurisdicciones especiales claro es tambien que tendrán prohibicion de abogar en todos los negocios pendientes en dicha jurisdiccion, mas no la tendrán de hacerlo en todos los demas tribunales.

Fuera de las particularidades espuestas, solo encontramos en nuestra legislacion como dignas de mencionarse dos disposiciones referentes a la prohibicion de ejercer el cargo de asesores. La primera se refiere á los oidores de las audiencias y alcaldes, mandando que no se encarguen de asesorías en pleitos eclesiásticos, ni se ocupen en cosa alguna relativa á ellos, y la segunda, aunque limitada al regente y oidores de la audiencia de Sevilla, les prohibe que sean asesores en los pleitos que hubieran de oir bajo las penas contenidas en las leyes.

SECCION IV.

DEBERES Y DERECHOS DE LOS ASESORES.

Aunque no fuera tan grave como es por la trascendencia de sus resultados el cargo de los asesores, llevaria siempre consigo la obligacion inescusable de llenar ciertos deberes, porque no puede abandonarse al arbitrio y á la voluntad esclusiva de los mismos el ejercicio de tan importantes funciones. Vamos, pues, á dar una ligera idea de estos deberes, así como de los derechos que ellos presuponen tomando el hilo de estas indicaciones desde el momento en que se verifica el nombramiento de aquellos funcionarios.

Consignado el nombramiento de un asesor, ya sea para pronunciar sentencia definitiva, ya para dictar cualquier auto interlocutorio, ó de mera tramitacion, debe el juez mandar en la misma providencia ó en otra posterior que se notifique á los litigantes interesados en el negocio, y á cuyos derechos puede afectar la designacion de asesor en gran manera. El objeto de esta diligencia judicial, que no puede omitirse sin viciar las actuaciones, se dirige á que si las partes tienen por sospechoso al nombrado, puedan ejercitar el remedio legal de la recusacion; remedio espedito y franco de que no puede privárseles, porque

á nadie puede imponérsele un juez sospechoso contra su voluntad.

El sistema que observamos constantemente en esta obra de reconcentrar las doctrinas referentes á una sola materia, nos obliga á dejar para el artículo RECUSACION la de los asesores, bastando consignar en el presente el principio y facultad que tienen los litigantes de recusar á los asesores que les inspiren alguna desconfianza, y que el fin de la mencionada notificacion no es otro que facilitar el ejercicio de semejante derecho.

Hecha aquella notificacion, si las partes no hubieran recusado al asesor en el término de tres dias, se le hace saber á él mismo su nombramiento, para que acepte el cargo, ó no pudiendo proponga la escusa legal que tenga por conveniente. Aceptado, se le deben pasar los autos, á fin de que examinándolos pueda proponer lo que estime mas acertado y procedente.

Hay una solemnidad que suele tener lugar en estos casos, y es la del juramento. Decimos que suele tener lugar, porque la práctica no es constante y uniforme; debiéndose esta variedad sin duda á que no hay ley ninguna que exija espresamente el juramento á los asesores. En algunas provincias ó partidos judiciales es costumbre el que los asesores juren el encargo, obligándose á desempeñarlo bien y fielmente; pero en la mayor parte de aquellas se omite semejante circunstancia. Aun en las provincias ó partidos donde se observa esta práctica, viene á reducirse á una pura fórmula, espresando el asesor, al contestar á la notificacion que se le hace «que acepta y jura el encargo, obligándose á desempeñarle bien y con arreglo á las leyes.»

Aceptado el cargo de asesor con el juramento indicado en su caso, tiene lugar el acto de pasar los autos á él mismo, para que examinándolos con toda la posible escrupulosidad, proponga al juez lo que estime justo. Aquí es donde empiezan propiamente para el asesor los deberes peculiares de su encargo como los derechos consiguientes al desempeño de su cometido. Diremos algunas palabras sobre uno y otro punto.

Deberes. Graves son, sin duda, los que pesan sobre los asesores, ya se atienda á su carácter de letrados, ya á la condicion de jueces de que se revisten para el negocio de que han de conocer en el momento mismo de aceptar el cargo. Como letrados deben estar adornados de toda la ciencia é instruccion necesaria para resolver con el debido acierto la cuestion sometida á su conocimiento; deben examinar con toda la detencion y amplitud convenientes las alegaciones de las partes y todos los demas méritos consignados en los autos; deben, en fin, no perdonar medio ni fatiga alguna para descubrir la verdad hasta el punto que sea dable, á fin de dictar una resolucion conforme á la justicia. Como jueces, no solo deben proceder con toda la rectitud é imparcialidad que exige la difícil mision de administrarla, sino que ademas les incumben todas y cada una de las obligaciones que determinan las leyes con relacion á ellos. La brevedad y prontitud en el despacho de los negocios, el secreto que estas prescriben hasta que las providencias adquieran publicidad por medio de la notificacion, y la necesidad de acomodarse á las disposiciones legales á fin de fundar en ellas sus dictámenes, son deberes de que no pueden prescindir de ningun modo. En cuanto á la forma que dehen adoptar para desempeñar su cometido, no es tampoco uniforme y constante la práctica.

Hay algunos pueblos donde el asesor estiende su dictámen en forma de auto ó sentencia, redactándola desde luego con sujecion á las fórmulas comunmente admitidas para esta clase de fallos ó providencias judiciales; pero hay otros donde aquel no hace otra cosa mas que consignar su parecer como si fuera el dictámen de un letrado, y sin emplear ninguna de las fórmulas indicadas. En el primer caso puede suceder que el juez y su asesor residan en distintos pueblos; y para evitar que fechado el auto ó sentencia redactadas por el asesor en un

dia venga á firmarlas el juez en otro, acaso bastante lejano, acostumbran en algunas partes dejar la fecha en blanco para que el juez la llene en el acto de firmar su providencia ó fallo de que se trata. Esta práctica no está exenta de graves inconvenientes. En el otro caso, á saber: cuando el asesor estiende su parecer en forma de dictámen, el juez acuerda una providencia, que sustancialmente se reduce á darle el carácter y la fuerza legal de auto ó sentencia; asi en unas partes se usa la fórmula «valga por providencia» y en otras suele emplearse la de «el dictámen del asesor de tal fecha se eleva á providencia judicial ó á sentencia.»

Derechos. Por la misma razon que hemos espuesto ya no vamos á consignar en este lugar una reseña prolija de los derechos y prerogativas que corresponden á los asesores atendidas las dificiles é importantes funciones que desempeñan. Pensamos concretarnos á la retribucion que merecen y debe dárseles por su trabajo. No hablaremos de los asesores de los emperadores y reyes, de quienes decia la ley de Partida que siendo buenos consejeros debian recibir buen galardon de Dios y de los hombres en este mundo y en el otro, sino solamente de los asesores que dan su ayuda y aconsejan á los jueces legos.

Respecto de ellos, la ley de Partida fijó ya el principio de que pueden exigir honorarios por su trabajo. «E pueden los consejeros aver de las partes á quien consejaren por razon de su trabajo tanto cuanto los judgadores ante quien es el pleyto tovieren por vien é non mas.[1]» De manera que la estension ó importe de los honorarios pendia de la tasa del juez, y por consiguiente de su arbitrio.

Las leyes Recopiladas reconociendo este mismo derecho en los asesores abolieron la tasa del juez y permitieron que pudiesen llevar los que el arancel marcase ó los que estuvieren establecidos en las ordenanzas y costumbres antiguas de los pueblos.

En el dia organizados de diferente manera los tribunales, y no siendo posible la aplicacion de lo dispuesto en la ley de Partidas, queda subsistente el principio en ella consignado. Los asesores pueden percibir y perciben efectivamente los derechos de que hablan los aranceles generales. Estos derechos, segun los artículos del reglamento de juzgados, citados en la parte legislativa, son los mismos que están señalados á los jueces de primera instancia en sus respectivos territorios.

El derecho que tienen los asesores á percibir los honorarios de que hablamos nace en el momento mismo que estampa su dictámen ó providencia, y los litigantes tienen la obligacion de satisfacerlos comunalmente, aunque no hayan pedido ellos el nombramiento del asesor, como sucede casi siempre. Con todo, si los honorarios se hubieran causado por providencia ó actuaciones que uno solo de los interesados hubiese solicitado, el deberá satisfacerlos: tal sucede cuando un litigante recusa á un asesor y se le nombra acompañado, en cuyo caso la parte recusante satisface esclusivamente los honorarios que este devenga.

Esta doctrina no tiene lugar en los negocios criminales que se siguen de oficio, en los cuales el asesor no tiene desde luego derecho á los honorarios. El pago de ellos se verifica en los propios terminos y al tiempo que se satisfacen las demas costas y gastos del juicio.

SECCION V.

CASOS EN QUE CESA EL CONOCIMIENTO DE LOS ASESORES.

Fácil es inferir de lo espuesto en la anterior seccion que los asesores, ora sean necesarios, ora voluntarios, despues que hayan empezado á conocer de un negocio tienen el deber inescusable de continuar interviniendo en él hasta que un motivo legal ponga termino á este conocimiento. En cuanto á los asesores necesarios la observacion es muy evidente, porque al fin son

1 Ley 3, tit. 21. Part. 3

propiamente unos funcionarios públicos que al aceptar el puesto se comprometieron á desempeñar las atribuciones inherentes al mismo. Pero en cuanto á los voluntarios no es menos evidente aquella asercion, toda vez que aceptado el cargo libremente es de igual modo obligatorio para ellos practicar las gestiones que la asesoría envuelve. Necesario es, pues, que exista una causa legítima para que el asesor cese en el conocimiento, porque no bastaria tampoco su repugnancia ó resistencia. Veamos brevísimamente cuáles pueden ser estas causas.

Escusado es recordar la que como primera en órden suelen enumerar los autores, á saber, la muerte del asesor: su encargo es personalísimo, y en este concepto no puede ir mas allá de sus dias. La segunda es la muerte del juez ó autoridad que nombró el asesor. La especie de jurisdiccion que él ejerce no es propia y la desempeña en nombre del juez ó de la autoridad en cuya jurisdiccion ó en cuyo carácter está fundada toda la fuerza de su nombramiento. Así decia Parladorio, hablando de los asesores que nombraban por sí mismos algunos corregidores, que cesaban con la muerte de estos, dando por razon de ello el que la jurisdiccion del asesor *cum præsidis jurisdictione conjunta est ab eaque pendet* (1).

Sin embargo, esta doctrina no puede entenderse sino respecto de los asesores voluntarios en quienes con relacion al juez que los nombró se verifica exactamente lo que acabamos de indicar, mas no respecto de los asesores necesarios que deben su nombramiento al rey, porque su autoridad está fundada en este acto esclusivamente, ageno de todo punto á la persona del juez. Cesa asimismo el conocimiento del asesor cuando por alguna de las causas que las leyes autorizan se le suspende ó priva de su oficio ó del ejercicio de su profesion si es puramente voluntario; en este caso concurre la misma razon que hemos espuesto, á saber, la pérdida del carácter, en virtud del cual intervenia en el negocio. Lo mismo sucederá cuando termina el negocio en que asesora, siendo de los nombrados por los jueces legos para asuntos determinados. Finalmente, deberá cesar en el conocimiento del negocio el asesor cuando despues de haberle aceptado ocurriese alguna causa que legítimamente le impidiese continuar en él, y cuando despues de haber empezado á entender en el asunto observase que es de tan poca monta que basta para sustanciarlo la instruccion que el escribano puede y debe dar al juez: esto sucederia, por ejemplo, en las denuncias y demas casos en que solo se trata de imponer lijeras penas de ordenanza y en los cuales no hay necesidad del aparato é intervencion de un funcionario semejante.

En cuanto á la recusacion que alguna vez puede producir el mismo efecto de hacer cesar el conocimiento del asesor hablaremos en el artículo correspondiente. Indicaremos tan solo como idea íntimamente enlazada con el asunto de que hablamos que la recusacion de los asesores titulares ó necesarios, no pone término al conocimiento de los mismos; pónele sí la de los asesores voluntarios que recusados quedan separados completamente del conocimiento.

SECCION VI.

RESPONSABILIDAD DE LOS ASESORES Y PENAS EN QUE INCURREN.

Es consiguiente á la índole del cargo que toman sobre sí estos funcionarios que cuando por algun motivo imputable, segun las leyes causan daño á los particulares ó á la sociedad, hayan de responder de el y hacer frente á sus consecuencias. Hemos dicho que en el desempeño de sus funciones adquieren los asesores hasta cierto punto el carácter judicial, y en este concepto si tienen que llenar los mismos deberes, justo es que incurran en la propia responsabilidad dado el caso de violarlos ó infringirlos.

(1) Ber. Quæst. lib. 2. cap. 1, núm. 10.

La cuestion de responsabilidad en los asesores es, sin embargo de eso, muy compleja. Como en las providencias asesoraradas intervienen al fin dos personas, dos funcionarios, á saber, el juez que ejerce la jurisdiccion de donde emanan aquellas, y el asesor que le aconseja y asiste con su dictámen, la primera duda que se ofrece al examinar esta materia, consiste en determinar quién de los dos será el responsable de las providencias dictadas al parecer por ambos, ó si lo serán uno y otro á la vez.

La ley de Partida (1), despues de imponer al juez la obligacion de asesorarse, añadia que este debia formar su juicio en aquella manera que el consejo le fue dado, *si entendiere que es bueno é de si emplazar las partes è dar su sentencia*. De manera que era potestativo en el juez, segun aquella legislacion, el conformarse ó no con el parecer del asesor. De aquí se infiere claramente que en el caso de conformase el primero con el dictámen propuesto por el segundo, quedaba exento de toda responsabilidad, contrayéndola solamente en el caso de que, apartándose de su consejero, fallase segun su propia inspiracion ó convencimiento. Por eso sin duda la ley primera del mismo título y Partida, despues de ponderar las ventajas y escelencias que lleva consigo el tomar consejo, decia: «E si por aventura le acaeciesen algunos peligros ó algunos daños non le vernia por su culpa; é escusase por ende ante Dios é á los omes.»

La ley Recopilada determina con mas exactitud la doctrina referente á la responsabilidad de que vamos hablando, para lo cual empezó por distinguir entre asesores necesarios y voluntarios. Hablando de los primeros dispuso, que los gobernadores, intendentes, corregidores y demas jueces legos á quienes el rey nombre asesor, no sean responsables á las resultas de las providencias y sentencias que dieren con acuerdo y parecer del mismo, el cual únicamente lo deberá ser, que no les sea permitido nombrar ni valerse de asesor distinto del que el rey les hubiere señalado, y que si en algun caso creyeren tener razones para no conformarse con su dictámen, puedan suspender el acuerdo ó sentencia, consultando á la superioridad con espresion de los fundamentos y remision del espediente. De aquí se infiere relativamente á los asesores voluntarios, que la responsabilidad nunca puede ser del juez, porque no está en sus facultades separarse del acuerdo ó sentencia que le hubiere propuesto, y adoptar otra resolucion ó fallo conforme á sus convicciones. Todo lo mas que podrá hacer será suspender el cumplimiento del acuerdo ó sentencia que el asesor le hubiere propuesto, y consultar á la superioridad en los términos que hemos dicho.

Respecto de los asesores voluntarios dispuso la misma ley Recopilada que los alcaldes y jueces ordinarios que determinan asuntos, con acuerdo de asesor que ellos mismos nombran, tampoco serán responsables, y sí solo el asesor, no probándose que en el nombramiento hubo colusion ó fraude. Aunque la ley al hablar de estos asesores voluntarios no está tan esplícita como respecto de los necesarios en punto á la obligacion que impone á los jueces de seguir el dictámen de ellos, infiérese sin esfuerzo alguno que esa misma precision de seguir el parecer de sus asesores impone á los jueces legos que los nombran por sí mismos. Ni se comprende que estos jueces tengan la facultad de apartarse de la resolucion propuesta por personas de tanta confianza para ellos, ni eso conduciria á otra cosa mas que á alargar y complicar en gran manera los negocios judiciales. Por consiguiente la responsabilidad de los acuerdos, providencias ó sentencias que se dicten debe recaer esclusivamente sobre dichos asesores, que son al cabo los que con su intervencion activa en el negocio, y con su libertad omnímoda para proceder dan lugar á lo bueno ó á lo malo que resulte de sus actuaciones. Solo en el caso previsto por la ley de que en el nombramiento del asesor voluntario hubiese habido colusion ó fraude, seria responsable el juez por la

(1) Ley 9, tit. 21, Part. 3.

parte directa y principal, que en tal caso habria tenido en los daños causados á alguno de los interesados.

Hemos visto hasta aquí la obligacion que incumbe á los jueces legos de seguir el parecer de sus asesores, tanto voluntarios como necesarios, la facultad y el recurso que queda á aquellos jueces á quienes el rey les nombra asesor cuando no crean acertado el acuerdo ó sentencia propuesta por el mismo, y el único caso en que pueden ser responsables los otros jueces que se nombran á sí mismos los asesores. Consecuencia de todo esto es que la responsabilidad de que vamos hablando, salvo el caso indicado, es siempre de los asesores, puesto que la intervencion de los jueces viene á ser siempre puramente pasiva. Veamos ahora hasta dónde se estiende y en qué consiste semejante responsabilidad.

Partiendo siempre las leyes de la hipótesis de que el asesor en el desempeño de su encargo ejerce hasta cierto punto la autoridad judicial, dispuso ya la ley de Partida (1) «que si por aventura alguno de los »consejeros consejare falsamente al judga»dor debe aver essa misma pena que el juez »que á sabiendas diesse juyzio contra de»recho.»

El Código penal estableciendo el mismo supuesto ordenó en el art. 275 que serán aplicables en sus respectivos casos á los asesores las disposiciones dirigidas á castigar la prevaricacion de los jueces y de otros empleados. En su virtud los asesores son responsables y quedan sujetos á varias penas en diferentes casos que determina el mismo Código.

Lo son en primer lugar cuando á sabiendas dictaren sentencia definitiva manifiestamente injusta (2). En semejante caso incurrirán:

1.° En la pena de inhabilitacion perpétua absoluta si la sentencia fuese condenatoria en causa criminal por delito, y ademas en la misma pena impuesta por la sentencia, si esta se hubiere ejecutado, y en la inferior en un grado á la señalada por la ley si la sentencia fuere inapelable y absolutoria en causa por delito grave (1).

2.° En la de inhabilitacion perpétua especial en cualquier otro caso (2).

Son asimismo responsables, é incurren en pena determinada, si faltando á las obligaciones de su oficio dejaren maliciosamente de promover la persecucion y castigo de los delincuentes. En tal caso incurren en la pena de inhabilitacion perpétua especial (3).

Lo son del mismo modo cuando maliciosamente se negaren á juzgar so pretesto de oscuridad, insuficiencia ó silencio de la ley. En este caso serán castigados con la pena de suspension (4).

Lo son igualmente é, incurrirán en la misma pena cuando retardaren maliciosamente la administracion de justicia.

Del mismo modo contraen responsabilidad cuando con abuso malicioso de su oficio perjudicaren á los interesados; entonces serán castigados segun la gravedad del perjuicio que causaren con las penas de suspension ó la de inhabilitacion perpétua especial y multa de 50 á 500 duros (5).

Si el asesor cometiere por dádiva ó promesa los delitos de connivencia en la evasion de presos, de infidelidad en la custodia de documentos, de violacion de secreto, de resistencia y desobediencia, de denegacion de ausilio y abandono de destino, de abuso contra particulares, de usurpacion de atribuciones, de prolongacion y anticipacion de las mismas, incurrirá ademas de las penas designadas para estos delitos en 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 asesor que por dádiva ó promesa ejecutare

(1) Ley 3. tit. 21, Part. 3.
(2) Art. 269.

(1) Art. 269.
(2) Art. 269.
(3) Art. 271.
(4) Art. 272.
(5) Art. 273.

u omitiere cualquier acto lícito ó debido, propio de su cargo.

El asesor que admitiere regalos que le fueren presentados en consideracion á su oficio, será castigado por este solo hecho con la reprension pública, y en caso de reincidencia con la de inhabilitacion especial (1).

Ademas de la responsabilidad criminal que contraen los asesores en todos los casos espuestos, incurren tambien en la civil por llevar consigo esta clase de responsabilidad todo delito de prevaricacion.

SECCION VII.

ASESORES DE INDIAS.

Si la viciosa organizacion de los tribunales y la creacion progresiva y estraordinaria de jurisdicciones especiales dieron lugar á que se multiplicase en la Península el número de asesores en los términos que hemos dicho anteriormente, fácil es comprender hasta qué punto llegaria el uso y la intervencion de estos funcionarios en las remotas posesiones de Ultramar. La necesidad de observar un sistema de gobierno fuerte y represivo, y la imposibilidad de crear en aquellos paises una organizacion judicial regularizada y conforme á los principios y doctrinas comunes, exigieron desde luego que la administracion pública se pusiese á cargo de autoridades dotadas de las condiciones propias y adecuadas para asegurar la paz y la tranquilidad de los pueblos y evitar todo género de perturbaciones en su vasto territorio. Este sistema habia de producir y produjo efectivamente en primer lugar el establecimiento de jueces legos, encargados de ejercer la jurisdiccion ordinaria; y en segundo la creacion de jurisdicciones especiales que se fueron aumentando á medida que la conveniencia pública ó las necesidades de los mismos pueblos lo reclamaban con mas ó menos urgencia.

Fue, pues, preciso recurrir al nombramiento de asesores encargados de ausiliar con sus consejos á todas estas autoridades. El uso de aquellos fue creciendo y multiplicándose en la práctica de los negocios, al paso que la creacion de estas tomaba el incremento que hemos indicado. La legislacion vino á reconocer despues esa misma necesidad y sancionando la práctica introducida dió á estos mismos funcionarios un carácter propio y determinado, tanto en el fuero comun, como en el órden de las jurisdicciones especiales.

Parécenos, pues, indispensable el consagrar algunas columnas de este artículo al exámen de las disposiciones referentes á los asesores de Indias por la importancia grande y reconocida que todavía tienen estos funcionarios en aquellos paises. En este trabajo que, segun observarán nuestros lectores, no puede ser tan prolijo y detallado como quisiéramos, nos limitaremos á hablar de los asesores que aun existen, considerándolos con arreglo al estado actual de la legislacion, sin entrar á examinar las vicisitudes que ha esperimentado en aquellos dominios la jurisdiccion asesorada, á consecuencia unas veces de la distinta organizacion judicial y por efecto en otras de la multitud de atribuciones que el sistema forzoso de centralizacion iba aglomerando en las autoridades superiores.

En este concepto no haremos mérito de los asesores que se conocieron en las Antillas y han sido ya suprimidos, como son el del capitan general de Puerto-Rico, que lo fue por real órden de 22 de setiembre de 1835; el de la *Conservaduria de la Real Compañia*, que lo fue por otra real órden de 18 de mayo de 1838; el de correos, que cesó por la supresion de este juzgado en 1842, y el del juzgado de vagos y picapleitos que dejó de existir por la misma causa en 21 de setiembre de 1848. Nos ocuparemos, pues, tan solamente de los que se designan en los párrafos siguientes y de los que mas adelante se indicarán en los artículos especiales.

§. 1.° *Asesores de gobierno.*

La historia de los asesores que en virtud del decreto de 24 de julio de 1845 han to-

(1) Art. 314 del Código penal.

mado en la Isla de Cuba la denominacion de *asesores de gobierno*, ni podria hacerse con toda la exactitud que fuera de desear, ni es de tal manera indispensable que no pueda suplirse con algunas noticias relativas á la creacion y orígen de estos funcionarios.

Este orígen data del año 1556, en cuya época aparece ya ocupando el primer lugar del catálogo de los asesores Lorenzo Martinez Barba.

Eran entonces de nombramiento de los gobernadores, y se llamaban *asesores de la Habana*. En 1664 los nombraba ya el rey á consulta del Consejo de Indias, dándoles el carácter de *tenientes generales*, *auditores de gente de guerra*, con el cargo de suceder en lo político á los gobernadores durante sus ausencias y vacantes, á lo cual fue aneja la preeminencia y representacion del vice-patronato real. Pero como la sucesion en lo militar se concedia al *Castellano del Morro* ó á otro gefe de mayor graduacion, resultaron entorpecimientos en el servicio, disputas y frecuentes colisiones, que para en adelante evitó la real cédula de 15 de setiembre de 1715, arreglando la sucesion interina del mando de gobernador, sin dividir en manera alguna el ejercicio de la jurisdiccion.

Continuaron por entonces los dos empleos reunidos en un solo letrado, hasta que por la real órden de 15 de febrero de 1791 se dividieron nombrando *teniente gobernador asesor general*, y por separado *auditor de guerra*, con sueldo y asesorías. Posteriormente se dividió tambien la misma asesoría general de gobierno, creándose una segunda en 1824, y otra tercera en 1831 para facilitar la mas pronta administracion de justicia: todas tres eran iguales en atribuciones y prerogativas, segun la real cédula de 14 de diciembre de 1828, si bien en la preferencia de asientos se atendia á la antigüedad del nombramiento, como prescribe otra de 8 de agosto de 1833.

Ademas de estos tres *asesores letrados-tenientes de gobernador* que habia en la capital de la isla de Cuba, los cuales reunian al carácter de jueces ordinarios el de consultores natos del gobernador capitan general en los ramos peculiares de sus atribuciones, existian otros al lado del gobernador de Santiago, empleo de creacion muy antigua; del gobernador de Matanzas, desde marzo de 1828, y del de Fernandina de Jagua, de fecha aun mas reciente. Los asesores letrados tenientes de gobernador que tuvieron los gobernadores intendentes de Nueva España, estendian su conocimiento y jurisdiccion á los cuatro ramos ó causas de justicia, policía, hacienda y guerra.

Así continuaron las cosas hasta que por el decreto de 24 de julio de 1845 los asesores de quienes hablamos, vinieron á esperimentar alguna modificacion en su estructura, cambiando desde luego de nombre, y recibiendo el de alcaldes mayores asesores de gobierno. Su carácter distintivo consiste en que lo son natos en los pueblos de la residencia de los gobernadores político-militares, de los tenientes gobernadores y de los alcaldes ordinarios cuando ejercen jurisdiccion en el fuero comun (1). En igual caso se hallan otros dos asesores de la Habana, uno de Santiago de Cuba y otro de Trinidad, creados recientemente, conforme á la facultad reservada á la corona en el artículo primero.

Los requisitos para obtener asesorías de gobierno, están marcados espresamente en las leyes de Indias. En ellas se previene que ningun letrado sea propuesto para asesorías del distrito de la diócesis de donde fuere natural ó tenga residencia, y que no se admitan jóvenes inespertos y de corta edad, que con solo el grado de las universidades, sin otro testimonio de su probidad y conducta aspiran á tales destinos, en que por hallarse varias veces solos y á larga distancia de otras poblaciones y personas ilustradas, necesitan indudablemente mas integridad, circunspeccion y conocimiento que los ministros de los tribunales superiores (2). Por una razon de analogía creemos

(1) Decreto de 24 de julio de 1845, art. 6.
(2) Art. 63 de la Ordenanza general de intendentes de 1803.

sea requisito indispensable el haber ejercido por tres años la abogacía en los tribunales del reino, ó haber desempeñado por dos el destino de abogado fiscal, relatoría de audiencia, cátedra en propiedad ó algun otro cargo de justicia ó del ministerio del ramo, segun está dispuesto para los *asesores titulares letrados* (1).

El tiempo que han de servir sus empleos será por lo general de seis años, término prefijado á los alcaldes mayores (2). No percibirán entretanto derechos ó emolumentos como asesores de los gobernadores, sino el sueldo correspondiente de alcaldes (3). En cambio serán atendidos con preferencia, cumpliendo fiel y exactamente con su ministerio en las consultas y propuestas para sus ascensos y plazas de togados de las audiencias de Ultramar, en cuyo distrito no hayan antes ejercido sus oficios (4). La responsabilidad de los fallos y sentencias es esclusiva de los asesores en todas las causas y puntos de derecho que determinan los gobernadores, con arreglo á sus dictámenes, siendo de ambos en los asuntos gubernativos (5).

En cuanto á esta clase de asuntos, está declarado que el capitan general, presidente de Cuba, pueda asesorarse del alcalde mayor que le parezca mas á propósito para entender en el despacho de ellos, procurando quede escluido de igual trabajo en los judiciales (6).

Tales y tantas circunstancias, dice Zamora en su Biblioteca, como concurren en los asesores de gobierno, su posicion, el doble concepto que gozan como jueces letrados con ejercicio de jurisdiccion propia y con jueces, directores y consultores de las primeras autoridades político-militares, y el tenor mismo de las leyes y demas reales disposiciones suministran datos bastantes para formar una idea de la grande influencia que esta clase de funcionarios ejerce en el bien estar y en la felicidad de los pueblos.

Preciso será, pues, y muy justo que la ilustracion, la capacidad y la rectitud mas acrisolada sean siempre el fundamento sobre que descanse la eleccion y nombramiento de tales funcionarios.

§. 2.° *Asesores titulares letrados.*

Los ayuntamientos de Indias, cuyo orígen se remonta á la época de su descubrimiento y conquista, elegian todos los años entre los vecinos de los pueblos alcaldes ordinarios que en los límites de sus respectivos territorios ejercian la jurisdiccion civil y criminal en primera instancia. Esa misma atribucion correspondia á varias autoridades subalternas, así políticas como militares, que residian por lo comun en los pueblos llamados cabeceras.

Tanto los alcaldes ordinarios, como estas otras personas encargadas del desempeño de la jurisdiccion, eran legas, y en este concepto se veian en la inescusable precision de acudir á letrados de su particular confianza pidiendo su dictámen y consejo en todo lo concerniente á la administracion de la justicia ordinaria que estaba á su cargo. De aquí nacieron los asesores voluntarios en el fuero comun, y aunque con semejante sistema se proveyó á una necesidad perentoria, y parecia atenderse al mejor acierto en los asuntos judiciales, no por eso dejaron de esperimentarse, trascurrido algun tiempo, males gravísimos que no es nuestro ánimo reseñar ahora. Basta á nuestro propósito indicar que esta jurisdiccion asesorada en el fuero comun llegó á un estado tan lamentable en aquellos paises, que fijada sériamente la atencion del gobierno sobre una materia tan importante, intentó una reforma saludable que llevó por fin á efecto en dos épocas muy recientes y próximas entre sí.

Para comprender el estado de las cosas y la fuerza de las causas que dieron lugar á esta reforma, juzgamos muy oportuno trascribir el siguiente período que leemos en la

(1) Decreto de 24 de julio de 1813, art. 9.
(2) Art. 64 de la citada Ordenanza.
(3) Art 11 del citado decreto.
(4) Art° 64 de la Ordenanza.
(5) Real órden de 2 de julio de 1800
6. Real órden de 10 de noviembre de 1847.

esposicion precedente al real decreto de 24 de julio de 1845.

«De mas de setenta juzgados inferiores, dice, que hay en la isla de Cuba, solamente seis (tres en la Habana, uno en Santiago, otro en Matanzas y otro en Fernandina de Jagua) están servidos por jueces letrados con nombramiento de S. M., y los restantes se ejercen por autoridades de diverso género, con el dictámen de asesores, ocasionando la intervencion de estos dilaciones y gastos en todas partes, y produciendo aun mayores inconvenientes en Cuba. La gran mayoría de los jueces legos la componen los dos alcaldes ordinarios de cada una de las poblaciones, donde hay ayuntamientos, los cuales son jueces preventivos, y cesan al finalizar el año. Con ilimitada facultad de nombrar cada uno un asesor para el tiempo de su cargo, y de elegir uno para cada negocio, apenas se vislumbra la época de las elecciones municipales cuando ya son las asesorías materia de ambicion, de intrigas y de sórdidos manejos y á veces tambien condicion para ganar votos. Cada litigante tiene su pretension: unos para conservar el asesor que les es favorable, otros pàra que sea separado el que creen contrario, siendo lo mas lamentable el que por lo comun suelen elegirse entre letrados conocidos con un apodo que deslustra el foro de aquel pais. Consiguiente es tambien á tan ámplia facultad de nombrar y remover asesores el abuso de la recusacion, de la cual suele usarse con tenaz empeño hasta conseguir el deseado.»

Para remediar tantos abusos y mejorar en lo posible la administracion de justicia, el gobierno adoptó en el real decreto citado, el principio de suprimir los asesores voluntarios, y en su lugar creó otra clase de asesores, que por su diverso orígen no pudieran dar ocasion á ninguno de aquellos inconvenientes. Estableció, pues, los asesores titulares en todos aquellos pueblos donde no habiendo alcalde mayor letrado fueran, sin embargo, residencia de gobernadores políticos militares, de tenientes gobernadores ó de alcaldes ordinarios, de forma que estos asesores titulares vinieron á reemplazar á los voluntarios que antes eran nombrados por las mencionadas autoridades.

El objeto de esta nueva institucion era, como desde luego se comprende, aconsejar a los gobernadores, tenientes y alcaldes en los pueblos donde segun se ha dicho no existian alcaldes mayores en los asuntos relativos á la justicia ordinaria dentro de los límites de su competencia. Su nombramiento corresponde por aquel real decreto al capitan general de la Habana á propuesta en terna del real acuerdo de la audiencia respectiva (1), durando el cargo tres años (2) sin que en este tiempo puedan ser recusados, removidos ó suspendidos, sino en los casos y en la forma que previenen las leyes de Indias respecto de los antiguos asesores de los gobernadores intendentes.

Para obtener asesoría titular exigia el mismo decreto (3), ademas de las condiciones especiales prevenidas en las leyes de Indias, haber ejercido la abogacía en los tribunales del reino por tres años cuando menos, ó desempeñado por dos los cargos de agente ó abogado fiscal, de relator, catedrático en propiedad ó algun otro de justicia ó del ministerio del ramo. Prohibia ademas á los asesores titulares motivar los autos y sentencias judiciales y les concedia solamente los derechos de arancel.

Esta reforma pareció al gobierno, y era de seguro insuficiente, porque si bien cortó los males indicados en el preámbulo del decreto, dejó vivo y subsistente el ejercicio de la jurisdiccion á cargo de jueces legos con todos los inconvenientes que este sistema lleva consigo, tanto para la brevedad de los negocios como para la rectitud y acierto de los fallos.

Para completarla se mandó en la real cédula de 10 de enero de 1851, que cesaran en el desempeño de la jurisdiccion ordinaria los gobernadores políticos militares, los tenientes gobernadores y los alcaldes de

(1) Art. 7.
(2) Art. 6.
(3) Art. 9.

primera y segunda eleccion de los pueblos en que hubiere alcaldes mayores ó asesores titulares, poniendo el ejercicio de esta jurisdiccion ordinaria privativamente á cargo de los alcaldes mayores y asesores titulares en sus respectivos distritos, debiendo ser asesores natos de aquellos funcionarios en los asuntos de su especial atribucion. En cuanto á la provision de estos destinos, categorías en que se dividieron, duracion del cargo, derechos, ascensos y demas condiciones que constituyen la organizacion de esta clase de funcionarios, puede verse el mismo real decreto inserto en la parte legislativa.

La innovacion causada por este decreto era tan radical, afectaba tan directamente á intereses creados en aquellos paises, y alteraba tan hondamente al sistema observado hasta entonces, que hubo de encontrar en la autoridad superior de la isla de Cuba una resistencia invencible para su cumplimiento. El real decreto no fue obedecido, y aquella autoridad consultó al supremo gobierno el cumplimiento de lo que se le prescribia.

El paso dado por la autoridad superior gubernativa de la isla en asunto de tan manifiesta importancia nos obliga á detenernos un tanto en esta cuestion para examinar, aunque sea con alguna brevedad, si aquella disposicion, en cuanto por ella se manda que cesen en el desempeño de la jurisdiccion ordinaria los gobernadores políticos militares, los tenientes gobernadores y los alcaldes de primera eleccion en los pueblos en que hubiere alcaldes mayores ó asesores titulares, puede ser causa de los gravísimos males que algunos han creido consiguientes y seguros si llegara á plantearse.

Dejando á un lado consideraciones de cierto género que hacen valer los que así opinan, dicen que amortiguado ya en aquel pais el espíritu y afán de litigar y mirando con gusto á toda autoridad dispuesta á promover transacciones, se vé en la autoridad *lega judicial* de los gefes militares una influencia en los asuntos contenciosos que les promete brevedad en las actuaciones y rectitud y acierto en los fallos: influencia tanto mas saludable, cuanto que respetando al mismo juez lego por su carácter y unidad de autoridad y mas que respetándole temiéndole, é ilustrado por el juez letrado, contiene á los abogados revoltosos, á los malos escribanos y á los perjudiciales picapleitos, sirviendo de rémora á sus propósitos y evitando los perjuicios consiguientes á la dilacion y complicaciones de los litigantes. Añaden á esta consideracion, que si el pensamiento cardinal de aquella real cédula es separar á los gobernadores de la administracion judicial y contenciosa, aparece aquella ociosa y escusada porque estas autoridades son jueces legos que consultan en todos los casos, que solo en algunos puramente gubernativos disienten de la opinion de sus asesores y que intervienen nada mas que moralmente en los espedientes civiles ó criminales. Llevando la cuestion al terreno de la política añaden que desgraciadamente suelen ser nombrados para ejercer el ministerio judicial en aquellos paises abogados demasiado jóvenes, sin la esperiencia y demas buenas cualidades que solo dan los años, por lo cual, puesta en sus manos esclusivamente la jurisdiccion, se empeoraria la causa que tiende á proteger aquel real decreto, dando orígen á conflictos de suma entidad y de consecuencias incalculables para la tranquilidad de aquel pais. En circunstancias normales, añaden todavía, se puede dividir la autoridad poniendo cada ramo de la administracion pública en diferentes manos para facilitar su ejercicio; pero eso no puede hacerse sin gravísimos y seguros peligros en la isla de Cuba, que siempre ha sido gobernada con el sistema que hoy se intenta destruir, que se vé amenazada de proyectos ambiciosos de parte de un coloso insaciable, que mas que nunca necesita ahora de que se robustezca el poder de sus autoridades, de que se conserven las atribuciones que hoy tienen sin rebajarlas en un ápice y de que todas las clases rindan á aquellas respeto y subordinacion, considerando su autoridad

única para todos los casos, asuntos y circunstancias. La prudencia, concluyen, aconseja que no se hagan innovaciones en la administracion de Cuba hasta que el tiempo lo reclame: lo que hoy se quitase á las autoridades dotadas de prestigio y de accion habria que devolvérselo en el momento de tocar la necesidad de un estado de sitio. Fuera de esto, en la segregacion del juzgado ordinario del poder político militar verian algunos un paso dado para asimilar el sistema político de Cuba al de la Península, lo cual es peligroso porque precisamente en las leyes especiales prometidas á aquel pais está su salvacion, y no seria, por lo mismo, cuerdo ensayar proyectos ó innovaciones que tan perjudiciales pueden ser (1).

Los defensores de la opinion opuesta, es decir, de la supresion de las atribuciones judiciales ejercidas hasta aquí por las autoridades legas mencionadas, creen por el contrario que esta reforma es una de las que con mas ahinco y justicia reclaman la opinion pública, el buen órden de gobierno y mas que todo el prestigio de la autoridad militar y política. Alegan para justificar este concepto que en la actual organizacion la autoridad de estos funcionarios que forzosamente son militares reasume todas las atribuciones menos la administracion de la real Hacienda, toda vez que son gobernadores militares, y como tales comandantes de las armas, gobernadores civiles y por ello gefes de policía y gobierno, corregidores, presidentes de los ayuntamientos, y por último, jueces de primera instancia con la anomalía de que el capitan general, que es presidente de las audiencias, y el comandante general de Puerto Príncipe, vice presidente de la de dicho punto, son al mismo tiempo subalternos de dichos tribunales, como jueces de primera instancia, y que en este supuesto la simple enunciacion de estos títulos hace conocer cuán trabajoso debe ser su buen desempeño y cuán escaso debe serles el tiempo. Dicen ademas que si esto es en todas épocas, lo será en mayor escala hoy que los peligros que amagan al pais hacen necesario que redoblen su celo las autoridades de gobierno, que se dé á la organizacion de la policía la atencion que hace mucho tiempo reclama, y que se miren las atenciones militares del personal y material con la preferencia que exige la posibilidad de una campaña próxima.

Añaden á estas observaciones que la existencia del juez lego dilata forzosamente los negocios una tercera parte mas de tiempo por los trámites que exige y aumenta tambien en una tercera parte cuando menos sus costas, por las que este devenga: por lo cual y porque los jueces legos rarísima vez se separan del dictámen de su asesor, y mucho mas siendo, como son desde el año de 1845, alcaldes mayores ó asesores titulares, el antiguo sistema es contrario á la brevedad tan recomendable en los negocios judiciales, sin garantir de manera alguna el acierto y la rectitud en los fallos. Aseguran ademas con la mayor decision, que lo que ha dado orígen á los vicios arraigados en el foro de la Isla, lo que ha hecho hasta ahora invencibles, aun para las audiencias, á los abogados de mala ley y á los picapleitos, es precisamente la existencia de los jueces legos, porque no habia en la Isla de Cuba hasta el año 1845 pleito alguno en que no pasasen de seis ú ocho las recusaciones de asesores, y los trámites que esto ocasionaba, las discordias que en sus dictámenes ocurrian y la confusion en que esto ponia y pone al juez lego en los puntos donde no hay mas que un alcalde mayor, son el orígen de todos los males que allí se lamentan en la administracion de justicia. Aumenta la entidad de todos estos inconvenientes, en el concepto de los defensores de esta opinion, el caso posible y que alguna vez se ha observado de pugna y enemistad entre el militar, juez lego, y su asesor; de forma que bajo cualquier concepto el man-

(1) Hemos tomado las razones espuestas en este párrafo y las que esponemos en el siguiente, de dos comunicados que han visto la luz pública en los periódicos de esta corte y en los cuales se ha debatido por personas muy competentes é ilustradas la grave cuestion á que hacemos referencia. Para no debilitar la fuerza de aquellas nos hemos valido con ligeras modificaciones hasta de las mismas palabras que se han empleado en dichos escritos.

tener la organizacion hoy existente es conservar una dificultad y un peligro; peligro que si hasta ahora no ha producido consecuencias fatales, puede producirlas en lo sucesivo. Por último, llevando la cuestion al terreno político, afirman estas personas que el sistema que combaten es tan dañoso al prestigio de la autoridad política militar como al acatamiento y veneracion de la cosa juzgada; porque el espectáculo de un capitan general, suprema autoridad de la Isla, despachando con un pasante de escribano pleitos y causas de menor cuantía no es ciertamente lo mas propio para realzar su prestigio; como no lo es tampoco, ver á estas autoridades y demas generales, brigadieres y coroneles que sirven los gobiernos recibir de mano de cada escribano en mezquinas, pero diarias cantidades, el importe de sus derechos, sobre cuyas cuentas suele haber divergencias que dan lugar á incidentes que rebajan aquel prestigio.

Tales son las razones alegadas por una y otra parte ó sea en contra y en apoyo de la reforma introducida por la real cédula de 10 de enero ya citada. Muy poco puede añadirse á ellas; sin embargo, adhiriéndonos, como lo hacemos sin vacilar, á la opinion de los que han creido ver en ella una mejora notabilísima para la administracion de justicia de aquel pais, y estimando como muy fundadas é indestructibles las consideraciones en que se apoyan, observaremos únicamente que si la intervencion de las autoridades legas en los asuntos judiciales es simplemente moral, como confiesan los impugnadores de aquella, no puede conducir á dar el prestigio, la influencia y la mayor autoridad que se desean para los gobernadores y demas gefes militares.

Cuando su poder es puramente pasivo; cuando toda la gestion de su autoridad judicial se reduce á suscribir lo que el asesor les propone; cuando todo el bien ó todo el mal que emane de unas providencias, en que no han tenido parte ni otra intervencion que la de suscribirlas, es debido al asesor que las aconseja; cuando esto es sabido, conocido y notorio á todos los habitantes del pais, ¿qué fuerza, ni prestigio, ni influencia real y efectiva puede dar á esas mismas autoridades el ejercicio de un poder tan aparente y vacío? lo único que nosotros vemos en el ejercicio de ese poder ó de esa jurisdiccion puramente pasiva que queda á los gobernadores y tenientes, son las dilaciones y entorpecimientos; el aumento exorbitante de gastos y los manejos siempre perjudiciales que se emplean en la recusacion, en las discordias y en otros incidentes propios de la jurisdiccion asesorada. Y si es lícito en cuestiones de esta índole mezclar las consideraciones políticas, todavia nos parece que cuando amenaza la tempestad en el horizonte de aquella preciosa isla, y es indispensable aumentar el celo, los cuidados y la vigilancia para evitar perturbaciones y conflictos, cualquiera que sea el punto donde nazcan y de donde vengan, es mucho mas conveniente segregar de la autoridad política todo lo que pudiera embarazarla, distraerla y detener la rapidez y la unidad de su union en grave perjuicio de la defensa y seguridad del territorio. Nuestra conviccion profunda es, que cuando la segregacion de las atribuciones judiciales, lejos de perjudicar al prestigio de la autoridad política, facilita considerablemente su ejercicio, debe entrarse de lleno y sin temores agenos del caso, en la via de una reforma que es conforme á las doctrinas sancionadas por la comun aprobacion de todos los hombres entendidos, que condena un sistema bueno para los pasados siglos, pero vituperable en la época de adelanto é ilustracion que hemos alcanzado, y cuya tendencia mas genuina es aplicar á la administracion de justicia de aquel pais los sanos y tutelares principios que se han hecho efectivos en los tribunales de la Península, lo cual no debe esquivarse sino en el caso de que se hubieran de seguir de semejante sistema males de gravedad y de suma importancia.

Una confirmacion robustísima de estas verdades podemos hallar en los sentimientos, en el ejemplo y en la ilustrada apre-

ciacion del actual gobernador, capitan general de la isla de Cuba. Nos consta que al aceptar el mando que desempeña con tanto acierto como utilidad pública, manifestó con noble franqueza que consideraba depresiva para su elevada autoridad y embarazosa para el ejercicio de ella su intervencion en los negocios judiciales del fuero ó de la jurisdiccion comun, así como la percepcion de los derechos que como tal juez le correspondian. De ese mismo espíritu y de esa propia conviccion nació sin duda la consulta que elevó al gobierno, proponiendo que se suprimiese, como indecorosa tambien, la facultad del regente de la audiencia pretorial para conocer en los juicios verbales. Finalmente, el buen efecto que la reforma de que se trata produjo en las islas Filipinas y en Puerto-Rico, bastaria para demostrar, cuando otros argumentos faltasen, la oportunidad y los sólidos fundamentos en que está apoyada.

El gobierno, que ha querido oir sobre esta importantísima cuestion el parecer de corporaciones muy respetables, no la ha resuelto todavía; pero como entre tanto las prescripciones de la legislacion de Indias y los acuerdos de sus audiencias, referentes á los asesores, están en observancia y se aplican á los de que tratamos al presente, creemos oportuno indicar siquiera, sea con suma brevedad, unas y otras disposiciones.

En primer lugar los asesores deben entender en todos los negocios que no sean de mero gobierno ó que pertenezcan á la jurisdiccion contenciosa; y tratándose de causas criminales, está espresamente declarado que deben asistir á los actos confesorios, que son sin duda de los mas importantes que ocurren en la sustanciacion de un proceso (1).

En cuanto á su responsabilidad el principio es el mismo que establece la legislacion general, espuesto ya en la seccion correspondiente, á saber, que son responsables por sí solos en todas las causas ó pleitos de derecho que determinen los jueces segun sus dictámenes; pero no en los asuntos gubernativos, en los que la responsabilidad se comparte entre los jueces no letrados y los asesores. Si alguna vez creyesen tener razon para negar su conformidad á lo que el asesor les consulte, podrán suspender el acuerdo ó sentencia y consultar á dicha superioridad, con espresion de los fundamentos y remision del espediente (1).

El punto de que mas se han ocupado las disposiciones especiales de Indias relativamente á estos funcionarios, son las discordias suscitadas entre ellos y los acompañados que se les nombra con motivo de su recusacion. Para evitar el abuso de nombrar un tercero, cuarto y mas asesores ordenó la audiencia de Puerto-Príncipe (2) que disintiendo el asesor acompañado del originario, los jueces se adhieran precisamente á uno de los dos dictámenes, formando así sentencia y admitiendo despues las apelaciones que contra ella se interpusieren. Esta disposicion se reiteró por otro auto acordado de la misma audiencia (3), añadiendo que los asesores que admitiendo nombramiento dirimiesen semejantes discordias, ademas de la condenacion de costas, se les penase con una multa proporcionada y hasta con suspension del ejercicio de la abogacía si fuere necesario. Posteriormente dictó la audiencia pretorial de la Habana otra disposicion distinguiendo para este objeto de las discordias entre providencias interlocutorias y sentencias definitivas, en los términos que puede verse en el auto acordado, inserto en la parte legislativa, su fecha 18 de marzo de 1841.

En cuanto á sus obligaciones y derechos está declarado: 1.° Que no puedan asesorar y abogar en una misma causa los hermanos y parientes dentro del grado prohibido por la ley (4). 2.° Que tengan la obligacion de firmar al menos con media firma, sin limitarse á rubricar solamente (5). 3.° Que cuando existan dos asesores en virtud de

(1) Auto de la audiencia de P. P. de 8 de mayo de 1838.

(1) Auto de 17 de setiembre de 1847.
(2) Auto de 26 de mayo de 1836.
(3) De 5 abril de 1838.
(4) Auto de la Aud. de P. P. de 27 de agosto de 1818.
(5) Auto de id de 1 de febrero de 1837.

alguna recusacion provea y suscriba el primero el asesor originario y despues el acompañado, esten ó no conformes en la resolucion ó providencia (1). 4.° Que los asesores podian retener justamente los negocios mientras no se les satisficiesen sus derechos (2), que deben pagarse al contado en los negocios civiles (3). 5.° Y por último, que en las causas criminales durante la sustanciacion del proceso solo recibirán los derechos cuando las partes voluntariamente los satisfagan, sin que por no hacerlo puedan retardar el despacho (4).

§. 3.° *Asesores de hacienda.*

Las disposiciones de la ordenanza general de intendentes de 1803 que se ha insertado en la parte legislativa, hacen referencia á los asesores que el intendente general de ejército y real hacienda, y cada uno de los de provincia habian de tener para aconsejarse en todos los negocios de la intendencia, y suplir sus veces en ausencias y enfermedades. Estos funcionarios ejercian tambien por sí la jurisdiccion contenciosa, civil y criminal, en la capital y su respectico territorio, mereciendo bajo este concepto el título de asesores de gobierno, puesto que lo eran de los gobernadores intendentes, segun queda ya dicho.

Pero descendiendo á algunas especialidades que se observan en ciertas posesiones de Ultramar, puede asegurarse que ni la intendencia general de la Habana, ni la de Puerto-Rico, ni las de provincia de Santiago de Cuba y Puerto-Príncipe, subordinadas á la primera, fueron creadas con asesores de la categoría espresada, toda vez que las intendencias no reunieron los cuatro mandos, de justicia, policía, hacienda y guerra, como habian tenido las de Nueva España. En las Antillas y Filipinas existen separadas las meras intendencias de los gobiernos políticos y militares con mucho acierto y ventajas para el servicio, segun la opinion de Zamora en su Biblioteca. Consecuencia de esto es, que los intendentes tengan nombrados por el rey asesores especiales para dirigir la marcha del juzgado privativo en los ramos de hacienda y económico de guerra á que está limitado su conocimiento. A este efecto deben tener muy á la vista y hacer particular estudio de las leyes de Indias, examinando al propio tiempo con atencion las establecidas en España, á que se arreglarán en defecto de aquellas (1), cuya doctrina creemos aplicable á las demas clases de asesores. Si cumplen con este precepto, suministrarán con sus luces y práctica el mas positivo ausilio á los jefes, de modo que puedan descargar toda su confianza en ellos, particularmente en el curso de los negocios contenciosos y demandas fiscales.

Al crearse en 1764 la intendencia general de ejército de la Isla de Cuba, no se la nombró asesor por S. M., sino que se la facultaba para asesorarse y afianzar la mas recta administracion de justicia «con letra»do de la mejor opinion, juicioso, puro y »de acreditada conducta.» Posteriormente, por real órden de 23 de febrero de 1774, se estableció la asesoría con sueldo, honorarios y calidad de no recusable al antojo de las partes; las cuales si lo hicieren, se nombraria un acompañado, segun práctica de España y real instruccion de 13 de octubre de 1749. Lo mismo se verifica con las asesorías de rentas de Santiago, Puerto-Rico y Puerto-Príncipe desde 1812, en que se plantearon; mas respecto de esta última se mandó en real órden de 6 de setiembre de 1818 que se sirviese en lo sucesivo por un oidor en comision y sin sueldo, nombrado por la misma intendencia subdelegada, á propuesta del regente de aquella audiencia, dándose cuenta al rey de cada nombramiento para su soberana aprobacion.

En cuanto al pase y entrega de causas y negocios á los nuevos asesores cuando to-

(1) Auto de la audiencia de la Habana de 6 de marzo de 1815.
(2) Auto de la Aud de P. P. de 5 de julio de 1811.
(3) Auto de la audiencia de la Habana de 21 de febrero de 1840.
(4) Auto de id. id.

(1) Art. 21 de la ordenanza de intendentes de 1786.

man posesion, se observa la real cédula de 18 de setiembre de 1825, en cuya virtud se les entregan todos, sin reserva de los que penden en abogados particulares ó asesores interinos, y respecto de la percepcion de los honorarios de nuevas vistas que ofrecia alguna dificultad y disputas, se dijo en real órden de 4 de setiembre de 1827, que no obstante el perjuicio de las partes por los nuevos derechos que han de satisfacer con la mudanza de asesores, se tenga esto por menos inconveniente, esperando S. M. de la probidad y desinterés de las personas á quienes confia estos empleos tomen en cuenta el insinuado perjuicio para reducir á su tenor las honorarios.

La asesoría de rentas de Filipinas está aneja á la superintendencia general restablecida en 1844, y conoce de los asuntos de Hacienda y demas que á esta incumben en lo judicial y gubernativo que la consulta el gefe.

§. 4.° *Asesores del Bureo.*

Al publicarse en la Península la *Ordenanza de la junta de gobierno y suprema de apelaciones de la real casa y patrimonio* se hicieron estensivas á Ultramar las disposiciones que contenia. En su consecuencia se creó en la Habana en 1817 el juzgado privativo del Fuero patrimonial á cargo del capitan general con un asesor particular y delegaciones en las residencias de los gobernadores. Este asesor se llamó del Bureo, y su empleo existe aun en la Habana, por no haberse comunicado á dicho capitan general la real órden de 2 de setiembre de 1841, que suprimió definitivamente los juzgados de la real casa.

Nombra el rey estos asesores á propuesta que hacia el mayordomo mayor de palacio cuando existia este funcionario. Gozan del fuero patrimonial y exenciones concedidas á los empleados de la real casa. Deben asistir en las horas que se señalen á la sala del juzgado, tanto para acordar por sí las providencias de sustanciacion en las causas y pleitos contenciosos que les correspondan en primera instancia, como para verlos y fallarlos definitivamente con acuerdo del capitan general, teniendo siempre presente la observancia de las leyes generales en los negocios comunes, y en lo concerniente al real patrimonio las particularidades establecidas ó que se establezcan en las ordenanzas y reales resoluciones. V. **ASESOR DE LA REAL CASA, FUERO PATRIMONIAL.**

ASESOR DE ADELANTADO. Al hablar de este alto funcionario en el artículo correspondiente, entramos en algunas investigaciones para probar, y creemos haberlo demostrado, que los adelantados fueron autoridades judiciales que conocian en apelacion de los negocios contenciosos; pero asistidos y ausiliados por hombres instruidos en el fuero y derecho que debian aplicar. Estos letrados, pues, encargados de darles su consejo y de ayudarles en la definicion de las causas, son los que se llamaban y tenian el verdadero carácter de asesores de los adelantados. Asistíanles tambien del mismo modo en el desempeño de su autoridad gubernativa y en todos los casos de dificultad, duda ó conflicto. El nombramiento de estos asesores lo hacia el rey, y su importancia social era proporcionada á la entidad de las funciones que ejercian (1).

ASESOR DE LOS ALCALDES DE LA HERMANDAD. Los que se nombraban para asesorar á los alcaldes llamados de la hermandad. En el artículo correspondiente decimos que la jurisdiccion llamada de hermandad competia á ciertas autoridades creadas para conocer de los escesos y delitos sometidos á esta misma jurisdiccion. Estas autoridades, conocidas con el nombre de alcaldes, eran legas, y como por su instituto debian conocer y conocian efectivamente de varios delitos, instruyendo los procesos é imponiendo á su tiempo las penas correspondientes, tenian que valerse de letrados, que para estos casos las dirigian con su consejo y conocimientos. V. **ALCALDES DE LA HERMANDAD.**

(1) Ley 22. tit. 22. Part. 2.

ASESOR DE ARTILLERIA. Deben su orígen estos asesores á la misma real cédula ó decreto, que concedió á los cuerpos de artillería la especial gracia de tener un juzgado privativo y peculiar, en el cual se ventilasen y decidiesen todas las causas y negocios de sus individuos y dependientes; pero el número, carácter y atribuciones se fijaron últimamente en el reglamento 14 de la ordenanza del cuerpo publicada en 1802. En su consecuencia, existen asesores en los juzgados de artillería que hay en las fábricas, maestranzas y plazas de importancia, en las capitales de los cinco departamentos y en la corte.

En este último punto desempeña la asesoría el mismo que tiene á su cargo la de ingenieros; pero en los demas, donde como queda dicho, hay tambien asesores, son elegidos de la clase de abogados, y los nombra para los departamentos el asesor general con acuerdo del director general; y para las plazas, maestranzas y fábricas, los asesores de los departamentos con los subinspectores.

Estos asesores nada actúan por sí y en su propio nombre; así es que solo instruyen bajo la autoridad de los gefes respectivos, presidentes de los juzgados, las causas civiles y espedientes gubernativos que se ofrecen en ellas, sin poder principiarlas por su propia autoridad, sino en virtud de órden de dichos gefes; ni tampoco pueden dictar en ellas por sí mismos auto ni providencia alguna interlocutoria ó definitiva, ni mucho menos pronunciar sentencia, sino á nombre del gefe, ó redactarla con acuerdo suyo, el cual la firmará en lugar preferente, y el asesor en lugar inferior. Respecto de las causas militares, ó se deciden en sumario, que forman los ayudantes de las secciones de tropa con dictámen de los asesores y conformidad de los gefes militares, ó si se elevan á plenario, se juzgan en consejo de guerra, evacuando tambien entonces los asesores los dictámenes que en el trascurso y finalizacion de la causa se pidiesen.

Estos funcionarios usan de uniforme, tienen fuero militar, perciben los derechos de arancel conforme se prescribe en las ordenanzas generales del ejército, y para sus solicitudes y adelantos en la carrera les sirven de mérito los servicios prestados en estos destinos.

ASESOR DE LA ASOCIACION GENERAL DE GANADEROS. Cambiado el nombre y alterada la organizacion del antiguo consejo de la Mesta con la creacion de la *Asociacion general de ganaderos*, verificada en 31 de enero de 1836, cuenta este cuerpo, entre otros empleados, con un asesor, que comunmente se llama consultor y desempeña el encargo que desde luego indica su mismo nombre. Ha de ser precisamente letrado y dá su dictámen no solo en los casos en que se versen algunos puntos de derecho, sino en otros administrativos ó gubernativos en que á los intereses de la asociacion convenga consultarle.

Asiste á las juntas generales de ganaderos que se celebran para acordar cuanto se considere conducente á la conservacion, prosperidad, policía y régimen de la ganadería del reino; el presidente de la asociacion oye el parecer del consultor cuando le parece oportuno; asiste á la comision permanente y central que esta misma asociacion tiene en la corte para promover ante el gobierno y autoridades superiores los asuntos de interés general; forma parte tambien de la comision especial llamada de cañadas y portazgos, encargada de informar sobre todos los negocios relativos á la trashumacion de los ganados y de otros objetos; finalmente, dirige como abogado los pleitos que sigue la comision permanente á nombre de la asociacion general para defender los derechos de la ganadería, dando cuenta en las juntas generales del estado de estos pleitos para su conocimiento ó para acordar el curso que debe dárseles segun el dictámen del mismo consultor.

ASESOR ESPECIAL DEL CUERPO DE CARABINEROS. Así se llamaba el letrado que asistia con su dictámen al inspector general de carabi

neros del reino en todos los asuntos contenciosos y gubernativos sobre que le consultaba. Fue creado por real órden de 28 de julio de 1847; y por otra de 10 de agosto del mismo año se le concedió una gratificacion para atender á los gastos de escritorio, que se sufragaban del fondo de comisos del cuerpo. No se le asignaron sueldo ni derechos de arancel, en atencion á que el nombrado en la creacion de este destino disfrutaba la cesantía de ministro del Tribunal Supremo de Guerra y Marina.

A este funcionario se le pasaban indistintamente para resolver con su acuerdo todos los espedientes que, por versar sobre puntos de derecho, ofrecian alguna dificultad á los oficiales gefes de mesa de la inspeccion, bien fueran contenciosos, bien gubernativos, y especialmente si habia que aclarar el espíritu ó inteligencia de alguna ley, decreto, real órden, instruccion ó circulares que ofrecieran duda. Tambien debia oírsele antes de aprobar las contratas relativas á objetos del cuerpo y fianzas que prestan los contratistas. Esta plaza fue suprimida como innecesaria por real órden de 9 de octubre de 1849.

ASESOR DE COMERCIO. Es el letrado que con el nombre de consultor asiste en los tribunales de comercio para darles su dictámen y consejo en los actos pertenecientes al desempeño de su ministerio judicial. En cada tribunal de comercio ha de haber un consultor letrado (1) de nombramiento real, á propuesta en terna de los mismo tribunales (2).

Corresponde á este funcionario dar su dictámen por escrito, cuando sea consultado por el tribunal en las dudas de derecho que le ocurran, así en la sustanciacion como en la decision de los negocios de su competencia (3); y esta obligacion existe aun en el caso de que el tribunal llame al letrado consultor para que asista á la audiencia y resuelva en el acto las dudas que se le propongan, segun prescribe el artículo 54 de la ley de enjuiciamiento. El objeto de la ley mercantil al exigir esta formalidad, es que conste el dictámen del asesor para que se pueda conocer su responsabilidad si no fuere conforme á derecho. Los dictámenes han de reservarse en un legajo, colocados por órden de fechas y con separacion de negocios (1).

El dictámen de los asesores no es obligatorio á los tribunales de comercio, que pueden exigir el de otros letrados nombrados á mayoría de votos, y arreglar sus fallos segun su conciencia. Cuando la providencia sea conforme al dictámen del letrado consultor, este, y no los jueces, responde del error de derecho que contenga lo providenciado; pero si el tribunal despreciando el dictámen elige el de otro letrado (2), son responsables los jueces del error de derecho que haya en la providencia, sin perjuicio de la responsabilidad del que dió el dictámen erróneo. Estas disposiciones envuelven una irregularidad; porque si en el segundo caso se supone en los jueces bastante conocimiento para seguir ó desechar un dictámen, no hay razon para que no se suponga lo mismo cuando siguen el del primer letrado censultor. Pero la ley así lo ha dispuesto, y en el citado caso de concurrir ambos dictámenes, es práctica unir el del último letrado al del consultor, colocándolos en el legajo de que se ha hecho mérito.

Cuando el tribunal, para proveer, decide la formacion de apuntamiento, es obligacion del consultor hacer el estracto y pasarlo al escribano para que se lea el dia de la vista, sin perjuicio de responder á las preguntas que le haga el tribunal sobre el espediente (3). Concurriendo el consultor al tribunal, ocupa el último lugar despues del cónsul mas moderno, y por el órden de asientos con que están los jueces (4).

Los letrados consultores disfrutan de do-

(1) Art. 1195 del Cod. de Com.
(2) Art. 1196 de id.
(3) Art. 1197 de id.

(1) Art. 50 de la ley de 24 de julio de 1850.
(2) Arts. 51, 54, 55 y 54 de id.
(3) Arts. 71 y 72 de la ley de 24 de julio.
(4) Art. 54 de id.

tacion fija y devengan ademas honorarios por el reconocimiento de los procesos para dictar autos definitivos ó interlocutorios que causen estado, y por los apuntamientos que forman para la vista, desempeñando de oficio y sin derechos todas las consultas, contestaciones, esposiciones y demas trabajos que les correspondan por su calidad de consultores, inclusa la asistencia á los juicios verbales.

Cuando el asesor no pudiese desempeñar su encargo por algun impedimento, corresponde al tribunal designar el letrado que debe sustituirle, para cuyo efecto los de comercio deben tener formada una lista de abogados dignos de su confianza, segun se dice con mas estension al hablar de la recusacion de estos funcionarios.

En el art. 12 del real decreto de 7 de febrero de 1831 se declaró que los asesores ó consultores de comercio no pudieran ejercer la profesion de abogado en el territorio jurisdiccional del tribunal de Comercio, pena de privacion del cargo al contraventor: y habiendo dado lugar esta disposicion á que se dudase si escluia absoluta y omnímodamente á dichos funcionarios del ejercicio de la abogacía, se declaró por punto general en 20 de julio de 1833 que solo estaba prohibido á los letrados consultores el desempeño de su profesion de abogados en los asuntos mercantiles de los respectivos tribunales de comercio, siéndoles permitido ejercerla en los demas negocios que se ventilen en otros tribunales.

En Indias están sujetos los consultores de comercio á las mismas disposiciones que los de la Península y se arreglan los tribunales mercantiles al Código y ley de enjuiciamiento.

ASESOR DE CONSULADO DE ESPAÑA EN PAIS ESTRANJERO. Es el letrado que asiste y dá su consejo en materias y casos de justicia á los cónsules españoles en paises estranjeros y á los vicecónsules ó personas que en ausencias y enfermedades hacen sus veces.

Nombrados estos asesores por las personas que ejercen la jurisdiccion consular, intervienen en los negocios civiles y en los criminales.

Cuando los cónsules procedan como jueces de primera instancia, tienen el deber de dictar sus providencias definitivas y las que tengan fuerza de tales, con acuerdo de asesor siendo posible. El nombrado para este caso observará en el procedimiento las leyes del reino siempre que las circunstancias locales, la perentoriedad é índole especial ó escepcional de los casos lo permita. Los fallos definitivos deberá ajustarlos siempre á las mismas leyes del reino.

En otro caso puede intervenir tambien el asesor aconsejando á los jueces consulares, y es cuando estos se constituyen en tribunal de apelacion, conforme á la regla 4 de la ley provisional dictada para la observancia del Código penal, á fin de conocer en los juicios correccionales ó de faltas. En tal caso deberán observar puntualmente las disposiciones de dicho Código (1).

ASESOR DE CORREOS. Antes de que se estableciese, por real decreto de 20 de diciembre de 1776, la real junta de correos y postas, habia ya asesores en el juzgado ordinario, que conocia en Madrid de los asuntos especiales de dichos ramos (2). Confusas ó muy poco deslindadas estuvieron por entonces las atribuciones de aquellos funcionarios, hasta que la *Ordenanza general de correos* de 8 de julio de 1794 señaló de una manera definitiva el carácter peculiar del *asesor de correos y caminos*, segun le denomina en su título 5.

Correspondia su nombramiento al rey, á propuesta del superintendente general, que lo era el primer secretario de Estado; formaba parte de la real y suprema junta de correos, en la cual tenia asiento despues de los directores y antes que el fiscal; podia asistir á la suprema de apelaciones, de la cual era miembro; pero absteniéndose de votar en los recursos de queja ó apelacion que se interpusieren de las sentencias ó

(1) Real decreto de 29 de setiembre de 1848.
(2) Ley 1, tit. 13, lib. 3 de la Nov. Recop.

providencias que hubiese dictado en primera instancia.

Era obligacion suya asistir diariamente en las horas acostumbradas á la casa y sala del tribunal, para acordar con los directores generales las providencias gubernativas ó contenciosas que exigia la naturaleza de los negocios; teniendo siempre presente la observancia de las leyes generales, que debian estar á la vista sobre la mesa del tribunal, para la resolucion de los asuntos comunes, y en los de la renta las ordenanzas, instrucciones, reglamentos y órdenes referentes á la misma y al ramo de caminos, portazgos y posadas. Debia tambien procurar por todos los medios, que tanto los jueces, directores generales en su respectivo ramo, como los subdelegados de las provincias observasen las citadas leyes, ordenanzas y demas reales resoluciones, así en la breve sustanciacion de los pleitos como en su justa y prudente determinacion, escusando altercados y competencias, cuando no fuesen de absoluta necesidad; y en caso de haberla, guardar con las justicias ordinarias y privilegiadas suma moderacion, pasando los oficios mas atentos, urbanos y justos, que habia de firmar ademas uno de los directores, como los despachos para practicar alguna diligencia fuera de la corte.

El asesor era responsable de los daños y perjuicios que ocasionasen sus determinaciones en los casos prevenidos por las leyes, pues era obligacion suya evitarlos en negocios contenciosos. Mas cuando eran gubernativos, quedaba mancomunado con los jueces directores generales que intervenian en el acuerdo, á no ser que constara su oposicion ó protesta contra la providencia.

Gozaba del mismo sueldo que los directores, de la antigüedad y honores de consejero de Hacienda y de todas las exenciones, privilegios é inmunidades del fuero de este ramo.

Suprimido el juzgado privativo por real decreto de 17 de octubre de 1842, quedó á la vez suprimido el destino de asesor; pero reconocida desde luego su necesidad, se restableció con dotacion fija, como anteriormente, bajo el nombre de *consultor general de correos, caminos y canales*, teniendo á su cargo únicamente la parte consultiva de dichos ramos, sobre los cuales le oian directamente algunas veces los directores, y aun los ministros.

Estaba obligado á dar su dictámen sobre cuantos puntos de derecho ocurrieran, y particularmente sobre el cumplimiento de contratos, validez de remates, direccion que debia darse á los infinitos negocios que pudieran consultarle las direcciones. Debia asistir personalmente á los remates y subastas de portazgos, pontazgos, carreteras y demas obras de utilidad pública, y habia de emitir su dictámen sobre toda clase de fianzas en los ramos de que va hecho mérito, no habiendo ejemplar de que se haya aprobado ninguna sin este requisito; por último, debia darle en todos los alcances de cuentas y malversaciones, fijando las penas que hubieran de imponerse contra los defraudadores de caudales públicos.

El consultor en el último estado que hemos descrito, no tenia categoría declarada; pero se observaba que solo se concedia este cargo á personas que habian obtenido altos destinos en la administracion y magistratura.

Por real decreto de 7 de setiembre de 1849, fue suprimida la plaza de consultor de correos, teniendo en cuenta que encargado por la ley el Consejo Real de ilustrar al gobierno siempre que este juzgue necesario oir su dictámen, habia llegado á ser innecesario aquel destino. Pero como en los otros dos ramos, á saber, en el de caminos y canales, dependia á la sazon el consultor del ministerio de obras públicas, ha quedado subsistente en él la plaza de asesor en todos las consultas que se le hacen relativamente á esta materia.

ASESOR DE CRUZADA. Concedida por la Santidad de Julio II, en el año de 1509 la bula de la Santa Cruzada á los reyes católicos, pareció conveniente despues crear un tribunal encargado del conocimiento de todos los negocios y causas pertenecientes á dicha bula y sus ren-

tas. Erigido en efecto con el nombre de *Consejo de Cruzada*, al cual sustituyó con el trascurso del tiempo el de tribunal de la comisaría general de Cruzada, se nombró, como era consiguiente, un asesor para dirigir los asuntos propios de esta jurisdiccion especial. En el año 1548 habia un solo asesor todavía en este tribunal, como se deduce del pár. 1 de la ley 7, tít. 11, lib. 2, Nov. Recop., que encargaba que las bulas en romance que se habian de dar en las predicaciones de las Cruzadas se vieran por el comisario general y su asesor, y esto mismo sucedia aun en el año de 1551.

En este año, y con fecha de 10 de julio, fue cuando el señor don Cárlos I, informado de la falta de regularidad que se observaba en el despacho de los negocios de justicia y hacienda, puestos á cargo de la comisaría general, dió una prolija instruccion, que deberian observar el mismo comisario y oficiales de Cruzada, y tocante á las atribuciones del asesor, dispuso:

1.° Que el asesor señalara las provisiones de justicia y las cédulas que el rey hubiere de firmar, sin cuyo requisito no podrian ser despachadas.

2.° Que cuando en algun negocio tocante á Cruzada se ocurriere al Consejo ó por vía de fuerza ó agravio ó suplicándose de alguna cédula, el asesor hubiera de informar, sin poderse proveer cosa alguna sin oir su dictámen.

3.° Que no se despachara ninguna dispensacion sin que fuera vista y señalada por el asesor.

4.° Que cuando se hubiera de tomar asiento sobre la Cruzada se juntasen el comisario general con el asesor y contadores de la Cruzada y con uno de los del consejo de Hacienda para ver las condiciones con que deberia verificarse.

5.° Que diera su parecer y dictámen sobre la idoneidad de las fianzas del asentista.

6.° Que tambien le hubiera de dar cuando se tratase de resolver cuál de los pliegos ú ofrecimientos para el asiento era el mas aceptable.

7.° Que cuando S. S. concediere subsidio y se hubiere de formar concordia con las iglesias, el asesor hubiera de dar tambien su dictámen.

8.° Que en las consultas que se hubieran de tener con el rey sobre cosas de Cruzada y subsidio se hubiera de hallar presente con el comisario y contadores el asesor.

9.° Que hubieran de presentar en el Consejo el arancel de los derechos que llevase.

10. Y últimamente que no pudiese recibir directa ni indirectamente ninguna dádiva ni presente, ni cosa alguna de mas de sus derechos, bajo ciertas penas.

En el año de 1668 existian ya dos asesores, como se desprende de la ley 5, tít. 11, lib. 2 de la Nov. Recop., la cual, teniendo presentes las competencias suscitadas entre el Consejo Real y el de Cruzada, dispuso que para su resolucion asistiesen inviolablemente dos ministros del Consejo y otros dos que fueren asesores actuales del de Cruzada. De donde se infiere tambien que los asesores del Consejo, entonces de Cruzada, eran ministros del propio Consejo Real, encargados de desempeñar esta importante mision, como tomaban á su cargo algunas otras de análoga naturaleza.

Y en efecto era así. Hasta aquella época es cosa incontestable que sirvieron por comision las espresadas asesorías ministros de los reales consejos, como lo es tambien que siguió observándose la misma práctica en los tiempos posteriores. Por los años de 1700 á 1725 hubo tres asesores que, como resulta de un estado de la comisaría general de Cruzada que tenemos á la vista, percibieron la cantidad de 31,521 rs. De 1726 á 1750 hubo dos. En este último año don Fernando el VI estableció una Direccion para administrar por cuenta de la Real Hacienda las gracias de la Bula y del Escusado; compúsola de varios ministros, y suprimiendo el antiguo consejo de Cruzada, dejó solo el juzgado de la comisaría general con el comisario, *un solo asesor* y otros dependientes que no es del caso enumerar.

Este asesor subsistió hasta el año de 1752 con la dotacion de nueve mil reales. Posteriormente se restablecieron los dos asesores, como de antiguo se observará, y desde fines del siglo XVIII ya no consta que se proveyese mas que una asesoría.

Hemos dicho que la práctica de proveerse las espresadas asesorías en ministros de los reales consejos, siguió observándose en los tiempos posteriores, habiendo tenido ocasion de notar en los antecedentes que hemos examinado con relacion á este propósito, que por lo comun recaia aquella comision en ministros del consejo de Indias á propuesta del comisario general; que se elevaba á S. M. por conducto del ministro de Hacienda. En algunas de las esposiciones que hemos visto de este ministerio á S. M., comprensivas de semejantes propuestas, se decia: «que debiendo recaer la »comision en otro ministro del mismo con»sejo de Indias *segun la regalía que en esta »parte le tiene concedida S. M.*, y mandado »conservar en real órden de 23 de marzo »de 1778 y 29 de diciembre de 1793, pasó »á proponer, etc.»

Los asesores de Cruzada intervenian principalmente en dictar con el comisario general las providencias oportunas para hacer efectiva la cobranza de la limosna de la bula, no solo en estos reinos, sino en los de Indias; en acordar sobre las quejas, dudas y disputas que se suscitasen, ya acerca del modo de exigir la referida limosna y el importe de los mostrencos y abintestatos, ya sobre las exenciones de cargas personales de que gozaban muchos empleados, y ya en fin acerca de la inteligencia y cumplimiento de los asientos hechos en razon de dichas rentas; en determinar los pleitos que se movian con ocasion del fuero privativo de Cruzada; en conocer de los procesos dirigidos á impedir y castigar los desórdenes y abusos que se esperimentaban en las demandas y cuestas de limosnas; en sentenciar las causas que se suscitasen con ocasion de los otros dos ramos, el *Subsidio* y el *Escusado*; en oir las quejas y recursos elevados contra los procedimientos de los subdelegados para su exámen, y en determinar finalmente los que se suscitasen contra las personas que disfrutaban el fuero de Cruzada.

Las reformas que esperimentaron en el año de 1834 los tribunales supremos de la nacion, produjeron la supresion de estos asesores. Suprimidos los Consejos de Castilla y de Indias (1), é instituido en su lugar un Tribunal Supremo de España é Indias, se ordenó (2) que los magistrados de este elevado cuerpo mientras estuviesen en actual servicio no pudieran desempeñar comision alguna que tuviere asignacion, sueldo ó derechos eventuales de cualquiera clase. Desde entonces debieron cesar y cesaron en efecto los asesores de Cruzada, y habiéndose mandado que fuesen reemplazados por el de la superintendencia general de Hacienda y el de las direcciones de rentas, desempeñaron estos su encargo hasta que quedaron suprimidos sus destinos á consecuencia de haberse creado la direccion de lo contencioso. Desde entonces se nombran asesores especiales para el tribunal de Cruzada de la clase de magistrados, estando dispuesto que para decidir en tercera instancia los negocios judiciales de espolios y vacantes se asocien al Colector general dichos asesores de la comisaría de Cruzada (3).

ASESOR DE LAS DIRECCIONES GENERALES DE RENTAS. Tuvieron orígen estos funcionarios á consecuencia de la necesidad frecuente que tenian aquellas de consultar con personas conocedoras del derecho gran número de asuntos puramente contenciosos para determinar la direccion que debia dárseles ó la resolucion que deberia recaer á fin de que los intereses de la Hacienda no quedasen perjudicados. Estableciéronse en la instruccion de rentas de 1824, la cual en su artículo 11, cap. 2, tít. 1, dispuso que la direccion general tendria un abogado consultor, cuyo dictámen oiria ya en cuerpo reunidas las direcciones, ó en particular, en

(1) Real decreto de 21 de marzo de 1834.
(2) Real decreto de 14 de abril de 1834.
(3) Real decreto de 21 de marzo de 1850.

todos los casos en que se versaran puntos de derecho ó materias forenses.

Establecido un solo asesor, sin que en este punto se hiciera innovacion alguna, con posterioridad hubieron de aumentarse sin embargo dos ausiliares ó consesores de real nombramiento que ayudaban á despachar los asuntos de la asesoría, bajo la direccion del asesor mismo; hasta que disminuldo en gran parte el trabajo por la segregacion de las direcciones generales de fincas del Estado y de la inspeccion de carabineros, que vinieron á tener sus asesores especiales, quedó suprimida la plaza de los dos coasesores.

Las atribuciones del asesor general se reducian á dar su dictámen en todos los asuntos indistintamente que le consultaban los directores, bien fuesen contenciosos, bien gubernativos, muy especialmente cuando habia que aclarar la inteligencia de alguna ley, decreto, circular ó instruccion que ofreciese duda y fuese aplicable á los casos sometidos á la resolucion. Tambien estaba mandado espresamente que se oyera al asesor, y así se observaba en todos los espedientes de robos, de calificacion de fianzas, cumplimiento ó inteligencia de contratos y arriendos, de subastas y algunos otros análogos. Asistia tambien á la sacra asamblea de la órden de San Juan para emitir de viva voz su dictámen en todos los asuntos que se ventilaban en el tribunal de la misma.

El asesor de las direcciones disfrutó en los primeros tiempos el sueldo de veinte mil reales, que con el tiempo se aumentó á veinticuatro y á treinta mil. Tenia el carácter de oficial segundo de Hacienda pública con derecho en su caso y lugar á cesantía, jubilacion y goces de monte pio (1). Cuando suprimidos los Consejos de Castilla é Indias se mandó que el asesor de la superintendencia y el de las direcciones generales, desempeñasen la asesoría del tribunal de Cruzada, concurrian con el comisario general al despacho y fallo de los negocios propios de su jurisdiccion.

(1) Real órden de 31 de julio de 1834.

Por real decreto de 28 de diciembre de 1849, quedó suprimida la asesoría de las direcciones generales de rentas por haber quedado refundida esta plaza en la nueva direccion general de lo contencioso.

ASESOR DE FINCAS DEL ESTADO. Creóse este destino por el deseo que censuramos en otro artículo, de tener cada una de las dependencias de la administracion central medios propios é independientes de llenar el objeto respectivo de su institucion. Siendo muy natural y lógico que las consultas de esta direccion se sometiesen al asesor de las direcciones de rentas, se creó sin embargo aquella plaza que ha subsistido hasta época muy reciente. Las funciones de este asesor se reducian á dar su dictámen en todos los casos en que la direccion creia conveniente pedirlo, lo cual sucedia por lo comun cuando se suscitaba alguna cuestion de derecho, ya por consecuencia de los remates y subastas de las fincas, ya de los arrendamientos de ellas, ya de la inobservancia de los contratos, ya en fin de otras muchas causas que seria prolijo enumerar. Suprimida esta asesoría como innecesaria por real decreto de 7 de setiembre de 1849, no ha vuelto á restablecerse, habiéndose refundido las atribuciones que ejercia en la direccion general de lo contencioso.

ASESOR DE GUARDIAS DE LA REAL PERSONA. Varias clases de asesores tuvieron los juzgados privativos de los guardias de la real persona, habiendo por lo regular uno en cada jurisdiccion privilegiada. Reuniéronse luego todos en una asesoría general, á cargo del consejero de guerra togado mas antiguo, que asistia con su consejo y dictámen á los respectivos jueces de estos cuerpos privilegiados del ejército en todo lo concerniente á la administracion de justicia, competencias y cualesquiera puntos de derecho.

Suprimida la Guardia real interior y esterior, se ha conservado el cuerpo de Alabarderos con todos los antiguos privilegios y preeminencias que aquella reunia: en su consecuencia tiene juzgado privativo, que

forman el comandante general de las compañías y su asesor general, que conoce con el primero de todas las causas de sus individuos, á escepcion de las de desafuero. La misma intervencion tiene el asesor en los pleitos, testamentos, inventarios y demas que comprende este fuero privilegiado, aunque no se ha publicado ninguna ordenanza particular marcando su carácter y atribuciones.

ASESOR DE GUERRA. Comprendemos solamente bajo este nombre á los letrados que con su dictámen y consejo asisten á ciertos y determinados gefes militares en los actos que se refieren al desempeño de la jurisdiccion militar ordinaria que dentro de una muy reducida esfera les está encomendada. Así, por ejemplo, llamamos asesor de guerra al letrado que acompaña á un comandante general de provincia en el ejercicio de las atribuciones que son propias de su juzgado privativo; sucediendo lo mismo con el letrado que asesora á un gobernador de plaza, cuando no hay en ella auditor general de guerra.

Poco ó nada se detuvieron las *Ordenanzas generales del ejército* de 1716 en marcar el carácter de estos funcionarios, teniendo que recurrir á las reales órdenes posteriores y á la práctica quien desee investigar lo que es propio y peculiar de los mismos.

Los asesores de las comandancias generales son de nombramiento esclusivo del capitan general del distrito, á cuya dependencia están sujetos conforme á las ordenanzas (1). Hay uno en cada comandancia á escepcion de la del campo de Gibraltar, que por su importancia militar tiene auditor. Intervienen en todas las consultas sobre procedimientos sumarios que deban resolverse en los juzgados de las comandancias generales, donde no podrán despacharse sin acuerdo de estos funcionarios; sin embargo, si ocurriese discordia, se pasará la consulta al capitan general respectivo para que la dirima con su auditor.

Cuando los procedimientos se hayan elevado á plenario, mediante el acuerdo del comandante general y su asesor, y el prévio permiso del capitan general, se remite á esta autoridad superior la consulta evacuada, cesando los primeros en sus funciones. De manera que el comandante general y su asesor no pueden pronunciar fallos definitivos con fuerza de tales, ni interlocutorios; y si lo hiciesen, es preciso elevarlos á la aprobacion de la auditoría de guerra del distrito, de cuya conformidad recibirán su fuerza, no teniendo hasta entonces carácter ejecutivo de ninguna clase. Lo mismo sucede cuando el comandante general y su asesor obran en virtud de comision especial que la auditoría les comete sobre determinado negocio.

Estos asesores conocerán privativamente de todos los testamentos y particiones de bienes de los militares ó aforados de guerra que fallecieren dentro del territorio de su comandancia (1), sin llevar por ello derecho alguno, como ni tampoco por las actuaciones de las causas criminales, exigiendo de las demas con arreglo á los aranceles generales, no obstante cualquiera otro arancel, providencia, práctica ó costumbre que en alguna provincia se halle establecida (2). No gozan de sueldo, ni tienen carácter de funcionarios del gobierno; pero sus servicios son muy atendidos por este, que suele recompensarlos á cierto tiempo con los honores de auditor de guerra ú otras distinciones ó empleos. Pero disfrutan del fuero de guerra (3), que pierden, ademas de los casos generales y comunes á todos los aforados, cuando delinquen como abogados en otros tribunales (4). Y aunque el fuero envuelve ciertas obligaciones, entre las cuales debemos contar la necesidad que tienen los aforados de impetrar licencia para casarse, no alcanza este deber á los asesores, que pueden contraer matrimonio sin autorizacion de sus gefes militares (5).

(1) Art. 9, tit. 9, trat. 8.

(1) Real decreto de 23 de marzo de 1759.
(2) Art. 10, tit. 9, trat. 8 de las Ordenanzas generales del ejército de 16 de enero de 1716.
(3) Real orden de 23 de setiembre de 1763.
(4) Real órden de 7 de marzo de 1798.
(5) Colon, trat. *de la jurisdiccion castrense.*

Hemos dicho anteriormente que habia asesores de guerra al lado de los gobernadores de las plazas. Veamos ohora su carácter y atribuciones. El nombramiento de estos funcionarios tiene lugar en las plazas donde no hubiere auditor, y corresponde al mismo gobernador, quien elegirá el letrado que deba acompañarle con su dictámen en los negocios del juzgado. El asesor formará las sumarias de las causas sobre delitos comunes y sin conexion con el servicio, en que incurran los oficiales hasta tenientes coroneles inclusive, y de este grado arriba dará el gobernador cuenta al capitan general, cuando no se teme la fuga; pero cuando el caso insta ó hay riesgo por la no detencion, formará tambien el asesor la sumaria, y se asegurará la persona del delincuente (1). Cuando este sea de sargento abajo, conocerá de la causa el consejo de guerra ordinario. Mas á pesar de estas disposiciones terminantes de las Ordenanzas, los gobernadores y sus asesores se sujetan en la práctica á la auditoría del distrito, del mismo modo que los juzgados de las comandancias generales. Tambien se requiere el dictámen y acuerdo de estos asesores en las causas de estranjeros transeuntes, ó sobre embarcaciones estranjeras de que en ciertos casos conocen en primera instancia los gobernadores de las plazas.

De otros asesores de guerra hablan las leyes Recopiladas, y son los que al restablecerse en 1743 el supremo Consejo de Guerra al régimen que tenia antes del año 1713, fueron nombrados para las dependencias de justicias en este mismo tribunal. Estos asesores fueron tres ministros del Consejo de Castilla (2), cuyo dictámen no estaba el de guerra precisado á seguir en las causas sujetas á ordenanzas militares (3).

ASESOR DE LA HERMANDAD DEL HOSPITAL GENERAL. Creado un juzgado privativo en el hospital general de esta corte, á cargo del hermano mayor, para conocer de todas las causas civiles y criminales que perteneciesen á los reales hospitales y sus dependientes, se mandó por real cédula de 8 de junio de 1760 que se sustanciaran todas por ante escribano, y que se sentenciaran con acuerdo y dictámen escrito en ellas de asesor. Tal fue el objeto de la institucion de este funcionario, y tal era tambien el límite de sus atribuciones. Consultábasele sin embargo ademas, siempre que al hermano mayor le ocurria alguna duda, para cuya resolucion creia oportunos los conocimientos del derecho. En el dia, como desde luego se comprende, no existe semejante asesoría, habiendo desaparecido la jurisdiccion privativa á que era referente.

ASESOR DE INGENIEROS. Se designa con este nombre á los letrados que asisten ó dirigen con su dictámen á los jueces privativos del cuerpo de Ingenieros en los actos que se refieren al desempeño de su ministerio judicial. Asi, pues, los límites de la jurisdiccion fijan tambien el término á donde alcanza la intervencion de los asesores.

De estos hay uno general para el juzgado general de la corte, y otros subalternos que existen hoy dia en cada una de las direcciones, subinspecciones de la Península é islas adyacentes, posesiones de Africa y Ultramar, y en los puntos donde se hallan establecidas escuelas especiales del cuerpo. El primero lo desempeñaba antiguamente un consejero de la guerra, nombrado por el rey; los segundos, como han de ser los mismos que para los juzgados de artillería, donde los haya, los nombra el asesor general, poniéndose de acuerdo con el director general de artillería y el ingeniero general, así como para la eleccion de fiscal y escribano del juzgado de la corte. Los asesores de las subinspecciones ó comandancias independientes de España, Ceuta y Canarias propondrán al asesor general su fiscal y escribano respectivos, procurando que dichos empleos recaigan en sugetos de pericia y reputacion. En Indias desempeñan las ase-

(1) Art. 2, tit. 4, trat. 8 de las citadas ordenanzas.
(2) Ley 1, tit. 3, lib. 6 de la Nov. Recop.
(3) Real resolucion de 3 de noviembre de 1751.

sorías los mismos auditores y asesores de guerra.

El asesor general tiene la facultad de subdelegar en letrados de confianza, siempre que esto sea indispensable por circunstancias particulares que concurran en algun caso ó por causas especiales é inherentes al juzgado mismo: entonces deberán precisamente asesorarse con dichos letrados los comandantes de ingenieros de cuyos juzgados dependan los subdelegados, á menos que no entienda directamente en el negocio el juzgado principal.

Para que los asesores puedan conocer de las instancias judiciales se necesita especial decreto de su gefe respectivo, previniéndoles que oigan á los interesados y provean conforme á justicia, hasta verificar la sentencia, que estenderán á nombre del juez, pasándosela luego para que la firme antes de su publicacion.

Los asesores tienen una particular obligacion de informar á sus gefes en los asuntos legales y puntos de derecho que les consulten, procediendo siempre con el mayor pulso para evitar discordias y competencias con otros juzgados (1).

Estos funcionarios gozan las mismas prerogativas que los asesores de artillería, segun se indica en el artículo respectivo.

ASESOR DE LA INTENDENCIA MILITAR. Así se llaman los letrados que asesoran en los juzgados de las intendencias militares, tanto en la general como en las de distritos, tituladas ordenaciones al tiempo de la creacion de las asesorías (2). El nombramiento de estos funcionarios compete al rey (3) á propuesta en terna de los respectivos gefes, la cual se eleva al ministerio de la Guerra. Entre otras obligaciones peculiares de su encargo, la principal y característica, digámoslo así, consiste (4) en dar su dictámen en los asuntos contenciosos de que conoce el juzgado, y en los gubernativos que puedan exigir por su importancia y relacion con los intereses del Estado, con los objetos del servicio y con los ramos especiales de la Hacienda militar (1), esclareciendo ademas los puntos de derecho y dudas que ocurran acerca de la inteligencia de las leyes, reales órdenes y otras disposiciones. Para desempeñar cumplidamente su encargo necesitan los asesores una total independencia; así no podrán dar su dictámen en espediente en que cualquiera de las partes tenga con ellos parentesco ó afinidad, en cuyo caso se oirá el parecer de otro letrado (2).

Las prerogativas y derechos de que gozan, se reducen á una gratificacion proporcionada á la importancia respectiva del tribunal, á devengar los derechos de arancel en los asuntos contenciosos entre partes (3) y al uso del fuero militar que les corresponda en los casos establecidos por el derecho.

ASESOR DE LOTERIAS. El prurito vituperable de contar cada una de las direcciones generales de rentas con elementos propios é independientes de las demas, produjo indudablemente este destino, que si fue innecesario en su origen, de ningun modo puede justificar su existencia en el dia. En el artículo **ASESOR DE LAS DIRECCIONES GENERALES DE RENTAS** citamos el de la instruccion de 1824, que con grande oportunidad disponia que cada direccion por sí ó reunidas oyesen el dictámen del abogado consultor en los casos en que fuera conveniente, atendida la naturaleza de estos. Pareció, sin embargo, mas cómodo emanciparse de la ley comun, y así la direccion de fincas del Estado tuvo su asesor particular; lo tuvo tambien la direccion de carabineros, y túvolo del mismo modo la de loterías.

Estaba á cargo de este funcionario, principalmente, manifestar si las fianzas presentadas por los administradores del ramo se hallaban estendidas conforme á las leyes y disposiciones gubernativas y fiscales. De-

(1) Reglamento 10 de la ordenanza de Ingenieros de 11 de julio de 1803.
(2) Real orden de 4 de octubre de 1829.
(3) Real orden de 4 de octubre de 1829.
(4) Real órden de 10 de diciembre de 1846.

(1) Real órden de 4 de octubre de 1829
(2) Real órden de 5 de enero de 1841.
(3) Real órden de 4 de octubre de 1829.

bia dar tambien su dictámen en los espedientes relativos á las contratas y subastas que hubiera ocasion de celebrar para el mejor servicio de la renta, asistiendo á las últimas para orillar con su consejo cualquier duda que pudiese ocurrir. Debia tambien esponer su parecer, teniendo el director la obligacion de pedírselo en todos los casos en que se ventilasen puntos de derecho ó materias que envolviesen cuestiones de esta clase.

Aunque el decreto de 28 de diciembre de 1849 que suprimió la asesoría de las direcciones generales y algunas otras no espresó la de loterías, sufrió como era consiguiente y regular la misma suerte. Sin embargo, fue despues restablecida y subsiste en la actualidad, siendo un evidente contrasentido que habiéndose creado la direccion general de lo contencioso, compuesta de letrados que deben ser versados en la legislacion precisamente para emitir su dictámen en los negocios de la administracion central del ministerio de Hacienda, en que se versen cuestiones de derecho comun civil ó administrativo, se conserve en una dependencia de esa misma administracion central un asesor encargado de dar su dictámen, ni mas ni menos que sobre las propias cuestiones. La existencia de esta asesoría, sobre ser incompatible con la de la direccion de lo contencioso, es una escrecencia que afea notablemente la bien entendida reforma introducida en la administracion de la Hacienda pública, y que destruye la unidad que muy oportunamente ha querido introducirse con el establecimiento de esa utilísima dependencia.

ASESOR DE MARINA. Se designa con este nombre á los letrados que en los juzgados de Marina asisten á los comandantes de las provincias litorales ó á sus ayudantes de distrito, en todo lo concerniente al ejercicio de la jurisdiccion civil y criminal, que segun fuero les corresponde. Acerca de su institucion apenas encontramos noticia alguna en las *ordenanzas de la real Armada*, que se publicaron en 1748: solamente se habla de los asesores, como por incidencia, en los artículos 25, 36, 38 y 109. Sin duda no estaba por entonces bien determinado su carácter, ni deslindadas sus atribuciones, y por esta razon las ordenanzas suelen confundirlos con los auditores. Mas á pesar de esta oscuridad, se desprende de alguna de sus disposiciones, que el general del departamento tenia á su lado un auditor, y el comandante de provincia un asesor (1). Tambien vemos en un real decreto (2) que poco tiempo despues existia en la corte un asesor general de Marina, quien entre varias obligaciones tenia la de asistir con voto al consejo cuando se ventilaban asuntos judiciales del ramo, por las luces que sus conocimientos, así en las materias prácticas como en la legislacion de marina, podian suministrar para el mejor acierto.

Organizóse la jurisdiccion de marina con la publicacion de la *Ordenanza de las matrículas de mar*, en 1802, y desde entonces vemos establecidos los asesores de las comandancias y de los distritos. El nombramiento de estos, que debe recaer en un abogado íntegro y hábil de los del pueblo, corresponde al comandante de la provincia, con aprobacion del capitan general del departamento. Su obligacion es asesorar á los ayudantes de distrito en las actuaciones ó diligencias que les encargue su respectivo comandante ó en los pleitos, cuya entidad no esceda de 500 rs. gozan del fuero y honorarios de arancel; pero no de sueldo, y tienen opcion á su escala inmediata (3).

El asesor de la comandancia debe ser un letrado libre de todo empleo gubernativo ó de cualquier otro superior carácter, á quien en virtud de informe y propuesta en terna del comandante de provincia al capitan general del departamento ó apostadero, y de este al gobierno, se le espida su correspondiente título (4). Está obligado, luego que un comandante haya tomado posesion de su destino, á informarle con el escribano,

(1) Art. 38, tit. 3, trat. 3 de las citadas ordenanzas.
(2) Real decreto de 29 de abril de 1786.
(3) Ley 3, tit. 7, lib. 6 de la Nov. Recop. y reales órdenes de 28 de setiembre de 1836 y 2 de junio de 1853.
(4) Ley 3, tit. 7, lib. 6 de la Nov. Recop.

circunstanciadamente del estado de los asuntos jurídicos y gubernativos (1): á aconsejarle conforme á justicia en los pleitos y demas negocios criminales ó contenciosos, pertenecientes al juzgado (2); á emplearse en todo lo correspondiente á su profesion, segun las órdenes del comandante, no solo en la capital de provincia, sino en cualquier otro punto dentro de sus límites, á donde le mande ir para evacuar alguna diligencia (3), y por último á asistir á las avenencias que deberá procurar entre las gentes de mar, terminando en cuanto sea posible todas las diferencias por juicios verbales; y siendo indispensable la via contenciosa, hará constar por escribano aquella diligencia, cuya omision serviria de grave cargo al asesor (4). Tambien es obligacion suya, en las causas y casos no comprendidos en las ordenanzas de marina ó no esplicados en órdenes posteriores aclaratorias, gobernarse por las leyes y ordenanzas del reino y fueros municipales, así en materias civiles como criminales; observando la práctica de que en sus pareceres espresen las ordenanzas ó leyes en que los fundaren y las razones de congruencia con otros casos (5).

A estos deberes van anejos ciertos derechos y prerogativas. Gozan del fuero de Marina y derechos de arancel; no pueden ser separados sin justa causa; tienen opcion á la auditoría y fiscalía del departamento ó apostadero y á ser colocados en un juzgado de término despues de diez años de servicio sin nota (6). Ultimamente se ha mandado que se coloquen los asesores de las provincias de marina en la lista general de la armada por el órden de su antigüedad respectiva (7).

En el mismo caso se halla el asesor del tribunal de la direccion general de la armada, establecido en esta corte por real decreto de 28 de noviembre de 1803; pues aunque el juzgado ha sufrido algunas vicisitudes, conserva la forma de ordinario, sin privilegio alguno, desde que se publicó la real órden de 13 de febrero de 1816.

En Indias ejercen los asesores de Marina las mismas atribuciones y tienen iguales deberes y derechos, habiéndose circulado á la Habana y Filipinas las ordenanzas navales y de la matrícula de mar, con las demas órdenes posteriores sobre esta jurisdiccion privilegiada.

ASESOR DE MILICIAS. Tres clases de asesores comprende este artículo, á saber: los de milicias provinciales de la Península que fueron suprimidos con estos cuerpos privilegiados; los de milicias de Canarias y los de Cuba, todavía existentes. Los primeros debian ser letrados de ciencia y conciencia; habia uno en cada regimiento, y su cargo era asistir con su dictámen al coronel respectivo, y en su defecto al comandante cuando ejercian la jurisdiccion correspondiente al fuero militar criminal; preeminencias y exenciones concedidas á todos los individuos de milicias ó al fuero criminal y civil de que disfrutaban los oficiales y algunos otros individuos, sustanciando y determinando las causas segun el órden civil y reglas de derecho, como se practica ante los auditores de guerra. Tambien tenian la misma intervencion que estos en casos semejantes, cuando el sargento mayor por delitos puramente militares formaba los procesos á *estilo de tropa* y conforme las Ordenanzas del ejército (1). En las competencias era requisito indispensable que atendiese el coronel al dictámen de su asesor (2). Este podia exigir de las partes los derechos de arancel, y gozaba del fuero militar en lo criminal, con sujecion á la jurisdiccion de dicho jefe (3).

Respecto de los asesores de milicias de Canarias se han publicado algunas disposiciones en el novísimo reglamento espedido

(1) Art. 23 de la ordenanza de las matrículas de mar de 13 de agosto de 1802.
(2) La citada ley de la Nov. Recop. Art. 25 de la Ordenanza.
(3) Art. 26 de la Ordenanza.
(4) La citada ley recopilada y art. 31 de la Ordenanza.
(5) La misma ley y art. 34 de la Ordenanza.
(6) Art. 29 de la Ordenanza y real órden de 28 de setiembre de 1826.
(7) Real órden de 15 de marzo de 1848.

(1) Leyes 8 y 11, tit. 4, lib. 6 de la Nov. Recop.
(2) Ley 11 citada.
(3) Leyes 11 y 12, id. id.

por real decreto de 22 de abril de 1844 para el mejor régimen de dichos cuerpos. En él se previene que en cada una de las islas los respectivos gobernadores se ausilien de asesores que elija el capitan general en vista de propuestas que aquellos le presenten. Su intervencion se limita á desempeñar en la formacion de los sumarios y en la sustanciacion de los juicios que el capitan general delegue á los gobernadores, las funciones propias de consejeros jurídicos, procurando la observancia rigurosa de las reglas y órdenes existentes sobre la materia. Estos asesores gozan del fuero de guerra, no tienen sueldo y perciben únicamente los derechos de arancel (1).

En cuanto á los asesores de Cuba, se halla vigente el reglamento de milicias de dicha isla de 19 de enero de 1769, en lo relativo á tribunales y forma en que han de conocer de las causas. Así, pues, corresponde á los gobernadores ó tenientes de gobernador nombrar en las capitales su asesor, proponiéndolo al capitan general para que le despache el título, con cuya circunstancia gozarán del fuero civil y criminal como los demas individuos de los regimientos (2). Interviene el asesor en todas las causas civiles y criminales, ya sean de oficio, ya procedan por querella de parte, y deben presentar su dictámen antes de que el gobernador ó teniente gobernador dicten en primera instancia sentencia definitiva (3).

Puede suceder muy bien que las partes recusen al asesor que tenga nombrado el gobernador, en cuyo caso se les mandará que de comun acuerdo se conformen en un letrado que se acompañe al primero dentro del preciso término del tercero dia; y no haciéndolo, el juez lo nombrará de oficio, sin que pueda ser removido ni recusado por las partes (4).

En la segunda instancia no tienen cabida los asesores; pero cuando ha lugar á la súplica, nombra el capitan general un asesor acompañado de su auditor, para que sustanciada aquella, consulten ambos sobre la sentencia, en la cual si discordasen, el capitan general llamará á otro letrado, y oyendo á los tres, resolverá aquello que le parezca mas de razon y justicia.

Ninguno de los asesores lleva salario por esta ocupacion, sino tan solamente los derechos que devenga, arreglándose á la costumbre de la isla (1).

ASESOR DE MINAS. Así se llamaban los letrados que en los casos establecidos por derecho aconsejaban á los inspectores de distrito ó á la direccion general del ramo en la parte judicial ó contenciosa de los negocios concernientes á su respectivo ministerio.

Habia por consiguiente asesores en la direccion general y los tenian tambien los inspectores de distrito.

El asesor de la direccion era nombrado por S. M. á propuesta de la direccion, con la dotacion correspondiente, y aunque no se le consultaba en asuntos de puro hecho que se presentaban claros á juicio de los individuos de la direccion, debia pedirse su dictámen en los que ofrecieran duda ó que comprendiesen algun punto de derecho antes de pronunciarse la sentencia. Asistian tambien con los individuos de la direccion formando tribunal á la vista pública de los pleitos.

La instruccion provisional ya citada que permitia en su caso una tercera instancia en los asuntos contenciosos de minas dispuso que cuando esta instancia tuviese lugar asistiria para dar su dictámen á la direccion uno de los asesores de la superintendencia general de real Hacienda que S. M. tuviese señalado; pero esta disposicion quedó derogada con posterioridad y en su lugar se creó otro asesor llamado de revistas, nombrado igualmente por S. M. para este objeto.

En las inspecciones de distrito habia tambien, como hemos visto, asesores elegidos por los respectivos inspectores con consen-

(1) Arts. 233 y 235.
(2) Art. 8. cap. 10.
(3) Caps. 10 y 11.
(4) Art. 7. cap. 10.

(1) Art. 18, cap. 11.

timiento de los partes, es decir, que tenian la facultad de recusarlos, y recusados quedaban privados del conocimiento. Estos asesores intervenian dando su dictámen á los mencionados inspectores en todos los casos en que se ventilaban puntos dudosos ó que comprendiesen alguna cuestion de derecho.

Como por la ley de 11 de abril de 1849 y siguiente reglamento publicado en 31 de julio del mismo año quedaron suprimidos el tribunal superior de minas y las inspecciones de distrito, mandándose que cesaran en el ejercicio de la jurisdiccion del ramo, ya no puede tener lugar el nombramiento de aquellos asesores, que han dejado de existir, como era consiguiente, despues de semejante reforma.

En Ultramar, como se hallan vigentes las *Ordenanzas de minería* de 22 de mayo de 1783, se observa, segun en las mismas se previene, que en los puntos de derecho y en los que no están claros en las ordenanzas se asesora el real tribunal general de la minería con abogado de ciencia y conciencia á su libre eleccion (1), el cual tiene dotacion fija y absoluta prohibicion de llevar derechos (2). Las diputaciones territoriales designan con igual motivo, á su voluntad, un letrado en el lugar ó pueblo de su residencia; y en su defecto, ó siendo recusado, hace de asesor el juez letrado ó alcalde mayor de la respectiva provincia, no pudiendo nunca dar su parecer en la segunda instancia los que hubiesen emitido dictámen en la primera (3).

ASESOR DE LA REAL CASA. Debe su origen á la jurisdiccion patrimonial; pero su carácter ha variado como lo manifiesta el reglamento de 18 de marzo de 1749, que para el gobierno de la real casa y patrimonio publicó el señor rey don Fernando VI. En él se disponia acerca las causas y pleitos de individuos de las reales servidumbres, que los ministros togados que hasta entonces habian sido asesores consultivos de la real cámara, ambas casas y caballerizas, fuesen cinco en adelante, jueces propietarios cada uno en su respectiva dependencia, en la cual debian conocer, con aviso de su jefe particular, de las faltas graves de los criados que requiriesen órden judicial; pudiendo solo apelarse de su sentencia con permiso del mismo jefe á los otros cuatro ministros, para que fallasen en segunda instancia, sin ulterior apelacion ni consulta (1). Mas adelante, en 1761, y en virtud de otro reglamento y decretos de dicho año, quedaron solamente tres asesores, que nombraba el rey entre los consejeros de Castilla, á propuesta en terna de los respectivos jefes, que lo eran el mayordomo mayor, sumiller de corps y caballerizo mayor: las propuestas y nombramientos se hacian por la secretaría de Gracia y Justicia. Conocian tambien de las faltas graves de los individuos de la servidumbre, en la propia forma que los asesores ó jueces establecidos por el reglamento de 1749, debiendo los tres reunirse para sentenciar en caso de apelacion, sin que se admitiera ulterior recurso (2). Casi al mismo tiempo se crearon los asesores de bosques reales, del intendente de San Ildefonso y de los gobernadores del real heredamiento de Aranjuez y real sitio de San Lorenzo, los cuales asistian con sus consejos á los respectivos jueces privativos en los autos y diligencias referentes al ejercicio de su jurisdiccion (3). Así continuó esta clase de jurisdiccion asesorada, hasta que se hizo la oportuna separacion del gobierno é intereses de la real casa, de los demas del Estado (4). Creóse en su consecuencia una junta de gobierno de la real casa y patrimonio, con jurisdiccion privativa en primera instancia, y la superior y suprema para la vista y revista (5). A las sesiones de esta junta asistia en calidad de asesor general un le-

(1) Art. 10, tit. 3 de las citadas ordenanzas de 22 de mayo.
(2) Real órden de 5 de febrero de 1793.
(3) Art. 10 del citado título y ordenanzas.

(1) Decreto de 9 de agosto de 1813.
(2) Ley 1, tit. 12, lib. 3 de la Nov. Recop.
(3) Leyes 2 y 3, tit. 12, lib. 3 de id.
(4) Tit 10, lib. 3 de id.
(5) Decreto de 22 de mayo de 1814.

trado, siempre que lo creia necesario el mayordomo mayor su presidente nato. El asesor gozaba de los honores y antigüedad de ministro togado del consejo de Hacienda, y su nombramiento correspondia al rey á propuesta del mayordomo mayor, espidiéndose al efecto el decreto y órden convenientes. Debia asistir á las horas señaladas á la casa y sala del juzgado ordinario, tanto para acordar por sí solo las providencias de mera sustanciacion en las causas y pleitos que correspondian en primera instancia á la jurisdiccion de la junta de gobierno, como para verlos y determinarlos definitivamente con su acuerdo los ministros que la componian, procurando con el mayor cuidado que en los negocios comunes se observaran las leyes generales, y en los concernientes al real patrimonio las particulares del ramo. Aunque el asesor era individuo de la junta suprema de apelaciones, sin embargo, debia abstenerse de votar en los recursos de apelacion, queja ó agravio que se interponian de las sentencias ó providencias interlocutorias, cuando los negocios contenciosos hubiesen principiado en el juzgado de la corte y su partido (1). En primera instancia como en la segunda y tercera, firmaba él solamente los despachos que se espedian para practicar fuera de la corte alguna diligencia de sustanciacion; pero si era de otra naturaleza, y el despacho procedente de la junta, lo firmaba con uno de sus individuos (2). Como la actuacion en primera instancia se practicaba en lo general por medio de un juez subdelegado, ministro de la junta de gobierno, que determinaba con acuerdo del asesor general los autos y causas, dejando á su privativo conocimiento lo relativo á la sustanciacion, fue consecuencia inmediata la supresion de las tres asesorías que dejara subsistentes en palacio el reglamento de 1761, y de las otras creadas en los juzgados privativos de las reales casas y sitios, los cuales se reunieron á la subdelegacion de la corte y su partido (1).

A su vez, con el restablecimiento del sistema constitucional (2) fueron suprimidos los juzgados privativos de la real casa, conservándose, no obstante, el destino de asesor general, cuyo carácter y atribuciones variaron completamente.

En el dia, el asesor general de la real casa, debe ser precisamente un jurisconsulto de acreditada suficiencia, así en los ramos de legislacion civil y criminal como en los de administracion pública, y su nombramiento corresponde al rey. Es vocal nato de la junta consultiva de la real casa y patrimonio, y su obligacion consiste en evacuar los informes que, por versar sobre puntos de derecho, de gravedad y trascendencia ó de difícil resolucion le encomendare el rey ó algun delegado suyo; asistir á las subastas que celebre y á los demas actos importantes que ejerza el intendente ó quien haga sus veces, ausiliándole con sus consejos en cuantas ocasiones convenga al real servicio; estar á la mira y cuidado de todas las disposiciones legislativas y administrativas que se publiquen por el gobierno y puedan interesar á la real casa y patrimonio, llamando sobre ellas la atencion, para que se registren y tengan presentes en las oficinas generales, y haciendo desde luego sus observaciones sobre las mismas, sin esperar órden del jefe, cuando tales disposiciones ó los proyectos que se anuncian de igual naturaleza puedan comprometer los intereses de la real casa ó patrimonio. Tambien deberá tener en su poder ejemplares ó copias de todos los reglamentos y disposiciones generales dictadas para el servicio de la real casa y patrimonio, á cuyo efecto se le pasarán por la secretaría de la intendencia ó por los jefes de las secciones, llevando índice de todos los que reciba, y conservándolos con esmero, para que pueda ser entregada la coleccion completa á su sucesor. En los casos de vacante, ausen-

(1) Cap. 1, tit. 2 de la ordenanza de la real casa y patrimonio de 3 de marzo 1817.
(2) Tit. 4 de la misma ordenanza.

(1) El mismo título y ordenanza.
(2) Real órden de 29 de setiembre de 1836, y decreto de 2 de setiembre de 1841.

cia ó enfermedad, desempeñará sus funciones el abogado de la real casa, que tendrá, como el asesor, su conveniente dotacion (1).

En las administraciones en que se crea oportuno establecer letrados consultores, podrá haberlos con dotacion fija, y serán de nombramiento del rey, teniendo relativamente á su administracion ó dependencia las mismas obligaciones que con respecto á la real casa se imponen al asesor y abogado de la corte. Si no tuvieren sueldo señalado, percibirán únicamente los honorarios de costumbre por los escritos, esposiciones y consultas en derecho, presentando al administrador cuenta circunstanciada cada seis meses; pero no cobrarán nada por los informes gubernativos que dieren en los espedientes (2).

ASESOR DE RENTAS. Se llama así comunmente á los letrados que dirigen á los subdelegados de rentas en las actuaciones y providencias judiciales. Estos asesores con los respectivos subdelegados forman el juzgado de la subdelegacion de rentas que existe en cada una de las capitales de provincia y en la comandancia general del campo de Gibraltar.

La antigua ordenanza de intendentes publicada en 1718 no reconocia esta clase de asesores, antes bien autorizaba á dichos funcionarios para subdelegar la jurisdiccion que se les concedia tocante al ramo de justicia en los corregidores de las ciudades que comprendiese la intendencia á fin de que fuese mas uniforme el gobierno, y se evitaran competencias. Para la ejecucion de esta medida, y para todos los incidentes de ella, ordenó que todos los corregidores y demas justicias estuviesen á las órdenes del intendente.

Sin duda el tiempo y la esperiencia hubieron de mostrar algun inconveniente en este sistema, puesto que la instruccion publicada en el año de 1749, ya dispuso que no obstante de que los alcaldes mayores eran asesores ordinarios de los intendentes en todas las causas y negocios de su conocimiento para juzgarlos con su acuerdo y parecer, pudiesen proponer al superintendente general de Hacienda, sugeto de su entera satisfacion, que desempeñase el cargo de asesor en las causas de fraude ó contrabandos, siempre que tuviesen motivos atendibles para no asesorarse con dichos alcaldes.

Esta práctica se generalizó tanto, que en 1804 habia ya asesores en todos los juzgados de las intendencias, y en la instruccion de 16 de abril de 1816, quedó establecido que el superintendente general nombraria los asesores en las provincias que habian de intervenir en primera instancia en las causas de contrabando, sirviendo sus destinos con título que espediria el mismo superintendente.

Sin embargo de esto no sucedió así, y el cargo de asesor de las subdelegaciones, como lucrativo y beneficioso que era, recaia casi siempre en los alcaldes mayores como antiguamente, á gusto y satisfaccion por lo comun de los intendentes subdelegados. Así es que en 25 de febrero de 1833, habiendo propuesto el intendente de Valladolid que se separase de la alcaldía mayor la asesoría de la subdelegacion de rentas, no solamente se sirvió S. M. acceder á esta propuesta, sino que ademas resolvió que se generalizara la medida á las demas asesorías, segun fueran vacando. Desde entonces estos encargos han sido desempeñados por abogados que han debido su nombramiento al ministerio de Hacienda.

Hemos llamado simplemente encargo á las funciones del asesor de rentas, porque tal y no otro creemos que sea el carácter distintivo de ellas. Lo comprueba así la real órden de 16 de setiembre de 1827, la cual declaró que estos asesores debian ser considerados como comisionados en el ejercicio de sus funciones, bien fueran nombrados por el rey, bien por el superintendente general de la Hacienda, sin que por lo mismo tuviesen derecho á cesantía ni á percibir sueldo alguno del Erario, cual-

(1) Ordenanzas de la real casa y patrimonio de 29 de mayo de 1510, y 28 de marzo de 1658.
(2) Las mismas ordenanzas.

quiera que fuese la causa porque dejasen de servir. Doctrina que fue consignada en otra real órden de 22 de noviembre de 1833 al declarar que los subdelegados y los asesores de rentas pudiesen recibir el sueldo de tales sin perjuicio de otros, en atencion á que no debian considerarse por sus funciones como tales empleados, sino en clase de comisionados sin derecho á sueldo por jubilacion ni por cesantía. Es ademas cierto que los intendentes en calidad de subdelegados ejercian la jurisdiccion, y la real órden de 27 de junio de 1839 lo declaró así espresamente, disponiendo que en atencion á que los asesores, no ejerciendo jurisdiccion, no pueden dictar sentencia por limitarse su oficio á ilustrar con su dictámen á los jueces que la ejercen, en caso de discordia estendiera el subdelegado la sentencia bajo su responsabilidad, y la hiciera cumplir y llevar á efecto.

Las últimas palabras del párrafo anterior vienen á designar ya con una indicacion genérica el objeto sobre que versa el conocimiento de los asesores. El principal es intervenir en los asuntos judiciales ó contenciosos, dirigiendo en ellos la autoridad del subdelegado. Por las antiguas ordenanzas sus funciones eran mas ámplias, pues no solo debia dar su dictámen como dispuso la real órden de 11 de setiembre de 1805, siempre que fuera conveniente á los reales intereses, segun las circunstancias y casos que se presentasen, sino que ademas debia concurrir de oficio, y sin causar dietas ni á la real Hacienda, ni á los licitadores á las subastas ó remates de cualquier ramo de la Hacienda. Debia tambien concurrir con los subdelegados á las visitas de almacenes generales y administraciones de las capitales para autorizarlas, resolviendo en el acto cualquier duda que se suscitase (1). En casos de ausencia, enfermedad ó vacante de los intendentes subdelegados y contadores de provincia sustituian para lo contencioso los asesores respectivos de cada subdelegacion, bien fuesen nombrados por S. M., bien por el intendente de la real Hacienda. En el dia, organizado el ministerio fiscal de Hacienda de manera que pueda ejercer una gran vigilancia sobre los intereses de ella á consecuencia de la creacion de la direccion general de lo contencioso, los asesores de las subdelegaciones de rentas no intervienen mas que en el despacho de los negocios judiciales (1). En todos los casos en que por las instrucciones vigentes debian ser oidos estos funcionarios, deberán serlo ahora, ó los abogados fiscales ó los consejos de provincia.

Para asegurar el acierto en el ejercicio de estas atribuciones que las leyes concedian á los asesores, dictaron en diferentes épocas algunas medidas. En 1835 (2), á consecuencia de haberse tratado de reformar la administracion de justicia en las causas de contrabando, creando para ello una comision de visita encargada de fallar las que se hallasen en estado de sobreseimiento, se mandó que para asegurar mas el acierto en la aplicacion de los principios adoptados por dicha comision, se agregase á cada asesor de rentas otro nombrado por las diputaciones provinciales donde se hallaran instaladas, y donde no por los gobernadores civiles, pudiendo los subdelegados nombrar en caso de discordia otro letrado que la dirimiese. Aun esta disposicion se hizo estensiva á las subdelegaciones subalternas de rentas donde no hubiese asesor por ser letrado el subdelegado (3); pero tanto esta como la anterior, quedaron posteriormente derogadas á consecuencia de haberse mandado en real órden de 6 de diciembre de 1844, que sin perjuicio del arreglo definitivo que se acordara acerca de los tribunales de Hacienda, quedara sin efecto la real órden de 17 de diciembre de 1835, cesando los coasesores desde luego en sus respectivos cargos.

Aun cuando como hemos visto antes las

(1) Real órden de 30 de diciembre de 1836.

(1) Decreto de 1 de junio de 1850.
(2) Real órden de 17 de diciembre de 1835.
(3) Real órden de 26 de abril de 1836.

reales órdenes citadas no consideran el cargo de asesor sino como una comision que no escluye cualquira otro sueldo, la real órden de 27 de enero de 1837 declaró incompatible el cargo de fiscal del juzgado de rentas de Palencia, y por consiguiente el de asesor, con la alcaldía constitucional, fundándose esta declaracion en otra de 25 de julio del año anterior, por la cual se estimó incompatible el desempeño de todo empleo público con los oficios concejiles; y otra real órden de 15 de marzo de 1846, declaró incompatible el mismo cargo de asesor de rentas con el de consejero provincial.

Los asesores de rentas gozan de ciertos derechos y de algunas prerogativas que se designan espresamente en las órdenes é instrucciones del ramo de Hacienda. La de 3 de julio de 1824, ordenó que si ocurriese alguna vez no haber intendente, ni tampoco contador ni administrador en aptitud de sustituirle, la sustitucion recaeria en el asesor de la intendencia. Posteriormente, segun la real órden que hemos citado con otro objeto, se declaró que en caso de ausencia, enfermedad ó vacante de los intendentes subdelegados y contadores de provincia, debian sustituir para lo contencioso los asesores respectivos de cada subdelegacion. En cuanto á los derechos que deben percibir como honorario de su trabajo, está declarado que se arreglen á los aranceles de Gracia y Justicia (1).

En cuanto á las causas en que no existen reos ni bienes de que sacar los derechos, está mandado que cuando por falta de unos y de otros haya de sacarse del comiso el importe de las costas, no se verifique para los curiales que gozan sueldo, cuyo carácter, se añade, tienen las asignaciones que disfrutan los empleados de los juzgados de rentas (2).

Ultimamente, en punto á las discordias que pueden ocurrir entre los mismos asesores y los subdelegados, dispuso la real órden de 27 de junio de 1839, que en el caso de no avenirse ambos funcionarios estendiera el subdelegado la sentencia bajo su responsabilidad, y la hiciera cumplir y llevar á efecto sin mas progreso, no apelando las partes de ella; pero otra real órden posterior de 22 de noviembre del mismo año, modificó en parte dicha disposicion, dejando al arbitrio del subdelegado nombrar otro asesor para dirimir la discordia, pero quedando, cuando no se hubiese nombrado, responsable con el asesor con cuyo dictámen se conformare.

ASESOR DE LA SUPERINTENDENCIA GENERAL DE HACIENDA. La importancia de las facultades que han ejercido estos funcionarios y las escasas noticias que hallamos en la legislacion y en los escritores para fijar la época en que se establecieron de una manera estable, nos obligan á entrar en algunas consideraciones que creemos imprescindibles para nuestro objeto, y á dar alguna mayor amplitud de lo que quisiéramos á este artículo. Por lo que en él esponemos, y por lo que se contiene en todos los demas referentes á los asesores designados para intervenir en el ejercicio de jurisdicciones especiales, se habrá observado que si han mostrado siempre nuestros reyes solícito empeño en el establecimiento de esta clase de jurisdicciones privilegiadas por motivos mas ó menos laudables, no participaron de igual cuidado para designar á los jueces legos puestos al frente de ellas, los asesores con quienes se hubieran de aconsejar para ejercer la propia jurisdiccion. Es necesario, pues, apelar á otras consideraciones y á ciertos antecedentes íntimamente enlazados con el asunto de este artículo, para venir á determinar el hecho que investigamos.

La creacion de la superintendencia general de Real Hacienda, como se dice mas latamente en su respectivo artículo, tuvo lugar en el reinado del señor don Cárlos II en virtud de real decreto de 31 de enero de 1687. Sobre la misma base que este decreto contenia, nombró en 6 de setiembre de 1709 el

(1) Real órden de 24 de enero de 1839.
(2) Real órden de 29 de junio de 1836.

señor don Felipe V superintendente general al duque de Veraguas; pero si bien fueron de grande estension é importancia las atribuciones de la superintendencia no solamente en el particular de la parte económica, sino tambien en la parte judicial concerniente al ramo de Hacienda, no se encuentra, sin embargo, bien determinada la jurisdiccion especial contenciosa de la superintendencia hasta el 17 de diciembre de 1760. Por real cédula de esta fecha se declaró terminantemente que el superintendente general era juez privativo de todo fraude y contrabando que se cometiese en perjuicio de las rentas; que á él corresponderia el nombramiento de sus subdelegados en todo el reino y la facultad de removerlos cuando no fuesen de su satisfaccion; que como juez privativo de todas rentas así generales como provinciales, tabaco, sal, etc., etc., y todos los demas ramos que en cualquiera manera tocasen ó perteneciera á la real Hacienda, hubiese de nombrar por subdelegados suyos en todos los asuntos de rentas y sus incidencias á los intendentes tanto de ejército como de provincia; que formara una instruccion á los subdelegados para que se arreglasen á ella en la instruccion de los procesos y causas de contrabando; y que, sin embargo, pudiese pedir los autos pendientes en cualquiera subdelegacion, que se los habria de remitir originales y retener su conocimiento cuando lo tuviese por conveniente en el juzgado de la superintendencia general con las apelaciones al consejo de Hacienda, á la sala de millones, ó á la junta del tabaco, segun correspondiese. Por real cédula é instruccion de 22 de julio de 1761 (que viene á ser con cortas diferencias la misma de 8 de junio de 1805), se uniformó la legislacion penal de contrabando y fraude y la de procedimientos en esta materia, siendo una de sus reglas que los subdelegados hubiesen de dar parte á la superintendencia por sí segun sus circunstancias, tuviese por oportuna la avocacion de los autos, ó el hacer alguna prevencion al subdelegado, correspondiente á la mejor direccion.

Por lo espuesto se ve que era general y privativa la jurisdiccion que ejercia en primera instancia el superintendente general de real Hacienda, por si y por sus subdelegados, y como tal superintendente no podia dejar de tener un asesor. Y de que en efecto lo tuvo nos dá una prueba irrefragable la real órden de 13 de mayo de 1786, inserta en el Ripia (añadido) tomo 5, página 611. Tenia esta por objeto el conocimiento del subdelegado general en todas las causas de contrabando del tabaco con apelacion á la junta de él, y en el segundo párrafo de dicha real órden se dice: «como esta providencia exige que la superintendencia tenga subdelegado que para la sustanciacion y determinacion de las causas de la renta que por su informalidad en las subdelegaciones particulares, ó por otros justos motivos, se retenian antes de ahora en la junta, y deberá ejecutarse en lo sucesivo en la superintendencia, segun se observa para las causas de las demas rentas en que han entendido el marques de Fontanar y sus antecesores como subdelegados generales y *asesores* que han sido de la *superintendencia general* con las apelaciones al Consejo, ha nombrado S. M. por subdelegado general de la renta del tabaco á don Antonio Alarcon Lozano, fiscal del consejo de Hacienda en sala de única contribucion, y *asesor* que es de la superintendencia por lo respectivo á las causas del tabaco.»

La real órden de 13 de mayo 1786 nos demuestra por tanto que los superintendentes tenian asesores; que eran ademas subdelegados generales, y que pertenecian á las clases elevadas de la sociedad; sin embargo, no puede decirse que se hubiese establecido la asesoría de la superintendencia como cargo especial y peculiar de un funcionario destinado á este servicio.

Esta institucion no se encuentra marcada categóricamente sino en el real decreto de 18 de abril de 1816. En su artículo 4 se dice: «El secretario de Estado de Hacienda superintendente, tendrá asesor nombrado por mí

con el sueldo ó gratificacion correspondiente para recibir sus dictámenes en los asuntos judiciales.»

Los motivos que dieron orígen á la institucion, no pueden menos de encontrarse en la jurisdiccion privativa que en todas las causas de rentas se atribuia al superintendente general de real Hacienda, y especialmente en las de contrabando y fraude. Debiendo consultar todas las de esta clase con el superintendente los subdelegados de todo el reino, de ellas debian enterarse los asesores de la superintendencia y dar dictámen á dicho juez.

Por real órden de 16 de setiembre de 1818, teniendo el rey presente los asuntos judiciales que pesaban sobre la superintendencia, y la imposibidad de que un solo asesor pudiese atender á su despacho, se sirvió resolver que en lugar de una asesoría establecida por el art. 10 del real decreto citado hubiese dos, y nombró para ellas á don Miguel Otal, fiscal de la sala del crímen de la audiencia de Aragon, y á don Ramon Macía Lleopart, regente electo de la de Canarias, señalándoles el sueldo anual de 30,000 reales, conservándoles los honores que respectivamente tenian, y declarándoles los honores y antigüedad del consejo supremo de Hacienda á los cuatro años de servirlas, y opcion al monte-pio del ministerio, segun su sueldo. Desde entonces, y señaladamente despues de la época de 1824, se observó generalmente que los nombramientos de asesores, recayeron en magistrados de las audiencias, y hasta la época de 1834 todos fueron promovidos á las fiscalías del consejo de Hacienda, segun ocurrian allí las vacantes. Despues que en 1834 se suprimió el consejo de Hacienda, los asesores que hubo fueron promovidos unos al tribunal supremo de Guerra y Marina, otros á la fiscalía del tribunal supremo de España é Indias, y los últimos al tribunal Mayor de Cuentas. El carácter, pues, y la categoría de los asesores de la superintendencia era indudablemente de ascenso para los magistrados de las audiencias, y el sueldo de que disfrutaban en otro tiempo era de treinta y cinco mil reales.

En 26 de abril de 1820 se restableció el decreto de las Córtes de 23 de abril de 1813 que suprimió la superintendencia general de Hacienda, y en su virtud quedaron tambien suprimidas las asesorías. Pero estas se restablecieron con la superintendencia á la caida del sistema constitucional, y por disposicion del superintendente de 20 de enero de 1824 se hizo la distribucion correspondiente de negocios por provincias entre los dos asesores, como puede verse en la guia de Hacienda de aquel año.

Asi continuaron las cosas hasta fines de 1833, en cuya época y por real decreto de 27 de noviembre se dispuso que ya no se consultasen con la superintendencia por los subdelegados las causas de contrabando, y que los intendentes y subdelegados ejerciesen la jurisdiccion en primera instancia con apelacion á las audiencias. Desde entonces ha dejado el superintendente de ejercer la jurisdiccion privativa que habia ejercido antes, y ya fue supérflua hasta cierto punto la institucion de la asesoría; sin embargo, como ademas de los negocios judiciales, entendian y daban dictámen los asesores en todas las cuestiones de derecho sobre que se les consultaba, y como la legislacion sobre bienes nacionales no podia menos de hacer conveniente la intervencion de jurisperitos en los negocios de Hacienda, de aquí el que hubiese continuado aquella asesoría, si bien reducida á un solo asesor, y pudiendo decirse que este cargo quedó circunscrito al de consultor del ministerio de Hacienda. Su intervencion, no obstante, se hacia precisa en ciertos espedientes, porque así lo establecia la legislacion como era por ejemplo en los espedientes de escepcion, de incorporacion al Estado de los bienes del clero, ermitas, etc., en el de clasificacion de los títulos de partícipes legos en diezmos y otros varios.

Pero ya por fin desapareció la institucion refundiéndose esta y otras asesorías en la actual direccion general de lo contencioso de Hacienda pública, lo cual tuvo

efecto desde principios del año pasado de 1850.

Montada la direccion bajo un pie mas estenso del que podian tener las antiguas asesorías, habiéndole dado atribuciones propias y convenientes para la mayor vigilancia y mejor direccion de los asuntos contenciosos, organizándose así un ramo de importancia estraordinaria para la causa pública, es incuestionable la utilidad de la direccion que hoy existe.

ASESOR DE LA SUPERINTENDENCIA GENERAL DE MINAS Y AZOGUES. El ministro de Hacienda tenia este elevado é importante cargo de superintendente general de minas y azogues. Era como tal juez privativo para conocer de todos los negocios y causas que se suscitasen sobre los objetos que espresa el epígrafe de este artículo, y para su despacho tenia un letrado, con el cual se asesoraba sustanciando este y fallando ambos los procesos. Este asesor era un funcionario de alta calidad, y generalmente, al menos en los últimos tiempos, recaia el nombramiento en algun consejero del de Hacienda ó de Indias.

ASESOR DEL TRIBUNAL DEL PROTOMEDICATO. Instituido este tribunal por los reyes católicos para conocer de los asuntos civiles y criminales y demas negocios que se indican en su oportuno lugar, poniendo esta jurisdiccion á cargo de los alcaldes examinadores mayores, era natural que estos se valiesen de letrados competentes para que ausiliándoles con los conocimientos del derecho pudieran llenar las funciones propias de su autoridad.

Sin embargo, no hallamos mencion de los asesores de este tribunal hasta la época de Felipe II, el cual por pragmática dada en Madrid el año de 1588 dispuso á este propósito que el protomedicato en la nueva forma que recibió entendiera y conociera, proveyera y despachara todas las cosas y pleitos, provisiones y negocios que podian y debian despachar los protomédicos, alcaldes examinadores mayores, sustanciando los procesos entre partes el asesor, con cuyo parecer determinaria el tribunal las causas (1).

El mismo rey don Felipe II dió nueva planta al protomedicato en el año 1593 y con relacion á los asesores dispuso que aquel que fuere elegido para las cosas tocantes al protomedicato sustanciara los pleitos y los protomédicos los sentenciaran conforme al parecer del mismo asesor, el cual habia de firmar la sentencia juntamente con los protomédicos, y que hubiera en la semana ó en el mes un dia señalado en que de acuerdo de todos se confiriese, *conforme á lo procesado*, lo que debia sentenciarse en los pleitos que estuviesen concluidos y se sentenciasen (2).

Segun se infiere de una ley de la nueva Recopilacion, no inserta en la Novísima, el asesor disfrutaba el sueldo de veinte mil maravedises al año *por todo lo que en razon de su oficio le tocaba*, y su ocupacion era sustanciar los pleitos y sentenciarlos con los protomédicos, ver las formaciones y hallarse en las audiencias cuando fuere llamado por el protomédico mas antiguo para ver y determinar las dudas y puntos de derecho que se ofrecieran (3).

El cargo de asesor del tribunal del Protomedicato recaia por lo comun en persona de autoridad y distincion, y muy especialmente sucedió así despues que el rey se declaró protector del mismo y nombró á un ministro del Consejo y cámara de Castilla para que con el asesor del mismo tribunal consultase todos los asuntos pertenecientes al mismo (4).

Suprimido este tribunal, cesó tombien su jurisdiccion y con ella el cargo de asesor con cuyo ausilio se ejercia.

ASESOR DE LAS PROVINCIAS VASCONGADAS. El deseo de enriquecer esta obra con todas las noticias que puedan conducir á la ilustracion de nuestros lectores, y la importancia

(1) Ley 5, tit. 10. lib. 8 de la Nov. Recop.
(2) Ley 6, parr. 3, tit. 10 lib. 8 de la Nov. Recop.
(3) Ley 11. tit. 16, lib. 3 R.
(4) Ley 11, id. id.

misma que tienen estos funcionarios en unas provincias cuya administracion escita tan justamente la curiosidad de todos, nos obligan á dar en el presente artículo una ligera idea del origen y atribuciones de los asesores establecidos desde muy antiguo en las tres provincias, Alava, Guipúzcoa y Vizcaya. Llámanse mas comunmente *consultores*; pero de hecho desempeñan ambos cargos, el de consultores y asesores, en el sentido estricto de la palabra. Como en cada una de las tres provincias se notan diferencias, aunque ligeras, hablaremos de los asesores ó consultores de ellas con la debida separacion, a fin de evitar por este medio las equivocaciones en que forzosamente habriamos de incurrir de otro modo.

Alava. La necesidad de conocer y estudiar el derecho y la justicia, base fundamental del buen gobierno de las sociedades, dió lugar á la institucion de los asesores en esta provincia desde el tiempo, y tal vez antes, de la incorporacion voluntaria á la corona de Castilla. La existencia de esta clase de funcionarios prácticos y dedicados al estudio de lo justo, ya se dá por supuesta en las ordenanzas escritas de la provincia del siglo XV, que todavía están en vigor.

La forma con que servian á la provincia, ha pasado por aquellas modificaciones que son tan comunes en las instituciones humanas. Unas veces ha sido uno, otras tres, y tambien se encuentran épocas en que no habia ninguno fijo.

En Alava en todos los tiempos conocidos, la junta general de provincia, los comisarios nombrados por ella en los tiempos primitivos, y los diputados generales han desempeñado siempre funciones judiciales en los asuntos y casos de hermandad que están determinados en sus ordenanzas, y son en lo civil y criminal los que en aquel tiempo se creia que llevaban consigo una gravedad superior al poder de un simple alcalde, ligado en su domicilio por influencias que debilitan su fuerza é independencia; y necesitando la administracion de justicia en estos casos un brazo fuerte y superior á los compromisos locales, se vieron el cuerpo universal de provincia y sus primeras autoridades obligados á intervenir en la represion y arreglo de esta clase de negocios, en que se cruzaban concejos, personas poderosas ú otras circunstancias que de ordinario no podia contrastar el brazo de un vecino alcalde.

Esta administracion de justicia en su principio fue informe, como lo eran todas las cosas de aquel tiempo. La sociedad, que siempre ha ido marchando del estado salvage á la perfeccion social, vió por fin la época en que la fue preciso regularizar y sujetar á trámites la administracion de justicia. Alava marchó en este adelantamiento como el resto del reino, y ordenó tambien su tribunal de justicia para los casos de hermandad civiles y criminales. En los civiles cada parte representaba y sostenia su accion y derechos, y el diputado general, y aun la junta, cuando estaba reunida, los juzgaba y determinaba tan pronto como la instruccion de los autos habia recibido su complemento. En los criminales hay un interés que sostener en favor de la vindicta pública, y otro en el de la inocencia, y estos han hecho necesaria en los juicios la intervencion de un fiscal que acuse, y de un defensor que proteja; y desde que los juicios públicos recibieron una tramitacion que salvara satisfactoriamente estos objetos, se conocieron en la provincia tres consultores, que en lo gubernativo daban su dictámen legal cuando eran preguntados en union ó separadamente; y en lo judicial el primer consultor desempeñaba las funciones de asesor, y los otros dos, el uno el ministerio fiscal y el otro el de defensor de reos pobres; y en estos últimos tiempos de la reforma constitucional ha habido épocas en que solo habia uno, y en otras, como ahora, se conservan tres, segun que la junta ó diputacion general lo ha creido conveniente á las necesidades de la provincia.

Guipúzcoa. El cargo de asesores ó consultores de esta provincia se remonta á épocas muy antiguas. Son los que el fuero llama presidentes de sus juntas, pues como

en estas se verificaban y juzgaban las desavenencias pendientes entre particulares y pueblos sobre asuntos que determinaba el fuero, se ordena en él, que asista á las mismas un letrado por presidente ó asesor. Este al principio desempeñaba su cargo solo mientras duraban las juntas para las cuales lo proponia el ayudante del pueblo en que se celebraban, y aun todavía subsiste esta práctica, pues luego que presentados y reconocidos sus poderes se instala la junta general de cada año, se empieza á leer el Fuero por los epígrafes, y al llegar al tit. 6 del *Presidente* ó *Asesor de la Junta*, el ayuntamiento la propone los que ha designado, quienes admitidos por ella, son introducidos y toman el asiento que les está señalado en el centro de la sala al lado del secretario. Pero uno de los dos asesores ha de ser consultor de la provincia y el otro elegido libremente por el ayuntamiento.

Despues del corto período de las juntas, se ocupa la diputacion nombrada en ellas de la direccion de todos los negocios interesantes á la provincia, para cuya acertada resolucion necesita ausiliarse muchas veces de las luces de un letrado; por esto desde tiempos antiguos hay dos nombrados para las juntas generales y dotados, uno de los cuales ha de residir en donde existe la diputacion, y el otro, despues de servir doce años, puede habitar en otro pueblo. Ambos deben concurrir á las diputaciones que se llaman estraordinarias, que es la reunion de los diputados de partido, que se celebran dos veces al año, por diciembre y junio, y ademas cuando algun negocio grave que no pueda dilatarse lo requiera á juicio de la diputacion ordinaria. Esta pasa al consultor los asuntos sobre que quiera ilustrarse de palabra ó por escrito, y la obligacion de los consultores es la de dar sus dictámenes.

Vizcaya. El consultor de Vizcaya es un asesor letrado que nombran las juntas generales de Guernica para ilustrar la opinion de las mismas, de la diputacion general, y principalmente del caballero síndico, procurador del señorío, en todos los asuntos político-económico-gubernativos que se rozan con los fueros, buenos usos, libertades, franquezas y costumbres del pais. Concurre á las sesiones de las juntas, so el árbol de Guernica, y se sienta con los padres de Provincia, debiendo hacer uso de la palabra, no solamente cuantas veces sea consultado por la Junta, diputados ó cualquier apoderado particular, sino tambien cuando para mayor ilustracion del asunto que se discute, juzgue oportuno hacer algunas observaciones.

Cuando la diputacion general celebra sesiones, no tiene obligacion de concurrir á ellas, si no es convocado especialmente; pero debe evacuar por escrito y bajo su firma los informes que se la pidan acerca de los diversos espedientes de que conoce la diputacion y emitir su dictámen en los casos en que esta ó el síndico lo soliciten para los asuntos del pais. Segun práctica inconcusa, todas las reales órdenes y demas disposiciones que directa ó indirectamente emanan del soberano, son examinadas por el consultor para ver si están en consonancia con los derechos del señorío, como es siempre la voluntad de S. M., ó para elevar en caso contrario á los pies del trono las reverentes esposiciones que las circunstancias reclamen, ó practicar las gestiones que el mejor servicio del monarca y el bien del pais exijan.

Ignórase cuándo tuvo orígen su institucion, que sin duda se remonta á tiempos muy lejanos, pues las actas mas antiguas que se conocen de las juntas generales hablan ya de ella como de cosa muy de atrás establecida y practicada.

En punto á eleccion y duracion de consultor, ha sido muy varia la jurisprudencia, porque á veces se elegia uno, á veces dos; ora la eleccion se verificaba á una con los individuos de nuevo gobierno y por los mismos electores, ora por todos los apoderados; y aun se vió cuando en las juntas se establecieron las parcialidades *Oñecina* y *Gamboina*, dando fin á las sangrientas luchas y bandos que por largo espacio trajeron

revuelto al señorío, que cada parcialidad eligiese su respectivo consultor.

La duracion de su cargo, ya bienal, ya vitalicia, estuvo igualmente sujeta á diversas modificaciones que fuera prolijo enumerar: últimamente se estableció nombrar un consultor primero y otro segundo, para suplir á aquel en ausencias ó enfermedades, y con el carácter de promotor fiscal en los asuntos en que la diputacion conocia como tribunal de alzada, los cuales ni habian de ser bienales, ni perpétuos, sino amovibles, á voluntad de las juntas generales y reelegibles.

A este propósito y como un rasgo característico de Vizcaya, no será fuera de razon advertir que el principal motivo que tuvo para rechazar la perpetuidad de los consultores, por otra parte tan conducente al objeto que al instituirlos se propusiera, fue el evitar la escesiva preponderancia que la dignidad del cargo y la constante direccion de los asuntos del pais podrian proporcionar al consultor mismo, cuya influencia tal vez se hiciera sentir con menoscabo de la libertad é independencia vascongadas. Celosos los vizcainos de estas, como los ciudadanos de la antigua Grecia, si nó conocieron la injusta ley del ostracismo, adoptaron siempre los medios que creyeron convenientes para estorbar los abusos de una popularidad mal empleada ó de un predominio ilegitimamente ejercido.

Desde las primeras juntas generales que siguieron al convenio de Vergara, los consultores se elegian por cuatro años, de manera que los dos años primeros ejercia el nombrado el cargo de consultor segundo, y los otros dos años restantes el de consultor primero, verificándose así que en todas las juntas generales ordinarias se nombrase un segundo consultor.

Novísimamente en las juntas de 1848 se acordó autorizar á una comision de merindades para que en union de la diputacion, regimiento general y padres de Provincia formulara un proyecto acerca del modo y forma con que se han de nombrar en lo sucesivo los consultores, el número de estos y la retribucion ú honorarios que se les han de satisfacer, poniéndolo desde luego en planta, sin perjuicio de someterlo todo á la aprobacion y decision de las próximas juntas generales.

El nuevo proyecto presentado por dicha comision se reduce á nombrar dos consultores y dos suplentes; los primeros alternarán indistintamente en los negocios peculiares de la consultoría, y formarán con el diputado general de turno, prévio real nombramiento, el Consejo provincial, en el que ejercerán los suplentes en ausencia ó enfermedad de los primeros.

ASESORADO. Palabra que se aplica unas veces al juez que dicta sus providencias con acuerdo de asesor, y otras á las providencias mismas, autos ó sentencias á que acompaña esta circunstancia. En el primer sentido decimos: «juez asesorado, y en el segundo, auto asesorado, etc.»

ASESORARSE. El acto de consultar el juez lego á un letrado para dictar una providencia ó sentencia, mediante su consejo. Así decimos que el juez de la causa se asesoró de tal letrado cuando consultó con el mismo el auto que ha recaido en ella.

ASESORIA. Se toma esta palabra en dos acepciones diversas, y se aplica en primer lugar al encargo mismo que se confia al asesor, y en segundo á los derechos ú honorarios que se le satisfacen. Así decimos la asesoria de rentas, la de marina, etc.; que no se paguen ni se devenguen asesorías.

ASIENTO. ASENTAR. Entre las varias acepciones que tienen estas dos voces hay algunas que conducen á ideas de administracion ó de derecho. En este sentido *asentar* significa: 1.° Establecer ó fijar los preliminares de un negocio entre partes, especialmente cuando estas son corporaciones, estados ó testas coronadas. Así decimos asentar las bases, condiciones ó preliminares para la paz. 2.° Anotar, copiar ó consignar por escrito alguna cosa; lo cual tambien se llama algunas veces registrar.

En el primero de los dos casos citados la

conformidad de las partes sobre las bases ó condiciones no produce sino una obligacion hipotética y relativa, que desaparece, si no hubiere conformidad sobre el negocio principal: en el segundo el asiento ó registro, no solo ha de verificarse en el tiempo y forma que estuviere determinado, sino que alguna vez es condicion esencial para la validez del hecho ú obligacion, como sucede, por ejemplo, con las obligaciones y contratos escriturados respecto del protocolo; y por el mismo principio eran nulas las gracias y mercedes de la corona, si no se asentaban por los contadores generales en los libros *de lo salvado*.

La palabra asiento tiene mayor número de acepciones correspondientes al objeto de la ENCICLOPEDIA. Así *asiento* espresa el efecto de asentar ó asignar por escrito algun hecho ó contrato, recibiendo entonces el nombre específico, ó menos genérico, de registro, protocolo, matriz, etc. Estar ó residir de asiento en alguna parte escluye la circunstancia de transeunte, y arguye por el contrario la de domiciliado ó avecindado. Significa tambien tomar posesion de un cargo ó destino, y así decimos tomar asiento en el Congreso, en el Senado, etc. Espresa otras veces el doble derecho de asisitir á una corporacion y tomar asiento entre sus individuos y el de precedencia, ó lugar respectivo entre ellos; y algunas tambien es lo mismo que convenio ó pacto entre nacion y nacion ó entre particulares y el gobierno de un pais, como sucede en el arriendo ó asiento de las rentas reales, y sucedia en el *asiento de negros*, segun vemos en los artículos subsiguientes.

ASIENTO DE NEGROS. Hacemos mérito de este tráfico ó grangería por su oposicion al sentimiento religioso y al humanitario, sin embargo de lo cual ha formado por mucho tiempo una parte de nuestro derecho internacional. *Asiento de negros* era el nombre de un convenio entre los monarcas que tenian colonias, ó entre ellos y particulares y compañías, cuyo contrato tenia por objeto proveer de esclavos de la raza negra á dichas colonias para sus trabajos é ingenios. Las tres bases del asiento eran el monopolio en la venta de esclavos, la obligacion de presentar en el mercado un número determinado de ellos cada año, y la retribucion que por el primer concepto se estipulaba en favor del soberano de la colonia.

La historia de los asientos de negros en lo que hace á los reyes de España se reseña con exactitud por Cantillo en una nota de su coleccion de tratados, la cual por lo mismo copiamos á continuacion:

«Los asientos, dice, tratados ó contratas del gobierno español con varios particulares y compañías estranjeras para surtir de esclavos negros las posesiones de Ultramar fueron muy frecuentes desde principios del siglo XVI. Como en este tráfico se hacian crecidas ganancias, y al monopolio de la venta de negros se añadia el fraude de introducir otros efectos de comercio en los buques de los asentistas, los gobiernos de Europa procuraban por todos los medios imaginables facilitar el privilegio para sus súbditos. Cárlos V le otorgó en 1517 á sus compatriotas los flamencos. Adquirieron estos tales beneficios con el *asiento* y se multiplicaron hasta tal punto en la América, que habiendo llegado á sobrepujar el número de españoles, vinieron á las manos en la isla de Santo Domingo, mataron al gobernador de ella en 1522, y llegaron á atacar el fuerte. El gobierno procuró desde entonces limitar considerablemente los *asientos*. Casi habian desaparecido en 1580; pero los apuros del Tesoro y la precision apremiante de reembolsar á los genoveses cuantiosas sumas que habian facilitado para la espedicion de la *invencible* armada, movieron á Felipe II á conferirles el privilegio del asiento. Desde 1595 hasta el año de 1600 le tuvo Gomez Reinel. En este año se hizo la contrata por el tiempo de nueve con el portugués Juan Rodriguez Continho, gobernador de Angola. Se obligó á surtir anualmente á las posesiones de Ultramar con 4,250 esclavos, pagando tambien anualmente al rey 162,000 ducados.

Muerto en 1603 este asentista, recayó el contrato en su hermano Gonzalo Vaez Continho, al cual se le bajaron 22,000 ducados de la cuota anual señalada á Juan Rodriguez.

»En 26 de setiembre de 1615 se contrató el asiento con otro portugués llamado Antonio Fernandez Delvas por tiempo de ocho años. Se obligó á introducir 3,500 esclavos en cada uno y á satisfacer al Erario 115,000 ducados. En 1623 le tuvo por otros ocho años Manuel Rodriguez Lamego, tambien portugués, el cual prometió dar al rey la suma de 120,000 ducados é introducir 3,500 esclavos. Finalmente los portugueses Cristóbal Mendez de Sossa y Melchor Gomez Angel contrataron el asiento por ocho años en el de 1631, dando al gobierno 95,000 ducados y 2,500 esclavos á las provincias de Ultramar.

»La guerra que sobrevino despues entre España y Francia, ú otro motivo que ignoramos, interrumpió la práctica del *asiento* hasta 1662 en que se dió de nuevo por siete años á Domingo Grillo y Ambrosio Lomelin, durante cuyo tiempo introducirian 24,500 negros, dando al rey dos millones y cien mil pesos. Pasó en 1674 á Antonio Garcia y don Sebastian de Siliceo por cinco años: debian introducir en cada uno 4,000 esclavos y pagar 450,000 pesos. No habiendo cumplido estos las condiciones del contrato, se rescindió y concluyó otro por cinco años en el de 1676 con el comercio y consulado de Sevilla, ofreciéndose á dar un millon ciento veinte y cinco mil pesos, y doscientos mil de donativo gracioso. En 27 de enero de 1682 se dió por cinco años á don Juan Barroso del Pozo y D. Nicolás Porcio, vecinos de Cádiz en la cantidad de 1.125,000 pesos. Habiendo dado quiebra esta casa, se trasfirió el contrato al holandés don Baltasar Coimans, prorogándole el tiempo por dos años mas.

»Don Bernardo Francisco Maria de Guzman, residente en Venezuela, consiguió el asiento por cinco años en el de 1692, pagando durante ellos la suma de 2.125,000 de escudos de plata.

»Finalmente, la compañía portuguesa de Guinea le contrató por seis años y ocho meses en 12 de julio de 1696. De los portugueses pasó el *asiento* á los franceses por el tratado de 27 de agosto de 1701, y últimamente á los ingleses por el de 16 de marzo de 1713.»

¡A cuántas y cuán diversas consideraciones daria lugar el *asiento de negros* si hubiéramos de emitir nuestro juicio sobre él en la region de la moralidad y del sentimiento! Pero tratándolo solo históricamente, seremos muy parcos en este punto. Solo diremos que el menosprecio de la raza desgraciada llegó á punto de no ser considerados sus individuos bajo del punto de vista mercantil si no como piezas, ó artículo de comercio, y aun ese nombre se les daba en las tremendas estipulaciones. «Obligándose á encargarse de este asiento por diez años (se decia en el asiento con la compañía de Guinea), que empezarán á correr en 1.° de mayo del que viene de 1702, y á introducir en ellos 48,000 *piezas* de Indias de ambos sexos y de todas edades, etc.»

Como la adquisicion de esclavos en las costas de Africa se hacia á cambio de telas y efectos de comercio, solia abusarse de esta circunstancia para ejercer impúnemente el contrabando en las Américas á la sombra de la *trata*, y el abuso debió llegar á tal punto que, conforme al dictámen del Consejo de Indias, se castigó alguna vez con pena de muerte, sin apelacion, como se vé terminantemente establecido en el asiento mencionado, con la compañía de Guinea. La pena de muerte comprendia, no solo á los asentistas ó sus gentes que verificasen la venta fraudulenta de ropas, pertrechos ú otros géneros, fuera de los esclavos, si no *á los ministros, vasallos y súbditos de S. M. Católica que en su permision fueren culpados*, debiendo ademas ser quemados los géneros y efectos del fraude. Si el valor de los efectos decomisados no llegaba á *cien pesos escudos*, no procedia la pena de muerte, y sí la quema de los géneros y el pago de su valor como multa. Ejecutada la pena de muerte, en los casos en que procedia, en los de-

mas estremos se admitia apelacion al Consejo de Indias (1).

Podia suceder que no por fraude, si no por no haber sido necesarios para la adquisicion de esclavos en Africa, sobrasen algunos géneros. En este caso se permitia el depósito de los mismos con intervencion de los oficiales reales hasta su reembarque y trasporte fuera de los dominios de América: y últimamente en el tratado con Inglaterra de 26 de mayo de 1716, declaratorio de algunos artículos del *asiento de negros*, se estipuló que los géneros escedentes en el caso antes citado podrian venderse con conocimiento de los oficiales reales en feria pública, que anualmente se celebraria en punto determinado de las Américas, dando prévia y oportuna noticia á la Inglaterra de la época y del punto designado.

Hoy, abolida la *trata*, han concluido tambien los *asiento de negros*, y de tal suerte han cambiado las cosas, que la Inglaterra es la espontánea y resueltamente encargada del rigoroso cumplimiento de la abolicion de la *trata*. En las colecciones de tratados de Abreu y de Cantillo se encuentran todos los *asientos de negros* concluidos por los reyes de España.

ASIENTO. En el lenguaje rentístico llámase así la contrata que celebra la hacienda con un particular para que por un precio alzado, suministre uno ó varios artículos de equipo ó subsistencia al ejército, armada, ó algun establecimiento público, como los presidios, ó elabore y conduzca á los puntos de espendicion y consumo algun género estancado. V. **CONTRATAS** y los artículos correspondientes á la materia de ellas.

ASIGNACION. ASIGNAR. Asignacion en general es lo mismo que señalamiento, por lo que en una de sus acepciones, refiriéndose á la cantidad señalada por el desempeño habitual de un cargo público, es lo mismo que sueldo, salario, dotacion. Si la asignacion no es por el desempeño de un cargo, si no voluntaria, remuneratoria, por un servicio prestado, en una palabra, mas bien graciosa que onerosa, es lo mismo que pension. Asignar por consecuencia es establecer la pension, dotacion ó salario. Otras veces es lo mismo que destinar á alguno, ó señalarle el cuerpo, el puesto ó la clase en que ha de prestar algun servicio, en el sentido en que en lo canónico se dice que un clérigo ó beneficiado está *adscripto* ó *adicto* á una parroquia.

La asignacion en el sentido antes espresado es necesaria y voluntaria. Ejemplo de lo primero serian los sueldos de los empleados, la dotacion ó asignaciones del clero, etc., que mal podria el gobierno dejar de hacerlas; y serian ejemplo de lo segundo la concesion de pensiones de gracia, el señalamiento espontáneo de alimentos á una persona, y la desmembracion de sus sueldos y haberes hecha voluntariamente por los empleados y militares, que pasan á Ultramar, en favor de sus familias que quedan en la Península, y deben cobrar en ella tales asignaciones: medida política, equitativa y justa que ha merecido siempre, y siempre debe merecer, la atencion y favor del gobierno.

Confundiéndose muchas veces lo que se llama asignacion con los sueldos, pensiones, alimentos, dotaciones, etc. corresponde y aun es indispensable tratar de ellas mas ó menos directamente en cada uno de los mencionados artículos; si bien hay muchos casos en que las reales disposiciones aplican á tales señalamientos el nombre específico de asignacion. Son infinitas las reales órdenes que hablan de asignaciones, y muy especialmente de las ya mencionadas de empleados de Ultramar; pero no haremos mencion si no de las mas notables ó que aun pueden tener algun caso de aplicacion.

En real órden circular de 12 de junio de 1814 se establecieron reglas para el abono de asignaciones á las familias de empleados militares de Ultramar. Sucesivamente y partiendo siempre del principio de que los funcionarios que hubiesen de prestar sus

(1) Condicion 22 del citado asiento de 27 de agosto de 1701.

servicios en aquellos dominios, convenia lo hiciesen sin inquietud por la suerte de sus familias, se ordenó: que tales asignaciones se pagasen mensualmente y con antelacion por las tesorerías de ejército y de provincia (1); que se observase la mayor puntualidad en el pago de las asignaciones hechas á sus mugeres por los oficiales de ejércitos de operaciones, estableciendo reglas al mismo tiempo para hacer que fuesen reconocidas y efectivas, sin necesidad de real aprobacion especial, dichas asignaciones, que en los subalternos hasta capitan podrian llegar hasta la mitad del sueldo: de capitan á oficial general hasta la tercera parte: y respecto de estos á su voluntad (2); que tales asignaciones fuesen pagadas con preferencia á toda otra atencion (3); que sin nueva órden ó rehabilitacion no se pague ninguna asignacion piadosa anterior al año de 1808 (4); que las asignaciones hechas á emigrados de América se consideren como meras pensiones (5); y últimamente que las familias de los empleados en general gocen de las asignaciones correspondientes al último sueldo disfrutado por sus causantes (6). Pueden verse ademas las reales órdenes de 8 de noviembre de 1823, 17 de diciembre de 1824, 10 de mayo de 1825, y 8 de mayo de 1826.

ASIGNADOS. Con este nombre fue conocido en Francia el papel moneda creado en tiempo de su famosa revolucion para ocurrir á las urgencias del Erario público. Varias fueron las emisiones de asignados *assignats* á que dió lugar la série de los acontecimientos y vicisitudes que durante la revolucion pesaron sobre la nacion francesa; y vario fue tambien, segun las diversas circunstancias, el crédito de estos documentos, habiendo llegado en algunas á una depreciacion sorprendente. La historia de este papel moneda es económicamente considerada muy interesante para el conocimiento del orígen, naturaleza y vicisitudes de la moneda en sus varias clases y aplicaciones, por cuya razon reservamos decir lo que respecto á ella nos permita el plan de nuestra obra en el artículo correspondiente. V **MONEDA.**

ASIGNATURA. Esta voz que antes solo era especial en algunas universidades, se ha hecho hoy general en todas, en los establecimientos de segunda enseñanza y aun en las escuelas especiales. Significa la materia ó tratado objeto de la enseñanza en un período académico determinado. En este sentido á los libros que sirven de testo para facilitar su estudio, se les dá el nombre de libros de asignatura.

ASILO. Palabra de orígen griego que en su natural y mas lata acepcion significa lugar de refugio. En sentido jurídico se entiende por asilo todo lugar que proporciona seguridad é inmunidad al que perseguido por la justicia se acoje á él. Tómase tambien por el mismo *derecho* de acojerse al lugar que para este efecto se considera sagrado, bien sea iglesia, bien el palacio de un rey ó la casa de un embajador. De aquí nace la division del asilo en eclesiástico y secular, segun se concede á un lugar profano ó al sagrado y religioso. Existe igualmente otra especie de asilo llamado de territorialidad ó estranjero, á que se dá por algunos el nombre de hospitalidad, y consiste en la proteccion y seguridad que por derecho de gentes se concede en el territorio de un pais al estranjero refugiado en él con el fin de eludir las acciones civiles ó criminales que el individuo ó la sociedad tienen derecho á ejercer contra él por deudas contraidas ó crímenes cometidos en otra nacion. Es preciso no confundir el asilo con la inmunidad local, pues se diferencian entre sí, debiendo considerarse la inmunidad como causa y el asilo como el efecto producido: aquella existe solo en el lugar considerado como sagrado, y dá orígen á la realizacion del derecho en el individuo. La inmunidad es mas genérica, y significa el privilegio concedido á favor de una persona,

(1) Real declaracion de 18 de febrero de 1815.
(2) Real declaracion de 24 de mayo de 1815.
(3) Real órden de 24 de julio de 18 0.
(4) Real órden de 9 de setiembre de 1819.
(5) Real órden de 8 de julio de 1828.
(6) Real órden de 4 de mayo de 1831.

cosa ó lugar, mientras que el asilo solo supone un privilegio á favor del individuo. Este es el fundamento de las divisiones de inmunidad en personal, real y local. Así cuando se trata de la inmunidad local eclesiástica, se entiende por tal el privilegio de que gozan las iglesias de no poder destinarse á usos profanos, siempre que en ellas se celebren los divinos misterios, aunque no estén consagradas, y es el fundamento de que los reos refugiados á ellas no puedan ser estraidos á la fuerza sin incurrir en sacrilegio. Es, no obstante, muy frecuente en las leyes y en los autores confundir el privilegio en general con el derecho resultante de él á favor del individuo, mayormente cuando se trata de fijar ó enumerar los lugares eclesiásticos que gozan de inmunidad para los efectos del asilo, y en este sentido hablaremos tambien en este artículo de la inmunidad local de las iglesias, reservando la esplicacion de los demas puntos que comprende esta palabra para su lugar correspondiente.

Habiendo arriba indicado que el asilo puede ser de dos clases, esto es, eclesiástico ó secular, pasaremos á ocuparnos de la primera, para despues hacerlo de la otra en que se contienen los llamados territorial y de palacio.

ASILO ECLESIASTICO. Llámase así en la actualidad el amparo ó acogida que determinadas iglesias prestan á delincuentes de cierta clase que á las mismas se refugian, y en cuya virtud adquieren el derecho de no ser estraidos de ellas violentamente, y de que se les imponga una pena inferior á la en que hubiesen incurrido, eximiéndose de la capital. Aun despues que hubo cesado en la Iglesia la intercesion caritativa de los obispos en favor de los criminales, y dejaron de imponerse á estos las antiguas penitencias con las que se procuraba reformarlos, se conservó este derecho por respeto á la inmunidad de los templos ó lugares tenidos para el efecto como sagrados. Su uso no ha sido siempre el mas recto ni uniforme: las leyes de cada pais y los cánones le han ampliado, modificado ó derogado segun los tiempos y circunstancias. Nuestras leyes se han confirmado y limitado sucesivamente segun fueron admitiéndose en España las bulas que lo restringian. Así es que, permaneciendo fijo el principio de la inmunidad local, esta y el asilo se hallan hoy, sin embargo, ligados á determinadas condiciones cuya completa reunion es el fundamento de la existencia legal de este derecho.

PARTE LEGISLATIVA.

SUMARIO.

Leyes del Fuero Juzgo.
Id. de las Partidas.
Id. de la Novísima Recopilacion.
Disposiciones posteriores.
Leyes de Indias.
Legislacion Canónica.
Id. estranjera.

LEYES DEL FUERO JUZGO.

LEY 16, TÍT. 5, LIB. 6.

El que comete homicidio, aunque se acoja á la iglesia, no dejará de ser castigado; pero su perseguidor no podrá sacarle de ella sin consultar con el sacerdote, el cual lo arrancará del altar y lo echará fuera de la iglesia, siempre que preste juramento de no matarle, y solo entregale á los parientes mas inmediatos del muerto, que podrán hacer de él lo que quieran, escepto darle muerte.

LEY 1, TIT. 3, LIB. 9.

Nadie se atreva á sacar violentamente de la iglesia al acogido á ella, á no ser que hiciere uso de las armas.

LEY 2, ID., ID.

Si el que huye á la iglesia no dejare las armas que tuviere, el que lo matare no hace injuria al lugar santo, ni la autoridad eclesiástica puede castigarlo.

LEY 3, ID., ID.

El que saque de la iglesia su siervo deudor ó le arranque por fuerza del altar sin que se lo entreguen el sacerdote ó el guarda de la misma iglesia, pague cien sueldos si es persona de categoría, y si no lo fuere treinta, para el lugar santo que ha sido injuriado, y si no tuviere con que pagarlos, reciba cien azotes, quedando el siervo en poder de su señor y el deudor en el de su acreedor.

LEY 4, ID., ID.

Nadie puede extraer por fuerza de la iglesia ó de su pórtico al acogido á ella, sin que se lo entregue el presbítero ó diácono; y si el deudor ó reo acogido no merece pena de muerte, el guarda de la iglesia intercederá para que se le perdone. Si algun deudor se acogiese á la iglesia, el presbítero ó diácono debe entregarlo sin dilacion, y aquel á quien se lo entregue no puede herirlo ni matarlo, debiéndose fijar ante el presbítero ó diácono el plazo dentro del cual ha de satisfacer la deuda.

LEYES DE LAS PARTIDAS.

LEY 2, TÍT. 11, PART. 1.

Todo el que se acogiere á la iglesia, su pórtico ó cimenterio, debe ser defendido en ella y no estraido por fuerza, ni penado corporalmente, ni privado de comer y beber, ni cercado alrededor de ella y su cimenterio, sino en los casos de la siguiente ley 4. Al que estuviese encerrado deben dar los clérigos comida y bebida, y guardarlo cuanto puedan de que reciba daño en su cuerpo. Los que pretendan sacarlo para satisfacerse de su agravio, deben dar seguridad y fiadores á los clérigos de no hacerle mal en su persona ó prestar caucion juratoria de ello, siendo tales que se presuma guardarán su juramento: y así pueden estraerlo, para que satisfaga su esceso con arreglo á las leyes; y no teniendo con que pagarlo, debe servir el tiempo razonable que el juez estime; mas por razon de deuda no ha de servir, ni ser preso; y sí dar la mayor seguridad que pueda de que la pagará cuando tuviere para hacerlo.

LEY 3, ID., ID.

Debe ampararse en la iglesia al siervo acogido á ella sin mandato de su señor; pero dando este fiadores, y jurando no hacerle mal, deben los clérigos sacarlo y entregárselo, aunque él no quiera salir, y no haciéndolo estos, puede el señor estraerlo sin pena alguna y llevárselo: si dada la seguridad por este, aquellos lo amparasen, son obligados á pagar el menoscabo del servicio causado al dueño por no haber querido darlo; y en caso de huirse, ha de satisfacerle su valor. Si el deudor se entra en la iglesia temeroso de la deuda, y el acreedor no quiere componerse con él, amenazándole y demandándole mas de lo debido, y por este miedo se huyese de ella, en tal caso no puede el acreedor demandarlo á los clérigos. Si el que diere la caucion juratoria la quebrantase, haciendo algun daño en la persona estraida, será perjuro y descomulgado.

LEY 4, ID., ID.

No pueden ampararse en la iglesia y sí deben ser estraidos de ella los ladrones públicos que ocupan los caminos y sendas y matan ó roban: los que de noche quemen ó en otro modo destruyan mieses, viñas, árboles y campos; los que maten ó hieran en la iglesia ó su cimenterio con la confianza del amparo de ella; y los que la quemen ó quebranten: á todos los demas los defiende de que se les haga mal en el modo dicho: el contraventor comete sacrilegio, y ha de ser descomulgado hasta que lo satisfaga; y el que por fuerza saque de la iglesia á hombre ó muger, ú otra cosa, debe restituirlo sin daño ni menoscabo.

LEY 5, ID., ID.

Por derecho de las antiguas leyes deben estraerse de la iglesia los traidores mani-

fiestos, homicidas, adúlteros, forzadores de vírgenes, y los obligados de dar cuenta al rey de sus pechos y tributos: pues tales malhechores no deben ampararse en la casa de Dios, donde mas bien debe guardarse la justicia, ni la casa de oracion debe hacerse cueva de ladrones.

LEYES DE LA NOVISIMA RECOPILACION.

LEY 1, TÍT. 4, LIB. 1.

(8, tit. 8, lib. 1 del Fuero real.)

La iglesia no defiende á los ladrones públicos, á los incendiarios de mieses, devastadores de viñas ó árboles y destructores de los mojones de las heredades, ni á los que quebrantasen la iglesia ó su cimenterio, matando ó hiriendo con objeto de ser defendidos por la iglesia, debiendo ser estraidos de ella los que cometen estos delitos.

LEY 2, ID., ID.

Don Fernando y doña Isabel en Toledo por pragmática de 14 de mayo de 1498.

No gozan de inmunidad local los deudores que se acojan á la iglesia ó monasterio para escusarse de pagar sus deudas, debiendo ser sacados del lugar sagrado y puestos en la cárcel pública, dando y recibiendo seguridad el juez seglar, de no proceder contra ellos criminalmente, ni imponerles pena corporal, conforme á las leyes y costumbres antiguas de estos reinos, que permiten que los deudores sirvan á sus acreedores hasta que sean pagados y satisfechos de sus deudas.

Los bienes que los deudores ponen y meten en la iglesia han de ser sacados de ella para pagar las deudas que deben. El juez seglar puede estraer el deudor sin escándalo y sin lesion de la persona de la iglesia donde estuviere y llevarlo á la cárcel pública cuando el juez eclesiástico no se lo quisiera entregar despues de dada caucion de no castigarlo corporalmente, y entonces decidir acerca de la deuda.

Los prelados, provisores y demas jueces eclesiásticos requeridos por la justicia ó por los acreedores, y enterados de las obligaciones en que los deudores han obligado sus personas y bienes, deben entregarlos á la justicia, la que les dará la citada seguridad de no castigarlos corporalmente; teniéndolos presos hasta que paguen y cumplan lo que son obligados. Los rectores, curas y otros ministros de las iglesias y monasterios en que se vieren depositados bienes de los deudores ó sus fiadores, dejen y permitan sacarlos para que de ellos se satisfagan sus deudas, y en el caso de que no lo hicieren, los jueces seglares puedan sacarlos para entregarlos á los acreedores.

LEY 3, ID., ID.

Don Felipe V en Madrid, por real cédula de 14 de marzo de 1708.

Los soldados desertores refugiados en las iglesias pueden ser sacados de ellas gubernativamente y solo con el objeto de que vuelvan á servir en sus respectivos cuerpos; los ministros ó cabos que los sacaren prestarán caucion juratoria de que no los castigarán y causarán vejacion alguna. Si los eclesiásticos no quisieran entregarlos, podrán sacarlos por sí, sin incurrir en pena alguna. Si los estraidos cometieran nuevos delitos serán castigados sin que puedan alegar iglesia *friu*, pues siendo el fundamento de esta la reintegracion del despojo, no puede este tener lugar cuando el desertor no goza de inmunidad ni sufre otra pena que la continuacion del servicio.

LEY 4, ID., ID.

Don Felipe V en Buen Retiro, por real decreto de 7 de diciembre de 1737.

Habiéndose concluido y cangeado ya el concordato con la Santa Sede, despues de las últimas diferencias, y convenidose entre otras cosas que baste un solo insulto de

caminos públicos con muerte ó mutilacion de miembro para que no gocen los delincuentes de asilo alguno, que las inmunidades ó iglesias que llaman *frias* no valgan por ningun delito, y que tampoco sean asilo las iglesias rurales y ermitas en que no haya Sacramento ó no se celebre misa con frecuencia, he resuelto participarlo al Consejo para que se arregle en lo que ocurriese á lo convenido que vá espresado, y lo comunique á los prelados y justicias del reino.

ARTS. 2, 3 Y 4 DEL CONCORDATO CELEBRADO EN 26 DE SETIEMBRE DE 1737 A QUE SE REFIERE ESTE REAL DECRETO.

Art. 2. Para mantener la tranquilidad del público é impedir que con la esperanza del asilo se cometan algunos mas graves delitos que puedan ocasionar mayores disturbios, dará Su Santidad en cartas circulares á los obispos las órdenes necesarias para establecer que la inmunidad local no sufrague en adelante á los salteadores ó asesinos de caminos, aun en el caso de un solo y simple insulto, con tal que en aquel acto mismo se siga muerte ó mutilacion de miembros en la persona del insultado; igualmente ordenará que el crímen de lesa magestad que por las constituciones apostólicas está escluido del beneficio del asilo, comprenda tambien á aquellos que maquinaren ó trazaren conspiraciones dirijidas á privar á S. M. de sus dominios en el todo ó parte: y, finalmente, para impedir en cuanto sea posible la frecuencia en los homicidios estenderá Su Santidad con otras letras circulares á los reinos de España, la disposicion de la bula que comienza: *In Supremo Justitiæ solio*, publicada últimamente para el estado eclesiástico.

Art. 3. Habiéndose en algunas partes introducido la práctica de que los reos aprehendidos fuera del lugar sagrado aleguen inmunidad y pretendan ser restituidos á la iglesia por el título de haber sido estraidos de ella ó de lugares inmunes en cualquier tiempo, huyendo de este modo el castigo debido á sus delitos, cuya práctica se llama comunmente con el nombre de iglesias *frias*, declara Su Santidad que en estos casos no gocen de inmunidad los reos, y espedirá á los obispos de España letras circulares sobre este asunto, para que en su conformidad publiquen los edictos.

Art. 4. Porque S. M. particularmente ha insistido en que se providencie sobre el desórden que nace del refugio que gozan los delincuentes en las ermitas é iglesias rurales y que les dá ocasion y facilidad de cometer otros delitos impúnemente; se mandará igualmente á los obispos por letras circulares, que no gocen de inmunidad las dichas iglesias rurales en que el Santísimo Sacramento no se conserva, ó en cuya casa contigua no habita un sacerdote para su custodia, con tal que en ella no se celebre con frecuencia el sacrificio de la misa.

LEY 10, ID, ID.

Don Fernando VI, por real decreto de 27 de febrero de 1751.

Para que no padezcan atraso las causas ó artículos de competencia que se siguen á los militares por delito grave, los capitanes generales deben celar y cuidar que los gefes militares ante quienes penden ó conocen de ellas las concluyan lo antes posible, debiéndose satisfacer por la tesorería general las costas inevitables que se causaren en los tribunales eclesiásticos ó reales, en seguimiento de las competencias. Los intendentes de ejército y provincia las han de abonar, prévia tasacion formal de jueces ó tribunales eclesiásticos que intervengan en los artículos de inmunidad, y aprobacion de los jueces militares, que las pasarán á dichos intendentes para que hallándolas conformes ó sin gran discrepancia en las partidas las dirijan á los tesoreros á fin de que entreguen su importe á los jueces ó á sus apoderados. Los arzobispos y obispos de Castilla, y los jueces de competencia de Aragon, despacharán con la posible brevedad y preferencia los artículos de inmunidad que pertenezcan á reos militares y encargarán á sus provisores ó asesores que lo

practiquen así y que procedan con la mayor equidad en la tasacion de las costas.

LEY 7, ID., ID.

Don Cárlos III en la ordenanza militar de 13 de noviembre de 1763. Cap. 1 y 2, tit. 10.

1.° Cualesquiera soldados que contra las reglas de buena disciplina y subordinacion se retirasen á la iglesia, á deducir desde ella sus quejas y pretensiones, ademas de ser estraidos y aplicados por via de correccion á las obras ó trabajos de las plazas por el tiempo que les falte á cumplir, pierdan por el hecho de haberse refugiado todo el derecho ó accion que pudieran tener á las mismas pretensiones, aunque en su naturaleza sean fundadas y justas, pues deben hacerlas por el conducto de sus oficiales ó gefes.

2.° El soldado que promoviere especies que puedan alterar la obediencia y disciplina..... si hubiere tomado iglesia, será estraido bajo caucion, y como genio perjudicial en el regimiento ó compañía, se le aplicará por via de correccion á las citadas obras ó trabajos de la plaza por el tiempo que le faltase á cumplir.

Y mando que por la via de mis Consejos y cámaras de Castilla é Indias se comunique á los prelados de mis dominios, con especial encargo, como á los demas eclesiásticos seculares y regulares á quienes competa, que unan sus disposiciones á las de los gefes y comandantes militares para la pronta estraccion (con el respeto debido á la iglesia) de los soldados que sin crímen precedente se refugiaren para reclamar ó deducir sus pretensiones, buscando la inmunidad para cometer desde ella, con ofensa de la misma iglesia, un insulto contra la subordinacion y disciplina tan necesaria para la conservacion y defensa de los mismos dominios.

LEY 5, ID. ID.

Don Cárlos III por real cédula de 14 de enero de 1775.

Para que tenga el debido efecto la reduccion de lugares inmunes, y asignacion de los que deben serlo en adelante, segun el Breve de N. M. S. P. Clemente XIV, espedido en 12 de setiembre del año próximo, encargo á los M. RR. arzobispos y obispos, y á los cabildos de las iglesias metropolitanas y catedrales en Sede vacante, sus visitadores ó vicarios, á los demas ordinarios eclesiásticas, que ejercen jurisdiccion, y á los superiores ó prelados de las órdenes regulares, párrocos y demas personas eclesiásticos, concurran por su parte cada uno en lo que le toca, á que tenga el debido cumplimiento la reduccion y asignacion de asilos, con lo demas que corresponda, y mando á todos los jueces y justicias de estos mis reinos y demas á quienes toque, guarden y cumplan, y hagan guardar y cumplir igualmente el contenido de esta mi real cédula, cuidando de conservar la armonía que debe versar entre unos y otros, distinguiendo cada autoridad lo que la pertenece, sin confusion ni afectacion, y dando para la ejecucion de todo las órdenes y providencias que se requieran, y noticia al mismo Consejo de lo que adelantare en este importante asunto, de forma que en el preciso término del año que previene el citado Breve se ejecute la asignacion y reduccion de asilos, y se haga constar al público para su gobierno é inteligencia.

LEY 8, ID. ID.

Don Cárlos IV por resolucion á consulta del consejo de Guerra de 9 de febrero de 1796 y circular de 26 del mismo.

Con arreglo al art. 121, tít. 10, trat. 8 de las Ordenanzas del ejército, para ninguno de los delitos comprendidos en el referido título, se admite la escepcion de embriaguez, y no obstante estar vigente dicho artículo en todo lo en él prevenido, en los casos de inmunidad debe admitirse la escepcion de embriaguez.

LEY 9, ID. ID.

Don Cárlos IV por resolucion á consulta del consejo de Guerra y circular de 10 de febrero de 1796.

Conforme á las disposiciones de derecho, el reo militar aprehendido ó que se

presentare fuera del lugar inmune con solo papel de los curas, sin la caucion ni resguardo correspondiente, sea juzgado por los consejos de guerra ordinarios y demas que hayan de sentenciar su causa, imponiéndole la pena que merezca su delito como si no se hubiere refujiado, sin omitir que conste el hecho del arresto en el proceso.

LEY 11, ID. ID.

Don Cárlos IV por resolucion á consulta del consejo del Guerra de 14 de marzo de 1779, inserta en circular de Consejo real de 6 de enero de 1801.

La tasacion de costas en los tribunales eclesiásticos aprobada por el juez es bastante para que las tesorerías de ejército abonen los gastos de las causas de inmunidad seguidas contra los militares. Los intendentes no solo deben hacer el pago en vista de la mencionada tasacion, sino tambien adelantar las cantidades que de oficio les pidan los capitanes generales, porque no es de presumir que ni estos pidan sin urgente necesidad, ni que los tribunales eclesiásticos hagan tasaciones escesivas. En los recursos de fuerza sea asimismo suficiente la certificacion del importe de las diligencias y demas actos que deberá dar el oidor ó ministro semanero, precedida tasacion para el abono en las mencionadas tesorerías, entendiéndose en uno y otro caso de las costas de oficio, porque las que causen los reos cuando se defienden por sí las han de satisfacer ellos y tambien las de oficio, cuando tengan bienes con qué pagarlas, sin obligar á los capitanes generales ni auditores á hacer obligaciones prolijas y á despachar requisitorias para acreditar si los tienen ó no. En los recursos de fuerza, ya sobre el modo, ya acerca de conocer y proceder, todo lo perteneciente á la defensa es de precisa obligacion de los fiscales, bastando para escitar su ministerio un oficio del auditor de guerra de la provincia sin necesidad de mas poder.

LEY 6, ID., ID.

Don Cárlos IV en San Lorenzo por cédula de 11 de noviembre de 1800.

Con inteligencia de los benéficos efectos que ha producido lo dispuesto en la real cédula espedida para mis dominios de Indias en 15 de marzo de 1787, así en cuanto á la pronta administracion de justicia como en alivio de los reos refugiados y otros objetos en que interesa notablemente el bien público; he resuelto, conformándome con el parecer de mi Consejo, que en estos mis reinos se observe por punto general lo que se dispone en los artículos siguientes.

1.° Cualquiera persona de ambos sexos, sea del estado y condicion que fuere, que se refugiase á sagrado, se estraerá inmediatamente con noticia del rector, párroco ó prelado eclesiástico por el juez real, bajo la competente caucion (por escrito ó de palabra, á árbitro del retraido), de no ofenderle en su vida y miembros, se le pondrá en cárcel segura, y se le mantendrá á su costa, si tuviese bienes, y en caso de no tenerlos, de los caudales del público ó de mi real Hacienda, á falta de unos y otros, de modo que no le falte el alimento preciso.

2.° Sin dilacion se procederá á la competente averiguacion del motivo ó causa del retraimiento, y si resultase que es leve ó acaso voluntaria, se le corregirá arbitraria y prudentemente, y se le pondrá en libertad con el apercibimiento que gradúe oportuno el juez respectivo.

3.° Si resultase delito ó esceso que constituya al refugiado acreedor á sufrir pena formal, se le hará el correspondiente sumario, y evacuada su confesion con las citas que resulten en el término preciso de tres dias (cuando no haya motivo urgente que lo dilate) se remitirán los autos á la real audiencia ó chancillería del territorio.

4.° En las audiencias se pasará el sumario al dictámen fiscal, y con lo que opine y resulte de lo actuado, se providenciará sin demora, segun la calidad de los casos.

5.° Si del sumario resulta que el delito

cometido no es de los esceptuados, ó que la prueba no puede bastar para que el reo pierda la inmunidad, se le destinará por providencia y cierto tiempo, que nunca pase de diez años, á presidio, arsenales (sin aplicacion al trabajo de las bombas), bageles, trabajos públicos, servicio de las armas ó destierro, ó se le multará ó corregirá arbitrariamente segun las circunstancias del delincuente y calidad del esceso cometido y, reteniendo los autos, se darán las órdenes correspondientes para la ejecucion, que no se suspenderá por motivo alguno; y hecha saber la condenacion á los reos, si suplicaren de ella, se les oirá conforme á derecho.

6.° Cuando el delito sea atroz, y de los que por derecho no deben los reos gozar de la inmunidad local, habiendo pruebas suficientes, se devolverán los autos por el tribunal al juez inferior, para que con copia autorizada de la culpa que resulta, y oficio en papel simple, pida (sin perjuicio de la prosecucion de la causa) al juez eclesiástico de su distrito la consignacion formal y llana entrega, sin caucion, de la persona del reo ó reos; pasando al mismo tiempo acordada al prelado territorial para que facilite el pronto despacho.

7.° El juez eclesiástico, en vista solo de la referida copia de culpa que le remita el juez secular, proveerá si há ó no lugar la consignacion y entrega del reo, y le avisará inmediatamente de su determinacion con oficio en papel simple.

8.° Provista la consignacion del delincuente, se efectuará la entrega formal dentro de veinte y cuatro horas, y siempre que en el discurso del juicio desvanezca las pruebas ó indicios que resulten contra él, ó se disminuya la gravedad del delito, se procederá á la absolucion ó al destino que corresponda segun el artículo 5.

9.° Verificada la consignacion del reo, procederá el juez secular en los autos, como si el reo hubiera sido aprehendido fuera del sagrado; y sustanciada y determinada la causa segun justicia, se ejecutará la sentencia con arreglo á las leyes.

10. Si el juez eclesiástico, en vista de lo actuado por el secular denegase la consignacion y entrega del reo, ó procediese á formacion de instancia, ú otra operacion irregular, se dará cuenta por el inferior al tribunal respectivo con remision de los autos y demas documentos correspondientes para la introduccion del recurso de fuerza, de que se harán cargo mis fiscales en todas las causas, para lo que el juez pasará los autos á la audiencia ó chancillería del territorio, y este se los devolverá finalizado el recurso, y en tal caso el tribunal en donde se ha de ventilar la fuerza, librará la ordinaria acostumbrada para que el juez eclesiástico remita igualmente los autos, citadas las partes, ó que pase el notario á hacer relacion de ellos, segun el estilo que en su razon se halla introducido en los demas recursos de aquella clase, á fin de que con inteligencia de todo se pueda determinar lo mas arreglado, sin que deba escusarse á ello el eclesiástico con pretesto alguno.

11. Decidido sin demora el recurso de fuerza y haciéndola el eclesiástico, se devolverán los autos al juez inferior, y este procederá con arreglo al artículo 9; pero no haciéndola en lo sustancial, providenciará desde luego el tribunal el destino competente del reo ó reos, conforme á lo prevenido en el artículo 5.

12. Cuando el reo refugiado sea eclesiástico y conserve su fuero, se hará la estraccion y encarcelamiento por su juez competente, y procederá en la causa con arreglo á justicia, ausiliándose por el brazo seglar en todo lo que necesite y pida.

13. En los casos dudosos estarán siempre los tribunales por la correccion y pronto destino de los reos, sin embarazarse ni empeñarse en sostener sus conceptos; antes bien deberán prestarse todos á los medios y arbitrios que faciliten el justo fin que me he propuesto en esta determinacion, á que principalmente me induce la debida atencion á la humanidad, quietud pública y remedio de tantos males como se han esperimentado hasta ahora con irreverencia del santuario.

14. Por lo que respecta á los reinos de Aragon, Valencia y principado de Cataluña, se observará por ahora la práctica que rige respecto á los militares, dejando para otro tiempo tratar de uniformarla con la de Castilla, si se creyese conveniente.

SUPLEMENTO A LA NOV. RECOP.

LEY 1, TÍT. 4, LIB. 1.

Don Cárlos IV en Aranjuez, por resolucion á cons. de 6 de junio de 1803, y cédula del Consejo de Hacienda de 30 de abril de 1806.

Lo dispuesto en la ley 6 de este título y libro, se observe y rija igualmente en los tribunales y juzgados de Hacienda y sus causas de inmunidad, sin que se haga novedad en la práctica que rige en la corona de Aragon y con la prevencion que los artículos 3, 4, 10 y 11 de la misma cédula deben entenderse en tales casos con el Consejo de Hacienda.

DISPOSICIONES POSTERIORES.

REALES ÓRDENES DE 6 DE MAYO DE 1832 Y 15 DE SETIEMBRE DE 1834.

Se dispone que al soldado que por causas frívolas, ó para producir sus quejas ó hacer sus pretensiones se acoja á sagrado, se le imponga la pena de servir la mitad mas del tiempo de su primitiva condena, y si fuese voluntario la mitad mas del tiempo de su empeño: y que esta real determinacion sea igualmente estensiva al ejército de Indias.

Convenio celebrado entre la España y la República francesa para asegurar la recíproca estradicion de los malhechores, firmado en Madrid el 26 de agosto de 1850, por los Excmos. Sres. D. Pedro José Pidal y Don Pablo de Bourgoing, plenipotenciarios nombrados en debida forma al efecto.

Art. 9. Siendo obligatorio para el gobierno español el respetar el derecho que adquieren en España ciertos delincuentes á ser eximidos de la pena capital en virtud del asilo eclesiástico, se entenderá que la estradicion concedida al gobierno francés de los reos que se hallen en aquel caso está efectuada, con la condicion de que no podrá serles impuesta la pena de muerte que en el estado actual de la legislacion francesa no es aplicable á ninguno de los reos que gozan en España del beneficio del derecho de asilo, si mas adelante llegase á serles aplicable. Deberá acreditarse aquel derecho al tiempo de la entrega de los reos, mediante copia testimonial de las diligencias judiciales practicadas con este objeto.

RECOPILACION DE LEYES DE INDIAS.

LEY 1, TIT. 5, LIB. 1.

Don Felipe II en Madrid, cédula de 18 de octubre de 1569, y D. Felipe IV en esta recopilacion.

Conviene que los naturales de Indias tengan reverencia y respeto á los lugares sagrados y á los arzobispos, obispos, sacramentos y doctrina; y por lo mismo se prohibe á todas las personas de cualquier estado y condicion que sean, recostarse ni echarse en los altares, pasearse durante el sacrificio de la misa, celebracion de los oficios divinos y predicacion de sermones, tratar ni negociar, estorbar ni retraer de su devocion á las personas que concurran á la iglesia. Los vireyes, presidentes y oidores, gobernadores, corregidores y otros jueces, no consientan ningun acto que se oponga á la inmunidad eclesiástica en los casos que debe guardarse segun las leyes de Castilla; y tengan muy particular cuidado con la autoridad de los prelados y ministros de las iglesias para que las cosas del servicio de Dios y culto divino se hagan con la decencia conveniente.

LEY 2, ID., ID.

El emperador D. Cárlos y la reina gobernadora en Medina del Campo á 20 de marzo de 1532, y D. Felipe IV en esta recopilacion.

Los prelados de las iglesias y monasterios de Indias, no deben admitir á los delin-

cuentes que á ellos se acogieren en los casos que, segun las leyes de Castilla, no gozan de la inmunidad eclesiástica, ni impedir el ejercicio de su jurisdiccion á las justicias ordinarias, ni consentir ni dar lugar á que esten en las iglesias y monasterios mucho tiempo los que pueden y deben gozar de la inmunidad.

LEY 3, TD. ID.

D. Felipe II en Madrid á 12 de abril de 1593, y D. Felipe IV en esta recopilacion.

Para atender al bien público y seguridad de la armada, pueden y deben ser sacados de las iglesias, conventos ó lugares sagrados, y entregados á los cabos de sus bajeles los soldados, pilotos, marinos y artilleros que se acogen á ellos.

DISPOSICIONES CANÓNICAS.

DECRETO DE GRACIANO.

CAN. 6, DIST. 87.

Del Concilio I de Orange, cán. 5.

No conviene entregar á los que huyeren á la iglesia, sino intercediendo por ellos, defenderlos en atencion á la reverencia del lugar santo.

§. 1.° Mas si alguno se atreviese á apoderarse de los siervos de los clérigos por los suyos que huyen á la iglesia, sea severamente condenado por toda ella.

CAN. 6, CAUSA 17, QUAEST. 4.

El papa Nicolás á todos los obispos.

Segun los santos padres establecieron en lo antiguo, hemos determinado que la iglesia mayor tenga de circuito cuarenta pasos, y las capillas ó iglesias menores solo treinta.

§. 1.° Mas el que se atreviese á quebrantar sus confines ó sustrajese de ellas la persona de un hombre ó sus bienes, á no ser ladron público, sea escomulgado hasta que se enmiende y vuelva lo que quitó.

CAN. 8 DE ID.

Agustino á Bonifacio, epist. 437.

Me maravillo cómo tan pronto el ariete enemigo ha roto el muro de la fé; pues siempre me he persuadido de la religion con que has venerado la iglesia de Dios. ¿Quién te instigó para que osases hacerlo? ¿Has estraido un hombre de la iglesia? No escribo esto para confundirte, sino que te amonesto como á mi hijo carísimo. Vuelve, pues, ileso á la iglesia á quien con tanta irreligion sacaste de ella. He mandado no tomen los clérigos la ofrenda de tu casa; y te privo de la comunion, mientras que con corazon contrito y humillado no ofrezcas á Dios digno sacrificio por este hecho, despues de haber cumplido en el tiempo señalado la penitencia que te he impuesto por tus atrevimientos ó error.

CAN. 9 DE ID.

Del libro 5 de los capitulares, cap. 90.

Ninguno se atreva á sacar de la iglesia al reo que huye á ella, ni por lo mismo entregarle al castigo ó último suplicio; para que se conserve el honor de Dios y de sus santos; antes bien los rectores de las iglesias procuren alcanzar se le deje en paz y que no se le ofenda en su vida y miembros; sin embargo, arreglen por medios legítimos lo que aquel inicuamente hizo.

CAN. 10 DE ID.

Gelasio á los obispos Victor, Constantino, Mártir, Félix, Sereno y Timoteo.

Nuestro hermano Corepíscopo Epifanio nos hizo presente que Benenato y Mauro, municipios de la ciudad de Benevento, en desprecio de la religion y con una contumacia cruel y punible hicieron salir fuera á su curial que huyó al átrio de la iglesia, y ni aun allí le creyeron resguardado ni libre de su persecucion; atreviéndose á hacer en un arrebato de su imaginacion temeraria lo

que jamás fue permitido á las potestades ni príncipes; esto es, á estraer violentamente, bajo pretesto de hallarse ausente el sacerdote, al que refugiado á los santuarios resistia y reclamaba no salir de él. A los cuales Benenato y Mauro creyó Epifanio privar de la sagrada comunion, segun nos hizo ver por su relacion. Y Nos interponemos nuestra autoridad en esta parte, si realmente consta cometido tan grande crímen; ni debe permitirse la súplica al que no dudó cometer un sacrilegio. Nadie, pues, crea que dentro de los umbrales señalados para que sirvan de gran veneracion le es permitido, á su arbitrio, usar de humildad y furor. Por tanto, hermanos carísimos, si por medio de un manifiesto exámen resultan reos los supradichos Benenato y Mauro, prohibidles la entrada en las iglesias de vuestras parroquias, con la autoridad de nuestro mandato; para que no solo sean justamente castigados con arreglo á la cualidad de su delito los que se pruebe cometieron injuria contra los sagrados lugares, sino tambien para apartar á los demas de una presuncion ó atrevimiento semejante, con el temor de este castigo.

CAN. 19 DE ID.

Del concilio de Lérida, can. 8.

Ningun clérigo se atreva á estraer ó presuma azotar á su siervo ó discípulo que huya á la iglesia. Si lo hiciere, sepáresele, mientras no haga digna penitencia, del lugar que no honró.

CAN. 20 DE ID.

Del concilio de Tréveris, cap. 20.

Si algun obstinado ó soberbio, sin temor de Dios ni reverencia á las santas iglesias, estrajese violentamente del átrio de la iglesia ó de cualesquiera pórticos contiguos á ella, á su siervo que huye, ó á quien él mismo persigue, pague al obispo novecientos sueldos por razon de inmunidad, é impóngasele penitencia pública á justo juicio del obispo.

CAN. 32 DE ID.

Gelasio papa al obispo Bonifacio.

Los domésticos que temen á sus señores, si huyeren á los átrios de la iglesia, deben buscar intercesores, no sitios para ocultarse, no sea que esta misma presuncion de tardanza aumente la temeridad de resistirse. Nuestro hijo Pedro, varon recomendable, se queja de que su siervo permanece mucho tiempo en la iglesia de San Clemente; pues habiéndole enviado á decir que se le hacia juramento de seguridad, no quiso salir de modo alguno. Por lo tanto, dirigido al presente el antedicho hombre con aquel á quien eligieres para enviar, luego que preste juramento de no ofenderle, harás por todos los medios posibles que vuelva á casa de su señor: y si acaso se mostrase pertinaz, hagásele volver contra su voluntad despues de prestarle juramento de caucion.

CAN. 33 DE ID.

El mismo á Juan, obispo de Viena.

La esposa de Félix y su hija llegaron á Roma porque así convino. Por cierto que habiéndose refugiado primeramente este mismo á la Basílica de los bárbaros, y jactándose de que tenia causas justas, le mandamos que saliese con esta condicion, que si alegase fiel y razonablemente sus actos, no permitiriamos de modo alguno se le tratase áspera ni duramente. De otra suerte, y probado que hizo algo contra la utilidad y fidelidad que debe á su señor, se lo imputase á sí mismo y se sujetase á lo que su señor dispusiese de él convenientemente. Y habiendo llegado Orthasio, nuestro hijo, varon recomendable, fue aquel de tal manera convencido en cada uno de los cargos que se le hicieron, que no pudo abrir su boca, y confesó por sí mismo ser cierto lo que se le objetaba, por lo cual queda sujeto á custodia.

CAN. 33 DE ID.

Del concilio 12 de Toledo, can. 10.

El santo Concilio declaró que ninguno se atreva á sacar de la iglesia á los que huyen ó están en ella; ni causar perjuicio, dañar ni despojar á los que residen en el lugar santo: antes bien, sea permitido á los que se acogen á las iglesias permanecer dentro del recinto de treinta pasos de las puertas de la iglesia, para que se guarde la reverencia debida en todo el circuito que aquellos comprenden en cada una: mas esto sea de suerte que los que huyen á ella no vayan de modo alguno á casas estrañas ó muy desviadas de la iglesia; pues que solo tendrán entrada para estar en el recinto de los treinta pasos, sin incluirse en ellos las casas estrañas ó agenas: .....

§. 1.° Mas si alguno se atreviese á infringir este decreto, quede sujeto á la escomunion eclesiástica, y castíguesele por sentencia de la real indignacion.

§. 2.° Si segun lo establecido por los antiguos cánones, los que buscan á los refugiados á la iglesia no prestasen juramento de seguridad, ni el sacerdote de la misma los estrajese de las puertas de ella, ó ha de responder el sacerdote de la fuga de los tales, si se verificase, ó imponerse pena de indemnizacion de daños, á eleccion del príncipe, á los sacerdotes que tal hiciesen.

CAN. 36 DE ID.

Del concilio 1.° de Orleans, cáns. 3 y 5.

Hemos determinado se observe lo decretado por los cánones de la Iglesia y establecido por la ley romana, á saber: que no se permita de modo alguno estraer los reos del átrio de la iglesia ó de la casa del obispo; pero ni aun entregarlos á otro, á no ser que, prestado juramento sobre los santos evangelios, estén los tales reos seguros de que no se les causará muerte, ofensa, ni género alguno de pena; de modo que pueda el reo reconvenir para la satisfaccion ó cumplimiento del juramento á aquel contra quien hubiere delinquido. Si alguno fuese convicto de haber quebrantado su juramento en este punto, sea separado como perjuro, no solo de la comunion eclesiástica, sino tambien de la participacion propia de los católicos. Y si aquel á quien el reo ofendió hiciese empeño en no arreglarse con él, y el reo obligado por el temor se marchase de la iglesia, no le busquen los clérigos de ella.

§. 1.° Del mismo modo el siervo que huyese á la iglesia por cualquier culpa, sea obligado á volver al instante al servicio de su señor, si este prestase juramento de no ofenderle por la culpa cometida: y luego que hubiese sido entregado á su señor en virtud de juramento, si se probase que le impuso alguna pena por la misma culpa de que se escusó, sea tenido como estraño de la comunion católica, puesto que despreció á la Iglesia y prevaricó en la fé. Mas si el señor diese á su siervo, defendido de su culpa por la iglesia, seguridad de dejarle impune en virtud de juramento que los clerigos le exijan, séale permitido apoderarse de él, si rehusare salir.

DECRETALES DE GREGORIO IX.

CAP. 5, TIT. 49, LIB. 3.

Lucio III, en 1181.

.....Pues es absurdo y crueldad que tengan lugar causas de sangre allí donde se ha establecido la tutela de refugio.

CAP. 6 DE ID.

Inocencio III, en 1212 al ilustre rey de Escocia.

Respondiendo á tus preguntas conforme á los estatutos de los sagrados cánones y á las tradiciones de las leyes civiles, nos ha parecido distinguir si es libre ó siervo el que huye á la iglesia. Si es libre, por graves que fueren las maldades que hubiere

perpetrado, no debe estraérsele violentamente de la iglesia, ni por lo mismo condenarle á muerte ó alguna pena, sino que los rectores de las iglesias deben interceder por su vida y que no se le cause daño en sus miembros. Puede, no obstante, castigársele legítimamente por la iniquidad que hizo: esto con tal que no fuese ladron público ó nocturno talador de los campos; el cual andando siempre en los caminos ó saliendo á acometer á los paseos ó calzadas públicas, puede, segun las sanciones canónicas, ser estraido de la iglesia, sin necesidad de prestar juramento de inmunidad. Mas si el que huyese á la iglesia es siervo, luego que su señor prestase á los clérigos juramento de dejarle impune, oblíguesele aun contra su voluntad á volver al servicio de su señor, pues de otro modo este podrá apoderarse de él.

CAP. 9 DE ID.

Gregorio IX en 1235 al obispo de Astorga.

Ningun derecho hay para que no goce de inmunidad la iglesia en que se celebren los divinos ministerios, aunque aun no estuviese consagrada: pues, dedicada para obsequiar al Altísimo, ninguno debe profanarla con temerario atrevimiento.

CAP. 10 DE ID.

Gregorio IX en id. á los arzobispos de Toledo y Santiago.

..... Algunos con la esperanza de obtener por la defensa de la iglesia la impunidad de sus escesos, no se avergüenzan de cometer, dentro de las mismas iglesias ó de sus cementerios, homicidios y mutilaciones de miembros que no cometerian si no se creyesen defendidos por la iglesia adonde huyen..... Mas, debiendo cada uno ser castigado por aquello en que delinquió, é invocando en vano el auxilio de la ley quien obró contra ella, mandamos, para que públicamente lo hagais saber, que los tales no deben gozar de un privilegio de inmunidad de que se hacen indignos.

CAP. 1, TIT. 12, LIB. 3.

Del Exodo, cap. 21.

Si alguno por medio de industria ó asechanza matase á su prójimo, sácale por fuerza de mi altar para que muera.

LEGISLACION ESTRANGERA.

El pueblo romano, cuyo derecho ha sido y es la norma de todas las legislaciones posteriores á su tiempo, solo nos ofrece la idea del asilo eclesiástico, como hoy le entendemos, desde la época del establecimiento del cristianismo, y de la conversion de Constantino. Consideradas sagradas en esta época, por motivos puramente profanos, las imágenes y retratos de los emperadores, y regularizado convenientemente el derecho de refujiarse á ellas, que tuviera su nacimiento en la costumbre y en la necesidad de eludir las venganzas privadas, ó en el deseo de burlar la accion de la justicia, las iglesias debieron merecer iguales y aun mayores consideraciones, tanto cuanto se generalizase mas por la influencia de las nuevas doctrinas del cristianismo el respeto debido á la divinidad. Dejando para cuando nos ocupemos de su historia analizar con mas detencion las causas que contribuyeron á que no se hiciera mencion alguna de la inmunidad de las iglesias, no solo mientras los emperadores fueron gentiles, sino aun un siglo despues de la conversion de Constantino; y como á la historia de este va unida casi siempre la en que comienzan la libertad y privilegios concedidos á la Iglesia, á fin de no hacer mas estensa la idea que aquí nos proponemos dar del asilo entre los romanos, diremos: que considerada por los emperadores posteriores á Constantino la inmunidad como un privilegio, y admitida la costumbre de refujiarse á las iglesias, así los hombres libres como los siervos delincuentes, á la manera que lo habian hecho á las estátuas, aunque con otro motivo, fue necesario tambien que las leyes, sin disminuir el honor reverencial debido á las

iglesias, se ocupasen de fijar á quiénes y por qué delitos habria de concederse el asilo tanto mas perjudicial cuanto era mas frecuente y venia haciéndose general en vista del número de iglesias que se edificaban. El emperador Justiniano, en el lib. 1, tít. 12 de su código, recopiló casi todas las leyes que acerca de esta materia habian dado sus antecesores Arcadio, Honorio, Teodosio, Valentiniano, Marciano y Leon, que con razon pueden llamarse el fundamento legal y positivo del asilo eclesiástico, y que, como luego veremos, copiaron y reprodujeron en parte la Iglesia por medio de sus cánones, y nuestra España en sus famosas leyes de Partida. El derecho romano escluia del asilo á los deudores del erario público y de los particulares, en términos que quedaban obligados á pagar sus deudas los clérigos que los ocultasen ó rehusasen su entrega (1): los judíos, que para burlar á sus acreedores habian tomado la costumbre de refujiarse á la iglesia, creyéndose allí seguros, no pudieron muy luego gozar de esta impunidad, y no servia prometer que querian abrazar la religion cristiana, si no pagaban á sus acreedores ó se justificaban del delito (2). El siervo que se hubiese refujiado á la iglesia, sin llevar armas, solo podia estar en ella un dia, pasado el cual era restituido á su señor que le perdonaba en consideracion á la iglesia y sus ministros (3); y si bien es verdad que una famosa constitucion (4) concedió el asilo á los deudores públicos y privados que otra les habia negado, vemos á pesar de eso introducirse la citacion judicial de los refujiados, y con arreglo á lo resultante del juicio procederse ejecutivamente segun costumbre, *salvo jure asyli*, ó decretarse contra los contumaces la *missio in possessionem*. Consultando no menos el interés de la justicia que el honor y reverencia de las iglesias, se concedió en un principio la inmunidad á todos los lugares que á ellas estuviesen unidos, bien fuesen átrios y sagrados ó diaconías, bien casas de obispos ó clérigos, ú otras oficinas ó dependencias (1). Tan respetables se consideraron en esta época los actos religiosos y ceremonias del culto, que se castigaba con la pena capital al que turbase su ejercicio ó prohibiese su celebracion á los ministros (2). Por eso vemos tratarse como reo de lesa magestad al que extrajese al reo refujiado á las iglesias (3), é imponerse pena de destierro despues de azotado y cortados los cabellos al que por su propia autoridad lo hiciese (4). Cualesquiera, sin embargo, que fuesen hasta los tiempos de Justiniano las alteraciones legislativas en materia de asilo desde que la piedad de los emperadores se estendió á conceder inmunidades y privilegios á las iglesias, es indudable que las leyes romanas, primeras que sobre este particular encontramos promulgadas en la Iglesia cristiana, tenian por objeto salvar la vida á los inocentes perseguidos por el furor de una venganza bárbara y criminal; pero nunca hacer ilusorio el justo derecho, ni librar de la pena en que incurriese el autor de un grave atentado. Justiniano en una muy célebre de sus Novelas (5) reasume completamente el fundamento del asilo, y esplica el sentido de las leyes insertas en su código, dadas por los emperadores que le habian precedido. Puédese juzgar por ella lo que entónces habia llegado á ser este derecho, y deducir con fundamento que ningun reo de grave delito podia pretender un beneficio que la ley concedia solo á los inocentes. «Los homicidas, los adúlteros, los raptores no serán amparados en la iglesia ni »su recinto, antes bien se les aplicará la »pena despues de estraidos; pues la salvaguardia de los templos solo se concede por »la ley á los agraviados, no á los autores

(1) Leyes 1 y 3 del Cód. Theodos. *De his qui ad Ecclesias confugiunt*, y ley 1 del Cód. de Just., tit. 12, lib. 1.
(2) Citadas leyes primeras de dichos códigos.
(3) Ley 3 del Theodosiano, y 4 del citado tit. y lib.
(4) Ley 5 de dichos tit. y lib., que es del emperador Leon.

(1) Leyes 3 y 4 del Código Theodosiano, y 2 de los mismos tit. y lib.
(2) Ley 5 del Código, y Novela 133, cap. 34.
(3) Ley 2 del citado Código.
(4) Ley 2 del tit. 29, lib. 9 del mismo.
(5) Novela 17 cap. 7.

»del daño, y no hay posibilidad moral de »que al mismo tiempo sirva para defender »al ofensor y al ofendido.» Tal es en resúmen el cuadro que acerca del asilo eclesiástico nos ofrecen la historia y la legislacion romanas, siendo de notar que si bien lo hallamos basado desde un principio en la reverencia debida á la divinidad, y en la inmunidad de que debian gozar los templos, siempre fue su objeto la conservacion de la justicia, permitiendo el uso de aquel derecho, á solos los perseguidos, y escluyendo de su ejercicio á los que de cualquier modo pudieran considerarse como criminales.

Los reinos que se fundaron sobre las ruinas del imperio romano en Occidente adoptaron desde su constitucion los mismos principios acerca de esta materia, segun la mayor ó menor influencia que la Iglesia ejerció en épocas señaladas sobre la policía esterior y los procedimientos judiciales en lo criminal, y conforme lo permitió el estado religioso y político de los paises y la mayor ó menor piedad de sus gobernantes. En los tiempos que precedieron á la época del emperador Carlo-Magno, Teodorico, rey de los ostrogodos en Italia, destierra á un homicida refugiado á la Iglesia, para que así, dice, se vea que reverenciamos el templo, y no quede enteramente libre del castigo el que no perdonó al inocente (1). En Francia, Gontran favorece de tal suerte el asilo que permite gozar de él al sacrílego ó al parricida que hubiese sido hallado con armas dentro de la iglesia donde delinquió (2); si bien su sucesor Clovis I, primer rey cristiano de su raza, aunque favoreciendo el asilo, modera su ejercicio y dispone la forma en que habrá de procederse á la estraccion de los adúlteros y homicidas refugiados, en el concilio que espresamente convoca para este objeto (3); y Clotario II manda se consideren como lugares de asilo el recinto esterior de las iglesias, ó el espacio de media fanega de tierra alrededor, sino tuviesen recinto cerrado (4). Inglaterra, Alemania y los Paises Bajos siguieron casi los mismos principios mientras no se manifestaron en su seno los cismas y las ruidosas contiendas entre el sacerdocio y el imperio. En la época de Carlo-Magno, primero que despues de Constantino llevó este sobrenombre y el de Emperador, único comparable á aquel por su proteccion decidida á favor de la religion, y por la conservacion y aumento de los privilegios y libertades de la Iglesia, vemos darse el primer paso para la supresion del asilo que iba haciéndose muy perjudicial desde que tan estensamente lo habian ampliado los reyes francos de la segunda raza. La prohibicion hecha por Carlo-Magno de que se llevase de comer á los criminales refugiados en las iglesias (2), fué la esplicacion de un capítular sinodal anterior á su tiempo, que permitia se diesen alimentos á los que hubiesen huido á la iglesia, como no fuesen reos de muerte (3). Desde entónces si bien este derecho de asilo fue objeto de disposiciones en su mayor parte canónicas, dadas en concilios ó á consulta de la potestad temporal ó de la autoridad de los obispos, vino por último á considerarse en la mayor parte del Occidente como negocio propio y esclusivo del poder civil que en unas naciones le abolió por sí enteramente, y en otras celebró concordatos por los cuales se estableciese el modo de prestar á las iglesias el honor reverencial que les era debido, y de hacer que la tranquilidad y seguridad pública no estuviesen siempre amenazadas por los criminales con el asilo y la esperanza de la impunidad. La nacion francesa dió la primera en el siglo XVI el ejemplo de su abolicion: Francisco I publicó un edicto (4) escluyendo del asilo á toda clase de criminales que por su delito merecieran ser con-

(1) Tomassino, parte 2, lib. 3, cap. 97.
(2) Gregorio de Tours, historia de la Francia, lib. 9, cap. 3, dice que era tal la reverencia que los bárbaros tenian á las iglesias, que sus reyes no creyeron permitido entregar para que sufrieran pena capital á los estraidos de ellas. Tomassino lugar citado.
(3) Canon 3 del concilio 1 de Orleans.

(1) Chabrit de la Mon. franc. lib. 7. cap. 62.
(2) Diccionario de derecho canónico del abate Andres, palabra Asilo.
(3) Capítular del año 744: Chabrit en el lugar citado
(4) Ordenanza de 30 de junio de 1539. art. 166. *des immunitez de l' Eglise..... perniquum enim est asyla excipere eos quorum scelera suos authores in exilium adegerint.....*

denados á destierro, y autorizando á los jueces reales para proceder á la estraccion de los refugiados á lugar sagrado y devolverlos cuando les pareciese, siendo así que hasta entonces aquella se habia permitido únicamente para averiguar por medio del sumario si el refugiado podia ó no gozar del asilo que las leyes concedian. Inglaterra secundó tambien á poco tiempo la supresion de este derecho, aboliendo en sus dominios á principios del siglo XVII el llamado *privilegio del Santuario* (1). En Italia, donde mas religiosamente se habia observado esta inmunidad en un principio, se creyó justo y conveniente privar de ella á los ladrones públicos, asesinos, homicidas voluntarios, hereges, reos de lesa magestad, y á cuantos profanasen con sus crímenes las iglesias ó cementerios con la esperanza del asilo. El concordato celebrado en Nápoles entre el rey Cárlos y el pontífice Benedicto XIV fijó definitivamente la forma y modo de estraer los reos refugiados y de examinar judicialmente si podia ó no aprovecharles el refugio; y mientras se aumentó por una parte el número de crímenes escluidos del asilo, se disminuyó por otra el de los lugares que para el efecto deberian considerarse como inmunes (2).

PARTE DOCTRINAL.

SUMARIO.

SEC. I. EXÁMEN FILOSÓFICO-LEGAL DEL ASILO ECLESIASTICO.

SEC. II. HISTORIA DE ESTE DERECHO EN LA IGLESIA UNIVERSAL Y MAS ESPECIALMENTE EN LA DE ESPAÑA.

§. 1.° *Historia del asilo en la Iglesia universal.*

§. 2.° *Id. en la de España.*

SEC. III. DERECHO CANÓNICO CIVIL VIGENTE SOBRE ASILO.

§. 1.° *Asilo con relacion al lugar inmune.*

§. 2.° *Asilo con relacion al delito.*

§. 3.° *Asilo con relacion á la condicion ó estado de la persona.*

§. 4.° *Asilo con relacion al procedimiento.*

SEC. IV. CONVENIENCIA Ó INCONVENIENCIA DEL DERECHO DE ASILO EN EL ESTADO ACTUAL DE NUESTRA LEGISCION.

(1) Walter. Manual del derecho eclesiástico universal, lib. 8, párr. 339, nota 1.

(2) Cap. 2 de dicho concordato.

SECCION I.

EXAMEN FILOSÓFICO-LEGAL DEL ASILO ECLESIASTICO (1).

El asilo eclesiástico, llamado así por escelencia, debe examinarse teóricamente para averiguar cuál es el verdadero principio en que se funda, y si este es fijo, inmutable, no sujeto á las variaciones de circunstancias, tiempos y lugares, ó si derivando su orígen de causas puramente secundarias, aunque racionales, puede aumentarse, disminuirse ó estinguirse conforme á las necesidades de los tiempos y paises, y sin detrimento de la justicia; cuestiones todas de mucho interés, que solo pueden resolverse por los verdaderos principios del derecho eclesiástico y civil que le sirven de base.

Las encontradas opiniones de autores nacionales y estranjeros sobre este punto, como sobre otros de inmunidad eclesiástica en general, acaso no reconocen mas orígen que el inmoderado espíritu de partido; pero no la apreciacion exacta y razonable de los límites de las dos potestades eclesiástica y secular que, partiendo de la razon revelada ó escrita y de los principios naturales aplicados á la humanidad, conducen por medios enteramente distintos é independientes á la moralidad y santificacion del individuo y por consiguiente á la realizacion de su fin social y religioso. En solo estos principios debe buscarse la naturale-

(1) En este artículo nos hemos separado del órden seguido en los demas, no comenzando por su introduccion histórica, por haber creido necesario que precedan á ella las importantes cuestiones acerca del orígen del asilo eclesiástico y de la autoridad á quien compete legislar sobre esta materia.

za del derecho de asilo, y una vez comprendida esta, es fácil, ayudados de la historia y de la crítica, conocer sus progresos y alternativas, la intervencion mas ó menos justa y directa de los brazos eclesiástico y secular, y en último resultado su utilidad ó inconveniencia.

El primer fundamento del asilo eclesiástico, tal cual hoy se entiende esta palabra, hecha abstraccion de lo que fue hasta el establecimiento del cristianismo, no es otro, como queda dicho, que la reverencia y el honor debidos al lugar dedicado á la divinidad. Bajo este punto de vista la Iglesia, como lugar sagrado, ha debido considerarse inmune de todo trato, negociacion ó uso profano, contrario siempre á la santidad del templo y á la reverencia del que en él habita; y cualquiera acto de violencia, resistencia ó fuerza es incompatible con la humildad que suponen los actos religiosos. Esta reverencia y respeto debidos á la divinidad pueden llamarse de orígen tan antiguo como el mundo, y sancionados y observados por todos los pueblos y naciones, pues es imposible suponer una sola donde no haya existido ó exista la idea de la divinidad y una religion falsa ó verdadera. No necesitaba la inmunidad de una sancion formal escrita: hacia veces de tal el comun asentimiento de todos los hombres entre quienes dominaron ideas mas ó menos religiosas. El derecho natural prescribia este deber en el corazon de todos: todos debian obrar conforme á esta idea innata y grabada en él. La distincion entre lo religioso y lo profano y sus consecuencias aplicadas á los actos del individuo, debieron ser desde muy antiguo conocidas. Sin embargo, vemos á las leyes positivas sancionar de un modo indirecto los preceptos de derecho natural que suponen constantemente observados sobre este punto, luego que la verdadera religion con la luz divina que le sirve de guia hizo mas clara y ostensible aquella distincion. Cuando se dice, pues, que la inmunidad local en la Iglesia es de derecho natural, se habla solo de la que tiene su fundamento en la reverencia y santidad que los lugares considerados como sagrados merecieron siempre á todas las gentes y naciones; y que procediendo de una misma idea, de un comun asentimiento, ha debido tambien establecerse en la Iglesia sin variacion de ningun género, aunque bajo creencias muy distintas de las que sirvieron de base al paganismo. De este modo queda naturalmente hecha diferencia entre la inmunidad local como privilegio, y el asilo como derecho; entre lo que nace de un primer principio, del derecho natural, y lo que solo puede considerarse de orígen secundario.

Por la definicion que hemos dado del asilo, fácil es determinar su naturaleza. Consiste esta en hacer de mejor condicion al refugiado á la iglesia ó lugar sagrado, librándole del justo castigo ó minorando el riguroso que mereceria por la comision de un delito público ó privado.

No perdamos de vista que se habla aquí del asilo en su actual acepcion jurídica; del asilo considerado como un derecho no con relacion al individuo culpable sino á la santidad del lugar adonde se acoge; observemos que no es ya como en los antiguos tiempos el deseo de eludir las venganzas privadas, sino de librarse de la pena que le amenaza por una accion injusta á que la ley impone pena, y habrémos comprendido cuán distinto es su orígen del de la inmunidad que hasta aquí hemos examinado. Veamos que al refugiarse un reo á sagrado se colocan frente á frente la Iglesia haciendo valer la inmunidad que de derecho natural se le debe, y el poder temporal reclamando el castigo de la infraccion de las leyes dictadas por él: de un lado el respeto debido al lugar, y de otro los derechos imprescriptibles de la justicia: el rigor del castigo por una parte, y la clemencia y la humanidad por otra: ambos se fundan en el derecho natural y reconocen un mismo principio, aunque difieren bastante en su aplicacion, el derecho primario que sirve de base á la inmunidad es tambien el en que se funda la justicia. De notar es, sin embargo, la grave diferencia que entre estas existe pues, la primera ha sido espontáneamen-

te reconocida y sancionada por la humanidad, al paso que la segunda, á mas de contar con título igual de reconocimiento, es base indispensable del órden social y supone en su cumplimiento la voluntad espresa del mismo Dios de quien dimana. Podrá, pues, muy bien existir la inmunidad local y no desvirtuarse en nada la justicia, cuando esta haya de aplicarse en virtud de la fuerza coercitiva que por derecho divino compete á la potestad temporal. Colocado, por tanto, el asilo entre la reverencia debida al lugar sagrado y los derechos imperiosos de la justicia, observamos que en tanto procede del derecho natural en cuanto es su base la inmunidad de los lugares sagrados, y que esta no se viola si se estrae de ellos al delincuente para imponerle el castigo, toda vez que por derecho natural el sumo imperante tiene el deber de conservar la seguridad interna de la sociedad y de los particulares, castigando por medio de los que en su nombre ejercen jurisdiccion á los que contra uno ú otros hubiesen delinquido. El magistrado tampoco puede por derecho natural verse despojado del que ejerce, por solo que el delincuente se refugie á lugar sagrado para evitar la pena, como no puede privarse del de matar á su injusto agresor el que hubiese sido acometido con peligro de su vida en lugar sagrado. Si en el último caso subsiste el derecho, y el asilo no se viola tratándose de la vida de un individuo, con mayor razon subsistirá cuando la justicia se interesa en la conservacion de la vida y bienes de la comunidad.

La historia y la filosofía están de acuerdo en este punto, y no deja de maravillar que haya sido tal la obstinacion de algunos en considerar el asilo como de derecho natural primario, y por lo mismo inmutable y subsistiendo por sí solo sin relacion á casos ni circunstancias, pretendiendo estender el privilegio de inmunidad en la Iglesia mas allá del espíritu que á esta domina, para venir de hecho á despojar á la sociedad del elemento de poder que de Dios mismo ha recibido. Querer que el acto puramente casual y voluntario del reo que huye á sagrado sirva para derogar las prescripciones eternas é inmutables del derecho natural y positivo, haciendo ilusoria la potestad temporal y constituyendo un derecho primario, es desconocer la naturaleza de este confundiéndola con la de los preceptos naturales secundarios. No puede negarse que, la reverencia debida á los lugares sagrados, es de derecho natural; pero la forma y modo con que esta reverencia ha de prestarse, y si la estraccion de un reo que á ellos se acoge pertenece ó disminuye en algo la reverencia debida á los mismos, solo puede llamarse de derecho de gentes secundario, sujeto por consiguiente á las vicisitudes y alteraciones que el uso y las necesidades introducen.

Lo espuesto basta para conocer que es infundado considerar de derecho divino natural el asilo eclesiástico, aun cuando no se fije la consideracion en su historia, progreso y estado actual de que en las siguientes secciones nos ocupamos. Quede, sin embargo, consignado en resúmen, que el asilo eclesiástico no es de derecho divino natural, *atendida su causa*, esto es, la reverencia debida al lugar sagrado, pues este por solo la consagracion no tiene especial derecho de defender á los que á él se acogen, sino le hubiese sido concedido por quien tuviere potestad para ello, ni en el derecho natural se halla principio alguno del cual conste que esto le pertenezca; y á lo sumo lo que dicta la razon natural es que es muy conforme á la dignidad de aquel lugar el que se le conceda este privilegio, por lo cual todos los paises y naciones consideraron como de derecho natural la inmunidad local en este sentido: ni *atendido el acto mismo* del reo que huye á sagrado, toda vez que aquel es puramente casual y voluntario, y por sí mismo no puede constituir un derecho que seria opuesto á la santidad del lugar y á la accion siempre universal y eficaz de la justicia: *ni atendido el acto de la estraccion*, pues esta no es intrínsecamente contraria al derecho natural, siempre que no se haga con formal intencion en menos-

Lorenzo Arrazola

precio é irreverencia del templo, pues sobre no oponerse al culto debido á Dios, es muy conforme á aquel y al derecho natural el castigo de los delitos: ni *atendido el mismo derecho*, pues este no puede quitarse ni mudarse por las leyes humanas, aunque sí aclararse y esplicarse, estando como está sujeto el asilo, no solo en su declaracion y nueva constitucion, sino tambien en su ejecucion á las leyes humanas; y aunque de ello no hubiese otra prueba, bastaria la práctica de la Iglesia que, como adelante veremos, considerando el asilo de derecho de gentes secundario, le ha variado, ampliado, declarado y limitado innumerablemente; lo cual no hubiera dependido de su potestad, aunque tan absoluta é inmensa, si fuese de derecho divino natural (1).

Considerado el asilo eclesiástico segun los principios de derecho natural, toca examinar si puede con mas razon decirse que trae su orígen del derecho divino positivo contenido en las sagradas letras: si la revelacion ó la tradicion nos dan algun testimonio bastante claro de su existencia en la Iglesia en su estado de naturaleza, durante la ley escrita de Moisés, y en la nueva evangélica; en una palabra, si se deriva de una de las primeras fuentes del derecho eclesiástico católico, que como leyes fundamentales no pueden modificarse ni alterarse por ningun poder humano.

La Iglesia, tomada esta palabra en su acepcion mas lata, en su primer estado ó de naturaleza se rigió por el derecho natural, aunque siempre con el vínculo de unidad de doctrina sobre la fé y costumbres recibida de Dios, ya se redujesen los preceptos á escritura, ya Dios mismo los comunicase á los patriarcas que le eran mas aceptos, para que de estos pasase á los demas por medio de tradicion oral. Conservando en la ley escrita de Moisés los antiguos vínculos de unidad, diéronse al pueblo judío preceptos naturales, simbólicos y ceremoniales, dirigidos unos á esplicar y confirmar mas claramente el derecho natural, otros á figurar anticipadamente al Mesías y sus obras, y otros, por último, á establecer el derecho público interior y la constitucion de aquel pueblo. Los primeros debian ser perpétuos como fundados en la naturaleza que era su causa: los segundos como figurados debian desaparecer ante la realidad contenida en la ley de Cristo; y los terceros, aunque cesaron con esta, no dejan de poder algunos de ellos renovarse en determinadas circunstancias.

Sentados estos preliminares, podriamos ocuparnos de varios pasajes del Antiguo Testamento para ver si han estado exajerados los escritores que, fundándose en ellos, han defendido el asilo como de derecho divino positivo. Los límites de un artículo nos impiden hacerlo así; pero nuestra opinion es que lejos de encontrarse en las sagradas páginas del Antiguo Testamento precepto alguno acerca del asilo tal como hoy se entiende canónicamente hablando, sucede precisamente lo contrario. En ellas no se habla de lugares sagrados, sino de ciudades designadas para gozar de un derecho singular: el asilo se concede solo al homicida involuntario, pero no á ningun otro delincuente: el privilegio tiene lugar no en contra de los derechos de la justicia sino de los consanguíneos del muerto, con el objeto de reprimir la libertad de que usaban los judíos vengando la sangre de sus parientes: su fin es dar lugar á que los juicios se hagan con la calma de la razon, no con el ímpetu de la venganza: el objeto principal de su institucion no es el culto divino y la reverencia debida á los templos, sino congruencias de naturaleza política cuyos fines le aseguraban con este especioso pretesto, como hace Demétrio que para conciliar los ánimos de los judíos concede el asilo que no llega á tener efecto á cuantos se refugien al templo de Jerusalen (1).

(1) Para mayor ilustracion de este punto pueden verse *Suarez de Virtut. et stat. Relig.*, lib. 3. trat. 2. *D. Diego Covarrubias*, lib. 2. Variar. cap. 20. num. 2 al fin. *Alfonso Tostado*, obispo de Avila, cap. 30: y *D. Diego Ibañez de Faria*, en las adiciones á Covarrubias, citados lib. y capit.

(1) Lib. 1 de los Macabeos, cap. 10, vers. 43.

y por último, ni á este ni al de Salomon se asigna en parte alguna tal prerogativa, puesto que ademas de no bastar para refugio de todo un pueblo que cuenta con otras ciudades de refugio, tiene que acudir á él á sacrificar, y no conviene embarazarle con el concurso de delincuentes. La inmunidad de la ley Mosáica pertenecia á la clase de preceptos judiciales ó ceremoniales que, segun arriba se indicó y enseñan doctores muy respetables (1), espiraron con la venida de Cristo y el establecimiento de su ley, sin que nadie tenga poder de renovarlos con fuerza de ley divina, y si se hace solo tendrán la que su nuevo legislador pueda darles (2).

No hay, pues, razon para derivar del derecho divino positivo el asilo eclesiástico, ni asimilarle al puramente político establecido por los griegos y por el primer rey de Roma. En tanto únicamente puede llamarse así por una especie de imitacion, en cuanto de derecho divino fue la humanidad y clemencia que luego veremos á la Iglesia desplegar desde sus primeros dias en favor de los oprimidos y miserables delincuentes, y ser el fundamento del asilo consignado en sus cánones como consecuencia de la inmunidad local; y en cuanto á que la voluntad espresa de Dios es que todo se disponga con buen órden en su Iglesia, y que las cosas santas se traten santamente dándose al lugar sagrado la reverencia que merece.

Probado que el asilo eclesiástico no es de derecho divino positivo atendiendo á lo que de los testos de la ley antigua se deduce, ¿habrá lugar á decir lo mismo cuando se presenten como testimonio concluyente los preceptos de la ley nueva ó de gracia, que dimanados de Cristo y de los Apóstoles forman una de las fuentes mas puras y principales del derecho eclesiástico? Desde luego no dudamos emitir nuestra opinion negativa, por mas que lo contrario se haya querido probar, aunque sin resultado. Pruebas son tambien negativas las que á sentarlo así nos inducen; pues en ningun pasaje del Nuevo Testamento se encuentra dispuesto nada acerca de este privilegio. El argumento de autoridad, tomado de aquel pasaje en que Jesucristo echa del átrio del templo á los que le habian convertido en mercado (1), es inconducente: con aquel acto no se prohibió la aprehension y estraccion de los reos refugiados al templo, ni en el citado pasaje puede verse mas que la demostracion de cómo debe guardarse la santidad del lugar sagrado, y la realizacion de una profecía (2). Contra ese argumento y como su esplicacion está el del no uso deducido de los hechos apostólicos tan conformes con la doctrina de donde se tomaron. Derogados por la ley nueva los preceptos ceremoniales de los judíos, solo quedaron subsistentes las reglas de moral, y su legislador no estableció de aquellos sino los ritos del sacrificio y de los Sacramentos que forman uno de los vínculos de unidad en la Iglesia. En esto consiste una de las diferencias entre el asilo y la inmunidad local: el primero como derecho propio y peculiar de los judíos; la segunda como base de la reverencia debida al lugar santo, y constituyendo esta uno de los preceptos comunes á casi todas las sectas y creencias, y necesarios para el culto esterior, la Iglesia ha podido bajo este punto de vista establecerla sin relacion á la ley de Moisés (3). Por consiguiente, el modo de constituir el asilo, la determinacion de los lugares, delitos y personas que gozarian de este derecho, sus efectos y la forma de la estraccion de los refugiados, todo quedó sujeto á las disposiciones del derecho humano, y hé aquí tambien cómo á pesar de la completa derogacion de las reglas

(1) Santo Tomás, 1, 2, quæst. 108, art. 4 y 2; Berardi, Instituciones de derecho eclesiastico, parte 1, tit. 1, párr. 9 y 10; Doujat, *Prænotiones canonicæ*, lib. 1, capitulo 4, párr 5, y sig., y otros que cita don José de Ledesma en la conclusion primera de su informe, como fiscal del Consejo que impreso en 1768 en Madrid acompaña á la Historia legal de la Bula *In cena Domini* escrita por el mismo.

(2) Ibañez Faria en sus adiciones á Covarrubias, libro 1, cap. 17, núms. 11 y 12.

(1) S. Mateo, cap. 21, vers. 12.

(2) Jeremías, cap. 7, vers. 8 y sig.

(3) Conferencias eclesiásticas de la diócesis de Angers sobre las leyes, tom. 1 conf. 2, cuest. 1.

prescritas en la ley antigua para la administracion de justicia, la Iglesia y el Estado han podido adoptar por medio de sus cánones y ordenanzas las que fuesen mas adaptables á todos los tiempos y paises, por tener su fundamento en un principio constante de derecho primario natural (1).

Queda todavía otra cuestion muy importante no solo en el terreno de la teoría sino en el de la práctica: cuestion mas árdua acaso que las que dejamos concluyentemente resueltas en sentido negativo, porque en ella se trata de atribuir ó quitar, conceder ó negar á una de dos potestades el ejercicio de un derecho de orígen divino, pero sujeto á las modificaciones que exijan las circunstancias de las personas, tiempos y lugares, y el bienestar de la sociedad.

Leyes puramente humanas serán, pues, las que establezcan, modifiquen ó deroguen el asilo; pero como estas pueden dimanar de la potestad soberana de los reyes ó de la autoridad sagrada de la Iglesia, habremos debido conocer la naturaleza y límites de ambas y sus puntos de reunion ó de armonía, antes de decidir á cuál de las dos pertenece esclusivamente la facultad de legislar acerca de este punto. Los principios de derecho público, civil y eclesiástico, son aquí indispensables para la solucion del problema que, segun en otro lugar indicamos, ha sido resuelto casi siempre por el inmoderado espíritu de partido á favor de una ú otra de ambas potestades. El órden público y como su resultado la tranquilidad esterior de los súbditos, la conservacion á cada uno de su estado, bienes y derechos, tal es el fin de las leyes civiles que emanan del poder temporal: el culto divino y cuanto interesa á la religion es á lo que se dirige el espiritual por medio de las llamadas eclesiásticas. Aunque diferentes entre sí ambos poderes en su fin, tienen, no obstante, muchos puntos de reunion: ambos proceden de un mismo orígen divino: la independencia es su carácter: el bien público obtenido por diversos medios su fin: los ciudadanos ó individuos de la sociedad el objeto de sus disposiciones: su ausilio recíproco el fundamento de una obediencia mas positiva y de un respeto mas inviolable; resultando de aquí, que mientras la religion hace mas respetables las leyes civiles, interesando para ello la conciencia y haciéndolas considerar como emanadas del mismo Dios, á su vez los reyes emplean su autoridad contra los que turban el órden de la religion ó mancillan su pureza, dando nueva fuerza á las leyes de la Iglesia y conteniendo con el temor del castigo temporal á los que no contendrian en su deber las penas espirituales (1). Así queda reconocido, por una parte, que la Iglesia como sociedad goza de la potestad legislativa, judicial y coercitiva que forma su jurisdiccion ó imperio sagrado, y por otra, que ademas de este poder eclesiástico independiente existe por disposicion divina otro civil en igual grado de independencia necesaria, que se ejerce siempre y en toda ocasion contra el súbdito criminal ó delincuente. La diversidad de fines que uno y otro poder se proponen, es causa de la diversidad de medios que emplean: el doble aspecto bajo que se considera al ciudadano dá lugar á la diferencia de sujecion y de los castigos que debe sufrir por la infraccion voluntaria de las leyes positivas eclesiásticas y civiles: tales son aplicados á la materia en cuestion los límites de una y otra potestad. La Iglesia conservará su independencia legislando sobre el dogma, costumbres y disciplina, conociendo de causas puramente eclesiásticas é irrogando penas espirituales; y la potestad temporal será tambien independiente mientras pueda con entera libertad realizar el fin de su divina mision, cual es la felicidad temporal de los súbditos y la tranquilidad y seguridad de los asociados, que no podrá conseguirse sin la imposicion efectiva de las penas ó castigos de antemano establecidos contra los infractores. En esto se funda el *jus*

(1) Suarez, Covarrubias, Tostado, é Ibañez Faria, en los lugares arriba citados.

(1) San Leon, epist. 13: San Gelasio Papa, epistola á Anastasio, año 494: el emperador Justiniano en el prefacio á su novela 6.

gladii ó sea el derecho que los príncipes tienen de castigar con penas temporales, y el de inspeccion suprema en su territorio para evitar toda clase de detrimento ó perjuicio que pueda causarse.

Estos principios generales dictados por la razon, confirmados por el mismo Jesucristo, reconocidos por una constante tradicion y consignados en las obras de los Santos Padres y en las leyes de los emperadores (1), ofrecen alguna dificultad cuando se trata de fijar á qué potestad pertenece legislar sobre asilo en la Iglesia, toda vez que, como en otro lugar deciamos, de una parte media el respeto debido á aquella y de otra la justicia que reclama el castigo de los delitos. Cualquiera, sin embargo, que haya sido ó sea el punto de vista bajo que deba mirarse la cuestion, creemos que atendidos los principios de derecho natural tal como los hemos presentado, y los constitutivos de ambas potestades civil y eclesiástica, la diferencia entre la inmunidad local y el asilo, y la naturaleza de este, no podrá menos de resolverse á favor de la potestad temporal.

Que el derecho de conceder, restringir ó abrogar el asilo sea uno de los llamados *majestáticos*, se deduce de la naturaleza misma de la potestad que hemos designado con el nombre de *jus gladii*, llamado tambien *mero imperio* recibido de Dios por los príncipes para el castigo de los culpables. El derecho de vida y muerte ejercido dentro de los límites de la justicia, así como la facultad de establecer é imponer leyes penales que se dirigen á privar de la libertad ó causar mal material al individuo, solo puede competir al Sumo imperante: á este por consecuencia toca determinar la pena y prescribir la norma que haya de servir para el procedimiento criminal. Nadie podrá apropiarse un derecho de esta clase sin atacar la independencia de la potestad temporal y hacer irrealizables los fines de su constitucion en el Estado, por el mero hecho de impedir de alguna manera el libre ejercicio de los medios de que dispone. La pena no debe ser menos cierta porque el reo se refugie á lugar considerado como inmune; pues tal es la naturaleza de la ley, que sigue donde quiera al que á ella está obligado, sin que la diferencia de lugar sea causa bastante de relajacion ó diminucion del vínculo que antes le ligaba. El súbdito refugiado no pierde su carácter de ciudadano: la justicia ejercida por los delegados del poder tiene que hacerse efectiva: ninguna razon, ni aun la de reverencia debida á la Iglesia, podria hacer cesar unos derechos que son de ella independientes; y así como el palacio de un príncipe no libraria al pecador de la pena espiritual, así tampoco la Iglesia puede defender de la pena temporal el cuerpo del delincuente. La misma naturaleza y etimología del asilo envuelve en sí, como dijimos, un derecho de gracia que consiste en librar de la pena ó en minorar la que deberia sufrir el culpado: este derecho de gracia solo corresponde esa clusivamente á aquel que ejerciendo el de justicia criminal tiene la obligacion de examinar si el daño causado á los particulares ó á la sociedad es tan grave que su autor no sea digno de relajacion ó minoracion de la pena en que incurrió, ó si es por ventura un mal cuyas consecuencias acaso nada significan en comparacion del que se haria sufrir al refugiado. Si así no fuera caerian por tierra los principios de legislacion universal que enseñan que solo puede dispensar, abrogar ó derogar la ley el que tiene poder para dictarla, y en la práctica veriamos la persona del legislador determinando las penas en que se incurria por la comision de un delito, y á otra enteramente distinta declarando los casos en que aquellas no habian de tener lugar, dividiendo de esta suerte un derecho que por su naturaleza es indivisible, y haciéndole dependiente cuando por sí mismo es independiente y absoluto. Una consecuencia bien lógica é inmediata de la naturaleza del asilo en su sentido etimológico, y de la facultad que bajo

(1) Leckies, en su tratado de derecho público eclesiástico, espone con mas latitud esta teoría y aduce las pruebas tomadas de las fuentes que se indican en ésto.

Lorenzo Arrazola

este concepto pertenece absoluta é independientemente al poder temporal, es el derecho de determinar á qué personas y por qué delitos será aplicable este derecho gracioso. El punto hasta donde ha de estenderse y las circunstancias ó términos hábiles de su concesion deben necesariamente ser la norma en los casos en que haya de hacerse efectivo, pues solo así podria tener lugar con fundamento un derecho de esta clase: esta norma ó regla corresponde únicamente fijarla al que en el Estado ejerce el imperio temporal. La Iglesia solo podrá exigir de este la conservacion de un privilegio de inmunidad local que por derecho natural y divino le compete; pero nunca podrá en virtud de su jurisdiccion puramente espiritual sustraer directa ni indirectamente del brazo secular, por medio del asilo, á los que por decoro del mismo lugar sagrado debe entregar como incapaces de un privilegio que solo deben gozar los perseguidos injustamente. La intercesion en favor de los criminales, la imposicion de penitencias saludables, he aquí los títulos que crean á su favor una jurisdiccion de que no puede desprenderse: pues nada mas propio de la religion cristiana que ejercitar un acto de conmiseracion en favor del perseguido ó del que no supo resistir los impulsos de una pasion criminal, y mejorar en lo posible la condicion interior del delincuente por medio de penas que no gravan ni hieren el cuerpo y que únicamente se dirigen á la privacion parcial ó total de los bienes espirituales de la comunidad cristiana. A la manera que la Iglesia será en cuanto á este punto árbitra, obrando en virtud de su poder que aquí podemos llamar coercitivo ó jurisdiccional *in specie*, así debe el Estado ejercer por medio de los agentes de su jurisdiccion civil y criminal el derecho de suprema inspeccion que en último resultado y como consecuencia necesaria viene á convertirse en el *jus gladii* ó sea en el derecho de castigar con penas que afecten la vida, la persona ó los intereses del delincuente. Si el poder temporal perdona á este ó minora en su favor la pena de antemano señalada al delito, no será porque desde el momento de refugiarse á sagrado el reo deba cesar la jurisdiccion del juez temporal y perder de su derecho la justicia; sino porque la mediacion humanitaria y piadosa de la Iglesia, y el respeto debido al lugar sagrado ejercen una influencia poderosa, capaz de contener dentro de justos límites la accion vengadora del delito ejercida por hombres que pueden dejarse llevar de un celo exajerado, ó la furia del perseguidor que en el lugar de refugio encuentra una barrera de defensa insuperable, viéndose obligado á deponer su furor ante la magestad del lugar y la mansedumbre y humildad que representa.

No puede por lo tanto dudarse que segun los principios de derecho público general y particular eclesiástico, y sin que se interrumpa la armonía que debe existir entre las dos supremas potestades, independientes cada una en el círculo de sus atribuciones, el derecho de legislar sobre asilo y, por consiguiente, de fijar los casos y personas á que se estiende, es propio y privativo de la autoridad temporal, bien se atienda á la naturaleza de esta y de los medios coercitivos de que dispone, bien al objeto á que se dirige y sugeto sobre que versa, sin que por ejercerla dentro de los límites necesarios y que por su misma institucion le están designados, se desvirtúe en lo mas mínimo la inmunidad local de las iglesias que, procediendo de un derecho natural, comun á todos los hombres, jamas puede estar en oposicion con otro espreso é igualmente divino, indispensable para la seguridad social, cual es la administracion de justicia.

SECCION II.

HISTORIA DEL ASILO EN LA IGLESIA UNIVERSAL, Y PARTICULARMENTE EN LA DE ESPAÑA.

§. 1.º *Historia del asilo en la Iglesia universal.*

En la seccion que antecede hemos presentado la teoría del asilo eclesiástico, de-

duciendo de su exámen filosófico-legal su naturaleza y fundamento; y probando que no procede de derecho divino, hemos considerado como propio y esclusivo del poder civil el legislar sobre esta materia. El órden fijado en este artículo exige nos ocupemos de hacer la reseña histórica del asilo, que podemos llamar su parte práctica ó sea la prueba tomada de las leyes civiles y disposiciones canónicas que le han establecido, ampliado, modificado ó derogado conforme á las necesidades de los tiempos y circunstancias, si bien conservando siempre el principio general de la inmunidad como privilegio de las iglesias. Visto lo que debe ser el asilo, segun los principios naturales de justicia, vamos á ver lo que fue en la Iglesia cristiana y en los Estados católicos, especialmente en España, y examinar las causas de las variaciones y modificaciones que la disciplina y el derecho introdujeron sobre una materia que podemos en la actualidad llamar puramente histórica. En la historia, pues, deberemos buscar la aplicacion de la teoria y fundar la conveniencia ó inconveniencia del asilo: los principios anteriormente sentados acerca de la naturaleza de las potestades eclesiástica y secular, y de la intervencion mas ó menos activa y absoluta de cada una en este punto, vendrán á tener lugar cuando recorramos las diversas épocas de la disciplina en que se descubre el orígen, progresos y estado actual de este derecho.

Cerca de cinco siglos de existencia contaba la Iglesia cristiana, y todavía no habia promulgado cánon ni disposicion alguna sobre asilo. Cuantas leyes durante este tiempo encontramos establecidas, lo fueron por la potestad civil que unas veces legisló por sí misma en uso de su derecho, y otras escitada por la autoridad de los obispos. La inmunidad misma de las iglesias, que sirve de fundamento filosófico, religioso y político al asilo, no estuvo reconocida desde luego por los emperadores gentiles, siendo la causa de esto la persecucion que la Iglesia sufrió durante los primeros siglos en que se consideró como sociedad prohibida en el Estado; ni se sancionó tampoco por sus sucesores en los primeros dias de su conversion al cristianismo, hasta que la costumbre creó como un derecho el asilo y fue necesario que las leyes se ocuparan de fijar el principio reprimiendo los abusos introducidos en su ejercicio. Luego que la religion cristiana se hubo propagado de tal modo que hasta los mismos emperadores la abrazaron, siempre fue su objeto aumentar la consideracion y respeto debido á las iglesias de los cristianos, al paso que disminuir los templos gentílicos. Si las estátuas y retratos de los Césares habian sido por costumbre y eran en aquella época lugar ó medio de asilo para los perseguidos ó delincuentes, las iglesias debieron tambien serlo desde el momento en que un pensamiento mas religioso y la idea de una proteccion mas augusta las hizo aun mas inviolables. Sin embargo, ni en la época del Gran Constantino, ni en la de sus sucesores hasta Teodosio Magno, se dió ley alguna acerca de este punto, ó al menos no se encuentra ni hay documentos suficientes á probarlo; antes bien las que se registran en los códigos Teodosiano y Justiniano, suponen introducida la costumbre de refugiarse, y designando las personas, casos y lugares en que podrá tener lugar el asilo, nos hablan de abusos cometidos en esta parte tan opuestos al espíritu humanitario y religioso que la motivara en un principio.

No es de admirar que, como dejamos indicado, trascurriesen cerca de cinco siglos sin que la Iglesia legislase por sí misma sobre inmunidad local, toda vez que ni gozaba en un principio de la libertad necesaria para hacerlo, ni lo permitian las costumbres de los primeros cristianos, ni consideró propio de su institucion otra cosa que interceder con la potestad temporal á favor de los desgraciados. La religion cristiana, fundada sobre las doctrinas civilizadoras de caridad y mansedumbre, hizo muy luego sentir su influencia en la sociedad civil; y la policía general y los procedi-

mientos judiciales participaron de su accion humanitaria y benéfica que introdujo en ellos la Iglesia encargada por su autor de la realizacion de tan grandes y generosos objetos. Caminando siempre á este fin, su disciplina saludable se mostró desde los primeros siglos interesada en aliviar la suerte de los reos y perseguidos por la justicia, porque nunca creyó que las penas civiles debian encaminarse á la destruccion sino á la enmienda de los culpados, que mas pronto que con los tormentos se lograba con un régimen templado. Con la costumbre de refugiarse á las iglesias vemos coincidir la práctica piadosa de los obispos que, aborreciendo como el resto de los cristianos las penas de sangre, y conmovidos de misericordia en favor de los reos de delitos públicos condenados á la última pena, intercedian por ellos con los magistrados (1). No se crea, sin embargo, que el fin de esta mediacion fuese escusar los delitos ó desear que quedasen impunes; era precisa la prueba de arrepentimiento significada en el ánimo contrito con que el penado se acogia á la iglesia ó sacerdote que moraba en ella, y el refugiado no volvia á reconciliarse con la sociedad ofendida hasta tanto que se enmendase y despues de cumplir con las largas y duras penitencias que se le imponian (2). Los magníficos pasajes de San Agustin, recopilados como preceptos y reglas en el Decreto de Graciano (3), son testimonio auténtico de esta costumbre practicada por él mismo y los obispos durante los cinco primeros siglos de la Iglesia, y la demostracion mas cumplida del noble y piadoso fin que con esta intercesion se proponian. De ella resultaban dos bienes: uno público en cuanto se satisfacia lo posible á Dios, á la Iglesia y á la sociedad ultrajadas, y otro privado en cuanto se procuraba por este medio la enmienda del delincuente y que mejorase de conducta.

Tal era la disciplina de la Iglesia en los primeros tiempos, y no es menester mas para concluir que el asilo no tuvo otro fundamento que la intercesion episcopal, ó sea la práctica de uno de los principales deberes de su ministerio, reconocida como saludable en los tiempos de la dominacion romana y ampliada hasta concederles intervencion en la inspeccion y visita de las cárceles (1). Pero como la malicia de los hombres encuentra siempre medios de abusar de la institucion mas laudable y dirigida al fin mas honesto ó humanitario, se abusó tambien de esta intercesion como se habia abusado de las estátuas y retratos de los Césares, desvirtuando de esta suerte la idea que les sirviera de fundamento. Sensible es confesar que los abusos tardaron poco en manifestarse, y que muy luego las demasías por parte de clérigos y monges que se atrevian á arrancar á mano armada á los reos condenados á muerte, del poder de los lictores que los conducian, fue causa de las primeras y terminantes disposiciones que sobre este punto encontramos promulgadas. Coincidió con estas demasías la costumbre generalizada de acogerse á las iglesias los reos de toda clase de delitos públicos ó privados; costumbre tanto mas nociva á la causa pública y de la justicia cuanto, aumentándose cada dia el número de iglesias por la devocion y piedad de los particulares ó del príncipe, resultaba la impunidad del mayor número. Teodosio Magno fue el primero que mandó se estrajese de la iglesia á los administradores que defraudaran la Hacienda pública, y que en tanto les valiese el asilo en cuanto los obispos ó clérigos que los patrocinasen se obligaran á pagar sus descubiertos (2). Tambien los judíos abusaron no pocas veces del asilo pretestando para gozar de él que que-

(1) Cán. 8 del Conc. Sardicense, que es el 28, causa 23. cuest. 8.

(2) Berardi, tom. 4, Disertacion 3, cap. 1, párr. *Non hic.*

(3) Cáns. 1 á 10, causa 23, cuest. 5 y epístola 153, no inserta en dicho código, que dice: *Nullo modo culpas quas corrigi volumus ad probamus, nec quod perperam committitur ideo volumus impunitum esse, quia placet, sed hominum miseranles, facinus autem seu flagitium detestantes, quanto magis nobis displicet vitium, tanto minus volumus insammendatum interire vitiosum.-Morum corrigendorum nullus alius quam in hac vita locus: ideo compellimur humani generis charitate intercedere pro reis, ne istam vitam sic finiant per supplicium, ut ea finita non possint finire supplicium.*

(1) Cap. 3, lib. 1, tit. 4 del Cód. de Justiniano.

(2) Leyes 1 y 3 del Cód. Teodosiano, *De his qui ad ecclesias confugiunt.*

rian abrazar la fé, y consiguiendo en último resultado la insolvencia de sus créditos á los acreedores: esto dió lugar á la ley que para sus respectivos imperios publicaron en 397 Arcadio y Honorio prohibiendo se admitiese á los judíos á la recepcion del bautismo cuando se hubiesen refugiado á la iglesia por deudas ó crímenes, mientras no solventasen aquellas ó probasen su inocencia (1); disposicion muy justa y filosófica que, mientras evitaba fuese engañado un acreedor, consultaba al decoro de la Iglesia haciendo que esta tampoco lo fuese bajo pretesto de una fé simulada é interesada. Sabido es que al siguiente año el mismo Arcadio prohibió enteramente el asilo en sus dominios, debiéndose esta medida general á la sugestion del impío Eutropio Eunuco que, conciliándose el favor del emperador despues que fue promovido á la dignidad consular, y con el fin de estraer de la iglesia á su muger Pentodia que con el capitan Timacio se habia refugiado á ella huyendo de su persecucion, le persuadió á que dictase una ley en la que no solo se abolian los asilos sino tambien se mandaba estraer á los que entonces estuviesen á ellos acogidos. Pero caido Eutropio de la gracia de su señor, Gainas pidió su cabeza, y el pueblo hubiera conseguido matarle aunque se refugió al altar santo, si la elocuencia aterradora del Crisóstomo en la célebre oracion que pronunció no hubiese calmado sus iras y alcanzado que la ley prohibitiva se revocase. Al tiempo que esto sucede en Oriente, el concilio llamado general Africano envia legados á Epigonio y Vincencio para que alcancen del emperador Honorio que nadie se atreva á estraer de la iglesia á los que huyan á ella cualquiera que sea su delito (2). De notar es por una parte que la primera vez que los obispos tratan en concilio acerca del asilo, acuden á la potestad temporal para que lo restablezca, porque ella lo ha derogado, como reconociendo de hecho y de derecho su potestad esclusiva en la materia; y por otra, que á la manera con que aquel derecho se habia abolido del todo y sin escepcion, así volvió á restablecerse enteramente y sin medida. Por eso vemos calificarse de crímen de lesa magestad la estraccion de los reos refugiados á la iglesia, por la ley de Honorio y Teodosio promulgada en 414 (1): ampliarse la inmunidad á las casas episcopales, cementerios, átrios y oficinas ó dependencias de las iglesias, si bien con ciertas restricciones en el modo y tiempo, en la que el mismo Teodosio y Valentiniano dieron en 431 (2), reproducida en otra de 432 (3): consignarse terminantemente por Marciano el respeto debido á las iglesias y lugares sagrados prohibiendo bajo pena de muerte perturbar con sediciones y alborotos la celebracion de los divinos misterios (4), y, por último, al emperador Leon, que secundando la disposicion prohibitiva del primer concilio de Orange (5) castiga con pena capital como crímen *lesæ majestatis* aun el pensamiento ó tentativa de estraccion (6).

Siguiendo siempre la Iglesia los principios de caridad y mansedumbre de su divino fundador, la vemos en esta época aconsejar por medio de su gefe visible la proteccion y patrocinio que los obispos debian prestar á los que le implorasen, especialmente á las viudas y huérfanos (7). El primero de los concilios celebrados en el siglo VI en las Galias bajo la dominacion del primero de sus reyes cristianos, es tambien el primero convocado por la autoridad temporal con el único y esclusivo fin de establecer, en conformidad de lo prevenido por los sagrados cánones y leyes ci-

(1) Ley 1, tit. 12, lib. 1 del Cód.
(2) Cono. Carthag. Can. 56, apud Justhellum in Cod. can. ecc. Arbic. pag. 681. *Post. consulatum gloriosissimi imperatoris Honarii Augusti IV et Euthichiani V. C. V. Kal. Maii Carthag. in Secretario Basilicæ Restitutæ. In hoc concilio legationem susceperant Epigonius et Vincentius episcopi, ut pro confugientibus ad ecclesiam quocumque reatu involutis, legem de gloriosissimis principibus mercantur, ne quis eos audeat abstrahere.*

(1) Ley 2 de los citados tit. y lib. del Cód.
(2) Ley 3 de id.
(3) Ley 4 de id.
(4) Ley 5 de id.
(5) Cono. de Orange del año 441, cán. 5, que es el 6, dist. 87.
(6) Ley 6 de los citados tit. y lib.
(7) Gelasio I en 494: es el cán. 4, dist. 87.

viles, los lugares que ademas de la iglesia podrian servir de asilo, y la forma indispensable de estraer los refugiados; el juramento de seguridad á favor del reo, y la ampliacion del asilo á los átrios de la iglesia ó casa del obispo, son los puntos de aquel cánon que no escluye á los homicidas, adúlteros ni ladrones (1). Los siervos que por lo mismo que parecian ser entonces los mas perseguidos duramente por sus dueños, eran tambien objeto de la proteccion constante de la Iglesia, no podian en reverencia del asilo ser condenados por sus señores á pena corporal, bastando que estos les cortasen el cabello ó los destinasen á obras públicas (2). Poco tiempo, sin embargo, habia trascurrido, y la legislacion de Justiniano, reasumiendo en breves términos la que le precedió, esplicaba el verdadero espíritu de la Iglesia admitiendo á los obispos, como antes, á la inspeccion de los establecimientos penales (3) y denegando el asilo á toda clase de delincuentes (4): medida necesaria y justa en un tiempo en que el número de estos crecia á proporcion de la demasiada latitud de las antiguas leyes romanas y de la indulgencia y conmiseracion de la Iglesia. Subsistió, no obstante, en Occidente la intervencion episcopal en el régimen interior de las cárceles (5), y los reyes francos de la primera raza llevaban hasta tal punto la reverencia debida al lugar sagrado, que aun el sacrílego y parricida pudieron gozar del asilo (6): y á la vez que el gran pontífice Gregorio I consignaba en sus cartas los límites de una intercesion justa y de un ausilio no perjudicial á la Iglesia ni al Estado, llamando indiscreta defensa la hecha á favor de los ladrones públicos (7), la legislacion civil en reverencia y devocion á la Iglesia ampliaba á la casa episcopal, cementerio, átrio ó una porcion de tierra al rededor los términos del asilo (1). Dignos es de notar, que si bien en el siglo VII las disposiciones canónicas y civiles sobre esta materia parecian ser una consecuencia de las anteriores y fundarse sobre los mismos principios, se renovó la antigua disciplina de los cinco primeros siglos en que la penitencia canónica se consideraba indispensable para satisfacer en algun modo la vindicta pública ofendida por el crímen del que se refugiase á la iglesia. Reservándonos hablar en su lugar oportuno de las leyes que durante esta época se dieron en España en sus famosos concilios por mandato y asentimiento de sus reyes, y que despues vinieron á formar un derecho general eclesiástico, diremos: que el concilio de Reims en las Galias privaba de la libertad de salir de la iglesia al que librado del último suplicio por la intercesion de sus ministros no prometiera primero cumplir la penitencia que por el crímen se le impusiese (2); principio conforme al de los primeros Padres de la Iglesia, entre ellos S. Agustin, que nunca creyeron que librar de la pena capital al refugiado podia ser bastante para dejar impune enteramente el delito, castigándolo sino con penas *corporis* aflictivas, al menos con penitencias saludables.

Si hasta la época que hemos examinado la autoridad eclesiástica estuvo en posesion no interrumpida del derecho que su instituto evangélico le daba de ejercer la humanidad é interceder con la potestad temporal en favor de los delincuentes; si hasta entonces los asilos de las iglesias habian servido para remitir la pena pública á todos los que á ellas se acogian, en el siglo VIII no fue menos activa aquella intercesion, y el derecho de asilo, si no favoreció siempre á toda clase de reos, sirvió al

(1) Conc. 1 de Orleans de 511, cap. 3, 4 y 5, que es el 56, causa 17, cuest. 4.
(2) Conc. Epaonense de 517, citado por Tomassino, part. 2, cap. 97.
(3) Cap. 22 y 23, tit. 4, lib. 1 del Cód.
(4) Nov. 17, cap. 7 de Justiniano.
(5) Conc. 5 de Orleans del año 549, cap. 20, citado por Walter en la nota K al dicho párr. 339, cap. 4 del lib. 5.
(6) Conc. 1 de Macon, de 581, celebrado en tiempo de Gontran, de que hace mencion Tomassino en el citado cap. 97.
(7) Can. 3, causa 14, cuest. 6.

(1) Decreto de Clotario II de 595, cap. 13, 14 y 15; leyes de los Alemanes, tit. 3: de los Bávaros, tit. 1, cap. 7.
(2) Conc. de Reims del año 625, citado por Tomassino en los lugares arriba indicados.

menos para que los refugiados obtuviesen seguridad de su vida y de sus miembros. Los antiguos capitulares franco-germánicos habian escluido del asilo á los reos de muerte (1): los reyes francos de la segunda raza ampliaron como los de la primera este privilegio que sirvió para librar á toda clase de criminales; y Carlo-Magno, que á la vez que reunia en sí el imperio de la mayor parte del Occidente se mostraba á imitacion de Constantino acérrimo defensor de la Iglesia y de su disciplina, le conservó en la esencia, si bien disminuyó sus efectos privando se llevase de comer á los refugiados (2). El concilio de Maguncia celebrado en su tiempo en Alemania restableció las leyes comunes de los Capitulares por las que, derogándose la escepcion que en un principio se estableció contra los reos de muerte, se mandaba que nadie se atreviese á estraer al reo que huyese á la iglesia, ni entregarle para que fuese condenado ó sufriese el último suplicio, pues que así lo exigia el honor de Dios y de sus santos: antes bien los rectores de las iglesias procurasen alcanzar la inmunidad completa del refugiado, cuidando al mismo tiempo de satisfacer á la parte ofendida (3). Las costumbres que los germanos y otros pueblos del Septentrion habian heredado de sus antepasados, les hacia mirar con horror las penas de sangre: las pecuniarias estaban indicadas en aquella edad casi para toda clase de crímenes, porque así convenia al estado de las nuevas repúblicas que se fundaban de la desmembracion de la gran familia romana; y la condenacion á muerte solo tenia lugar, por consiguiente, despues de apuradas las probabilidades y perdida la esperanza de reforma en la conducta del delincuente (4).

En tiempos en que el derecho de asilo concedido á las municipalidades contribuia á aumentar su poblacion, la influencia de la Iglesia esplicada en la mansedumbre cristiana y en la mediacion del sacerdocio debia ejercer tambien una influencia necesaria, ya que no tan política al menos mas religiosa, mitigando la dureza de costumbres y leyes bárbaras, protegiendo á los inocentes del furor de las venganzas privadas, entonces tambien muy comunes, y alcanzando en favor de los culpables la remision de la pena pública, con solo la obligacion de satisfacer á la parte agraviada el precio estimatorio de la ofensa, y de cumplir con las rígidas y largas penitencias canónicas que se les imponian. Esta distincion de pena y penitencia que vemos establecida por los nomocánones con relacion al delincuente refugiado, se sancionó tambien por disposiciones puramente canónicas respecto del que le estrajese: un concilio, celebrado en los últimos años del siglo IX en Alemania para reformar la disciplina, impuso pena de novecientos sueldos pagaderos al obispo, y penitencia pública á arbitrio del mismo, al que con desprecio de Dios ó de sus iglesias estrajese violentamente de su átrio ó de los pórticos á ellas adherentes al siervo fugitivo ó á quien persiguiese (1). Tan radicada estaba en esta época la costumbre de castigar con penas pecuniarias, que aun la Iglesia misma las imponia por el delito de sacrilegio, juntamente con las penitencias públicas, formando de unas y otras una escala conforme á la cualidad de la persona ofendida y en proporcion á la gravedad del delito (2).

La coleccion que con el nombre de Isidoro apareció en el imperio de los francos, muy al principio de la época que acabamos de reseñar, y, reproducida casi en su totalidad por Graciano, fue durante seis siglos la norma de otros compiladores, el li-

Capit. German. del año 744, capit. 21

(2) Capit. de Cárlo Magno del año 779, cap. 8.

(3) Conc. de Maguncia de 813, del cual se tomó c. cán. 9, causa 17, cuest. 4.

(4) Tácito, *de moribus Germanorum*, cap. 12 y 21. Este espíritu de la legislacion penal de las tribus septentrionales, imponiendo aun á los mas graves delitos la pena pecuniaria, en virtud de una menuda y prolija tasacion se encuentra consignado en las leyes 1, 3, 6, tit. 4, lib. 6 del Fuero Juzgo, y en las de los Borgoñones, Hayuvarios, Ripuarios, Bajones, Frisones, Lombardos, etc.

(1) Conc. de Tréveris de 895, cap. 20, de donde se tomó el 20, causa 17, cuest. 4.

(2) En prueba de esto pueden verse en la citada causa y cuestion los cáns. 7, 25, 26, 27 y 28, tomados del citado conc. de Tréveris y de los Capitulares.

bro de estudio y aun la pauta de las decisiones de derecho, mientras no se descubrió su falsedad, habia contribuido sobre manera á engrandecer la autoridad pontificia, ejerciendo desde su aparicion una marcada influencia en la disciplina. Muchos cánones, enteramente supuestos ó alterados, en los que se atribuia á la potestad eclesiástica el derecho de legislar sobre asilo, fueron trasladados por Graciano á su coleccion, y no estudiando entonces los intérpretes, ni aun los pontífices, otras fuentes que estas, fundaron en ellas su opinion enteramente conforme con la que habia presidido á la redaccion de aquellos monumentos (1). Esta novedad, puramente disciplinal, unida al estado político y religioso de la sociedad en la edad media, que hizo del Papado un elemento necesario de vida, y como el núcleo de reunion indispensable en tiempo de agitacion y de nuevas trasformaciones obradas en las costumbres, en las ideas y en las instituciones, concluyeron por establecer de hecho y de derecho á favor de la autoridad eclesiástica, y mas especialmente de la Silla romana, la facultad de legislar sobre asilo, que hasta entonces ella misma habia reconocido como dimanada únicamente de la potestad temporal. El concilio celebrado á mediados del siglo XI en Roma fijó ya, en términos que escusaban toda controversia, el ámbito de cuarenta pasos alrededor de las iglesias mayores, y el de treinta en las menores ó capillas, para que se considerasen como asilos, imponiendo pena de escomunion al que estrajese al refujiado, á no ser ladron público, segun los antiguos santos Padres lo habian establecido (2). El principio de caridad en favor de los inocentes y perseguidos, ejercido por la Iglesia, subsistia entonces sin variacion, y las cruces puestas en los caminos se declararon como lugares de asilo para el que se refugiase á ellas huyendo de sus enemigos (1). Cuál fuese, sin embargo, la autoridad que en esta época se habia arrogado esclusivamente el poder eclesiástico en esta materia, señalando como por una consecuencia necesaria la pena de escomunion á todo el que con violencia estrajese de la iglesia á un refujiado, se deduce, entre otros pasajes citados por Graciano, del en que el pontífice Gelasio II, despues de alabar al obispo de Benevento, Epifanio, por haber privado como indignos de la sagrada comunion á Mauro y Benenato, municipios de aquella ciudad, que habian estraido violentamente á un curial suyo que estando en el santuario rehusaba salir de él reclamando la inmunidad, dice que él mismo confirma por su propia autoridad aquella disposicion (2). Por lo demas, no puede desconocerse la armonía que la legislacion eclesiástica guardaba en esta época con lo establecido primeramente por el poder civil ó en los concilios de su órden convocados; pues con solo el juramento de seguridad era permitida al señor la estraccion de su siervo (3), y el asilo no escusaba al refugiado de dar cuenta exacta y razonable de sus actos (4).

Bien puede asegurarse que hasta el derecho de Decretales el poder civil y el eclesiástico legislaron como á prevencion sobre asilo, y que aunque la facultad de hacerlo en primer término debió residir siempre en el primero, en virtud de la naturaleza de su objeto y de la del sugeto sobre que versaba, sin embargo, ó lo hicieron de comun acuerdo entre ambos, ó las circunstancias religiosas y políticas ejercieron, como hemos visto, una influencia muy marcada en que uno de ellos legislase con absoluta independencia por sí mismo. El incremento que la autoridad pontificia recibe especialmente desde principios del siglo XII, se manifiesta en todo lo que es puramente disciplinal, y aun en los negocios políticos en que interviene, debién-

(1) Van-Espen, *disertat. de asylo templorum*, cap. 3.
(2) Conc. romano de 1059 celebrado por el papa Nicolás II: es el cán. 6, causa 17, cuest. 4.

(1) Conc. de Clermont, de 1035, citado por Tomasino part. 2, lib. 3, cap. 100.
(2) Cán. 10 de las citadas causa y cuest.
(3) Cán. 34 de id.
(4) Cán. 35 de id.

dose esto á su ciencia y santidad reconocida en medio de la general descomposicion de la sociedad. La coleccion Gregoriana comprende gran parte de los decretos que los pontífices dieron sobre asilo, bien *motu propio*, bien á consulta de los obispos ó de la autoridad temporal que aun para la tramitacion de los juicios y la imposicion de las penas consultó durante mucho tiempo á la Silla de Roma; pudiéndose decir con verdad que la accion legislativa de la Iglesia se habia llegado á estender por toda la cristiandad, y la judicial caminando á par de ella modelaba la civil, absorviendo á su conocimiento y atribuyendo á su competencia todas las cuestiones que mas ó menos concerniesen al dogma ó la disciplina. Así es como deben entenderse los testos de las Decretales que tratan de inmunidad, y de esta base prévia debe partirse para que no pueda admirarnos la marcada diferencia que en la legislacion de nuestra patria encontramos entre la visogoda y Alfonsina, así sobre esta como sobre otras muchas materias. Debe, sin embargo, confesarse que, caminando siempre la Iglesia de acuerdo con los principios de justicia constitutivos de la Sociedad, y procurando afianzarlos, restringió desde esta época el asilo que tan latamente se habia concedido en lo antiguo, y que desde entonces á una jurisprudencia varia é instable siguió otra fija que tenia por fundamento los estatutos de los sagrados cánones y las tradiciones de las leyes civiles. En este sentido, respondiendo Inocencio III á la consulta que el rey de Escocia le hizo sobre si debian ó no gozar de asilo los malhechores que se refugiasen á la iglesia con el objeto de evitar el castigo, hizo aquella notable distincion entre el delincuente siervo ó libre, fijando lo que en uno y otro caso deberia hacerse para proceder á la estraccion, y declarando para en adelante que aun sin juramento de caucion podria efectuarse aquella tratándose de ladrones públicos ó nocturnos taladores de campos (1). Los antiguos cánones guardaban silencio acerca de las iglesias que deberian considerarse como inmunes. Gregorio IX, respondiendo al obispo de Astorga, señaló como tales aquellas en que se celebrasen los divinos misterios aunque no estuviesen consagradas (1), y desde entonces esta regla general de inmunidad tuvo su aplicacion al tratarse del asilo. El delito cometido contra la misma Iglesia, dentro del templo ó de sus cementerios, debia naturalmente escluirse del privilegio, y el mismo pontífice dirigiéndose á los arzobispos de Toledo y Santiago lo espresó así terminantemente, dando la razon de la escepcion (2) que alcanzaba igualmente al homicida alevoso ú asesino (3). Muy poco tiempo despues se declararon tambien esceptuados los hereges y apóstatas en el rescripto que Martin IV dirigió al clero de Francia, y esto aunque se hubiesen refugiado al altar (4); Nicolás V confirmó, á consulta de los Sajones, las antiguas leyes que le denegaban á los ladrones públicos (5); y los reos de lesa magestad, los homicidas y taladores podian ser estraidos de la iglesia, segun el rescripto que á principios del siglo XVI dirigió Julio II á los obispos de Inglaterra (6). Todas estas disposiciones, parte de las cuales forman el derecho comun sobre la materia, indican por una parte lo frecuentes que habian llegado á ser los casos de asilo, y por otra, que desusadas las antiguas intercesiones de los clérigos, y con ellas la imposicion de públicas y saludables penitencias, la Iglesia misma iba paulatinamente reduciendo aquella inmunidad de un modo indirecto á favor de los oprimidos como lo fuera en un principio, y que ya no podian esperar el perdon de la pena capital, ni la minoracion de la pena, los reos de delitos que la legislacion civil y eclesiástica consideraban como graves.

Dejando al dominio de la historia exa-

(1) Cap. 6, tit. 49, lib. 3 de las Decretales.

(1) Cap. 9 del mismo tit. y lib.
(2) Cap. 10 de id.
(3) Cap. 1, tit. 12, lib. 8 de dicho código.
(4) Tomassino, en el lugar antes citado.
(5) El mismo en id.
(6) Cavalario, en su obra lath, part, 2, cap. 33, pár. 7.

minar las causas que prepararon nuevos cambios morales y políticos desde principios del siglo XIII, y la reaccion obrada en la Iglesia y en la Sociedad desde el siglo XV (1), vemos que minorándose el prestigio del Papado, no es ya el pontífice quien legisla acerca del asilo en la Iglesia; antes bien considerándose como objeto propio y esclusivo del poder temporal, queda derogado en unas partes, en otras ocupa un lugar en la constitucion política del pais, aunque con ciertas restricciones, y en otras, finalmente, llega á ser objeto de arreglos entre ambas potestades que reciben el nombre de Concordatos. La constitucion de Francisco I de Francia, dada á principios del siglo XVI, en que se disponia que siempre que el juez secular proveyese auto de prision contra cualquier reo pudiera desde luego estraerle de la Iglesia, sin perjuicio de su derecho para restituirle si en la prosecucion de la causa se hallase acreedor del asilo (2), dejó ineficaz este, pues como dice un historiador disciplinista (3), fueron pocos ó ningunos los que se restituian á la Iglesia, y el clero galicano no trabajó en su defensa, puesto que vió que ya no se cumplia con el antiguo fin de tan santo establecimiento, cual era la penitencia pública que se imponia á los refugiados. La Iglesia anglicana constituida independiente de la romana, dejó tambien abolir á poco tiempo el privilegio del asilo, conocido con el nombre de *privilegio del santuario* (4); y el derecho austriaco, por su constitucion dada á principios del siglo XVIII, privó de él á los deudores maliciosos que huyesen por burlarse de sus acreedores, imponiendo pena pecuniaria á los clérigos regulares ó seculares que tuviesen bienes, y privacion de la cuestacion á los mendicantes si unos ú otros lo concediesen á los desertores de la milicia (1). El concordato de Nápoles, celebrad poco despues entre el pontífice Benedicto XIV y el rey Cárlos, puso fin á las ruidosas contiendas que la Bula de Gregorio XIV, si bien no admitida en aquellos dominios, habia suscitado entre los obispos y magistrados, y por consecuencia entre los pontífices y reyes, sosteniendo cada uno como propio de su autoridad el conocimiento de las causas sobre asilo. Fijóse en él el modo de proceder á la estraccion, sin desdoro de la Iglesia ni detrimento de la justicia; prescribióse la forma del procedimiento en el cual debian intervenir ambas autoridades en los términos y plazos estipulados para que la administracion judicial no se retardase, y multitud de delitos quedaron esceptuados del asilo á proporcion que se restringió estraordinariamente la inmunidad respecto de los lugares que habian de gozar de este privilegio (2).

(1) Acerca de esta materia puede verse entre otros el Manual de historia universal de Ott, publicado por Anduaga Espinosa. tom. 2, cap. 2.
(2) Febret, traité de l'abus, lib. 8, cap. 3, núm. 8: y Tomassino en los lugares arriba citados, núm. 8.
(3) Citado Tomassino.
(4) Walter, nota t al párr. 339, cap. 4, lib. 8 de su manual de derecho eclesiástico univerral, edic. de Madrid de 1844.

(1) G. Meiner, *Institut. juris ecclesiastici, part. 2, Schol. ad* par. 516.
(2) Concord. de 1741: acerca de su contenido sobre esta materia puede consultarse á Cavalario en su citada obra y cap., párrs. desde el 13 hasta el fin.

§. 2.° *Historia del asilo en la iglesia española.*

A fin de ser consecuentes con la division enunciada en la seccion presente, hemos omitido cuanto hace relacion á las leyes y disciplina de nuestra patria, destinando á su exámen el lugar especial que la importancia é interés de su historia requieren. Siendo la disciplina histórica por su naturaleza, convenia dar á conocer los fundamentos que le sirvieron de base en épocas señaladas, y cual fue el que rigió en la Iglesia universal, á fin de poder despues ocuparnos separadamente de la de España, haciendo sobre ella las reflexiones á que dá lugar, y para que de este modo sea mas lógica y natural la transicion á la seccion tercera de este artículo, en que nos proponemos presentar el derecho canónico-civil vigente sobre asilo.

Si la Iglesia de España, católica por es-

celencia, fue siempre la primera en establecer, conservar y restaurar la mas pura disciplina, sus monarcas, participando del mismo espíritu religioso, contribuyeron cuanto estuvo de su parte á fomentarla y mantenerla. Desde que Recaredo abjuró el arrianismo vése ya una admirable concordia entre el sacerdocio y el imperio, sostenida por el celo religioso de los príncipes y por la cristiana mansedumbre y reconocida ciencia de los clérigos que son llamados á deliberar en las materias relativas á los intereses públicos y privados. Correspondiendo al rey el derecho de convocar los concilios, presidirlos y tomar en ellos la iniciativa de los asuntos que han de ser objeto de sus decisiones, el brazo eclesiástico, sin esceder los límites de su divina mision, coadyuva sábia y admirablemente el poder temporal; y los famosos y siempre respetables concilios de Toledo son la fuente de las leyes y cánones, y el monumento mas glorioso de la constitucion política y religiosa de los godos. Recaredo es para España en esta época lo que Constantino fue para el cristianismo: los privilegios que se conceden á las iglesias y sus ministros están fundados en un religioso respeto y no ceden en perjuicio de la justicia ni de los derechos particulares de los ciudadanos. Al recorrer la historia universal no encontramos promulgada ley alguna sobre asilo hasta los tiempos del gran Teodosio; y al examinar la de España no la hallamos hasta el siglo VII en tiempo de Gundemaro. Dejando á los eruditos investigadores de la antigüedad ocuparse de si este rey fue el primero que en España dió leyes sobre la inmunidad local de las iglesias, y si las que se leen en el tít. 3, libro 9 del Fuero Juzgo pueden atribuirse á él con mas razon que á Sisenando y San Isidoro (1), es indudable que desde aquella época los monarcas españoles legislaron con entera independencia sobre esta materia. A pesar de la intervencion que el estado eclesiástico tuvo en los negocios propios de su instituto, y aun en los puramente civiles, siempre consideró que el beneficio del asilo procedia de la autoridad soberana, sin cuyo consentimiento no podia establecerse, y estuvo muy lejos de dar á esta materia la amplitud que las nuevas doctrinas y códigos posteriores introdujeron. El Código gótico, producto de las leyes escritas de los reyes y de los decretos de varios concilios toledanos, es un palpable testimonio de la religiosidad con que aquellos establecieron la inmunidad como privilegio, y de la justicia con que el asilo se limitó, negó ó concedió conforme á los casos y circunstancias. Parece que los obispos españoles de aquella época, reconociendo como propio del poder temporal aquel derecho, solo reclamaron el de ejercer la compasion interponiendo sus ruegos y súplicas para la minoracion de la pena á los criminales. El concilio toledano 6.° habia fulminado gravísimas penas contra los que por la gravedad de sus crímenes y males causados á la gente y á la patria, y aterrados por los remordimientos de su conciencia se refugiasen entre los enemigos de su pais, pidiéndoles ausilio para su defensa: añadiendo, que si arrepentidos de sus delitos huyesen á la iglesia, obtendrian la real clemencia, mientras no hubiese detrimento de la justicia, solo por la reverencia debida al lugar y á la mediacion del sacerdote (1). La ley atribuida á Chisdanvinto presenta la verdadera idea del asilo en su tiempo, y su lectura basta á convencer que á los homicidas no valia escusa ni poder de ninguna clase: que el refugiarse al altar en tanto valia en cuanto sin permiso de los sacerdotes no podia ser estraido; pero con él, y bajo juramento de que el refugiado era reo de muerte, el sacerdote debia echarle de la iglesia entregándole á su perseguidor que entonces era uno de

(1) D. Antonio Fernandez Prieto y Sotelo, en su historia del Derecho real de España, lib. 2, cap. 12, núm. 7 y 10, sostiene, fundado en algunos pasages de D. Alonso de Cartagena y de Francisco Tharafa, que Gundemaro fue el primer rey de España que declaró la inmunidad de los templos para que los reos no pudiesen ser estraidos de ellos. Marina, en su ensayo histórico, lib. 8, número 12, data el origen de la inmunidad local en España de los tiempos de Chindasvinto.

(1) Marina, en el lugar citado, núm. 12 y 16.

los parientes mas cercanos del muerto, para que hiciera de él su voluntad como no fuese darle muerte (1): evitar la impunidad del homicida con la seguridad del castigo, ó al menos que este se retrajese de cometer el delito, tales eran los principios en que se apoyaba. Las leyes atribuidas á Recesvinto (2), que sin duda se tomaron del concilio IX toledano, ademas de concordar con lo que las romanas dispusieron acerca del reo refugiado á la iglesia sin armas ó que se defendiese con ellas (3), revelando el espíritu germánico, heredado por las tribus septentrionales, impusieron pena pecuniaria proporcionada á su cualidad y dignidad, ó de cien azotes al que estrajese de la iglesia al siervo ó deudor acogido á ella (4); ampliaron el asilo hasta sus puertas ó pórticos, y escluyeron de este privilegio á los deudores, mandando que el presbítero ó diácono restituyesen el deudor sin dilacion á su acreedor, el cual no podria matarle ni ponerle preso; pero exigieron que á presencia de los ministros eclesiásticos se fijase el plazo y modo de pagar la deuda, pues aunque en consideracion á la religion se permitia la intervencion de la Iglesia, esta no podia consentir que lo ageno se retuviese (5). Pero donde mas claramente vemos reconocerse el derecho de la potestad temporal en materia de asilo es en el célebre concilio XII toledano, cuyo cánon, aunque mutilado en esta parte, insertó Graciano en su Decreto (6). En él se dice, que con mandato y consentimiento del rey Ervigio el concilio habia definido que nadie se atreviese á estraer de la iglesia á los que huyesen á ella ó residiesen dentro, ni causarles daño ni perjuicio; se amplian los términos del asilo dilatándolo hasta treinta pasos en derredor de las puertas de la Iglesia, y se fijan los casos en que los refugiados podrán salir de este recinto. Tan cierto es que la potestad temporal legislaba por su propio derecho acerca de este punto, ó que á lo menos concurria con la eclesiástica en fuerza de la concordia que entre una y otra reinaba, que la sentencia de la real indignacion al mismo tiempo que la censura eclesiástica de escomunion constituyen la sancion penal del decreto. El juramento de caucion, requerido ya en lo antiguo, vuelve á consignarse como indispensable para que el acogido pueda ser entregado á su perseguidor; y en caso de que, precediendo aquel, el sacerdote se negase á la entrega, debe hacérsele responsable de la fuga si resultase, ó exigirle la satisfuccion de daños y perjuicios segun la determinacion y voluntad del monarca.

Los monumentos legislativos que acabamos de referir forman la *primera época* del asilo en España, y son la prueba mas completa legal y de hecho en favor de la autoridad soberana de sus reyes. Contenidos, dentro de la esfera de su poder el brazo secular y el eclesiástico, contentábase este con tomar la parte que le correspondia en la intercesion y amparo de los refugiados, dejando al primero el pleno ejercicio de los derechos de soberanía moderados tan solo en fuerza de otro natural, cual era el de la inmunidad ó reverencia de los templos. Empero cambiada repentinamente la faz de la monarquía, hecha de nuevo presa de tribus bárbaras desde principios del siglo VIII, la moral, las leyes y disciplina desaparecen para dar cabida á máximas é instituciones muy diversas. Los restos de España donde el poder agareno no penetra, solo tienen desde entonces un objeto, un pensamiento; la libertad de la nacion, la espulsion de los infieles. La reconquista que empieza paulatinamente á efectuarse dá origen á multitud de fueros, á cuadernos municipales que se consideran como derecho comun de las ciudades restauradas, con el objeto de fomentar su poblacion. Bajo este punto de vista debemos entender la amplitud que algunos de los citados fue-

(1) Ley 16, tit. 5, lib 6 del Fuero Juzgo latino: es de advertir que en el romanceado no se hallan las palabras que en el latin corresponden á estas: *omnem oculorum ejus ejicionem extinguat.*
(2) Véase todo el tit. 3, lib. 9 del Fuero Juzgo.
(3) Leyes 1 y 2 de los citados tit. y lib.
(4) Ley 3 de id.
(5) Ley 4 de id.
(6) Cán. 10 de dicho concilio, que es el 35, causa 17, quest. 4. Véase Marina en su citada obra, lib. 1, núm 36.

ros daban al derecho de asilo que con razon han llamado algunos casi territorial (1), y del que encontramos una prueba en el célebre fuero de Leon dado por don Alfonso V á esta ciudad (2). La antigua legislacion visogoda subsistia de derecho en este tiempo, aunque departiendo su vigor con los mencionados fueros que de dia en dia iban aumentándose en proporcion de la reconquista; su autoridad se habia declarado y renovado en diferentes ocasiones y para multitud de pueblos á que se dió como fuero general: era, pues, consiguiente que la inmunidad local eclesiástica subsistiese tambien como consignada y reglamentada en aquel código, el primero en órden y el mas nacional en su espíritu de cuantos contó la monarquía. Las colecciones de cánones, que empezadas á formar desde principios del siglo V, constituian la disciplina particular de su iglesia tomada de las puras y genuinas fuentes de los concilios generales y particulares, tanto nacionales como estranjeros, y de las epístolas decretales mas auténticas, subsistieron tambien invariables, manifestándose en ellas el verdadero espíritu de la Iglesia y la perfecta armonía del sacerdocio y del imperio, en cuanto á la idea que debia formarse del derecho de asilo y de la facultad de legislar acerca de él. Prueba de esta verdad es la confirmacion que la reina doña Urraca hizo, en union de sus hijos y de los condes y muchos próceres del reino, de la Constitucion *de inmunitate*, dada por un concilio á principios del siglo XII (3), en la que establecia que ningun criminal refugiado á la iglesia se estragese de ella como no fuese siervo, ó ladron público, monge ó monja apóstata, ó violador de la Iglesia: Constitucion que despues fue tambien confirmada por D. Alfonso, rey de Castilla, y por el del mismo nombre de Aragon, en union de muchos nobles y plebeyos del reino. El Fuero Real, formado á mediados del siglo XIII con objeto de que sirviese de código general que hiciese cesar la anaquía legislativa, producida hasta entonces por la multitud de fueros que regian en las diversas municipalidades, participaba en cuanto á la materia que tratamos de las mismas ideas que presidieron á la redaccion de las leyes visogodas sobre cuyo espíritu, puramente nacional y religioso, se habia formado. Prohibiase terminantemente en una de sus leyes (1) que el brazo eclesiástico defendiese á robadores conocidos, ni á los que de noche quemasen viñas ó árboles ó arrancasen los mojones de las heredades, ó violasen las iglesias ó sus cementerios matando ó hiriendo á otro en la confianza de ser amparados por la Iglesia; y que si los tales se metiesen en ella los sacasen desde luego. Tan cierto es que las leyes de aquel código estaban basadas en cuanto á este punto sobre lo dispuesto en el Fuero Juzgo, que tratando de la manera con que deberia estraerse al deudor ó siervo refugiado, reprodujeron la antigua de Sisenando mandando que mientras el deudor estuviese en la Iglesia no se le privase de comer y beber, debiendo el acreedor pedir al clérigo rector de ella su entrega, y el clérigo rogar se le concediese plazo para pago de su deuda; y no dándolo, suplicar no le denostase, atase ni hiriese; pero entregarle á su perseguidor ó dejárselo coger: lo cual tendria tambien lugar con el siervo, para cuya captura debia proceder el ruego al clérigo rector de la iglesia, permitiendo que por la negativa ú oposicion de este, pudiera el señor estraerle sin herirle, matarle ni tratarle mal (2). La jurisprudencia de los tribunales supremos de aquel tiempo es tambien otra prueba manifiesta de la teoría que reinaba sobre esta materia: y las leyes del Estilo, declaratorias de las del Fuero, consignan la práctica admitida de

(1) La Serna y Montalvan, reseña histórica de la legislacion española, que precede á los *Elementos del derecho civil y penal* de los mismos, cap. 3, art. 4, núm. 10.
(2) Ley 24 del Fuero de Leon, inserta por Solelo, libro 8, cap. 6, núm. 19.
(3) Concilio de Oviedo del año de 1115, cap. 3, citado por el abate Andrés en su diccionario de Derecho canónico, palabra *Asilo*.

(1) Ley 8, tit. 5, lib. 4 del Fuero Real.
(2) Ley 15, tit. 20, lib. 3 de dicho código.

que habiendo alguno hecho cosa que mereciese muerte, ó ejecutado el hecho estando el rey en el lugar, el rey lo mandaba sacar de la iglesia para hacer de él justicia conforme á derecho (1); argumento notable en favor de la autoridad temporal que á pesar del respeto debido al lugar santo vindicaba la ofensa hecha en su presencia con la esperanza del asilo.

Las leyes de Partida forman la *segunda época* en que puede dividirse la reseña histórica del asilo en España. El que observe por una parte la influencia que en esta época ejercia la autoridad pontificia, debida á las circunstancias religiosas y sociales que hicieron de ella un elemento necesario de órden, como arriba indicamos, y por otra las fuentes de donde los redactores del Código Alfonsino tomaron las doctrinas en él consignadas, contándose como una de aquellas en materias disciplinales la coleccion muy poco tiempo hacia mandada formar de órden del Papa Gregorio IX, habrá comprendido fácilmente la razon de diferencia entre la estension y naturaleza del asilo, segun lo entendieron los legisladores visogodos, y se consignó por el rey Sábio en la primera de sus Partidas: diferencia tanto mas estraña cuanto que el Fuero Real, formado de su órden pocos meses antes, estaba en armonía con las costumbres de la época y renovaba el espíritu nacional y religioso de los tiempos de Recaredo. Las leyes de Partida, causando una especie de revolucion en las ideas políticas hasta entonces recibidas, introdujeron tambien en materias eclesiásticas doctrinas poco conformes al espíritu del pais y á la disciplina de su Iglesia, siendo en casi todas ellas como en lo civil intérpretes á veces y traductoras otras de las máximas ultramontanas y del derecho romano. Era por lo tanto consiguiente que al tratar de la inmunidad local ó derecho de asilo le considerasen como inherente á la Iglesia, como un privilegio ó franquicia que provenia de su misma naturaleza. Sin embargo, fuerza es reconocer que en tanto se apartaban las doctrinas contenidas en este código de las consignadas en el visogodo y en el que inmediatamente le precediera, en cuanto por aquellas el asilo *ipso jure* correspondia á la Iglesia, mientras que por estas solo estribaba en la voluntad del príncipe: en las unas la intercesion clerical servia de medio para obtener la minoracion de la pena, y en las otras los clérigos mismos tenian obligacion de defender á todo trance al retraido dándole de comer y beber: segun las primeras, el refugiarse á sagrado privaba á los perseguidores privados de darle muerte ni causarle daño alguno en su cuerpo, al paso que segun las segundas solo prestaban juramento de no matarle, pero no por eso se libraba del castigo: las de Partida eximian al deudor de todo servicio ó prision con solo la fianza de pagar cuando tuviese, y las antiguas ordenaban que al momento fuese restituido á su acreedor, fijando ante los sacerdotes los términos del pago que en reverencia á la Iglesia no podia dispensarse. Por lo demas, copiando siempre los redactores de la legislacion Alfonsina los pasages que sobre esta materia encontraron en el Decreto y Decretales, esceptuaron los delitos que estas escluian, y fueron de este modo consecuentes con lo determinado por el Fuero Juzgo y el Fuero Real en cuanto á los casos y personas que no gozaban de inmunidad, á los lugares á que se estendia, y á la obligacion de dar de comer al deudor mientras estuviese en la iglesia.

Los principios de justicia que guiaron á la autoridad eclesiástica á minorar los casos de asilo, y de que hicimos mérito en otro lugar, debian ser adoptados necesariamente en el Código Alfonsino; y si la segunda de las leyes que tratan de esta materia parecia conceder la inmunidad á toda clase de delitos ó crímenes, las tres siguientes sábiamente establecieron las escepciones tomadas de la cualidad de las personas y de la clase del delito. Los ladrones públicos, salteadores nocturnos, taladores de mieses, viñas, árboles ó campos; los que delinquiesen dentro de la misma iglesia ó su ce-

(1) Ley 97 del Estilo.

menterio con la esperanza de que la misma los amparase (1); los traidores conocidos, asesinos, adúlteros, estupradores, y los administradores de tributos ó rentas reales (2) no debian ser amparados en la iglesia, antes bien podia estraérseles de ella sin incurrir por esto en pena alguna; pues conforme al derecho antiguo no se consideraba razonable que la iglesia, donde la justicia debia guardarse mas cumplidamente que en otro lugar, amparase á tales malhechores yendo contra el precepto del mismo Jesucristo que prohibia que su casa de oracion fuese hecha cueva de ladrones. Precediendo la fianza y juramento de caucion, los clérigos debian sacar contra su voluntad al siervo refugiado á la iglesia y entregarlo á su dueño el cual podria hacerlo por sí sin incurrir en pena cuando aquellos rehusasen entregarlo, siendo responsables del menoscabo en el servicio del amo si dada por este seguridad lo retuviesen, ó de la fuga si por su culpa se efectuase (3). Pero aun en las mismas leyes de Partida se encuentra el argumento mas palpable de que la inmunidad local ó derecho de asilo se consideraba entonces como una emanacion del poder temporal; y en consignarlo así (4) fueron consecuentes con los ejemplos de la historia, con la doctrina establecida en códigos anteriores, y con la jurisprudencia de los tribunales. Los reinos de Navarra, Aragon y Valencia, mientras fueron independientes de la corona de Castilla, reconocieron los mismos principios acerca del asilo: sus reyes ejercieron la facultad de legislar sobre esta materia unas veces por sí, otras á peticion de los tres brazos del reino ó de alguno de ellos, ó por medio de concordias con la autoridad eclesiástica que luego se hicieron estensivas á otras partes de sus dominios, disponiendo los lugares que deberian considerarse como inmunes, los delitos esceptuados conforme al derecho comun canónico y real, la forma de estraccion de los reos refugiados, y el modo de decidirse las competencias entre ambas jurisdicciones que antes solo se determinaban por el rey y sus tribunales superiores. De ello son prueba los diversos fueros, súplicas, respuestas y concordias celebradas en aquellos reinos, aun despues que se unieron á la corona (1), parte de los cuales subsisten en su vigor legal por lo que respecta á esta materia con acuerdo y asentimiento de la autoridad pontificia y episcopal.

Los códigos generales de la monarquía y los fueros ó privilegios de sus provincias esceptuaban cierta clase de delitos, y estas mismas escepciones fueron tambien reconocidas por leyes y pragmáticas posteriores. Los reyes católicos durante cuyo gobierno activo, justo y templado, la España esperimentó una feliz revolucion, renovaron testualmente en una de sus leyes inserta en el Ordenamiento llamado de Montalvo (2) la del Fuero Real que escluia del asilo á los ladrones conocidos, incendiarios de viñas, mieses ó árboles, taladores nocturnos y violadores de las iglesias ó cementerios. Sin embargo de esta conformidad de principios, y á pesar de que la potestad temporal estuvo siempre en el pleno ejercicio del derecho de legislar sobre la materia de asilo, cuidando de consagrar constantemente en sus leyes el privilegio de inmunidad local eclesiástica, no siempre los encargados del poder, así espiritual como

(1) Ley 4, tit. 14, Partida 1.
(2) Ley 5, de dicho tit. y Partida.
(3) Ley 3 de id.
(4) Prólogo de los mencionados titulo y Partida. Creemos que el sábio Marina se equivocó al sentar en su citada obra, lib. 8, num. 16, que, segun las leyes de Partida, el asilo se consideraba como una prerogativa procedente esclusivamente de la autoridad eclesiástica, sin dependencia alguna del supremo poder político. No hay sino leer las primeras palabras del indicado prólogo, y en ellas se hallara fijado el origen de la inmunidad local en la voluntad de los emperadores y de los reyes. Covarrubias en su obra «Máximas sobre recursos de fuerza» párr. 5 de su discurso preliminar, num. 16, funda tambien en este mismo argumento la soberania de nuestros reyes sobre la materia de asilo, y lo considera como prueba de la manera de discurrir acerca de ella en el siglo XIII.

(1) Con objeto de no hacer mas largo este artículo remitimos á los lectores al papel que D. José de Ledesma, fiscal del Consejo, escribio en 1768 en favor de la regalia y tribunales reales del reino de Navarra, «sobre el conocimiento de los artículos de inmunidad local y uso de las fuerzas de que usaron por costumbre y posesion inmemorial en aquel reino,» conclusion 1, donde á propósito de esta materia trae documentos relativos al reino de Valencia. Puede tambien verse la citada obra de Covarrubias, párr. 5 de su discurso preliminar sobre recursos de fuerza, donde enumera algunas pruebas de esto mismo, por lo tocante al de Aragon y otras provincias.
(2) Ley 6, lib. 1, tit. 2 de las Ordenanzas reales de Castilla ú Ordenamiento de Montalvo.

civil, se contuvieron dentro de los límites que su naturaleza les prescribia. Las continuas discordias suscitadas aun á principios del siglo XV entre los obispos y los magistrados reales á causa del desórden con que aquellos favorecian á los reos, impedian su castigo y procedian á la imposicion de escomuniones y censuras, habia precisado ya á Enrique IV de Castilla á proponer sus justas quejas al pontífice Pio II quien especialmente comisionó al arzobispo de Sevilla para su remedio (1); y las peticiones de las Córtes celebradas en Monzon hácia mediados del siglo XVI son entre otros testimonio de los escesos que á su vez cometian diariamente los oficiales reales, entrando á mano armada en el palacio arzobispal y llevándose presos á los ministros y notarios de la curia eclesiástica (2). Desde entonces vemos á la autoridad pontificia esplicar no solo los casos de escepcion del asilo conforme los sagrados cánones lo habian prescrito, sino tambien disponer acerca de la forma de estraccion de los reos bajo el concepto de ser un privilegio ó prerogativa que ella originariamente habia concedido. La Bula de Gregorio XIV, en cuyo testo se fundaron despues los que pretendieron que el conocimiento sobre asilos y la estraccion de los refugiados á las iglesias pertenecia á los obispos, derogó los indultos que los pontífices sus predecesores concedieron á algunos príncipes para que aun en varios casos no comprendidos en el derecho estrajesen á los reos; y, para el en que estos no pudiesen gozar del privilegio, estableció que fuese necesaria licencia del obispo é intervencion de la persona eclesiástica que designase, y que estraidos fuesen puestos en la cárcel episcopal no entregándose al magistrado sin que la autoridad eclesiástica se persuadiese si el delito era ó no de los esceptuados (3). Sin embargo, una constitucion que así desvirtuaba, ó por mejor decir, privaba á la autoridad temporal del derecho propio é intrínseco de conocer acerca del delito, y hacia depender el ejercicio de su jurisdiccion independiente de la voluntad de otro poder de distinta naturaleza, yendo contra los principios constitutivos de ambas, no podia tener fuerza de obligar en muchos paises católicos (1), y menos en España, como opuesta á los derechos de la regalía (2).

Si las controversias entre los jueces eclesiásticos y reales, defendiendo cada uno sus propias atribuciones, no habian estado tal vez sostenidas hasta entonces sino por la novedad que las falsas doctrinas introdujeran, y por la influencia pontificia mas ó menos esplicada en diversas épocas; luego que la precitada Bula se publicó crecieron las cuestiones de jurisdiccion, y como consecuencia necesaria la impunidad de los delincuentes, puesto que todavía no estaban fijados definitiva y circunstanciadamente los lugares que debian gozar de inmunidad. La representacion que el fiscal general don Melchor de Macanaz dirigió al Consejo pleno sobre la necesidad de reforma en varios é interesantes puntos de disciplina, entre ellos del de inmunidad local, muestra bien claro que esta se habia aumentado indefinidamente por la multitud de templos, ermitas, capillas y otros lugares dedicados al culto divino, y por el lato modo con que los tribunales y ministros practicaban esta materia, aun cuando el breve de Gregorio XIV no estaba admitido todavía, subsistian en su fuerza y vigor la pragmática de los reyes católicos y la ley recopilada, y los fueros de Aragon y Valen-

(1) Raynaldo, año de 1419, núm 23, y Tomassino disc. ecca., part. 2, libro 3, cap. 100, núm. 5, citados por D. Manuel de Roda en el juicio crítico á las observaciones de Mayans, sobre el concordato de 1753, num. 517.

(2) Nota 36 de la citada conclusion 1 de Ledesma, donde inserta integra la peticion de las Córtes y la respuesta del emperador Cárlos V.

(3) Cavalario en su obra Rta, part. 2, cap. 33, párr. 12.

(1) Así lo asegura Van-Espen en su disertacion de *asylo templorum*, cap. 9, núm. 11.

(2) Lo afirma entre otros D. Lorenzo Mateu en su tratado de *re criminali*, controversia 7, nums. 14 y 15, donde cita multitud de autores nacionales y aduce las razones en que funda su opinion: y lo prueba largamente el citado Ledesma en la conclusion 1, pág. 63 á 69, siendo digna de notarse la carta que sobre esto el rey de España dirigió desde Madrid á 23 de marzo de 1657 al conde de Montoro, capitan general de Mallorca, é inserta dicho autor en la nota 120, adviendo en la 121 que la marginal á la ley 6, tit. 4, lib. 1 de la Recopilacion en que se dice que *el breve de Gregorio XIV no está admitido ni practicado en España*, tiene fuerza de ley, segun advierte Larrea en la 8 de sus alegaciones fiscales n.° 24.

cia habian reducido los lugares de asilo, declarándose segun aquellos en caso de duda el conocimiento á favor de la real jurisdiccion (1).

Hasta los tiempos de Clemente XII la autoridad pontificia no hizo otra cosa respecto de esta materia que reformar los abusos introducidos por algunos delincuentes que se hacian estraer á propósito de las iglesias ú otros lugares inmunes, y aumentar el número de los delitos esceptuados (2); disposicion conveniente, pero que dejaba en pié la necesidad de reducir el número de los lugares inmunes, significada ya por Felipe IV á la Silla de Roma, y que no tuvo efecto por la oposicion que la misma manifestó á que las casas de grandes y otros del reino gozasen como gozaban entonces de aquella prerogativa (3). La constitucion que el indicado pontífice dió para sus dominios (4), en la que no solo esplicaba la mente de su antecesor respecto del delito de homicidio sino que disponia que los indicios bastasen para la captura del retraido, y que el juez eclesiástico no pusiera dificultad en la estraccion, luego que estuviese de ello informado y requerido, fue ya el primer paso restitutivo en cierto modo de los derechos de la autoridad temporal.

Esta que podemos con razon llamar la *tercera época del asilo en España* segun la reseña histórica que nos hemos propuesto hacer tomada de sus leyes y disciplina, es tambien la en que poniéndose de acuerdo ambas potestades eclesiástica y civil comenzaron á ensayarse los medios de reducir el privilegio del asilo en cuanto á los delitos, lugares y personas, y de consultar al decoro de las iglesias sin faltar á los derechos imprescriptibles de la justicia. El concordato ajustado en España entre su rey Felipe V y el mencionado pontífice sobre varios puntos de disciplina, parecia ya satisfacer en cuanto al derecho de asilo la necesidad que hacia tiempo se esperimentaba de circunscribirle convenientemente. Los salteadores ó asesinos de caminos, aun en el caso de un solo y simple insulto, con tal que en el acto mismo se siguiese muerte ó mutilacion; los reos de lesa magestad, y aun los que maquinasen ó trazasen conspiraciones dirigidas á privar á S. M. del todo ó parte de sus dominios se esceptuaban del asilo en aquella concordia, y el pontífice prometia estender á los reinos de España por medio de circulares dirigidas á los obispos la precitada su constitucion que privaba del asilo al que matase á otro en riña ó pelea, como el homicidio no fuese casual ó en propia defensa (1). En otro de sus artículos, reprobando la práctica llamada comunmente de *Iglesia fria* y en algunas partes introducida de que los reos aprehendidos fuera de lugar sagrado alegasen inmunidad pretendiendo ser restituidos á la iglesia y huyendo de este modo el castigo de sus delitos, declaraba Su Santidad que en tales casos no gozasen de inmunidad los reos, sobre cuyo punto dirigiria igualmente circulares á los

(1) N.° 35 del citado pedimento, dado á luz en la Imprenta Nacional de Madrid en 1841, en el cual se añaden algunas observaciones y datos muy curiosos sobre este punto.

(2) Sobre lo primero es notable la enciclica de Clemente XI, dirigida á los arzobispos de España en 10 de enero de 1717, cuya observancia se mandaba espresamente en el tit. 2. lib. 1 de los Autos acordados del Consejo, y se encuentra integra en latin y castellano desde la pág. 41 en el tomo 3 de la coleccion de constituciones, enciclicas, breves y decretos de Benedicto XIV impresa en Madrid en 1791 En la mencionada enciclica, cerciorado el pontífice de que algunos encarcelados por órden judicial afirmaban falsamente haber sido estraidos, por enga o, del asilo, confirmando su dicho con perjurio ó por medio de testigos falsos, determinó que todos los que actualmente se refugiasen ó hubiesen refugiado á las iglesias ó lugares inmunes en cada obispado permaneciesen en ellas, si querian gozar de inmunidad, sin dejarse seducir bajo ningun pretesto, pues solo los violentamente estraidos ó que tuviesen salvo conducto concedido por el juez podrian alegar el privilegio Se fijó ademas el término de un mes, contado desde la fecha de la publicacion de aquel edicto, en cada obispado, para que pudieran volver á las iglesias ó lugares inmunes todos los que antes de la publicacion del edicto hubiesen sido realmente estraidos con engaño, para lo cual obtuviesen del diocesano un salvo-conducto limitado á su arbitrio prudencial y concedido gratis. Sobre lo segundo, el pontífice Benedicto XIII por su constitucion *Ex quo divina*, dada á 8 de junio de 1725, escluyó nuevamente del asilo varias especies de delitos que luego se enumeraron en la de Clemente XIV, y de que se hablará en su lugar correspondiente.

(3) Asi lo dice Macanaz en su citado pedimento, número 35; y Roda en el n.° 561 de su Juicio crítico añade que á este efecto el rey Felipe IV comisionó al marqués de Astorga, su embajador en la corte de Roma, para que obtuviese del papa Clemente X se redujese la inmunidad á ciertas y determinadas iglesias en los estados de Milan y de Nápoles.

(4) Constitucion *In supremo justitiæ solio* de 1.° de enero de 1734, estendida despues á otros dominios, particularmente al reino de Cerdeña por Benedicto XIV.

(1) Art. 2 del concordato de 26 de setiembre de 1737, que es el párr. 2 de la ley 4, tit. 4, lib. 1 de la Novísima Recopilac

obispos para que en su conformidad publicasen los edictos (1); y en el último, referente á esta materia, se estipulaba que Su Santidad mandaria por el mismo conducto que no gozasen de inmunidad las iglesias rurales y ermitas en que no se conservase el Santísimo Sacramento, ó en cuya casa contigua no habitase un sacerdote para su custodia, con tal que en ellas no se celebrase con frecuencia el sacrificio de la misa (2). Verdad es que aquel concordato se ratificó por ambas partes contratantes (3), y que sus artículos en esta parte formaron ley general, como tambien que cumpliendo la Silla pontificia con lo estipulado dirigió á poco tiempo á los arzobispos y obispos del reino un Breve en que, confirmando y esplicando el concordato, les prevenia guardasen lo en él establecido sobre derecho de asilo é inmunidad local (4); pero todavía quedaron en pie necesidades muy graves á que aquel no satisfizo, aumentadas despues por la contrariedad de algunos de sus artículos con los cánones y leyes de España y con los derechos de la regalía, y por la falta de cumplimiento de otros por parte de la autoridad pontificia (5). No es de estrañar aquel resultado teniendo en cuenta que el mencionado concordato tenia mas bien el carácter de una transaccion violenta y de un remedio transitorio: el Breve mismo dirigido á la autoridad eclesiástica para su esplicacion sostenia la inmunidad de las iglesias como cosa establecida por sagradas leyes, y en todos tiempos defendida y vindicada, diciendo que su ánimo no era que en todos los demas casos se derogase cosa alguna á aquel privilegio (6).

(1) Art. 5 de id., que forma el párr. 3 de la ley citada.

(2) Art. 4 de id., en el párr. 4 de dicha ley.

(3) Este concordato se ratificó, conforme á lo estipulado en su último art. 26, por D. Felipe V en 18 de octubre y por Clemente XII en 12 de noviembre del mismo año. Puede verse integro en el tomo 3 de la citada coleccion de constituciones, pág. 132 y sig.

(4) Breve de Clemente XII de 14 de noviembre de 1737 de que hacen mencion las notas 6, 7 y 8 al citado tit. 4, lib. 1, y se halla integro en la mencionada coleccion, pág. 145 y sig.

(5) Acerca de la naturaleza del concordato de 1737 y de sus resultados pueden verse la 1.ª y 2.ª proposicion contenidas en la observacion 8 de las hechas por D. Gregorio Mayans y Siscar sobre el de 1753, que se halla en el tomo 23 del Semanario erudito de Valladares.

(6) Así se deduce del testo mismo del Breve arriba citado, en su párr. 8.

Hubiera sido de desear, como observó un sábio regnícola (1), que así en el concordato como en el Breve se espresaran todos los delitos esceptuados por las leyes del reino, á fin de impedir la duda de los autores que opinaban debia estarse solo á las disposiciones canónicas, y del mismo modo los que por capitulaciones pontificias se consideraban esceptuados, para evitar se dijese que la nueva bula daba distinta regla y que lo omitido se entendia derogado, pues de esta forma se argüia siempre por los eclesiásticos. Esta observacion parece muy fundada, atendiendo á que el pontífice Benedicto XIV tuvo á poco tiempo que declarar y ampliar mas el sentido de la constitucion Clementina citada acerca del homicidio, estableciendo que el reo de él no gozaria de asilo cuando hubiese sido causado con palo ó piedra, alegando en confirmacion un pasage de la sagrada Escritura (2). Fernando VI habia hecho ya presente á este pontífice la necesidad y conveniencia de que se estendiese á todo el reino la práctica autorizada y confirmada del de Valencia, en que estaba sumamente limitado el número de iglesias y lugares inmunes (3); pero en tiempo de Clemente XIV tuvo por fin lugar de un modo definitivo la reduccion. El Breve espedido á solicitud del católico monarca Cárlos III, mandado ejecutar y cumplir como ley del reino y la principal sobre esta materia (4), fue en realidad la medida ra-

(1) D. Manuel de Roda en el Juicio crítico á las observaciones de Mayans, n.º 536.

(2) Constitucion de Benedicto XIV de 15 de marzo de 1750, que comienza *Officii nostri ratio*, y es la 29 del tomo 3 de su Bulario, en la cual entre otras cosas se mandaba que la estraccion de los reos esceptuados se hiciese solamente por los obispos y prelados á ellos superiores, segun los pontífices sus predecesores lo habian determinado. En otra de 20 de febrero de 1751, que es la 40 del mismo tomo de su Bulario, se esceptuaban del asilo los delitos de que conocia el Santo oficio, y se establecia la forma de estraccion de los reos sujetos á aquel tribunal.

(3) El conde de Campomanes en el n.º 1140 de su respuesta, como fiscal de lo civil, sobre el contenido de las representaciones del obispo de Cuenca, contestando al punto de inmunidad local, dice: que esto se trató en 1747, y que al propio fin escribió un parecer fundado el inquisidor, añadiendo que era punto digno de no perderse de vista por los grandes delitos que quedaban sin castigo, por una estension indebida de la inmunidad local.

(4) Breve de Clemente XIV de 12 de setiembre de 1772, mandado observar en España por la ley 5, tit. 4, lib. 1 de la Nov. Recop., y en Indias por cédula de 6 de noviembre de 1773, segun espresa el párr. 2 de la nota 1 al tit. 3, libro 1 de la Recop. de leyes de aquellos dominios.

dical y completa por la que venian á cesar los perjuicios que á la moralidad pública causaba la frecuencia de los asilos, protectora indirectamente de la impunidad, y se desterraban los abusos del arbitrario modo de proceder que hasta entonces habia dominado. Como de esta constitucion pontificia y de las leyes dadas para su observancia, ó de las posteriormente promulgadas, parte el derecho que podemos llamar de actualidad sobre la materia, y esto debe ser objeto de la seccion siguiente, nos contentaremos con anticipar en este lugar, que por el mencionado Breve se prevenia á los prelados y ordinarios eclesiásticos de España y de las Indias que dentro de un año, á lo mas, señalasen en cada lugar sujeto á su jurisdiccion una ó á lo mas dos iglesias ó lugares sagrados, segun la poblacion, en los cuales se guardase y observase solamente la inmunidad y el asilo, conforme á los sagrados cánones y constituciones apostólicas, y no en otra forma de las demas, previniendo que á los que así quedasen sin inmunidad se les tuviese el correspondiente respeto, culto y veneracion; se determinaron las formalidades que deberian preceder á la estraccion del reo refugiado lego ó eclesiástico, y se renovaban las bulas de los pontífices anteriores en las que se hallaban comprendidos todos los delitos por los cuales no se gozaba del asilo (1). El Consejo, siempre cuidadoso de la disciplina y de los derechos de la regalía, al enviar á los prelados diocesanos y regulares el mencionado Breve para que conforme á él llevasen á efecto la tan deseada minoracion de asilos, les hizo presente con mucha sabiduría el inconveniente de que señalasen como tales las iglesias cercanas á las cárceles, las conventuales y otras con viviendas y cercas contiguas á ellas, con el objeto de evitar disputas en razon de las oficinas que deberian gozar de inmunidad del asilo, y de que los refugiados no perjudicasen la tranquilidad de las comunidades ó pudiesen huir mas fácilmente, é indicó el modo de hacer constar pública y auténticamente los que se destinasen para este objeto (1). Con arreglo á estas disposiciones, la autoridad eclesiástica señaló las iglesias que en adelante habrian de servir de asilo para los delincuentes en cada ciudad, villa ó lugar; y la temporal en uso de sus atribuciones prescribió las reglas que debian seguirse en sus dominios en la estraccion de los reos de toda clase refugiados á sagrado, formacion y determinacion de sus causas.

(1) El breve de Clemente XIV comprende una sucinta historia de lo dispuesto sobre asilo é inmunidad local por los pontífices anteriores á su tiempo, motu propio ó á instancia de nuestros reyes: siendo de notar que en los núms. 12 y 13 del mismo se hace mencion de la instancia que Felipe IV elevó al papa Clemente, su predecesor, y de la que Cárlos III le habia dirigido para que la práctica del reino de Valencia se estendiese á todas las ciudades y lugares de España é Indias; y en el 14, condescendiendo á esta última, como el solo y único remedio útil y necesario para la tranquilidad pública, fijaba el término de un año para que los prelados y ordinarios eclesiásticos de España é Indias hiciesen la reduccion de que se habla en el texto, y en los términos que menciona la nota 9 del tit. 4, lib. 1 de la Nov. Recop. Puede leerse íntegro en el tomo 3 de la citada coleccion de constituciones, desde la pág. 47.

SECCION III.

DERECHO CANÓNICO-CIVIL VIGENTE SOBRE ASILO.

En la seccion anterior espusimos la disciplina en materia de asilo, examinando las modificaciones que en ella introdujo el espíritu mas ó menos religioso y las ideas dominantes en cada siglo, manifestadas especialmente en las distintas épocas que forman la historia de esta inmunidad en la Iglesia universal y en la española. Histórica por su naturaleza la disciplina, exigia que nos ocupáramos separadamente de la que rigió en la sociedad cristiana y de la de nuestro pais, para que fuese mas natural y oportuna la transicion á la esposicion razonada de la vigente que tiene su fundamento en las constituciones pontificias recibidas, en los concordatos celebrados entre los poderes espiritual y temporal, y en las leyes confirmatorias de aquellos ó especiales dadas sobre la materia. Consiguientes con el mismo propósito, vamos á presentar en esta seccion el derecho actual propio de nuestro pais sobre asilo eclesiástico; pues aunque

(1) Nota 11 al citado tit. 4, lib. 1 de la Nov. Recop.

limitado por las leyes y la jurisprudencia como desusado casi en nuestros dias, y considerada su existencia odiosa ó por lo menos ineficaz, ni se halla espresamente derogado, ni mientras este caso llega dejarán de ofrecerse en la práctica cuestiones interesantes para cuya resolucion ó decision habrá de acudirse necesariamente á las leyes que forman la disciplina particular de España, sin atender á las disposiciones del derecho canónico comun, que en tanto podremos considerarlas practicables y admisibles en cuanto no se opongan á lo determinado en aquella, á la práctica constante de los tribunales encargados de su ejecucion y á los derechos imprescriptibles de la regalía. La costumbre y la interpretacion serán tambien medios de decidir en los casos de silencio de la ley, cuando puedan con esta armonizarse ó á los títulos de justicia en que se funden añadan el de una constante observancia ó el comun asentimiento. Bajo estos puntos de vista trataremos del asilo con relacion al lugar que ha de considerarse como inmune; á las clases de delitos que pueden ó no gozar de esta prerogativa; á la condicion ó estado de la persona refugiada, y por último, al procedimiento en las interesantes cuestiones que comprende.

§. 1.° *Asilo con relacion al lugar inmune.*

Si el primer fundamento legal y filosófico del asilo eclesiástico ha sido en todos tiempos la natural reverencia que se debe á las iglesias consideradas como el lugar mas sagrado y augusto, solo estas han debido gozar en primer término y esclusivamente del privilegio de inmunidad. La costumbre introducida ya en los antiguos pueblos de acogerse al altar santo para librarse de la opresion ó violencia, derivada de ese respeto tan conforme á las prescripciones del derecho natural, se adoptó desde los primeros siglos del cristianismo que con su aparicion inspiró ideas mas sublimes de la divinidad que las que hasta entonces habian existido. Mas á pesar de que así en las sociedades paganas como en la cristiana se reconoció siempre el principio natural y religioso del asilo como una institucion necesaria en favor de los inocentes perseguidos, ni la costumbre se conservó dentro de los límites conformes á la razon y á la justicia, ni el principio subsistió firme é invariable en su aplicacion. Estendida aquella á favor de los delincuentes, llegó este á ampliarse á otros lugares que hacia acreedores á cierta consideracion ó reverencia religiosa, su uso, su objeto, ó la cualidad de las personas que los habitasen. Las leyes civiles, primeramente, y á su ejemplo los cánones con el fin de moderar los abusos y fijar la naturaleza del principio, establecieron el asilo como un privilegio del que solo debian gozar las iglesias y sitios á ellas adherentes; y para evitar dudas ó cuestiones espresaron la clase ó cualidad de las primeras y el término ó estension comprendido en los segundos. Pero la interpretacion, unas veces necesaria y otras interesada ó gratuita, estendiendo mas de lo justo sus límites amplió á su vez el privilegio y lo hizo cambiar de naturaleza, introduciendo diversas costumbres, cuya observancia ha estado en relacion con la mayor ó menor autoridad que aquella obtuvo y con la conveniencia pública y general de restringir ó aumentar el número de los lugares ó delitos. Sentados estos preliminares, fácilmente se deducirá que, no obstante la amplitud desmedida que tanto el derecho canónico comun como sus intérpretes han dado al asilo eclesiástico, relativamente á los lugares que deben servir para este objeto en lo criminal, la ley y la costumbre especial de los paises habrán de ser la primera regla para decidir del número de los que gozan la prerogativa de inmunidad: y que por lo que hace á su cualidad ó estension deberá estarse siempre á las disposiciones del derecho comun y á las opiniones recibidas.

Si se considera la disciplina vigente en España acerca de los lugares señalados como de asilo, encontraremos reducido este á muy cortos límites y consagrado terminantemente el principio antes espuesto de que

solo las iglesias deben gozar de esta prerogativa. La *regla general* que acerca de su número y cualidad puede darse, tomada del testo mismo del concordato y breve pontificio elevados á ley del reino, es: «que solo las iglesias designadas por los Ordinarios en cumplimiento del mencionado breve podrán considerarse como inmunes (esto es para el efecto del asilo), sin que escedan de dos en las grandes poblaciones (1): donde no haya otra iglesia que la matriz, esta, es *ipso jure* la designada (2): las rurales y ermitas en que no se guarde el Sacramento ó en cuya casa contigua no habite un sacerdote para su custodia, no gozan de inmunidad si en ellas no se celebra con frecuencia el sacrificio de la misa (3)»: ninguna otra iglesia ó lugar sagrado, santo ó religioso debe tenerse como inmune, aunque por derecho ó costumbre lo hayan sido antes ó debieran serlo en adelante (4), si bien ha de guardárseles la reverencia natural que se les debe (1). Fácil es conocer en vista de esta regla que solo existen dos clases de inmunidad local que con razon podemos llamar *formal* ó de derecho la una, y *material* ó de hecho la otra: la primera aplicable solo á las iglesias designadas como de asilo, y la segunda á todas las demas que, aunque gozan de inmunidad natural, se consideraron *frias* para el efecto de que el refugiado á ellas pudiera pretender minoracion de la pena señalada al delito, ó evitar que se le persiguiera como criminal (2). Mas á pesar de lo terminante de las mencionadas disposiciones, y de que por ellas se modificó notablemente el uso del privilegio en cuanto al objeto que le motivaba prescribiéndose las circunstancias ó condiciones generales que habia de reunir para gozar de él, no se fijaron las particulares acerca de las cuales podria nacer duda ó cuestion, y que deberán en su caso decidirse por el derecho canónico comun espreso y en defecto de este por la costumbre y práctica introducidas. Tratadistas teóricos y prácticos anteriores al concordato y breve de reduccion se ocuparon de varias de ellas como mas interesantes y de aplicacion mas frecuente: nosotros, con el fin de hacer completo en lo posible este artículo, vamos tambien á indicarlas fijando los principios que nos parece deben seguirse en la materia.

(1) Parr. 14 del breve de Clemente XIV, de 12 de setiembre de 1772, y nota 9 al tit. 4, lib. 1 de la Novísima Recopilacion. A continuacion del párr. 5 del discurso preliminar de don José Covarrubias á su obra, «Máximas sobre recursos de fuerza y proteccion, puede verse la interesante y fundada instruccion que los señores fiscales del consejo dieron á 12 de marzo de 1771 en respuesta á una real órden comunicada en 13 de febrero del mismo año al presidente de aquella cámara. Dicha instruccion sirvió de base para la reduccion de asilos efectuada en la citada constitucion de Clemente XIV.

(2) Ley 5 de los citados tit. y lib., y su nota 11.

(3) Art. 4 del concordato de 26 de setiembre de 1737, ley 4 de dichos tit. y lib., y su nota 8 y art. 11 del breve confirmatorio y esplicatorio de 14 de noviembre del mismo año.

(4) Cit. párr. 14. Las iglesias señaladas de asilo en *Madrid* son San Sebastian y San Ginés. Véase la palabra Asilo en el diccionario de derecho canónico del abate Andrés, traducido y anotado por don Isidro de la Pastora y Nieto.

En Valencia lo son la catedral de Santa María de la Seu de dicha ciudad, la de San Vicente, llamada la Roqueta de los monges Cistercienses, situada extra-muros, y la mayor de cada uno de los lugares de aquel antiguo reino. Privilegio 67 de los dados á Valencia por el rey don Jaime I, su conquistador, fecho en el Alcaraz á 4 de diciembre de 1265: Fuero 4, tit. 9, lib. 1 *de his qui ad ecclesias confugiunt*, dado por el mismo rey, y confirmado por don Fernando V el Católico, á peticion de las Córtes de Oribuela en 1488, en el fuero 5 del mismo título y libro, y de las de Monzon de 1510 en el fuero 7 de idem, y por el emperador Cárlos I de España en las mismas de 1542 en dicho fuero. Dicho privilegio y fueros en esta parte de la inmunidad local, se hallan copiados en las notas 34 á 38 inclusive, del papel que el licenciado don José de Ledesma escribió como fiscal del Consejo, en favor de la regalía y tribunales reales del reino de Navarra en 1768, sobre el conocimiento de los artículos de inmunidad local, usada por costumbre y posesion inmemorial en aquel reino, que suele andar unido á la historia legal de la Bula *In cœna Domini*, escrita por el mismo. Es digno de notarse, y en otro lugar nos parece haberlo indicado, que esta práctica del reino de Valencia que limitaba el asilo á los lugares referidos, fue la que sirvió de base para la tan ansiada reduccion en los demas reinos ó provincias de España.

En Navarra se concedió la inmunidad únicamente á la iglesia de Sta. María de Pamplona, su capital, por convenio que su rey don Sancho el Fuerte hizo en 1213 con los obispos de aquella ciudad, y en el de 1217 se amplió á las demas iglesias, escepto en los crímenes escluidos por derecho, en virtud de otra concordia celebrada por don Teodobaldo con el obispo de Pamplona, revalidada en iguales términos por don Felipe I el Largo y doña Juana, reyes de Francia y Navarra, y confirmada por Bonifacio VIII en 1297. Véase el citado papel á la página 24 y su nota 41.

En Barcelona gozan de inmunidad la catedral dentro de la plaza, y la de San Miguel en Barcelonita; pero no la de la ciudadela. Declaracion de 4 de junio de 1774 confirmada en real órden de 29 de setiembre de 1784, la cual copia Colon en la nota 1, pag. 230, tomo 1 de su obra *Juzgados militares*.

(1) Párr. 17 del breve confirmatorio de Clemente XII de 1737.

(2) Art. 3 del concordato inserto en la ley 4 del citado tit. 4, lib. 1 de la Nov. Recop.: art. 9 del breve mencionado en la nota 7 á los mismos tit. y lib. El art. 3 del concordato de 1737 que trata de las iglesias llamadas *frias*, se tomó de la proposicion tercera del art. 11 del concordato de Paris. Puede verse la observacion 37 de Mayans y Siscar al concordato de 1753, continuada en el tomo 26 del semanario erudito de Valladares, donde incidentalmente trata este punto, haciendo ver que en el citado art. 3 nada se concordó de nuevo, y que su contenido formaba ya derecho cierto en virtud de leyes reales y disposiciones pontificias que cita.

Cuando se trata de designar por el Diocesano una iglesia como inmune, ó de ver si la ya designada puede ó no gozar de la inmunidad á que arriba hemos dado el nombre de formal, la primera y principal regla es la consignada en el derecho comun de Decretales (1) á que siguieron el Concordato y Breve citados. Segun ella, es indispensable la celebracion actual de los divinos misterios, aunque no lo es la consagracion; y la razon legal consignada por el pontífice es, que estando dedicada una iglesia al culto divino no debe profanarse con género alguno de violencia ú osadia temeraria. En vista de esta regla los comentaristas han presentado el caso omitido en el cánon, á saber: el en que ademas de no estár consagrada la iglesia, tampoco se celebren en ella los divinos misterios; y aunque atendido el testo de Decretales se presenta el caso como dudoso en su resolucion, los intérpretes, dispuestos siempre á conciliarlo todo, han convenido en que para gozar de inmunidad bastaba que la iglesia hubiese sido construida con autoridad del obispo, aun cuando no estuviera consagrada ni se celebrasen en ella los sagrados misterios. La razon de esta interpretacion, mas bien ingeniosa que lógica ni gramatical, es que en el caso propuesto existe la celebracion *in habitu* ó sea la posibilidad de celebrar, *posunt celebrari*, aunque no la *in actu* (2). Otros, sin embargo, y á nuestro modo de ver con mas fundamento, han opinado que la costumbre tiene una gran fuerza en este punto, y que á ella debe atenderse; y aparte del mayor fundamento legal y jurídico de esta opinion, está tambien en su favor la pública utilidad y el interés de que el privilegio de inmunidad se restrinja todo lo posible, como que tiende á favorecer la impunidad de los delincuentes (3). La práctica antigua de España era ya consecuente con estos principios: los jueces eclesiásticos acostumbraban á sostener la inmunidad tan solo en aquellas iglesias que tuvieran continuamente espuesto el Santísimo Sacramento á la pública veneracion (1), y este mismo fue tambien el espíritu y letra del Concordato al designar como esceptuadas las en que no se guardase la Eucaristía.

En vista de lo espuesto creemos que, bien se tratase de designar una ó dos iglesias en su caso como lugares de asilo, bien de examinar si una ó ambas designadas podrán gozar ó no del privilegio, atendida la ley y la costumbre conforme á ellas y al interés de la justicia deberia probarse la celebracion actual y contínua del culto divino en la iglesia en cuestion, ó por lo menos, que en ella se guardaba y custodiaba el Sacramento, aun cuando no estuviese consagrada, con tal que la autoridad episcopal hubiese intervenido en su construccion y dedicacion (2).

Otra de las cuestiones suscitadas por los intérpretes es si la *iglesia destruida* totalmente puede ó no gozar de inmunidad local. En el silencio del derecho canónico comun acerca de este punto, les ha parecido oportuno distinguir el caso en que destruida sin autoridad del superior hubiese esperanza de reedificarla, y el en que demolida con asentimiento y autoridad de aquel, ó arruinada, no pudiera esperarse repararla: en el primero han estado por la afirmativa fundados en varios testos del Decreto y de las Decretales (3), y en el segundo lo han negado apoyándose para ello en la razon de que siendo la inmunidad un accidente se destruye ó perece si se acaba ó perece el sugeto á quien se atribuye (4). Ademas de que en la espresada distincion no se encuentran comprendidos

(1) Cap. 9, tit. 49, lib. 3, de las Decretales.
(2) Suarez de Paz en su *Praxis ecclesiastica et secularis*, tomo 1, parte 3, párr. 3, núm. 24, nota d, cita varios autores que así lo establecen.
(3) Covarrubias y Leiba. Variar. resolut., lib. 2, capítulo 20, núm. 4, al fin.

(1) Dicho autor en los lugares citados.
(2) En cuanto á la necesidad de la construccion y dedicacion de la iglesia con intervencion del obispo, pueden verse los autores alegados por Matthæu en su tratado de *re criminali*, controv. 7, num. 4.
(3) El autor de la Curia Filipica, parte 2, párr. 12, num. 1, así lo asegura siguiendo la opinion de Julio Claro y Paz. De los testos alegados por este haremos mencion mas adelante.
(4) Matthæu en los lugares dichos, num. 8, y con él varios autores que cita.

otros casos en sentido inverso, y de no designarse el superior cuya autoridad ó disenso se considera como dato indispensable para resolver la cuestion, ademas de la esperanza ó imposibilidad de reedificar, nuestra opinion es que en cualquiera de los casos propuestos deberia estarse hoy por la negativa, no concediendo la inmunidad, que llamamos formal, á la iglesia totalmente destruida. La autoridad del superior, aunque como tal se entienda el eclesiástico, no puede ser causa ocasional ni añadir ó quitar cosa alguna al privilegio de inmunidad que á las iglesias y lugares sagrados corresponde como una consecuencia de las prescripciones de derecho natural; y si distinguiendo los casos en que haya ó no esperanza de reparacion, se quieren hacer valer los testos citados en que la afirmativa se apoya, ni todos, bien examinados, son aplicables á la cuestion (1), ni aunque se admita el que trata de los privilegios, hay propiedad en llamar personal el de inmunidad concedida á las iglesias, tanto menos cuanto aun los mismos que como tal la consideran en uno de los casos, al resolver en el otro lo conceptúan, segun se ha visto, como un accidente que existe modificando el sugeto á que se agrega. Si, pues, la inmunidad local no es un privilegio de los llamados personales, y solo goza del carácter de accidente, con razon puede decirse que destruida totalmente por cualquier causa que sea una iglesia, no puede servir de asilo, segun derecho, á los que en ella se refugiasen como delincuentes. Cualquiera que fuese la amplitud que por motivos en otro lugar esplicados se diese al asilo y á la inmunidad local de las iglesias, que es su fundamento; hoy, atendida la disciplina particular de España, se halla limitado el privilegio á lo que la justicia y el derecho natural exigen: limitacion que ademas está basada en la disposicion misma del derecho canónico comun que sirve, como arriba dijimos, de primera regla en esta clase de cuestiones, y con la que fueren consiguientes el Concordato y Breve que constituyen el derecho peculiar de nuestro pais. Si la celebracion de los divinos misterios por una parte, y por otra la custodia ó guarda del Sacramento son requisitos indispensables para que una iglesia deba considerarse como inmune; no teniendo lugar lo primero en la iglesia destruida, tampoco puede *ipso jure* gozar del privilegio que como odioso debe siempre restringirse.

Siguiendo en el exámen de las condiciones afirmativas ó negativas que han de existir para que una iglesia se considere como inmune, resta ver si la que tiene sobre sí alguna censura goza ó no del privilegio. El deseo de ampliar indebidamente los límites á que este ha debido en todos tiempos reducirse, y el silencio de los cánones acerca de esta cuestion como de las que hemos presentado y resuelto, han inclinado á los intérpretes á decidirse por la afirmativa. La razon alegada por los mismos, de que el honor que á las iglesias se tributa es como una consecuencia del que á Dios se debe; y que la culpa de los hombres no es causa bastante para que esta prestacion deje de ser efectiva (1), nada prueba, á nuestro modo de ver, en la manera de decidir la cuestion. Desde luego convenimos en referir á la Divinidad el orígen sublime del respeto y de la reverencia y honor dado á las iglesias como templos donde aquella habita: este es uno de los principios de derecho natural; pero sin que estos se desvirtúen, y como en su

(1) Paz en su citada obra, num. 38, nota e, presenta para comprobar su doctrina la regla 7 de las consignadas en el tit. 12, lib. 5 del Sesto de Decretales, en la cual se dice que «el privilegio personal sigue á la persona, y con ella se estingue»: el canon 9, causa 16, cuest. 7, que segun la glosa alude al cap. 21 de San Mateo, en el que se dice que Jesucristo echó del templo á los que vendian palomas en el átrio; y el cap. 22, tit. 6, lib. 1 del Sesto, que refiriéndose al 14 del mismo tit. y lib. acerca de la colacion ó provision de las iglesias parroquiales, declara que lo en este dispuesto sobre la necesidad de ordenarse de sacerdotes dentro de un año los promovidos, no se entienda cuando lo fueren á colegiatas que al mismo tiempo sean parroquiales. Fácil es conocer á primera vista la incongruencia y ninguna relacion que estos testos tienen con la materia de inmunidad local de que aquí se trata.

(1) Angelo y Julio Claro son las autoridades en que copiando á Paz se apoya el autor de la Curia Filipica en el lugar antes citado, num. 16. En la seccion siguiente en que se trata del asilo con relacion á la persona, veremos si hay exactitud en la conclusion que para afirmarlo así deduce del asilo concedido á los excomulgados y entredichos.

aplicacion están sujetos á las modificaciones y esplicaciones del humano, canónico ó civil, bien puede subsistir el honor reverencial debido á la iglesia como templo, sin que en el caso de hallarse *entredicha* haya razon para concederla la prerogativa del asilo. La disciplina universal acerca de los efectos de esta censura local en diversas épocas, y la particular de España que en materia de asilo reconoce como primero y único fundamento el Concordato y Breve tantas veces citado nos obligan á estar por la negativa. El entredicho impuesto á una iglesia ó lugar religioso llevó siempre en sí la prohibicion de administrar en ellos los Sacramentos y de celebrar los oficios eclesiásticos y religiosos: la necesidad ó la grave utilidad de los fieles fue la que con el tiempo introdujo algunas escepciones en cuanto á la administracion de algunos Sacramentos á cierta clase de personas, y á la celebracion de varias fiestas, aunque con señalados requisitos y prevenciones; pero aun estos casos de escepcion motivados por una causa especial ó autorizados por Bulas pontificias espresas, solo tuvieron y tienen lugar conforme á la letra y espíritu de los testos canónicos, cuando todas las iglesias de una ciudad ó villa estuviesen entredichas: no así cuando solo una de ellas estuviese grabada con esta censura (1). Si, pues, el entredicho tiene su orígen en el derecho, supone una prohibicion general absoluta, modificada por grave causa y utilidad de los fieles, y esto en el solo caso de no haber otra iglesia; fácilmente podemos concluir que aquella á la cual se haya impuesto el entredicho no podrá gozar de la inmunidad local ó de asilo, pues en ella no se celebran los divinos misterios ni se guarda ni administra el Sacramento: condiciones ambas exigidas por el derecho de Decretales y por el Concordato y Breve que le esplican y confirman. No siendo iguales en su orígen el entredicho y el asilo, pues que aquel de cualidad negativa procede del derecho canónico humano, mientras este, de cualidad afirmativa, dimana del puramente civil: ni en su carácter, pues siendo el del uno de censura impuesta por derecho, el del otro es de privilegio creado por la costumbre; ni en su objeto, toda vez que el del primero es privar de la participacion de los misterios y cosas sagradas á un pueblo ó ciudad, y el del segundo proporcionar al delincuente la minoracion de la pena, ya que no la impunidad; tampoco son aplicables á este las escepciones consignadas por los cánones en materia de entredicho, como que reconocen una causa muy diferente. Solo en cuanto á su causa ocasional se encuentra una notable conformidad entre ambos; pues si los escándalos, contiendas y aun delitos perpetrados en un pueblo, fueron los que impulsaron á la Iglesia á privar á sus moradores de la participacion temporal de los derechos de cristiano, el delito fue tambien quien erigiendo en derecho la costumbre de refugiarse al templo ó á los lugares sagrados, hizo de ella un privilegio por cuyo medio el delincuente consiguió librarse de las penas que debia sufrir por la infraccion de los deberes de ciudadano.

Una razon de analogía, fundada en la práctica confirmada en el Breve citado de Clemente XIV (1), nos obliga á considerar tambien escluidas del privilegio de inmunidad local á las *iglesias profanadas*, en las cuales tiene lugar la *cesacion á divinis* que en tanto se diferencia del entredicho en cuanto este procede como hemos visto del derecho, y aquella consiste meramente en un hecho negativo, en una prohibicion emanada de la autoridad eclesiástica; pero convienen en que siendo su causa un delito, en ninguno de los dos casos se celebran en la iglesia los divinos misterios ni se administran los Sacramentos.

La regla general establecida acerca del

(1) Berardi en sus comentarios al derecho eclesiástico universal, tomo 4, parte 3, dis. 3, cap. 8, trata este punto de disciplina con su acostumbrada y admirable erudicion y filosofía.

(1) Párr. 11 del mismo..... «*Ecclesiasque dirutas et profanatas.....*»

número y cualidad de los lugares inmunes basta para conocer que estan escluidas del beneficio de la inmunidad, ademas de muchas iglesias rurales, *las partes esteriores de cualquier iglesia*, y las capillas y oratorios de casas particulares ó de otras personas principales, aunque gocen del privilegio de capillas públicas y tengan puerta á la calle pública; las de los reales castillos, aunque en ellas esté reservado el augusto Sacramento; las torres de las campanas separadas de las iglesias; los jardines y huertas que no estuviesen cercados de paredes y unidos á ellas; las casas de trato y de habitacion unidas á las iglesias ó á otras casas religiosas, aunque tengan entre sí comunicacion interior; las habitadas por sacerdotes y otros religiosos, que esten contiguas á la iglesia, esceptuando solamente las en que vivan los párrocos y que por dentro tengan inmediata comunicacion con la iglesia parroquial. La citada constitucion pontificia las escluye terminantemente en conformidad de lo determinado á instancia de algunos soberanos en diferentes dominios y Estados, y refiriéndose á concesiones é indultos apostólicos anteriores, cuyo tenor aprobó y renovó para nuestro pais (1), cualesquiera que fuesen antes de ella las prescripciones del derecho canónico-comun en cuanto á la cualidad de los lugares de asilo, y las distinciones adoptadas por los intérpretes de lugares sagrados ó religiosos construidos con ó sin la autoridad del Diocesano. Debemos, no obstante, hacer una observacion que, á nuestro juicio, evita las cuestiones de si ciertos sitios, puntos ó lugares determinados se dirán comprendidos ó no en el repetido Breve de reduccion, y sirve para la inteligencia de otros que los cánones mencionan. La cláusula «partes esteriores de la iglesia» abrazá en su interpretacion mas natural y lógica, el ámbito de cuarenta pasos en derredor de las catedrales ó matrices, y el de treinta en las demas, ámbito fijado en dos cánones del Decreto (1), y tambien el cementerio y palacio del obispo. La estension del derecho de asilo á este ámbito tuvo lugar, segun la letra y espíritu de los cánones, respecto de las iglesias rurales ó sean las situadas extramuros (2): y aunque no estan de acuerdo los autores en cuanto á la uniformidad de su observancia en todos tiempos, ni en el modo de esplicar la razon de su introduccion y aplicacion, asegurando unos que no se concedió á las urbanas porque siendo generalmente tantas y estando tan próximas unas á otras quedaria burlada la justicia y aun la fuerza; y afirmando otros que en el hecho de no conceder los cánones derecho de asilo al que en lugar sagrado delinque, si fuese tal el espacio de cuarenta pasos, los que dentro de él cometiesen algun delito en ninguna parte podrian acogerse á la inmunidad, en razon de la proximidad de las iglesias: sin embargo, la ley ha escluido las rurales y las partes esteriores de todas, y los intérpretes mismos convienen en que el asilo de los cuarenta ó treinta pasos, respectivamente, está hoy anticuado y solo vale donde rija la costumbre (3) que, segun un célebre jurisconsulto (4), se halla derogada en España.

Ninguna mencion hacen los cánones relativamente á los cementerios para el efecto de considerarlos como lugares de asilo: el capítulo de las Decretales que muchos tratadistas y aun algunos de nuestros prácticos antiguos citan para suponer incluidos aquellos en el privilegio de inmunidad, bien examinado se encuentra que se refiere solo á la persona del delincuente á quien el Pontífice privaba de asilo cuando lo fuese dentro de la iglesia ó de su cementerio (5). Acaso contribuyera á esta

(1) Citado párr. 11.

(1) Cánones 6 y 33, causa 17, cuest. 4.

(2) Puede verse á este propósito el cánon 21 de la misma causa y cuestion, palabra *Capella*.

(3) *Devoti*, Instit. canón., lib. 3, tit. 7, secc. 2.ª, nota 1 al párr. 29.

(4) Covarrubias y Leyba, lugares citados, núm. 5, al cual sigue el autor de la Curia Filipica en el suyo número 3.

(5) Paz, en el num. 35, cita en confirmacion el capítulo 10, último del tit. 49, lib. 5 de las Decretales, cuyo contenido es el que en el testo se indica: en la nota r. añade el 3 del mismo tit. y lib., el cán. 21, de la citada causa 17, cuest. 4, único sobre esta materia alegado por Hevia Bolaños en su Curia Filipica, núm. 3, y los capitu-

opinion la costumbre, que duró hasta una época no muy lejana á la nuestra, de situar los cementerios dentro ó muy inmediatos á las iglesias; pero aun en el caso de que aquella hoy subsistiera, ademas de que en el silencio de la ley habria de estarse á la costumbre admitida, una interpretacion gramatical y lógica del citado cánon y de la Constitucion Clementina autorizaria á considerarlos escluidos del privilegio de inmunidad local ó de asilo.

Varia es la opinion de los autores sobre si el palacio ó casa del obispo debe ó no gozar de inmunidad. No faltan quienes fundados en un testo del Decreto (1) estan por la afirmativa, aun supuesto el caso en que el edificio estuviese situado fuera del rádio de los cuarenta pasos de la iglesia catedral. Otros apoyados en la disposicion canónica que establece que la casa episcopal esté próxima á la iglesia, concluyen que como para que esto suceda debe hallarse necesariamente dentro de los cuarenta pasos, no goza de inmunidad la que estuviese mas distante (2). A pesar de que esta opinion, contraria al primer testo alegado, sea la comunmente seguida en la práctica (3), no teniendo lugar hoy la estension del asilo al rádio indicado, por las razones que arriba espusimos, y como por la cláusula del Breve Pontificio se escluyeron las partes esteriores de cualquier iglesia, deducimos que tambien lo está el palacio ó casa del obispo.

La frecuencia de los casos en que huyendo los delincuentes á refugiarse á la iglesia solian encontrarla cerrada, ha dado ocasion á los prácticos para proponer si dado que esto ocurriera le valdria al refugiado asirse de las puertas ó aldabones ó arrimarse á las paredes para gozar del asilo y por consiguiente sostenerse la inmunidad de la iglesia á que se acogiese. Un autor de crédito (1) duda acerca de este punto, si bien se decide por la afirmativa en virtud de la constante práctica observada en Roan, ciudad capital de Normandía de que hace mencion otro tratadista. Sin embargo, reducidos hoy los lugares de asilo á una ó á lo mas dos iglesias, si bien podria defenderse la teoría con mas razon que cuando el número de aquellas era indefinido, y sostenerse la práctica en conformidad de ella, no son tan frecuentes en la actualidad los casos de asilo, muy pocos ó casi ninguno los delitos que por derecho ó costumbre gozan de este beneficio, y la Constitucion ó Breve de Clemente XIV resuelve la cuestion en contrario sentido, aun cuando el asilado lo estuviese en cualquiera de las iglesias señaladas para gozar de inmunidad, pues que espresamente se escluyeron de ella las partes esteriores de todas, en cuya rigurosa acepcion estan comprendidas las puertas y paredes. Ademas la práctica de nuestros tribunales posterior al Breve y ley recopilada confirma esta interpretacion, y creemos que seria muy ajustada al espíritu y letra de los cánones y leyes del reino, la que hoy se siguiese en conformidad de nuestra doctrina.

Por la conexion que en cierto modo tiene con el asilo relativamente al lugar, y por considerar este como el mas á propósito, damos cabida tan solo por via de indicacion á una cuestion propuesta tambien por los intérpretes, acerca de la cual como de varias de que nos hemos ocupado nada dispone el derecho, pero resuelta en distintos sentidos por argumentos de induccion ó tomados de la Escritura Sagrada. Tal es la de si el delincuente que se refugia al sacerdote que lleva en sus manos el Santo Viático goza del asilo por solo este hecho: ó lo que es igual, si en este caso puede el sacerdote pretender la inmunidad. Decidiendo algunos la cuestion en sentido afirmativo

los 17 y 18, tit. 11, lib. 5 del Sexto de Decretales. Ninguno de estos habla absolutamente de los cementerios como asilo para el que delinquiese. El sábio presidente Covarrubias, en el número 13 de los lugares citados esplica el sentido del cap. 10, en los mismos términos que se hace en el texto.

(1) Cán. 26, causa 17, cuest. 4, alegado por Paz al número 35, nota 2.

(2) De esta opinion es la Curia Filipica en el núm. 3.

(3) Covarrubias y Leyba, en los lugares citados, número 5, al fin, así lo asegura despues de enumerar las opiniones encontradas de algunos autores que cita. Paz ha copiado casi literalmente este pasage.

(1) Covarrubias, núm. 18.

dicen, que la Eucaristia es mucho mas digna que la iglesia material, y que esta goza del privilegio por el mismo Jesucristo segun se infiere de la Sagrada Escritura en la que se lee que una mujer quedó sana tocando el cíngulo del Salvador (1). Indudable es la razon de preferencia que como primera de décidir se alega; pero ademas de la impropiedad en la aplicacion de casu ad casum en el segundo de los argumentos (2), aquí solo se ve el espíritu dominante en los intérpretes de conciliarlo todo haciendo valer como razon una sutileza ó la disposicion de un testo interpretado amplísimamente en unos casos y en otros poco ó nada congruente. Por la Eucaristía gozan los templos de muchos privilegios; pero estando el de inmunidad concedido solo por las leyes y cánones, y no leyéndose en ninguna de estas fuentes que la concesion sea estensiva á otros objetos ó lugares que á las mismas iglesias, ó dudaríamos con el ilustrado práctico Covarrubias de la verdad de la opinion tan comun de los intérpretes arriba espuesta (3), ó aun admitido el testo del Decreto en que pretenden apoyarse, lo negaríamos por hallarlo referente á otra materia bien distinta de la de inmunidad (4). La inconsecuencia en el modo de discurrir y la falta de fundamento sólido en la resolucion del caso propuesto, segun acabamos de indicarla, aparece desde luego de la que dan cuando el preso huyese ó se acogiese á la Eucaristía que se le lleva á la cárcel, en cuyo caso le deniegan el derecho de asilo y por consiguiente á la Eucaristía el privilegio de la inmunidad que es su causa (1). ¿Acaso es mas digno de reverencia el Sacramento cuando llevado publicamente en las manos por el clérigo ó sacerdote se acoje á él el culpable, que cuando lo hace estando en la cárcel? ¿ó será la libertad del delincuente la que decida de la inmunidad que haya de concederse á la Eucaristía? Convengamos en que la de que aquí se habla no es de modo alguno la local con la cual se confunde la dignidad y reverencia debida á las cosas sagradas ó santas, y concluyamos que atendido el silencio de los cánones y disposiciones pontificias no podria hoy concederse el privilegio del asilo al delincuente que estando preso ó en libertad se acogiese al Sacramento de la Eucaristía, ni remitirse é indultarse de la pena de muerte al que yendo al patíbulo pretendiese aprovecharse de la circunstancia de salir al encuentro el clérigo que lo conduce.

Algunos autores hablan de otras inmunidades, entre ellas de las concedidas á las personas de los cardenales y á sus casas y á las de los nobles y señores en virtud de particular privilegio ó costumbre; pero ni las unas pueden llamarse locales, ni las otras merecen en rigor el nombre de eclesiásticas ó sea el de lugares de asilo. En ninguna parte del derecho canónico se encuentra consignada esta prerogativa en favor de las primeras dignidades despues de la pontificia; solo el deseo de ampliar sin fundado motivo un privilegio que debe siempre restringirse

(1) Antonio Gomez, variar. resolut. tomo 3, cap. 10, num. 1, lo resuelve asi, compendiando las razones de muchos otros que cita, y lo mismo Paz copiándole en el num. 38 y á este la Curia Filipica.

(2) Está tomada del cap. 9 de San Mateo, vers. 20 al 22.

(3) Lugares citados de su obra, num. 6.

(4) No parece que se tomaron el trabajo de leer, ó si leyeron no entendieron el cánon 30, causa 13, cuest. 2, los que en él se han fundado para sostener que goza del asilo el delincuente que se refugia al sacerdote que lleva en sus manos el Santo Viático. «¿Habran de llevarse á la iglesia los cadáveres de los ajusticiados, hacerse oblaciones y decirse misas por su alma si se hubiesen confesado y arrepentido?» Hé aquí la cuestion propuesta en el concilio de Maguncia, y cuya resolucion en sentido afirmativo trae el citado cánon. Con razon dice Covarrubias que á pesar de ser tan comun la opinion de los intérpretes duda de su verdad, y que funda la duda en la ninguna conexion del testo alegado con la materia de inmunidad.

(1) Asi lo dicen Paz y su imitador Bolaños en la Curia Filipica, siguiendo á los autores antes citados, especialmente á Antonio Gomez, quien en el cap. 14, num. 6, tomo 3 de su citada obra, reprobando la costumbre ó práctica admitida en su tiempo en España de negar la comunion eucarística á los condenados al último suplicio, y respondiendo al argumento de la inconveniencia y perjuicio que se causaria á la justicia si se les permitiese la comunion, puesto que podrian refugiarse al cuerpo de Cristo ó al clérigo que lo llevase en sus manos dice, que esto no debe temerse en el preso, porque para gozar de inmunidad es necesario estar libre, y porque Dios no parece quiere perjudicar á la justicia á la que ama como justo que es, y á la manera que no libra al siervo de la cautividad de su señor aunque huya á la iglesia, asi deja al reo en la prision del juez en que se encuentra. Creemos que de estas palabras puede deducirse un gran le argumento en favor de la minoracion del asilo, y concluirse que puesto que Dios no quiere perjudicar á la justicia, es indiferente que el delincuente haya ó no caido en manos de sus ministros ó de los encargados de administrarla.

como perjudicial á la justicia ha podido sugerir á varios civilistas y aun canonistas de nota la idea de que, saliendo un cardenal al encuentro del que es conducido al patíbulo y haciendo este que aquel le ponga su birrete ó capelo colorado en la cabeza, quede libre por solo este hecho de la pena á que se hizo acreedor por la comision de su delito, y que se le impuso en virtud de formal y solemne procedimiento. A pesar de haber quien refiriéndose á la opinion agena (1), sienta esta como corriente entre todos los tratadistas ó escuelas de ambos derechos, tampoco falta quien terminantemente afirme no haber visto jamás practicado caso semejante (2), y añada con otros que en Roma misma donde tan frecuente y autorizado podia y debia ser este uso, se derogó por los Sumos Pontífices Gregorio XIII y Sixto V la franqueza personal y doméstica de los cardenales que proporcionaba receptáculo á los malhechores (3).

Por una especie de argumento á simili, y con la restriccion de que para su validez es menester que intervenga costumbre ó estatuto municipal, hablan tambien los autores de la inmunidad concedida á los palacios y casas de los nobles y señores á imitacion de la que gozan los palacios de los reyes (4). Tratando el fiscal del consejo Ledesma incidentalmente de este privilegio dice, «que gozaban de él algunas casas de personas ilustres, y su objeto era que no pudieran ser estraidos violentamente los delincuentes refugiados á ellas, y aunque parecia inmunidad política, concedida á la calidad y grado de los dueños de aquellos lugares, no era en verdad sino eclesiástica dimanada del antiguo estilo de tener iglesias que llamaban encastilladas, en los palacios y casas mas fuertes y principales, por las contínuas invasiones y guerras de los infieles; y que aunque despues cesase esta razon y dejase de haber tales iglesias, todavia, en memoria de que las hubo, se habia continuado el privilegio en algunas partes, principalmente en *Aragon* donde no era de ruin estilo, como refiriéndose á un pasaje mal entendido habia dicho un autor político y notable á quien contradice (1).» Sin embargo de la autoridad de este regalista y de la exactitud de los documentos en que se funda, hoy puede muy bien llamarse histórica aquella inmunidad; pues que habiendo tenido por principio una necesidad que caducó, y siendo en cierto modo temporales aquellas iglesias de las cuales la mayor parte ó ninguna existe, no podria equipararse á la concedida á lugares que siempre han de existir y cuyo fundamento es perenne, pero sin estenderse ni ampliarse á otros que á los designados espresamente por los Ordinarios en virtud de las constituciones pontificias y leyes reales que las confirman.

(1) Paz, en el núm. 48 á quien en esta parte como en casi todas copió la Curia Filipica en el 6, adhiriéndose á la opinion de Plaza asi lo afirma alegando en comprobacion otros autores prácticos.

(2) Dicho autor en el num. 49, refiriéndose á Julio Claro cuyo pasage está en la nota s.

(3) La Curia Filipica, en el repetido núm. 6 asi lo dice, citando en la nota b á Próspero Farinacio, autor práctico de aquel reino.

(4) Paz. num. 53. En el 54 dice, que esta inmunidad se concedió en *Navarra*, por una ley de aquel reino, al palacio de los llamados *Infanzones*. El autor del diccionario de antigüedades de Navarra, edicion de Pamplona de 1840, palabra «inmunidad», dice lo mismo y añade: todas las casas de los vecinos de Tudela tenian este privilegio, porque el rey don Alonso el Batallador los elevó á la clase de los mejores infanzones de su reino. Por eso el fuero de Sobrarbe, de que disfrutaba aquella ciudad, disponia en su art. 204 lo siguiente: *Mandamos, por fuero, que nully omiciero que entrare en la eglesia ó casa de vecino de Tudela, que nully ome non lo ende saque, ni el vecino non lo desampare, si non quisiere; é si la justicia lo quisiere curiar, que lo curie de fuera; pero este fuero ha lugar ayli do esté omiciero non fuese ladron probado ó traidor manifiesto.....»*

§. 2.° *Asilo con relacion al delito.*

La notable confusion y discordancia que se advierte en los tratados de la mayor parte de los tratadistas de ambos derechos en la esposicion de los delitos esceptuados del asilo eclesiástico, ya respecto de su número, ya de su cualidad, nos obliga á dar á esta materia un órden distinto del adoptado por aquellos y mas conducente á la claridad y á la esplicacion razonada de los fundamentos de cada una de las escepciones. La enumeracion separada de los casos en que el delincuente no goza del asilo á pesar de acogerse á lugar inmune, en vir-

(1) Cit. pap. de Ledesma, pág. 20 y sus notas 31 y 5.

tud de lo dispuesto por derecho, y la de los en que la costumbre y práctica de los tribunales ó una interpretacion lógica y doctrinal le escluye de aquel beneficio, es á nuestro modo de ver tan indispensable como cuando se trata de esplicar qué lugares deben ó no gozar de la prerogativa de inmunidad. Bajo la clasificacion de delitos esceptuados por derecho comprendemos no solo los que lo estan espresamente por el canónico, sino tambien por las leyes y Concordato y por constituciones pontificias dadas para España, todos los cuales forman el derecho comun y la disciplina particular de nuestro pais; y bajo la de delitos escluidos por costumbre ó interpretacion, todos aquellos que por razon de analogía y por su atrocidad ó gravedad pueden racional y fundadamente considerarse incluidos en las escepciones consignadas por derecho.

Hechas estas indicaciones y dejando á un lado las disputas y controversias interminables sobre si convendria ó no esceptuar mayor número de delitos que el que lo está por disposiciones canónicas, y sobre la cualidad y circunstancias que han de concurrir para que proceda la esclusion de los primeros y de los próximos á ellos ó sea los cometidos con dolo y propósito, establecemos préviamente por *regla general*, que los reos de delitos atroces ó tales que por su naturaleza deban castigarse con penas corporales aflictivas, conforme á la legislacion penal de nuestro pais, no gozan del derecho de asilo, pudiendo por consiguiente ser estraidos de la iglesia inmune á que se acogiesen, sin necesidad de caucion, si bien con las formalidades de que se hará mérito al tratar del procedimiento. Esta regla, de carácter puramente negativo, si bien es opuesta á la establecida por algunos autores prácticos en cuanto conceden el asilo á los delincuentes de toda clase, esceptuando tan solo las dos ó tres especies de ellos marcadas en los cánones del Decreto y capítulos de las Decretales, es, sin embargo, mas conforme con el fin verdadero y primario del privilegio y consecuente en su aplicacion con el espíritu de las disposiciones pontificias posteriores y de las leyes emanadas de la autoridad temporal á quien incumbe hacer justicia y velar por la tranquilidad y seguridad del pais. El argumento de que aun en el foro secular debe estarse únicamente á las prescripciones del derecho canónico que en este punto ha podido corregir al civil, por la razon de que la inmunidad concierne al honor y reverencia debida á los sagrados templos cuyo cuidado toca á los prelados y pontífices, nos parece se refiere solo al lugar, pero no á los delitos; y aun suponiendo que así sea le consideramos infundado ó inadmisible, pues ademas de que el derecho canónico lejos de reprobar ni corregir al civil le confirmó espresamente en esta parte, la disciplina general debe distinguirse siempre de la particular de las iglesias, que es el resultado de sus cánones ó bulas especiales declaradas obligatorias por las leyes. Y como el objeto del asilo por parte del delincuente refugiado es eludir ó minorar por lo menos la pena cuya imposicion corresponde de derecho al poder temporal, las leyes que de este emanen, dirigidas á señalar los delitos que han de gozar ó no del privilegio, deberán necesariamente observarse; á no ser que, conculcados los principios, queramos conceder en este punto á la autoridad eclesiástica atribuciones que originariamente competen á la civil. En este supuesto trataremos de los delitos esceptuados del asilo por derecho, y de los escluidos en virtud de interpretacion ó costumbre: únicos puntos de vista en que nos parece debe considerarse esta materia, á fin de evitar repeticiones siempre inútiles ó al menos embarazosas; remitiendo á los lectores en cuanto á la comparacion de los derechos canónico y civil en esta parte, á la seccion segunda en que espusimos la historia general y particular del asilo.

Delitos esceptuados por derecho. Al principio del párrafo hemos esplicado lo que en la enunciacion de este primer miembro de la division propuesta debe comprenderse. Ahora solo es necesario añadir, que no siendo

igual el número de las escepciones introducidas por los cánones, Bulas pontificias, Concordato y leyes del reino, toda vez que estas últimas enumeran delitos de que ni los primeros ni las segundas hacen siquiera mencion; y como por otra parte hay delitos que sobre hallarse incluidos en la prohibicion canónica lo están tambien en la civil, no es posible establecer un sistema de enumeracion cual en otro caso convendria y aun seria preciso, tomado de las diversas categorías de los delitos, del órden cronológico de la escepcion ó, por último, de la preferencia que en materias de esta clase pretende darse á las disposiciones pontificias. Por lo mismo nos contentamos con indicar uno por uno los delitos, determinando al mismo tiempo la base filosófica y jurídica de la escepcion, y la ley, cánon ó disposicion que la establece. Están, pues, esceptuados por derecho:

Los ladrones públicos ó manifiestos que salteando los caminos vecinales ó las carreras, solos ó en cuadrilla, tienden asechanzas á la vida y bienes de los transeuntes ó viajeros, aun en el caso de un solo y simple insulto, con tal que en aquel acto mismo se siga muerte ó mutilacion de miembros (1).

Los taladores nocturnos que, llegándose oculta y furtivamente á los campos de propiedad agena, devastan las siembras ó incendian las mieses, destruyen viñas ó árboles, ó arrancan los mojones de las heredades; pues estos delitos se dirigen á causar un grave daño público, consumiendo los frutos de la tierra de los cuales se perciben los alimentos (2).

Los homicidas de caso pensado y deliberado y los alevosos que matan á otro á traicion, llamados tambien proditorios: siendo de advertir acerca del arma con que el homicidio se haya ejecutado, que como no fuese por casualidad ó en propia defensa no debe gozar del asilo el reo aunque lo hiciese con piedra ó palo, pues para el efecto se entienden instrumentos aptos por su naturaleza para matar; y que los reos de homicidio, menores de 25 años y mayores de 20, seglares ó clérigos, regulares ó novicios, hombres ó mugeres, militares ó paisanos, y cuantos ayudasen al matador con mandato, consejo, induccion, ausilio cooperativo ú otro favor y ayuda, de cuyos inicuos actos ó de cualquiera de ellos hubiese resultado homicidio, de ninguna manera gozan tampoco del beneficio (1).

Los asesinos, entendiéndose por tales en su verdadero sentido los reos de homicidio cometido por medio de bandidos pagados para matar á otro, y por consiguiente lo mismo el mandante que el mandatario, el principal que su ausiliador ó socio, bien se haya efectuado el asesinato, bien solo se haya reducido á una tentativa como, por ejemplo, al acto inmediato de heridas, bien fuese en poblado ó en despoblado (2).

Los que dentro de las iglesias ó de sus cementerios cometen homicidio ó mutilaciones de miembros, pensando ser defendidos por la iglesia; pues, siendo estos delitos contra ella al mismo tiempo que contra los particulares, es muy justo que en aquello en que uno delinque sea castigado, y en vano implora el ausilio de la ley quien contra ella obra (3).

Los traidores conocidos, esto es, los que cometieren el delito de traicion contra la seguridad esterior del Estado, conspirando contra él para cámbiar de dinastía ó trastornar el régimen del gobierno establecido

(1) Cán. 6 causa 17, cuest. 4 cap. 6, tit. 49, lib. 5 de las Decretales Ley 4, tit. 11, Part 1. Ley 1, tit. 4, lib. 1 de la Nov. Recop. Bula de Gregorio XIV de 1591. Art. 2 del concordato de 1737. inserto en la ley 4 de dichos tit. y libro, nota 4 de id.

(2) Cap. 6 citado. Leyes de Part. y Recop. citadas: dicha bula de Greg. XIV.

(1) Cap. 1, tit. 12, lib. 5, de Decretales: párr. 2 y 3 de la nota 5, tit. 4, lib. 1 de la Nov. Recop: párr. 6 á 10 de la bula *Officii nostri ratio* de Benedicto XIV de 13 de mar o de 1750, confirmada por Breve de Clemente XIV de 12 de setiembre de 1772, de que hace mencion la ley 5 de los citados tit. y lib.: Céd. de 28 de marzo de 1794, citada en la not. 4, tit. 3, lib. 1 de la Recop. de leyes de Indias.

(2) Bulas de Greg. XIV de 1591, y de Benedicto XIII confirmadas por otra de Clemente XII de 29 de enero de 1734, citadas en la nota 5, tit. 4, lib. 1 de la Nov. Recop. Art. 2 del concordato de 1737. Para inteligencia de la palabra «asesino» vease Covarrubias, tomo 2 var. resolut. lib. 3, cap. 20, núm. 9 y sig.

(3) Cap. 10, tit. 49, lib. 5 de las Decretales: ley 4, título 11, Part. 4: ley 1, tit. 4, lib. 1 de la Nov. Recop., y nota 5 de id.

y atacando su independencia ó integridad, y los que maquinasen ó tramasen conspiraciones que tuviesen por objeto privar al rey del todo ó parte de sus dominios, aunque no se haya seguido el efecto (1).

Los que cometieren delito de falsedad falsificando letras apostólicas ó reales privilegios, acuñando moneda falsa, alterando ó viciando la corriente, adulterando escrituras, cédulas, cartas, libros ú otros escritos de establecimientos públicos, ó haciendo libranzas falsas, órdenes ó mandamientos contra sus fondos, ya sean particulares, ya empleados ó superiores ó directores en ellos (2).

Los incendiarios, sus ausiliadores y cómplices (3).

Los que fingiéndose ministros de justicia entran de noche en las casas agenas y cometen en ellas robo con muerte ó mutilacion de miembros, ú otros cualesquiera crímenes por derecho esceptuados. (4).

Los peculatarios ó sea los que cometiesen hurto, defraudacion ó malversacion de los caudales públicos ó de alhajas, prendas y efectos pertenecientes á la Hacienda, concejos, montes píos, bancos ú otros establecimientos públicos, ya sean recaudadores, administradores, tesoreros, depositarios, etc., ya lo hagan por sí ó consientan que otro lo ejecute (5).

Los que cometiesen delito de adulterio ó de violacion (6).

Los desertores ó que se refugiasen con objeto de escusarse del real servicio en el ejército ó marina á que estuviesen aplicados, ó los soldados que contra las reglas de buena disciplina y subordinacion se retirasen á la iglesia á deducir desde ella sus quejas y pretensiones ó promoviesen especies que puedan alterar la obediencia y disciplina, acogiéndose despues á sagrado (1).

Los que se dedican al fraude contínuo como los contrabandistas; y si se acogiesen á la iglesia con armas, debe despojárseles de ellas y estraerlos inmediatamente del asilo. Así lo estableció el nuncio apostólico Enrique Henriquez, ministro del real patrimonio en 6 de marzo de 1749 (2).

Ademas de hallarse terminantemente dispuesto para los dominios de Indias, que no gocen de inmunidad los delincuentes que se acogiesen á las iglesias y monasterios en los casos en que conforme al derecho de los reinos de Castilla no deben gozar de aquel privilegio, confirmando de este modo las escepciones que acabamos de enumerar; se escluyeron tambien los soldados y artilleros, marineros y pilotos que pasando en las armadas y flotas á las Indias, islas de Barlovento y otras partes, se quedan en ellas sin real licencia retrayéndose á las iglesias y lugares sagrados (3).

Sin embargo del principio, comunmente sentado por los autores, de que los deudores retraidos á la iglesia por deudas gozan del asilo, por la razon de que este privilegio se concedió indistintamente á todos los reos, y los deudores se llaman tambien asien causas civiles; una ley nuestra recopilada los escluye fundándose en las leyes y antigua costumbre de España que permitian que los deudores sirvieran á sus acreedores hasta ser pagados y satisfechos de sus deudas. La ley á que nos referimos, promulgada por los señores reyes católicos con la prudencia y sabiduría propia de su carácter, con posterioridad y como consecuencia de la que acerca de los comerciantes fallidos habian dado, fue durante mucho tiempo observada en España y puesta en práctica por sus tribunales; y si bien es verdad que hoy ha quedado sin aplicacion, esto no ha sido en fuerza de disposicion posterior derogato-

(1) Ley 5 de los cits. tit. y Part.: Bula de Clemente XII, de 29 de enero de 1734, mencionada en la nota 5 del tit. 4, lib. 1 de la Nov. Recop.: Art. 2 del concor. de 1737, inserto en la ley 4 de los cits. tit. y lib.: párr. 3 del breve de Clemente XIV de 1772 referido en la ley 5 de id.
(2) Bula de Clemente XII citada en la nota 3 al tit. 4, lib 1 de la Nov. Recop.
(3) Encíclica de Bened. XIV, de 20 de febrero de 1751.
(4) Citada nota 5 al tit. 4, lib. 1 de la Nov. Recop.
(5) Ley 5, tit. 14. Part. 1, y not. 5 citada.
(6) Ley 5 de dicho tit. y Part. 5.

(1) Leyes 5 y 7 del tit. 4, lib. 1 de la Nov. Recop., nota 5 de id.
(2) Véase el diccionario de derecho canónico del abate Andrés, en la palabra «Asilo», traduccion de don Isidro de la Pastora y Nieto, impresion de Madrid de 1847.
(3) Leyes 2 y 3, tit 3 lib 1 de la Recop. de leyes de Indias.

ria, sino en virtud de hallarse abolida la prision por deudas que era su fundamento (1).

Delitos escluidos por interpretacion ó costumbre. Indicada en su lugar oportuno la inteligencia que á este segundo miembro de la division debe darse, vamos á ocuparnos de los delitos no espresos en el derecho canónico ni real, pero que pueden comprenderse en cualquiera de las diversas categorías arriba espresadas, ó llevan en sí un principio justo de escepcion. En la dificultad casi insuperable de hacer una enumeracion exacta y minuciosa de cuantos en los tratadistas teóricos y prácticos se refieren de esta especie, mediante no ser igual su número y hallarse indistintamente mencionados con los escluidos por derecho, y en la imposibilidad de presentar los que pueden ocurrir en la práctica, hemos creido preferible seguir en cuanto sea dable el órden adoptado en la primera division, haciendo las referencias convenientes, con el fin de que visto el número y fundamento de las escepciones pueda juzgarse de la rectitud y necesidad de la regla general que en interés de la justicia y del bien público hemos establecido en un principio. Se consideran por lo tanto escluidos del asilo:

Los piratas que llevando buques armados roban en el mar. La ley no hace mencion de ellos; pero siendo en realidad ladrones públicos, á imitacion de los que lo ejecutan por tierra, la comun opinion los escluye fundada en una recta y exacta interpretacion de la ley 28, tít. 19, lib. 48 del Dig., párrs. 10 y 15, y del capítulo de las Decretales y ley de Partida citadas al tratar de esta primera clase de delitos.

Los comerciantes quebrados fraudulentamente, ó sean los mercaderes ó cambistas que teniendo con qué pagar defraudan á sus acreedores con objeto de enriquecerse injustamente á costa de los mismos. Esta es tambien una especie de ladrones públicos: las leyes 1 y 2, tít. 32, lib. 11 de la Nov. Recop., de acuerdo con la de Partida, 5 del tít. 15, los declaran tales é incursos en las penas á estos señaladas, sin perjuicio de otras en su caso: el código de comercio en sus arts. 1010 y 1012 hizo igual declaracion contra los que se alzasen con sus bienes; y el penal vigente, reformado en el 443 y siguientes, impone pena de presidio mayor al alzado si fuese comerciante, y menor si no lo fuese, castigando con la misma al quebrado fraudulento, y con la de prision correccional al que con arreglo á cualquiera de los motivos designados en el art. 1003 del de comercio fuese declarado en quiebra con insolvencia culpable. La razon, pues, de la esclusion no puede ser mas fundada: en virtud de ella y de la ley terminante *atestumbrarse* los jueces reales á estraer violentamente de las iglesias á los delincuentes de esta clase para imponerles el condigno castigo, como afirma el testigo ocular y eminente jurisconsulto Covarrubias (1).

Los envenenadores y sus cómplices que á sabiendas y con intencion de matar componen, venden ó suministran la pócima ó veneno, aunque no se haya seguido el efecto: delito que con razon se ha equiparado al asesinato ú homicidio proditorio, y cuya gravedad superior á la del perpetrado con armas, ha significado la ley 1, tít. 18, lib. 9 del Código por estas palabras: *Plus est hominem extinguere veneno, quam occidere gladio.* La 2 del tít. 21, lib. 12 de la Novísima Recopilacion, copiando las del Fuero Juzgo, Fuero Real y de Partidas, declara al envenenador reo de muerte segura, esceptuando solo de esta calificacion la hecha en riña ó pelea; y el Código penal reformado, reconociendo el mismo principio, coloca como una de las circunstancias mas agravantes del homicidio la de haber sido ejecutado por medio de veneno, castigando á su autor con la pena de cadena perpétua á la de muerte.

Los que procuran el aborto, bien sean los

(1) Ley 2, tit. 4, lib 1 de la Nov. Recop.: Covarrubias, tomo 2, cap. 20. num. 14 al fin.

(1) Lugares citados, num. 14. parr. *Nec Jasonis.*

padres, bien un tercero; pues que constituyendo este hecho una especie de asesinato ú homicidio alevoso, se considera tan grave como él en sus efectos: y aunque hoy no tenga aplicacion la escala de penas que, fundada en la distinta condicion del delinquente y en la existencia animada ó inanimada del feto, estableció la ley 8, tit. 8, Partida 7, de conformidad con las romanas, el Código penal reformado en su artículo 337 señala á este delito las de reclusion y prision en sus grados, debiendo por consiguiente considerarse incluido en las escepciones espresas por derecho en virtud de una interpretacion lógica y natural del mismo, y en la regla general que tiene en él su fundamento.

Los raptores violentos de vírgenes ó doncellas estaban escluidos del asilo por las leyes romanas. El derecho canónico, contradiciendo aquella disposicion, prohibió se los estrajese de él contra su voluntad; y gran parte de los canonistas convinieron en lo legal de la prohibicion, adhiriéndose ciegamente al principio que en otro lugar hemos impugnado de que el derecho civil se enmendaba y suplia por el canónico, sin reparar que en el delito en cuestion intervienen por lo general malas artes, violencia é injuria hecha no menos á la sociedad que á la familia, especialmente á la muger; y que su carácter es tan grave y funesto como el de los esceptuados por los cánones antiguos. Mas si se observa con el célebre Covarrubias que posteriormente á aquellos se denegó por constituciones pontificias el asilo á delitos muy graves y perniciosos á la república, parece que el de rapto debe contarse en este número, con tanta mas razon cuanto que lo determinado en el concilio 1.° de Orleans, de que hace mencion el cán. 3, causa 33, cuest. 1 del Decreto, pertenece al antiguo derecho, que lo concedia mas ámpliamente á esta clase de delitos. Las leyes del reino, en particular la 3, título 20, Partida 7, le castigaron con penas tambien gravísimas; y el Código penal vigente en su art. 468 impone la de cadena temporal al raptor de una muger contra su voluntad y con miras deshonestas (1).

Los plagiarios de hombres que llevándose por fuerza y á escondidas á alguno le retienen dolosamente obligando á sus parientes á que los rediman con dinero, ó por cartas ú otros medios amenazan á una persona que la matarán ó quemarán su casa ó hacienda si no les entregan una cantidad cualquiera. Esta especie de delito, tan fatal a las familias y perjudicial á la sociedad, estaba considerado como homicidio por la ley de Moisés (Exodo, cap. 21, vers. 16); las nuestras le castigaron con duras penas, especialmente la 22, tit. 14, Partida 7, que lo hizo con el último suplicio; y el Código penal reformado, considerándole como uno de los primeros en la categoría de los cometidos contra la libertad y seguridad individual, con las de reclusion, prision y cadena en sus diversos grados, segun se ve en el tit. 13, lib. 2 del mismo.

Los ladrones nocturnos que, entrándose de noche en las casas agenas ó edificios con ardides ó por medio de instrumentos, sustraen de ellos las cosas ó efectos que encuentran. Si las constituciones pontificias escluyen del asilo á los que, fingiéndose ministros de justicia, entran de noche en las casas y cometen en ellas robo con muerte ó mutilacion ú otros crímenes esceptuados por derecho, por razon de paridad y analogía deben serlo aquellos, mucho mas si se atiende á la naturaleza de las penas que á esta clase de hurto calificado impusieron nuestras leyes, especialmente la 6, tít. 14, lib. 12 de la Nov. Recop., y la de presidio en sus diversos grados, señalada por el Código en su art. 438.

Los que hicieren resistencia á la autoridad ó injuriasen personalmente á los ministros que ejercen la jurisdiccion real: delitos gravísimos en cuyo castigo se interesa el órden público que directamente se

(1) La ley 5, tit. 11, Part. 1, no hace mencion de los raptores para el efecto de escluirlos del asilo: en el testo latino, se encuentran espresados por la palabra *raptores virginum*. Esta ha sido la causa de no incluirlos en lo anterior division cuando se trató de los adulteros y forzadores esceptuados por la ley que aquí citamos.

ataca, y que semejantes al de lesa magestad a la cual en cierto modo se ofende en la persona de sus ministros, fueron penados rigurosamente por nuestras leyes, en especial las recopiladas que en algunos casos imponian la de muerte. Aunque mas moderada en esta parte nuestra novísima legislacion penal, ha castigado en el artículo 190 del Código con prision en sus diversos grados á los autores de atentados y desacatos contra la autoridad.

Los parricidas ó infanticidas. La gravedad de estos crímenes y el horror que inspira su perpetracion obligó á los legisladores de todos los paises á decretar penas severísimas y estraordinarias contra sus autores. La del Talion, impuesta por el Fuero Juzgo contra el parricida en las leyes 17 y 18, lib. 6, y la de cegamiento ó muerte contra el infanticida por la 7 del lib. 4: la que en conformidad de lo dispuesto por las leyes de las Doce tablas adoptaron las de Partidas, aumentando aun mas su rigor en la 12, tít. 8 de la Partida 7, contra el primero de estos delitos, si bien mitigada algun tanto en la práctica, son pruebas muy claras de su enormidad. Ambos tienen el caracter de homicidio alevoso ó proditorio: como tales los califica la ley, y deben comprenderse en las escepciones consignadas por derecho y constituciones pontificias; y aunque así no fuera, su atrocidad y la clase de penas que el Código novísimo les señala en sus artículos 332 y 336 autorizan á considerarlos incluidos en la regla general que dejamos enunciada.

Los reos de hurto simple fueron escluidos del asilo en España hasta una época no muy lejana á la nuestra, en virtud de *costumbre* introducida con ciencia y paciencia de las autoridades eclesiástica y civil. Los mismos prácticos regnícolas que no admiten otras escepciones que las consignadas en el capítulo de Decretales, tantas veces citado, reconocen esta como emanada de una de las fuentes del derecho; de la costumbre contra ley que tiene fuerza de tal cuando á los títulos de autoridad reune el de prescripcion y está fundada en razon, segun se espresa Gregorio IX en el cap. 11, tít. 4, lib. 1 de las Decretales (1).

Los jueces que hubiesen de ser residenciados. Ninguna conformidad se encuentra entre los tratadistas en cuanto á la causa formal y racional de esta escepcion interpretativa; pero ya se quieran equiparar á los siervos, fundándose en una de las palabras de la ley única, tít. 49, lib. 1 del Código, ya se comparen á los deudores públicos ó á los obligados á dar cuentas de su encargo y administracion, ya, por último, se haga distincion del caso en que se retraigan á la Iglesia solo por temor de la residencia sin ocultar bienes ni precediendo otro delito tal que los escluya, y del en que lo hagan con estas circuntancias, para nosotros es indudable la razon de la escepcion. No han leido atentamente la ley citada los que al paso que reconocen en ella el principio que les mueve á escluir del asilo á los jueces que han de ser residenciados, la interpretan diciendo que su verdadero sentido es que el juez mientras se le residencia no debe habitar en las iglesias ú otros lugares sagrados, puesto que en todos debe cesar el estrépito y figura de juicio, y no han de ventilarse en ellos las causas por los clérigos. El pensamiento del emperador Zenon en la ley mencionada fue que en ningun lugar, ni aun *intra sacrosantos terminos*, ni por causa alguna pudieran los jueces ocultarse, *latitare*, para no dar pública cuenta de sus actos como tales, *pro legum ratione*, sin serles permitido ausentarse de la provincia durante cincuenta dias, pena de una multa de cincuenta libras de oro, con aplicacion al erario público, y ser tenidos por reos de lesa magestad. La razon que dá de esta disposicion *pro universarum provinciarum salute* dice mas que cuantos comentarios pudiéramos hacer, y es á la verdad bien diferente de la que se alega fundándose en el cán. 25 del 2.° concilio general Lugdunense, transcrito en el cap. 2, tít. 23, lib. 3 del Sesto de Decreta-

(1) Covarrubias, tomo 2, var. resol., lib. 3, cap. 20, num. 11, vers. 13. párr. Quamobrem: Paz, tomo 1, parte 3, parr. 3, num. 70.

les. En el dia, hallándose vigente el artículo 90 del reglamento provisional para la administracion de justicia, que enumera como la cuarta de las facultades del Tribunal Supremo la de conocer de las residencias de los vireyes, capitanes generales y gobernadores de ultramar, y estando determinada por instruccion especial de 20 de noviembre de 1841 la forma del procedimiento en tales casos; creemos que seria infundado suponer que el asilo pudiera eximir á aquellos funcionarios de dar cuenta de sus actos ó librarlos anticipadamente de una pena á que tal vez no resultarian acreedores.

Los delincuentes contra la misma Iglesia. En realidad solo los delitos que se castigan por la jurisdiccion real, ó aquellos que suponen infraccion de leyes dictadas por la autoridad temporal deberian considerarse escluidos del asilo, toda vez que el objeto de este es librar de la pena que aquellas imponen ó disminuir su gravedad. Empero como hay muchos delitos que, reputándose eclesiásticos en su orígen, son tambien civiles y públicos en sus efectos y por tales los declaran las leyes del pais: y como por otra parte, aunque proveniente en su origen histórico y legal el derecho de asilo de la potestad secular, la Iglesia ha legislado acerca de él, y sus disposiciones forman el derecho comun ó especial de los paises sobre la materia; no podemos dejar de enumerar algunos que por razon de interpretacion, de analogía, de práctica ó de costumbre deben comprenderse en la enunciacion general que aquí indicamos, prescindiendo de las diversas especies que los tratadistas hacen de delitos cometidos contra la Iglesia, que sin diferenciarse en el fin é intencion solo varian en la forma. Admitido, como no podemos menos de admitir, el principio jurídico que sirvió de base á la disposicion consignada por Gregorio IX en el capítulo último, título 49, lib. 3 de Decretales, de que *cada uno debe ser penado en aquello mismo en que delinque* y de que *en vano implora el auxilio de la ley quien contra ella obra*, todo delito grave cometido contra la Iglesia, dentro de lugar sagrado, fuera ó cerca de él, debe escluirse del asilo, pues en unos casos se la injuria directamente, y en otros el delito se comete con la esperanza de conseguirle (1). La práctica y la costumbre han consagrado igualmente esta regla general, como no podia menos de suceder; y los canonistas, fundados en el principio de universalidad de la Iglesia y en el cán. 11, causa 17, cuest. 4, han establecido de comun conformidad que los delincuentes contra ella están escluidos del asilo del lugar sagrado en que lo sean, y de cualquier otro á que se acojan, y no solo respecto de aquel delito, sino tambien de todos los cometidos con anterioridad ó posterioridad fuera de la iglesia.

§. 3.° *Asilo con relacion á la condicion ó estado de la persona refugiada.*

El lugar y el delito considerados en su número y cualidad han sido la materia de la doctrina en los anteriores párrafos espuesta. Pero ademas de estos dos que podemos llamar en cierto modo la causa remota y la causa próxima del asilo, hay tambien el sugeto considerado sin relacion al delito, ó lo que es igual, en su capacidad ó posibilidad para gozar del privilegio. Ante todo debemos advertir que con el fin de dar á la materia del procedimiento la estension y claridad que exige, hemos creido oportuno tratar aquí de varias cuestiones que aun cuando pue-

(1) Los sacrílegos, herejes, apóstatas y cismáticos: los adúlteros y raptores en la iglesia: los que dentro de la misma cometieren delito de hurto, ó huyesen á ella con lo robado: los que cerca de ella delinquieren de proposito con la esperanza de conseguir su inmunidad. los que se entrasen llevando armas prohibidas ó se defendiesen dentro de ella injustamente. los que hallándose en sagrado matasen y mutilasen, ó mandasen matar ó mutilar al que estuviese fuera ó viceversa: los que se apoderasen por fuerza de sus alhajas ó efectos, la incendiasen, destruyesen ó rompiesen sus puertas; y los que estrageses ó mandasen estraer con violencia los reos que á ella se hubiesen refugiado; todos estos delitos de que hacen mencion los prácticos, y aun muchos otros que seria casi imposible enumerar, á pesar de hallarse en gran parte aceptuados por derecho, y tener un carácter propio y especial en muchos casos, pueden fundadamente referirse á la clase de delitos contra la iglesia, bajo uno de los puntos de vista que en el texto indicamos. Véase Paz, tomo 1, part. 3, párr. 2, números desde el 75 al 112, y desde 143 á 149: Curia Filipica, parte 3, párr 12, núms. 18 á 27. En cuanto á las penas contra los violadores de los asilos, puede verse á Cavalario en su obra lata, part. 2, cap. 35, párr. 10.

den ocurrir durante la sustanciacion del incidente de asilo, tienen, no obstante, un lugar mas adecuado en este párrafo, puesto que en último resultado la cuestion se limitaria á si debe ó no gozar del derecho de asilo el que estando preso ó en libertad durante el curso del procedimiento, sentenciado, ó yendo á cumplir su condena se refugia á lugar considerado como inmune.

Condicion. El principio de que *el asilo compete por razon del lugar, mas no por razon de las personas*, pudiera desde luego servir de regla general decisiva de la capacidad legal para gozar de aquel privilegio. Segun dicho principio ninguna clase de personas deberia considerarse escluida, ya fuese infiel ó cristiano, ya lego ú eclesiástico, ya libre ó siervo, ya, por último, escomulgado, suspenso ó entredicho; únicos puntos de vista bajo que puede mirarse la capacidad significada en la palabra condicion de que aquí usamos. Una escepcion hay, sin embargo, relativa á los *infieles*. La Iglesia solo presta y debe prestar patrocinio á los que forman su congregacion ó cuerpo místico, y nada tiene que ver, como dice el Apóstol, con los que se hallan fuera de su gremio; y aunque las leyes y los cánones hablan indirectamente de los reos que huyen á las iglesias, esta generalidad de espresion debe limitarse á los fieles, segun la materia que es su sugeto; tanto mas cuanto seria impropio que la Iglesia defendiese al que rehusa pertenecer á su gremio y entregarse á su custodia y amparo. Pero todavia se ha hecho por algunos una especie de escepcion de la escepcion misma, diciendo que si el infiel ó judío huyesen á la iglesia perseguidos por sus acreedores y pidiesen el bautismo, y constase al juez secular que lo pedian de todas veras, deberia administrárseles dicho Sacramento y concederles por consiguiente el derecho de asilo. Por nuestra parte ingenuamente confesamos que nos parece increible que ninguno quiera de todas veras abrazar la religion cristiana empezando por cometer delitos que la misma detesta; y creemos que seria en estremo dificil conocer la rectitud y sinceridad de una voluntad que entonces casualmente se manifestaba cuando la justicia ó el ofendido le perseguian, debiendo suponerse mas bien que verdadera, fingida y simulada. Esta inteligencia es conforme al espíritu y letra de la ley 1, tit. 12, lib. 1 del Código, y á lo espresamente declarado por el pontifice Juan XXII acerca de los *hereges*, á quienes, como en otro lugar hemos visto, escluyó terminantemente del asilo, siendo así que aunque enemigos de la Iglesia se hallan revestidos del carácter bautismal. En España, donde á pesar de haber sido admitidos los *judios* en tiempos muy remotos á la vecindad y participacion de los derechos de ciudadanos, fueron despues odiados y perseguidos no solo por el pueblo, sino tambien por los concilios y en particular por los Reyes Católicos; no es de estrañar que las leyes guarden silencio acerca del privilegio de asilo con respecto á ellos; y si hoy llegara el caso de que cualquiera judio delincuente se acogiese á una iglesia creemos que ante todo deberia probarse que se hallaba convertido al cristianismo, y como tal sujeto á las leyes del pais, puesto que de otra suerte la Iglesia ni el Estado no podrian proteger ni castigar al que no reconocian por suyo. Por lo demas, no perdiendo de vista que el asilo proporciona un bien temporal, cual es, segun dicen los cánones, la seguridad de la vida y de los miembros, de la que son capaces los *escomulgados*, *suspensos* y *entredichos*, aunque privados del todo ó parte de los bienes espirituales; y teniendo presente que si bien los *eclesiásticos* por privilegio de los príncipes deben en cuanto á los delitos leves ser juzgados en su propio fuero, por lo que hace á los atroces quedan sujetos al brazo secular y reducidos á la condicion de los legos, pudiendo, por consiguiente, buscar su seguridad en el lugar del asilo; subsiste la regla general en cuya virtud toda persona de cualquier clase ó condicion es capaz de un derecho concedido solo por respeto á Dios y al lugar donde reside.

Los siervos, tan mal tratados y de tan vil condicion entre los romanos, se igualaron en este punto á los hombres libres. Prueba de ello es la disposicion que referente á esta materia dió el emperador Leon, y se contiene en el párr. 3 de la ley 6, tít. 12, lib. 1 del Código, en que se mandaba que los clérigos intercediesen por el siervo y le entregasen con la debida caucion cuando por haber escapado de poder de su dueño, ó hurtádole alguna cosa, se refugiase á la iglesia huyendo del castigo: disposicion casi reproducida por el papa Gelasio en el cán. 32, causa 17, cuest. 4, donde encarga al obispo Bonifacio haga volver á casa de su señor al siervo refugiado luego de prestada seguridad de no ofenderle, y por el concilio 1 de Orleans segun se lee en el párrafo 1 del cánon 36 de las citadas causa y cuestion, al permitir la estraccion del siervo que por cualquier culpa ó falta leve se hubiese refugiado, siempre que su señor diese la competente caucion de no castigarle por ello. La ley 3, tít. 11, Partida 1, es en esta parte como en muchas otras, trasunto fiel de la legislacion romana y canónica, comprendiendo de un modo claro y ordenado el derecho que habria de observarse en caso de huir á la iglesia el siervo por temor de su señor, por culpa cometida ó por deuda que hubiese contraido. En España donde no se halla abolida espresamente la esclavitud, si bien no existe de hecho; y en las colonias de América, donde se conserva aunque muy distinta de la que introdujeron los romanos y duró aun despues de la aparicion del Cristianismo; creemos que atendido el silencio de las leyes recopiladas acerca de este punto, deberia llegado el caso observarse la citada de Partida, y que á ella se refiere la 2, tít. 3, lib. 1 de la Recopilacion de Indias, cuando generalmente hablando dice no se admita en las iglesias y monasterios á los que no deben gozar de su inmunidad conforme al derecho de los reinos de Castilla.

Estado. Bajo este punto de vista comprendemos la mayor parte de los casos que los prácticos presentan de un modo confuso, y que no perteneciendo al lugar, al delito ni á la condicion de la persona, pueden con alguna propiedad llamarse anteriores ó posteriores al procedimiento ó incidentes del mismo: en una palabra, los en que se examinan el modo y circunstancias de acogerse los delincuentes al asilo, ya estén en libertad, ya presos ó sentenciados. Las leyes y los cánones guardan silencio en casi todos: de aquí la diversidad de teorías y la práctica tan opuesta de los paises, y por consiguiente, una inconsecuencia en decidir y una arbitrariedad en fallar que muchas veces no ha tenido por base á la razon ni á la filosofía, confundiéndose los casos en que no es permitido estraer violentamente al reo, y los en que ha ó no lugar al goce del asilo. Por otra parte, muchas de las razones en que las teorías se apoyaban, eran efecto de circunstancias que cesaron; y las formas del procedimiento en lo criminal, y la especial del que sobre asilo rige en España, de que luego hablaremos, ha hecho casi inútiles gran parte de las cuestiones. Empero, siendo nuestro objeto en esta materia como en todas las de nuestra Enciclopedia reunir y sistematizar cuanto útil y necesario deba saberse, nos ha parecido indicar algunas de aquellas, ya que no nos sea dable hacerlo de cuantas puedan ocurrir en la práctica.

Siguiendo en la esposicion de la doctrina el órden cronológico y natural de los sucesos, se presenta en primer lugar la cuestion de si el delincuente que al huir á la iglesia es visto y perseguido por el juez civil ó sus ministros, ó cogido por estos se escapa y refugia en aquella, goza ó no de asilo y puede ser estraido. No han faltado quienes asegurasen que en tales casos procedia segun derecho la estraccion violenta. Covarrubias, impugnando el fundamento de esta asercion, dice que jamás leyó en el derecho civil ni canónico, lugar alguno de donde la misma pueda probarse, y que el derecho pontificio al cual ha de estarse no admite esta escepcion. Paz, citando muchos, la resuelve dando por única razon que el honor que á las iglesias se presta es por virtud

del que á Dios se debe, y que por consiguiente no puede quitárseles por culpa de los hombres. Aunque en otro lugar hemos reconocido como verdadera esta razon, nos parece inaplicable al caso presente, y que llegado este deberia verse ante todo si el lugar era ó no inmune, y si siéndolo procedía el goce del beneficio por lo tocante al delito.

Que el reo que espontáneamente sale del asilo ó de su voluntad se deja coger en la iglesia por los jueces civiles, ó permite que el prelado eclesiástico le entregue, pierde el beneficio y puede por lo tanto ser preso y castigado en proporcion al crímen cometido, es cuestion afirmativamente resuelta por todos los tratadistas fundados en la 27 *de regulis juris* del Sexto de Decretales, que dice: « *Scienti atque consentienti non fit injuria neque dolus.* » Nosotros añadimos: que si la voluntad y la libertad de parte del refugiado entran por mucho para la adquisicion del derecho de asilo, tambien debe una de ellas ó ambas bastar para su pérdida.

La cuestion de si goza de asilo el refugiado que compelido del hambre ó por privársele de los alimentos se ve obligado á salir fuera de la iglesia á buscarlos, y yendo y volviendo á solo esto via recta cae nuevamente preso, es una consecuencia de la antigua disciplina, confirmada en la ley 2, tit. 11, Partida 1, por la cual se obligaba á los clérigos á mantener al retraido que no tuviese bienes ó no pudiese trabajar ni proporcionarse con sus manos el sustento. Pero desusada hace tiempo aquella disciplina, y siendo por otra parte tan corto el espacio de tiempo que el retraido puede estar en la iglesia, en razon á la tramitacion especial introducida desde primeros de este siglo y practicada en los incidentes de asilo, creemos de todo punto inútil detenerse en la esplanacion de una cuestion que ha perdido su interés por no haber términos hábiles para que exista.

Proponen los prácticos el caso en que huyendo á la iglesia un delincuente el juez le diese seguridad y confianza para salir y presentarse ante él á responder: y preguntan si estaria el juez obligado á cumplir su promesa, ó si prescindiendo de ella podria condenarse ó castigar al estraido con la pena ordinaria ó capital. Antonio Gomez, examinando esta cuestion en el tomo 3 var. resolut., cap. 12, núm. 7, parece decidirse por su último estremo, fundándose en el párr. 3 de la ley 1, tít. 3, libro 4 del Digesto, donde se lee que es dolo bueno y permitido engañar al enemigo, al adversario y al delincuente, y en el famoso cap. 7 de la Novela 17 de Justiniano, colat. 3, en cuyo testo formalmente se lee que el juez no debe guardar la palabra ó seguridad que le diese: á seguida, segun acostumbra, dice que lo contrario es mas verdadero en derecho, puesto que la fe y la promesa dada aun á los enemigos debe guardarse siempre y en todo acto, pues su cumplimiento es de derecho natural y divino; por último, llama verdadera y notable la concordia de opiniones que establece, que si el delito es tal que deba gozar de inmunidad, ha de guardarse la fe y seguridad dada al reo y restituirse á la iglesia; pero si no, ha de decirse lo contrario y es lícito castigarle. El célebre Covarrubias, en el tomo 2, var. resolut., lib. 1, cap. 2, núm 16 al fin, ha presentado esta cuestion tal como lo hacen dos autores que cita, y no puede menos de decir que aunque haya muchas razones para probarlo le parece dudosa la opinion de que el juez esté obligado á restituir á la iglesia al reo que podia ser estraido de ella por derecho, caso de haberle prometido no la impunidad del crímen, puesto que haciéndolo pecaria, sino la restitucion si saliera y fuera consigo acaso para recibirle la indagatoria; y citando el mismo pasage alegado por Gomez concluye que hay dolo bueno admitido. Dejando esta cuestion como propia de moralistas mas que de jurisconsultos, por lo que toca al foro interno, creemos que ademas de no ser lícito al juez hacer una promesa cuyo cumplimiento podria redundar en perjuicio de la vindicta pública ó proporcionar un beneficio in-

merecido, teniendo que observarse en la actualidad en la estraccion del refugiado las formalidades de que habla la ley 6, título 4, lib. 1 de la Nov. Recop., cesó de hecho y de derecho la antigua ritualidad, por la cual dirigiéndose el juez al reo podria verse obligado á usar de aquella especie de artificio.

Lo mismo puede decirse del caso supuesto de si deberia restituirse á la iglesia al reo que hubiera salido de ella á causa del terror ó miedo que sus ministros le impusiesen. Los que han estado por la afirmativa citan en apoyo de su opinion las primeras palabras del cánon 10 del décimo concilio Toledano, inserto en el 35, causa 17, cuest. 4, donde se lee que nadie se atreva á estraer al que huya á la iglesia ni al que en ella resida, ni perjudicarle, dañarle ó despojarle, y se señala el espacio de terreno dentro del cual puede estar el retraido y lo que le es permitido hacer. Bien se ve que mas que la exactitud y congruencia del testo alegado, tiene por objeto la cuestion el hablar del miedo ó fuerza que ademas del dolo podria usar el juez, aunque tan impropio como aquel de su noble é imparcial oficio; y si en épocas anteriores era fácil un abuso de esta especie, hoy consideramos casi imposible su existencia, y por consiguiente ociosa la cuestion á que da lugar, mediante la sábia y eficaz variacion introducida en esta parte del procedimiento en virtud de la citada ley que le estableció para los casos ó incidentes de asilo.

Las cuestiones de que hasta aquí nos hemos ocupado son relativas á los casos en que ó el delincuente no ha caido en manos de la justicia, ó se refugia á la iglesia ó se halla dentro del lugar inmune. Pero los autores considerándole en su estado de preso, examinan tambien el caso en que se acogiese á la Eucaristía al tiempo de comulgar ó al llevársele el Santo Viático: y deciden de comun acuerdo que no debe gozar del asilo. Al tratar de este con relacion al lugar, nos ocupamos de otra cuestion análoga á saber: si podria pretender con derecho el beneficio el delincuente que al huir á refugiarse lo hiciese al sacerdote que llevase en sus manos la Eucaristía. Recordamos la doctrina allí espuesta para que se note que la distinta solucion dada en aquel caso por algunos, y la que de comun conformidad establecen en este, manifiesta la inconsecuencia y falta de fijeza en los principios. Solo á la iglesia como lugar sagrado se halla concedido el privilegio; no hay razon legal ni de conveniencia para ampliarle á la persona del sacerdote en ninguno de los dos casos: y si se deniega el asilo al delincuente que estando en libertad pretende una inmunidad que no existe, con mayor derecho debe negarse al que lo hace estando preso é imposibilitado de acojerse.

Es digno de advertir con un sábio canonista (1) que el título ó rúbrica de los códigos Teodosiano y Justiniano no trata simplemente de los asilos sino «de los que huyen á la iglesia» coligiendo de esta particular circunstancia que mas en consideracion al refugio que á las iglesias materiales concedieron la inmunidad los emperadores, y deduciendo, como en consecuencia, que para que cualquiera goce del asilo se requiere que libre y espontáneamente huya á la iglesia para demostrar con este hecho que quiere implorar su proteccion. Esta es tambien la doctrina de Cavalario, Gonzalez Tellez, Covarrubias y otros célebres canonistas, que aunque esplicándolo por un principio mas justo, á nuestro modo de ver, cual es el de la libertad, dicen que no puede valer el asilo, aun en los delitos no esceptuados, á los que cogidos por los alguaciles ó dependientes de la autoridad, son llevados por delante de lugares inmunes, aunque estando en ellos imploren el auxilio de la iglesia, puesto que estan imposibilitados de huir; ni á los que fueron á ella por otra causa distinta de la de refugiarse. Escriche combate esta opinion llamando menos sólidas que sutiles las razones en que se apoya; y pregunta «¿qué diferencia esencial se encuentra para la adquisicion del dere-

(1) G. Weiner citado en la nota 1, pág. 173.

cho de asilo entre el reo que huye á la iglesia con este objeto y el que hallándose ya dentro por otra causa declara que se acoje á su amparo? ¿Si es la fuga un acto meritorio sin el cual el reo no se hace digno de la compasion de la Iglesia? ¿Si no huye de la justicia quién viéndose en lugar sagrado no quiere salir fuera por librarse así de sus manos ó no caer en ellas?» Los argumentos de este ilustrado jurisconsulto se dirigen, como se ve, á la segunda parte de la teoría que combate; pero no por eso dejan tambien de ser menos sólidos que sutiles. Que al tiempo de irse á prender á un delincuente evada su captura, ó cojido escape de las manos de la justicia huyendo á refugiarse al templo, no hay duda que la adquisicion del beneficio tendrá lugar en cuanto sea compatible con las demas condiciones necesarias para gozarle; pero entonces existe una voluntad é intencion formal de acogerse significada por el acto simultáneo y repentino de la fuga. No así, cuando estando dentro del lugar sagrado por otra causa que la de refugiarse declara que se acoje á su patrocinio; pues ademas de que esto equivaldria á conceder anticipadamente y ampliar un privilegio que como odioso debe restringirse lo posible, no hay intencion de refugiarse ni libertad para huir de parte del reo, y la casual circunstancia de hallarse en aquel sitio no debe ni puede eximirle de ser reducido á prision con las formalidades consiguientes. La sola fuga tampoco hace al reo merecedor de modo alguno de la proteccion de la Iglesia: otórgala esta al que en el momento de verse perseguido por la justicia y con el temor del castigo temporal que le espera, recurre á ella buscando un medio de intercesion bastante ya que no á librarle de él, al menos á disminuir su gravedad. Mas en el caso de hallarse dentro de lugar sagrado y sin intencion de refugiarse, ó era necesario decir que el derecho de la autoridad pública á prender al presunto reo se frustraba con una simple declaracion de este, lo cual no cabe en buenos principios, ó que esta declaracion era estudiada, y por consiguiente cometido el delito con ánimo de refugiarse, lo cual, como hemos visto, no puede favorecerle. De todos modos, aunque concedamos valor en teoría á semejante manifestacion, la práctica la ha hecho inútil; pues sin perjuicio del exámen á que deberia sujetarse el delito para ver si era ó no de los esceptuados, los jueces civiles procederian á la estraccion observando lo dispuesto en la ley de que luego hablaremos.

Si escapando de la prision el reo, con escalamiento ó sin él, y refugiándose á lugar sagrado, goza ó no de inmunidad, es cuestion de distinto modo resuelta en teoría y en la práctica. Covarrubias, citando la decision de otro autor dice, que la opinion segun la cual no puede estraerse violentamente al preso que escalando la cárcel huye á la iglesia, se aprobó en Francia por sentencia de uno de sus tribunales; y añade que otro autor, aunque sintiendo lo mismo, afirma haberse determinado tambien lo contrario en aquella nacion, y que su observancia era frecuente; pero que tal práctica era de reprobar, por la razon de que si un preso obtiene permiso del alcaide ó carcelero para salir y jurando volver se refugia á la iglesia, tampoco puede ser estraido á viva fuerza, y únicamente segun opinion de otros muchos que enumera, cuando hubiese sido justamente preso, con tal que se le hubiese dado caucion de pena corporal.

Por nuestra parte no estamos de acuerdo con esta doctrina, ni creemos haya necesidad de recurrir para su impugnacion ó defensa á lo establecido en otro pais, despues que por ley especial vigente en el nuestro se halla decidida suficientemente la cuestion. El preso pertenece á los tribunales, y en ningun caso puede pretender el asilo, como dejamos indicado: solo el acto voluntario de refugiarse anterior á su prision puede favorecerle concurriendo las circunstancias indispensables en cuanto al lugar y al delito; por escapar de la cárcel no adquiere nuevo derecho al asilo, menos aun mediando escalamiento; pues así en uno como en otro caso interviene deli-

to (1), por mas que sea natural en el hombre el deseo de conseguir su libertad. El argumento á simili con que se reprueba la práctica de acuerdo con la opinion negativa en el caso que examinamos, ademas de no fundarse sino en doctrinas mas ó menos admisibles, pierde su fuerza atendiendo á que aun supuesta la posibilidad legal de concederse el permiso al reo bajo juramento de volver, los mismos que así lo establecen convienen en la necesidad de que pida relajacion del juramento. El ilustrado autor del diccionario razonado de jurisprudencia y legislacion, haciéndose cargo, aunque separadamente de estas dos cuestiones, sienta que así en el caso de que el reo se retraiga á sagrado escapando con violencia ó sin ella de la cárcel, como en el que lo haga evadiéndose de manos de los ministros que le conducen á ella ó al suplicio debe gozar del beneficio del asilo; pues ademas de que el esfuerzo de un delincuente por salvar su vida no es de la clase de aquellos crímenes que merecen todo el rigor de las leyes, no hay disposicion legal que los tenga por obstáculo á dicho goce. Nosotros decimos que tampoco la hay que los considere acreedores á él: y si el privilegio del asilo debe restringirse como odioso, con mayoría de razon cuando para su disfrute faltan términos hábiles de parte del individuo. La práctica actual rechazaría la concesion de este beneficio al escapado de prision con escalamiento ó sin él, y las leyes generales del procedimiento en lo criminal, y la del que sobre la sustanciacion del incidente de asilo debe observarse, prohiben y hacen imposible se otorgue al preso bajo caucion ó sin ella un permiso temporal que, ademas de oponerse á la pronta y cumplida administracion de justicia, vendria á ser nulo en sus efectos, aun prescindiendo de los obstáculos que se oponen á su goce.

Como complemento de esta materia, por lo que respecta á la persona del delincuente atendido su estado, está la cuestion de si deberá negarse el asilo á los sentenciados á pena corporal, que ó escapando de la prision toman iglesia, ó al ser conducidos al punto de su condena piden la inmunidad del lugar por donde pasan. Tal ha sido en este punto la manía de inventar, y tal la arbitrariedad y confusion que reina en las decisiones de algunos tratadistas, que su sola lectura persuade de que confundiendo los límites de ambas potestades afectaron desconocer la naturaleza del asilo. Otros, en su costumbre de esplicar por el derecho romano lo que tiene una esplicacion natural en principios universales de razon y de justicia, han asimilado el siervo al condenado á pena corporal, y el derecho de la justicia al del dominio ejercido por el señor sobre su esclavo. El autor de la Curia Filípica, siguiendo la opinion de Gomez aunque á propósito de materia muy distinta (1), hace distincion del caso en que la sentencia sea ó no ejecutoria y se haya ó no interpuesto apelacion. Ninguna ley ni cánon concede el asilo al condenado por sentencia judicial, y únicamente á aquellos que la justicia persigue antes de la formacion de su causa. De consiguiente el asilo solo puede una vez obrar su efecto como medio de intercesion, como especie de circunstancia estraña al reo y atenuante en su favor, pero sin que los derechos de la justicia civil deban disminuirse en lo sucesivo. En este supuesto no dudariamos afirmar que ningun condena-

(1) Nuestras leyes no han castigado la fuga simple de la cárcel, aunque la práctica de los tribunales la consideró siempre como agravante. La ley 13, tit. 29, Partida 7 dejaba al alvedrío del juzgador la pena que debian haber los presos que se aunasen para quebrantar la cárcel ó la prision. La 14 del mismo tit. y Part, determinaba la que habia de imponerse á los que por fuerza sacasen algun preso de la cárcel ó de la prision. El código penal vigente, aunque guarda silencio acerca de la simple fuga, considerando sin duda que la responsabilidad debe ser de los alcaides ó carceleros, y que el deseo de libertad y los esfuerzos para obtenerla son innatos al hombre; en sus arts 304 y 276 castiga la estraccion de los presos, mediando violencia ó soborno, y la evasion proporcionada á los mismos. Covarrubias, en el tomo 2, var. resol. lib. 1, cap. 2, núm. 10, vers. 6 y 7, hace á propósito de este asunto una distincion de cuyo fundamento dejamos á nuestros lectores el examen.

(1) Hevia Bolaños en su Curia Filipica, parte 3, párrafo 12, núm 46, cita en apoyo de su opinion en la nota 1 á Antonio Gomez, tomo 3, var. resol., cap. 3, núm. 68, donde examina si pendiente la apelacion en lo criminal vale la transaccion hecha entre el ofendido y el ofensor, para que este no pueda ser condenado á muerte ni otra pena corporal, y se revoque la sentencia dada contra él.

do á pena corporal, cualquiera que sea, puede pretender el asilo por que se escape de la prision, ni cuando pase por delante de lugar inmune al ser llevado al sitio de la ejecucion ó al punto de su condena. La ley 9, tít. 24, lib. 8 de la Nueva Recopilacion, no inserta en la Novisima, única que puede citarse en la materia, privaba de la inmunidad á los galeotes ó condenados á servicio personal de galeras, prohibiendo fuesen amparados, acogidos ni defendidos por los prelados, sus vicarios ni otros clérigos ó personas eclesiásticas, y mandando que de lo contrario y no los queriendo entregar, las justicias reales los sacasen como lo es y debe ser permitido por justicia y derecho. En esta ley parece fundarse la decision de que no vale la inmunidad á los condenados á otras penas corporales ademas de la de galeras usadas en lo antiguo (1), y la práctica de nuestros tribunales ha sido conforme con ella, llevando á efecto la sentencia de muerte impuesta á un reo que al conducirle al punto de su ejecucion clamó inmunidad al pasar por cerca de un edificio destruido que se decia haber sido iglesia (2). La regla general que acerca del asilo con relacion al delito hemos establecido, la consideramos atendible y aplicable al presente caso; si segun ella no há lugar al privilegio en los delitos á que la ley impone pena corporis aflictiva, aun antes de comenzarse el sumario, menos podrá haberlo una vez caido el delincuente en prision y declarado merecedor de sufrir aquella, pues abdicando la Iglesia los títulos de humanidad é intercesion caritativa, entró á desempeñar de lleno y cumplidamente sus derechos la justicia egercida por el brazo secular.

(1) En el tomo 21 del Semanario erudito de Valladares se halla la alegacion que fundado en dicha ley escribió el doctor don José Fernandez de Retes, fiscal de S. M. en la Sala del crimen de esta corte y Chancillería de Valladolid, especialmente en el párr. 2, donde ademas examina la *cuestion* de si el contesto de la ley citada puede estenderse á los que pretenden inmunidad despues de revistados; pero alegando que tomaron iglesia y fueron estraidos antes de comenzarse á fulminar la causa ó de terminarse por sentencia de revista.

(2) Este caso dió lugar á la controversia 7 de Matheu en su tratado de *re criminali*.

§. 4.° *Asilo con relacion al procedimiento.*

Los males que á mediados del siglo pasado se esperimentaban en la administracion de justicia, fomentados por la diversidad de opiniones (1) ya respecto de la pertenencia de jurisdiccion para el conocimiento de los artículos de inmunidad local y estraccion del refugiado, y ya tambien respecto de la formacion del doble proceso y de la prueba necesaria para gozar del beneficio, hicieron desear vivamente á notables jurisconsultos y celosos ministros de aquella época (2) el remedio que creyeron podria conseguirse solicitando acordarlo con Su Santidad. Al tiempo que la de Clemente XIV dió el gran paso de reducir el número de lugares inmunes, determinó tambien la manera de proceder á la estraccion del refugiado clérigo ó seglar; pero quedaron en pie los antiguos males y perjuicios, no siendo los menores los que motivaron la real resolucion de 7 de octubre de 1775, que dada primero para España y estendida á muy poco á los dominios de Indias, si bien dirigida en ambos casos únicamente á los juzgados y cuerpos militares, produjo saludables efectos y beneficios al Estado en la pronta administracion de justicia: en el alivio de los refugiados que se perpetuaban en las cárceles y aun morian algunos interin duraba la competencia, y otros por su mala inclinacion, necesidad ó despecho se arrojaban á cometer nuevos escesos dentro ó fuera del asilo: en la seguridad de los buenos ciudadanos que por infundado recelo solian desviarse de las iglesias donde habia retraidos; en el decoro y veneracion debida á los templos que muchas veces eran profanados por los mismos

(1) Sanz en su obra titulada «Modo y forma de instruir y sustanciar las causas criminales, escrita y publicada en Valladolid en 1769, caso 1.°, numeros desde el 45 al 67, enumera, con referencia á Cortiada, las cinco opiniones que sobre la autoridad competente, caso y modo de proceder á la estraccion existian; y despues de referir la del autor que cita, propone la suya fundándola en la Bula de Clemente XII y en varias razones que aduce.

(2) D. Manuel de Roda, en su juicio crítico ya citado, números desde el 547 al 563.

refugiados, y en la tranquilidad de los prelados y ministros del altar que en alguna ocasion fueron ajados y heridos por la mano sacrílega de aquellas gentes. A pesar de haberse mandado posteriormente observar por punto general la referida providencia en aquellos dominios, todavía se suscitaban dudas en razon de la diversidad de opiniones sobre la estraccion de los refugiados y formacion de las causas, y de los abusos introducidos en el modo de entablar y seguir las competencias; y esto, unido á hechos posteriores de estraccion y restitucion á la iglesia de cierto reo, sobre la que opinaron distintamente los fiscales, dió orígen á la famosa ley de procedimiento que con acuerdo del Consejo Supremo de Guerra y del de Indias se dió para aquellos paises á fines del último siglo, y es hoy la vigente sobre asilo sin ninguna alteracion (1).

Como de las mismas causas nacen iguales efectos, en nada se diferenciaban de los espresados los perjuicios que en España se sufrian por la paralizacion de los procesos mientras se decidia el artículo de inmunidad por el juez eclesiástico cuando se promovia por el real el recurso de fuerza, resultando impunes los delincuentes y sin la debida satisfaccion la vindicta pública á causa de la restitucion del reo al lugar de donde habia sido estraido. Conociéndolo así la estinguida Sala de alcaldes de Casa y Córte, lo hizo presente al señor rey D. Cárlos IV, quien con acuerdo de su Consejo mandó ampliar á España la citada ley para su observancia en cuanto á los reos sujetos al fuero ordinario: ley que como espresa su autor en el decimotercero de los artículos, tenia por objeto principal la debida atencion á la humanidad, la quietud pública y el remedio de tantos males como hasta entonces se habian esperimentado con irreverencia del Santuario (1).

Inútiles son hoy las cuestiones que acerca de la autoridad competente para conocer de incidentes de asilo se suscitaron en otros tiempos y pudieran todavía suscitarse en el terreno de las teorías. La Cédula de 15 de marzo de 1787, dada para Indias, y la de 11 de noviembre de 1800 para España son ya hechos consumados que reconocen por base un maduro exámen y en los que se tuvieron á la vista las leyes civiles y cánones, bulas y concordatos: son leyes emanadas de la autoridad temporal, en las que conservándose los principios propios y naturales de ambas jurisdicciones, se fija su aplicacion sustituyendo á la antigua práctica otra mas breve, razonable y menos dispendiosa, y sin disminuir los derechos del individuo ni rebajar en nada el respeto y decoro debido á los lugares sagrados, se hace cierta, pronta y eficaz la administracion de justicia.

La sola lectura de la citada Cédula de 1800 seria suficiente para conocer el órden de procedimiento que en España debe observarse en los casos de asilo respecto á reos sujetos al fuero comun ú ordinario. Pero por una parte la consideramos alterada en algunos de sus artículos á virtud de lo que establecen la constitucion política de

(1) Esta reseña está tomada del preámbulo mismo de la real Cédula del Consejo de Indias de 15 de marzo de 1787, sobre estraccion de reos en aquellos dominios. Puede verse íntegra en Colon, Juzgados militares de España é Indias, tom. 1, pág. 253 y siguientes. Su contenido es igual al de la de 11 de noviembre de 1800 ó ley 6, tit. 4, lib. 1 de la Nov. Recop., escepto el art. 14 que se añadió en esta, y las variantes relativas á las causas de reos militares.

(1) La historia de estos males está trazada en el prólogo de la citada real Cédula de 11 de noviembre de 1800, ampliada á los juzgados y tribunales de real Hacienda, por otra de 30 de abril de 1805. Ambas se copian íntegras por Pinilla, Tratado teórico-práctico de Juicios de contrabando, pág. 384 y siguientes. Dicha Cédula de 1805 (que es la ley 1, tit. 4, lib. 1 del suplemento á la Nov. Recop.) mandaba que los artículos 3, 4, 10 y 11 de la de 1800 se entendiesen con el Supremo Consejo de Hacienda. Aunque por la ley de 5 de mayo de 1830 se declaró privativo de este el conocimiento en segunda y tercera instancia de los delitos de contrabando y defraudacion, y del ministro de Hacienda como superintendente general de los mismos en primera: por reales órdenes y decretos posteriores ha variado la organizacion de este tribunal, ejerciendo en la actualidad los intendentes y demas subdelegados de rentas las funciones de jueces de primera instancia en toda clase de causas civiles y criminales, con apelaciones y consultas á la audiencia del territorio donde se halla la subdelegacion. Por consiguiente, y debiendo tambien atenerse estos tribunales para la sustanciacion á lo prevenido en el reglamento provisional para la administracion de justicia, no tiene hoy aplicacion lo que en la citada Cédula se disponia con respecto á remitir al Consejo la causa estando en sumario, ni á su intervencion en los demas casos en la misma prevenidos: debiendo los subdelegados seguir por sí, con acuerdo de sus asesores, toda la instancia, remitiéndola á la audiencia en consulta ó apelacion, ó en el caso de interponerse el recurso de fuerza.

1812, el reglamento provisional para la administracion de justicia, y últimamente el nuevo Código penal y ley provisional reformada para su aplicacion; por otra nuestro ánimo es examinarla bajo sus dos aspectos histórico y legal, esponiendo al mismo tiempo lo que acerca de reos militares y de Hacienda se halla establecido para tales casos. Al efecto seguiremos, aunque sin trasladarla por estarlo íntegramente en la parte legislativa, el órden de sus artículos, haciendo sobre ellos las oportunas observaciones y comentarios (1).

El artículo primero es conforme en su letra y espíritu á lo determinado en los cánones y en los breves y bulas pontificias (2). acerca de la estraccion del refugiado eclesiástico ó seglar. Tan necesaria se consideraba para el efecto á principios del último siglo la caucion juratoria ó promesa de *non offendendo* que un edicto del nuncio (3) declaró privado del asilo al que sin este salvo-conducto fuese aprehendido fuera de sagrado, y una ley promulgada á fines del mismo lo confirmó respecto de los militares (1). Cesando las antiguas disputas de si solo en caso notorio podria el juez secular sin licencia de la autoridad eclesiástica proceder á estraer al reo, y sobre á cuál compitiese darla segun los casos y circunstancias (2); se determinó que bastase la noticia dirigida al rector, párroco ó prelado de la iglesia (3); y al antiguo uso de dejar en ella al retraido, mientras se decidía el artículo de inmunidad, manteniéndole la misma segun las circunstancias y sin poder ser aprisionado ni custodiado á no ser en caso de duda, sustituyó la prision incontinenti en la cárcel pública, mantenido á sus espensas, de los caudales públicos ó de la real hacienda.

Háblase generalmente de la prision en este artículo y sin distinguir si el lugar del retraimiento es ó no inmune. Respecto de lo primero, aunque por la regla 23 de la ley provision reformada para la aplicacion del Código penal se determina cuándo procede, creemos conciliable con esta lo dispuesto en el citado artículo, una vez que lo regular y natural es que solo se refugien á sagrado los reos de delitos graves y en los que por consiguiente ha lugar á la prision. Respecto de lo segundo, creemos que no siendo de los designados como inmunes por el Ordinario el lugar á donde se hubiese acogido el reo, se deberia oficiar al cura ó rector de la Iglesia únicamente para que lo conste y presencie si quiere la estraccion; y trascurrido el tiempo necesario para que manifieste su voluntad, proceder á ella con la modestia y respeto debido al templo, continuando en la sustanciacion del proceso como si nada hubiese ocurrido.

(1) El autor del diccionario razonado de jurisprudencia y legislacion, y el traductor del diccionario de derecho canónico del abate Andrés, dicen: que luego que el juez tenga noticia de que se ha cometido algun delito y de que su perpetrador se ha refugiado á la Iglesia, debe hacer segun la práctica las siguientes diligencias. —1.° Certificarse de uno y otro por ante escribano.— 2.° Poner guardas disimuladas que observen las salidas de la iglesia para que el reo no pueda fugarse; pero sin que impidan el que le lleven comida y vestido...—3.° Otorgar ante escribano y testigos la competente caucion jurada en que prometa que mantendrá en la cárcel al refugiado en calidad de detenido y depositado á nombre de la Iglesia, sin mas prisiones que las precisas para su seguridad, que no le impondrá pena alguna hasta que esté decidido el artículo de si debe ó no gozar del beneficio de la inmunidad, y que le restituirá á la Iglesia libre de prisiones en caso de serle favorable la decision, bajo las penas de escomunion contenidas en las constituciones apostólicas.—4.° Pasar oficio al rector, párroco ó prelado eclesiástico, dándole noticia de la estraccion que va á hacerse y acompañándole la caucion. —5.° Proceder á la estraccion y á lo demas que dispone la ley, cuyos artículos se examinan en el testo. Creemos, sin embargo, que ademas de invertirse en diverso modo el órden que segun la ley misma debe observarse, es contra su espíritu y letra y tomado solo de la práctica antigua derogada por ella, formular la caucion de la manera que dichos autores aconsejan.

(2) Véanse los cánones 33, 33, 35 y 36, causa 17, cuest. 4; y los caps. 5 y 10, tit. 49, lib. 5 de las Decretales copiados en la parte legislativa: y el Breve de Clemente XIV con referencia á las Bulas de Gregorio XIV, Benedicto XIII y Clemente XII, de que hace mencion la nota 9, al tit. 4, lib. 1 de la Nov. Recop. A pesar de lo dispuesto sobre estraccion en el citado Breve, en real órden de 26 de mayo de 1778, circulada por el Consejo, se acordó *continuase en Aragon la observancia del fuero y costumbre* de estraer los ministros seculares á los reos, de los lugares inmunes *sin permiso del eclesiástico ni perjuicio de la inmunidad*, aunque con el debido respeto á la casa de Dios. Nota 12 á los citados tit. y lib. y real Cédula de 30 de abril de 1806 que forma la ley 1.ª del suplemento á los mismos.

(3) Edicto de 28 de agosto de 1817. Colon le inserta, tomo citado, pág. 226.

(1) Ley 9. tit. 4, lib. 1 de la Nov. Recop.

(2) Roda citado, núms. 557 á 561.

(3) Pinilla en su citada obra, pág. 120, inserta las del auto primero, notificacion al provisor ó vicario y diligencia de estraccion con las demas necesarias hasta recibir al retraido la confesion, y aun la de esta misma. Este método nos parece muy conforme á la Real Cédula: y en lugar de la caucion en los términos que lo está la copiada por Zúñiga en el tomo 2.° de su Biblioteca judicial, pág. 177, nota 2, preferiríamos la práctica de aquellas diligencias, especialmente de la de estraccion, tal como el primero de estos autores la propone.

Respecto de los militares refugiados ó que se refugiasen á la iglesia, debe distinguirse el caso en que fuesen desertores por primera vez del en que segun las ordenanzas esten ó deban ser procesados por delitos aun mas graves. En el primero pueden ser sacados de la iglesia ó lugar inmune por vía económica, con la caucion de no castigarlos ni vejarlos, y restituidos á sus cuerpos con la misma condicion, sin que la conformidad ni la resistencia de los eclesiásticos á entregarlos embarace para que puedan ser castigados si cometen nuevos delitos, no valiéndoles alegar iglesia fria (1). En el segundo está mandado que se estraigan inmediatamente con la caucion de no ofender, y que se les ponga en cárcel segura, procediendo á lo demas de que se hará mencion en su lugar cuando examinemos los demas artículos de la ley (2).

Supónese en el segundo artículo que solo consta el hecho del retraimiento, pero no su causa, y que, por consiguiente aun no se ha comenzado el sumario: y en el caso de resultar de la averiguacion que aquella es leve ó voluntaria, dispone se corrija prudentemente y á arbitrio del juez al retraido, poniéndole en libertad con el oportuno apercibimiento. Atendida por una parte la disposicion 4 del artículo 31 del reglamento provisional no podria ejecutarse una providencia como esta, que equivale á un sobreseimiento, sin consultar con la audiencia del territorio. Por otra el artículo 19 del Código penal reformado, derogó esa facultad arbitraria de que habla el de la Cédula; y la ley provisional para su aplicacion señala los casos y modo de otorgarse la libertad al preso ó detenido, exigiendo ademas la conformidad del reo para la imposicion de la pena correccional que en la acusacion se pida contra él, ó el juez le imponga, consultando el fallo con la superioridad.

La formacion del sumario en el caso que de la averiguacion resultase delito acreedor á pena formal; su remision á la audiencia; la intervencion del fiscal de S. M., y la designacion de la pena que habria de imponerse al refugiado cuando su delito no fuese de los esceptuados, como al mismo tiempo la de los trámites que en otro caso deberia correr el sumario, son el objeto de los artículos 3, 4, 5 y 6, tomados casi á la letra en algunas de sus cláusulas de lo que respecto de reos militares disponia la real resolucion de 7 de octubre de 1775, si bien nada se habla en aquellos de la formacion de competencia con la jurisdiccion eclesiástica, prevenida en esta ademas de la consignacion del delincuente. Con la promulgacion de esta ley se hizo cesar del todo el grande embarazo que producia la práctica conforme con la opinion mas generalmente admitida é introducida hacia tiempo, de que el juez eclesiástico, sin pasar por los méritos del proceso del juez seglar, y con absoluta independencia, debia formar el suyo con diversas pruebas de donde resultase el convencimiento de la existencia y de la cualidad del delito (1). La Sala de alcaldes de Casa y Corte la habia ya reformado un tanto por la costumbre de remitir los autos originales al vicario para que declarase la inmunidad, si bien las chancillerías solian últimamente enviar un traslado (2). A esta última práctica se acomodó la disposicion de la ley en el art. 6, mandando que el juez inferior á quien se devolviesen los autos oficiase al eclesiástico acompañándole copia autorizada de la culpa que del sumario resultase. De notar es tambien la variacion introducida por el artículo 5, en cuanto á la restitucion que en el caso que el mismo espresa estaban antes obligados los jueces á hacer

(1) Ley 3 y nota 3, tit. 4, lib. 1, Nov. Recop.
(2) Real resolucion de 7 de octubre de 1775, mencionada en la nota 13 al tit. 4, lib. 1, Nov. Recop. Esta fue la que ampliada á los dominios de Indias en 16 de setiembre de 1776 (nota 14, á los citados tit. y lib.) *se mandó guardar tambien en Cataluña y Aragon*, por otras posteriores (nota 15 de id.) En real órden de 28 de diciembre de 1780 se declaró *aplicable á las causas de inmunidad de reos pertenecientes á los cuerpos de casa real*, y en otra de 31 de julio de 1806 se mandó que se observase *en las de los sujetos al fuero de Guerra*; Colon, citado tom. 1, pág. 233 y 234, donde inserta la fórmula del oficio que el asigento mayor debe pasar al juez eclesiástico, ó en su ausencia al cura párroco ó rector de la iglesia donde estuviese el retraido, y de la caucion juratoria, prévia á la estraccion, haciendo sobre ellas algunas observaciones.

(1) Roda citado, núm. 556.
(2) Covarrubias, máximas sobre recursos de fuerza, tit. 11, nota al párr. 24.

del reo al sitio de donde le habian estraido, y se hallaba mandada á principios del pasado siglo por Cédula del Consejo (1).

Variada, empero, la organizacion de los tribunales; sometidas al conocimiento esclusivo de los jueces letrados, en primera instancia, las causas civiles y criminales que en su partido ó distrito ocurran, correspondientes á la real jurisdiccion ordinaria; escluidas las audiencias de cualquier otro que no sea de segunda ó tercera instancia en las mismas, ó del recurso de fuerza que ante ellas se interponga; y como, por último, no pueden impedirse, rehusarse ni coartarse al procesado sus legítimos medios de defensa, ni imponérsele pena alguna sino en virtud de sentencia ejecutoriada, conforme lo disponen el artículo 265 de la Constitucion de 1812, los 12, 36 y párrafo 2.° del 59 del reglamento provisional, y el 86 del Código penal reformado, deberá con razon considerarse caducado en la actualidad lo dispuesto en la ley recopilada en cuanto á la remision de autos á las audiencias y á las penas que por via de providencia imponian.

Por lo que respecta á los refugiados militares que segun la ordenanza deben ser procesados, la citada real resolucion de 7 de octubre de 1775 previene, que luego de puestos en cárcel segura se les forme el correspondiente sumario, y que evacuada la confesion con las citas resultantes de ella, en el término preciso de tres dias, cuando no haya motivo urgente de dilacion, se remitan los autos al Consejo Supremo de Guerra (y en Indias á los vireyes ó gobernadores respectivos, segun la de 16 de setiembre de 1776) para que, atendidas las calidades del delito, providencien el destino del reo, ó se pida la consignacion formal de su persona, ó se forme la competencia con la jurisdiccion eclesiástica sobre el goce de inmunidad, encargándose en este caso por el Consejo ó por el virey y gobernador á los respectivos jueces y prelados el pronto despacho. Ya otra real órden, de conformidad con lo mandado en el tratado 8, tít 5, artículo 17 de la Ordenanza del ejército, conociendo la disminucion que las tropas padecian por el abuso en la práctica de la inmunidad, pues declarada casi siempre á favor del reo por los jueces eclesiásticos, aun en casos notorios esceptuados, no se habia podido usar otro remedio en España contra las sentencias injustas de aquellos que el de apelacion ó recurso de fuerza ante los mismos; dispuso que en cualquier controversia de inmunidad en que el reo no debiese gozar, se avisase al capitan ó comandante general de la provincia, remitiéndole las informaciones hechas para que diese órden al auditor ó asesor, á fin de que tomase en sí la defensa de la jurisdiccion, pagándose los gastos de la manera que en la misma órden se espresaba: y que se escribiese á los obispos para que encargasen á sus provisores se contuviesen en los límites que los cánones señalan (1). Las dilaciones que estas competencias causaban y el gravámen que la custodia de los reos atraia durante ellas á los regimientos, mayormente teniendo que ausentarse á otro destino, motivó otra real órden (2) que mandaba en tales casos depositarlos en las reales cárceles mas seguras, bajo recibo y con providencia de que se les socorriese con el prest y pan que en su arresto se les habia de suministrar. Consecuencia de esta práctica de las competencias entre el tribunal eclesiástico y el militar fué tambien la real órden (3) que, en conformidad de la Bula de Benedicto XIV *Officii nostri ratio* por la cual se quitaba la cualidad de alevosía á los reos de homicidio para eximirlos del asilo, se dirigió al gobernador de Cádiz mandándole que en las causas sobre tales delitos se arreglase á dicha Bu-

(1) Auto acordado del Consejo de 4 de julio ya citado en la nota 1, tit. 4, lib. 1 de la Nov. Recop.

(1) Real órden de 25 agosto de 1729, de que habla la nota 2 al tit. 4, lib. 1 Nov. Recop., y se halla integra en Colon, tom. 1 citado, pag. 215.

(2) Real órden de 11 de enero de 1788, citada é inserta por dicho autor en el mismo tomo, pág. 242. Sobre el modo de tasarse y pagarse las costas en estas competencias pueden verse las leyes 10 y 11 del citado tit. y lib.; y las reales órdenes de 8 de setiembre de 1775 y 16 de noviembre de 1774, que trae Colon á las págs. 240 y 244.

(3) Real órden de 3 de agosto de 1750 que trae Colon, tomo 1, pág 258.

la, no permitiendo que la curia eclesiástica conociese de las escepciones de embriaguez, locura ni otros pretestos simulados á favor de los reos, puesto que Su Santidad habia determinado el modo de proceder; y que si el juez eclesiástico se estendiese á mas, haria fuerza en el modo y en conocer y proceder cuando el homicidio constase por notorio.

Sin embargo de lo dispuesto en la real resolucion citada, que fijó el órden de proceder en el Consejo Supremo de la Guerra, habiéndose notado que muchos cuerpos del ejército enviaban á él los procesos de refugiados que por reales ordenanzas ó resoluciones tenian penas señaladas para sus delitos con inmunidad, se declaró posteriormente (1) que en tales casos, precedidas la estraccion y caucion, se les formasen procesos y se les sentenciase por el consejo ordinario de oficiales de sus cuerpos del ejército y de la armada; con la prevencion de que si la pena asignada al delito fuese la de presidio, se les destinase á él bajo calidad de desterrados en depósito por ocho ó nueve años á lo mas. Los delitos que aun con inmunidad tienen pena señalada, y de los que por consiguiente debe conocerse en consejo de oficiales, son los de que habla la ordenanza militar de 13 de noviembre de 1765, especialmente el tít. 10, cuyos capítulos 1 y 2 se elevaron á ley general (2) comunicada por los Consejos y Cámaras de Castilla é Indias á los prelados de ambos dominios, con especial encargo como á los demas eclesiásticos seculares y regulares á quienes compitiese, á fin de que uniesen sus disposiciones á las de los jefes y comandantes militares para la pronta estraccion, con el respeto debido á la iglesia, de los soldados que sin crímen precedente se refugiasen para reclamar ó deducir sus pretensiones. Una disposicion posterior (3), dada á consulta del Consejo Supremo de Guerra, conociendo la importancia de la pena prescrita en la ley citada, ordenó que á tales refugiados se impusiese la de servir la mitad mas del tiempo de su condena, o de su empeño, si fuese voluntario: haciéndose despues estensiva esta determinacion, como lo fue la de la ley, al ejército de Indias (1).

En los artículos 7, 8, 9, 10 y 11 es donde se fija verdaderamente el órden de proceder que comienza desde la remision al juez eclesiástico de la copia autorizada, bien consintiese bien denegase la consignacion del reo, que equivale á dejar ó no en libertad al juez real para proceder.

La antigua práctica acostumbraba en el segundo caso á dar la caucion de estilo llamada segunda, y en la que el juez real prometia y se obligaba á restituir al reo siempre que en el discurso del juicio purgase los indicios que contra él resultasen; pero la Cédula de que hablamos, conociendo la contradiccion de esta promesa con la libre consignacion consentida, ó cuando menos, su ineficacia é inconsecuencia, la prohibió en su art. 6, disponiendo en el 8 lo que deberia hacerse si el procesado desvanecia las pruebas ó indicios de su culpabilidad, ó se disminuia la gravedad de su delito (2). Sin embargo, y á pesar de la opinion de notables jurisconsultos y prácticos ilustrados (3), la nuestra es que hoy no podrian imponerse las penas de que en su caso habla el art. 5 y con referencia á él el 8 y 11 de la Cédula, debiendo atenerse el juez por necesidad á la calificacion de los delitos y escala de penas establecida por el Código.

(1) Reales órdenes de 10 y 21 de ju io de 1787, comunicadas en circular de 18 de setiembre del mismo, de que hacen mencion las notas 16 y 17, tit. 4, lib. 1, Nov. Recop. Se repitió su observancia en otra real órden de 26 de octubre de 1807. Colon, lugar ya citado, página 253, donde inserta íntegra dicha circular.

(2) Ley 7, tit. 4, lib. 1, Nov. Recop.

(3) Real orden de 6 de ma o de 1832.

(1) Real órden de 13 de setiembre de 1834.

(2) La ley 8.ª, tit. 4, lib. 1, Nov. Recop., estableció que los militares refugiados pudiesen alegar la escepcion de embriaguez, siempre que seguido el artículo de inmunidad hubiesen sido consignados bajo la caucion de estilo llamada segunda; pero no si lo hubiesen sido libremente, pues entonces deberia guardarse el art. 121, tit. 10, trat. 8.º de las Ordenanzas.

(3) Escriche, Febrero y Zúñiga son de sentir que el juez en el caso del artículo 5.º no puede imponer pena que esceda de diez años de presidio, trabajos públicos, servicio de las armas ó destierro; pero estos autores escribieron antes de la publicacion del Código penal. Don Juan María Rodriguez, en la pág. 281, tom 2 de sus Instituciones prácticas, que dió a luz en Sevilla en 1847 y 1848, dice tambien que en igual caso debe imponerse la pena moderada correspondiente, con arreglo á las leyes de inmunidad.

y por consiguiente á la ley provisional reformada para su aplicacion.

No hay para que detenernos en la esplanacion de la teoría de los recursos de fuerza, habiendo de hacerlo en su lugar correspondiente, al que referimos á nuestros lectores. El fundamento del de inmunidad admitido y ordenado en el art. 10 de la Cédula, que por su esencia es ordinario y en conocer y proceder, á diferencia del que segun el antiguo estilo procedia en el modo (1), se halla ya con anterioridad consignado en el auto acordado del Consejo, que trasladamos por lo esplícito de sus términos y dice: «Que compete á la real persona por derecho supremo la regalía (de »alzar las fuerzas), y de él usan los tribu»nales cuando los jueces eclesiásticos in»tentan inhibir á los seglares que procedan »legítimamente, ó por no deber gozar el reo »del amparo de la inmunidad por no haber »sido aprehendido en lugar sagrado, ó por»que el delito en que se procede contra él »es esceptuado por los sagrados cánones, y »que en este caso tambien para impedir la »turbacion de la jurisdiccion temporal se »usa del recurso de la fuerza; y si la causa »lo permite se da el auto de que el eclesiás»tico hace fuerza en conocer y proceder (2).» El juez eclesiástico no puede ni debe negarse á la remision de autos cuando la audiencia lo ordene, pues no siempre, segun el art. 10 citado dispone, hay necesidad de remitir originales los autos, pues esto segun el estilo introducido en los demas recursos de esta clase, se manda cuando el juez eclesiástico tiene su tribunal fuera del punto donde el superior real reside. Si lo tiene en él, se ordena que su notario pase á hacer relacion de ellos; mas en la práctica lo que se hace es pasarlos á la escribanía de cámara que corresponda para que por ella se dé cuenta. El juez civil debe remitir los suyos con esposicion razonada, directamente á la audiencia del territorio, para que por el fiscal de S. M., como defensor de la real jurisdiccion, se introduzca y sostenga el recurso de fuerza (1): su renuncia constituye un delito penado hoy por el Código con la inhabilitacion temporal, ó perpétua especial en caso de reincidencia (2), que se impondrán por la superioridad con arreglo á la ley provisional reformada (3).

Siendo posible que el juez real quebrante á su vez la inmunidad procediendo á la estraccion sin el debido respeto y decoro al templo y contra lo dispuesto en la ley de que tratamos, es tambien muy natural y razonable que se conceda al eclesiástico el remedio correspondiente contra este abuso ó esceso de jurisdiccion. Tal remedio no debiera ser otro en efecto que el recurso al tribunal real ó al soberano, para que como protectores de la que ejerce y del derecho y privilegios de las iglesias, los defendiesen corrigiendo las demasías que tiendan á minorar estos ó perturbar aquella. Este es uno de los caracteres distintivos del recurso de fuerza y del de *proteccion*: recurso fundado en diversas prohibiciones impuestas por nuestras leyes (4) á los jueces civiles, y autorizado por la Real Cédula dada en el último tercio del siglo pasado, que hizo cesar la antigua costumbre, no menos ineficaz que opuesta á los cánones, de que los jueces eclesiásticos conminasen á cada paso con censuras y las impusiesen á los seglares que al cabo procedian á su vez contra el delincuente, amparándose con apelaciones y protestando el real ausilio. La ley recopilada ha guardado silencio acerca de este estremo, porque sin duda consideró muy difícil, ya que no imposible, segun la forma de proceder que establecia, un abuso de esta especie por parte del juez temporal;

(1) Covarrubias, en la obra y lugar citados en la nota.
(2) Dicho autor en el párr. 10. Véase tambien á propósito de esta materia la Real Cédula de 4 de octubre de 1780, mencionada en la nota 10, al tit. 4, lib. 1, Nov. Recop.

(1) Covarrubias al fin del tit. 11 de su citada obra, inserta la fórmula ó modelo del recurso ó esposicion.
(2) Artículo 315 del mismo. Es de notar la naturaleza de la pena impuesta en tales casos por el Código; pues ademas de que no pertenece á las corporales aflictivas, guarda una perfecta analogía con el delito, toda vez que es un abuso de la jurisdiccion que en España ejercen los tribunales eclesiásticos por delegacion de la autoridad temporal.
(3) Regla 55 de dicha ley.
(4) Leyes 2, tit. 2, lib. 1, y 3, tit. 1 lib. 2 de la Nov. Recop.

pero los prácticos (1) han creido que en este silencio podrian los eclesiásticos usar de uno de los dos medios de que habla el parrafo 13 de dicha real cédula, cuyo tenor es: «que el uso de las censuras, debe ser con »la sobriedad y circunspeccion que previene »el Santo Concilio de Trento, y que si algu»no de los jueces reales diese motivo de que»ja, lo representen los prelados en derechu»ra al Consejo, ó por mano de mis fiscales »para que se provea de remedio conveniente; y en caso de que no lo tome, lo pueda »hacer inmediatamente por la vía reserva»da del Despacho universal, para que yo »mande se tome la providencia que fuese »mas justa y conveniente (2).»

Determinada por la ley la formalidad de la estraccion y el órden de proceder cuando se tratase de reos pertenecientes á la jurisdiccion ordinaria, y fijada la regla de conducta de la autoridad judicial en los casos en que el delito apareciese claramente comprendido ó esceptuado del asilo, era consiguiente darla para cuando el reo gozase de distinto fuero, por ejemplo, del eclesiástico, ó se ofreciese duda acerca del derecho del refugiado.

El artículo 12, que satisfizo el primero de los estremos indicados, guarda perfecta armonía con lo dispuesto sobre estraccion en el mencionado breve de Clemente XIV; renueva las leyes dadas hasta entonces sobre inmunidad personal de los clérigos relativamente á su fuero en lo criminal; y dejando espedita la jurisdiccion del Tribunal propio del aforado para proceder con arreglo á justicia, exige la intervencion del brazo secular en lo que no alcance la naturaleza de su potestad. Sin embargo, para conciliar esta disposicion con las posteriormente promulgadas sobre el procedimiento, y en especial con la relativa á la sustanciacion de las causas contra eclesiásticos por delitos graves ó atroces, creemos que si hoy se acogiese un clérigo á sagrado deberia ante todo, con intervencion del juez eclesiástico y del seglar, que tiene siempre la intencion fundada en el derecho, verse si conservaba el fuero de tal en la manera que los cánones (1) y leyes del reino (2) prescriben; y resultando gozarle, proceder por su juez propio á la estraccion del refugiado y su prision en las cárceles reales, y una vez apareciendo de las primeras diligencias que el motivo del retraimiento es la comision de un delito atroz ó grave, devolver aquellas al juez seglar para la continuacion y sustanciacion del proceso, en el que, sin perjuicio de lo prevenido en la ley recopilada, se observarán los mismos trámites é instancias que para las de las causas de igual clase contra los demas ciudadanos prescribia el reglamento provisional (3) y hoy la ley provisional reformada para la aplicacion del Código; mas si desde luego apareciese que el retraido no goza ó no debe gozar del privilegio concedido á los de su clase, procederse por el juez real á la estraccion con la correspondiente caucion, y continuarse la causa en los términos indicados. Si á pesar de constarle al juez eclesiástico que el refugiado no gozaba del fuero, se empeñase en proceder contra lo que las citadas leyes y reales disposiciones previenen, podria y deberia segun nuestra opinion entablarse por el real el recurso de fuerza; pues bien sea que el clérigo no goce de fuero por no llenar los requisitos que la instruccion inserta en dicha ley recopilada previene, ó por la comision de alguno de aquellos delitos que el art. 4 del citado real decreto consideró como atroces ó graves, ó por faltar á las condiciones de su estado, aunque no haya cometido delito civil, en cualquiera de estos casos queda reducido á la clase de lego; y si en el uno procede el recurso porque se viola la real jurisdiccion, en el otro compete porque el delito es de los esceptuados (4).

(1) Elizondo, práctica univ. for., tom. 4, pág. 437, número 4. Covarrubias en su citada obra, tit. 10, párrafo 13 y siguientes.

(2) Real Cédula de 19 de noviembre de 1771, inserta por dicho autor en el título citado, párrafos 17 á 20.

(1) Concilio de Trento, ses. 25 de Ref., cap. 6.

(2) Ley 6, tit. 10, lib. 1, Nov. Recop.

(3) Artículo 1 del real decreto de 17 de octubre de 1835.

(4) Citada Real Cédula de 4 de octubre de 1780, de que habla la nota 10 al título 1, lib. 1 de la Nov. Recop Covarrubias, citado tit. 11, párr. 26.

El artículo 13 estableció una norma de conducta para los tribunales reales, que hasta entonces se habian visto embarazados muchas veces en el ejercicio de su jurisdiccion por el distinto modo de opinar de los fiscales defensores de aquella, ó por temor á las censuras eclesiásticas. Castigar correccionalmente ó con las penas á que hubiese lugar á los reos, y siempre en conformidad de lo que en los anteriores artículos se disponia, para que al paso que se atendiese á la humanidad se consiguiese la quietud pública y cesasen los inconvenientes que, perjudicando á esta, eran contra la reverencia misma de los templos; tal fué la intencion espresa del legislador. Al determinarlo así, ademas de los principios de justicia y de interés público y general, se tuvo en cuenta la regla de derecho aplicable á la jurisdiccion real de que en caso de duda es mejor la condicion del que posee; la doctrina legal que enseña que siendo la inmunidad de los templos por lo relativo al asilo, un privilegio concedido por los soberanos, solo á ellos toca decidir cualesquiera duda ó competencia que en su ejecucion se ofrezca (1); y, por último, se confirmó en cierto modo lo que ya á mediados del siglo XVI habia determinado en consecuencia de aquella doctrina el emperador Cárlos V en los casos de duda sobre la violacion de la jurisdiccion eclesiástica (2).

Como con anterioridad á esta ley, dada únicamente para los casos de asilo de reos sujetos á la jurisdiccion ordinaria en Castilla, se observaban desde muy antiguo en el reino de Valencia, corona de Aragon y principado de Cataluña, prácticas distintas que tenian su fundamento en los diversos fueros, súplicas y concesiones de sus monarcas y señores, especialmente en la famosa concordia que hácia el último tercio del siglo XIV celebraron la reina doña Leonor y el cardenal Comenge (3), y como por otra parte regia de derecho en los mismos reinos respecto de los militares la dada tambien al propio objeto en los últimos años del siglo XVIII para Castilla, que puede considerarse como el fundamento de la general que estableció la cédula de Indias, y á su imitacion la que examinamos, si se esceptúan, como hemos dicho en otro lugar, las diferencias consiguientes tratándose de reos sujetos al fuero de guerra: era necesario que la ley, cuyo principal carácter consiste en la generalidad, determinase si sus disposiciones habrian de observarse respecto de los mismos en aquellos puntos ó si confirmaba la práctica en ellos subsistente. Hízolo así la ley, aunque añadiendo la cláusula de por ahora, y reservándose para otro tiempo tratar de uniformarla con la de Castilla si se creyese conveniente. Pero en real decreto de 31 de octubre de 1835, considerando muy depresiva de las justas regalías de la corona, y poco decorosa para la magistratura esta práctica que se observaba en la antigua corona de Aragon; deseando que en toda la monarquía se siguiese, en cuanto á las competencias entre la jurisdiccion real y la eclesiástica, y en cuanto á los recursos de fuerza y proteccion, un método uniforme; y teniendo presente lo que sobre el particular dispusieron las Córtes estraordinarias de 11 de noviembre de 1813, se suprimió dicho empleo de Canciller de contenciones que en la antigua corona de Aragon existia, mandando que las competencias que allí ocurriesen entre los juzgados ó tribunales reales y los eclesiásticos, se estableciesen y decidiesen conforme á lo prevenido en las leyes de Castilla y disposiciones vigentes en la materia, y que los recursos de fuerza y proteccion tendrian lugar en el territorio de dicha antigua corona como en las demas provincias de la monarquía, sin embargo de cualesquiera leyes, fueros y costumbres en contrario.

(1) Covarrubias, lugar citado, párr. 22.
(2) Edicto del emperador Cárlos V de 4 de octubre de 1540, que cita dicho autor en el mismo lugar.
(3) Por concordia celebrada en tiempo del rey don Pedro IV, año 1372, entre la reina doña Leonor de Portugal, su muger, y el nuncio cardenal Bertran de Comenge, se estableció que en las competencias suscitadas entre la jurisdiccion real y la eclesiástica se nombrasen árbitros para dirimirlas, y no habiendo entre ellos conformidad se decidiesen por un canciller eclesiástico de real nombramiento, el cual resolviera el punto dentro de treinta dias; y no haciéndolo en este tiempo, se entendiera decidido á favor de la jurisdiccion eclesiástica

SECCION IV.

CONVENIENCIA Ó INCONVENIENCIA DEL DERECHO DE ASILO ECLESIASTICO EN EL ESTADO ACTUAL DE LA LEGISLACION.

Del exámen filosófico-legal del asilo eclesiástico, de su historia en la Iglesia universal y mas especialmente en la de España, y por último, de la esposicion del derecho canónico-civil vigente en nuestro pais, pudiera desde luego concluirse sobre la conveniencia ó inconveniencia de este derecho. Aunque fundado en un principio constante, cual es la reverencia debida á los lugares destinados á dar culto á la Divinidad, no por eso puede llamarse de derecho natural, divino ó positivo, mientras le consideremos como una violacion de los inmutables que aquel establece relativamente á la conservacion del órden público en la sociedad y al castigo de los delincuentes, y mientras no se pruebe la identidad del asilo cual hoy le entendemos con el que las sagradas páginas refieren. Un derecho que solo debe su nacimiento á la costumbre dimanada de la necesidad de eludir las venganzas privadas ó de sangre, en épocas en que todavia las leyes eran impotentes para reprimir este desórden, y poner un dique á la saña del ofendido que aunque subsistiendo con este carácter en la Iglesia desde su establecimiento, no la autorizó por cánon ni disposicion alguna de sus primeros obispos, cuya intervencion se limitó solo á interceder por el culpable con el fin de conseguir su enmienda por medio de saludables penitencias; que degenerando muy luego en abuso solo sirvió para fomentar la impunidad con la esperanza de una intercesion que á mas de interesada se hizo ineficaz para el culpable; un derecho que por esta causa desde entonces fué limitado y ordenado primeramente por las leyes de los emperadores y príncipes, con asentimiento y de acuerdo con la autoridad pontificia, que hasta la época de la introduccion de las falsas Decretales no pretendió arrogarse la esclusiva potestad de legislar sobre la materia; que dió lugar á innumerables contiendas entre la jurisdiccion civil y la eclesiástica, sosteniendo esta el derecho del refugiado por consecuencia del privilegio de inmunidad que corresponde á los lugares sagrados, y aquella el pronto y eficaz escarmiento del delincuente; contiendas que han tenido por término la celebracion de concordatos en unos paises, y en otros la supresion absoluta del privilegio por la autoridad temporal de que dimana: un derecho, por último, que adquiriéndose por la sola voluntad del individuo y del acto material de acogerse á sagrado, hace ineficaces ó al menos sirve para rebajar las penas de antemano establecidas, y á que se ha hecho acreedor, constituyendo de esta suerte una especie de circunstancia atenuante que los principios de legislacion criminal bien entendida rechazan, no puede menos de llamarse inconveniente; pues, cesando la causa inmediata que le produjo, varió de naturaleza y objeto haciendo solo valer para su subsistencia un principio que en nada se opone á su derogacion, y llamando en su ausilio asentimientos de humanidad y de compasion que, aunque compatibles con la justicia, jamás pueden quitar á esta sus derechos. Reducido y limitado de un modo notable el asilo eclesiástico, no solo desde que los emperadores romanos mas piadosos lo consideraron propio de su potestad, sino aun por el derecho mismo de Decretales y leyes de todos los paises, en especial las nuestras, parece haber ido caminando poco á poco á su derogacion, tanto mas procedente cuanto lo exigen los adelantos de la época y el estado actual de nuestra legislacion. Cuando las penas eran demasiado severas; cuando para su imposicion no existia otra regla que el arbitrio judicial, por no hallarse clasificado el delito ni sus circunstancias, ni graduadas aquellas de un modo justo y conveniente á la recta administracion de justicia; acaso pudiera ser necesaria su existencia como el medio de templar en cierto modo el rigor de aquellas ó la injusticia de una condenacion. El miedo de los tormentos en otros tiempos tan co-

munes, la idea de una prision inmediata y prolongada, y, por último, el horror de una cárcel hedionda pudieran tambien ser motivos que obligasen en lo antiguo á retraerse á sagrado y permanecer allí gran parte de su vida, constituyéndose en otra especie de encarcelamiento voluntario, pero no menos duradero y penoso. Empero planteada una reforma; establecida una legislacion penal, fruto de la esperiencia y de los adelantos de la civilizacion; abolido el tormento como opuesto á toda razon y derecho, y regularizados, aunque de un modo provisional, los casos y órden de proceder en la prision y en la imposicion de los castigos, han desaparecido las causas del retraimiento, y no hay razon para que se sostenga en toda su plenitud un derecho que hace ya mucho tiempo viene desaprobando la opinion general, es inadmisible en los verdaderos principios de legislacion criminal, y está muy restringido en la práctica de los tribunales. Si se consideran las ventajas que el asilo ha proporcionado á los reos, aun en las épocas en que la potestad eclesiastica se propuso hacer suyo el efecto por razon de la causa, suscitando á este fin competencias con la civil, y los inconvenientes que á la causa pública atrageron tales contiendas, hallaremos, que mientras los mismos reos fueron en primer lugar los perjudicados por la eterna duracion de su asilo, á mas del hambre y miseria que padecian, llegando algunos aun á morir en él, nada ganó el Estado por la impunidad de los delitos, ni la Iglesia por las sacrílegas profanaciones de hombres que en momentos de angustia habian buscado por primera vez el sagrado como albergue de su iniquidad, sin que fuera de esperar la guardasen por eso mayores consideraciones. Desde la promulgacion en España de la ley especial sobre estraccion y procedimiento en los casos de asilo, puede casi asegurarse que, ademas de haber cesado estos inconvenientes, se dió ya un gran paso para la abolicion de un privilegio que hasta entonces habia venido sosteniéndose solo en fuerza de la repeticion de actos y de las opiniones que favorecian á la potestad eclesiástica en desdoro de la iglesia misma y notable detrimento de los derechos de la soberanía. Lo que aun restaba que hacer parece haberse encargado ya de ello el tiempo: una costumbre convirtió en derecho el asilo: el no uso ha venido tambien á hacerle impracticable, porque apenas en medio siglo desde la fecha de la citada ley han ocurrido casos de retraidos á sagrado. Sin embargo, la marcada diferencia que para los efectos jurídicos existe entre el no uso y la costumbre, nos induce naturalmente ó reconocer que mientras esta pudo bastar en otro tiempo para constituir en derecho el asilo, aquel no seria suficiente para considerarle completamente abolido. España, católica por escelencia, ha conservado siempre un religioso y merecido respeto á todo lo que teniendo por base la religion lleva en sí un fin humanitario; y si bien sus legisladores, considerando el asilo como beneficio que emana de la potestad temporal, le han disminuido notablemente en sus efectos por causa del bien comun, todavia le conservan en sus códigos como recuerdo de lo que fué en un principio, como imitacion del de que gozan los palacios de sus reyes, y como monumento de su religiosidad y catolicismo.

ASILO TERRITORIAL O ESTRANGERO. Dáse esta denominacion á la acogida y proteccion que por derecho de gentes se concede en el territorio de un pais al estrangero, deudor ó delincuente que en él se refugia, huyendo de la accion de la justicia. Algunos le han llamado tambien político y de hospitalidad, como para denotar que emana de la que el derecho de gentes natural y la política de las naciones aconseja á estas ejercer entre sus individuos. Por consecuencia de esta obligacion comun á todos los Estados, nace en el refugiado el derecho de asilo, y en el que le acoge el deber de protegerle y prestarle toda seguridad y amparo mientras permanezca en el territorio, respetando sus leyes ó estatutos. Sin embargo, al lado de este principio general basa-

do en la práctica de uno de los deberes imperfectos, aunque necesarios, como es la humanidad, está la escepcion á que dá lugar el cumplimiento de otro universal y perfecto, la justicia. Si el criminal, acogido en el territorio de un pais, es reclamado por su soberano ó por las autoridades de su gobierno para juzgarle ó imponerle el condigno castigo, entonces es llegado el caso de acceder ó no á su entrega, que los publicistas llaman estradicion. Ligadas íntimamente con la materia del asilo territorial las cuestiones que sobre aquella ocurren, y como respecto del primero puede asegurarse que no existen otras reglas que las que el uso ó los tratados establecen relativamente á la segunda, nos ha parecido oportuno tratar de ambos en el presente artículo, consultando de este modo á la unidad, y con el objeto de dar tambien cabida en la parte legislativa y doctrinal á los diferentes tratados, convenios y disposiciones que constituyen sobre este punto el derecho político interior y fijan las relaciones internacionales de España con varias de las potencias europeas.

PARTE LEGISLATIVA.

SUMARIO.

Tratados con Portugal.
Id. con Francia.
Id. con el imperio de Marruecos.
Id. con Dinamarca.
Id. con la regencia de Trípoli.
Id. con la de Tunez.
Id. con la Holanda.
Id. con la gran Bretaña é Irlanda.
Id. con Gibraltar.
Id. con Génova.
Disposiciones relativas al cumplimiento de los tratados.
Legislacion estranjera.

TRATADOS CON PORTUGAL.

LEY 3, TIT. 36, LIB. 12 DE LA NOV. RECOP.

Don Fernando y doña Isabel en Madrid por pragmática de 20 de mayo de 1499.

«Cualquier hombre natural del dicho reyno de Galicia, ó de otro cualquier que del dicho reyno de Galiçia viniere á este reyno de Portugal, y matare en él alguna persona á ballesta, ó por dinero que le sea dado, ó salteare ó robare en caminos, ó hiciere otro maleficio semejante, y se tornare ó huyere para el reyno de Galicia, ó á los otros reynos ó señoríos de Castilla, siendo ellos requeridos por las justicias destos reynos de Portugal y por sus cartas, que los entreguen para dellos hacer justicia en el dicho reyno, que el dicho licenciado, y los otros alcaldes mayores y gobernador, y los que despues dellos vinieren con los semejantes poderes, los hagan luego prender y entregar á las justicias del reyno de Portugal: y que tambien cualesquier malhechores que deste reyno de Portugal fueren al reyno de Galicia, y Castilla y sus señoríos á hacer los dichos maleficios y otros semejantes, y se tornaren al dicho reyno, siendo requeridas las justicias dellos por los del dicho reyno de Galicia, de Castilla y sus señoríos, que los prendan y entreguen donde hicieren los dichos maleficios para se de ellos facer justicia; y que los dichos desembargadores y justicias de Portugal los entreguen y fagan prender. Y otrosi, cualquier persona que del dicho reyno de Galicia, y de Castilla y sus señoríos, que en los dichos reynos ficiere los dichos maleficios y otros semejantes, y se acogieren y acotaren en estos reynos de Portugal, siendo los desembargadores y justicias dellos requeridos por el dicho licenciado, y alcaldes mayores, y gobernador, y justicias del dicho reyno de Galicia, y Castilla y sus señorios, que los prendan y entreguen á las justicias del dicho reyno de Galicia, y que los dichos desembargadores los entreguen presos para se dellos facer justicia: y por el semejante los que en este reyno de Portugal ficieren los dichos maleficios y otros semejantes, y se acogieren al dicho reyno de Galicia, Castilla y sus señoríos, siendo requeridos por los dichos desembargadores ó cualquier justicias destos reynos, que los prendan y entreguen por la guisa que dicha es.....» Y nos fue

suplicado que confirmásemos el dicho concierto: por ende acatando que lo suso dicho es servicio de Dios Nuestro Señor, y execucion de la justicia, tuvímoslo por bien; y por la presente, siendo confirmado el dicho asiento por el dicho rey y príncipe nuestro hijo, confirmamos y aprobamos el dicho concierto que de suso en esta nuestra carta vá incorporado; y mandamos que sea guardado, cumplido y executado en todo y por todo, segun que en él se contiene.

LEY 4, ID., ID.

Don Felipe II en el Escorial por pragmática de 20 de junio de 1569.

Como quiera que el asiento y concordia que entre los señores reyes católicos, nuestros visabuelos de gloriosa memoria, y el Sermo. don Manuel, rey de Portugal, que á la sazon reynaba, se hizo y tomó cerca de la remision de los delincuentes que de un reyno á otro se acogian, y de los delitos y casos, y en la forma que habian de ser remitidos al reyno y parte donde los hubieren cometido, segun que se contiene en la ley anterior, era así muy justo y conveniente al servicio de los reyes y beneficio público de ambos reynos, no parece, en los casos que han sucedido, haberse enteramente guardado y cumplido; y demas desto en el entendimiento de algunas palabras y cláusulas ha habido dudas y dificultades; y que otrosí se dejaron de declarar y espresar otros delitos y casos en que habia mayor ó igual razon; y queriendo Nos conservar y continuar en esto, como en todo lo demas, la hermandad, quietud y amor que entre Nos y el Sermo. rey de Portugal, nuestro sobrino, y los dichos señores reyes, nuestros antecesores, ha habido y hay; y habiéndose sobre esto de nuevo tratado por medio de nuestros embaxadores y Consejo, y parecer de algunos de los de nuestros Consejos, habemos acordado y asentado de renovar y confirmar, declarar, extender y ampliar, como por la presente renovamos, confirmamos, declaramos, extendemos y amplíamos lo contenido en las dichas capitulaciones, asientos y concordias, en la manera y por la forma, y en los casos que aquí será declarado.

1. Primeramente, que en cuanto toca á las personas de cualquier estado, calidad y preeminencia que sean, naturales, súbditos ó no súbditos, que cometieren ó incurrieren en el crímen *lesæ majestatis* contra las personas de Nos los dichos reyes de Castilla y de Portugal y de nuestros sucesores, ó contra las reynas ó nuestros hijos legítimos, ó se alzaren ó revelaren con alguna ciudad, villa ó castillo, ó hicieren ó trataren en cualquier otra manera contra nuestros Estados, y las tales personas se acogieren del reyno de Portugal al de Castilla, ó del de Castilla al de Portugal, aquellos sean remitidos al rey y al reyno contra quien y adonde cometieren el tal crímen, para que en él sean punidos y castigados, y hecha justicia como sus crímenes lo merecieren; confirmando y renovando, como en esto confirmamos y renovamos, lo contenido y dispuesto en la capitulacion antigua, con este aditamento y delaracion: que siendo la requisitoria, en virtud de la cual se pidiere la remision, emanada de los del nuestro Consejo, ó relaciones y desembargadores, ó de las nuestras audiencias, alcaldes de Corte ó del Crimen, ó de los otros tribunales supremos, inserta la informacion del delito, con esta sola, sin presentarse otro proceso, ni hacerse otra informacion ni averiguacion en el reyno, ni por los jueces donde y ante quien se pidiere la tal remision, se haya de hacer y haga; pero si la dicha requisitoria no fuere dada ni emanada de las relaciones, audiencias, alcaldes ni tribunales supremos, sinó de los corregidores ú otros jueces y justicias inferiores, en tal caso se haya de presentar el proceso y probanza que se hobiere hecho contra el tal delincuente; por el cual, constando del delito, sin hacerse ni admitirse otra probanza, defensa ni disculpa alguna, se haya de hacer y haga la dicha remision; y que esta misma órden y forma se haya de guardar y guarde en to-

dos los casos en que, conforme á lo que de suso será declarado, se ha de hacer en la dicha remision.

2. Otrosí, en cuanto toca á las personas que del un reyno se pasaren y acogieren al otro, llevando hacienda, ó cosas hurtadas ó robadas, que aquellos hayan de ser presos y remitidos con los dichos bienes y hacienda, conforme á lo contenido en la capitulacion antigua: lo cual de nuevo se entiende, y queremos que se entienda en los oficiales de Nos los dichos reyes, que habiendo tenido cargo y administracion de nuestra hacienda, se ausentaren y huyeren del un reyno al otro, sin haber dado cuenta ni pagado lo que deben: y en los factores de los mercaderes, y en los mismos mercaderes que se alzaren ó quebraren, y se fueren del un reyno al otro, para que todos los susodichos sean presos y remitidos con los bienes y hacienda que llevaron, á aquel reyno y parte donde se ausentaren y fueren.

3. Otrosí, que lo contenido y dispuesto en las capitulaciones antiguas, cerca de los que llevaren del un reyno al otro mugeres casadas, y de las dichas mugeres casadas que se fueren sin licencia y contra voluntad de sus maridos, para que sean presos y remitidos al reyno donde se ausentaron y fueron, se entienda y extienda á los que llevaren ó sacaren hijas de en casa de sus padres, ó de otras personas so cuya guarda y poder estuvieren, contra la voluntad de los tales padres y personas, para que asimismo ellos y ellas sean presos y remitidos al reyno y parte donde las sacaron y llevaron, dándose y presentándose la dicha requisitoria á pedimento de los tales maridos, padres y personas.

4. Otrosí, en cuanto toca á los que mataren con ballesta ó por dinero, ó saltearen y robaren en camino, y se acogieren del un reyno al otro, que conforme á la capitulacion antigua han de ser presos y remitidos, aquello se guarde y cumpla, estendiéndolo, como lo estendemos, á los que mataren con arcabuz ó escopeta; los cuales asimismo han de ser presos y remitidos al reyno y parte donde cometieren el tal delito. Y otrosí, que los que mataren ó hirieren alguno de los de nuestros consejos, ó de las relaciones y de sembargadores, y á los de nuestras audiencias, alcaldes de corte y del crimen, y de otros tribunales supremos, y se fueren y acogieren al uno de los dichos reynos, sean presos y remitidos al reyno y parte donde el tal delito cometieren: y que esto mismo se entienda en cuanto al caso de muerte, con los corregidores y jueces inferiores que no sean de los dichos tribunales mayores y supremos.

5. Otrosí, que los que por fuerza y con armas rompieren y quebrantaren cárceles para sacar dellas presos, pasando del un reyno al otro á hacer este delito, ó cometiéndole en el mismo reyno y pasándose al otro; los unos y los otros hayan de ser presos y remitidos al reyno y parte donde cometieren el dicho delito, segun y por la forma que de suso está dicho en los otros casos de remision.

6. Otrosí, por cuanto en una de las capitulaciones y asientos que se tomaron entre los dichos señores Reyes Católicos y el dicho serenísimo D. Manuel, rey de Portugal, habiéndose espresado y declarado algunos de los casos sobredichos, en que se habia de hacer remision de los delincuentes, se añadió y puso una cláusula general, que lo mismo se entendiese en los casos semejantes de los espresados, la cual cláusula general ha causado dudas y dificultades y ocasion de diferencias: y habiéndose declarado y añadido en esta nueva capitulacion y asiento los casos en que se ha de hacer la dicha remision, no ha parecido necesario ni conveniente poner la dicha cláusula general, ni que en virtud de la antigua se pueda pedir ni pretender la dicha remision en otros algunos casos, fuera de los que aquí van declarados.

7. Y en cuanto á los delincuentes y personas que de presente, y al tiempo que se publicare esta concordia y provision en la corte de Nos los dichos Reyes, están acogidos en cualquiera de los dichos dos reynos, y pretenderán haberse ido á ellos con buena

fé, y entendiendo habian de estar salvos y seguros; se declara que los que hubieren incurrido ó cometido algunos de los delitos y casos que de nuevo se añaden y declaran, demas de los antiguos, en esta capitulacion y concordia, aquellos hayan de tener y tengan cuatro meses de tiempo, que se cuentan desde el dia de la publicacion en la corte, para se poder salir, é ir libremente de cualquiera de los dichos reynos á otros donde vieren que les conviene. Y en cuanto á los que hubieren cometido, ó incurrido en los casos en que, conforme á las capitulaciones antiguas, se habia de hacer la dicha remision, que en aquellos se determine y haga justicia en el caso de la remision, segun y por la forma que antes de esta capitulacion nueva se podia y debia hacer: entendiéndose, como está dicho, en los que ya de presente y al tiempo de la publicacion estaban acogidos; porque en los que de nuevo y despues de la publicacion de esta capitulacion se acogieren, se ha de guardar en todos los casos en ella declarados, aunque los tales delitos fuesen cometidos antes de la publicacion.

8. Y que otrosí, que en todos los casos y delitos que en esta capitulacion y concordia van espresados y declarados, en que se ha de hacer la remision de los delincuentes del un reyno al otro, se entienda y haya de entender, no solo en los principales delincuentes y perpetradores de los tales delitos, pero ansimismo en los que los mandaren cometer y hacer, para que dellos, como de los tales delincuentes, se haya de hacer la dicha remision.

LEY 3 DE ID., ID.

D. Cárlos III por real órden de 11 de abril, y Cédula del Consejo de 18 de agosto de 1779.

Para tranquilidad y beneficio comun de mis estados y los de la señora princesa doña María, reina Fidelísima de Portugal, se ajustó y firmé en 11 de marzo del año próximo pasado de 78 un tratado de amistad, garantía y comercio en que se revalidan y esplican los anteriores que subsistian entre España y Portugal, comprensivo de diez y nueve artículos, de los cuales el 2 y el 6 son del tenor siguiente:

2. En consecuencia de lo pactado y declarado en el artículo antecedente, y de lo demas que espresan los tratados antiguos que se han renovado, y otros á que ellos se refieren, que no fuesen derogados por algunos posteriores; prometen SS. MM. Católica y Fidelísima no entrar el uno contra el otro, ni contra sus Estados en cualquiera parte del mundo, en guerra, alianza, tratado ni consejo, ni dar paso por sus puertos y tierras, auxilios directos ó indirectos, ni subsidios para ello, de cualquiera clase que sean, ni permitir que los den sus respectivos vasallos; antes bien, se avisarán recíprocamente cualquiera cosa que supieren, entendieren ó presumieren que se trata contra cualquiera de ambos soberanos, sus dominios, derechos y posesiones, ya sea fuera de sus reynos ó ya en ellos, por rebeldes, ó personas mal intencionadas y descontentas de sus gloriosos gobiernos; mediando, negociando y auxiliándose de comun acuerdo para impedir ó reparar recíprocamente el daño ó perjuicio de cualquiera de las dos coronas; á cuyo fin se comunicarán y darán á sus ministros en otras cortes, como á los vireyes y gobernadores de sus provincias, las órdenes é instrucciones que tengan por conveniente formar sobre este asunto.

6. Se observará exactamente lo estipulado en el artículo 18 del tratado de Utrecht de 6 de febrero de 1715, celebrado entre las dos coronas: y en mayor esplicacion de él, y de los tratados y concordias antiguas del tiempo del rey don Sebastian, declaran los dos altos príncipes contrayentes, que ademas de los crímenes especificados en dichas concordias, se comprenden y han de comprender en las espresiones generales de ellas, como si individualmente se hubiesen nombrado, los delitos de falsa moneda, contrabandos de estraccion ó introduccion de materias absolutamente prohibidas en cualquiera de

los dos reinos, y desercion de los cuerpos militares de mar ó tierra, entregándose los delincuentes ó desertores; bien que de los castigos que se hayan de imponer á estos últimos se esceptúa la pena de muerte á que no podrá condenárseles, ofreciendo ambos monarcas conmutarla en otra que no sea capital. Para facilitar la pronta aprehension y entrega de unos y otros, han resuelto los dos altos contrayentes se ejecute, sin exigir otro requisito, todas las veces que lo reclamase el ministro ó secretario de Estado de los Negocios estrangeros de cualquiera de las dos potencias, mediante oficio que pase para ello, ya sea directamente, ó ya por los respectivos embajadores de ambos soberanos; pero cuando sean los tribunales quienes soliciten la entrega de algun reo, se observarán las formalidades de estilo en las requisitorias establecidas desde el tiempo en que se ajustaron las mencionadas concordias. Finalmente, si SS. MM. Católica y Fidelísima tuviesen por conveniente hacer en lo sucesivo alguna nueva esplicacion sobre los particulares de que trata este artículo, especificando algun otro caso determinado, ofrecen comunicársele y ponerse de acuerdo amistosamente, mandando se observe lo que arreglen entre sí, como todo lo que va aquí estipulado, para cuyo cumplimiento espedirán desde luego las órdenes conducentes.

Convenio definitivo entre las cortes de España y Portugal para la recíproca entrega de malhechores, desertores y prófugos del alistamiento militar, firmado en Madrid el 8 de marzo de 1823.

Artículo 1. Todos los desertores, reclutas ó mozos alistados para el servicio militar de España ó Portugal que fueren reclamados como tales por su respectivo gobierno, ya sea inmediatamente, ó ya por las autoridades superiores de las provincias fronterizas, serán recíprocamente entregados á las autoridades que los reclamaren.

Art. 2. Del mismo modo se entregarán de una á otra parte todos los reos procesados y condenados en su respectivo pais, debiendo el gobierno, en cuyo territorio hubiesen venido á buscar asilo, poner en seguridad sus personas hasta verificar su entrega, y por lo que respecta á los reos procesados y no condenados que se refugiaren de uno á otro reino y fueren reclamados por su respectivo gobierno, deberán ser puestos en conveniente custodia, hasta que terminada y decidida su causa se vea si han de ser ó no entregados.

Art. 3. Por la propia razon se harán á las personas á quiénes y dónde conviniere los interrogatorios que los jueces de la causa pidieren se hagan á los mismos reos, observándose á este respecto entre las autoridades españolas y portuguesas la misma correspondencia y reciprocidad de oficios judiciales, que segun las leyes de cada uno de los dos paises se acostumbre á prestar á sus propias autoridades.

TRATADOS CON FRANCIA.

LEY 7, TIT. 36, LIB. 12 DE LA NOV. RECOP.

Don Cárlos III en San Ildefonso á 29 de setiembre de 1761.

1. Siempre que suceda el pasarse de España á Francia ó de Francia á España uno ó mas desertores de caballería ó dragones, sea únicamente en busca de asilo ó sea para tomar partido en el servicio de la otra corona, háyale ó no tomado, se restituirán á la potencia de donde hubiesen desertado, las armas, cartucheras, arreos, caballos, arneses, botas ó botines que se les encontrasen; y si el desertor ó desertores fuesen de infantería, se restituirán igualmente las armas y agregados al uso de ellas, como cartucheras, etc.

2. La restitucion de los mencionados efectos se ha de hacer á los comandantes, y en su falta á los gefes del gobierno y justicia de las plazas, ciudades ó aldeas mas inmediatas á la frontera, transportándolas por sí y á su costa la parte que los restituya hasta consignarlos á la parte que los re-

cobra, sin exigir de ella en este acto otra cosa que el recibo.

3. Cualquier vasallo ó vasallos de sus magestades Católica y Cristianísima, ó cualquiera que, sin ser su vasallo, hubiese cometido en los dominios del uno ó del otro monarca el delito de robo en caminos reales, en iglesias, y en casas con fractura ó violencia, el de incendio premeditado, el de asesinato, el de estupro, el de rapto, el de dar veneno determinadamente, el de monedero falso, y el de hurtar ó escaparse, siendo tesorero ó recibidor del público ó del soberano, con los caudales que debia guardar; todos estos delincuentes y malhechores, en caso de pasarse de uno á otro reino para tomar asilo, serán presos en el á que fuesen, y restituidos al otro en donde cometieron el delito, sin escepcion ni dilacion, y en virtud tan solo de la requisicion que se hará de la corte de Madrid á la de Versalles, ó de la de Versalles á la de Madrid, cada cual en su caso, y aun en virtud de requisicion del comandante de una frontera al comandante de la otra, ó quienes los representen, sin ser comandantes propietarios. Y por lo que mira á los vasallos de los dos monarcas que hubiesen cometido menores delitos (fuera del de desercion) y pasaren del uno al otro reino para libertarse del castigo, tambien ofrecen los dos soberanos restituírselos recíprocamente á la primera requisicion que hará la una á la otra corte.

4. Se ha de proceder á la entrega de los delincuentes y malhechores mencionados, como de primer órden, y efectuarla recíprocamente, no obstante que hayan tomado iglesia ó cualquier otro asilo privilegiado, aunque sea preciso sacarlos de él, atendida la enormidad del delito.

5. Pero para que de resultas de este convenio ó reglamento no se turben las leyes, pragmáticas y concordias eclesiásticas de uno y otro reino, y que al mismo tiempo se verifique la debida reciprocidad; se establece y declara que los reos españoles, presos en Francia con iglesia por delitos que gozan de la inmunidad eclesiástica en España, los restituirá la Francia bajo la condicion de que por consecuencia no serán castigados de muerte, como no lo habrian sido si se les hubiese preso con iglesia en España; y que esta misma fuerza y valor tenga el asilo eclesiástico para los delincuentes franceses que se prendieren en España y se entregaren á la Francia, bajo la condicion de no ser castigados de muerte, como no lo habrian sido en España.

6. Dichos delincuentes y malhechores, citados como de primer órden en el artículo 3.°, serán arrestados, encarcelados, mantenidos y conducidos á espensas de la parte que los restituye hasta la parte de la frontera que los recobra; en donde se entregarán y consignarán á los comandantes militares y civiles, y con preferencia á los primeros, sin otra formalidad que la del correspondiente recibo, y sin pedir otra recompensa que la de cincuenta pesetas si fuese español el delincuente recobrado, y cincuenta libras tornesas si fuese francés.

7. Los efectos y dinero que se encontrasen á los delincuentes y malhechores de mayores y menores delitos, al tiempo de prenderlos, se han de entregar fielmente con sus personas; y con particularidad, si el delincuente fuese ladron, todo el dinero y efectos que hubiese robado, salvo los gastos de justicia que se hiciese constar ser legítimos é indispensables; sobre que no se permitirá por los superiores de una y otra parte el menor esceso.

Convencion ajustada entre España y Francia, firmada en Madrid á 24 de diciembre de 1786,

Art. 16. Todos los súbditos franceses que hubieren hecho en España *contrabando, de cualquiera clase que sea*, á cuatro leguas de distancia de las fronteras, se restituirán por la primera vez con las pruebas del delito, á fin de que se juzguen segun las leyes francesas. Lo mismo se practicará con los súbditos españoles que hubieren hecho en Francia contrabando de cualquiera clase á cuatro leguas de distancia de las fronteras: y solamente se esceptuarán de lo

dispuesto en este artículo los contrabandistas que fueren reos de hurto ú homicidio ó hubieren cometido alguna violencia ó resistencia á las justicias, rondas ó tropas, y los que despues de una vez entregados reincidieren en el propio delito.

Convenio celebrado entre España y la República francesa para asegurar la recíproca estradicion de los malhechores, firmado en Madrid el 26 de agosto de 1850 por los Excmos. señores don Pedro José Pidal y don Pablo de Bourgoing, plenipotenciarios nombrados en debida forma al efecto.

Artículo 1.° El gobierno español y el gobierno francés se obligan por el presente convenio á entregarse recíprocamente con la única escepcion de sus respectivos súbditos) todos los individuos refugiados de España y sus provincias de Ultramar en Francia y en sus colonias, ó de Francia y sus colonias en España y en dichas provincias de Ultramar, acusados ó condenados como autores ó cómplices de cualquiera de los crímenes que á continuacion se enumeran (artículo 2.°) por los tribunales del pais donde se hubiere cometido el crímen. Se efectuará esta estradicion en virtud de la instancia que uno de los dos gobiernos dirija al otro por la via diplomática.

Art. 2.° Los delitos por los cuales la estradicion deberá recíprocamente concederse son:

1.° El asesinato, el envenamiento, el parricidio, el infanticidio, el aborto, el homicidio, la violacion y los atentados contra el pudor consumados ó intentados con violencia, ó aquellos que hayan sido consumados ó intentados sin violencia contra una persona de uno ú otro sexo menor de once años.

2.° El incendio voluntario.

3.° La sustraccion fraudulenta cometida en via pública, ó de noche en casa habitada; la sustraccion que sea ejecutada con violencia, con escalamiento ó con horadamiento ó fractura interior ó esterior; y en fin, cualquiera sustraccion imputada á criado ó dependiente asalariado.

4.° La fabricacion, introduccion y espedicion de moneda falsa; la fabricacion de punzones ó sellos con que se contrastan el oro y la plata, y la falsificacion de los sellos del Estado y de toda clase de papel sellado.

5.° La falsedad cometida en instrumentos públicos ó privados y en los de comercio; la falsificacion de efectos públicos de cualquiera clase, y la de los billetes de banco; el uso de estos documentos falsificados, esceptuándose siempre las falsedades cometidas en certificados, pasaportes y otros documentos, cuando no se castigan con penas aflictivas ó infamantes.

6.° El falso testimonio y el soborno de testigos.

7.° La sustraccion cometida por depositarios constituidos por autoridad pública de los valores que por razon de su cargo se hallasen en su poder, y la efectuada por cajeros de establecimientos públicos y casas de comercio cuando sean castigados con penas aflictivas ó infamantes.

8.° La quiebra fraudulenta.

Art. 3.° Los documentos en que han de fundarse las demandas de estradicion son:

1.° El auto de prision espedido contra el réo, ó cualquier otro documento que tenga al menos la misma fuerza que dicho auto, y esprese igualmente la naturaleza y gravedad de los hechos denunciados y la disposicion penal que les sea aplicable.

2.° Las señas personales del encausado á fin de facilitar su busca y arresto.

4.° Todos los efectos que se hallen en poder de un procesado en el acto de su arresto, se entregarán al tiempo de hacerse la estradicion y esta entrega no se limitará á los efectos robados, sino que comprenderá todos los que puedan servir á la comprobacion del delito.

Art. 5.° Si el individuo, cuya estradicion se decretare, estuviese judicialmente perseguido en el pais donde se refugió por crímenes ó delitos cometidos en él, no será entregado hasta despues que sufra la pena á que se le condene por razon de estos delitos.

6.° Se esceptúan del presente convenio los crímenes y delitos políticos. El individuo cuya estradicion esté concedida, no podrá en caso alguno ser perseguido ó castigado por ningun delito político anterior á la estradicion.

7.° El individuo entregado en virtud de este convenio no podrá ser juzgado por delito anterior á la estradicion, distinto del que la hubiese motivado, sino en el caso de ser dicho delito de los comprendidos en este convenio, y obteniéndose préviamente en la forma prescrita para aquella por el artículo 3.° la anuencia del gobierno que la haya concedido.

8.° No tendrá en ningun caso lugar la estradicion del delincuente cuando haya prescrito la pena ó la accion criminal con arreglo á la legislacion del pais donde se halle refugiado el reo.

Art. 9.° *Véase la parte legislativa del* ASILO ECLESIASTICO.

Art. 10. La estradicion no se suspenderá porque impida el cumplimiento de obligaciones que el individuo reclamado hubiese contraido á favor de personas particulares, las cuales podrán hacer valer su derecho ante la autoridad competente.

Art. 11. Los gastos que origine el arresto, prision, custodia, manutencion traslacion y conduccion á la frontera de los individuos cuya estradicion se concediese, serán de cuenta del gobierno en cuyo pais se hallase refugiado el delincuente.

Art. 12. El convenio concluido el 29 de setiembre de 1765 quedará nulo y de ningun valor, y dejará de ser obligatorio un mes, dia por dia, despues del canje de las ratificaciones del presente convenio.

Art. 13. Queda ajustado por cinco años el presente convenio, y continuará en vigor durante otros cinco años, con tal que seis meses antes de espirar el primer término, ninguno de los gobiernos hubiese declarado que renunciaba á él, y así sucesivamente de cinco en cinco años.

TRATADOS CON EL IMPERIO DE MARRUECOS.

Tratado de paz y comercio entre España y Marruecos; firmado el 28 de mayo de 1767.

Art. 10. Los españoles que deserten de los presidios de Ceuta, Melilla, Peñon y Alucemas, y los moros que en ellos se refugien, serán inmediatamente y sin la menor demora restituidos por los primeros alcaides ó gobernadores que los aprendan, á menos que no muden de religion.

LEY 9, TIT. 36, LIB. 12 DE LA NOV. RECOP.

Don Cárlos IV, por real órden de 3 de marzo de 1797 espedida por la via de Estado.

El arresto ejecutado en Cádiz por indicios de judaismo en la persona de un marroquí, por aquel comisario inquisidor del Santo oficio, ha producido quejas muy vivas de parte de los príncipes marroquíes, fundadas en nuestro último tratado de paz con aquel reino, en el cual se estipuló que se entregasen recíprocamente los reos de ambas partes para ser juzgados segun sus leyes patrias. Esta disposicion tomada por ambas naciones es enteramente á favor de nuestros españoles: pues sin ella se verian á cada paso mutilados y atropellados por la legislacion marroquí, y por lo mismo debe ser observada por nuestra parte con la mayor escrupulosidad para poder exigir la reciprocidad mas exacta de los moros, que hasta ahora no la han quebrantado en los repetidos casos que han ocurrido. Penetrado de estas reflexiones, y cuidadoso de conservar á mis amados vasallos un beneficio tan importante; me he servido determinar consiguiente á los tratados, que en caso de cometer delito algun marroquí residente en estos reinos, se le detenga inmediatamente y con el sumario que acredite el crímen, se le remita al puerto mas cercano de aquel reino, con encargo á nuestro comisionado en él, de entregarle á su gobierno, para que lo castigue segun

sus leyes, evitando asi las desavenencias que con este pretesto podrian suscitarse entre ambos reinos.

Tratado de paz, amistad, navegacion, comercio y pesca entre S. M. Católica y S. M. Marroquí; firmado en Mequinez á 1.° de marzo de 1799.

Art. 6. Cualquiera español que cometa en los dominios marroquíes algun escándalo, insulto ó crimen que merezca correccion ó castigo, se entregará á su cónsul general ó vice-cónsules, para que con arreglo á las leyes de España se le imponga ó remita á su pais con la seguridad correspondiente, siempre que el caso lo requiera. Igual reciprocidad se observará con los delincuentes marroquíes en España enviándolos al primer puerto de la dominacion de S. M. Marroquí, sin que preceda diligencia judicial ni otra formalidad mas que la de un oficio que el comandante, gobernador ó justicia del territorio donde cometan el delito dirijirá al cónsul general de España, relacionándole su crimen ó falta para que su gobierno les imponga la pena segun sus leyes é institutos.

TRATADOS CON DINAMARCA.

Convenio entre las coronas de España y de Dinamarca para la mútua restitucion de esclavos y desertores en la isla de Puerto-Rico, y en las danesas de Santa Cruz, Santo Tomás y San Juan; firmado en Madrid el 21 de julio de 1767.

Artículo 1.° Todos los esclavos negros y mulatos, cuyos dueños sean españoles, y que se escaparen ó de cualquier otro modo pasaren de la isla de Puerto-Rico á cualquiera de las de Santa Cruz, Santo Tomás y San Juan, que estan bajo el dominio del rey de Dinamarca, y todos los esclavos negros y mulatos, cuyos dueños sean daneses y que se escaparen, ó de cualquier modo pasaren de sus islas á las de Puerto-Rico, han de ser de buena fé reciprocamente restituidos.

Art. 2.° Ha de tener efecto la mencionada recíproca restitucion de los esclavos, con tal que el dueño ó dueños de ellos los reclamen ante el gobernador de la isla á donde se hubiesen ido, en el término de un año, contado desde el dia de su fuga: pero pasado este, se declara pierde el derecho á la reclamacion y al recobro del esclavo ó esclavos, y estos pertenecerán al soberano de la isla á donde se hubiesen refugiado.

Art. 3.° Luego que el esclavo ó esclavos ausentes ó fugitivos fueren reclamados, el gobernador á quien se hiciere la reclamacion dará de buena fé las mas activas órdenes para prenderlos, y luego despues los hará entegar á la disposicion de su verdadero dueño, con tal que este desembolse á razon de un real de plata diario por el tiempo que se hubiere dado de comer á cada esclavo desde el dia que se lo aseguró, y veinte y cinco pesos fuertes por cada uno para gastos de su prision y para remunerar respectivamente á los que hubiesen tenido parte en ello.

Art. 4.° Se ofrecen S. M. Católica y S. M. Danesa recíprocamente, que ninguno de los esclavos restituidos en virtud de este convenio, ha de ser castigado despues de su entrega con pena de muerte, mutilacion de miembro, prision perpétua, ni otro de los castigos semi-mortales por el delito de fuga, ni por otro alguno, á menos de ser de los mayores, en cuyo caso se ha de especificar al reclamante.

Art. 5.° Si alguno de los esclavos fugitivos hubiere cometido delito, en la isla á donde se hubiese refugiado, por el cual deba castigársele, no se ha de entregar hasta que la justicia quede satisfecha; pues de cualquiera delito deberá conocerse en el parajo y jurisdiccion bajo de la cual se haya cometido; pero purgado ya de él, llegará el caso de la entrega. Y si fuese de robo ó deudas, antes de recibir el esclavo, pagará su importe el dueño que le reclame; pero se providenciará por medio de un edicto publicado en una y otra parte, y observado reciprocamente para que los es-

clavos no tengan facultad de contraer deudas en el tiempo de su fuga, ni en el de su detencion.

Art. 6.° Los esclavos que pasaren de las prisiones danesas á las españolas, y que antes de su restitucion hubiesen mudado de religion, podrán con toda seguridad profesar la que de esta suerte hubiesen abrazado; y los sacerdotes católicos romanos, habitantes en las islas de S. M. danesa, podrán administrarles todos los socorros espirituales y necesarios, sin que nadie pueda ponerles dificultad ni embarazo.

Art. 7.° Esta convencion durará y tendrá lugar solo por el tiempo que S. M. danesa continúe en permitir en las tres mencionadas islas de Santa Cruz, Santo Tomás y San Juan el libre ejercicio de la religion católica romana, y que se hallen provistas estas islas de iglesias católicas romanas, servidas por eclesiásticos de la misma religion, autorizados en debida forma segun el rito y método de la iglesia católica apostólica romana.

Art. 8.° Del mismo modo que se establece la restitucion recíproca de esclavos entre la isla de Puerto-Rico y las que domina S. M. danesa, con mayor razon se pactan y se ofrecen S. M. Católica y S. M. Danesa la de los desertores de tropas regladas ó de milicias; á diferencia de que estos se han de restituir con vestidos, armas y cuanto llevaren, y sin que la parte que los recobra haya de satisfacer la gratificacion de los veinte y cinco pesos fijada por los esclavos, solo sí los gastos de su aprehension y demas que hubiesen sido indispensables, antes de llegar el caso de su entrega.

Art. 9.° Habiéndose hecho esta convencion únicamente con el fin de gozar recíproca ventaja de la restitucion de los desertores y esclavos españoles y daneses, en las islas referidas, se ha estipulado que nunca podrá resultar perjuicio alguno á los dos altos contratantes, por los derechos que pretendan tener sobre las islas de Santa Cruz, Santo Tomás y San Juan, de las cuales se trata en esta convencion.

Tratado de paz, amistad y comercio entre España y la regencia de Trípoli, firmado en 10 de setiembre de 1784.

Art. 32. Si algun español cascare ó maltratare á algun turco, no podrá ser juzgado sino en presencia del cónsul para defenderle; y si entretanto se escapase, no será el cónsul responsable del reo.

Tratado de paz, amistad y comercio entre S. M. Católica el Sr. D. Cárlos IV y el bey y la regencia de Tunez, firmado en 19 de julio de 1791.

Art. 19. Si un español fuese preso por haber maltratado á un turco, no podrá ser sentenciado ni castigado sin que el cónsul se halle presente á la vista de su causa, y se pruebe en su presencia el delito; y si el español despues de haber golpeado al turco hubiese hecho fuga, no podrá obligarse al cónsul á que le haga comparecer. Tampoco podrá obligarse al cónsul á hacer venir y buscar al esclavo que se refugiase á alguna nave de guerra de España; y únicamente cuando se refugiase á alguna embarcacion mercante se deberá restituir y castigar al que hubiese promovido la fuga, y al que le hubiese recibido y escondido. Lo mismo y con la misma distincion se practicará en España cuando un esclavo musulman se refugiase á un buque tunecino.

Convencion entre España y la Holanda para restituirse mútuamente los desertores y fugitivos de sus colonias americanas, firmada en Aranjuez á 23 de junio de 1791.

Artículo 1. Se establece la restitucion recíproca de los fugitivos blancos ó negros entre todas las posesiones españolas en América y las colonias holandesas, particularmente entre aquellas en que las quejas de desercion han sido mas frecuentes, á saber, entre *Puerto-Rico* y *San Eustaquio*, *Coro* y *Curazao*, los *establecimientos españoles* en el *Orinoco* y *Esequebo*, *Demerary*, *Berbices* y *Surinam*.

Art. 2. Se verificará la mencionada restitucion con toda legalidad al precio establecido en el artículo siguiente, y á la primera reclamacion que hagan los colonos sus dueños, los cuales tendrán que ejecutarla en el término de un año contado desde el dia de su desercion; pues pasado este tiempo no habrá ya lugar á reclamar los esclavos, los cuales pertenecerán desde entonces al soberano del parage en que se hayan refugiado.

Art. 3. Luego que se reclamen algunos negros ó negras, el gefe gobernador que es á quien debe hacerse la reclamacion, tomará las medidas mas eficaces para su arresto, y para que despues de presos se entreguen á sus dueños, los cuales han de pagar á razon de un real de plata al dia por la manutencion de cada uno desde aquel en se les asegure, y ademas una gratificacion de veinte y cinco pesos fuertes por cada esclavo para atender á los gastos de su prision y recompensar á los que hayan contribuido á su arresto.

Art. 4. Animados los plenipotenciarios de los mismos sentimientos de humanidad, estipulan que en adelante los negros ó negras fugitivos no podrán ser castigados á su vuelta por causa de su desercion con pena capital, mutilacion, prision perpétua, etc., á menos que ademas de la fuga fuesen reos de otros delitos que por su naturaleza y calidad merezcan la pena de muerte, en cuyo caso deberán hacerlo presente al tiempo de reclamarlos.

Art. 5. Si en los parages donde se hubiesen refugiado los negros ó negras fugitivos, hubiesen cometido algun delito digno de castigo, los jueces de aquellos lugares entenderán en la causa, y no restituirán los esclavos sino despues de dejar la justicia satisfecha. Si hubiesen cometido algun robo no se entregarán hasta que sus amos hayan satisfecho el valor de él, y para que no haya que hablar de las deudas que los fugitivos hayan podido contraer, se remediará este abuso publicado por una y otra parte, quedan incapaces de contraerlas durante su fuga ó su prision.

Art. 6. Como la religion no debe de servir de pretesto ni motivo para rehusar la restitucion, los fugitivos holandeses que durante su residencia en las colonias españolas hubiesen abrazado la religion católica podrán perseverar en ella á su vuelta á las colonias holandesas, donde gozarán, sin ser molestados, de la libertad de culto establecida por el gobierno de sus alti-potencias en todos sus dominios.

Art. 7. Habiéndose comprendido á los soldados desertores bajo la denominacion de *desertores blancos* en el art. 1, se establece igualmente la restitucion recíproca de los que abandonando el servicio en las colonias españolas ú holandesas se refugiaren á las de los españoles ú holandeses; pero con la restriccion espresa de no pagarse por estos gratificacion alguna, satisfaciendo puramente los dueños que los reclamen los gastos de su prision, y los que se juzguen indispensables hasta su restitucion, que deberá hacerse con los vestidos, armas y cuanto llevasen encima.

Tratado definitivo de paz entre el rey de España y las repúblicas francesa y bátava de una parte, y de otra el rey del reino unido de la Gran Bretaña y de la Irlanda, concluido en Amiens el 27 de marzo de 1802.

Artículo 20. Se ha convenido en que las partes contratantes siendo requeridas entre si respectivamente, ó por sus ministros y oficiales debidamente autorizados al efecto, deberán entregar á la justicia las personas acusadas de los crímenes de homicidio, falsificacion ó bancarrota fraudulenta, cometidos en la jurisdiccion de la parte requirente, con tal que esto no se haga sino cuando la evidencia del crimen esté tan bien acreditado que las leyes del lugar donde se descubra la persona acusada autorizasen su arresto y entrega á la justicia, si el crimen se hubiese cometido allí. Los gastos de arresto y entrega á la justicia, serán de cuenta de quien hubiese hecho el requerimiento; bien entendido que este artículo no se entiende con los

crímenes de homicidio, falsificacion ó bancarrota fraudulenta cometidos antes de la conclusion de este tratado definitivo.

Convenio para la mútua entrega de desertores españoles é ingleses, ajustado entre los gobernadores militares del Campo de San Roque y de la plaza de Gibraltar en 21 *de abril de* 1838.

Artículo 1. Todos los sargentos, cabos, soldados, tambores, pífanos ó cornetas del ejército español, ó del real cuerpo nacional de marina, ó los reclutas á quienes haya tocado ó tocase la suerte de soldados en las quintas, que desertasen de los distritos de las capitanías generales de Andalucía y la costa de Granada, y que se refugien ó se presenten con armas, vestuario ó caballos, ó sin ellos, en la plaza de Gibraltar, ó que sean hallados á bordo de los pontones que tienen licencia, ó de los buques mercantes con pabellon inglés, en el puerto ó fondeadero de Gibraltar, y todos los sargentos, cabos ó soldados de las tropas británicas que estén de servicio en Gibraltar, que desertaren á la línea española ó á cualquiera de los puntos demarcados que anteceden, serán entregados á sus respectivas autoridades militares de Gibraltar y comandancia del campo de San Roque con cualquier equipo militar que tengan.

Art. 2. Para que pueda efectuarse la captura de los desertores de que hace mencion el artículo que antecede, el señor gobernador de la plaza de Gibraltar acompañará su relacion con una descripcion de la persona del desertor, como tambien de si se ha presentado con armas, vestuario, equipage ó caballo, y el señor comandante del Campo observará igual formalidad.

Art. 3. Efectuada que sea la aprehension, los desertores serán entregados por cualquiera de las partes en el estado en que hayan sido cogidos, y se hará toda diligencia para encontrar las armas, equipo ó caballos, con el objeto de que sean restituidos.

Art. 4. Durante la detencion de un desertor, cuando esta esceda el término de 24 horas, se le suministrarán para su subsistencia dos reales de vellon diarios, que le serán abonados á la parte que haga el adelanto.

Art. 5. Se ha de entender claramente que este convenio no comprenderá á los reos políticos, sino que es puramente para fines militares, y en ningun caso servirá de alegato para pretender la entrega de personas acusadas de delitos políticos.

Artículo adicional. Los desertores que sean entregados por cualquiera de las partes, bien sea que se hayan presentado ellos mismos, ó que hayan sido aprehendidos, no podrán en ningun caso sufrir la pena de muerte, y ambas naciones prometen conmutarla por otra que no sea pena capital.

Convenio entre España y Génova para la recíproca extradicion de reos y desertores, firmado en Génova el 5 *de junio de* 1779.

Artículo 1. Los cónsules ó vicecónsules de España, y donde no los hubiere, los mismos capitanes ó patrones de las embarcaciones de bandera española existente en los puertos, playas ó senos marítimos del Ginovesado, deberán hacer entregar al primer requirimiento del gobierno de la república ó jurisdicentes de ella *todos y cualesquiera reos de cualesquiera delitos* en cualesquiera tiempo cometidos en los territorios del Ginovesado que se hubiesen refugiado á dichas embarcaciones: bien entendido que no se hayan de acercar á ellas esbirros de suerte alguna, sí solamente soldados, ó donde no los hubiese, milicias del Ginovesado; á los cuales soldados ó milicias será permitido el ingreso en las embarcaciones de bandera española, pero siempre con el preventivo consentimiento de los cónsules ó vicecónsules, y donde no los hubiere, de los mismos capitanes ó patrones de tales embarcaciones.

Art. 2. Dichos cónsules ó vicecónsules, y en falta de estos los mismos capitanes ó patrones de las embarcaciones de bandera

española, deberán hacer entregar, ó sea restituir á la república los desertores de ella; y cuando no tuviesen mas delito que la simple desercion, bien que hubiesen desertado con armas y vestuario, deberán ser exentos de castigo; pero si hubiesen cometido algun otro delito mas de la desercion, serán entregados como reos, y como tales quedarán sujetos á castigo; que no podrá estenderse á la desercion, pues acerca de ella siempre deberán ser exentos de castigo no solamente los soldados, sino asimismo los *buenavoyas*, *forzados ó esclavos* que desertasen de las galeras de la república.

Art. 3. Restituyéndose los desertores, se restituirán asimismo las armas y vestuario con que hubiesen desertado, y tratándose de reos de latrocinio se restituirá cuanto se les hallase haberse llevado á bordo de las embarcaciones de bandera española.

Art. 4. Todo lo dicho y espresado en los tres precedentes artículos á este, se ha de practicar igualmente por parte de las embarcaciones de bandera ginovesa, existentos en los puertos, playas ó senos marítimos de España y demas dominios de S. M. C., de suerte que sea perfectamente recíproco sin la menor disparidad.

Art. 5. El cónsul general de España en Génova deberá instruir de esta convencion á sus vicecónsules en las dos riberas de Levante y Poniente, disponiendo tambien que se notifique á los capitanes y patrones de las embarcaciones de bandera española que abordasen á los puertos del Ginovesado; y lo mismo se deberá practicar por parte de la república en los puertos de España y demas dominios de S. M. con los cónsules ó vicecónsules, capitanes y patrones ginoveses, de suerte que la providencia sea perfectamente recíproca.

Art. 6. Queriendo la superior equidad de S. M. C. se estienda este convenio á la mútua entrega de los reos de delitos capitales, cuales son ladrones de hurtos graves y asesinos que se refugiasen á embarcaciones de guerra, tanto de S. M. cuanto de la república, deberán entenderlo así los comandantes de dichas embarcaciones, á quienes se pasará por la república el correspondiente oficio siempre que se reclame algun reo, sin que se necesite otra seguridad de que el delincuente no existe á bordo, que afirmarlo así el propio comandante como oficial del rey y hombre de honor; y ocurriendo hacer alguna advertencia en el asunto á los comandantes de las embarcaciones de guerra de S. M., cuando llegasen al puerto de Génova, deberá ejecutar esto el ministro de S. M. cerca de la república, y no el cónsul como á los capitanes y patrones de las embarcaciones mercantiles.

Tocante á *desertores, buenavoyas y esclavos*, deberán restituirse á la república y recíprocamente á las embarcaciones de guerra de S. M. toda suerte de desertores: á saber, soldados, marineros y cualesquiera otros individuos de dichas embarcaciones que se huyesen á tierra de la república y en ella se manifestaren, ó estando escondidos vinieren á ser descubiertos.

Artículo separado (firmado en Génova el 9 de marzo de 1782). A cualquiera simple demanda de S. M. C., promete y se obliga la república de Génova á prender y entregar á libre disposicion de S. M. *cualquiera su súbdito nacional* que se hallase en cualquiera parte del estado y dominio ginovés; y por un efecto de reciprocidad, S. M. C. promete y se obliga á mandar prender y hacer entregar á la simple demanda de la república de Génova cualquiera su súbdito nacional que se hallase en cualquiera parte de los estados y dominios de S. M.

OTRAS DISPOSICIONES.

REAL ORDEN DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1827.

El ministro plenipotenciario de S. M. en los Paises Bajos me ha remitido copia de una nota que le ha pasado aquel gobierno, relativamente á las formalidades que exigirá en lo sucesivo para proceder al arresto de estranjeros que por delitos cometidos en su pais se refugien en el territorio de los Paises Bajos, habiendo re-

suelto aquel soberano que en adelante no se dé curso á ninguna reclamacion de esta clase mientras no vaya acompañada de una copia de la sentencia ó de los documentos que prueben haberse formado causa. Y enterado el rey nuestro señor de esta determinacion, se ha servido resolver que en iguales casos se use en España de la recíproca con respecto al gobierno de los Paises Bajos. De real órden, etc.

REAL ORDEN DE 12 DE JULIO DE 1838, CIRCULADA EN 21 DEL MISMO A LOS TRIBUNALES DEL REINO.

Segun el art. 3 del convenio celebrado con Francia en 29 de setiembre de 1765 para la extradicion de los delincuentes que se acojan del uno al otro reino, no solo se entiende para este caso los que hayan cometido alguno de los varios delitos que allí se espresan, sino generalmente los que incurran en otro cualquier delito menor que los señalados. Concebida esta última cláusula en términos tan generales, necesita á cada paso aclaraciones que hacen los dos gobiernos, tomando siempre por base el principio de la reciprocidad. Acaban de acordar por notas que se han cambiado entre el señor embajador de Francia y yo, el entregarse los *reos de quiebra fraudulenta* cuando se refugian los del uno en el respectivo territorio del otro. Y conviniendo que este acuerdo llegue á noticia de los tribunales del reino, lo participo á V. E. de órden de S. M. para los efectos consiguientes á dicho objeto.

REAL ORDEN DE 10 DE SETIEMBRE DE 1839.

Para que las reclamaciones dirigidas á la extradicion de pais estranjero de los reos que deben ser juzgados en España, vayan debida y uniformemente instruidas, se ha servido S. M. resolver que los jueces al hacerlas, las acompañen de un testimonio en que conste la naturaleza del delito, la gravedad de los cargos y todas las circunstancias indispensables, dirigiéndose á la audiencia respectiva, la cual, hallando completa la instruccion ó completándola en otro caso, remitirá las diligencias al ministerio de Gracia y Justicia con su informe fundado en los tratados existentes y en las reglas de derecho internacional, á no ser que no procediese la reclamacion, en cuyo caso dictará la audiencia el auto que corresponda.

REAL ORDEN DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1847.

No permitiendo las leyes portuguesas juzgar á los reos ausentes sin dictar por consiguiente las sentencias que para la extradicion recíproca exige el convenio de 1823, y siendo necesario, á la vez que equitativo y justo, poner término á las prisiones que sufren en las cárceles de la Península varios súbditos de aquel reino, ha tenido á bien S. M. mandar, de acuerdo con el gobierno de la reina Fidelísima, que sean entregados los mismos á las respectivas autoridades legítimas, siempre que así lo soliciten, renunciando espresamente el derecho de asilo que les concede dicho tratado, y sometiéndose á sus jueces naturales, en cuyo caso firmará el interesado el oportuno documento, del cual tomará ese tribunal la nota correspondiente, sin perjuicio de remitir el original á este ministerio. Lo que de real órden, etc.

LEGISLACION ESTRANJERA.

Hay máximas ó principios de derecho natural, cuyo perfecto desarrollo y ejecucion en vano pretenderiamos buscar en los pueblos de la antigüedad. El de hospitalidad y humanidad, en que se funda el asilo territorial, como hoy lo entienden los publicistas, fué durante mucho tiempo desconocido á las antiguas repúblicas y naciones. No existiendo entre ellas, por lo general, relaciones internacionales de ninguna especie, ni creyéndose obligadas á nada para con otra, sino en razon de los tratados amistosos ó de paz que hubiesen celebrado, era consiguiente que tampoco tuviese lugar el ejercicio de

uno de los primeros deberes comunes á todas, aplicable al hombre por la sola cualidad de tal, y que no se considerasen con mayor obligacion respecto de él que de la nacion á que pertenecia. Los romanos, á imitacion de los griegos, egipcios y judíos, tenian como un principio de su constitucion política el ódio eterno y animadversion al estranjero que pisara su suelo, bastando este acto para considerarle como bárbaro y enemigo, y para que como tal fuese reducido á servidumbre; no era, pues, posible que prestaran proteccion y seguridad al delincuente que á su pais se refugiase. Verdad es que en las primeras páginas de la historia de aquel pueblo leemos que se concede el asilo á los criminales que á él se refugien; y que las leyes de su primer rey y legislador se encaminan desde luego á este objeto; pero ni aquel asilo, aunque político, era semejante al que con el tiempo se estableció por costumbre ó en virtud de un derecho positivo entre las naciones europeas, ni en su estension y objeto puede en manera alguna equipararse al que hoy conocemos con el nombre de territorial, ni su duracion fue cual lo exige la naturaleza del principio que sirve á aquel de fundamento. Rómulo, imitando la costumbre de los griegos, y con el fin puramente político de aumentar la nueva ciudad que fundaba, elige un lugar sombrío entre el Capitolio y el palacio, manda edificar en él un templo, y promete con juramento á los estranjeros delincuentes ó deudores perseguidos que á él se refugien, que no recibirán mal de sus enemigos, y que si quieren permanecer con él les hará participantes del derecho de ciudadanía y les dará una parte de tierras de las ganadas en la guerra (1). Luego que la ciudad naciente cuenta con suficiente número de moradores, y los Sabinos ejercitan el derecho de vindicta por las ofensas que reciben de sus vecinos los romanos, vése obligado Rómulo á reducir el asilo de modo que con el tiempo no quede sino el nombre, sin que á nadie sea fácil acercarse al lugar que procura rodear de espesas zarzas (1). El nuevo templo, que Servio Tulio, su sucesor, erige á Diana en el monte Aventino, para que sirviendo de asilo á los habitantes de las ciudades vecinas á quienes se ha asociado, no puedan ser juzgados sino por el comun parecer y acuerdo de los consócios (2), concluye tambien con la disolucion de la sociedad que es su causa, y no vuelve á renacer ni aun durante la República. A la muerte de César, los triunviros edifican en su honor una capilla, á la que con asombro de todo el pueblo señalan el privilegio del asilo (3); pero este cesa al mismo tiempo que acaba el triunvirato. A pesar de los principios y doctrinas que el grande orador y filósofo romano proclamó en sus escritos (4) relativamente á los oficios de humanidad entre todos los hombres, llamando muy conforme á la naturaleza su ejercicio; y aunque el derecho civil de aquel pueblo, en que se comprendia tambien el político, no miraba ya en la época de su mayor desenvolvimiento como enemigos á los estranjeros, con cuya nacion no existiesen relaciones hospitalarias ó amistosas, todavía conservaba un vestigio de su antiguo rigor en este punto reduciéndolos á esclavitud si los hallaban en las fronteras, y confiscando sus bienes si los encontraban en el territorio (5). Mucho debió, sin duda, contribuir á este proceder autorizado por las leyes la costumbre de los griegos, de los cuales fueron tan exactos imitadores los romanos, y la diferencia de religion que hacia subsistir entre los antiguos la preocu-

(1) ....«*Imaginem urbis magis quam urbem fecerat. »Incolæ deerant. Erat in proximo lucus: hunc asylum »fecit, et statim mira vis hominum, Latini, Tusciique. »pastores quidam, et transmarini Pr ghes qui sub »Æneæ, Arcades qui sub Evandro duce influxerant.....»* *Florus, hist. romana.*

(1) Dion. Cas. lib 47 de sus antigüedades.

(2) Zonaras y Dionisio Halicarnasco, lib. 4: Consideraciones del baron de Montesquieu sobre las causas de la grandeza y decadencia de los romanos, cap 1, donde espresa el motivo que pudo tener Servio Tulio para otorgar este privilegio, mas bien de provocacion á juicio general que de asilo á favor del refugiado.

(3) Dion. Casiod, citado lib. 47. *Dixere etiam triumviri ne quis qui impunitatis causa in templum divi Julii confugisset, inde ejici vel abripi posset: quod autem ne Deo quidem cuiquam concessum, exceptis his quæ ad Romuli asylum pertinent.*

(4) Ciceron, de Officiis, lib. 3, cap. 5.

(5) Digesto, lib. 49, tit. 15, ley 5, y regla 234, tit. 16 lib. 50. Sobre la inteligencia de la palabra *hostis* en diversas épocas de la historia romana, véase Ciceron, *de officiis*, lib 1, cap. 12, y *Festus* en dicha voz, pág. 297.

pacion de que las diversas razas de hombres ó nacionalidades debian mirarse entre sí como enemigos naturales (1). La civilizacion, por otra parte, no habia llegado aun á tal grado que pudieran acostumbrarse á mirar á los estranjeros como hombres con quienes tuviesen un derecho comun, ni persuadirse de que la obligacion que las naciones tienen de ejercer entre sí los oficios de humanidad se funda en la cualidad de racionales de los individuos que las componen, y que basta ser hombre para merecerlos. Empero, con la aparicion del cristianismo, y los adelantos de la civilizacion y el comercio, se ha efectuado con el tiempo un cambio maravilloso. Casi todas las potencias europeas se conceden hoy recíprocamente en tiempo de paz la libertad de ingreso, tránsito y mansion por mar y tierra, y sobre los rios limítrofes de varios Estados: y sucediendo al antiguo rigor contra los estranjeros un trato mas humano, lejos de denegarse la entrada en el territorio de una nacion al que en él se refugia procurando escapar de la accion de la justicia ó de los particulares, encuentra un asilo inviolable, y las leyes y práctica de los paises rehusan por lo general su entrega ó extradicion, otorgándola tan solo en razon de la mayor ó menor conveniencia en ciertos casos, en virtud de principios de justicia y moralidad, y de tratados ó convenios. Así puede fundadamente decirse, que la práctica y costumbre de las naciones europeas, concediendo el asilo, forma la regla general, y que la escepcion solo puede buscarse en sus leyes ó en los tratados y convenios, que son el derecho positivo por el que se determina la extradicion del refugiado.

En *Francia* se halla distinguido por su legislacion el caso de extradicion del estranjero y del regnícola. La del estranjero puede acordarse ú ordenarse por el rey; y el decreto del tribunal de Casacion, de 30 de junio de 1827, le atribuye esta facultad, aun en el caso de no existir tratado con la potencia requirente. El caso de extradicion del regnícola está previsto en el decreto imperial de 23 de octubre de 1811, cuyo primer artículo dispone: que toda demanda de extradicion hecha por un gobierno estranjero contra un regnícola acusado de haber cometido un crímen contra estranjeros en el territorio de aquel gobierno, se presente al rey por conducto del ministro de Gracia y Justicia, para en su vista determinar lo que corresponda: añadiéndose en otro artículo, el segundo, que á este efecto se acompañarán á la demanda los documentos justificativos, dirigiéndola al ministro de relaciones esteriores, que con su dictámen la pasará al de Gracia y Justicia. El tribunal de Casacion, por decreto de 29 de agosto de 1840, declaró de la esclusiva competencia del gobierno señalar la estension de la extradicion é interpretar sus términos: y por el artículo 1 de la ley de 21 de abril de 1832, que siguió el espíritu del decreto de aquel tribunal de 6 de setiembre de 1826, se establece que el gobierno podrá obligar á los refugiados estranjeros á salir del reino, si hallase que su permanencia en él puede turbar el órden y la tranquilidad pública. Esta nacion tiene celebrados con varias potencias tratados de extradicion de reos y desertores.

La mayor parte de los Estados europeos y de aquellos que han basado en la francesa su legislacion, hacen la extradicion objeto de sus disposiciones legislativas, ademas de los tratados especiales que con otros han concluido.

El derecho penal de las *Dos Sicilias* guarda silencio acerca de la extradicion, á pesar de estar en práctica en aquel pais, como lo prueban los tratados con Cerdeña y la corte romana.

En los *Estados pontificios* se halla igualmente admitido el principio de la extradicion, segun aparece, entre otros, del tratado concluido con el rey de las Dos Sicilias.

En *Bélgica*, el artículo 1 de la ley de 1.° de octubre de 1833 faculta al gobierno para entregar á los de otros paises por via de reciprocidad, á todo estranjero acusado ó

1. Wheaton, introduction á l'histoire des progrès du droit des gens en Europe et Amerique.

condenado por los tribunales de dichos paises, por delito de asesinato, envenenamiento, parricidio, infanticidio, homicidio, violacion, incendio, falsificacion de escrituras, comprendiendo en ella la de billetes de Banco y papel de crédito, de moneda, falso testimonio, robo, estafa, cohecho, sustraccion cometida por depositarios de fondos públicos y bancarrota fraudulenta, cometidos en su territorio. Una ley de 22 de setiembre de 1835 autoriza tambien al gobierno para espulsar del reino al estranjero residente en Bélgica que por su conducta comprometa la tranquilidad pública, ó haya sido encausado y condenado en el estranjero por los crímenes ó delitos que la anterior de 1833 menciona.

El código de instruccion criminal de los *Paises Bajos*, en sus artículos 8 y 9, supone la extradicion obtenida por el gobierno, de estranjeros ó regnícolas criminales ó delincuentes en otro pais.

El penal de *Cerdeña* en su art. 11 exige la autorizacion real para proceder á la extradicion.

En *Austria* el código criminal, en sus párrafos 33 y 34, admite la extradicion del estranjero delincuente fuera de aquel pais, y no contra sus leyes, despues de concertada ó convenida con el Estado en cuyo territorio lo fuese, y en caso de rehusar este admitirle se procede contra el detenido, segun las reglas prescritas por el mismo código, aplicándole la ley del lugar de la infraccion, si fuese mas moderada, y condenándole á salir del territorio luego de cumplida la pena. La ordenanza imperial de 10 de diciembre de 1808 señala la conducta que deben observar las autoridades austriacas cuando ha lugar á la extradicion de delincuentes estranjeros, ó cuando se trata de obtener la de los regnícolas que han cometido crímenes ó delitos en el territorio del imperio.

Con arreglo al artículo 96 del código de instruccion criminal de *Prusia*, el juez inferior á quien un juez estranjero entrega un criminal no puede providenciar las *reversalia de observando recíproco* que de él se exija, sin la prévia autorizacion del tribunal superior de justicia, que consultará al ministro de Negocios estranjeros; pero al entregar el juez prusiano un delincuente á tribunal estranjero, debe exigir las *reversalia* á no ser que el ministro de Negocios esteriores lo juzgue innecesario: ningun juez puede efectuar la extradicion de un delincuente, sin la autorizacion prévia del ministro de Negocios estranjeros, para lo cual el tribunal inferior debe dirigirse al superior, y este al ministro; y á no estar estipulado lo contrario por tratados, debe siempre reclamarse la extradicion del estranjero que ha cometido en pais estranjero el crímen ó delito de que se trate.

En *Baviera*, conforme á los artículos 30, 31 y 32 de la segunda parte del código penal, no tiene nunca lugar la extradicion del regnícola: la de los estranjeros ha de efectuarse, segun el real decreto de 22 de febrero de 1814, por la autoridades de policía en virtud de parte dado á la regencia que pone en conocimiento del ministerio el caso, pudiendo los tribunales, con arreglo al decreto de 17 de febrero de 1816, reclamar de las autoridades estranjeras la extradicion de un súbdito bávaro acusado de crímen ó delito cometido en Baviera, sin necesidad de pedir preventivamente instruccion á las autoridades superiores.

El artículo 501 del código penal del gran ducado de *Oldemburgo*, prohibe la extradicion de ningun súbdito; pero el 514 ordena la del estranjero criminal ó delincuente en otro pais, reproduciendo en los artículos 515 y 516 lo que disponen el 31 y 32 citados de Baviera.

La Constitucion política y el Código penal de *Sajonia*, nada dicen acerca de extradicion; pero en la ordenanza de 7 de febrero de 1820 se prohibe la del regnícola, y lo mismo dispone el artículo 6 del código de *Wurtemberg*.

Conforme á la Constitucion *Sajo-Altemburguesa* de 29 de abril de 1831, ningun regnícola puede en materia civil ó criminal, á no ser en ciertos casos, ser distrai-

do de sus jueces ordinarios y juzgado por leyes estranjeras, como él mismo no se someta á estas últimas, y por consiguiente tampoco puede otorgarse su extradicion, ni obligarles á que se presenten ante un tribunal estranjero, á no mediar tratado de gobierno á gobierno y observarse el principio de reciprocidad.

El artículo 206 de la Constitucion del ducado de *Brunswick*, prohibe tambien acceder á la extradicion del regnícola: la del estranjero tampoco puede acordarse sin autorizacion del gobierno la cual solo la concede cuando la reclama el gobierno de uno de los Estados que componen la Confederacion Germánica: ó el tribunal competente ha dado auto de prision contra el delincuente: ó este es súbdito del Estado reclamante ó acusado de haber cometido en él un crímen ó delito penado por el derecho comun aleman; ó, por fin, cuando el gobierno requirente admite iguales principios; sin perjuicio de llevar á efecto los tratados celebrados ó que en adelante se celebren, que por lo que toca á los derechos de los regnícolas deberá ser con asentimiento de los Estados.

La ordenanza real de *Hannover* de 26 de febrero de 1822, prohibe á los tribunales entregar á las autoridades de otro Estado al súbdito ó estranjero acusados de crímen ó delito, para que allí se le juzgue, á menos que el consejo de ministros haya autorizado especialmente la extradicion, ó se haya estipulado así en los tratados concluidos con otros Estados y publicados como ley en el reino.

En el ducado de *Baden*, su Constitucion de 1818, párrafos 13 y 15, prohibe la extradicion de un regnícola, y por regla general no concede la del estranjero sino al gobierno propio de este, ó con consentimiento del mismo gobierno; y si la demanda de extradicion se funda en tratados, puede acordarla el tribunal superior; pero si solo se encuentra basada en el principio de la reciprocidad, es necesaria autorizacion del ministro de Justicia.

La *Suiza* ha celebrado tratados con Francia y con el referido ducado de Baden, y en ninguno se pacta la extradicion del regnícola: en el celebrado con Austria su artículo 3 lo prohibe espresamente.

El acta federal de los *Estados-Unidos*, de 17 de setiembre de 1787, artículo 4, seccion segunda, consagra la extradicion recíproca entre todos los Estados de la Union, de los individuos acusados de crímenes ó delitos cometidos en otro; pero no está en uso conceder la de los estranjeros acusados ó condenados que buscan asilo en dichos Estados. Sin embargo, una ley de New-York, de 5 de abril de 1822, autoriza al gobernador para entregar á los gobiernos de otras potencias ó Estados á los estranjeros acusados de homicidio, falsedad, robo ú otros crímenes que las leyes de este Estado castigan con muerte ó prision, con tal que la prueba pueda bastar segun las mismas para prender y procesar al reo.

La *Inglaterra* jamás concede la extradicion del regnícola ó estranjero acusado de crímen cometido fuera del reino-unido. A pesar de que la Francia ha permitido casi siempre la de los refugiados reos de crímenes cometidos en Inglaterra, esta nacion ha dado á su vez ejemplos de falta de reciprocidad.

La *Puerta* acostumbra conceder la extradicion de los malhechores estranjeros. Y, por último, en *Grecia*, conforme al real decreto de 1834, puede haber lugar á la extradicion de súbditos turcos acusados de crímenes ó delitos cometidos en el territorio de aquel imperio; pero los súbditos griegos no se entregan á las autoridades turcas por razon de infracciones cometidas en el territorio de Turquía.

PARTE DOCTRINAL.

SUMARIO.

SEC. I. CARÁCTER Y EFECTOS DEL ASILO TERRITORIAL.

SEC. II. DE LA EXTRADICION.

§. 1.° *Naturaleza y fundamentos de la extradicion.*

§. 2.° *Reglas que determinan la extradicion aplicadas á la práctica de España.*

§. 3.° *De la expulsion de los refugiados.*

SECCION I.

CARÁCTER Y EFECTOS DEL ASILO TERRITORIAL.

Las naciones, del mismo modo que los individuos, tienen entre sí derechos y deberes de distinta naturaleza; unos que inmediatamente resultan de los tratados que establecen entre ellos relaciones de comercio, amistosas ó de paz, y otros que se derivan del conocimiento de los inmutables principios de derecho natural. Se ha dado á los primeros el nombre de perfectos, y á los segundos el de imperfectos ó propiamente naturales, segun que puede ó no exigirse por la fuerza su cumplimiento. Entre los de la segunda categoría ó especie se cuenta el deber de ejercer los oficios de humanidad y hospitalidad entre sus individuos, en cuanto sea conciliable con los deberes y derechos propios y necesarios para la existencia de cada una. Algunos publicistas, entre ellos *Vattel*, le colocan, y á nuestro juicio, no sin fundamento, como el primero en órden de los deberes comunes de las naciones, puesto que al fin tiene por objeto al hombre mismo y tiende á prestarle los auxilios y socorros que para vivir en sociedad necesita. Por consiguiente, la sola cualidad y consideracion de hombre es bastante para merecer los oficios de humanidad y hospitalidad, no ya de otro hombre, sino de cualquiera reunion de individuos en sociedad, llámense estados ó naciones, sin que la diferencia de religion que en cualquiera de unos ú otras exista deba servir de legítimo pretesto para rehusar su cumplimiento. Los antiguos profesaron esta máxima de derecho natural y de gentes, y hasta tal punto que la hospitalidad formaba entre los que la ejercian una amistad que pasaba por la mas sagrada é inviolable. Ciceron hacia consistir en esto la suma justicia (1) y desaprobaba la opinion de los que querian esceptuar á los estranjeros de los deberes á que se creian obligados para con sus conciudadanos (2): y Tito Livio llamó execrable abandono ó desprecio de los derechos de humanidad la órden de los Acheos que prohibia recibir en su pais á ningun macedonio (3). Es igualmente un principio constante de derecho natural, que el hombre ha recibido de la naturaleza, ó mas bien de su hacedor, el derecho de habitacion universal, y que la propiedad inherente á las naciones por el hecho del establecimiento y límites de cada una no ha podido introducirse en perjuicio del derecho que todo hombre tiene cuando nace, de usar de lo absolutamente indispensable para su existencia. Sea, pues, que la desgracia le obligue á alejarse de su patria arrojándole á pais estraño, ó que abandonándola vaya á buscar en otra parte el bienestar y felicidad que le es difícil, cuando no imposible, adquirir en la misma, ó que su gobierno le espulse ó destierre de ella, ó por último, que delinquiendo contra su nacion ó alguno de sus conciudadanos se vea precisado á huir y refugiarse en el territorio de otra, huyendo de la persecucion de la justicia ó del merecido castigo, en cualquiera de estos casos es indudable que su condicion de hombre subsiste, y que por solo ella es acreedor á la hospitalidad y conmiseracion. Sin embargo, preciso es observar que este derecho tan ámplio y en cierto modo absoluto, del que no puede despojarse al individuo en razon de su personalidad, y que se estiende á toda la sociedad humana en general, se halla limitado relativamente á cada pais por el de dominio supremo y señorío que en él reside, y en cuya virtud dispone de todo ó parte del territorio; por el de libertad para permitir ó prohibir la entrada ó mansion en él al es-

(1) *Fragm. ex lib. 2 de republica.*
(2) *Lib. 3 de officiis, cap 6.*
(3) Lib. 41, cap. 24. Véase lo dicho en la parte de legislacion estranjera con referencia al atraso de los pueblos antiguos, en especial de los romanos, en las prácticas del derecho internacional sobre asilo.

tranjero, segun la mayor ó menor conveniencia que solo á su gobierno toca apreciar; y por último, por el de propia conservacion y seguridad, que es su primero é indispensable elemento. La salubridad y el órden público, la insuficiencia de terreno que dificultan ó hacen inconciliable en un pais la admision ó residencia del estranjero refugiado, serán causas que autoricen una expulsion ó negativa que siempre debe tener por base á la prudencia combinada con los sentimientos de conmiseracion y hospitalidad, que ni aun á los culpables por su sola cualidad de hombres deben rehusarse. Pero una vez admitido en un Estado el estranjero, establécese entre ambos una especie de cuasi-contrato, del que naturalmente resulta, en cuanto al primero la obligacion de prestar todo apoyo, seguridad y proteccion que de él dependa al segundo; y en cuanto á este el deber de respetar las leyes del pais que le dió acogida y de acatar y respetar los derechos que le pertenecen contribuyendo, si es necesario, á su defensa en cuanto su cualidad de ciudadano de otro Estado lo permita.

Haciendo aplicacion de estos principios generales, que los autores de derecho internacional tratan estensamente, á la materia que es objeto de esta seccion, se deduce cómo por una inmediata consecuencia: primero, que el fundamento del asilo territorial, en cuanto significa la proteccion y seguridad que el estranjero delincuente encuentra en el territorio de un pais, está en el cumplimiento del deber comun de humanidad y hospitalidad que entre si ejercen las naciones europeas civilizadas; deber reconocido por todas como emanado de los primeros preceptos de derecho natural que aconsejan que debemos hacer lo que no nos perjudique y á otros aproveche, y que los hombres deben amarse mútuamente, aunque aborrezcan el delito: segundo, que el derecho de asilo, perfecto y absoluto respecto del individuo que lo pretende, es limitado é imperfecto relativamente á la nacion ó pais á que se refugia, pues que esta puede por razones de seguridad, moralidad ó conveniencia denegarlo: y tercero, que por la acogida que un pais presta al estranjero delincuente, adquiere este, por regla general, el derecho de proteccion y seguridad en igualdad con los demas que tienen el carácter de ciudadanos, si ni á estos perjudica ni ofende á la nacion que le ha admitido.

Los principios arriba sentados y las consecuencias que de los mismos acabamos de deducir con relacion al asilo territorial, han sido tácitamente reconocidos por todas las naciones europeas civilizadas, especialmente desde la aparicion del cristianismo. Este reconocimiento tácito ha creado sobre la materia una especie de derecho de gentes consuetudinario, que ha venido á hacerse obligatorio á falta de otro positivo. Hay, sin embargo, autores que á pesar de convenir con estas doctrinas, deniegan todo asilo á los delincuentes y admiten el principio de que la infraccion de las leyes de un pais debe castigarse en cualquier punto del globo donde se encuentre el infractor, fundándose en que el que ofende á una sociedad determinada merece tener á todos los hombres por enemigos. El ilustrado autor del Diccionario razonado de Jurisprudencia y Legislacion, haciendo mérito de este argumento, se encarga de impugnarlo diciendo: que siendo las legislaciones de los diversos paises tan diferentes y aun contradictorias, no habiéndose hecho las leyes de cada territorio sino para castigar las infracciones de las mismas y no las violaciones de las de otro; y no teniendo los jueces á su cargo el vengar al género humano en general, sino solo defender las convenciones particulares que ligan recíprocamente á cierto número de hombres, ha prevalecido la doctrina de que un tribunal no puede tomar conocimiento de los hechos acaecidos y obligaciones contraidas entre estranjeros y en pais estranjero. Continuando el indicado autor dice: que los romanos mismos tan poco acostumbrados á poner límites á su poder, y aunque con la conquista llevaron su derecho á todo el mundo, consagraron, sin

embargo, en su código este principio; y el emperador Teodosio habia consignado el de que los delitos no pueden ser castigados sino donde se cometiesen: *oportet enim illic criminum judicia agitari, ubi facinus dicitur admissum.* Y por último, concluye con el inmortal Locke, que la autoridad legislativa por la cual las leyes tienen fuerza de tales con respecto á los súbditos de una república ó de un Estado, no tiene poder ni derecho alguno con respecto á un estranjero, y que los que tienen la potestad soberana de hacer leyes en Inglaterra, Francia y Holanda, son hombres sin autoridad alguna con respecto á un indio y á todo el resto del mundo.

Como ampliacion de esta teoría, y para su aplicacion en la práctica, presenta el indicado autor el caso en que habiendo un inglés contraido una deuda á favor de otro inglés, y no pudiendo ó no queriendo pagarla, y viéndose en peligro de ser apremiado por la justicia, huyese y se refugiase en España, y su acreedor le persiguiese y demandase ante nuestros tribunales; y estableciendo la alternativa de que estos habrian de arreglarse en el fallo á las leyes españolas ó á las inglesas, llama injusto y absurdo lo primero, porque el contrato tuvo lugar entre dos ingleses, bajo el imperio, en la forma y segun el espíritu de las leyes inglesas; y respecto del segundo estremo encuentra la dificultad de que los jueces ó magistrados empleados toda su vida en aprender nuestra legislacion, conozcan la agena, y aun cuando pretendieran tomar de ella rápidamente alguna nocion no comprenderian bien su espíritu, interpretándole aun contra su voluntad con el espíritu de la legislacion española; de lo cual resultaria las mas veces que perderia el que debia ganar, porque se le juzgaria con arreglo á leyes opuestas á las que tenia presentes al contraer: sin que la ley 15, tít. 14, Part. 3 pueda aplicarse á estranjeros transeuntes, á no consentir ambos en ser juzgados por tribunales españoles, que en tal caso conocerian mas bien como árbitros que como jueces, por no tener verdadera jurisdiccion sobre tales estranjeros: ni la sumision tácita, aunque efectiva, de un estranjero á la autoridad de los tribunales del pais en que transitoria y temporalmente reside, sea estensiva á los hechos anteriores á su entrada en el reino, sino á los posteriores, pues ni el poder legal ni la ley tienen efecto retroactivo. En cuanto á lo criminal sienta que esto mismo milita; y propone el caso en que un inglés se refugiase á España por librarse de la pena de un delito cometido en su patria; puesto que en primer lugar el acusador privado, ó sea el ofendido, no tiene derecho de perseguir la ofensa ó ejercitar su accion sino ante los tribunales competentes, que son los de su pais, ni el fiscal ó público acusador puede denunciar otros delitos que los que interesan á la sociedad á quien representa; y en segundo lugar, á la vez que los tribunales españoles no tienen los mismos medios que los tribunales ingleses para reconocer la inocencia ó culpabilidad de un inglés que delinquió en Inglaterra, ni pueden desplegar la misma autoridad sobre un individuo que en el momento de delinquir no les estaba subordinado, ni juzgarle con arreglo á leyes que el asilado no conocia ni ha infringido, ó á otras que ellos no conocen tampoco ni están obligados á defender; el pueblo español, que ignora el nombre y crímen del refugiado, ni pide venganza contra un hombre que no le ofendió, ni necesita de un ejemplar que le amedrente, pues no precedió ejemplo que pudiese corromperle.

Hugo Grocio, que en su célebre obra de *jure belli ac pacis* destinó un lugar especial al exámen de la comunicacion ó trascendencia de las penas (1), consideró obligada á la comunidad ó sus rectores por la admision de un delincuente estranjero para librarle de la pena; pues aunque era arbitrario en una nacion ó su gefe castigar ó perdonar los delitos de cada uno de sus súbditos, que decian relacion á la comunidad entera, no gozaban de un derecho tan pleno en los de-

(1) Lib. 2, cap. 21, párr. 3 á 7. Véanse las *Prælectiones Academicæ* de Heinecio sobre la citada obra de Grocio en los mismos lugares.

litos que en cierto modo pertenecen á la sociedad humana, para cuya persecucion tenian las demas naciones ó su gobierno un derecho parecido á la accion popular que se dá en algunos delitos; y menos aun tenian pleno arbitrio en los que ofendian especialmente á otra nacion ó su gefe, pues estos podian exigir el castigo en razon de su dignidad ó seguridad, sin que este derecho pudiera impedirse por la nacion en que el culpable se hubiese ocultado ó refugiado. Estableciendo en consecuencia la alternativa de castigar ó entregar á los delincuentes refugiados, cuya teoría ilustra con ejemplos tomados de la historia que tan bien conoce, dice que nada importan los tan celebrados derechos y ejemplos del asilo, puesto que unos y otros solo aprovechan á los desgraciados ó perseguidos; pero de ningun modo á los que hubiesen injuriado á otros hombres ó á la sociedad humana en general, como se prueba con el testimonio de los antiguos griegos que fueron de este modo de pensar; con el ejemplo de los atenienses que al erigir el altar de misericordia solo permitieron refugiarse á él á los miserables vencidos en la guerra, desterrados y que hubiesen sufrido injuria ó persecucion, como que á todos ellos la misma humanidad manda prestar ausilio; y con la práctica de las antiguas naciones, que no dudaban castigar á los malhechores despues de arrancarlos del altar: é insistiendo en que deben castigarse, entregarse ó expulsarse, concluye que mientras se decide á cual de estos estremos ha lugar, son amparados los refugiados determinándose la causa con arreglo al derecho civil del pueblo ó nacion á que pertenecen, si el delito no fuese de los prohibidos por derecho natural ó de gentes.

Vattel (1) tratando únicamente del derecho, aunque imperfecto, que los desterrados por órden del soberano ó por sentencia judicial tienen de habitar en cualquiera parte de la tierra, indica sobre este punto los deberes mútuos de las naciones y la obligacion de guardar al mismo tiempo las reglas de la prudencia combinada con los sentimientos de caridad y conmiseracion que no pueden rehusarse aun á los que por su culpa han caido en la desgracia, pues debe odiarse el delito y amar á la persona, porque tal es el deber comun de la especie humana. Este jurisconsulto, justamente reputado como clásico entre los tratadistas de la ciencia, no reconoce en la nacion á que aquellos desgraciados se refugian, el derecho de castigarlos por las faltas cometidas en otro pais, en razon á que la naturaleza no ha dado á los hombres ni á las naciones la facultad de castigar sino para su defensa y seguridad, de lo que se sigue que solo puede castigarse á aquellos por quienes uno haya sido ofendido. Siguiendo, no obstante, la doctrina de Grocio, y haciendo valer *á fortiori* la misma razon de seguridad y defensa, establece que de la regla general segun la cual la jurisdiccion de cada Estado debe limitarse á castigar los crímenes cometidos en su territorio, hay que esceptuar aquellos malvados que por la cualidad y frecuencia habitual de sus crímenes violan toda seguridad pública y se hacen enemigos del género humano. «Los envenenadores, continúa, los asesinos, los incendiarios de profesion pueden ser esterminados en cualquier parte que se les encuentre ó aprehenda; porque atacan y ultrajan á todas las naciones echando por tierra los fundamentos de su comun seguridad.» *Fritot* (1) adopta las doctrinas de *Real* y *Pastoret* diciendo que sobre el derecho de asilo conviene hacer una distincion importante, á saber: el que ha delinquido contra las leyes de la naturaleza y los sentimientos de humanidad no debe hallar proteccion en parte alguna: porque la represion de estos crímenes interesa á todos los pueblos y á todos los hombres, y el mal que causan

(1) Lib. 2, cap. 19, párr. 229 á 233 inclusive de la edicion hecha en Leyda en 1758.

(1) Citado en el párr. 93, secc. 7, tit. 2 de la obra póstuma de don José María de Pando, titulada «Elementos del derecho internacional.»

debe repararse en lo posible. El derecho de gentes no es proteger en un Estado á los malhechores de otro, sino socorrerse mútuamente contra los enemigos de la sociedad y de la virtud. Los reyes entregan los asesinos y demas reos de crímenes atroces á sus soberanos ofendidos, conformándose en esto á la ley divina que hace culpables del homicidio á los encubridores del homicida. Mas si se trata de delitos que provienen del abuso de un sentimiento noble en sí mismo, pero estraviado por la ignorancia ó la preocupacion, como sucede en el caso del duelo, no hay razon para rehusar el asilo.» Bien examinadas, no obstante, las cuestiones y diversas teorías de que acabamos de hacer mérito, se hallará que sus autores confunden el asilo con la extradicion, ó tratan de fijar la competencia de la jurisdiccion que ha de castigar al delincuente refugiado en el territorio de una nacion estranjera; pero no tienen por objeto el asilo, el cual podria denegarlo un Estado en fuerza del derecho de dominio y atendida la naturaleza de su obligacion en este punto, sin necesidad, por consiguiente, de castigar al estranjero refugiado por los delitos en otra parte cometidos. En una idea convienen casi todos: en admitir el asilo por los delitos leves ó que no van acompañados de circunstancias atroces, entre los cuales se han contado casi siempre y generalmente para el efecto del asilo los políticos, teniendo en cuenta su distinta índole, su diverso y equívoco orígen y la dificultad de apreciar con exactitud sus grados de criminalidad.

SECCION II.

DE LA EXTRADICION.

La idea de la extradicion está tan íntimamente ligada con la del asilo territorial como la de la escepcion con la de la regla general. Por lo mismo, y pudiendo con razon decirse que la extradicion es la escepcion del asilo, no hemos titubeado en tratar de ella en este lugar, aun á riesgo de invertir el órden natural que exije la forma de diccionario adoptada en nuestra ENCICLOPEDIA, á fin de dar á las materias toda la unidad posible, haciendo las referencias y remisiones convenientes.

Entiéndese por *extradicion* el acto por el cual un gobierno entrega al acusado de crímen ó delito á otro gobierno que le reclama para juzgarle ó castigarle en razon de su infraccion. Esta definicion es genérica, puesto que comprende los casos en que el reo refugiado es súbdito del gobierno requirente, estranjero ó súbdito del á quien se reclama, y los en que se trata de delito cometido en ó contra el mismo estado que pide la extradicion. Es tambien práctica y tomada del uso mismo de las naciones europeas, en cuanto por ella se reconoce implícitamente la necesidad de la reclamacion, se considera al gobierno como única autoridad competente para hacerla y otorgar la entrega ó extradicion, y se determina que el castigo no puede versar sino sobre el delito que la motiva. Mas adelante examinarémos los diversos puntos que abrazan estas teorías.

§. 1.° *Naturaleza y fundamentos de la extradicion.*

Hánse dividido las opiniones de los publicistas sobre la cuestion de saber, si independientemente de todo convenio especial, y solo con arreglo á los principios de derecho de gentes natural y al uso y práctica de las naciones, es obligatorio á cualquiera de ellas entregar el indjviduo acusado de crímen ó delito cometido en el territorio ó límites territoriales de otra que le reclama. Tal ha sido la opinion afirmativa de Grocio, Heinecio, Burlamaqui, Vattel, Rutherforth, Schmelzing, Kent y Homan, abiertamente contradicha por Puffendorf, Voet, Martens, Leyser, Klüber, Kluit, Saalfed, Schmaltz, M. Mittermaier, Hefter, Mangin, M. Story, Fœlix y M. Wheaton (1), quienes aseguran que para que un

(1) En la citada obra de Fœlix, notas al párrr. 569, ó en *Wheaton, elemens du droi international*, notas á la pág. 139 del tomo I pueden verse los lugares en que trata esta materia cada uno de los autores enumerados en el texto.

Estado esté obligado á conceder la extradicion del súbdito ó estranjero refugiado, á otro que le reclame, es preciso que entre ambos exista un tratado ó convenio formal; porque de otro modo la extradicion queda siempre subordinada á la apreciacion y conveniencia de la nacion á quien se reclama.

El orígen de esta diversidad de opiniones está, á no dudarlo, en la diversa inteligencia de las prescripciones del derecho de gentes sobre la materia, y en las varias prácticas de las naciones en las épocas en que cada uno de los autores ha vivido. Por otra parte, las ideas encontradas y en distintas épocas dominantes acerca del socialismo y del individualismo, ha ejercido tambien una marcada influencia en la decision de la cuestion. De esta suerte unos han reconocido como de interés comun de todos los paises el entregarse mútuamente los criminales refugiados, en especial los reos de delitos graves ó atroces, que ofenden á la sociedad humana en general, y pueden llamarse de derecho de gentes en la acepcion que los jurisconsultos romanos daban á esta palabra, para que la persuasion de no hallar sobre la tierra un lugar en que los crímenes puedan quedar impunes, sea un medio eficaz de prevenirlos; y porque un enemigo del órden es una adquisicion mas peligrosa que útil á la nacion en que se refugia, y por lo que toca á la ofendida ó su jefe tienen un derecho propio y una necesidad imprescindible de exigir el castigo para conservar su dignidad y seguridad (1). Otros, como Beccaria, culpando de imperfeccion y de barbarie las diversas legislaciones de Europa, han aplazado la resolucion del caso para cuando estas se reformasen en sentido mas humanitario y racional, ó guiados de principios liberales en política, han denegado toda extradicion como una escepcion odiosa del derecho de asilo, admitiendo tan solo la instancia contra el criminal ante los tribunales del lugar del refugio, á fin de no favorecer completamente la impunidad (1).

Todo Estado tiene el deber, y por consiguiente el derecho de perseguir las ofensas hechas al mismo ó á cualquiera de sus individuos ó que en él residen: derecho fundado en su independencia, no menos que en el de la propia conservacion y seguridad. Pero como el poder judicial de un Estado, aunque absoluto é independiente, no puede ejercerse mas allá de sus límites territoriales, ni sobre otras personas que las comprendidas dentro de los mismos; la independencia de los otros Estados escluye todo acto de poder y jurisdiccion estraña; y seria contra el dominio y soberanía de los mismos, se atentaria á su seguridad, se hollaria el derecho de imperio ó mando supremo que les corresponde, en una palabra, se violaria el territorio entrando en él á mano armada para prender y llevarse al culpable; la justicia que todos estan obligados á observar, y la recíproca conveniencia aconsejan, que solo en el caso de hallarse actualmente ó de venir á residir el criminal en el pais donde ó contra quiénes delinquió, sea justiciable por los tribunales del mismo (2). Mas si se tratase de delito cometido por estranjero residente en su propio pais, ó que fuese despues á este, ó cuya aprehension no pudiese verificarse en el territorio de la nacion ofendida; en todos estos casos pueda pedirse á su gobierno ó soberano que le castigue (3) ó reclamarse su extradicion, lo mismo que cuando el súbdito se refugiase. Las naciones, sin embargo, obrando en virtud del principio de independencia, al mismo tiempo que conociendo la conveniencia que á ellas y sus individuos resulta de ser juzgados los reos por sus jueces propios y naturales, han castigado á sus regnícolas por los delitos cometidos en ó contra otro pais, denegando por consecuencia su entrega á las autoridades

(1) Grocio en los lugares dichos, núm. 2 del párr. 8. Escriche en la voz «Asilo territorial.»

(1) Pinheiro Ferreira, en su «Curso de derecho público» tomo 2, págs. 32, 33 y 179.
(2) Vattel, lib. 2, cap. 6, párr. 75.
(3) El mismo en los lugares citados, á propósito de los dos primeros casos.

de cualquiera que los reclamase, y previniendo la causa en sus tribunales.

Dedúcese, pues, de estos principios, que la extradicion, aplicable en general á todos los casos en que el delincuente no es justiciable por los tribunales del Estado en que residiese, ó á donde se refugió, se funda de parte del Estado que la reclama en el derecho de perseguir y castigar los delitos cometidos contra él ó sus individuos; de parte de aquel á quien se pide en la justicia y moralidad comun de las naciones, que nunca creyeron que el asilo pudiera fomentar la impunidad, especialmente, de ciertos delitos de que luego hablarémos; al mismo tiempo que en el interes recíproco y en el deber de atender á su comun seguridad y conservacion; y por último, de parte del refugiado, en la conveniencia que le resulta de ser juzgado por sus propios jueces y con arreglo á las leyes de su pais. Sin embargo, el no poder estenderse la jurisdiccion del Estado mas allá de sus límites territoriales ni sobre otras personas que las comprendidas dentro de ellos: la independencia del en que el reo reside, que no puede consentir en él acto alguno de poder ni de jurisdiccion de parte de otro; y el derecho que el refugiado adquiere y que lleva en sí la inviolabilidad del asilo por consecuencia de la inviolabilidad del territorio en que se encuentre, hacen que la extradicion esté subordinada á la conveniencia recíproca de las naciones, y que no siendo obligatoria en principio, solo lo sea en fuerza de tratados ó por hallarse consignada en la legislacion ó en los códigos criminales de un pais.

§. 2.° *Reglas que determinan la extradicion aplicadas á la práctica de España.*

Las naciones europeas civilizadas han sido consecuentes en la práctica con el principio que sobre extradicion en general acabamos de indicar, y hoy se halla comunmente admitido; y aunque pudieran citarse casos de extradicion verificada sin prévio tratado ó convenio, no han formado la regla general.

M. Mittermaier ha considerado con razon el hecho mismo de la existencia de tantos tratados especiales sobre la materia, como prueba concluyente de que no hay al efecto un uso general entre las naciones que constituya obligacion perfecta y tenga fuerza de derecho internacional propiamente dicho. Aun bajo el sistema de gobierno de los Estados confederados, como la Confederacion germánica y la Union de la América del Norte, la obligacion de la extradicion se limita á las condiciones que en los pactos federales se estipulan (1). Al celebrar las naciones sus convenios especiales sobre esta materia, parecen haber conciliado las encontradas teorías, y obedeciendo al mismo tiempo al principio de recíproca utilidad y conveniencia, han satisfecho los deberes de justicia sin perjudicar su independencia y soberanía.

La regla en materia de extradicion, que puede llamarse general, es que una nacion no está en principio obligada á acceder á ella; y que así como en el caso de no existir tratado ó convenio con la potencia requirente, la utilidad y conveniencia de ambas ó el principio de reciprocidad habrian de servir de regla decisiva, en el caso de mediar entre ellas alguna estipulacion de esta clase, solo á la misma y á sus términos deberá estarse para conocer si es ó no llegado el caso de acceder á la extradicion.

Pero esta reconoce ademas como bases ciertas reglas ó pricipios especiales que los publicistas de mas nota establecen, y se observan en la práctica de la mayor parte de las potencias europeas: reglas que conviene tener presentes en falta de formal y solemne tratado, y que son el fundamento de los celebrados de esta clase ó pueden tener su aplicacion en el caso en que se celebren. Procurarémos, pues, presentarlas con la posible claridad y precision, acomodando en lo posible su doctrina á la

(1) Wheaton, en su citada obra, tomo I, pág. 139 y siguientes.

práctica, especialmente de España, en virtud de los convenios especiales celebrados con otras naciones, ó consignados en tratados de paz, amistad ó de comercio.

Autoridad competente. Cuando se trata de extradicion propiamente dicha, aplicable solo á los reos de delitos comunes ó sea de malhechores, la autoridad competente es el gobierno de las respectivas naciones. Residiendo por una parte en la nacion el dominio supremo ó señorio territorial en que se funda la concesion del asilo ademas del principio de humanidad, y siendo por otra iguales todas é independientes, su verdadera representacion se halla en el gobierno de cada una, y por consecuencia por su conducto debe dirigirse la demanda y decretarse la extradicion. Casi todos los paises han admitido esta regla consignándola en sus códigos, reglamentos ú ordenanzas, accediendo solo á la extradicion reclamada por los tribunales, cuando el demandante usa de reciprocidad en igual caso, ó medien convenios ó tratados sobre el particular (1). La entrega de desertores militares ó presidiarios, prófugos del servicio y esclavos, ha solido hacerse á requerimiento de los gefes, comandantes militares ó gobernadores de las plazas, provincias, colonias ó puntos fronterizos.

Esta ha sido la práctica de España emanada de los tratados especiales de extradicion ó de estipulaciones contenidas en los generales de nacion á nacion, á pesar de no hallarse consignado todavia en sus códigos el principio de la extradicion. Por los concluidos con Portugal, que forman las leyes 3, 4 y 5, tit. 36, lib. 12, de la Nov. Recop., las justicias respectivas del antiguo reino de Galicia y de Portugal, eran competentes para la mútua entrega de malhechores ó delincuentes y desertores; mas en el definitivo de 8 de marzo de 1823, artículos 1 y 2, se consideraron como tales el gobierno mismo y las autoridades superiores de las provincias limítrofes ó fronterizas de España y Portugal. En el celebrado con Francia, contenido en la ley 7 de dichos tit. y lib. (1), se estipuló que las dos Córtes, y aun los comandantes de las fronteras, propietarios ó interinos, fuesen competentes para reclamar la extradicion de los delincuentes que se espresaban y lo fueran en cualquiera de ambos dominios; pero, á pesar de esta alternativa, la costumbre de ambos paises ha sido pedirse y concederse la extradicion de gobierno á gobierno (2); y en el art. 1 del novísimo Convenio con dicha potencia concluido á 26 de agosto de 1850, se reconoce este acto como de la esclusiva competencia de los mismos. Por el artículo 10 del tratado con el imperio de Marruecos, los alcaides ó gobernadores son competentes para la restitucion de los desertores presidiarios de Ceuta, Melilla, Peñon y Alucemas, y de los moros que se refugien á estos presidios: el español delincuente en los dominios marroquíes debe entregarse á su cónsul general ó vice-cónsul, y el marroquí que lo fuese en España remitirse al primer puerto de la dominacion de aquel reino, entregándose tambien al cónsul español, para lo cual son competentes los respectivos comandantes, gobernadores ó justicias de los territorios donde tenga lugar el delito, conforme al artículo 6 del celebrado tambien con dicho imperio, y con arreglo á la ley 9 de los citados tit. y lib. de la Nov. Recop. En el artículo 2 del convenio con Dinamarca para la mútua restitucion de esclavos y desertores de las islas respectivas, y por el igual y 3 del concluido con la Holanda para la de desertores y fugitivos de sus colonias americanas, se faculta para acceder á ella á los gefes gobernadores de las islas ó colonias donde se hubiese acogido el delincuente. El artículo 20 del tratado firmado en Amiens en 1802 por la corona de España, y las repúblicas francesa y bá-

(1) Puede verse, en comprobacion, lo dicho en la *Parte legislativa*, al hablar de la Legislacion estranjera, é la obra de Foelix citada en la nota.

(1) Este tratado fue el primero sobre extradicion celebrado por la Francia, si bien Mr. Kent, tom. 1, páginas 36 y 37, habla del concluido por dicha potencia con la Inglaterra en 1308, y del de 1378 con la Saboya. El autor antes citado, nota 3 al párr. 373, dice que no ha podido encontrar ni aun señales de dichos tratados.

(2) Castillo, coleccion de tratados, imprera en Madrid en 1843, pág. 504, párr. 5 de la nota 1.

tava con el rey del Reino Unido de la Gran-Bretaña é Irlanda, establece que la extradicion, con ciertos requisitos, de los reos de delitos que menciona, deberá hacerse á la justicia por las mismas partes contratantes, si se requiriesen entre sí, ó por sus ministros y oficiales debidamente autorizados. Y, por último, segun el convenio puramente militar habido entre los gobernadores del campo de San Roque y de la plaza de Gibraltar, las autoridades militares de esta, y los comandantes de igual clase, están autorizados para la mútua entrega de desertores españoles ó ingleses de las plazas de Andalucía y costa de Granada ó de Gibraltar.

Requisitos en la extradicion. Muy natural es, y admitido como principio de legislacion universal, que á toda reclamacion ó demanda civil y criminal acompañen, si es posible, sus títulos justificativos. Al reclamar un Estado por conducto de su gobierno ó autoridades ó de sus representantes, la extradicion del reo refugiado en el territorio de otro, no podria eximirse de la observancia de esta regla, sin dar ocasion á que cuando menos se dudase de la justicia de su demanda. Por otra parte, la nacion bajo cuyo amparo y proteccion se encuentra el delincuente asilado no querria sin bastante causa entregarle en manos de la justicia de otra, menos aun en el caso de hallarse así espreso en convenio ó tratado. Sin embargo, sujeta siempre la extradicion al interés recíproco de los Estados, que puede ser mayor ó menor en cada uno, segun los casos y circunstancias; á la armonía que entre ellos exista por razon de vecindad, y tambien á la superioridad ó dependencia de uno de ellos respecto del otro; de aquí, que mientras unos la conceden á virtud de una simple requisicion ó bajo condicion de reciprocidad, otros exigen la presentacion de documentos que acrediten haberse comenzado el sumario ó decretado la prision del reo y ser esta fundada.

En el tratado que España celebró con la limítrofe de Portugal en 1499, y forma la ley 36 de los citados tít. y lib. de la Nov. Recop., se consideraba suficiente la requisicion de las justicias ó Desembargadores respectivos de aquel reino y del antiguo de Galicia; posteriormente en el art. 1.° del celebrado en 1569 de que habla la ley 4 siguiente, se distinguieron los casos en que la requisitoria emanase de las autoridades y tribunales superiores, ó de los jueces y justicias inferiores, exigiéndose en el primero tan solo una informacion del delito, y en el segundo la copia ó testimonio del proceso formado y de la prueba hecha contra el delincuente; y en el art. 6 del tratado de 11 de marzo de 1778, inserto en la ley 5 de los repetidos tít. y lib., se estipuló que si la extradicion se pidiese por el ministro ó secretario de Estado de los negocios estranjeros de cualquiera de las dos potencias, ó por los respectivos embajadores, bastase un simple oficio; y si por los tribunales, se observarian las antiguas formalidades. Pero el convenio definitivo de 1823, hoy vigente, en su art. 1.° determina la pronta y recíproca entrega de desertores, á virtud de la sola reclamacion del gobierno ó de las autoridades superiores de las provincias fronterizas, estableciendo ademas en el 2.° y 3.°, que así los reos procesados como los condenados en su respectivo pais sean puestos en segura custodia hasta llegado el caso de la entrega, ó hasta que terminada la causa se vea si han de ser ó no entregados; á cuyo efecto los jueces instructores pueden dirigir á los del lugar del asilo del reo los interrogatorios necesarios para el esclarecimiento de la causa. La esperiencia, sin embargo, acreditó los inconvenientes de estos dos artículos del convenio, contradictorio con el sistema de procedimiento criminal introducido por la legislacion portuguesa, segun el cual no hay condenacion ó sentencia en rebeldía; y esto hizo que poniéndose de acuerdo ambos gobiernos se diese por el nuestro la real órden de 12 de noviembre de 1847, que insertamos en la parte legislativa. Un publicista (1) observa

(1) Riquelme, Elementos de derecho internacional tomo 1, pág. 488.

con razon que si bien este arreglo puede haber contribuido á disminuir el mal, no lo corta completamente, porque algunos reos, y sobre todo los que por sus delitos teman que se les pueda imponer la última pena, preferirán estar perpétuamente presos en España, á hacer una renuncia que los lleve á poder de sus jueces naturales; y añade que esta cláusula del tratado es no solo un imposible para Portugal, sino que tambien causa entorpecimiento á los tribunales españoles; porque aunque estos puedan sentenciar en rebeldía, no llevan á ejecucion la sentencia sin oir al reo cuando es habido, y esto obliga á un segundo procedimiento dilatorio y embarazoso. Con Francia se estipuló por el art. 3 del tratado de 29 de setiembre de 1763 (ley 7 citada), que bastase la requisicion de una corte á otra ó del comandante propietario ó interino de la frontera respectiva; pero en el igual del novísimo ya referido se establece que sea necesaria la presentacion de documentos que consistirán: 1.° en el auto de prision espedido contra el reo, ó cualquier otro documento que tenga al menos la misma fuerza que dicho auto, y esprese igualmente la naturaleza y gravedad de los hechos denunciados y la disposicion penal que les sea aplicable; y 2.° en las señas personales del encausado á fin de facilitar su busca y arresto. Por el párrafo 2 del artículo 6 del concluido con Marruecos, se convino que para la extradicion y remision de delincuentes marroquíes en España al primer puerto de la dominacion de S. M. marroquí, no fuese menester diligencia judicial ni otra formalidad mas que la del oficio que el comandante, gobernador ó justicia del territorio donde cometiesen el delito, dirigiria al cónsul general de España, relacionándole el crímen ó falta para que su gobierno le castigase segun sus leyes: disposicion reiterada en la ley 9 de que se hizo mencion en otro lugar. Uno de los requisitos exigidos por el art. 2 del convenio con Dinamarca, y por el igual y 3 del de Holanda, es que la demanda de extradicion de los esclavos ó negros fugitivos, respectivamente, debe hacerse dentro de un año, contado desde el dia de la fuga por los dueños ante el gefe ó gobernador de la isla ó colonia á donde se hubiesen refugiado. El art. 20 del de Amiens exige que la evidencia del crímen esté tan bien acreditada que las leyes del lugar donde se descubra la persona acusada autoricen su arresto y entrega, si el crímen se hubiese allí cometido. En el 2 del de Gibraltar se pacta con condicion de reciprocidad por parte del comandante del Campo, que el gobernador de aquella plaza acompañará su reclamacion con una descripcion de la persona del desertor, como tambien si ha desertado con armas, vestuario, equipage ó caballo. El gobierno de los Paises-Bajos declaró en 1827 que solo accederia á la extradicion cuando á la demanda se acompañase copia de la sentencia condenatoria ó de los documentos que acreditasen existir proceso judicial; y en este sentido el ministro plenipotenciario de aquel reino dirigió á nuestro gobierno la nota que el suyo le habia pasado, cuya determinacion se mandó observar en España con condicion de reciprocidad, en real órden de 19 de noviembre de 1827, copiada en la parte legislativa; donde igualmente puede verse otra real órden de 10 de setiembre de 1839 dirigida á los jueces sobre las formalidades que deben observar para reclamar la extradicion del reo á quien estuviesen procesando.

Otros varios requisitos suelen comprender los convenios de extradicion, relativos á la entrega de efectos con que se hallase el refugiado al tiempo de su aprehension y arresto, al abono de los gastos de su manutencion y conduccion; y en cuánto á los negros ó esclavos fugitivos, al pago del precio y gratificacion que ha de abonar el dueño que los reclame. La regla casi general en los dos primeros casos es que los efectos se entregan íntegros, y que los gastos deben ser de cuenta de la nacion que hace la entrega ó restitucion. Así lo ha estipulado la nuestra con Portugal por el art. 2 del contenido en la ley 4, en cuanto á la entrega de los bienes y hacienda con que se fugasen

y hallasen los ladrones, depositarios ó cajeros públicos, factores y mercaderes alzados. Con Francia, por los artículos 1 y 2 del de 1765, inserto en la ley 7, se convino únicamente la restitucion de las armas y demas pertrechos ó efectos hallados á los desertores, la cual deberia hacerse á los comandantes, y en su falta á los jefes del gobierno y justicia de las plazas, ciudades ó aldeas mas inmediatas á la frontera, trasportándolas á su costa la parte que las restituyese hasta consignarlas á la que lo recobrase, sin exigir otra cosa de esta sino el recibo; por los artículos 6 y 7 del mismo, el pago de los gastos de conduccion de los reos que se espresaban y la entrega de los efectos hallados a los mismos: y por el 16 de la convencion de 1786 la restitucion, con las pruebas del delito, de los contrabandistas que lo fuesen por primera vez, en cualquier grado, á cuatro leguas de distancia de la frontera respectiva, y no hubiesen cometido hurto, homicidio, violencia ó resistencia á las justicias, rondas ó tropas (1); y por último, en los arts. 4 y 11 del novísimo se estipula que la entrega no debe limitarse á los efectos robados con que se encuentre el reo en el momento de hacerse la extradicion, sino comprender tambien los comprobantes del delito, y que los gastos del arresto hasta la entrega, sean de cuenta del gobierno en cuyo pais se halle el delincuente. Con Gibraltar, por los artículos 3 y 4, se convino en la entrega de los desertores en el estado en que estuviesen, y de las armas y efectos que se encontrasen de su uso, y en el pago de dos reales diarios al detenido por mas de 24 horas, que se abonarian al que los adelantase. Solo con los Estados unidos de Inglaterra é Irlanda se estipuló en el párrafo 2 del artículo 20 del tratado de Amiens, que los gastos sean de cuenta de la parte requirente. Por lo que toca á los esclavos y desertores de milicias de las islas de Puerto-Rico y Danesas, y á los desertores y fugitivos de las colonias americanas de España y Holanda, se ha concertado por el art. 3 de los convenios respectivos, que la restitucion del esclavo se haga á su dueño abonando este un real de plata diario por manutencion desde el en que se le aseguró, y una gratificacion de 25 pesos fuertes para gastos de aprehension; y por el 8 y 7 de los mismos, que la de los desertores se haga con los vestidos y armas que llevasen, sin que la parte que los recobre satisfaga la gratificacion de los 25 pesos fuertes, sino solo los gastos de aprehension y los demas indispensables hasta la entrega.

Causas de extradicion. Estas no pueden ser otras que las espresas en los convenios especiales ó artículos de los tratados: en su defecto sirven de regla la recíproca utilidad y conveniencia, ó la costumbre admitida entre los paises, y el principio de reciprocidad. Sin embargo, en cualquiera de los dos casos, esto es, en el de existir ó no tratados, siempre se han tenido presentes, sobre todo por los gobiernos constitucionales (1), ciertos principios de derecho de gentes relativamente á las personas y á la clase de delitos por los que ha de otorgarse la extradicion; y si la costumbre ó práctica de algunos Estados ha introducido en esta parte algunas escepciones ó diferencias, unas y otras reconocen por base fundamental su constitucion política especial, la comunidad de intereses entre ellos existentes, ó la razon de inferioridad y dependencia de los unos respecto de los otros.

Como la obligacion de entregar al delincuente nace del derecho que cada Estado tiene para juzgar y castigar los delitos cometidos dentro de su jurisdiccion, de aquí el que sea igualmente aplicable á los súbditos del Estado á quien se pide la extradicion, que á los del que la solicita. Sin embargo, ha parecido siempre mas difícil la extradicion del súbdito ó regnícola de-

(1) Esta es mas bien que extradicion una especie de inmediata restitucion, ó una prohibicion de juzgar y castigar al delincuente en el Estado en que lo fuese.

(1) Wheaton, citada obra, tom. 1, pág. 140

lincuente en otro pais que la del estranjero. El gobierno, en cuyo territorio viene á refugiarse un súbdito suyo, no puede dejar de concederle mayor seguridad y proteccion que á otro que no lo sea: y siempre encontrará muy duro y repugnante entregarlo á la severidad de un tribunal estranjero. Empero no ha sido esta la opinion general de los publicistas: los que impugnando el asilo han estado por la obligacion de la extradicion aun sin convenio preexistente, no han podido menos de admitir la del regnícola. *Hugo Grocio* (1) estableciendo la alternativa de castigar ó entregar á los reos de delitos comunes, ó que lo fuesen contra otra nacion ó su gefe, comprendió en ella en primer lugar á los regnícolas. *Vattel*, sentando primero el principio de que los reos de delitos atroces debian entregarse á requisicion del soberano del pais donde los hubiesen cometido, por ser el principalmente interesado en castigarlos de un modo ejemplar, y por la conveniencia de convencer á los culpables y procesarlos en toda forma (2); en cuanto a los regnícolas adoptó la doctrina de Grocio, aunque limitando la extradicion á casos y circunstancias, que segun él solo deberia tener lugar respecto de los grandes crímenes que son igualmente contrarios á las leyes y á la seguridad de todas las naciones, fundándose para ello en la práctica mas generalmente seguida, y en especial en la de los Estados que conservan entre sí relaciones estrechas de vecindad y amistad, como los Cantones de la Suiza, cuya institucion no puede menos de alabar, como dirigida á mantener una paz comun, y formar de muchos Estados una sola república (3). *Klüber* ha negado la obligacion de un Estado á entregar al súbdito acusado ó convicto de delito ó crímen cometido en otro pais, para ser juzgado por tribunal estranjero, aun cuando el proceso estuvieses incohado ó dada la sentencia, á no ser que se halle empeñado á ello por tratados; y fundando su opinion en la legislacion prohibitiva de varios paises en este particular, por ejemplo, la de Prusia y Baviera, considera la práctica de los Estados citada por Vattel como efecto de su impotencia ó inferioridad (1). *Kluit* sienta el principio de extradicion universal, sobre todo en caso de reciprocidad; pero no puede menos de desaprobar en política la del súbdito propio ó ciudadano (2). *Fœlix* dice, que aunque segun el uso de las naciones, la extradicion se concede ordinariamente aun sin tratado, la del ciudadano ó súbdito es menos fácil de consentir que la del estranjero, y que las leyes de muchos Estados la prohiben espresamente (3); y por último, *Wheaton* considera como regla práctica, que el Estado jamas debe acordar la de sus propios nacionales (4). Mas á pesar de esta divergencia de opiniones, resultado no menos de las distintas prácticas que se citan, que de los principios mas ó menos liberales, profesados en esta materia por los publicistas y admitidos en la política de los paises, es indudable la existencia de la prohibicion en la legislacion de la mayor parte de ellos; muchas potencias tienen celebrados convenios de extradicion, y en casi ninguno se pacta la del regnícola, y, por último, la práctica está de acuerdo con esta teoría, especialmente en aquellos Estados que como la Francia juzgan y castigan con arreglo á sus leyes á sus súbditos por delitos cometidos en el estranjero aunque sea contra estranjero, justificando esta conducta con la prevencion de la causa en sus tribunales. De este modo han conciliado las naciones los principios de justicia universal, y comun con los de independencia y soberanía de cada una.

En ninguno de los convenios ó tratados concluidos por España con las potencias vecinas de Francia y Portugal, se halla

(1) *De jure belli et pacis*, párr. 4. núm. 8
(2) Lib. 1, párr. 233 al fin.
(3) Lib. 2, párrs. 76 y 77.

(1) Part. 2, tit. 1, cap. 2, párr. 66.
(2) Cap. 2. párrs. 1 á 3.
(3) Traité du droit international privé, lib. 8, tit. 9 cap. 7. Párr. 370. donde en comprobacion cita las leyes de muchos paises.
(4) Elements du droit international, tom. 1, párr. 140.

pactada la extradicion del regnícola. La frecuencia con que los súbditos de España ó de Portugal han delinquido en uno ú otro reino, refugiándose despues á su propio pais, dió lugar, mediante no hallarse nada determinado para semejantes casos, á una nueva práctica fundada en el arreglo que por nota remitió en 15 de diciembre de 1841 el ministro de Negocios estranjeros, y se aceptó en 1843 por el de Gracia y Justicia de España (1). En su virtud se convino entre ambos gobiernos, que en tales casos el Estado donde delinquió el refugiado á su pais, remita el tanto de culpa que contra él resulte, para que se le castigue por sus jueces territoriales ó naturales. En el artículo 1 del novísimo convenio con la república francesa, se hizo la escepcion terminante de que la extradicion no tuviese lugar en cuanto á los súbditos respectivos. Tampoco en el art. 20 del celebrado en Amiens por la corona de España en union de otras potencias con la Inglaterra é Irlanda, se encuentra pactada la entrega del regnícola; pero la generalidad de sus términos, disponiendo se entreguen á la justicia las personas acusadas de los crímenes que menciona, cometidos en la jurisdiccion de la parte requirente, hace presumir que, ya sean estranjeros, ya súbditos, se comprenden en la extradicion. Unicamente con la república de Génova se convino en artículo separado la mútua entrega, con condicion de reciprocidad, de cualquiera súbdito nacional que se hallase refugiado como delincuente en cualquiera de los dominios españoles ó genoveses.

En virtud del principio de jurisdiccion arriba sentado relativamente á las personas, y con arreglo á la teoría espuesta, al comenzar esta seccion, sobre los en que se funda la extradicion en general, puede decirse que esta procede no solo por los delitos cometidos en el Estado sino tambien contra el Estado reclamante; pues no hay duda que para infringir las leyes de un pais no es indispensable residir en él, ni para hacer mal á sus individuos es preciso ir á su patria. En todo convenio de extradicion se designan por lo regular los crímenes ó delitos en que debe haber incurrido el asilado para que aquella pueda acordarse. Sin embargo, es regla admitida en este punto por casi todos los publicistas (1), que la extradicion solo puede tener lugar por razon de crímenes ó delitos graves, llamados de derecho comun, ó de derecho de gentes en la acepcion que los jurisconsultos romanos daban á esta palabra, es decir, aquellos delitos que las leyes de todos los Estados consideran y señalan como justiciables. Guiadas las naciones europeas por el sentimiento de justicia, moralidad y seguridad que deben reinar entre ellas, han admitido este principio relativo al delito, y, como por una consecuencia necesaria del mismo, han escluido implícitamente de la extradicion á los reos de delitos puramente locales, ó sean los políticos que tienen por objeto la subversion del gobierno de un pais, y cuya gravedad es considerada de distinto modo, segun los diversos tiempos y circunstancias, no solo en el del asilo sino aun en el del que reclama la extradicion (2). La nacion francesa ha llevado hasta tal punto su escrupulosidad en esta parte, que en las varias épocas de emigracion ha rehusado siempre entregar al gobierno español los reos de crímenes comunes por atroces que fuesen, siempre que se hubiesen cometido y buscado despues el asilo sus autores con el carácter de rebeldes ó facciosos (3). El rey de los Paises-Bajos ha negado tambien en algunas ocasiones, en 1826 y 1828, la entrega de los refugiados políticos franceses, y el emperador de Marruecos ha resistido la de los españoles (4)

(1) Copiamos esta noticia de la citada obra de Riquelme, tom. 1, pág. 469.

(1) Pueden verse los citados en este artículo, especialmente Grocio, párr. 5, num. 5.

(2) Ortolan y Ledeau, citados por Fœlix, en la nota 3 del párr. 570, dicen «los gobiernos de Europa han reconocido que en adelante no tendrá lugar nunca la extradicion por delitos políticos.»

3) Cantillo, coleccion de tratados, párr. 2 de la nota 1, al de 1765 entre España y Francia, que es la ley 7 del tit. y lib. de la Nov. Recop. citados varias veces en el texto.

(4) Kluit, citado por Fœlix en la nota 9 al párr. 570.

Tenemos, no obstante, en contra de esta práctica casi general los tratados concluidos por la Gran Bretaña con Dinamarca en 23 de febrero de 1661, y con los Estados generales de los Paises-Bajos en 14 de setiembre de 1662, para la extradicion de los cómplices del homicidio de Cárlos I, que algunos publicistas han desaprobado (1); y los que para la extradicion de reos políticos ó de alta traicion se celebraron entre el Austria, la Rusia y la Prusia en 4 de enero de 1834, relativamente á los súbditos de las provincias que forman parte de la Polonia, y con los demas Estados que componen la Confederacion Germánica, en 1.° de febrero de 1832, y 18 de agosto de 1836 (2). Por lo que respecta á los delitos leves ó sean los que no van acompañados de circunstancias atroces, y cuya vindicta no interesa á la sociedad humana en general, no han solido comprenderse en la extradicion, considerando á sus autores merecedores por consiguiente del asilo, á no ser que lo contrario se haya estipulado por tratados, lo cual ha solido tener lugar entre naciones vecinas ó de frecuentes relaciones (3). Ward ha considerado estos tratados como prueba de los progresos de las naciones en órden y regularidad. En cuanto al delito de desercion militar, aunque la disciplina de todos los ejércitos está interesada en su castigo y coercicion, se ha considerado que la extradicion de los reos de esta clase debia tambien depender de convenios especiales (4); y atendiendo á estos principios, como igualmente á la mayor facilidad de la desercion, casi todos los Estados europeos, sin esceptuar á la Inglaterra, tienen celebrados con las potencias ó reinos vecinos tratados de extradicion de desertores.

La práctica de España relativamente á las causas de extradicion por lo tocante á las personas y delitos no ha sido siempre una misma, si bien por lo general se han tenido presentes los principios de derecho internacional que acabamos de indicar, consignándose sucesivamente en los diversos tratados que con otras potencias ha concluido. En el de 1569 con Portugal, aclaratorio del de 1499, se determinaron los reos de delitos comunes por los que procedia la extradicion, incluyéndose el de sedicion y *læsæ majestatis*; pero todavía en el de 1778 fue preciso espresar los de falsa moneda, contrabando de primer grado, y desercion de los cuerpos militares de mar y tierra; y en el definitivo de 1823 se comprendieron nuevamente estos y los prófugos del alistamiento militar, y en general los reos procesados y condenados en su respectivo pais, sin escepcion de ninguna clase (1). En el de 1765, primero celebrado con la Francia, á la vez que espresamente se escluyeron de la extradicion los desertores de los ejércitos de ambas potencias, estipulándose únicamente la restitucion de las armas, pertrechos y equipaje (2), nada se convino acerca de los reos de delitos políticos; pero en el artículo 6 del novísimo con la República francesa se esceptuaron estos espresamente, disponiendo que el individuo cuya extradicion

(1) Dicho autor, en los lugares citados, notas 6, 7 y 8 al mismo párrafo.

(2) Foelix, párrs. 580 y 583.

(3) Grocio, citado párr. 5, núm. 5 ... «*Minora mutuo, dissimulatione transmitti invaluit, nisi fœderis legibus proprius quiddam convenerit.....*» Kluber, citado parr. 66, notas d, y e.

(4) Binkershoek, *Quæstionum juris publici*, lib. 1, cap. 20.

(1) Riquelme hablando de este tratado lo considera mas defectuoso que el celebrado con Francia, porque en él nada se dispone para los casos en que el criminal se refugia en su pais, ó pertenece á otra tercera nacion, ó lo fué en el Estado á quien se pide la extradicion, pero contra el que la reclama. En cuanto al primero, que supone la extradicion del regnicola, ya hemos hecho mencion de la práctica establecida en virtud de arreglo remitido en nota por el ministro de Negocios Estranjeros de Portugal y aceptada por el de Gracia y Justicia de España. En cuanto al segundo, creemos escusable el silencio observado en el convenio, puesto que, aun admitiendo que la extradicion tiene lugar por los delitos cometidos en ó contra del Estado reclamante, no podria efectuarse sin conocimiento del gobierno de la tercera nacion á que perteneciese el delincuente, la cual podria reclamarle: á no ser que no lo hiciese ó que de antemano el reo hubiese renunciado su nacionalidad, ó se sujetase por entonces á la jurisdiccion de la requirente. En el último caso, el silencio es efecto sin duda del principio que en la práctica sirve de base á la extradicion; pues las naciones solo acceden por lo general á la entrega de delincuentes que lo fuesen en la jurisdiccion territorial de la reclamante.

(2) Esta escepcion consignada en un convenio en que generalmente se estipulaba la restitucion de los vasallos de ambos monarcas, que hubiesen cometido menores delitos á mas de los que formalmente se espresaban, podria inclinar á dudar si fue su objeto favorecer mas bien que castigar la desercion.

esté concedida no pueda en caso alguno ser castigado ó perseguido por ningun delito político anterior á la extradicion (1): y declarándose en el artículo 11 del mismo, nulo y de ningun valor el de 1765, es de inferir que cesó la obligacion de restituir las armas y equipo, en él convenida, y que así para este caso como para la extradicion de los reos de desercion militar, seria menester nuevo convenio ó esplicacion del novísimo. En el artículo 2 del de que hablamos se enumeran los crímenes cuyos autores ó cómplices de cualquiera de ellos deben hallarse acusados ó condenados por los tribunales del pais donde se hubiere cometido el crímen: en él se han añadido, á los comprendidos en el igual del de 1765, los delitos de parricidio, infanticidio, homicidio y violacion (2), los de falsificacion de los sellos del Estado y de toda clase de papel sellado, los de falsedad en instrumentos públicos ó privados y en los de comercio, falsificacion de efectos públicos y billetes de Banco, y el uso de estos documentos, esceptuándose siempre las falsedades cometidas en certificados, pasaportes y otros documentos, cuando no se castigan con penas aflictivas ó infamantes, y los de falso testimonio y soborno de testigos: se fijó definitivamente la extradicion por el de quiebra fraudulenta (3): se esplicaron mas las circunstancias del estupro y de los atentados contra el pudor, las que habrian de concurrir en el hurto y robo, contándose tambien el doméstico, y que la sustraccion cometida por depositarios constituidos por autoridad pública ó por cajeros de establecimientos públicos y casas de comercio, solo motivará la extradicion cuando sean castigados con penas aflictivas ó infamantes (1). Con el imperio de Marruecos se estipuló por el artículo 10 del tratado de 28 de mayo de 1767 y por el 6.° de 1.° de marzo de 1799 la restitucion de los prófugos ó desertores de los presidios de Ceuta, Melilla, Peñon y Alucemas, por los primeros alcaides ó gobernadores que los aprehendan, á menos que no muden de religion; y que los españoles que delincan en cualquiera de los dominios marroquíes se entreguen á su cónsul general ó vice-cónsules para que con arreglo á las leyes de España se les imponga el castigo ó correccion que merezcan, ó se les remita á su pais con la correspondiente seguridad, siempre que el caso lo requiera; observándose igual reciprocidad con los marroquíes delincuentes en España, los cuales se enviarán al primer puerto de la dominacion marroquí con oficio que el gobernador ó justicia del territorio donde delincan dirija al cónsul general de España, relacionándole el crímen ó falta para que del mismo modo su gobierno le castigue segun sus leyes y estatutos (2). Con Dinamarca se pactó la mútua restitucion de esclavos fugitivos de las islas respectivas, permitiendo á los que pasasen de las danesas á las españolas y mudasen de religion, profesar con toda seguridad la que hubiesen abrazado; y por el artículo 8 la de desertores de tropas regladas ó de milicias. En los mismos términos está concebida la convencion con los Paises-Bajos de la Holanda relativa á la mútua restitucion de desertores y fugitivos de sus colonias americanas. Con la República de Génova se estipuló en el artículo 1 del convenio de 5 de junio de 1779 la

(1) Tomándola del párr. 2 de la circular del guardasellos de Francia, de 3 de abril de 1841, que Fœlix inserta al pár. 574 de su repetida obra, establece Riquelme la regla de que ocurriendo que un reo entregado es á la vez delincuente político, solo puede juzgársele é imponérsele pena por el delito comun, pero no por el político, y que cumplida la pena impuesta por aquel debe el penado quedar en libertad para volver al pais de que fué estraido, si así le conviene. Puede verse á Dalloz en su diccionario, palabra «Extradicion.»

(2) Es digna de notarse la conformidad de los términos de este convenio con los del tratado concluido en 22 de noviembre de 1834 entre la Francia y la Bélgica, que inserta en parte Fœlix al párr. 573.

(3) Hasta la celebracion de este convenio el delito de quiebra fraudulenta no comprendido espresamente en el de 1765 dió lugar á dudas ó negativas de extradicion, que se otorgó á veces con condicion de reciprocidad, y motivó el arreglo privado de que hace mencion la real órden de 21 de julio de 1838, copiada en la *parte legislativa*.

(1) Creemos subsistente en cuanto á los reos de contrabando en las fronteras el art. 16 de la convencion de 24 de diciembre de 1786, acerca de la cual nada dispone el novísimo convenio de extradicion.

(2) De estas estipulaciones contenidas en los tratados que citamos en el texto, y cuya observancia reiteró la ley 9, tit. 36, lib. 12 de la Nov. Recop., puede decirse lo que de la convencion con Francia de 1786. Véase la nota 1 á la columna primera, pág. 244.

extradicion, con condicion de reciprocidad, de toda suerte de reos de cualesquier delitos cometidos en los Estados de ambos dominios que se refugiasen á las embarcaciones españolas existentes en los puertos, playas ó senos marítimos del ginovesado, ó á las ginovesas en los puertos de España; y en el 2.° la de desertores de milicias y los que lo fuesen de galeras llamados *buenaroyas*, *forzados* ó *esclavos*; y en el 6.° se declaró que era estensiva á los reos de delitos capitales, como ladrones de hurtos graves y asesinos, y que en los desertores, buenavoyas y esclavos se comprendian toda suerte de desertores, á saber: soldados, marineros y cualesquiera otros individuos de las embarcaciones que se huyesen á tierra y en ella se manifestasen ó estando escondidos viniesen á ser descubiertos. Con los Estados-Unidos de Inglaterra é Irlanda se convino por parte de España, en el tratado de Amiens, la de los reos de delito de homicidio, falsificacion ó bancarrota, cometido posteriormente á la celebracion de aquel. Y por último, en el de Gibraltar celebrado especialmente para la mútua entrega de desertores se esceptuaron espresamente por el artículo 5 los reos de delitos políticos.

Efectos de la extradicion. Es un principio admitido en teoría y confirmado en la práctica, que el individuo, cuya extradicion se ha acordado, no puede ser perseguido ni juzgado sino en razon del crímen que á aquella ha dado lugar, aunque hubiese cometido otros delitos graves; puesto que en la demanda de extradicion se enuncia el hecho que la motiva y solo este debe ser, por consiguiente, el penado. Dedúcese de aquí, que si durante el procedimiento apareciesen pruebas de un nuevo crímen, debe formarse una nueva demanda de extradicion para que pueda castigarse, porque esta es una condicion natural aunque tácita de la entrega, y una consideracion derivada del derecho de asilo. Este principio se ha tenido presente por España y la República francesa en el artículo 7 del novísimo convenio de extradicion, disponiendo que el individuo entregado en virtud del convenio, no pueda ser juzgado por delito anterior á la extradicion, distinto del que la hubiese motivado, sino en el caso de ser dicho delito de los comprendidos en el convenio, y obteniéndose préviamente en la forma prescrita para aquella por el artículo 3.° la anuencia del gobierno que la haya concedido (1).

Otro de los efectos de la extradicion combinada con el derecho de asilo, y puesto en práctica en cuanto á los desertores de milicias, esclavos y fugitivos, ha sido el que unos y otros queden libres de la última pena, y por lo que toca á los desertores, especialmente, de las demás *corporis aflictivas*, si su delito no va acompañada de otro merecedor de alguna de ellas. España lo ha estipulado así con el vecino reino de Portugal, tocante á los desertores, en el artículo 6 del tratado de 1778; y con Dinamarca y Holanda en el artículo 4 de cada una de las convenciones respectivas, en cuanto á los esclavos y fugitivos de ambas islas y colonias, disponiendo que ninguno ha de ser castigado despues de su entrega con muerte, mutilacion de miembro, prision perpétua ni otro de los castigos semicorporales por el delito de fuga ni por otro alguno, á menos de ser de los mayores, en cuyo caso se hubiese de especificar al reclamarse. Tambien con Gibraltar se convino en artículo adicional, que los desertores entregados por cualquiera de las partes, bien se hubiesen presentado espontáneamente, bien fuesen aprehendidos, no podrian en ningun caso sufrir la pena de muerte, que ambas naciones prometian conmutar por otra que no fuese capital.

Como la inmunidad que sirve de base al derecho de asilo eclesiástico (Véase esta palabra), lleva en sí en favor del que á él se acoje la exencion de la última pena; y, por otra parte, la extradicion, por ciertos

(1) Este artículo es conforme en su espíritu al párr. 3 de la citada circular del guarda-sellos de Francia de 1841, que contiene un resúmen de los principios admitidos en la materia, y de la cual está tomada la regla 3.ª sentada por Riquelme, y la que en el texto establecemos.

y determinados delitos convenida, no puede dejar de tener lugar porque el reo haya tomado iglesia ú otro asilo privilegiado, se ha estipulado entre España y la República francesa, por el artículo 9 del novísimo convenio, é insistiendo en lo que los artículos 4 y 5 del anterior de 1765 disponian, que solo se entregarán al gobierno francés los reos de los crímenes que se enumeran en el convenio y hayan buscado el asilo eclesiástico, con condicion de no imponerles la pena de muerte que en el estado actual de la legislacion francesa no es aplicable á ninguno de los reos que gozan del beneficio de derecho de asilo, si mas adelante llegase á serles aplicable; y que este derecho se acreditará al tiempo de la entrega, mediante copia testimoniada de las diligencias practicadas con este objeto.

Suspension y cesacion de la extradicion. Siendo independiente la jurisdiccion de cada Estado, y estensiva á la persecucion y castigo de los delitos cometidos dentro de su territorio ó límites territoriales; y como el interés privado debe sujetarse siempre al público, es regla fundada en el uso de las naciones, y aun estipulada en algunos tratados ó convenios de extradicion, que la del individuo sujeto á la accion de los tribunales del Estado en que se refugió ó condenado por sentencia de los mismos, debe suspenderse mientras no recaiga en el primero de los casos la absolucion ó la condena, ó esta se cumpla en el segundo. No sucede lo mismo cuando la causa es distinta de la vindicta pública, como en el caso de hallarse el reo cuya extradicion se reclama, preso por razon de deudas; pues entonces debe aquella llevarse inmediatamente á efecto (1). Así se ha estipulado con la República francesa por los arts. 5 y 10 del repetido convenio, disponiéndose en el último de estos en términos generales que la extradicion no se suspenderá porque impida el cumplimiento de obligaciones que el individuo reclamado hubiese contraido á favor de personas particulares, las cuales podrán hacer valer su derecho ante la autoridad competente. Con Dinamarca se convino en el artículo 5, la suspension de la entrega del esclavo fugitivo, delincuente en la isla á que se hubiese acogido, hasta que sufriese la pena que la justicia local le impusiese: y que si el delito era de robo ó deudas, abonase el importe su dueño antes de recibirlo, si bien se providenciaria por edictos en ambas partes, la incapacidad de los esclavos para contraer deudas durante su fuga ó detencion. Otro tanto se pactó en cuanto á los negros ó negras fugitivos de las respectivas colonias, en igual artículo del celebrado con la Holanda.

Una vez ajustado un convenio de extradicion, parece que llegado el caso de esta deberia siempre efectuarse. Pero como la extradicion tiene por base la conveniencia de los Estados en que se castiguen aquellos delitos que todos consideran como graves, porque ofenden á la sociedad humana en general ó en cuyo castigo tienen un mismo interés; como en tanto únicamente accede un Estado á la estradicion y entrega de un refugiado, en cuanto reconoce el principio de jurisdiccion criminal en el requirente; y como, por último, ademas del principio de humanidad en que se funda el asilo territorial está el de la prescripcion aplicable á los derechos y obligaciones de toda clase, seria inhumano é injusto que ademas de privarse de asilo al delincuente se le sujetase á pena por un delito que las leyes del pais donde reside no tienen ya interés ni aun derecho para castigar, por haber prescrito la accion criminal ó la pena. En el artículo 8 del novísimo convenio con la Francia se ha tenido presente este principio, disponiendo que no tenga lugar en ningun caso la extradicion del delincuente, cuando haya prescrito la pena ó la accion criminal con arreglo á la legislacion del pais donde se halle refugiado el reo.

Interpretacion de los convenios de extradicion. No puede desconocerse que la extra-

(1) Párr. 11 de la citada circular de 1841, de la cual ha tomado Riquelme la 7 de las reglas referentes á este punto, y ha servido de norma para la redaccion de los artículos de que se hace referencia en el texto.

dicion, que lleva en sí la privacion del derecho de asilo, es una escepcion de este y tiene un carácter odioso; y como en materia de interpretacion es regla de derecho reconocida que lo favorable debe siempre ampliarse y lo odioso restringirse, de aqui el que los convenios de extradicion ó los artículos de los tratados en que se estipula deban en casos dudosos interpretarse mas bien en sentido favorable que perjudicial á los individuos reclamados. Pero recayendo esta interpretacion en asunto de interés público y general en que solo son competentes los gobiernos, es claro que con arreglo á los principios de derecho de gentes, á solo los gobiernos toca de comun acuerdo, ó sea por los mismos medios y solemnidad con que tuvo lugar el convenio, restringirle ó ampliarle si se considera necesario; y que mientras no llega este caso, lo mas seguro y conforme á la naturaleza de esta clase de pactos es ceñirse exacta y estrictamente á la letra de sus artículos. La práctica de la nacion francesa puede citarse en este punto como modelo. Su gobierno, al llevar á efecto el antiguo convenio de 1765, ha denegado la entrega de reos de delitos comunes y aun atroces que al mismo tiempo lo eran de otro político, por hallar dudoso el caso; la de los falsificadores de papel moneda, por no mencionar el convenio sino los monederos falsos; y la de los ladrones domésticos que no lo hubiesen sido con fractura y violencia, fundándose para ello en el texto original del convenio que copulativamente comprende ambos requisitos, mientras en la ley recopilada se escribieron disyuntivamente (1).

§. 3.° *Expulsion del refugiado.*

La admision de un estranjero en un Estado, fundada en la práctica de uno de los oficios comunes de humanidad que deben ejercer entre sí las naciones, tiene por límites, como en otro lugar espusimos, el derecho de soberanía en cuya virtud dispone del territorio y puede permitir ó rehusar su entrada y residencia en él al estranjero que lo pretenda. Empero una vez concedida, existen desde luego entre el individuo que se refugia y la nacion que le da acogida obligaciones recíprocas que suponen de parte del uno el deber de guardar y respetar las leyes locales del pais asistiendo, si necesario fuese, á su defensa, en cuanto su condicion de estranjero lo permita; y de parte de la segunda, el de protejerle como á cualquier otro de sus súbditos, permitiéndole el uso legítimo de sus talentos y el ejercicio ó empleo de su industria y capitales. Sin embargo, á la manera que razones de justicia y comun conveniencia ó interés de los Estados han dado orígen á la extradicion, así razones de propia seguridad ó conveniencia de cada uno pueden obligarle á expulsar al que una vez ha admitido. Tal medida, independiente de la extradicion, que puede tener lugar cuando esta no es reclamada por un gobierno estranjero, y que *Hugo Grocio*, denegando el asilo á toda clase de delincuentes, colocaba indistintamente entre las que contra estos podian tomarse; no la adoptan por lo general los gobiernos en las naciones europeas civilizadas, cuando el individuo refugiado es mas bien un modelo de virtudes con las cuales viene á merecer el perdon del cielo y de la tierra. Solo en el caso contrario, si la conducta del estranjero llega á infundir sospechas ó fundados temores de que comprometerá la paz pública y la seguridad interior del pais ó de una potencia aliada ó amiga, acostumbran á usar de este poder los gobiernos. Cuando los refugiados políticos conspiran en el pais que les da asilo, contra el gobierno de su patria, las medidas que suelen adoptarse contra ellos, son: ó desviarlos de las fronteras (internarlos) para impedir la realizacion de sus planes, ó expulsarlos del territorio. Esta es la práctica, entre otras, de la nacion francesa; y aunque el Código de Brumario, año cuarto, en su art. 4 autorizaba á los tribunales

(1) Cantilo, citada obra, nota 1 al tratado de 1765, pág. 504 y siguientes. Véase tambien lo dicho en esta seccion al hablar de los delitos ó causas de extradicion fijadas en el novísimo convenio.

para que condenasen á salir del reino á los estranjeros que estuviesen perseguidos en su patria por crímen, con prohibicion de entrar en él hasta que se justificasen; la ley de 21 de abril de 1822, relativa á los refugiados estranjeros, declaraba en su artículo 1 que el gobierno podria obligarles á salir del reino, si juzgase su presencia susceptible de turbar el órden y la tranquilidad pública. La nacion belga ha llevado aun mas adelante el rigor en esta parte: su gobierno puede no solo expulsar al estranjero que por su conducta comprometa la paz interior, sino tambien al que haya sido encausado y condenado por crímenes y delitos que en la ley de 1833 se mencionan. Véase la *Parte legislativa*.

ASILO DE LOS BUQUES (1). Llámase así la acogida y seguridad que el capitan ó comandante de un buque estranjero mercante ó de guerra suele prestar al delincuente á quien persiguen las justicias del territorio. A la manera que el gobierno de un Estado puede en virtud de su soberanía y dominio territorial negar el asilo al que se refugia á él, así y con mayor razon el jefe de un buque puede rehusarlo obrando en virtud de consideraciones locales y del mejor servicio. Aunque en el hecho de representar á su nacion el buque de guerra goza de exterritorialidad, no por eso goza del derecho de asilo, como no lo gozan las casas de los embajadores. Sin embargo, los comandantes guiados á las veces por un sentimiento humanitario, y teniendo presentes las circunstancias, acostumbran concederle únicamente á los delincuentes políticos á bordo de sus buques: á los reos de delitos comunes por derecho y costumbre se deniega en virtud del mismo principio que sirve á las naciones para denegar el territorial.

El refugiado á un buque estranjero, mercante ó de guerra, á quien se haya concedido el asilo, queda sujeto á extradicion solo en algunos casos con ciertas formalidades. Si lo fue en buque estranjero estante en el puerto de su nacion, la autoridad local debe reclamar su extradicion al comandante del buque, si fuese de guerra; y en caso de contestar que no le tiene á bordo ó de rehusar su entrega, dirigirse al gobierno para que este lo haga al otro respectivo del mismo modo que si el asilo se hubiese verificado en el territorio; mas si fuese mercante, como este no solo no goza de exterritorialidad, sino que su independencia en puerto estranjero se limita á los casos en que no se interesa la tranquilidad del puerto ni la conveniencia de otros individuos que los de su tripulacion, la regla es que la autoridad se constituya á bordo para inquirir el hecho y proceder á estraer al delincuente, con asistencia del agente consular ó del comandante de un buque de guerra estante en el puerto y dependiente del Estado del mercante. Es de advertir que si el capitan hubiese dado asilo al criminal cuya ocultacion castigasen las leyes del Estado, quedaria sujeto á la jurisdiccion local del puerto. Si el refugiado lo fuese á bordo de un buque mercante en alta mar, ó en puerto de otra nacion, la extradicion cesa aunque el buque vaya á puerto de la á que pertenece el refugiado, porque habiendo tenido lugar el asilo cuando el buque no estaba sujeto á la jurisdiccion local del puerto, no se infringió ley alguna del pais en que se halla.

La extradicion del regnícola no tiene lugar en los buques en ningun caso, como no lo tiene en el territorio: y si se solicitase por la autoridad local, el capitan debe noticiarlo á su gobierno.

Refugiándose de los buques á tierra, puede decirse que como no hay asilo, tampoco extradicion propiamente dicha. En tal caso mas bien procede la restitucion que debe pedir á la autoridad local el comandante del buque de guerra, ó el cónsul si es mercante: y en caso de negativa debe acudirse á su gobierno en reclamacion. La razon de este procedimiento distinto del de la extradicion, se funda en la perentoriedad con

(1) Damos cabida en este lugar al asilo de buques, aun á pesar de no haberlo indicado en la division general del artículo, por considerar o como apéndice del territorial, y atendiendo á la mayor latitud y significacion de la palabra «Asilo.»

que la disciplina marítima exige que se restituyan á bordo los desértores.

La práctica de España sobre esta materia está fundada en sus disposiciones y ordenanzas y en los tratados y convenios consulares con otras potencias, que aprueban y confirman las reglas que dejamos indicadas. Al paso que la real órden de 17 de mayo de 1784, sujetaba á la jurisdiccion territorial á cualquier individuo de la tripulacion de un buque mercante que delinquiese en puerto estranjero, prohibia tambien que los buques de esta clase sirviesen de asilo en ningun caso á los criminales. Las Ordenanzas de la Armada, tít. 5, trat. 2, artículos 93, 100, 101 y 124, facultan á los gefes de escuadras españolas en puertos estranjeros para convenir con los de otras ó con los comandantes de puerto en la recíproca entrega de desertores, recibiéndolos absueltos de pena, siempre que la desercion no vaya acompañada de otro delito grave, pues de lo contrario deberá antes de la extradicion noticiarse á S. M. Previenen tambien, que no se permita que autoridad alguna de puerto estranjero registre los bajeles de S. M. bajo pretesto de asilo, rechazando este acto con la fuerza en caso de violencia de la autoridad: que lo determinado en cuanto á los buques de guerra españoles en puertos estranjeros, se observe con los buques estranjeros en los puertos de España; y que si hallándose en puerto español algun buque mercante estranjero, tomasen asilo á su bordo prófugos del servicio militar, se proceda á extraerlos, usando de la fuerza en caso de resistencia, practicándose lo mismo si en él se ocultasen efectos robados de los arsenales; advirtiendo que en uno y otro caso se dé inmediatamente despues parte al gobernador militar ó juez conservador, cuando la urgencia no permitiese hacerlo antes. Una real órden de 2 de marzo de 1827 manda á los capitanes de puertos reconocer los buques estranjeros á su salida, á fin de evitar la fuga ó evasion de los marineros españoles.

En el artículo 19 de la convencion celebrada en 2 de enero de 1768 entre España y Francia para esplicar y ampliar el 24 del pacto de familia en punto á navegacion, comercio marítimo y visita de embarcaciones; conociendo que nada es mas perjudicial al servicio y comercio marítimo, que la desercion de los marineros cuando los navíos estan en los puertos, se estipuló no dar asilo á los marineros que desertasen de dichos navíos, ni permitir á los que se restituyesen con pasaporte y avio de los cónsules á sus respectivos departamentos, que tomen partido en las tropas de tierra; antes bien los gobernadores, justicias y gefes militares de tierra y mar prestarian mano fuerte, y auxilio para prenderlos y volverlos al cónsul ó navío que los reclamase. Este convenio, mas bien de denegacion de asilo ó de inmediata restitucion, que de extradicion propiamente dicha, se confirmó por el artículo 6 de la convencion consular entre las mismas coronas, de 13 de marzo de 1769, en que se faculta á los cónsules ó vice-cónsules respectivos para reclamar los marineros y delatar á la justicia del pais los vagabundos transeuntes de su nacion, para proceder con ellos conforme á derecho, á los tratados y á las órdenes del soberano territorial; que se les daria mano fuerte para guardar en las cárceles del pais á tales gentes, proveyendo el cónsul á su mantenimiento hasta que convenga el gobierno en entregarlos para volverlos á su tierra, entendiéndose con los marineros que constase ser desertores, ó los que se restituyan á sus departamentos con pasaportes y socorros que hayan recibido del cónsul para ello, no han de ser tomados ni enganchados, antes sí restituidos á su bandera, ó al cónsul que los reclame, sin dificultad, á menos de tener algun otro crimen ó delito que los haga responsables á la justicia del parage donde fuesen reclamados.

Por el artículo 19 del tratado de paz con el bey y la regencia de Tunez, está admitido el asilo, con relacion á los esclavos, únicamente en las naves de guerra de España: y, por consecuencia, determinada la

extradicion del que se refugiase á alguna embarcacion mercante, castigándose ademas al promovedor de la fuga y al ocultador; debiendo observarse igual distincion en España cuando el esclavo musulman se acogiese á buque tunecino.

Con la república de Génova, se estipuló en el artículo 6 la mútua extradicion de reos de hurto grave y asesinos refugiados á las embarcaciones de guerra de cualquiera de los dos Estados, prévio oficio á sus comandantes, sin que se necesitase otra seguridad de que el reclamado no existe á bordo del buque, que afirmarlo asi el propio comandante como oficial del rey y hombre de honor.

Con Portugal se estipuló en el artículo 8 del convenio consular de 26 de junio de 1843, que los agentes consulares estarian autorizados para requerir el auxilio de la autoridad local para el arresto y encarcelamiento de los desertores de buques de guerra y mercantes de su pais: á cuyo efecto se dirigirian á los tribunales, jueces y oficiales competentes, y reclamarian por escrito á los desertores, probando por medio de las matrículas, roles de la tripulacion ú otros documentos, que los tales formaban parte de las citadas tripulaciones, y justificada así la reclamacion se accederia á la entrega. Se estipuló igualmente que, cuando dichos desertores hubiesen sido arrestados, serian puestos á disposicion de dichos agentes consulares, y podrian ser encarcelados á peticion y costa del que los reclamase, para enviarlos á los buques á que pertenecian, ó á otros de la misma nacion; pero si no lo fuesen en el plazo de dos meses á contar desde el dia de su prision, quedarian en libertad y no serian presos nuevamente por la misma causa: entendiéndose, no obstante, que si resultase haber cometido el desertor algun crímen ó delito contra las leyes del pais, podria retardarse su entrega hasta que hubiese sido pronunciada y ejecutada la sentencia del tribunal que conociera del caso. Y por último, que dichos agentes consulares tendrian igualmente facultad para solicitar de la autoridad superior de la provincia en que residieran, el auxilio necesario para la detencion y entrega de los mozos alistados para el servicio militar de cualquiera de las dos potencias, que se refugiasen en los respectivos territorios, debiendo dichos agentes consulares acompañar su reclamacion con el exhorto que al efecto recibiesen de las autoridades superiores de las provincias de su pais.

ASILO DE PALACIO. El derecho que la casa ó morada del rey, consideradas como lugar inmune y sagrado, gozan en España segun antiguo fuero para amparar á los que á ellas se refugien, no pudiendo ser extraidos sin real mandato.

Esta especie de asilo, que en la division general del artículo hemos considerado como secular, tiene su fundamento filosófico en la inmunidad que los palacios de los reyes han merecido siempre á los súbditos en los pueblos monárquicamente constituidos. A la vez que su persona se ha mirado como sagrada é inviolable, sus retratos ó estátuas han llegado á merecer, por una especie de comun asentimiento ó instinto, el mismo respeto, y muy natural parece que el palacio donde continuamente se supone residir, obtuviese igual privilegio. La razon, pues, del asilo de esta clase, está en la inmunidad que el uso y la costumbre introdujeron; pero como la inmunidad de un lugar supone la prohibicion de ejercer en él acto alguno contrario al respeto y veneracion que le son propios, menos aun de opresion ó violencia; de aquí el derecho que el refugiado en el palacio del rey adquiere de no ser estraido violentamente escepto en ciertos casos de que luego hablarémos. El orígen histórico de este derecho de asilo le hallamos tambien, como muchos otros del derecho, entre los romanos. En la época del imperio se introdujo en Roma en virtud de la costumbre el asilo de las estátuas, que con el tiempo dió lugar á las primeras leyes que sobre asilo encontramos de este pueblo recopiladas. A imitacion de los griegos, de quienes derivaron muchas

de sus leyes y costumbres, las estátuas de los emperadores colocadas en cualquier paraje público, á las que se daba un culto que mejor pudiera calificarse de adulacion que respetuoso, sirvieron de refugio á los criminales. El malvado no temia calumniar al hombre probo, ni el siervo ofender á su señor, ni el reo burlarse de la accion del magistrado, con la esperanza de huir y abrazarse á la estátua del César; y hasta tal punto, que se llegó á imponer la última pena al señor que se atreviese á castigar á su siervo refujiado á ella. Tal es el espíritu de las disposiciones contenidas en las leyes 2.ª, tít. 6, lib. 1 (1), 1.ª, párr. 1, tít. 12, lib 12 (2), y 1.ª, tít. 1, lib. 21 del Digesto (3). Un profundo jurisconsulto (4) dice, que la causa de este asilo era la costumbre admitida en aquellos tiempos de considerar como crímenes de lesa majestad aun los actos indiferentes, para que el pueblo olvidara mas pronto de esta suerte la libertad de que gozaba en tiempo de la República. Como del uso al abuso es muy fácil y frecuente la transicion, y lo que en su principio tiene un objeto laudable y honesto suele convertirse con el tiempo en perjudicial y vituperable; esta costumbre de refugiarse llegó á tal estremo que hasta los retratos de los emperadores fueron un elemento de impunidad para los que á cada paso iban provistos de ellos al cometer un delito.

La ley entonces tuvo por necesidad que refrenar el abuso, y aquí es donde por primera vez vemos constituirse un derecho de lo que hasta allí solo habia sido punto de hecho, y distinguirse las personas capaces de gozarle. «Los miserables que huyan del furor de su perseguidor, dice la ley, serán los que podrán acogerse á la estátua: no los que por este acto confien en la impunidad de su delito.» No cabe esplicacion mas breve y filosófica del principio del asilo. La venganza privada, hija siempre de pasiones vergonzosas y del resentimiento, tan comun en aquellos tiempos como lo fuera entre los hebreos y los griegos, que introdujo la costumbre de refugiarse; y el abuso de esta que produjo la impunidad de los criminales, tan opuesta á la justicia desinteresada y eficaz, se vieron luego coartadas por las leyes 5, tít. 11, lib. 47 (1), 38, tít. 10 de idem (2), y 28, párr. 7, tít. 19, lib. 48 (3) del Digesto.

«Está prohibido, dice la última de estas leyes, refugiarse á las imágenes ó estátuas del príncipe, para injuriar á otro, pues prestando las leyes igual seguridad á todos los hombres, con razon parece que huir á ellas es mas para ofender que para defenderse; á no ser que detenido alguno en prision ó encadenado por un poderoso se acoja á esta salvaguardia, pues solo á este puede permitirse. El Senado ha determinado hacer esta prohibicion, y el emperador Pio ha mandado poner en la cárcel pública al que para causar daño á otro lleve consigo la imágen del César.»

Aun despues de que la religion cristiana fué la dominante en el imperio romano, subsistió la antigua costumbre de acogerse á las estátuas de los emperadores, y tanto que llegaron estas á ser objeto de rito solemne en su dedicacion (4). La ley única del Código Teodosiano sobre esta materia, inserta, aunque incompleta, en la única del tít. 25, lib. 1 del de Justiniano (5) está fundada en iguales motivos que las promulgadas hasta entonces: la envidia ó el miedo son las únicas causas espresadas por

(1) *De his qui sunt sui vel alieni juris.*
(2) *De officio Præfecti urbis.*
(3) *De Ædilitio edicto.*
(4) G. Meiner., citado en la nota 1, pág. 173, schol. ad parag. 506.

(1) *De extraordinariis criminibus.*
(2) *De injuriis.*
(3) *De pœnis.*
(4) Ley unica *de imaginibus* del Código Teodosiano.
(5) Esta ley se hallaba concebida, antes de su insercion en el Código de Justiniano, en los términos siguientes: «Eos qui ad statuas vel evitandi metus vel creandæ invidiæ causa confugerint *ante diem decimum neque auferri ab aliquo neque discedere sponte perpetimur, ita tamen ut* si certas habuerint causas quibus confugere ad imperatoria simulacra debuerint, jure ac legibus vindicentur, sin vero probati fuerint artibus suis invidiam creare voluisse, ultrix in eos sententia proferatur.» Las palabras subrayadas son las omitidas por Justiniano.

la ley como ocasionales del refugio, que autorizan el asilo á las estátuas: el término de diez dias es el fijado para que no pueda salir de allí ni extraerse al refugiado: la informacion judicial se considera como indispensable para poder gozar del asilo, ó castigar severamente á los que hubiesen apelado á él para causar daño ó injuriar impunemente á su enemigo. Este modo de proceder que introdujo ya una notable y esencial reforma en los abusos, se separaba algun tanto de la establecida por los griegos en cuanto entre estos tenia lugar incontinenti la citacion ó provocacion á juicio; y si de este resultaba que el refugiado se fundaba en derecho, se le prestaba el auxilio que era justo: mas si se conocia que solo habia buscado el asilo como medio de defender una causa injusta, era doblemente castigado por haberse atrevido á refugiar á la estátua siendo criminal.

En España no hay, ó al menos no se encuentra ley alguna promulgada, como entre los griegos y romanos, para moderar ó reglar el derecho de asilo á las estátuas de sus monarcas, ya porque no fué costumbre colocarlas como en tiempos antiguos en cualquier parage público, ya tambien por la mayor frecuencia y amplitud en varias épocas del asilo eclesiástico. Sin embargo, multitud de autores prácticos citados por Paz y Castillo, á los cuales siguió el autor de la Curia filípica (1), han profesado la opinion de que gozaba de asilo el que se acogiese á la persona del rey ó á su estátua, y que el condenado á muerte que viese al rey, aunque estuviese para ser justiciado, quedaba libre de pena. Prescindiendo del exámen de estas opiniones, cuyo fundamento no procede de disposiciones legales de nuestro pais, sino mas bien de la costumbre de nuestros antiguos prácticos de inventar casos é interpretarlos latamente ó esplicarlos conforme á las leyes romanas; por lo que respecta al asilo de palacio puede decirse que fué mucho mas frecuente en España. Una ley de Partida menciona la costumbre que los delincuentes tenian de refugiarse en las casas y moradas del rey, para librarse del merecido castigo. En ella, al paso que se fijó el órden de proceder en tales casos, distinguiendo los en que el rey estuviese ó no en el palacio, los en que el delito fuese ó no aleve, ó se tratase de criminales emplazados judicialmente, y por último, los en que el acogido perteneciese á la clase honrada ó noble, se consignó por primera vez el derecho de asilo de esta especie, imponiendo pena capital conforme al antiguo fuero de España, al que violentamente extrajese al refugiado, no hallándose el rey en el palacio, y prohibiendo hacerlo, cualquiera que fuese el delito, cuando el monarca residiese dentro del mismo, sin su superior y especial mandato. Dicha ley, 2 del tít. 17, Part. 2, se halla así concebida: «Algunas veces se meten los hombres »en las casas y moradas del rey por miedo »de los yerros que hicieron, procurando »en ellas ampararse. En este caso los anti»guos creyeron que el pueblo guardase al »rey de modo que ninguno se atreviese á »sacarlos de allí por fuerza, á no ser trai»dores ó aleves, los cuales ni en casa del »rey ni en otro lugar pueden ser ampara»dos. Mas despues que hubiesen entrado, »los que los persigan deben notificarlo á »las justicias que los saquen y prendan »hasta averiguar si son culpables del he»cho, puesto que á solas las justicias toca »castigarlos, á no ser persona noble, pues »entonces, aun hallándole reo de tales de»litos, debe primero darse cuenta al rey, »que determinará lo que tuviese por bien »se haga. Por otros delitos que no fuesen »de traicion ó alevosía ninguno debe atre»verse á extraer al acogido, sino que el »ofendido debe decirlo al hombre del rey (1) »que guarda la casa, y este hacer que ob»tenga justicia. El que de otra suerte los »extraiga violentamente debe morir por ello,

(1) Parte 3, párr. 13, núm. 4

(1) Hoy le llamaríamos intendente ó mayordomo del real palacio. Véase lo que mas adelante se dice de la práctica sobre extradicion de refugiados al mismo.

»segun fuero antiguo de España, porque »deshonra al rey entrando en su casa y »violando su inmunidad, y atreviéndose á »hacer justicia que no conviene á otro si»no al rey. Si los que se refugiasen fuesen »reos emplazados ó citados por pregones, »ó conocidos enemigos del rey, no incurra »en pena de muerte el que los extraiga. Si »el rey estuviese en la casa donde se refu»giasen, ninguno se atreva á sacarlos de »allí sin su mandato por cosa alguna que »hubiesen hecho.» Destinada la segunda Partida á establecer la constitucion política y militar del reino, y dar una idea exacta de la naturaleza de la monarquía y de la autoridad de sus monarcas, no es de admirar ver en esta ley establecido el derecho de asilo como consecuencia de las anteriores y posteriores en que se imponia al pueblo el deber de guardar las propiedades muebles ó raices, castillos y fortalezas del rey: ni debe tampoco estrañarnos ver sentado en ella el principio de que la administracion de justicia pertenecia al rey, é imponerse la pena de muerte en los casos que señala, cuando su autoridad era tan grande en la época de la formacion de las Partidas y se trataba de afirmarla y establecerla.

Lo que no puede tampoco por otra parte desconocerse, es que esta ley se formó sobre el espíritu del derecho romano, cuyo estudio entonces iba cada dia mas en aumento, y sobre el del canónico de donde tantas doctrinas habian tomado los redactores de aquel Código (1); y aunque nuestra Constitucion política prohibe al rey administrar justicia, y hoy no podria imponerse la pena de muerte al que violentamente estrajese del asilo al refugiado, sino la que segun las circunstancias correspondiera; la ley de Partida mencionada puede llamarse la única sobre asilo de Palacio, y que sirve de fundamento con las indicadas escepciones á la práctica posteriormente usada y á la que hoy en tales casos se halla por costumbre establecida. Es esta, que los que se acogen al asilo de palacio tengan por objeto alcanzar el indulto de S. M., suponiendo que el hecho de estar dentro de la Real Casa es bastante para quedar exentos de la pena en que han incurrido por su delito; suposicion gratuita que no tenia lugar ni aun en tiempo de la monarquía absoluta, y que puede admitirse mucho menos en el actual estado político de la nacion española.

Entre los reos acogidos al real palacio se distinguen los de contrabando y los de delitos comunes; los primeros eran antes generalmente indultados por S. M., si bien no estaba consignado en las leyes que por el solo hecho de pisar la régia morada habian de conseguir la gracia, sino que esto dependia siempre de la voluntad del monarca: los segundos eran estraidos con las formalidades debidas sin que tampoco el lugar de asilo fuera bastante para la remision de la pena; pudiéndose citar algunos casos de reos que sufrieron la última despues de haberse acogido al real palacio.

Las formalidades que en el dia acostumbran á usarse en la estraccion, son: para los reos de contrabando, en el caso que estos se acogieran con el cuerpo del delito, ó que se supiera que vivia alguno en el palacio que tuviera géneros de ilícito comercio, pedir licencia á S. M. por conducto del gefe de la casa real, para que permita que se haga el registro conveniente, y remitir la solicitud de indulto al ministro de Hacienda, quien oido el parecer de la direccion de lo contencioso propone á S. M. lo que juzga conveniente.

Para los reos de delitos comunes, el juez de la causa ó la autoridad política en su caso, guardando siempre el respeto debido al asilo de palacio, oficia al gefe del mismo para que, obteniendo antes la licencia de S. M., entregue al reo acogido, lo cual se verifica mandando al de la guardia que lo ponga á disposicion de la autoridad que lo reclama.

No debe confundirse el asilo de palacio con el ejercicio de la real prerogativa que solo se ejerce bajo la responsabilidad de los

(1) Puede verse á este propósito la glosa de Gregorio Lopez á dicha ley.

ministros, y por lo mismo en el actual estado político de España, si bien es justo y conveniente conservar la inmunidad de los reos mientras están en la real casa, no lo es menos que por ella no debe enervarse la accion de la justicia, ni concederse los indultos sino con arreglo á las leyes, segun previene la Constitucion política de la monarquía.

ASISTENCIA. La presencia actual y efectiva de uno en algun acto ó lugar: la presencia virtual ó interpretativa, como se reputan presentes para todos los efectos civiles y canónicos, en sus casos respectivos, los ausentes por causa de servicio, etc.; ciertos cargos públicos, en los cuales los que los desempeñan llevan el nombre específico de asistentes, como antes el de Sevilla: ausilio, favor, consejo, dictámen. En lo eclesiástico se toma algunas veces por la misma cuota ó distribucion de *inter presentes* ó á que solo se adquiere derecho asistiendo.

ASISTENCIAS. Alimentos, ó medios de subsistir que uno recibe de otro, como antes el inmediato sucesor de un mayorazgo los recibia del poseedor. V. ALIMENTOS.

ASISTENTA. Criada, no doméstica, que solo presta servicios particulares, ó recadera de las casas particulares ó de las comunidades de religiosas. Estas sirvientas deben reputarse criadas domésticas para lo favorable y perjudicial: la religiosa que se nombra ó designa para asistir ó ausiliar en sus tareas á una prelada en las casas de órden, y que por tanto la suple en casos repentinos de imposibilidad.

ASISTENTE. Lo mismo que gobernador, ó corregidor. En el tít. 11, lib. 7 de la Nov. Recop. *de los corregidores, sus tenientes y alcaldes mayores*, se trata de ellos, sin mencionarse en el epígrafe, como se ve. Llevó por antonomasia el nombre de asistente el corregidor de Sevilla. Su identidad con el cargo de corregidor, se vé en las ordenanzas de aquella ciudad. En el título *del asistente y sus tenientes*, dice la reina doña Isabel: «por cuanto la principal causa que movió al rey mi señor y padre, y á la reina mi señora madre, á poner asistente en la ciudad de Sevilla, fue por mejor saber cómo y en qué manera los oficiales y ministros de la justicia la administraban en dicha ciudad y su tierra, y corrigiese y administrase lo que no estuviese bien fecho, etc:» de donde se ve, no solo la época del establecimiento de dicho funcionario, sino que el motivo y el cargo eran los que se consultaban en el establecimiento de los corregidores. Las atribuciones que le señalan las mencionadas ordenanzas, así como el título citado de la Nov. Recop., son tambien los mismos. Por real órden de 24 de agosto de 1816, el cargo de asistente de Sevilla, fue incorporado á la intendencia «con las facultades acostumbradas.»

Asistente en lo militar es el soldado, que á manera de criado doméstico, sirve á los gefes y oficiales del ejército, dándosele de baja por lo tanto en las fatigas ordinarias del cuerpo. A los sargentos primeros se les permite solo un *ranchero*, aunque en realidad presta los mismos servicios que el asistente. Fácil es comprender que se abusaria de la facultad de tener asistentes, con perjuicio del servicio y de la disciplina; y cada uno por su propia esperiencia recordará haberlos visto, no solo á los gefes y oficiales, sino á sus familias. Esto ha motivado de tiempo en tiempo la publicacion de reiteradas reales órdenes y disposiciones encaminadas á regularizar este servicio, siendo notables entre ellas las del 6 de enero de 1801, 18 de setiembre de 1836, y la de 2 de octubre de 1842, en la cual se establecen las reglas siguientes.

1.ª Solo podrán tener asistentes los gefes y oficiales que sirvan en los cuerpos de las distintas armas del ejército, permitiéndose, á lo mas, tres al coronel, dos á cada uno de los demas gefes, uno á cada capitan, y otro á cada subalterno, á no ser que vivan dos juntos, porque en este caso bastará uno para cada dos.

2.ª Para la saca ó relevo de los asistentes, se observará lo dispuesto en la real órden de 16 de enero de 1801.

3.ª Los gefes y oficiales á quienes se permite tener asistentes, podrán llevarlos consigo cuando se separen de los cuerpos para desempeñar una comision del servicio, para un destacamento ó para usar licencia temporal, con objeto de restablecer su salud; pero no cuando las licencias tengan por objeto la conveniencia propia de los gefes ú oficiales. En estos casos los asistentes deben llevar sus prendas de vestuario, armamento y equipo.

4.ª En cuanto á la clase de hombres que han de sacarse de las filas para asistentes, al modo de mantener en ellos la instruccion y los hábitos de la disciplina, los actos del servicio á que personalmente han de asistir, y al papel de comprobacion que los destinados al servicio doméstico han de llevar siempre consigo, se observará precisamente lo mandado en la dicha real órden de 16 de enero de 1801.

5.ª Estando los cuerpos en campaña formarán los asistentes en sus respectivas compañías en los dias de accion, ó se les destinará á la custodia del campamento, escolta de equipajes ú otro servicio de esta clase.

6.ª Los gefes principales de los cuerpos serán responsables de que en ellos no haya mayor número de asistentes que los detallados á las respectivas clases, así como de que los destinados á este servicio sean los soldados menos útiles para toda fatiga de armas por su escasa talla. Y asimismo serán responsables en todas ocasiones los gefes y oficiales de la conducta de los asistentes que tuvieren en sus casas, si no procuran que estos observen la mayor disciplina, y se presenten con el buen modo y aseo que corresponde.

7.ª Los gefes y oficiales podrán llevar sus asistentes cuando pasen á continuar sus servicios á otro cuerpo ó distrito, siempre que queden en el servicio activo de la misma arma ó instituto.

8.ª Los asistentes no acompañarán ni vivirán con las familias de los gefes ú oficiales, sino cuando estos esten reunidos á ellas.

En lo eclesiástico *asistente al solio pontificio* es un título de honor, con que el Sumo Pontífice distingue á algunos obispos, en virtud del que gozan de ciertas prerogativas y consideraciones, y son reputados, dicen los autores, como individuos de la nobleza titulada.

Llámase tambien asistente cada uno de los obispos, que en la consagracion de otro asisten al prelado consagrante: y el religioso que es designado para auxiliar al general de la órden en la administracion general de la misma, y de las provincias en particular.

Y hay por último varios casos en lo canónico, en que el punto de asistencias y asistentes dá lugar á embarazosas controversias, pues aunque el punto en sí puede considerarse como litúrgico, se resuelve en cuestion de prerogativa; y respectivamente en obligaciones, y derechos de los asistentes, y asistidos. Nos referimos al ritual de asistencias y acompañamiento de honor, á que por parte de los prebendados tiene derecho el arzobispo y obispo, cuando van á la iglesia catedral, ó celebran, y á su vez en este último caso el dean, y el sufragáneo, ó auxiliar, cuando representan al arzobispo ú obispo. Diremos en general, que al obispo, cuando va á la catedral, deben acompañarle, ó asistirle, dos canónigos, cuando celebra de pontifical, el dean ó primera dignidad y otros dos prebendados, y tambien en otros actos solemnes, como vísperas, confirmacion, etc.: cuando celebre privadamente, ninguno. El dean, ó primera silla, cuando celebre solemnemente, debe ser asistido por dos canónigos. Los prebendados, que asisten al prelado en actos solemnes, preceden al vicario general, y en la paz y turiferacion, aun al magistrado secular, aun cuando sea de órden superior. Los asistentes del obispo, ó dean, se reputan presentes en el coro. Esta materia se rige por el ritual romano, y por el ceremonial de obispos. Hay sobre ello ademas infinitas declaraciones de la congregacion de ritos, y deben ser consultadas las costumbres autorizadas de las iglesias. Sobre lo dicho y

otros pormenores, V. á Ferraris, artículo ASSISTENTIA.

ASISTIDO. En el derecho es lo mismo algunas veces que acompañado y auxiliado. Así el juez, en las causas criminales, por ejemplo, debe pasar al levantamiento del cadáver, asistido de un facultativo de medicina, ó cirujía, escribano y testigos. Hay otros muchos actos en que el juez no debe presentarse solo, sino acompañado y asistido, en la forma indicada, ú otra análoga, segun la naturaleza del asunto, como el depósito de una muger, el arresto de alguna persona, una visita domiciliaria, la retencion ó reconocimiento de papeles y documentos, una prevencion de inventario, una vista ocular, etc.

ASOCIACION.—ASOCIACIONES ILICITAS. En su sentido lato la palabra *asociacion* significa toda reunion de personas con un fin determinado; pero en su sentido juridico solo espresa el concurso organizado de varias personas para la consecucion de un fin comun. Lazo social, organizacion y permanencia, tales son sus caracteres fundamentales. En este sentido jurídico-legal, la asociacion es una cosa esencialmente distinta de la *reunion*, puesto que esta únicamente espresa la concurrencia accidental ó pasagera de varias personas, sin organizacion ni lazo social que les una para la consecucion del fin individual ó transitorio que cada cual se proponga. La concurrencia al teatro, al paseo y sitios públicos, son reuniones, no asociaciones. El derecho de asociacion y el de reunion no estan por este motivo sujetos en su ejercicio á unas mismas disposiciones legales, siendo esta la causa de que hablemos de uno y otro con la conveniente separacion.

En este artículo solo nos proponemos tratar de las *asociaciones y reuniones politicas*, que por considerarse peligrosas para el órden público, estan prohibidas por las leyes ó sometidas á prévia autorizacion.

De las asociaciones civiles y comerciales nos ocupamos en la palabra SOCIEDADES, y de las corporaciones, tales como los ayuntamientos, consejos, diputaciones, etc. en sus correspondientes artículos.

PARTE LEGISLATIVA.

SUMARIO.

Leyes de la Nov. Recop.
Disposiciones posteriores.
Código penal.
Legislacion estranjera.

LEYES DE LA NOV. RECOP.

LEY 1, TIT. 12, LIB. 12.

(D. Juan I en 1390, en su ordenamiento de leyes).

Prohibe á toda clase de personas y comunidades hacer ayuntamientos, ni ligas con juramento, ni recibiendo el cuerpo del Señor, ni por pleito y homenaje, ni por otra pena ni firmeza en que se obliguen de guardarse los unos á los otros contra otros cualesquier, y que sean sin efecto los ayuntamientos y ligas contraidos con anterioridad, declarando el rey que los que lo contrario hicieren, habran la nuestra ira, y demas que procederemos contra ellos y contra cada uno de ellos y contra sus bienes, en aquella manera que Nos entendiéremos que cumple á nuestro servicio y á las penas que merecieren los quebrantadores de nuestra ley, segun la grandeza y cualidad de los maléficos y las personas que contra esto hicieren. Y porque los hombres se muevan mas de ligero á Nos denunciar y de notificar lo que dicho es, ordenamos y mandamos que el acusador ó denunciador haya la tercia parte de la pena de dineros ó de bienes en que Nos condenáremos á aquel ó aquellos de que el dicho acusador ó denunciador nos denunciare ó mostrare que hicieren de aquí adelante los dichos ayuntamientos y ligas, y usaren de los hechos hasta aquí contra el tenor de esta nuestra ley.

LEY 2 ID., ID.,

(Enrique III en 1393 á peticion de las Córtes).

Se declaran nulas ilegales é ilícitas todas las ligas, ayuntamientos y confederaciones

hechas hasta entonces y las que se hicieren en adelante, con juramento, pleito homenaje, so pena de caer en mal caso, así aquellos que demandaren que los sean guardadas las dichas ligas y juramentos, como aquellos que las hicieren y guardaren, y cualquier que lo contrario hiciere, quier sea de estado grande, ú de menor, que pierda todos sus bienes para nuestra cámara, y el cuerpo esté á la nuestra merced; pero por esto no entendemos prohibir las buenas amistades, porque todos sean amigos y vivan en paz.

LEY 3, ID.. ID.

(D. Enrique IV en 1462, á peticion de las Córtes de Toledo.

Ordena que los obispos y abades ú otras cualesquier personas eclesiásticas no sean osados de aquí adelante de escandalizar las ciudades, villas y lugares, ni se muestren de bando ni parcialidad, ni hagan ligas ni monopodios, ni para lo tal den consejo, favor ni ayuda por sus personas ni por los suyos, y si lo contrario hicieren, pierdan la naturaleza de nuestros reinos, y así como agenos de él no gocen de las temporalidades del mismo, y por ese mismo hecho pierdan la jurisdiccion seglar que por sí ó por otros ejercitaren sobre las personas seglares y que sean habidos por personas privadas y suspensas, y que sus mandamientos no sean cumplidos.

LEY 12, ID, ID.

(D. Enrique en 1462 á peticion de las Córtes).

Para corregir los males que ocasionaban la cofradías y cabildos creados sin la correspondiente autorizacion, y no pocas veces con un fin distinto del manifiesto en sus estatutos, se revocaron por esta ley todas y cualesquier cofradías y cabildos, que desde el año 64 acá se han hecho en cualesquier ciudades y villas y lugares del reino, salvo las que han sido hechas y despues acá se hubieren hecho solamente para causas pias y espirituales, y precediendo real licencia y autoridad del prelado; y que de aquí adelante no se hagan otras, salvo en la manera susodicha, so grandes penas. Defiende y manda tambien que en las cofradías hechas hasta el año 64, no se habiendo hecho, como dicho es, por las dichas causas pias y espirituales y con las dichas licencias, que no se junten ni alleguen los que se dicen cofrades de ellas, antes espresamente las deshagan y revoquen por ante el escribano públicamente, cada y cuando por la justicia ordinaria de la tal ciudad, villa ó lugar les fuere mandado, ó fueren sobre ello requeridos por cualquier vecino dende, so pena que cualquier que lo contrario hiciere muera por ello, y haya perdido por el mismo hecho sus bienes y sean confiscados por la real cámara y fisco: y que sobre esto las justicias puedan hacer pesquisa cada y cuando viesen que cumple, sin que preceda denunciacion ni delacion ni otro mandamiento para ello.

LEY 4 Y 5, ID., ID.

(El mismo en dicho año).

Ordena que los doctores, graduados y estudiantes de la universidad de Salamanca no sean parciales ni ayuden á parcialidad ni bando de la ciudad, bajo pena de ser separado del gremio y universidad, y de que pierda el sueldo que disfruta por un año, ó por tres, ó perpétuamente. Y que al principio de cada año hagan juramento de que no serán de bando ó parcialidad.

LEY 7, ID., ID.

(Los reyes católicos en 1493).

Se prohibe que los regidores y caballeros tengan por alegados á los vecinos y moradores de las ciudades, villas y lugares para que les acudan en sus cuestiones y diferencias que unos con otros tuvieren y les favorezcan y ayuden en ellas, so pena que los dichos regidores ó caballeros pier-

dan los oficios y maravedís de juro, de merced y por vida que tuvieren, y sean desterrados de la ciudad ó villa donde vivieren por un año, y los alegados paguen tres mil maravedís cada uno, y sean desterrados de la ciudad ó villa donde vivieren por seis meses, y si no pudieren pagar los dichos maravedís que les sean dados cien azotes.

LEY 8, ID., ID.

(Los reyes católicos por pragmática de 1501.)

Manda y ordena que en todas las ciudades y villas y lugares del reino de Galicia y principado de Asturias, de Oviedo y condado de Vizcaya, y villas y tierra llana y provincia de Guipúzcoa y merindad de Trasmiera y lugares que son en la costa de la mar y las Encartaciones, no hayan en adelante ni se nombren parentelas ni parcialidades, por via de bandos, ni parcialidades ni otro apellido ni cuadrilla por via de bandos; y que todos juren apartarse de los hechos, y no hacerlos en lo sucesivo en manera alguna, so pena que cualquiera que contra lo susodicho ó contra cualquier cosa ó parte de ello fuere ó pasare, haya y alcance nuestra ira, y pierda la cuarta parte de sus bienes para la nuestra cámara, y otro si pierda cualquier oficio y maravedís de merced y por vida y lanzas y ballesteros y otros cualesquier oficios y mercedes que de Nos tienen, los cuales desde agora declaramos por perdidos, lo contrario haciendo, y mas que sea desterrado por primera vez por dos años de la ciudad ó villas donde viviere y su tierra; y por la segunda vez sea desterrado de nuestros reinos y pierda mas la mitad de sus bienes, y por la tercera vez, muera por ello, así como damnificador y enemigo de su patria y destruidor y quebrantador de la paz y bien comun de ella. Y cualquier sobre ello le pueda acusar.

LEY 13, ID., ID.

(D. Cárlos I por pragmática de 1552, cap. 16).

Ordena, que las cofradías de oficiales que hay en estos reinos, se deshagan y no las haya de aquí adelante, aunque esten confirmadas por el rey, y que á título de los tales oficios no se puedan ayuntar, ni hacer cabildo ni ayuntamiento, so pena de cada diez mil maravedís y destierro de un año del reino.

LEY 9, ID., ID.

(D. Felipe II en 1560).

Se prohibe por esta ley los acompañamientos de parientes, amigos y aliados con armas ó sin ellas para la toma de posesion los beneficios que vacaren en el reino de Galicia.

LEY 6, TIT. 2, LIB. 1.

(D. Cárlos III, por resolucion á consulta del consejo de 25 de junio de 1783.)

Ordena, que á consecuencia de lo dispuesto en la ley 13, tít. 12, lib. 12 de la Nov. Recop., todas las cofradías de oficiales ó gremios se estingan, encargando muy particularmente á las juntas de caridad, que se erijan en las cabezas de obispado, ó de partidos, ó provincias, las conmuten ó substituyan en montes pios y acopios de materias para las artes y oficios, que faciliten las manufacturas y trabajos á los artesanos, fomentando la industria popular.

Que las cofradías erigidas sin autoridad real ni eclesiástica queden tambien abolidas por defecto de autoridad legítima en su fundacion, segun lo prevenido en la ley 12 del mismo título y libro, destinando su fondo ó caudal al propio objeto que el de las gremiales.

Que las aprobadas por la jurisdiccion real y eclesiástica sobre materias ó cosas espirituales ó piadosas puedan subsistir, reformando los escesos, gastos supérfluos, ó cualesquiera otro desórden, y prescribiendo nuevas ordenanzas, que se remitan al consejo para su exámen y aprobacion.

Que las sacramentales subsistan tambien por el sagrado objeto de su instituto y necesidad de auxiliar á las parroquias; con

tal que si no se hallasen aprobadas por las jurisdicciones real y eclesiástica, se aprueben, arreglándose antes las ordenanzas convenientes con aprobacion del consejo, trasladándolas todas y fijándolas en las iglesias parroquiales.

Y últimamente que las cofradías que se hallen actualmente toleradas por sola la autoridad del ordinario; aunque atendido el literal contesto de la citada ley 12, se debian declarar abolidas por no haber intervenido el real asenso en su ereccion, con todo será bien someterlas al nuevo exámen de las juntas de caridad para que procuren reunirlas á las sacramentales de parroquias, destinando al socorro de los pobres el caudal ó fondo de las que se deban suprimir.

Y para obviar iguales contravenciones en lo sucesivo y renovar la observancia de las leyes del reino en esta parte, prohibe por punto general la fundacion ó creacion de cofradías, congregaciones ó hermandades en que no intervenga la aprobacion real y eclesiástica, y manda que se espida la real cédula correspondiente á conseguir la reforma, estincion y respectivo arreglo de las cofradías erigidas en las provincias y diócesis del reino é islas adyacentes, y que se comunique á los ordinarios eclesiásticos y exentos órdenes circulares para que procedan de acuerdo con las juntas generales de caridad y magistrados seculares en asunto de tanta gravedad é importancia.

DISPOSICIONES POSTERIORES.

REAL DECRETO DE 26 DE ABRIL DE 1834.

Artículo 5. Los tribunales ordinarios conocerán de este delito (el de pertenecer á una sociedad secreta ó auxiliar su sostenimiento ó propagacion) quedando derogados todos los fueros de cualquiera clase y naturaleza que sean.

REAL ORDEN DE 14 DE FEBRERO DE 1841.

Las sociedades ó tertulias patrióticas en las cuales se leen periódicos y se debaten cuestiones políticas en público, se cerrarán inmediatamente y no se permitirá que se instalen en lo sucesivo.

REAL ORDEN DE 30 DE MAYO DE 1848.

Se reproduce la real órden de 14 de febrero de 1841, haciéndola estensiva á todas aquellas reuniones que tengan tendencias mas ó menos marcadas á perturbar el órden público.

CODIGO PENAL.

CAPITULO IV.

DE LAS ASOCIACIONES ILICITAS.

SECCION I.

SOCIEDADES SECRETAS.

Art. 207. Son sociedades secretas:

1.° Aquellas cuyos individuos se imponen con juramento ó sin él la obligacion de ocultar á la autoridad pública el objeto de sus reuniones ó su organizacion interior.

2.° Las que en la correspondencia con sus individuos ó con otras asociaciones se valen de cifras, geroglíficos ú otros signos misteriosos.

Art. 208. Los que desempeñaren mando ó presidencia, ó hubieren racibido grados superiores en una sociedad secreta, y los que prestaren para ella las casas que poseen, administran ó habitan, serán castigados con la pena de prision mayor.

Los demas afiliados con la de prision menor, y unos y otros con la de inhabilitacion perpétua absoluta.

Art. 209. Se eximirán de las penas señaladas en el artículo anterior, y serán condenados únicamente en la de caucion, los individuos de una sociedad secreta, cualquiera que haya sido su categoría, que se espontanearen ante la autoridad, declarando á esta lo que supieren del objeto y planes de la asociacion.

La autoridad, al recibir la declaracion,

no podrá hacerles pregunta alguna acerca de las personas que componen la sociedad.

Art. 210. Si constare que una sociedad secreta tiene por objeto alguno de los delitos comprendidos en los capítulos I y II de este título (1), sufrirán los gefes y asociados las penas señaladas respectivamente á los conspiradores por los mismos delitos.

Cuando tenga por objeto la perpetracion de cualquiera otro delito, la pena será la señalada á los autores de tentativa para los afiliados, y la de delito frustrado para los gefes de las sociedades.

SECCION II.

DE LAS DEMAS ASOCIACIONES ILICITAS.

Art. 211. Es tambien ilícita toda asociacion de mas de veinte personas que se reuna diariamente ó en dias señalados para tratar de asuntos religiosos, literarios ó de cualquiera otra clase, siempre que no se haya formado con el consentimiento de la autoridad pública, ó se faltare á las condiciones que esta le hubiere fijado.

Art. 212. La asociacion de que trata el artículo anterior será disuelta, y sus directores, gefes ó administradores, serán castigados con la multa de 20 á 200 duros, y en caso de reincidencia con la de arresto mayor y doble multa.

En las mismas penas incurrirán los que prestaren para la asociacion las casas que posean, administren ó habiten.

LEGISLACION ESTRANGERA.

Segun se lee en el comentario de Gayo á las Doce tablas, este cuerpo legal aseguraraba á los romanos, como la legislacion de Solon á los atenienses, el libre ejercicio del derecho de asociacion, y la validez de sus actos, siempre que no fuesen contrarios á las leyes. *Sodales sunt, qui ejusdem collegii sunt, quam Græci* ἑταιρίαν *vocant. His autem potestatem facit lex, pactionem quam velint, sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant. Sed hæc lex videtur ex lege Solonis translata; si autem plebs vel fratres, vel sacrorum consacramentales, vel nautæ vel confrumentales, vel qui in eodem sepulcro sepeliuntur, vel sodales, qui et multum simul habitantes sunt, enimvero ad negotiationem, aut quid aliud, quidquid hi disponent ad invicem firmum sit, nisi hoc publicæ leges prohibuerint.*

Estas asociaciones particulares eran libres segun afirma Ciceron en su *Oracion pro domo. Nullum in hac urbe collegium, nulli pagania ut montani (quoniam plebi quoque urbanæ majores nostri conventicula et quasi comitia esse valuerunt), qui non amplissima non modo de salute mea, sed etiam de dignitate decreverunt.*

Corrompida la República, y presa de las guerras civiles, vinieron á ser perjudiciales algunas asociaciones políticas, lo cual unido al temor que infundian entonces al gobierno, fue causa de que se fueran estableciendo restricciones que limitasen el derecho de libre asociacion.

Bajo los emperadores se comenzó por oponerse á las asociaciones de los habitantes de las provincias tratadas como esclavas, y á las de los soldados, de lo cual se encuentran algunos vestigios en el cuerpo del derecho (1).

El objeto ó fin de la asociacion era en general, lo que le constituia en asociacion licita ó ilícita. Si no se proponia ningun fin criminal, no quedaba sujeta á pena alguna. *Conventicula non est punibilis nisi fiat in damnum vel injuriam alterius* (2). Cuando su objeto era político y en perjuicio de la república, la asociacion era considerada como crímen de lesa-magestad, *quo coetus conventusve fiat, hominesve ad seditionem convocentur* (3).

Considerábanse como peligrosas, y se

(1) Estos son los delitos de lesa magestad, de rebelion y de sedicion.

(1) L. 1 de Colleg. (D. XLVII, 22): Ley 2 de estraord cogn.
(2) Farinatius. quæst. 113, n. 120.
(3) L. 1, ad leg. Jul. maj. (XLVIII, 4). L. 3, ad leg. Jul. de in publ. (XLVIII, 6).

presumia que su objeto no era lícito, las reuniones numerosas, las de gentes armadas y las que se verificaban en las vias públicas (1).

En los pueblos modernos el derecho de asociacion para todos los fines racionales de la vida privada y social ha seguido la marcha de las otras libertades, habiendo llegado á ser ya en algunos un derecho garantido por la Constitucion del Estado.

En *Inglaterra* las asociaciones libres de todo género, especialmente las libres asambleas populares con sus discusiones y peticiones, son una de las bases fundamentales de su Constitucion. Reina allí la opinion pública, prevalece el voto de las mayorías, y nada contribuye mejor á formarlas que las reuniones de los ciudadanos, la discusion libre y los acuerdos de la razon ilustrada de las masas. En los *meetings* se elabora lenta y pacíficamente la opinion pública, sirviendo muchas veces de conducto para llevar al gobierno importantes reformas, ya en la parte política, ya en la administrativa del Estado.

Las empresas mas importantes para satisfacer grandes necesidades intelectuales ó materiales del pais, tales como la instruccion artística ó religiosa del pueblo, la construccion de caminos, canales, ferrocarriles, puentes, puertos, etc., que ó no podria emprender el gobierno, ó no con tanta facilidad, se llevan allí á cabo por libres asociaciones, las cuales disponen á veces de fondos mas cuantiosos que los que se recaudan en algunos Estados. La compañia de las Indias Orientales ha fundado la dominacion de 100 millones de hombres para su patria.

Las sociedades para la formacion de escuelas científicas y prácticas de artesanos han producido resultados inmensos. Segun se lee en un escelente escrito de lord Brougham, han tenido en poco tiempo estas escuelas mas influencia que los establecimientos del Estado.

Mas no se crea por esto que son allí lícitas todas las asociaciones ó reuniones; en tampoco que estén todas exentas de la vigilancia de la policía. Por un estatuto de Eduardo I, bajo el reinado de María Tudor, declaró una acta del parlamento sujetos á la pena de muerte á los que habiéndose reunido con armas en mayor número de 12, y pronunciádose en rebelion, se negasen á dispensarse. Una ley hecha en tiempo de Cárlos II, limitó á diez el número de personas que podrian reunirse para presentar una peticion al rey ó al parlamento, y á veinte el de las que podrian reunirse para firmar una peticion en materia política. Bajo los reinados de Jorge I y Jorge III se dieron algunos estatutos, facultando á las autoridades administrativas para disolverlas y reprimirlas. En 1795, 1797, 1799 y 1817, varias actas del parlamento han declarado ilegales todas las asociaciones cuyos miembros se liguen por juramento ó se obliguen para cosas ilícitas, así como cualquiera asociacion que se subdivida en sociedades afiliadas las unas á las otras. Esta regla prohibitiva está aun vigente, escepto en las asociaciones de obreros que se rigen por otros estatutos, y en cuanto á los *meetings*, si están permitidos es porque son solamente reuniones accidentales, sometidas por otra parte á la vigilancia de la policía, la cual tiene en ellos taquígrafos para justificar y recoger todos los discursos reprensibles, pudiéndolos disolver desde que la reunion se hace muy tumultuosa (1).

En los *Estados-Unidos* de América es el derecho de asociacion tan libre, mas libre si se quiere que en la misma Inglaterra. Su Constitucion lo asegura y garantiza de la manera mas eficaz posible, incapacitando al poder legislativo para que pueda restringir ó atacar su ejercicio. El art. 1.° de las enmiendas á las Constitucion de 1787 dice así: «El Congreso no podrá hacer ley alguna relativa al restablecimiento ó prohibicion de una religion, no podrá tampo-

(1) L. 2 de collegiis (XVII, 22).

(1) V. el art. de Mr. Bannister en la Revue etrangere de legislation 1834, p. 383 y siguientes.

co restringir la libertad de la palabra ó de la prensa, ni atacar *el derecho que tiene el pueblo de reunirse pacíficamente* y de dirigir peticiones al gobierno para alcanzar la satisfaccion de sus agravios.»

Consagrado así el derecho de libre asocion, los ciudadanos pueden usar de él de diferentes maneras, tanto en la vida política como en la vida civil, y está este derecho tan encarnado en las costumbres, que los niños en las escuelas se asocian aun en sus juegos, sometiéndose á reglas acordadas en comun, que aplican á las acciones punibles por ellos mismos definidas.

Mr. de Tocqueville nos da á conocer en su célebre obra *De la democracia en América*, las diferentes aplicaciones que en los Estados-Unidos tiene el derecho de libre asociacion en las varias esferas de la vida política y civil, y como su narracion no nos es posible mejorarla, vamos á permitirnos trasladar á este lugar algunos de los pasages mas notables de ella.

Hablando de la libertad de asociarse para fines políticos establece tres grados en esta forma:

«Una asociacion puede consistir únicamente en la adhesion pública que dan cierto número de individuos á tales ó cuales doctrinas, y en el compromiso que contraen para concurrir de cierta manera á hacer que prevalezcan. Limitado á esto el ejercicio del derecho de asociarse casi se confunde con la libertad de imprenta; sin embargo, aun así posee la asociacion mas poder que la prensa. Cuando una opinion está representada por una asociacion, se ve en la necesidad de tomar una forma mas clara y precisa. Cuenta sus partidarios y los compromete en su causa. Llegan estos á conocerse, y su ardor se acrecienta con el número. La asociacion reune en grupos los esfuerzos de los espíritus divergentes, y los impele con vigor hácia un solo fin indicado por ella.»

«El segundo grado en el ejercicio del derecho de asociacion es el de poder reunirse. Cuando á una asociacion política se la deja establecer centros de accion en ciertos puntos importantes del pais, viene á acrecentar su actividad y su influencia. Se ven allí los hombres, se combinan los medios de ejecucion, y las opiniones se despliegan con aquella fuerza y calor que no son concedidos al pensamiento escrito.»

«Hay, finalmente, en el ejercicio del derecho de asociacion en materia política, un último grado: los partidarios de una misma opinion pueden reunirse en colegios electorales, y nombrar apoderados que vayan á representarlos en una asamblea central. Es propiamente hablando el sistema representativo aplicado á un partido.»

«De este modo en el primer caso los hombres que profesan una misma opinion establecen entre sí un lazo puramente intelectual, en el segundo se reunen en pequeñas asambleas, que no presentan mas que fracciones de un partido, y en el tercero, en fin, forman como una nacion á parte dentro de la nacion, un gobierno dentro del gobierno, porque sus mandatarios, semejantes á los verdaderos mandatarios de la mayoría, representan en sí mismos toda la fuerza colectiva de sus partidarios, así como estos últimos vienen con cierta apariencia de nacionalidad y con todo el poder moral que resulta de ella. Cierto es que los primeros no tienen como los segundos el derecho de hacer leyes; pero tienen el de atacar la que existe y el de formular de antemano la que debe existir.»

«La libertad ilimitada de asociacion en materia política no puede desconocerse que es de todas las libertades la última que un pueblo puede soportar.»

Habla despues del uso que hacen los americanos de la asociacion en la vida civil, y dice:

«Los americanos de todas edades, de todas condiciones, de todos talentos se asocian sin cesar. No solamente tienen asociaciones comerciales é industriales en que todos toman parte, sino otras muchas de diversas especies, religiosas y morales, graves y futiles, generales y particulares, inmensas y pequeñas. Los americanos se asocian para dar fiestas, fundar colegios,

construir posadas, edificar iglesias, propagar libros, enviar misioneros á los antípodas, y de esta misma manera establecen hospitales, prisiones y escuelas. Trátase, en fin, de dar á conocer una verdad ó de desenvolver un sentimiento con el apoyo de un gran ejemplo, tambien se asocian para ello los americanos. En donde quiera que á la cabeza de una nueva empresa se vea en Francia al gobierno, y en Inglaterra á un gran señor, puede uno estar seguro de ver en los Estados-Unidos una asociacion.»

«Nada hay en mi concepto que mas merezca fijar nuestras miradas que las asociaciones intelectuales y morales de la América. Las asociaciones políticas é industriales caen fácilmente bajo el dominio de nuestros sentidos; las otras se nos escapan, y si llegamos á descubrirlas, las comprendemos mal, porque apenas hemos visto nada de análogo. Debemos, sin embargo, reconocer que son tan necesarias como las primeras, y aun quizá mas al pueblo americano.»

«En los paises democráticos la ciencia de la asociacion es la ciencia madre; el progreso de todas las otras depende de los progresos de esta.»

Se ve, pues, que la libertad de asociacion para todos los fines racionales de la vida pública y privada es ilimitada en los Estados-Unidos, mas ilimitada todavía que en la misma Inglaterra.

No es de este lugar el esplicar como esta libertad ilimitada de asociacion es una garantía del progreso pacífico y ordenado en los estados de la Union, cuando en otros pueblos llevaria infaliblemente á la anarquía. Basta á nuestro objeto consignar el hecho y la ley fundamental que le sirve de garantía.

En Francia ha seguido su legislacion en esta parte las vicisitudes políticas porque ha pasado su gobierno. Segun se ha ampliado ó restringido la libertad política de aquel pais, así se ha modificado el ejercicio del derecho de asociacion y de reunion. No nos proponemos hacer su historia; cumple solo á nuestro objeto dar á conocer las leyes que en todo ó en parte se hallan hoy en vigor.

El Código penal dispone lo siguiente:

Art. 291. No podrá formarse asociacion alguna de mas de veinte personas cuyo objeto sea el de reunirse diariamente ó en dias señalados para tratar de asuntos religiosos, literarios, políticos ó de otra cualquiera especie, sin consentimiento del gobierno y sin que se someta á las condiciones que tenga á bien imponerle la autoridad pública. En el número de personas indicado en este artículo; no están comprendidas las domiciliadas en la casa en que se reuna la asociacion.

Art. 292. Cualquiera asociacion de la naturaleza anteriormente espresada que se forme sin autorizacion, ó que despues de haberla obtenido falte á las condiciones que se le hayan impuesto, será disuelta. Los gefes, directores ó administradores de la asociacion serán además castigados con una multa de diez y seis á doscientos francos.

Art. 293. Si por medio de discursos, exhortaciones, invocaciones ú oraciones pronunciadas ó leidas en cualquier idioma, ó dadas á conocer por fijacion, publicacion ó distribucion de cualesquiera escritos, se hiciese en esas asambleas alguna provocacion para cualquier crímen ó delito, los gefes directores y administradores de dichas asociaciones serán castigados con una multa de ciento á trescientos francos, y con prision de tres meses á dos años, sin perjuicio de las otras penas mas graves que la ley imponga á los individuos personalmente culpables de la provocacion, quienes en ningun caso podrán ser castigados con menos pena que la señalada para los gefes directores ó administradores de la asociacion.

Art. 294. Cualquiera persona que sin el permiso de la autoridad municipal haya concedido ó consentido el uso de su casa ó de su habitacion en todo ó en parte para la reunion de los miembros de una asociacion, aunque sea autorizada, ó para el ejercicio de un culto, será castigada con una multa de diez y seis á doscientos francos.

Estas disposiciones del Código fueron in-

completas para impedir las asociaciones políticas que condena, porque fraccionándose en asociaciones de menos de veinte personas, aunque ligadas entre sí por un fin comun, ó reuniéndose en dias indeterminados se eludian fácilmente sus preceptos.

En 1834 se quiso remediar el mal, completando lo dispuesto en el Código penal, y al efecto se promulgó la ley de 11 de abril de 1834, cuyo contenido es el siguiente:

Artículo 1.° Lo dispuesto en el art. 291 del Código penal es aplicable á las asociaciones de mas de veinte personas, aun cuando se hallen divididas en secciones de menor número, y no se reunan todos los dias ó en dias señalados. La autorizacion del gobierno es siempre revocable.

Art. 2.° Todo el que forme parte de una asociacion no autorizada será castigado con las penas de dos meses á un año de prision, y de 50 á 1,000 francos de multa. En caso de reincidencia las penas serán dobles. El condenado podrá en este último caso quedar bajo la vigilancia de la alta policía por un tiempo que no esceda el doble del máximum de la pena. El art. 263 del Código penal podrá ser aplicado en todos los casos.

Art. 3.° Serán considerados como cómplices y castigados como tales, los que á sabiendas hayan dejado ó arrendado su casa ó habitacion para una ó muchas reuniones de una sociedad no autorizada.

Art. 4.° Los atentados contra la seguridad del Estado cometidos por las asociaciones anteriormente espresadas, podrán someterse á la jurisdiccion de la cámara de los pares en conformidad á lo dispuesto en el art. 28 de la Carta constitucional.

Los delitos políticos cometidos por dichas asociaciones serán sometidos al jurado, conforme al art. 69 de la Carta constitucional.

Las infracciones á esta ley y al art. 291 del Código penal serán sometidos á los tribunales correccionales.

Art. 5.° Las disposiciones del Código penal no derogadas por la presente continuarán ejecutándose.

La revolucion de febrero vino á dar grande ensanche al derecho de asociacion y reunion. El gobierno provisional lo proclamó solemnemente en abril de 1848. «Los clubs, decia, son para la república una necesidad, y para los ciudadanos un derecho... El gobierno provisional proteje los clubs.» Los sucesos de mayo y junio del mismo año movieron á la Asamblea constituyente á organizar el derecho de reunion en conformidad á lo que en aquellas circunstancias reclamaba el órden público, á cuyo efecto discutió y aprobó el decreto de 28 de julio, 2 de agosto de 1848, aun vigente como ley, cuyo contenido es el siguiente:

Art. 1.° Los ciudadanos tienen el derecho de reunirse conformándose á las disposiciones siguientes.

Art. 2.° A la apertura de cualquier club ó reunion de ciudadanos deberá preceder una declaracion de los fundadores, presentada en Paris á la prefectura, y en los departamentos al maire del comun y al prefecto. Esta declaracion se hará cuarenta y ocho horas antes por lo menos de la apertura de la reunion, é indicará los nombres, cualidades y domicilios de los fundadores, y el local, los dias y horas de las sesiones. Inmediatamente se dará certificado de la declaracion.

Ningun club podrá tomar otro nombre que el del lugar de sus sesiones.

Los edificios públicos ó del comun no podrán destinarse, aunque sea provisionalmente, á estas reuniones.

Art. 3.° Los clubs serán públicos y no podrán en caso alguno restringir la publicidad por ningun medio directo ni indirecto, ni constituirse en comité secreto.

Para asegurar esta publicidad, quedará reservada para los ciudadanos estraños al club una cuarta parte al menos de la localidad.

Ni las mugeres ni los niños podrán ser miembros de un club, ni asistir á ellos.

Las sesiones de los clubs no podrán prolongarse mas allá de las horas que la autoridad haya fijado para la clausura de los lugares públicos.

Art. 4.° La autoridad que haya recibido la declaracion, podrá siempre que lo estime conveniente, comisionar á un funcionario del órden administrativo ó judicial para que asista á las sesiones de los clubs. Este funcionario se colocará en ellas en un lugar especial á su eleccion, y deberá estar revestido con sus insignias.

Art. 5.° Al fin de cada sesion se redactará un acta y se firmará por todos los individuos de la mesa, la cual contendrá: 1.° Los nombres de los que hayan formado parte de la mesa. 2.° El resúmen exacto de todo lo que haya pasado en la sesion. Esta acta será exhibida cuando lo reclame la autoridad pública.

El funcionario presente á la sesion podrá pedir la insercion en el acta de todos los comprobantes que juzgue necesarios, sin perjuicio del derecho que le corresponde para instruir proceso verbal de toda contravencion á la ley.

Art. 6.° Los individuos de la mesa no deben tolerar la discusion de ninguna proposicion contraria al órden público ó á las buenas costumbres, ó con tendencia á provocar un acto declarado crimen ó delito por la ley, sin las acusaciones contra las personas ó ataques individuales.

Los discursos, voces ó amenazas proferidas en un club serán consideradas como proferidas en un lugar público, y quedarán sujetas á la misma responsabilidad.

Lo mismo sucederá respecto á los impresos ó emblemas repartidos en lo interior del club.

Art. 7.° Quedan prohibidas las informaciones, representaciones y todas las demas comunicaciones de club á club, las diputaciones ó delegaciones de comisarios conferidas por un club, cualquiera que sea el objeto de la mision de los diputados ó delegados.

Tambien lo quedan todas las afiliaciones entre los clubs, todos los signos esteriores de asociacion, y todos los carteles, proclamas y peticiones colectivas de los clubs.

Los clubs ó reuniones no podrán tomar resoluciones en forma de leyes, decretos, reglamentos, sentencias ú otros cualesquier actos de la autoridad pública.

Art. 8.° Todo el que se presente en un club con armas manifiestas ú ocultas, será castigado con la pena de tres á seis meses de prision, y de tres á diez años de privacion de los derechos cívicos.

En la misma pena incurrirán: 1.° Los individuos de la mesa que hayan provocado el hecho, ó que, sabedores de él, no lo hayan impedido, ordenando la espulsion inmediata de las personas armadas. 2.° Todos los que por medio de discursos pronunciados públicamente ó por escritos publicados, ó fijados, hayan provocado á los ciudadanos á ir con armas al club, ó á presentarse armados fuera de él.

Art. 9.° Cualquiera contravencion á los artículos 2, 3, 4 y 5, será castigada con una multa de 100 á 500 francos, y si ha lugar, con la privacion en todo, ó en parte, de uno á tres años del ejercicio de los derechos cívicos mencionados en el art. 42 del Código penal. Estas penas serán impuestas al presidente, secretario y demas individuos de la mesa que hayan asistido á las sesiones, en que no se hayan observado las reglas prescritas en los citados artículos.

Art. 10. Cualquiera contravencion á lo dispuesto en los artículos 6 y 7, será castigada con una multa de 100 á 500 francos, y segun los casos, con prision de quince dias á tres meses, y con privacion de los derechos cívicos de uno á cinco años.

Estas penas serán impuestas al presidente, secretarios y demas individuos de la mesa que hayan autorizado las contravenciones prevenidas en dichos artículos, tambien á los demas miembros que hayan tomado una parte activa en estas contravenciones.

Art. 11. El tribunal que imponga las penas señaladas en los tres artículos anteriores, podrá ademas, segun la gravedad de las circunstancias, ordenar la clausura de los clubs.

En los casos de delitos ó contravenciones justificadas por proceso verbal, ó que hayan dado lugar á formacion de causa,

la cámara del Consejo podrá, por una providencia especial, dada á virtud de peticion del ministerio público, y de relato del juez de instruccion, ordenar la clausura inmediata y provisional del club ó reunion hasta que se dicte sentencia definitiva sobre los delitos ó contravenciones. Contra esta providencia no habrá lugar á recurso alguno.

Art. 12. Caso de reunirse un club despues de pronunciada su disolucion ó suspension, los contraventores sufrirán la pena de seis meses á un año de prision y de cinco á diez años de privacion de los derechos cívicos.

Art. 13. Quedan prohibidas las sociedades secretas. Los que sean convictos de haber formado parte de una sociedad secreta, serán castigados con multa de 100 á 500 francos, prision de seis meses á dos años, y privacion de los derechos cívicos de uno á cinco años, pudiendo ser condenados hasta el doble los gefes ó fundadores de dichas sociedades.

Tendrán lugar estas penas, sin perjuicio de las que puedan ser impuestas por los crímenes ó delitos prescritos por las leyes.

Art. 14. Los ciudadanos podrán fundar, con un fin no político, círculos ó reuniones no públicas, dando á conocer préviamente á la autoridad municipal el local y objeto de la reunion y los nombres de los fundadores, administradores y directores.

Caso de no hacerse esta declaracion, ó de hacerse con falsedad, cerrará inmediatamente la reunion, y sus miembros podrán ser perseguidos como individuos que han formado parte de una sociedad secreta.

Las precedentes disposiciones no serán aplicables á las asociaciones industriales ó de beneficencia.

Art. 15. Las reuniones no públicas con un fin político, solo podrán formarse con el permiso de la autoridad municipal, y bajo las condiciones que les prescriba, salvo el recurso, caso de negativa, á la autoridad superior.

La administracion podrá revocar siempre las autorizaciones concedidas, y hacer que se cierren las reuninones que carezcan de ella.

En caso de contravencion serán castigados los individuos, gefes y fundadores con las penas señaladas en el art. 13.

Art. 16. Las infracciones á las formalidades prescritas por el presente decreto para la abertura de los clubs y celebracion de sus sesiones, serán de la competencia de los tribunales de policía correccional.

Todas las demas quedan sometidas al juicio del jurado.

Art. 17. En caso de conviccion de haberse cometido muchos crímenes ó delitos en las reuniones públicas ó no públicas, solo se aplicará la pena mayor á los hechos anteriores al procedimiento.

Art. 18. Podrá ser aplicado á todas las infraccionos previstas por la presente ley, el art. 463 del Código penal. Sin embargo, podrá reducirse al mínimum fijado por esta ley la duracion de la prision.

En todos los casos podrá acordarse la libertad provisional con ó sin fianza.

Art. 19. Las disposiciones del presente decreto no son aplicables á las reuniones que tengan por objeto esclusivo el ejercicio de un culto cualquiera, ni á las reuniones electorales preparatorias.

Al poco tiempo de dictada esta ley se promulgó la Constitucion de la República francesa (en 14 de diciembre de 1848), la cual en su art. 8 consagra el derecho de asociarse y reunion en los siguientes términos: «los ciudadanos tienen el derecho de asociacion, de reunirse pacíficamente y sin armas, de hacer peticiones, de manifestar sus pensamientos por vía de la prensa ó de otro modo. El ejercicio de estos derechos no tiene otro límite que los derechos ó la libertad de otro y la seguridad pública.»

El ejercicio del derecho de asociacion y reunion, consagrado en la ley fundamental de la República, venia reglándose por las leyes anteriores que dejamos trascritas; pero como en ellas se permitian los clubs, y estos eran tan temibles al gobierno, presentó este á la Asamblea legislativa, en 26 de enero de 1849, un proyecto de ley, cuya

principal disposicion era que quedasen prohibidos los clubs. Pendiente de la tercera deliberacion este proyecto, ocurrieron los lamentables sucesos de 13 de junio, los cuales obligaron al gobierno á pedir y á la Asamblea legislativa á conceder la autorizacion contenida en la ley de 19-22 de junio de 1849, cuyo tenor es el siguiente:

Art. 1.° Se autoriza al gobierno para que, durante un año, contado desde la promulgacion de esta ley, pueda prohibir los clubs y demas reuniones públicas, que sean de tal naturaleza que puedan comprometer la seguridad pública.

2.° Antes de espirar este término, se presentará á la Asamblea nacional, un proyecto de ley que, prohibiendo los clubs, regle el ejercicio del derecho de reunion.

3.° Se dará cuenta á la Asamblea nacional, luego que espire este término, de la ejecucion que haya tenido la presente ley.

Esta ley de autorizacion se prorogó por otro año mas, es decir, hasta 22 de junio de 1851, en virtud de la ley promulgada el 22 de junio de 1850.

Tal es el estado que tiene la legislacion francesa en esta importante materia, cuando escribimos estas líneas.

En Bélgica estan consagrados los derechos de reunion y asociacion en los artículos siguientes de su Constitucion.

Art. 19. Los belgas tienen el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, conformándose á las leyes que pueden reglar el ejercicio de este derecho, el cual no podrá someterse, sin embargo, á una autorizacion prévia.

Esta disposicion no se aplica á las reuniones al aire libre, las cuales quedan enteramente sometidas á las leyes de policía.

Art. 20. Los belgas tienen el derecho de asociarse, sin que pueda someterse este derecho á ninguna medida preventiva.

Estos artículos han abrogado implícitamente los artículos 291 al 294 del Código penal, que son iguales en todo á los del Código penal francés.

En Alemania durante la edad media se conservó el antiguo derecho de libre asociacion, como el principal derecho de los hombres libres, y de él usaron para protejer y cultivar la religion, las ciencias y las artes, y para fomentar la agricultura, la imdustria y el comercio. La legislacion del iuperio germánico, aunque ha restringido considerablemente el ejercicio del derecho de libre asociacion, nunca ha llegado á destruirlo. La bula de oro, tít. 15, prohibió á todos los Estados del imperio y la capitulacion de eleccion, art. 15, §. 6, á los Estados de los paises; las asociaciones contra el gobierno del imperio ó el de los paises. Otras leyes posteriores, tales como las decisiones de la Dieta germánica de 20 de setiembre de 1819, han establecido reglas de policía contra ciertas y determinadas asociaciones. Los publicistas mas célebres declaran y los mayores criminalistas reconocen, que son lícitas y de consiguiente que no son punibles las asociaciones, cuyos fines no son en sí criminales. Especialmente está reconocida por los jurisconsultos de mas nota la inculpabilidad de las reuniones para hacer representaciones ó peticiones, ó elevar quejas por abuso de poder ó autoridad. Sin embargo, podemos asegurar que las libres asociaciones y asambleas populares, hace mucho tiempo que han caido en Alemania en desuso, y que aun en los Estados constitucionales, el derecho de asociacion y aun de reunion, se hallan colocados bajo la dependencia del gobierno (1).

En el gran *ducado de Baden* se promulgó una ley el 30 de octubre de 1833, con el fin de ensanchar la accion del gobierno en interés general, y de dejar á los ciudadanos la mayor latitud posible en el ejercicio de los derechos de asociacion y reunion. Esta ley dá al gobierno la facultad de disolver cualquiera asociacion que amenace en su concepto la seguridad del Estado ó el bien público, y establece penas graduadas contra los que hayan tomado

(1) C von Rotteck un C. Welker. *Staats-Lexicon, oder Encyklopedie der staats-wiffenfchaften*, verbo asociacion. Mr. Zirkler en el folleto publicado en 1834 sobre *el derecho de asociacion de los ciudadanos en los Estados constitucionales de Alemania y de las asociaciones y r uniones ilícitas, segun la filosofía del derecho positivo.*

mas ó menos parte en las asociaciones prohibidas: permite á las autoridades el que prohiban cualquiera reunion popular, en el acto de formarse, si presenta algun peligro grave; y castiga tambien al que, conociendo la prohibicion, la desobedece.

El Código penal *del Brasil*, en la parte cuarta del mismo en que trata *de los delitos de policía*, contiene las disposiciones siguientes sobre las asociaciones ilícitas.

CAPITULO III.

SOCIEDADES SECRETAS.

Art. 282. La reunion en una casa de mas de diez personas en dias fijos y determinados, será considerada como criminal solo cuando se forme con un objeto para el cual se elija el secreto de los asociados, sin darse aviso en forma legal al juez de paz del distrito en que hubiere de celebrarse la reunion.

Penas. La prision de 5 á 15 dias para el gefe y para el dueño ó administrador de la casa y el doble en caso de reincidencia.

Art. 283. La comunicacion al juez deberá contener la manifestacion del objeto en general de la asociacion, y la afirmacion de que no es contraria al órden social, y ademas el lugar y tiempo de la reunion y los nombres de los que dirijan la administracion social.

Deberá estar formada por los declarantes, y se presentará dentro de quince dias, contados desde el en que tuvo efecto la primera reunion.

Art. 284. Cuando estas manifestaciones fueren falsas y las asociaciones tuviesen un fin contrario al órden social, el juez de paz ademas de dispersar la reunion, procederá contra los asociados.

CAPITULO IV.

REUNIONES ILICITAS.

Art. 285. Se cometerá este delito cuando tres ó mayor número de personas se reunieren con el propósito de ayudarse mútuamente para cometer un delito, ó para privar ilegalmente á alguno del goce ó del ejercicio de un derecho ó de un deber.

Art. 286. Cometer por alguna reunion ilícita alguno de los actos previstos en el artículo anterior.—*Pena*. Una multa de veinte á doscientos mil reis, ademas de las otras penas en que el reo hubiere incurrido.

Art. 287. Cuando la reunion ilícita tuviese por objeto impedir el cobro de alguna cuota, derecho, contribucion ó tributo legítimamente impuesto, ó la ejecucion de alguna ley ó sentencia, ó apoderarse de algun reo legalmente detenido. — *Pena*: multa de cuarenta á cuatrocientos mil reis con las demas penas en que el delincuente hubiere incurrido.

Art. 288. Los que se separen de la reunion ilícita antes de haber cometido algun acto de violencia no incurrirán en pena alguna.

Art. 289. Cuando el juez de paz llegare á saber la existencia de alguna reunion ilícita de mas de veinte personas, se presentará con su escribano en el lugar en que aquella se encontrare, y al divisar la reunion dará á conocer su autoridad, desplegando una bandera verde, y mandará retirarse á las personas reunidas.

Art. 290. Si el juez de paz no fuere obedecido despues de hecha la tercera intimacion, podrá emplear la fuerza para dispersar la reunion y detener á los gefes si lo juzgare necesario.

Art. 291. Cuando en el lugar no hubiere fuerza armada, ó fuese difícil llegar á reunirla, el juez de paz podrá convocar á las personas que fueren necesarias para disolver la reunion.

Art. 292. Los hombres libres de mas de 18 años de edad y de menos de 40 que, siendo llamados por el juez ó por su órden con el objeto mencionado en el artículo precedente, rehusaren ó retardaren obedecer sin justa causa.—*Pena*: una multa de diez á sesenta mil reis.

Art. 293. Los que haciendo parte de una reunion ilícita no se retiraren del lu-

gar en que se hallaren un cuarto de hora despues de la tercera intimacion del juez de paz, ó que una vez disuelta la junta volvieren á reunirse.—*Pena*: una multa de diez á cien mil reis.

Cuando se cometieren violencias antes de la primera intimacion del juez de paz. —*Penas*: las asignadas en los artículos 286 y 287.

Art. 294. Los que cometieren violencias despues de la primera intimacion del juez de paz.—*Pena*: la de prision y trabajos de uno á tres años ademas de la pena en que hubieren incurrido por la violencia.

Cuando se dirigiere contra el juez de paz y contra las personas encargadas de dispersar la reunion.—*Penas*: la de prision y trabajos de dos á seis años, ademas de las penas en que hubieren incurrido por la violencia.

En *Austria*, el Código general, contiene en su segunda parte las disposiciones siguientes:

Art. 38. Se prohibe toda afiliacion á una sociedad secreta, sea cual fuere el objeto con que hubiere sido instituida ó la denominacion ó forma con que haya existido ó exista. La afiliacion á una sociedad secreta, constituye una grave infraccion de policía.

Art. 39. Como las reuniones inocentes no tienen motivo alguno para sustraerse del conocimiento de la autoridad, considérase en general como sociedad secreta: 1.°, toda reunion cuya existencia se ha ocultado á la autoridad; 2.°, toda reunion que aun cuando sea conocida, haya ocultado su constitucion ó estatutos, ó haya presentado otros distintos de los que sean en realidad; 3.°, toda reunion cuyos individuos se ocultan á la autoridad, aun cuando aquella sea conocida; 4.°, toda reunion autorizada ó tolerada en un principio, que celebra ó continúa celebrando sus sesiones despues de haberse revocado el permiso ó declarádose su no tolerancia.

Art. 40. Se hace reo de afiliacion á una sociedad secreta: 1.°, todo austriaco que intente instituir ó realmente instituya una sociedad de ese género; 2.°, ó que aliste individuos para una sociedad secreta existente dentro ó fuera del Estado; 3.°, ó que sea gefe de una sociedad secreta nacional ó estranjera; 4.°, ó que siga correspondencia con una sociedad de esta especie; 5.°, ó que asista de cualquier modo que sea á las reuniones de la sociedad; 6.°, ó que á sabiendas alquile su casa ó facilite su habitacion para tales reuniones, y 7.°, por último, todo empleado que sabiendo la existencia de una sociedad secreta, ó el punto de sus reuniones, no la denuncia á la autoridad cuando debiera hacerlo por razon de su oficio.

Art. 41. La pena de esta infraccion varia segun la participacion que se tenga en ella: los fundadores de una sociedad secreta, los que las propaguen, y los que como directores reunan las asambleas, serán castigados con arresto riguroso de tres á seis meses.

Art. 42. Los que asistan á las reuniones de una sociedad secreta, ó sigan correspondencia con ella, serán castigados por la primera vez con arresto de una semana á un mes, y en caso de reincidencia con arresto rigoroso de uno á tres meses.

Art. 43. El que á sabiendas facilite ó arriende su casa ó habitacion para la reunion de una sociedad secreta, será castigado, sino fuere individuo de ella, con arresto de uno á tres meses, y si se hubiere arrendado la casa ó habitacion se confiscará el precio del arrendamiento.

Art. 44 Si los que facilitaren ó arrendaren su casa ó habitacion para las reuniones de una sociedad secreta, fueren al mismo tiempo individuos de ella, serán castigados con arresto riguroso de uno á tres meses, y perderán ademas el precio del arrendamiento.

Art. 45. Todo empleado que teniendo noticia de una sociedad secreta ó de sus reuniones no las denunciare, debiendo hacerlo por razon de su cargo, será castigado con arresto riguroso de uno á tres meses.

Art. 46. Si teniendo noticias de tales

reuniones se hubieren continuado estas por mucho tiempo, resultando de ello peligro para el órden público, podrá prolongarse el arresto riguroso hasta seis meses, segun el tiempo que hubiere durado y la gravedad de las circunstancias.

Art. 47. Se hacen los estranjeros reos de este delito, si durante su permanencia en los estados austriacos: 1.°, intentan fundar una sociedad secreta; 2.° intentan afiliar individuos para una sociedad secreta nacional ó estranjera; 3.°, celebran reuniones de sociedades secretas; 4.°, prestan sus casas para reuniones de esta especie; 5.°, ó contribuyen por cartas ú otros medios á afiliar entre sí á las sociedades secretas existentes en el reino, ó á sus individuos con las sociedades estranjeras.

Art. 48. En el caso previsto en el número 1.° del artículo anterior la pena será arresto riguroso de uno á seis meses; en los de los números 2.° y 3.° arresto riguroso de uno á tres meses, y en los restantes arresto de uno á tres meses. A la espiracion de esta pena, será espulsado el estranjero de todos los dominios austriacos.

Art. 49. Cuando un estranjero no residente en los estados austriacos intentare formar en ellos una sociedad secreta, ó reclutar individuos para ella, será castigado en ambos casos si fuere aprehendido, con las penas señaladas en el art. 48.

Art. 50. Cuando se descubra una sociedad secreta deberán sus gefes y empleados denunciar y entregar á la autoridad todos los documentos y papeles pertenecientes á la misma. Todo el que retenga ú oculte alguna cosa perteneciente á la sociedad, será castigado con arresto rigoroso de una semana á un mes. Los fondos y efectos de la sociedad serán confiscados.

El Código penal de *Nápoles* dispone sobre las asociaciones ilícitas lo siguiente:

Art. 305. Es ilícita toda asociacion de varias personas organizadas en corporacion, cuyo objeto sea reunirse diariamente ó en dias señalados para tratar, sin que preceda promesa ó juramento de guardar secreto, de asuntos religiosos, literarios, políticos ú otros semejantes, siempre que se haya formado sin el permiso de la autoridad pública ó se faltare á las condiciones que esta le hubiese impuesto.

Art. 306. Toda asociacion ilícita será inmediatamente disuelta, y los gefes, directores ó administradores castigados con las penas de prision ó confinamiento del primero al segundo grado, y multa correccional.

Art. 307. Si los individuos de una asociacion ilícita ya disuelta se reunieren de nuevo, serán castigados con las penas que en el artículo anterior se señalan para los gefes, directores ó administradores, á quienes se considerarán en este caso y segun las circunstancias como reincidentes.

Art. 308. Todo el que sin permiso de la autoridad pública diere ó concediere el uso de su casa ó de parte de ella para la reunion de los miembros de una asociacion, será castigado con la multa correccional.

Art. 309. Siempre que la asociacion ilícita se hubiere formado bajo promesa ó juramento de secreto, constituyendo una especie de secta, sean cuales fueren su denominacion, objeto y número de sus individuos, serán estos castigados con destierro temporal del reino, imponiéndose la pena en su grado máximo á los gefes, directores ó administradores.

Art. 310. Todo el que conserve los emblemas, papeles, libros y demas señales distintivas de las sectas espresadas en el artículo precedente, serán por este solo hecho castigados con la prision de segundo grado. Los vendedores y repartidores de estos objetos lo serán con la prision de tercer grado.

Art. 311. Los que á sabiendas hayan concedido ó facilitado el uso de su casa, habitacion ú otro lugar dependiente de ellas para la reunion de la secta, serán por este solo hecho castigados con la prision de segundo grado. Si formaren parte de la secta serán castigados segun lo dispuesto en el art. 309, imponiéndoseles además una multa de 50 á 500 ducados.

Art. 312. Lo dispuesto en este capítulo

se entiende sin perjuicio de otras penas mayores que con arreglo á este Código deban imponerse en caso de crímenes más graves, y especialmente de crímenes contra la seguridad interior ó esterior del Estado.

PARTE DOCTRINAL.

SUMARIO.

SEC. I. RESEÑA HISTÓRICA.
SEC. II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO DE ASOCIACION Y REUNION.
SEC. III. DE LAS ASOCIACIONES ILICITAS.
§. 1.° *De las sociedades secretas.*
§. 2.° *De las demas asociaciones ilícitas.*
SEC. IV. DE LAS REUNIONES.

SECCION I.

RESEÑA HISTÓRICA.

El derecho de asociacion y la práctica de este derecho ha seguido en todos los pueblos la marcha que le han impreso las instituciones políticas dominantes y las tendencias del espíritu público. Segun se ha ido ensanchando la órbita de la civilizacion, abrazando el desarrollo de mayor número de fines racionales de la vida humana, así ha ido creciendo el espíritu de asociacion, aplicándose con mayor fuerza á la consecucion de aquellos fines.

La religion ha sido en la nacion española una institucion dominante y superior á veces á la institucion del Estado, y esto esplica como las asociaciones religiosas han sido tantas en nuestro pais y tan varias en sus formas.

La industria y el comercio tuvieron en la edad media que constituirse en asociaciones gremiales bajo el amparo de las ideas religiosas para poder vivir y desarrollarse.

El estado naciente en los primeros años de la reconquista tuvo que apoyarse en las asociaciones de toda especie para llevar á cabo la obra de los 700 años. Así es que las asociaciones políticas se presentan en esta época bajo un carácter de guerra y de insubordinacion inconciliable con la marcha pacífica y legal del pais. Consócios de los reyes, si nos es lícito hablar así, los magnates y las municipalidades en la santa cruzada de la independencia nacional, no consentian fácilmente que aquellos quebrantasen sus franquicias y sus leyes, y para poner coto á los desafueros del poder real apelaban á las asociaciones armadas, conocidas en Aragon con el nombre de *Union* y en *Castilla* con el de *Hermandades*. Cuando el trono no estaba aun robustecido, y el clero, la nobleza y el pueblo se unian para exigir de él justas ó injustas concesiones, la asociacion imponia la ley al monarca; pero cuando este logró mas poderío atrayendo á su causa al clero y á la nobleza, combatió y venció las asociaciones, privando al pueblo hasta de las justas libertades que habia conquistado á costa de sacrificios y servicios hechos por muchos siglos en provecho del pais y de la monarquía. El privilegio de la *Union* quedó hecho pedazos por el rey D. Pedro IV en las Córtes de Zaragoza, y las hermandades ó comunidades de Castilla perecieron en la batalla de Villalar.

A imitacion de estas grandes asociaciones políticas nacieron otras muchas de órden inferior, ya entre diferentes comarcas, ya entre varias parcialidades, ya entre los mismos vecinos, las cuales recibieron nombres distintos segun su organizacion, su estension ó su fin. Llamábanse bandos, confederaciones, parcialidades, ayuntamientos, cabildos, ligas ó monopodios, y estableciánse bajo juramento ó pleito homenage y otras firmezas. Para afianzar el órden interior y la seguridad pública se prohibieron estas asociaciones bajo rigurosas penas, estimulándose las acusaciones y denuncias con el premio de la tercera parte de la pena pecuniaria á que fuesen condenados los asociados (1).

Perseguidas las asociaciones ilícitas, tra-

(1) Leyes 1, 2, tit. 12, lib. 12, Nov. Recop.

taron de ocultarse bajo el manto de las cofradías religiosas, aparentando en sus estatutos un fin lícito y honesto, y trabajando en secreto bajo aquella aparente organizacion para conseguir sus malos y dañados propósitos. Hecho público este mal, trató de corregirlo el legislador, prohibiendo todas las cofradías y cabildos que no se hubiesen formado para una causa piadosa y espiritual con prévia licencia ó autorizacion del gobierno y del respectivo prelado diocesano, bajo pena de muerte y confiscacion de bienes (1), cuya disposicion respecto á la autorizacion real y eclesiástica se ha reproducido en estos últimos tiempos (2), hallándose vigente en la actualidad.

Establecida la monarquia absoluta y dominando el gobierno todas las esferas de la vida social, el espíritu de libre asociacion acabó en España para no resucitar en muchos siglos. Aun en el terreno de la industria y del comercio estuvo amortiguado á pesar de las condiciones favorables que para su completo desarrollo nacieron con el descubrimiento y conquista de un nuevo mundo. El Estado y la Iglesia lo eran todo, y desgraciadamente aquel con su despotismo y esta con su inquisicion ahogaron el genio científico y artístico, á la vez que las libertades públicas.

La regeneracion política de la nacion española comienza con la gloriosa guerra de la independencia contra el capitan del siglo XIX. Los legisladores de 1812 que habian dado al pais una constitucion democrática, no podian desconocer que fundada esta clase de gobiernos en la opinion de la mayoría, eran una necesidad las asociaciones públicas para tratar de materias políticas dentro de los límites legales; pero sin duda por las circunstancias especiales de la guerra ó por otras atenciones perentorias no tuvieron tiempo para arreglar este punto importante del derecho político.

Restablecida en 1820 la Constitucion de 1812, las Córtes de 1822 trataron de llenar este vacío, dictando al efecto las disposiciones convenientes.

En el Código penal sancionado y promulgado en 9 de julio de 1822, se prohibieron ciertas asociaciones y reuniones bajo determinadas penas, y en el decreto de 1.° de noviembre del mismo año se dictaron las reglas á que debian someterse las asociaciones y reuniones lícitas.

He aquí el testo de estas disposiciones.

Código penal de 9 de julio de 1822.

Art. 315. Los que por emulacion, rivalidad, avaricia ó espíritu de venganza ó de partido celebraren entre sí algun concierto para armarse ó hacer que otros se armen contra algunas personas, ó para conseguir por la fuerza que domine alguna faccion, ó para lograr con igual violencia cualquiera otro objeto contra el órden público, serán por este solo hecho obligados á dar fianza de que observarán una conducta pacífica, y los promotores y autores principales del concierto sufrirán ademas un arresto de cuatro dias á tres meses. Si del concierto resultare la perpetracion de otro delito, se aplicará ademas la pena de este. Si el concierto fuere para causar alguna rebelion ó sedicion, ó si le siguiere alguna tentativa para cualquiera de estos delitos, se observará lo dispuesto en el art. 298.

Art. 316. Los que so color de culto religioso, formaren hermandades, cofradías ú otras corporaciones semejantes sin conocimiento y licencia del gobierno, serán obligados á disolverlas inmediatamente y castigados con una multa de uno á treinta duros, ó con un arresto de dos dias á dos meses.

Art. 317. Fuera de las corporaciones, juntas, asociaciones establecidas ó autorizadas por las leyes, los individuos que sin licencia del gobierno formaren alguna junta ó sociedad en clase de corporacion, y como tal corporacion representaren á las autoridades establecidas, ó tuvieren correspondencia con otras juntas ó sociedades de igual clase, ó ejercieren algun acto pú-

(1) Ley 12 id. id.
(2) Ley 6, tit. 3, lib. 1, Nov. Recop.

blico cualquiera, serán tambien obligados á disolverla inmediatamente, y sufrirán una multa de dos á cuarenta duros, ó un arresto de cuatro dias á tres meses. Pero si como tal corporacion tomaren para algun acto la voz del pueblo, ó se arrogaren alguna autoridad pública, cualquiera que sea, se les aumentará la pena hasta una multa de diez á sesenta duros y una prision de tres meses á un año.

Art. 318. Aun entre las corporaciones, juntas ó asociaciones establecidas ó autorizadas por las leyes, toda confederacion que hicieren unas con otras para oponerse á alguna disposicion del gobierno ó de las autoridades, ó para impedir, suspender, embarazar ó entorpecer la ejecucion de alguna ley, reglamento, acto de justicia ó servicio legítimo, ó para cualquier otro objeto contrario á las leyes, fuera de los casos en que estas permitan suspender la ejecucion de las órdenes superiores, será castigada con arreglo al capítulo 6, tít. 6 de esta parte.

Art. 319. Es delito toda reunion secreta para tramar, preparar ó ejecutar alguna accion contraria á las leyes. Los individuos que en cualquiera de estos casos resultare haber entrado voluntariamente y á sabiendas en la reunion, serán castigados por este solo hecho con un arresto de cuatro dias á cuatro meses, ó con una multa de dos á sesenta duros. Los gefes, directores y promotores de la reunion sobredicha, y los que á sabiendas y voluntariamente hubieren prestado para ella su casa ó habitacion, sufrirán doble pena; todo sin perjuicio de que á unos y á otros se les impongan las demas que merezcan por el delito que hubieren cometido.

Art. 320. Lo dispuesto en este capítulo es y debe entenderse sin perjuicio de la libertad que tienen todos los españoles para reunirse periódicamente en cualquier sitio público, á fin de discutir asuntos políticos, y cooperar á su mútua ilustracion, con prévio conocimiento de la autoridad superior local, la cual será responsable de los abusos, tomando al efecto las medidas oportunas, sin escluir la de suspension de las reuniones.

Decreto de las Córtes de 1.° de noviembre de 1822.

Art. 1.° Las personas que trataren de reunirse en público para discutir materias políticas darán doce horas antes aviso al alcalde primero constitucional ó al gefe superior político, donde residiese, del sitio y hora en que hubiere de celebrarse su reunion.

Art. 2.° Si la reunion fuere periódica, los que la formen deberán hacer un reglamento que remitirán á las autoridades antes designadas, al tiempo de darles el aviso, sin que se entienda ser para su aprobacion, y sí solo para examinar si hay en él algo que merezca llamar la atencion ó la intervencion de las autoridades.

Art. 3.° En caso de manifestarse síntomas de sedicion en alguna de estas reuniones, como querer pasar á vias de hecho, ó prorrumpir en aclamaciones sediciosas, la autoridad, ya el gefe político, ya el alcalde, ya un regidor, con órden espresa de alguno de ellos, podrá suspender la sesion para cuyo intento hará leer tres veces en voz alta esta ley, requiriendo á los concurrentes á retirarse, y de no hacerlo se valdrá de la fuerza.

Art. 4.° El haber sido suspendida esta reunion, no priva del derecho de volverse á juntar pasados tres dias, renovando el aviso á las autoridades prevenido en el artículo 1.°

Art. 5.° Estas reuniones no podrán celebrarse desde media noche hasta una hora despues de amanecer, y en caso de hallarse reunidas á dichas horas, se disolverán, ó de no hacerlo, serán consideradas en estado de desobediencia á la ley.

Art. 6.° Estas sociedades no tendrán carácter de tales ante la ley, ni cuando presentasen peticiones, podrán hacerlo como corporacion, sino como la espresion individual de los sugetos que las compusieren.

Reemplazado el régimen constitucional

á fines de 1823 con la monarquía absoluta, todas las instituciones y derechos políticos creados y organizados en los tres años anteriores quedaron suprimidos y con ellos el derecho de asociacion ó reunion, para tratar de asuntos políticos. Hablar de ellos, aun en conversaciones privadas y dentro del hogar doméstico, era mirado como un delito grave, si se hacia en sentido contrario á las disposiciones del gobierno, ó al sistema dominante. Las sociedades secretas eran perseguidas de muerte (1), y no pocos fueron ajusticiados por pertenecer ó creer que pertenecian á alguna de ellas.

Este rigor contra las sociedades secretas, se mitigó considerablemente en los primeros años del reinado de Isabel II, concediéndose ámplia amnistía á todos los que hubiesen hasta entonces pertenecido á ellas, cualquiera que hubiere sido su forma ó denominacion, y moderando para en adelante las penas con que debia castigarse este delito (2).

Respecto á las asociaciones y reuniones públicas, para tratar de asuntos políticos, nada se ordenó entonces, y sin embargo de que despues, en 1837, se formó una constitucion bastante liberal, tampoco se reconoció en ella el derecho de asociarse y reunirse pacíficamente, ni las Córtes constituyentes tuvieron á bien restablecer el decreto de 1.° de noviembre de 1822, quedando así el ejercicio de este importante derecho á merced de la autoridad, que lo concedia ó lo negaba segun estimaba conveniente. De esta manera se formaron en algunas capitales ciertas tertulias públicas con carácter político, en las que se leian los periódicos y se hablaba de asunto de gobierno; pero bien sea porque estas asociaciones pacíficas é inocentes se convertian á veces en centros de conspiracion contra el gobierno, bien porque este las considerase peligrosas para el sosiego público, como la existencia de aquellas no tenia mas fundamento que la tolerancia ó la concesion revocable, en diferentes ocasiones se ha mandado de real órden su disolucion prohibiendo que se instalen en lo sucesivo (1).

Así las cosas, se ha promulgado el Código penal, cuyas disposiciones se copian en la parte legislativa, y cuya esplicacion nos reservamos para la parte doctrinal de este artículo.

(1) Real cédula de 1.° de agosto de 1824; real decreto de 21 de agosto de 1825.
(2) Real decreto de 26 de abril de 1834.

SECCION II.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO DE ASOCIACION Y REUNION.

Al que examina atentamente la naturaleza del hombre, no puede ocultarse que la sociabilidad, ó sea la aptitud para asociarse con sus semejantes para todos los fines de la vida, es uno de los elementos que constituyen su sér racional, y uno de los medios mas poderosos que Dios ha puesto en manos del hombre para que pueda alcanzar todo el bien de que es susceptible la humana naturaleza. Nace el hombre en la asociacion, y solo en ella y por ella puede alcanzar la satisfaccion de sus necesidades, la perfeccion de sus facultades, el respeto y garantía de sus derechos. El individuo viviendo y desarrollándose aisladamente, es un ente de razon creado por la fantasía de algunos filósofos para dar alguna base, siquiera imaginaria, á sus infundados é insostenibles sistemas. Débil é imperfecto el hombre aislado, solo en la asociacion se fortifica y perfecciona, hallando medios para prevenir ó reparar los males, y adquirir los bienes que permita el estado de civilizacion en que se encuentre.

La asociacion considerada en sí misma es santa, y el derecho de asociacion para todos los fines racionales de la vida no puede negarse al hombre sin desconocer y tiranizar su naturaleza. Si el hombre tiene el deber de vivir y desenvolverse con arreglo á los fines que le han sido impuestos por

(1) Real órden de 14 de febrero de 1841 y Real órden de 30 de mayo de 1848.

su criador, y si no puede caminar hácia ellos y alcanzarlos sino en el seno de la asociacion por medio de los esfuerzos de los individuos reunidos, no puede ponerse en duda que el derecho de asociacion para todos los fines racionales de la vida, es un derecho sagrado, tan sagrado como el derecho de libertad, con el cual marcha siempre en armonía.

Dado á conocer el fundamento racional sobre que descansa el derecho de asociacion, vamos á indicar los límites que debe tener considerado filosóficamente, dejando para despues el determinar los que el poder político pueda señalarle, atendidas las circunstancias especiales de cada nacion.

Así como la libertad individual no es ni puede ser absoluta, sino que debe hallar su límite allí donde se haga incompatible con la libertad debida á los demas, del mismo modo, debe el derecho de asociacion estar circunscrito á una esfera de accion determinada. Toda asociacion se propone un fin, un objeto que procura alcanzar por el concurso de los asociados, empleando al efecto los medios que considera le han de llevar á él. El carácter de las asociaciones respecto al derecho, nace, pues, de los fines que se proponen y de los medios que emplean. Si los fines no son racionales ni morales, ó si los medios son contrarios á la moral y á la justicia, las asociaciones que se propongan aquellos ó que hagan uso de estos, no son ni pueden llamarse lícitas; la razon las condena y el derecho natural las rechaza, así como condenan la libertad individual que se lanza á ejecutar actos contrarios al derecho de los demas. El derecho criminal no solo comprende los actos punibles de los individuos aislados, sino tambien los actos punibles de los individuos asociados, porque la asociacion, santa y sagrada como la libertad, se halla como esta limitada á lo que es racional, á lo que es honesto, á lo que es justo. Si varias personas se asocian con el fin de ejecutar un robo, ó de cometer un homicidio, esta asociacion es ilícita, porque es ilícito y reprobado el fin que se propone. Si otras se asocian con el fin de estirpar un vicio, por ejemplo la embriaguez, y los medios de que se valen son impedir el comercio de bebidas, ó destruir las cosechas, esta asociacion es ilícita, porque son ilícitos y reprobados los medios que emplea para conseguir un fin laudable.

El derecho de asociacion se estiende, pues, á todos los fines racionales de la vida que puedan alcanzarse con medios lícitos y honestos. En la filosofía del derecho no se le conocen otros límites que los que abren el campo á lo inmoral y á lo injusto: en el derecho positivo pueden encontrar otros varios, nacidos de la constitucion y circunstancias especiales de cada Estado.

Cuáles sean estos fines fundamentales de la vida humana que debe proseguir el hombre por medio de la asociacion; cómo deben organizarse estas asociaciones madres bajo el principio de la mas completa armonía, y en qué forma y por qué trámites puede llegarse á la realizacion de este organismo social completo, todos estos son puntos importantísimos que debe investigar y resolver la ciencia social, por desgracia todavia muy atrasada, aun en las naciones que marchan á la cabeza de la civilizacion (1).

Siendo el objeto principal de nuestra obra dar á conocer el derecho positivo y la doctrina y jurisprudencia que le sirven de complemento, nos bastan las indicaciones filosóficas que dejamos hechas sobre el fundamento del derecho de asociacion y sus límites racionales para entrar desde luego á considerarlo en el campo de la actualidad, tan distante aun de las profecías filosóficas.

El derecho de asociacion y de reunion para fines legítimos, no es hoy dentro de los Estados constituidos un derecho abso-

(1) La obra mas completa que en nuestro concepto se ha escrito sobre esta materia, es la de Ch. Fr. krause, bajo el título de *Urbild der Menschheit* (ideal de la humanidad) obra altamente filosófica, que está llamada á corregir todos los estravíos que hoy sustentan los socialistas franceses. Nuestro amigo don Julian Sanz del Rio tiene concluida la traduccion al castellano de esta obra notable, y no se hará esperar mucho tiempo su publicacion. En Francia Mr. Ahrens, en su *cours de droit naturel ou de la philosophie du droit*, traducido al castellano por nuestro colaborador don Ruperto Navarro Zamorano, y Mr. Alf Darimon en su *Exposition méthodique des principes de l'organisation social*, dan á conocer la misma obra, esponiendo con mas ó menos estension el sistema en que se funda.

lutamente ilimitado como se presenta en la teoría filosófica del derecho racional; está por el contrario subordinado á otro derecho superior, el del *órden público*, en cuya consideracion se amplia ó restringe aquel, segun las circunstancias de los tiempos y de los lugares. Dos principios, pues, se presentan frente á frente cuya armonía es obra de la política, sino la libertad personal, otro el órden legal, ó lo que es lo mismo, los derechos del ciudadano por una parte y por otra los derechos del poder público. La armonía de estos principios, de estos derechos, es la que debe establecer la ley positiva de cada Estado, si no quiere que reine la anarquía ó la tiranía, consecuencias inevitables de la preponderancia de uno de aquellos principios ó derechos. La libertad de asociacion ó reunion en un pueblo poco ilustrado y sin costumbres públicas, engendrarian frecuentemente la rebelion ó el desórden, porque el pensamiento y la accion, el juicio y la ejecucion, son dos cosas que difícilmente pueden separarse por quien considera demasiado largas las vias legales, y se impacienta por llegar al poder. Por el contrario la negacion ó restriccion de la libertad de asociacion en los pueblos cultos, en los cuales el respeto á la ley es un dogma soberano, produciria necesariamente el retraso político y social de estos Estados, poniendo trabas innecesarias y funestas al desarrollo intelectual, moral y material de la nacion. En los Estados constitucionales, donde la opinion pública ejerce su legítima influencia, el derecho de asociacion debe gozar de la conveniente libertad; negar este derecho ó restringirlo de modo que se haga poco menos que imposible su ejercicio, será forzar la opinion pública y esponerla á seguir las vias estralegales.

La coexistencia armónica de la libertad de asociacion con la seguridad del órden público, es un problema difícil y delicado que cada gobierno debe resolver segun las circunstancias en que se encuentre la nacion, y que en efecto cada gobierno ha resuelto de diferente manera.

En los Estados-Unidos de América, donde el gobierno gobierna por la opinion, y por la opinion de la mayoría, el derecho de asociacion para todos los fines racionales de la vida, es un derecho constitucional que goza de una libertad ilimitada. Poco menos sucede en Inglaterra. En los demas Estados, aun en la misma Francia, el libre derecho de asociacion y reunion se hallan mas ó menos restringido y dependiente de la voluntad del gobierno. Allí, donde los ciudadanos no tienen parte alguna en los negocios públicos, ni su opinion ni su voto ejercen influencia legítima en el gobierno del Estado, las asociaciones ó reuniones para tratar asuntos políticos no están permitidas por la ley. Serian peligrosas para la conservacion del órden establecido y no se consienten. Allí, donde la religion es una y esclusiva, tampoco se consienten asociaciones religiosas de esta especie, pues se consideran peligrosas para la conservacion del órden establecido. Allí, en fin, donde la forma de gobierno no guarda armonía con las ideas de los gobernantes, ó con las ideas de los gobernados, las asociaciones ó reuniones políticas son tambien consideradas peligrosas para la estabilidad y conservacion del órden existente. De aquí proviene que el derecho de libre asociacion que consagra el derecho natural, reciba tantas y tan diversas restricciones en el derecho positivo de los pueblos, bajo la influencia de la tutela mas ó menos estensa que ejerza el Estado sobre las demas instituciones públicas, y la del peligro real ó aparente que el ejercicio de aquel derecho envuelva. La libertad del derecho de asociacion para todos los fines racionales de la vida, sigue la marcha de todas las otras libertades políticas, y la legislacion de un pais sobre este punto importante, puede servir de barómetro para conocer la situacion política en que se encuentra.

De todo lo espuesto se desprende una observacion muy importante, á saber: que la asociacion ó reunion para un fin racional de la vida, no es un hecho por su naturaleza punible, como lo es el robo, el

homicidio, etc., y de consiguiente que la legislacion relativa al ejercicio del derecho de asociacion ó reunion, no debe formar parte del Código penal de un Estado, sino del código de policía. La mayor ó menor estension que á aquel derecho se conceda, así como las condiciones prévias ó las formalidades á que se le sujete, dependen de las circunstancias políticas de cada época, y por lo mismo de las leyes y reglamentos de policía. La asociacion, pues, no debe en buenos principios caer bajo la ley criminal, sino cuando ejecute un acto esterior, punible por su naturaleza, ni quedar en este caso sujeta á ella bajo el concepto de asociacion, sino bajo el de una persona libre y responsable de sus actos. La asociacion podrá ser cuando mas para el Código penal una circunstancia agravante.

SECCION III.

DE LAS ASOCIACIONES ILICITAS.

El libre derecho de asociacion está subordinado, como hemos visto, en los Estados constituidos á dos principios superiores de gobierno, cual son la moralidad y legitimidad del fin, y la estabilidad y conservacion del órden público.

Por el primer principio son ilícitas todas las asociaciones de mas ó menos miembros que se propongan por fin un objeto inmoral ó criminal, pues así como al hombre aislado le está prohibido bajo ciertas penas el ejecutar actos contrarios á la moral y al derecho de los demas, igual prohibicion existe respecto á los hombres asociados, con la especial circunstancia de que la proposicion y el concierto para el delito, son ya de por sí actos punibles que castiga el Código penal.

Por el segundo principio pueden prohibirse ó someterse á ciertas formalidades la existencia de las asociaciones para fines morales y legítimos, siempre que atendido el estado de civilizacion ó las circunstancias especiales en que se encuentre el pais, pueda ser peligroso para la seguridad y tranquilidad pública el libre ejercicio del derecho de asociacion.

De estos principios nacen dos clases de asociaciones ilícitas: una que comprende todas las que se proponen un objeto en sí punible, y otra que abraza todas las que, aunque se propongan un fin bueno y laudable, no pueden existir sino bajo ciertas condiciones. De ellas vamos á ocuparnos en esta seccion, tratando en párrafos separados de las sociedades secretas y de las demas asociaciones ilícitas.

§. 1.° *De las sociedades secretas.*

Lo primero que debemos determinar es qué debe entenderse, qué entiende la ley por sociedad secreta, porque sin este conocimiento prévio, no es posible esplicar cumplidamente las disposiciones penales que á ellas se refieren. La palabra *sociedad* espresa con toda claridad la existencia de una asociacion organizada para la consecucion de un fin determinado, y el adjetivo *secreta* que la califica, nos revela que dicha asociacion ha de vivir y obrar clandestinamente, formando esta clandestinidad una de sus leyes orgánicas. Algunos códigos penales, conociendo las graves dificultades que ofrece el dar una definicion exacta y precisa de la sociedad secreta, no la definen, dejando así al criterio judicial la calificacion segun las circunstancias de los casos. El nuestro no ha guardado este silencio, determinando los caractéres ó circunstancias que constituyen la sociedad secreta en su art. 207. Dice este que «son sociedades secretas, aquellas cuyos individuos se imponen con juramento ó sin él la obligacion de ocultar á la autoridad pública el objeto de sus reuniones, ó su organizacion interior, y tambien las que, en la correspondencia con sus individuos ó con otras asociaciones se valen de cifras, geroglíficos ú otros signos misteriosos.» Obligacion entre los asociados de ocultar á la autoridad el objeto de la sociedad y su organizacion interior, ó seguir su correspondencia en signos misteriosos, tales son las únicas circuns-

tancias que á los ojos de la ley hacen secreta una sociedad; si estas faltan ó no se justifican, la asociacion no podrá calificarse de secreta ni ser castigada con las penas que el código impone á esta especie de sociedades.

Ahora bien ¿deberá considerarse como sociedad secreta una asociacion de menos de veinte personas, por el solo hecho de que la autoridad pública ignore su objeto y su organizacion interior? De ninguna manera. Las asociaciones de menos de veinte personas están permitidas por la ley, y no tienen necesidad para existir de ponerlo en conocimiento de la autoridad y de esperar su permiso. Si la autoridad sabe la existencia de una asociacion semejante, pero ignora si el objeto que se proprone es ó no lícito, estará en su derecho preguntándolo á los asociados, los cuales estarán entonces en el deber de manifestarlo, si no quieren constituirse por su resistencia en sociedad secreta.

Una asociacion de mas de veinte personas organizada sin prévio permiso de la autoridad, no podrá tampoco calificarse de sociedad secreta, si en ella no concurren alguna de las circunstancias que dejamos determinadas; será una asociacion ilícita de otra especie sujeta á otras disposiciones penales.

¿Y si una asociacion autorizada por el gobierno prosigue en secreto un fin distinto de aquel sobre que recayó la autorizacion, deberá de calificarse sociedad secreta? Sin duda alguna. Los que dentro de una sociedad autorizada se hayan organizado secretamente, son culpables como los que lo ejecutan de otro modo. La ley no hace diferencias, y si alguna hubiere de hacerse, en este caso seria en contra de una asociacion dolosa que habia procurado cubrir con el engaño sus punibles propósitos.

La correspondencia por medio de cifras, geroglíficos ú otros signos misteriosos entre dos ó mas personas, no les sujetará á las penas con que se castigan las sociedades secretas, si no existe entre ellos asociacion organizada para un fin convenido, si no existe sociedad, pues entre individuos ó personas no ligadas por un lazo social, no está prohibido este medio de comunicacion.

Si los fines que las asociaciones prosiguen son lícitos y morales, no deben cuidadosamente ocultarse á la autoridad, haciendo del silencio una ley de la asociacion. Las sociedades secretas tienen contra sí la presuncion de derecho, y por eso las prohiben las leyes de todos los paises. En los Estados modernos, y especialmente en los que existe establecido el gobierno representativo con la libertad de la prensa y el derecho de peticion, las sociedades secretas no tienen defensa ni disculpa, porque todo lo que pueden proponerse de bueno y provechoso para el pais, puede alcanzarse por los medios legales y públicos que reconoce y garantiza la Constitucion. «Consideradas en sí mismas las sociedades secretas que se proponen un fin político, dice un autor nada sospechoso (1), son subversivas hasta de los verdaderos principios de la democracia. Como se forman por agregaciones sucesivas y no admiten en sus rangos sino á hombres elegidos, vienen así á constituir una especie de aristocracia. Tienden á imponer por sorpresa la voluntad de la minoría á la mayoría que no piensa como ellos, pues no de otro modo se le encuentra sentido á su existencia. Para realizar sus proyectos se ven por eso en la necesidad de sustituir la accion de la fuerza bruta á la accion de las ideas, que es el procedimiento habitual de todas las tiranías.»

Las sociedades secretas están absolutamente prohibidas por la ley, aunque el fin que se propongan sea lícito, moral y honesto. Mas si con el silencio y clandestinidad la asociacion se ha propuesto ó prosigue su objeto reprobado, la ley la considera doblemente ilícita, agravando las penas con que debe ser castigada. Por esta razon, cuando se descubre una sociedad secreta, debe procurarse con esquisito cuidado conocer y acreditar el fin ú objeto de la asociacion, pues sin que quede justificado este estremo, no puede saberse con certeza la

(1) Mr. Clavel, *Dictionaire politique*. V. SOCIETES SECRETES.

pena con que la ley la castiga. Hablaremos separadamente de estos dos casos para determinar las penas en que incurren los asociados, segun su clase, los cómplices ó encubridores, y los que facilitaren á la sociedad para celebrar sus reuniones, las casas que poseen, administran ó habitan.

PRIMER CASO.—*Sociedad secreta cuyo fin ú objeto es lícito, ó no resulte acreditado que sea criminal.* La mera existencia de una sociedad secreta es considerada por el Código penal como un delito. Si este delito ha sido consumado, sus autores deben ser castigados con las penas siguientes: Los que desempeñaren mando ó presidencia ó hubieren recibido grados superiores en la sociedad secreta, deben ser condenados á prision mayor. Los demas afiliados á prision menor, y unos y otros á inhabilitacion perpétua absoluta (1), que consiste, en la privacion de todos los honores, y de los cargos y empleos públicos que tuviere el penado, aunque sean de eleccion popular; en la privacion de todos los derechos políticos, activos y pasivos; en la incapacidad para obtener los cargos, empleos, derechos y honores mencionados, y en la pérdida de todo derecho á jubilacion, cesantía ú otra pension por los empleos que hubiere servido con anterioridad, sin perjuicio de la alimenticia que el gobierno podrá concederle por servicios eminentes (2).

Esta distincion de penalidad entre los individuos de una sociedad secreta, segun la consideracion de mando ó superioridad que tengan en ella es justa y conveniente, pues no puede ponerse en duda que el presidente y gefes son mas culpables que los meramente asociados, que suelen ser casi siempre ciegos instrumentos de los primeros.

Si el delito ha sido frustrado, los autores deben ser castigados con la pena de prision menor, ó prision correccional, segun su clase, que es el grado inmediatamente inferior á la señalada por la ley para el delito comun, y ademas á la inhabilitacion especial perpétua (1). Y si no ha habido mas que tentativa del delito ó conspiracion, los autores serán castigados respectivamente á prision correccional ó arresto mayor y á la inhabilitacion especial temporal (2).

A los cómplices se les impondrá la pena inferior en un grado á la correspondiente á los autores del delito, y á los encubridores la pena inferior en dos grados (3).

Ademas de los dichos reconoce la ley otros delincuentes en la materia que nos ocupa, á saber: los que prestaren para la sociedad secreta las casas que poseen, administran ó habitan, quienes deben ser castigados con la pena de prision mayor é inhabilitacion perpétua absoluta. Este precepto del Código está redactado en términos tan generales, que su aplicacion á todos los casos, llegaria á la injusticia, y es por lo mismo necesario que espliquemos y demos á conocer su verdadero sentido y estension.

El dueño, poseedor, administrador ó inquilino de una casa puede prestarla, arrendarla ó facilitarla á un individuo determinado para un fin lícito, ignorando completamente que va este á destinarla para las reuniones ó servicio de una sociedad secreta. En este caso no hay delito en los primeros; pues para que exista es condicion indispensable que el que presta la casa sepa que es para el servicio de una sociedad secreta. Si bajo otro concepto la cede ó arrienda, el engaño que con él se ha usado le escusa ante la ley, pues no puede suponérsele la intencion criminal de favorecer la existencia y planes de una asociacion reprobada. Las palabras del artículo, *los que prestaren para ella las casas*, etc. indican claramente que ha de haber conocimiento prévio del objeto á que se destina la casa, y que este objeto es el servicio de una sociedad secreta. Es, pues, de la mayor importancia la justificacion de este estremo

(1) Art. 208, Código penal.
(2) Art. 30, Código penal.

(2) Arts. 61 y 79, id., id.
(3) Arts. 62, 70, id. id.
(3) Arts. 63 y 64, id.

en el proceso, puesto que de ella depende la criminalidad del dueño, poseedor, administrador ó inquilino de la casa que haya servido para celebrar las reuniones, ó ausiliar los planes de una sociedad secreta. El recibo de inquilinato ó el contrato de cesion podrá ser á veces un documento suficiente que acredite la inocencia del acusado; pero otras no servirá de nada si resultan comprobantes de ser este un acto simulado, ó de haber tenido el que lo firma completo conocimiento del verdadero objeto á que la casa se habia destinado. La apreciacion de las pruebas la hará el juez atendiendo á todas las circunstancias de la causa.

El artículo 209 del Código penal dice que se eximirán de las penas señaladas en el artículo anterior y serán condenados únicamente en la de caucion *los individuos de una sociedad secreta*, cualquiera que haya sido su categoría, *que se espontanearen* ante la autoridad, declarando á esta lo que supieren del objeto y planes de la asociacion, y que la autoridad al recibir la declaracion no pueda hacerle pregunta alguna acerca de las personas que componen la sociedad.

El espontaneamiento es un medio á que ha apelado la ley para perseguir y castigar cierta clase de delitos. Si el interés de la sociedad en prevenir los delitos y castigarlos puede autorizar este medio, no le priva por eso del carácter de inmoralidad que en sí tiene, al ofrecer un premio á la perfidia y traicion de los co-delincuentes. Este artículo ha quitado al espontaneamiento su parte mas repugnante, no haciendo de la revelacion de los co-delincuentes una condicion precisa de la minoracion de la pena. Limita la revelacion al objeto y planes de la sociedad secreta, y prohibe á la autoridad el que pueda, al recibir la declaracion, hacer pregunta alguna acerca de las personas que la componen; pero no por esto podrá negarse que, aun reducido el espontaneamiento á aquellos particulares, será este muchas veces la única causa inmediata de que inevitablemente se descubran en el sumario los co-delincuentes. Véase lo que hemos dicho en el artículo ARREPENTIMIENTO.

¿El espontaneamiento aprovechará tan solo á *los individuos de una sociedad secreta*, como dice el art. 209 del Código penal, ó á todos los delincuentes comprendidos en el art. 208, cuyo catálogo dejamos hecho anteriormente? Atendido el espíritu de la ley y el fin que se propone al autorizar el espontaneamiento, creemos que la minoracion de pena que por él establece el art. 209 es aplicable lo mismo á los autores que á los cómplices y encubridores, lo mismo á los asociados ó afiliados que á los que prestan para el servicio de la sociedad secreta las casas que poseen, administran ó habitan. Cualquiera de ellos que declare á la autoridad la existencia de la sociedad secreta y lo que supiere de su objeto y planes, debe quedar libre de la pena que le era aplicable, debiendo ser únicamente condenado en la de caucion.

SEGUNDO CASO.—*Sociedad secreta con un fin ú objeto criminal.* Cuando el fin que se propone la sociedad secreta es un acto calificado por las leyes como delito, y así se hace constar, la criminal de aquella es sin duda alguna mucho mas grave que cuando se propone ó prosigue un fin lícito y honesto.

El Código penal ha previsto este caso y ha establecido algunas reglas generales, segun las cuales deben ser castigadas estas sociedades secretas.

«Si constare, dice el art. 210, que una sociedad secreta tiene por objeto los delitos de lesa magestad, de rebelion ó sedicion, comprendidos en los capítulos I y II, título III, lib. 1 del mismo, los gefes y asociados sufrirán las penas señaladas respectivamente á los conspiradores por los mismos delitos. Debemos advertir aquí dos cosas importantes; primera, que la diferencia de criminalidad establecida antes entre los gefes y asociados de una mera sociedad secreta, desaparece por completo, cuando esta se propone por objeto alguno de los delitos referidos; y en segundo, que los que no sean gefes ni asociados no quedan sujetos á otras penas que á las establecidas en

el caso primero que hemos examinado. Con estas advertencias vamos á determinar las penas con que la ley castiga á los gefes y asociados de una sociedad secreta en los casos comprendidos en la primera parte del artículo 210 del Código penal.

La conspiracion para perpetrar el delito de tentativa contra la vida ó persona del rey ó inmediato sucesor á la corona, se castiga con la pena de cadena temporal (1).

Y si el delito fuere de tentativa contra la vida del regente ó regentes del reino, padre, madre ó consorte del rey, reina viuda ó infantes de España, la conspiracion se castiga con la pena de presidio mayor (2).

La conspiracion para perpetrar el delito de injuriar al rey ó inmediato sucesor á la corona se castiga con las penas siguientes segun la clase de injuria: Si se propusiese inferir la injuria en su presencia, con presidio mayor; si por escrito y con publicidad fuera de su presencia, con prision correccional y multa, y si en cualquier otra forma, con arresto mayor si la injuria fuere grave, y con multa si fuere leve (3).

Y si el delito fuese de injuria al regente ó regentes del reino, padre, madre ó consorte del rey, reina viuda ó infantes de España, la conspiracion se castiga con penas en un grado inferior á las señaladas anteriormente á cada clase de injuria (4).

La conspiracion para el delito de rebelion se castiga con la pena de prision mayor (5).

Y finalmente la conspiracion para el delito de sedicion, se castiga con la pena de prision correccional (6).

El espontaneamiento ó desistimiento en este segundo caso que estamos examinando, se rige por las leyes y doctrina que quedan consignadas en el artículo ARREPENTIMIENTO: véase.

(1) Arts. 163, 62 y 70 id. id.
(2) Arts. 164, 62, 70 y 82.
(3) Art. 163, id. id.
(4) Art. 175, id. id.
(5) Art. 180, id. id.
(6) Art. 181. Cod. p.

«Cuando la sociedad secreta tenga por objeto, dice el mismo artículo 210 en su segunda parte, la perpetracion de cualquiera otro delito, la pena será la señalada á los autores de tentativa para los afiliados, y la de delito frustrado para los gefes de las sociedades.»

Aquí vuelve a establecerse la diferencia en los grados de criminalidad entre los gefes de una asociacion secreta y los afiliados, quedando los demas delincuentes que no tengan este carácter sujetos á las penas que dejamos esplicadas al hablar de las meras sociedades secretas.

Descubierto y justificado que sea el objeto punible de la sociedad secreta, y determinado y calificado el delito que envuelve, la pena que debe imponerse á los gefes y afiliados es, á los primeros la señalada á los autores de aquel delito frustrado, y á los segundos la señalada á los autores de tentativa de aquel mismo delito. Seria un trabajo largo, enojoso y de ninguna utilidad, el presentar aquí la larga série de los delitos y sus penas para deducir las que deberán imponerse en cada caso á los gefes y asociados de una sociedad secreta que se proponga como objeto alguno de dichos delitos. En sus respectivos lugares hablaremos de cada uno de ellos, y allí debe acudirse para conocer las penas aplicables al caso en cuestion.

Solo nos resta para acabar de hablar de las sociedades secretas, decir dos palabras sobre la jurisdiccion única competente para conocer de este delito. Los tribunales ordinarios, dice el artículo 5 del real decreto de 26 de abril de 1854, conocerán de este delito con arreglo á las leyes, quedando derogados todos los fueros de cualquiera clase y naturaleza que sean. Segun este artículo, que no se halla derogado por ninguna disposicion posterior, la única jurisdiccion competente para conocer del delito de sociedad secreta, es la ordinaria, cualquiera que sea el fuero de los gefes asociados y demas delincuentes. Este delito es caso de desafuero, y por lo mismo todas las demas jurisdicciones son incom-

petentes para perseguirlo y juzgarlo. El Código penal no ha hecho en esto innovacion alguna, antes bien confirma lo establecido anteriormente en punto á jurisdiccion y procedimientos, con las únicas reformas que establecen la ley provisional publicada para la ejecucion del mismo y los decretos posteriores que á ella se han incorporado recientemente.

§. 2.° *De las demas asociaciones ilícitas.*

No solo condena la ley como ilícitas las asociaciones formadas con un fin contrario al derecho y á las buenas costumbres, y las que se organizan en secreto y prosiguen clandestinamente el objeto que se proponen; sino tambien todas las asociaciones de mas de veinte personas que no se hallen préviamente autorizadas, aunque obren públicamente y se propongan un fin lícito y honesto «Es tambien ilícita, dice el art. 211 del Código penal, toda asociacion de mas de veinte personas, que se reuna diariamente ó en dias señalados para tratar de asuntos religiosos, literarios ó de cualquiera otra clase, siempre que no se haya formado con el consentimiento de la autoridad pública, ó se faltare á las condiciones que esta le hubiere fijado.» En la seccion II hemos espuesto la doctrina en que se funda la prohibicion de esta especie de asociaciones y por qué razon se limita en cada Estado segun las circunstancias en que se encuentra el derecho natural de asociarse para todos los fines racionales de la vida. La existencia del órden social limita mas ó menos el ejercicio de aquel derecho, y en ella se apoya el legislador para prohibir cierta especie de sociedades y exijir de otras el cumplimiento de determinadas condiciones. El mero hecho de asociarse mas de veinte personas, aunque sea con un fin lícito y bueno, es hoy para el Estado un hecho peligroso, si se consuma sin su consentimiento.

Esta prévia autorizacion, no cabe duda que limita y restrinje la libertad de asociarse, como la prévia censura limita y restrinje la libertad de la prensa; pero tampoco debe haberla en que no todos los pueblos puedan soportar en circunstancias dadas aquella libertad ilimitada, asi como en otras de mas cultura seria para ellos una traba perjudicial. La apreciacion de estas circunstancias es obra de la política, y de ellas depende el que se dé mas ó menos ensanche al ejercicio del derecho de libre asociacion. «Este artículo, decia Mr. Guizot en las Cámaras francesas (el 291 del Código penal francés, que es idéntico al 211 del nuestro), no debe figurar eternamente, no figurará por mucho tiempo en la legislacion de un pueblo libre. Vendrá, lo espero, un dia en que la Francia podrá ver la abolicion de este artículo, como un nuevo desarrollo de su libertad; pero mientras llega, es prudente que las Cámaras y todos los grandes poderes públicos lo conserven, modificándolo segun las circunstancias de los tiempos para que sea eficaz contra las asociaciones peligrosas de la actualidad» (1).

Sentado el principio de legitimidad en que se fundan las restricciones que pueden ponerse al derecho de libre asociacion, vamos ahora á determinar y esplicar las circunstancias que deben concurrir para que una asociacion pública, cuyo objeto sea legítimo y honesto, sea tenida por ilícita.

La ley exije en primer lugar que haya asociacion. La asociacion no existe allí donde falta alguno de estos dos elementos, un fin determinado y un lazo que una á los asociados. El carácter fundamental de toda asociacion, es, como hemos dicho al principio, la permanencia; su digno distintivo, la constitucion orgánica. Esta organizacion, esta permanencia de una accion colectiva, son las que producen la inquietud del poder, el peligro del desórden, base cardinal de las medidas represivas: es, pues, de la mayor importancia que quede justificado ante todo este carácter fundamental. De aquí se sigue, que las *reuniones* accidentales y pasajeras, que las reuniones que no tienen el carácter de asocia-

(1) *Moniteur* de 13 de marzo de 1834.

ciones permanentes, ni son una consecuencia de ellas, no caen bajo la prohibicion del artículo 211 del Código penal que estamos examinando. «Las reuniones y las asociaciones, dicen con razon Chauveau et Helie (1), son cosas enteramente distintas: las reuniones tienen por causa acontecimientos imprevistos, instantáneos, temporales; las asociaciones por el contrario tienen un objeto determinado y permanente. Reunirse es querer ilustrarse y pensar en comun: asociarse es querer concertarse, contarse y obrar. Cierto es que las asociaciones no pueden existir sin reuniones, y que estas suelen ser uno de los indicios que las revelan; pero no lo es menos que la criminalidad de las reuniones en este caso no nace de ellas mismas, sino del hecho de la asociacion que las produce y motiva.»

La segunda circunstancia que exige la ley, es que la asociacion se componga de mas de veinte personas. El peligro del desórden que trata de precaver la ley, lo ve esta en el número mas que en la calidad de los asociados. Veinte personas ó menos pueden reunirse y asociarse lícitamente para un fin legítimo, bien sea religioso, literario, científico, político ó de cualquiera otra naturaleza. Dentro de este número la libertad de asociacion es ilimitada; fuera de este número, el derecho de asociacion está sometido á las restricciones que contiene el art. 211 del Código penal. ¿Una asociacion que se componga de mas de veinte personas, pero que esté organizada en secciones ó de manera que nunca se reunan en sesion en aquel número, será una asociacion ilícita, y podrá ser perseguida y penada como tal? Indudablemente, la ley declara ilícita la asociacion de mas de veinte personas, cualquiera que sea su organizacion para reunirse y entenderse. La prohibicion de la ley recae sobre el número de los asociados, no sobre el número de los asociados reunidos, de modo que siempre que se acredite que una reunion menor de veinte personas forma parte de una asociacion que en la totalidad de los miembros que la componen escede de aquel número, debe ser tenida y juzgada como asociacion ilícita. A pesar de que el art. 291 del Código penal francés, de donde está tomado casi literalmente el 211 del nuestro, dispone tambien que no podrá formarse asociacion alguna de mas de veinte personas, y de que dentro de esta prohibicion está á nuestro juicio la de las asociaciones divididas en círculos de menor número, que en su totalidad compongan un número mayor, sin embargo de eso, se creyó necesario aclarar este punto por medio de una ley, promulgando al efecto la de 16 de febrero de 1834, en cuyo artículo primero se ordena, que lo dispuesto en el art. 291 del Código penal es aplicable á las asociaciones de mas de veinte personas, aun cuando se hallen divididas en secciones de menor número. Con todo, no creemos necesaria entre nosotros esta aclaracion de la ley, si bien hubiera sido útil y oportuno el que con vista de este hecho se hubiere redactado el art. 211 de nuestro Código de manera que no diese lugar á dudas como el 291 del francés, de donde está tomado.

Las reuniones diarias ó periódicas, pero ciertas de los asociados, es la tercera circunstancia que la ley exige para calificar de ilícita una asociacion. Es tambien ilícita toda asociacion de mas de veinte personas *que se reuna diariamente ó en dias señalados*, dice el art. 211 del Código penal. ¿Y si la asociacion no se reune diariamente ni en dias señalados, sino que celebra sus reuniones en dias inciertos, por medio de convocatoria ó de otro modo, deberá ser calificada y juzgada como ilícita? Atendido el tenor literal del artículo, no puede sostenerse que haya asociacion ilícita en este caso, puesto que para tal calificacion forma una condicion necesaria la circunstancia de que se reuna diariamente, ó en dias señalados. Lo mismo disponia el Código francés, y fue necesario para reformarlo que en la ley de 1834 se declarase, que serán ilícitas las asociaciones aun cuando no se reunan diariamente ni en dias señalados. Entendida así

(1) Theorie du Code penal, cap. XLII. núm. 3339.

la ley, es fácil eludirla organizando asociaciones contrarias á su espíritu, por lo que hubiera sido mucho mejor, puesto que no nace el peligro del prévio señalamiento de las reuniones, sino del hecho de la asociacion, que se hubiera prescindido de aquella circunstancia, ó que se hubiera redactado en términos mas generales, como lo está hoy la ley francesa. Creemos, sin embargo, que la jurisprudencia, atendiéndose al espíritu de la ley, corregirá este defecto, fundándose en la razon que dejamos apuntada, de que el peligro no proviene de la época de las reuniones, sino del hecho de la asociacion, sirviendo aquellas tan solo de comprobante para justificar la existencia de esta.

El fin ó objeto de la asociacion parece que debia ser la principal circunstancia que debiera tenerse presente para calificarla de ilícita. Si para el órden público pueden ser peligrosas las asociaciones que se formen para tratar de asuntos políticos y de gobierno, ningun temor, ningun peligro deben producir las asociaciones no políticas, que solo se proponen un fin literario, científico ó religioso. Siendo esto cierto, parece que la prohibicion de la ley debiera limitarse á las asociaciones políticas, consagrándose para todas las otras la libertad mas ámplia y cumplida. Sin embargo de esto, la prohibicion de la ley se estiende á todas, sean religiosas, literarias ó de cualquiera otra clase, y esto no en ódio á los adelantos del saber humano y á la ilustracion del pais, sino por una razon de prevision fácil de comprender. Bajo la engañosa apariencia de una asociacion literaria ó científica, podria formarse una asociacion política que á la vista del gobierno y bajo la garantía de una organizacion legítima, trastornase en un dia dado el órden social. No es esta una mera presuncion; es un hecho frecuente, del cual nos suministra ya pruebas irrecusables el preámbulo de la ley 12, tít. 12, lib. 12 de la Nov. Recop., en donde hablando de las asociaciones religiosas, llamadas cofradías, se dice, que algunas veces hacen sus estatutos honestos para tratar en público, diciendo que para la ejecucion de aquellos hacen las tales cofradías, pero que en sus hablas secretas y conciertos tiran á otras cosas que tienden en mal de sus prójimos y escándalos de sus pueblos..... El peligro, de que bajo la máscara de una asociacion literaria, científica, etc. se oculte una asociacion política, es la causa en que funda la generalidad de la prohicion que establece el art. 211 del Código penal. Así que toda asociacion religiosa, llámese cofradía, sacramental ó de otro modo, lo mismo que toda asociacion literaria, científica, artística, cualquiera que sea su nombre ó denominacion, todas ellas deben ser calificadas de ilícitas, y penadas como tales, si reunen las demas condiciones que para tal calificacion requiere el artículo citado.

La última circuntancia que debe concurrir en la asociacion para ser tenida como ilícita es que se haya formado sin el consentimiento de la autoridad pública, ó que haya faltado á las condiciones que esta le hubiere impuesto. La falta de prévia autorizacion para existir ó para obrar, es indudablemente la circunstancia capital que hace ilegítima una asociacion de mas de veinte personas. Si se da conocimiento á la autoridad competente del proyecto de organizacion de una sociedad para un fin legítimo, y si esta consiente su establecimiento bajo reglas determinadas, ningun motivo existe ya para temer que aquella asociacion es peligrosa para el órden público. La facultad que tiene el gobierno para conceder ó negar esta autorizacion es discrecional, como que únicamente depende del juicio que forme sobre los peligros que pueda traer al órden social el establecimiento de la asociacion. Ya hemos dicho poco há que solo las asociones políticas manifiestas ú ocultas pueden ser peligrosas, y que las literarias, científicas y demas únicamente se las sujeta á prévia autorizacion por el temor de que sirvan de máscara á una sociedad política. Esta es la regla que debe tener presente el gobierno para hacer el uso conveniente de la facultad discrecional que tiene por la ley, no negando por sistema el establecimiento de asociaciones inocen-

tes, ni autorizándolas todas, aun las peligrosas.

La autoridad pública á que debe recurrirse para que preste su consentimiento, es la administrativa superior de cada localidad. El gobernador civil en las capitales los corregidores ó los alcaldes en los demas pueblos. Este consentimiento debe impetrarse en la correspondiente solicitud, á la que deberán acompañar los estatutos de la asociacion. En vista de ellos y de los informes que la autoridad tenga á bien pedir, ó de las diligencias que considere oportuno practicar, dictará su resolucion otorgando el permiso en los términos pedidos, ó con las condiciones que estime convenientes, ó negándolo simplemente. De la resolucion de la autoridad inferior puede reclamarse ante la superior, recurriendo al ministerio de la Gobernacion en último estremo.

Para el establecimiento de cofradías y otras sociedades religiosas de este género, es necesario, ademas del permiso y consentimiento de la autoridad civil, el de la autoridad eclesiástica de la diócesis en que se funden (1). La asociacion autorizada bajo ciertas condiciones, que falta á ellas, bien prosiguiendo otro fin ú objeto que el consignado en sus estatutos, bien organizándose de diferente manera, obra fuera de la autorizacion, y de consiguiente sin el consentimiento de la autoridad pública, viniendo así á colocarse en la misma situacion que las asociaciones no autorizadas.

¿Y qué deberá decirse de una sociedad á quien el gobierno retire la autorizacion que le tenia dada? ¿Deberá considerarse desde que esto suceda como ilícita? La ley no faculta espresamente al poder para revocar el permiso que hubiere dado, ni tampoco le prohibe hacerlo; pero de los principios en que se funda la facultad de autorizar, se deduce lógicamente la de revocar la autorizacion concedida. Puede suceder que en casos dados vengan á ser peligrosas para el órden público, aun las asociaciones mas inocentes, y seria un obstáculo á su conservacion y permanencia la irrevocabilidad de la autorizacion dada en vista de otras distintas circunstancias. La facultad de autorizar ó no la existencia de una asociacion es un medio de gobierno que debe usarse libremente en beneficio del Estado, y así como la ley no pone ninguna cortapisa para conceder ó negar la autorizacion en un principio, tampoco debe haberla despues para revocarla. La revocacion, pues, del permiso quita á la sociedad su carácter legítimo, y la constituye sino se disuelve en asociacion ilícita.

Examinadas ya todas y cada una de las circunstancias que deben concurrir en las asociaciones que prosiguen un fin legítimo para que puedan ser habidas y calificadas como ilícitas, resulta que debe considerarse como tal toda asociacion compuesta de mas de veinte personas que sin la prévia autorizacion correspondiente, se reuna para tratar de asuntos políticos, religiosos, literarios ó de otra cualquier especie. De aquí se sigue que son lícitas todas las asociaciones compuestas de veinte personas ó menos, y tambien todas las que, escediendo de este número, se hallen competentemente autorizadas.

Sentado esto, vamos á ocuparnos de las penas con que la ley castiga á los individuos de las asociaciones ilícitas que prosiguen un fin legítimo y á los otros delincuentes conexos que la misma reconoce.

Toda asociacion ilícita de esta especie debe ser disuelta, y sus directores, gefes ó administradores, deben ser castigados con multa de 20 á 200 duros, y en caso de reincidencia con la de arresto mayor y doble multa (1). Los meramente afiliados no quedan sujetos á ninguna pena. Admitido el principio de que no debe haber mas asociaciones públicas que las autorizadas por el gobierno, no es ciertamente rigorosa la penalidad que establece nuestro Código contra los que se asocien sin la prévia autorizacion. Los meramente afiliados sin

(1) Ley 6, tit. 5, lib. 1, y ley 23, tit. 22, lib. 12 Nov. Rec.

(1) Art. 212, Cód. pen.

cargo alguno, no quedan sujetos á ninguna pena: basta al fin que se propone la ley la disolucion de la sociedad y el ligero castigo que se impone á los gefes, directores ó administradores.

Los que prestaren para la asociacion las casas que administran ó habitan, incurren en la misma pena que los gefes y directores, esto en el caso que supieren que tal era el destino ó uso que iba á darse á la casa, pues si lo ignoraban, no puede considerárseles delincuentes, segun dejamos dicho en el §. 1 hablando de las sociedades secretas.

Estas son las penas aplicables á las asociaciones ilícitas no secretas que se proponen un fin legítimo. Si el objeto que se propusieren fuere contrario á las leyes ó á las buenas costumbres, la penalidad es aquella con que el Código penal castiga los delitos en el grado correspondiente.

SECCION IV.

DE LAS REUNIONES.

Las reuniones públicas que no tienen el carácter de una asociacion permanente, ni son una consecuencia suya, caen fuera de las prescripciones del art. 211 del Código penal, que hemos esplicado en el párrafo precedente.

El derecho de reunion como el de asociacion nace de la naturaleza del hombre y del estado social en que se encuentra. En ciertos paises es un derecho constitucional; en algunos existen leyes especiales que ordenan su ejercicio, y en otros es un derecho reconocido espresamente en casos determinados, quedando en los demas sujeto á los reglamentos de policía.

Las reuniones electorales para la eleccion de diputados á Córtes, diputados provinciales y ayuntamientos, tienen entre nosotros su fundamento en la ley, y en ella se determinan las formalidades con que deben tener lugar.

Las reuniones preparatorias para el buen ejercicio del derecho electoral, estan virtualmente autorizadas por las mismas leyes, por la regla de que quien quiere el fin quiere los medios, y nadie pondrá en duda que son aquellas indispensables para acordar las candidaturas y aunar los esfuerzos de los que siguen una misma bandera. La convocatoria para la eleccion parece que deberia ser el único requisito necesario para poder celebrar libremente las reuniones electorales preparatorias, dando conocimiento á la autoridad local del sitio y hora de la reunion, para que pueda velar porque no se altere el órden é impedir que se trate de otros asuntos; pero bien sea porque una disposicion general (1) concede al gobierno la facultad de dar ó negar el permiso para las funciones ó reuniones públicas, bien porque, correspondiéndole tambien mantener el órden y sosiego público, deba estar facultado para impedir las reuniones que pueden ser causa de que se alteren, lo cierto es que las reuniones preparatorias electorales no suelen tener lugar sin prévio permiso de la autoridad gubernativa.

Las demas reuniones públicas estan en general sujetas á las disposiciones de los reglamentos y bandos de policía, castigándose las infracciones gubernativamente con arreglo á los mismos.

Cuando las reuniones públicas se convierten en alzamientos rebeldes ó sediciosos, ó se proponen por objeto un delito, quedan sujetas desde entonces á las prescripciones del Código penal. Véanse los artículos REBELION, SEDICION, ASONADA, TUMULTO.

Las reuniones privadas dentro del hogar doméstico son libres, y no estan sujetas ni á autorizacion prévia, ni á que se dé conocimiento de ellas á la autoridad. Debe esta respetar el sagrado del domicilio, y no allanarlo, sino en los casos y con las formalidades que establece la ley, pues de lo contrario incurre en responsabilidad. Véase ALLANAMIENTO.

(1) Ley de 2 de abril de 1845, art. 5, párr. 7.

ASOCIACION GENERAL DE GANADEROS. Es la corporacion que tiene á su cargo la defensa y proteccion de los derechos de la ganadería dentro del círculo de las facultades que las leyes le atribuyen. La asociacion general ha venido á sustituir en nuestros tiempos al antiguo concejo de la Mesta, habiéndose refundido en ella las atribuciones y facultades de este cuerpo y los privilegios que conservaba en la época de su estincion. En el artículo «CONCEJO DE LA MESTA» damos todas las noticias que nos parecen convenientes acerca del orígen y procedencia de este cuerpo, de las facultades que desempeñó, de la jurisdiccion que ejercia ya por sí, ya por funcionarios dependientes del mismo, y últimamente de las vicisitudes que esperimentó hasta la época reciente en que perdió su antiguo nombre y primitiva organizacion. En el presente nos concretaremos á tratar de la asociacion general de ganaderos desde que fue creada y establecida con este nombre, esponiendo su organizacion actual, la de sus juntas generales y facultades que les competen, y las de los funcionarios, juntas y comisiones con que cuenta para el desempeño de los negocios que le están encomendados.

El establecimiento de la asociacion data del año 1836. Suprimido ya desde 1835 el tribunal de escepcion del Concejo de la Mesta con el objeto tal vez de separar las atribuciones judiciales y gubernativas de este cuerpo, se mandó en 31 de enero de aquel año que en lo sucesivo se denominase Asociacion general de ganaderos. Creyóse, sin duda, con este motivo, que la idea que habia presidido á tal innovacion, era la de agremiar la ganadería sujetándola á todas las condiciones y reglas consiguientes, y se echó de menos tambien una nueva ordenanza ó legislacion que rigiese en lo sucesivo sobre esta importante materia; con este motivo el presidente de la asociacion recurrió al gobierno esponiendo cuanto tuvo por conveniente, y este espidió la real órden de 14 de mayo por la cual, oido el Consejo Real, se acordó decir á dicho funcionario que la idea de agremiar toda la ganadería seria tan anti-económica como la de agremiar cualquier otro ramo de industria; que además fuera tan injusto el sujetar á todos los ganaderos á las reglas que pudiesen establecer los directores ó juntas gubernativas de una universal asociacion, como lo fuera el sujetar á semejantes reglas á todos los agricultores, á todos los comerciantes, ó particularmente á tales ó cuales fabricaciones ó tráficos especiales; que los medios mas directos de hacer progresar los diferentes ramos de industria son el saber y aplicacion constante de los que á ella se dedican, y la libertad plena de hacer sus artefactos y grangerías tal cual alcancen con su propia instruccion y esperiencia; que la verdadera proteccion, que puede prestarles el gobierno, es amparar esta libertad y defender sus personas y los productos de su trabajo contra todo ataque, aunque se encubra con el insidioso pretesto de quererles enseñar y dirigir para que obtengan mayores ganancias; y finalmente que si algunos pocos ó muchos quieren reunirse, sea para instruirse recíprocamente, sea para hacer especulaciones en grande, pueden hacerlo sin otra dependencia del gobierno que la que toda asociacion debe tener de la inspeccion de la autoridad y sujetándose á las formalidades que en el caso de manejar fondos agenos prescribe el Código de Comercio.

Todavia se creyó que esta real órden podria dar lugar á dudas, consultas y entorpecimientos en la marcha de los negocios pendientes en el ramo de ganadería, y con este motivo la comision permanente de la asociacion volvió á representar al gobierno, el cual para evitar toda especie de duda sobre el particular, mandó en real órden de 15 de julio de 1836 que se observase lo siguiente:

1.° Que hasta la formacion de las leyes que deroguen ó reformen las que actualmente rigen en el espresado ramo, sigan estas en observancia.

2.° Que la presidencia de la Asociacion general de ganaderos continúe ejerciendo

las atribuciones gubernativas y administrativas que las mismas leyes señalan al presidente del antiguo concejo de la Mesta, como lo ha verificado hasta ahora.

Y 3.° Que igualmente sigan desempeñando los demas funcionarios del ramo sus respectivos encargos y que los gobernadores civiles y demas autoridades cooperen al cumplimiento de estas disposiciones.

En vista de ellas y de alguna otra menos notable que no es del caso referir, se dictaron por la presidencia y se comunicaron las siguientes declaraciones, que creemos oportuno dar á conocer para que puedan apreciarse las principales innovaciones causadas en esta importante materia.

1.° Que ha cesado el concepto de subdelegados de la presidencia que tenian los corregidores y alcaldes mayores y deben continuar bajo su carácter de jueces ordinarios, desempeñando las funciones que hasta aquí, con arreglo á la ley recopilada de 29 de agosto de 1796 (1) y demas leyes vigentes.

2.° Que los procuradores fiscales de Mesta y Cañadas, nombrados por el concejo para la defensa de los negocios de interés comun de la corporacion y proteccion de los ganados en sus marchas, deben seguir igualmente ejerciendo su encargo en los juzgados ordinarios de los respectivos partidos, y observar la instruccion provisional que les dió la suprimida junta gratuita de ganaderos en 31 de octubre de 1827, manteniendo con la comision permanente del concejo la correspondencia que debian dirigir á aquella, conforme ya se les ha prevenido por la circular de 18 de mayo último.

3.° Que ha concluido la escribanía mayor de residencias que formaba parte del juzgado de la antigua presidencia; y la actual despachará los negocios de gobierno, administracion y fomento del ramo, que corresponden á su autoridad con el secretario que á propuesta de la misma presidencia ha nombrado el concejo.

4.° Que los escribanos designados para los asuntos del ramo, deben continuar despachándolos bajo la autoridad de los jueces de partido; y las juntas generales y la presidencia en los intermedios elegir como hasta aquí los que sean necesarios en uso de la autorizacion que la ley señala, y procediendo por analogía á lo mandado en el artículo 4.° del real decreto de 2 de abril último sobre montes.

5.° Que en virtud de los artículos 31, 36 y 37 del real decreto de 16 de setiembre anterior desde su publicacion y circulacion en cada provincia debe cesar la jurisdiccion contenciosa, civil y criminal, que con arreglo á la ley 4, tít. 27, lib. 7 de la Nov. Recop., y otras del mismo código y del cuaderno de Mesta han ejercido hasta aquí los alcaldes de las cuadrillas de ganaderos de sierras y otros jueces del concejo, en los pleitos y causas que se movian entre los hermanos de la Mesta y sus pastores, en lo tocante á la cabaña real y sus ganados; pero conforme á las enunciadas leyes, deben seguir con la autoridad gubernativa y económica que les corresponda entre los ganaderos de sus respectivos distritos, así en las sierras como en las tierras llanas, en la parte que á los alcaldes de las cuadrillas de unas y otras concedan respectivamente las mismas leyes. Por tanto deberán remitir los autos ó negocios contenciosos que tengan pendientes á los jueces letrados de las cabezas de partido, si aquellos escediesen de diez duros; y no pasando de esta cantidad, á los alcaldes ordinarios de los pueblos de los demandados, y lo pondrán todo en conocimiento de los ganaderos de sus respectivas cuadrillas, para que sepan las autoridades á quienes tienen que acudir respectivamente en los negocios que les ocurran.

6.° Que el cargo de fiscal general del consejo ha perdido el carácter de judicial que le competia conservando solo el de consultor.

7.° Que las juntas generales no deben

(1) Ley 11, tit. 27, lib. 7.

ya despachar con escribano ninguno, sino con un secretario que nombrarian, como en efecto le nombraron las de primavera de entre los mismos individuos de la corporacion sin sueldo alguno.

Y 8.ª Que ha cesado igualmente el oficio de alguacil mayor del consejo.

Compónese la asociacion de los mismos ganaderos y pastores de ganados que componian el antiguo concejo, y todas las disposiciones legales relativas á este, que no hayan sido derogadas, ó que no hayan sufrido alguna modificacion, se entienden subsistentes y en toda su fuerza respecto á la asociacion de que nos ocupamos. Ella celebra tambien sus juntas, como las celebraba el concejo y conserva de los privilegios que á este competian todos aquellos que son compatibles con el actual órden de cosas. Tiene la asociacion por armas un escudo, cuyos dos cuarteles superiores son las de Castilla y Leon, y abajo las de Granada, y en los dos inferiores hay una oveja y un toro. El escudo está sobrepuesto al águila de San Juan Evangelista, como lo usaban los reyes católicos en sus armas reales, en cuya época creen los eruditos que debieron tener orígen las del concejo de la Mesta.

La asociacion está organizada de una manera conveniente para que puedan ser convocados sus individuos y celebrar las juntas de que hablaremos mas adelante. Está dividida al efecto en cuatro departamentos de sierras y otros cuatro de tierras llanas. Los primeros son Soria, que comprende Soria y Logroño; Cuenca, que comprende Cuenca, Guadalajara y Teruel; Segovia, que comprende Segovia, Madrid, Avila; y Leon, que comprende Leon, Palencia, Burgos, Valladolid, Zamora y Salamanca. Los segundos son Córdoba, que comprende Córdoba, Sevilla, Cádiz, Huelva y Málaga; Granada, que comprende Granada, Almería, Jaen, Murcia, Albacete, Cuadrillas de Chiva, Castellon, Vivel y Vinaroz; Toledo, que comprende Toledo y Cáceres; y Mérida, que comprende Badajoz y Ciudad-Real.

En cuanto á la jurisdiccion de este cuerpo ya hemos indicado que en 1835 quedó suprimido el tribunal de escepcion del antiguo Concejo de la Mesta. Era consiguiente á esta novedad, y así sucedió que cesaran desde luego los alcaldes en las subdelegaciones de la Mesta, y en su virtud se mandó por real órden de 3 de octubre de 1836, que los alcaldes ordinarios y ayuntamientos constitucionales se encargaran de las funciones que estaban cometidas á los primeros, debiendo desempeñarlas con arreglo á la Constitucion y á las leyes y reglamentos vigentes del ramo de ganadería. Las funciones de los subdelegados se fueron ejerciendo respectivamente, y segun la índole de los asuntos por los jueces de primera instancia en el órden judicial y contencioso, y en todos los demas casos de proteccion, seguridad y defensa de los derechos de la ganadería por las autoridades superiores ó gobernadores de las provincias. Así está declarado en la real órden de 13 de octubre de 1844, la cual encargando á los jefes políticos el cuidado de que se observen y cumplan todas las disposiciones que determinan á favor de la ganadería el libre uso de las cañadas, cordeles, abrevaderos y demas servidumbres pecuarias, con todas las concesiones dispensadas á esta industria, ordenó que por todos los medios que esten al alcance de su autoridad impidan que las locales ni otra persona pongan obstáculo de ninguna especie para el goce de los derechos declarados, y amparen á los ganaderos con arreglo á las leyes en los casos que lo solicitaren, concediéndoles todos los ausilios y proteccion que fueren necesarios en obsequio de este importante ramo de riqueza pública.

En virtud de esta declaracion, y establecidos los tribunales administrativos, hay que distinguir entre los negocios relativos á la conservacion de pastos, pasos y otros derechos de la ganadería, y todos los demas pertenecientes á los individuos de la asociacion general de ganaderos. El conocimiento de estos, cuando vienen á ser contenciosos, toca á los jueces respectivos de

primera instancia; el de aquellos, mientras permanecen en la esfera gubernativa, corresponde á las autoridades superiores de esta especie; cuando pasan á ser contenciosos corresponde á los tribunales administrativos. La autoridad administrativa ejerce en esta materia legítimamente sus atribuciones, porque dados aquellos reglamentos para el buen régimen y el fomento de la industria pecuaria, y para asegurar el cumplimiento de las leyes protectoras de ella, incumbe á dicha autoridad este cuidado, y el evitar que se susciten dificultades en perjuicio de los intereses generales de la asociacion. Propiamente, dice un escritor contemporáneo, no se trata mas que de dictar y llevar á efecto un conjunto de medidas protectoras de la industria pecuaria, y como esta se halla íntimamente ligada con la agricultura, el asunto viene á ser uno de los ramos de la policía rural. Naturalmente, pues, corresponde á la administracion hacer que se observen las ordenanzas de este ramo, y propias son de esta clase de reglamentos la mayor parte de las prevenciones y castigos que contienen las citadas leyes de la Novísima Recopilacion y los antiguos cuadernos de la Mesta. La real órden, ademas, de 13 de octubre de 1844, debe considerarse como una comision implícita dada á los jefes políticos para que apliquen dichas ordenanzas en los casos y cosas á que se estiendan sus atribuciones, pues esto viene á decir al encargarles que cuiden de que se observen y cumplan las disposiciones que declaran á favor de la ganadería los derechos y concesiones de que goza, y que al efecto se valgan de todos los medios que esten al alcance de su autoridad. No puede, continúa dicho escritor, por lo mismo invocarse el principio general de que la jurisdiccion ordinaria es la competente para aplicar la parte penal de las ordenanzas que no designen autoridad especial al efecto; porque segun esta real órden, segun el espíritu de las leyes de la Novísima, segun el de las mismas ordenanzas y por la natuleza del asunto, está designada la administrativa para entender en dicha aplicacion. Esta, concluye aquel, no puede llevarse mas allá de lo que permite la naturaleza de las facultades propias de dicha autoridad administrativa, y por lo tanto debe someterse al conocimiento del juzgado ordinario toda cuestion posesoria, de propiedad, de servidumbre y demas de derecho comun que sea necesario resolver principal ó incidentalmente. Sin embargo, conviene tener presente la distincion que debe hacerse en esta materia entre las ordenanzas y disposiciones sobre los derechos de la ganadería en general y las providencias particulares ó las diferencias que ocurran en lugares determinados acerca de la comunidad de pastos, abrevaderos y demas aprovechamientos entre varios pueblos ó el uso de los del comun; porque respecto á dicha comunidad la administracion es competente para conocer en juicio plenario de posesion en virtud de la real órden de 17 de mayo de 1838 y el art. 9 de la ley de 2 de abril de de 1845, y tambien le corresponde conocer cuando pasan á ser contenciosos de los negocios relativos al uso y distribucion de los aprovechamientos provinciales y comunales, segun el párrafo 1, artículo 8 de la misma ley.

Celebra, por fin, la asociacion general de ganaderos juntas generales para tratar de los asuntos peculiares de su instituto, tiene un presidente con facultades propias y especiales: cuenta tambien con varios funcionarios y dependientes para el desempeño de los mismos negocios, y finalmente, los individuos de la asociacion forman diferentes juntas y comisiones que entienden en los asuntos pertenecientes á los ramos particulares que les estan encomendados. De las atribuciones que competen á todas estas juntas, comisiones, funcionarios y dependientes vamos á dar una ligera idea para conocimiento de nuestros lectores.

Juntas generales de ganaderos. Estas juntas, conocidas en el antiguo régimen del Concejo de la Mesta, subsisten todavía despues de la estincion de este. Antes solo tenian voto los ganaderos residentes con casa

abierta en las cuatro sierras nevadas; mas hoy por efecto de las actuales instituciones políticas y administrativas gozan de aquel derecho todos los ganaderos, sin distincion ni privilegio, habiéndose declarado derogada la indicada limitacion en las juntas generales de otoño de 1836, y que deben ser convocados y tener voto todos los ganaderos de sierras y de tierras llanas en los términos y para los objetos que disponen las leyes vigentes del ramo. Antiguamente se celebraban varias de estas juntas al año; pero hoy se han reducido con real aprobacion á una sola en la estacion de primavera.

Todos los ganaderos de las provincias comprendidas en la asociacion pueden asistir á las juntas generales con tal que desde un año antes hayan tenido y tengan por lo menos 150 cabezas de ganado lanar ó cabrio, ó 25 de vacuno ó 18 de yeguar. Tambien pueden enviar apoderado las cuadrillas locales de ganaderos, ó los de una ciudad, villa ó partido, teniendo el nombrado los espresados requisitos. Los ganaderos que se hallen constituidos en algun empleo ó cargo público de servicio del Estado ó de la real persona que les impida la personal asistencia, pueden por medio de sus encargados enterarse de cuanto ocurra en las juntas generales, y esponer lo que conceptúen conveniente. Así lo hace S. M. doña Isabel II, que como poseedora de una cabaña leonesa de ganado lanar trashumante y de otras especies, es actualmente digna hermana de la asociacion general.

Para formar junta general han de estar reunidos cuarenta vocales por lo menos, y sin la concurrencia del presidente no puede celebrarse. En caso de impedimento delega aquel sus veces en el vocal mas antiguo de la comision permanente. A los lados del presidente ocupan los cuatro primeros asientos de la presidencia, un vocal por los departamentos reunidos de Soria y Córdoba; otro por los de Cuenca y Granada; otro por los de Segovia y Toledo, y otro por los de Leon y Mérida. Concurren el síndico de la asociacion y los dos secretarios de juntas generales, y asisten tambien los empleados de la misma, y un aposentador con el objeto que se indicará mas adelante.

En cuanto á las facultades y atribuciones de estas juntas la ley 2, tít. 27, lib. 7 de la Novísima Recopilacion, prevenia que dos veces al año se hubieran de juntar el consejo de la Mesta y hermanos de él, y tratar de todo lo que mirare al gobierno, ejecucion ó contravencion de las leyes y privilegios dados á la cabaña real, y de todo lo demas que pareciere conveniente. En general compete á estas juntas acordar cuanto consideren conducente á la conservacion, prosperidad, policía y régimen de la ganadería del reino; nombrar funcionarios del ramo para la corte, provincias, partidos y cuadrillas; y proveer al gobierno y administracion interior del establecimiento. Pero no pueden las juntas alterar ni contravenir á las disposiciones de las leyes y del supremo gobierno, sino únicamente proponer lo que pareciere oportuno añadir ó mudar.

Presidente de la asociacion. La historia de la presidencia del Consejo de la Mesta la hallarán nuestros lectores en el artículo de este nombre á que ya hemos aludido. Cúmplenos manifestar en el presente, segun el plan que nos hemos propuesto, que deseando el gobierno separar las atribuciones judiciales y gubernativas, y que el presidente de dicho consejo reuniese los conocimientos administrativos y económicos que reclama la buena direccion de la cabaña española, acordó por real órden de 16 de febrero de 1835, que la corporacion misma propusiera para la real aprobacion, persona adornada de las cualidades competentes para presidirla, quedando desde luego suprimido el tribunal que antes hemos mencionado. En 15 de julio de 1836, se mandó que la presidencia de la asociacion continuara ejerciendo las atribuciones gubernativas y administrativas que las leyes señalan al presidente del antiguo Consejo de la Mesta, y en 24 de febrero de 1848, se declaró al presidente de la misma

individuo nato del Consejo Real de agricultura, industria y comercio, con agregacion á la seccion de agricultura. Tiene el presidente para el despacho de los negocios una secretaría dividida en dos secciones, una de gobierno y fomento, y otra de cañadas, y consulta cuando lo estima oportuno el parecer del asesor y demas empleados de la asociacion.

Las atribuciones peculiares de la presidencia, ademas de la parte que toma en las deliberaciones de las juntas generales, y en la ejecucion de sus acuerdos consisten en la inspeccion de los ganaderos y de los funcionarios del ramo de ganadería y cañadas, para corregir gubernativamente á los que falten á las leyes, ordenanzas y reglamentos de la materia (1), en hacer efectiva la cobranza de los intereses tocantes á la asociacion general, y en dirigir su legítima inversion con destino al fomento de la ganadería y servicio de este ramo; en comunicar las órdenes que crea convenientes á los alcaldes presidentes de las cuadrillas de ganaderos para que procedan segun sus facultades, y en proveer interinamente todos los cargos que vacan entre año, dando cuenta á las juntas generales para el nombramiento en propiedad. Dirige el apeo de los pastos públicos, resuelve las dudas que se le consultan, ó las hace presentes en junta general, propone al gobierno las modificaciones y reformas que le aconseja su esperiencia ó que se acuerdan en las mismas juntas, pide informes y nombra los visitadores que tiene por conveniente para llevar á cabo las medidas dictadas por las leyes y órdenes del gobierno tocantes al fomento y conservacion de la ganadería.-De todo cuanto ejecuta el presidente en el cumplimiento de sus cargos da cuenta en las juntas mencionadas.

Síndico de la asociacion. Es un vocal de la comision permanente que con este carácter concurre á las juntas generales, y está particularmente encargado de escitar el celo de la presidencia y de la misma comision en que ejerce sus funciones, y vigilar el cumplimiento de las leyes y reglamentos.

Secretarios de juntas generales. Hay dos para asistir á las deliberaciones de las juntas, ejerciendo en ellas las funciones propias de su cargo. Actúan solamente durante las mismas juntas, y sus cargos son gratuitos y honoríficos.

Consultor de la asociacion. Tiene esta entre otros empleados, un letrado con el cual consulta el presidente los negocios en que le parece oportuno hacerlo: asiste tambien á las juntas generales, en las cuales se oye su parecer cuando se estima conveniente. V. ASESOR DE LA ASOCIACION GENERAL DE GANADEROS.

Contador archivero. Tambien tiene la asociacion un empleado encargado de llevar la contabilidad de todos los fondos pertenecientes á la corporacion. Asiste á las juntas generales y reune al espresado el cargo de archivero.

Administrador general. Asimismo tiene la asociacion otro empleado con este nombre encargado de administrar, recaudar y custodiar los intereses pertenecientes á la misma. Como los demas concurre á las juntas y es consultado cuando la presidencia lo estima así.

Aposentador. Y por último tiene otro empleado conocido con este nombre, que cuida del órden y servicio interior, así durante las juntas como en el resto del año para la asistencia de la presidencia, comision permanente y secretaría.

Junta de apartados. Es la que forman cierto número de los vocales que concurren á las juntas generales para determinar los negocios importantes de que se da cuenta á las mismas. Reunidos todos los vocales en cuatro cuadrillas generales, compuesta cada una de estas de los de dos departamentos, nombra cada una cuatro apartados, y los diez y seis constituyen la junta. Preside la el presidente de la asociacion y asisten

(1) Segun la real cédula de comision inserta en la nota 14 de la ley 11, tit. 27, lib. 7, Nov. Recop., el presidente *ejecutará contra los culpados las leyes del reino.* Esta disposicion no puede estenderse en la actualidad sino cuando pueda aplicarse gubernativamente en los términos que lo verifica una autoridad administrativa.

á ella los funcionarios de esta, sin que pueda conocer mas que de los asuntos remitidos por las juntas generales; sus acuerdos se publican en junta general, sin cuyo requisito no tienen valor ninguno. Si la junta general creyere necesario mayor número de vocales para tratar cualquier asunto grave, puede disponer que cada cuadrilla nombre mas apartados sin esceder de otros diez y seis, para que juntos con los primeros resuelvan solamente aquel negocio especial.

Comision permanente. En la organizacion dada á la asociacion general de ganaderos no estarian los intereses de estos bien atendidos si no hubiese alguna junta ó corporacion que representase legítima y habitualmente los derechos de la asociacion misma. Con este objeto se creó la comision permanente y central compuesta del presidente, de diez vocales numerarios y de cuatro suplentes elegidos por las juntas generales. Asisten á ella los empleados de la asociacion, y le incumbe promover ante el gobierno y autoridades superiores los asuntos de interés general. En ella se hallan refundidas las funciones del antiguo procurador general, y por tanto otorga los poderes para seguir los negocios contenciosos. Uno de los vocales hace las veces de secretario.

Comision de cañadas y portazgos. Es la que forman algunos individuos de la comision permanente con el consultor, el secretario de la presidencia y el archivero, y tiene á su cargo informar sobre todos los negocios relativos á la trashumacion de los ganados para la conservacion y libre uso de los caminos pastoriles con las servidumbres contiguas, y para evitar las exacciones indebidas ó cualquier agravio en sus marchas.

Comisiones auxiliares de provincia. Ademas de las comisiones espresadas hay en algunas provincias comisiones auxiliares de ganaderos para ayudar á la central y á la presidencia en el desempeño de sus cargos. Evacuan los informes que la piden las autoridades provinciales, y pueden y deben llamar su atencion sobre cualquier perjuicio é injusticia que se cause á la ganadería.

Cuadrillas de ganaderos. Fuera de las juntas y comisiones espresadas tiene la asociacion cuadrillas locales de ganaderos mas ó menos estensas. Las mayores comprenden un partido judicial, otras algunos cuantos pueblos, y otras uno sólo. Las preside el alcalde constitucional de la cabeza de partido, y cuando en un partido hay mas de una, las restantes son presididas por el alcalde del distrito municipal donde celebra cada una sus juntas. Cada cuadrilla tiene un procurador fiscal elegido por ella misma para cuatro años con encargo de velar por la conservacion de los pastos públicos y policía pecuaria, y asimismo un depositario y un ministro que se renuevan al mismo plazo.

Procurador fiscal de cañadas. Por la ley 11, tít. 27, lib. 7 de la Nov. Recop. se dispuso que en cada una de las subdelegaciones de la Mesta nombrase el concejo á un ganadero trashumante de instruccion é inteligencia en la materia, de conocida probidad y algun arraigo, el cual ejerciera el oficio de procurador fiscal y representara al concejo de el mismo modo que en las audiencias, siendo de su inspeccion reclamar todo cuanto pudiera promover los intereses de la ganadería. Cuando á consecuencia de las innovaciones causadas en los años de 1835 y 36 cesó el concepto de subdelegados de la presidencia que tenian los corregidores y alcaldes mayores, y les sustituyeron los jueces de primera instancia, continuaron los procuradores fiscales desempeñando sus funciones cerca de ellos con sujecion á las disposiciones de las leyes recopiladas é instrucciones y reglamentos posteriores. Hoy las juntas generales á propuesta de sus comisiones y de las juntas locales de ganaderos, nombran un procurador fiscal principal de ganadería y cañadas en cada provincia por donde acostumbran á pasar y pastar los ganados, encargado de celar el cumplimiento de las leyes é instrucciones relativas á la conservacion y libre uso de los pastos comunes, cañadas y demas servidum-

bres pecuarias y derechos de la ganadería, y para gestionar lo conveniente cerca de la autoridad del gobernador de la provincia. Hay tambien otros procuradores fiscales en los partidos judiciales que como sustitutos y auxiliares del principal de la provincia deben vigilar mas de cerca los mismos objetos, acudir á las autoridades locales y en caso necesario reclamar por conducto del procurador fiscal principal. El cargo de fiscal general conocido de antiguo en el concejo de la Mesta, perdió su carácter judicial y ha venido á confundirse en el de consultor.

Las atribuciones de los procuradores fiscales se hallan determinadas en las leyes Recopiladas y en algunas ordenanzas y reglamentos posteriores. En 24 de octubre de 1827 se publicó una instruccion provisional para los procuradores fiscales de Mesta, que recopilaba las mas notables, y en 22 de abril de 1841 la presidencia de la asociacion general de ganaderos, dió otra instruccion, tambien provisional, para los procuradores fiscales de ganadería y cañadas, establecidos en los juzgados de primera instancia del reino, por donde acostumbran á pasar y pastar los ganados, la cual, por ser tan importante, por reasumir las principales obligaciones de estos funcionarios, y por ser poco conocida, juzgamos conveniente trascribir íntegra. Dice así:

«Los procuradores fiscales de ganadería y cañadas, como representantes de la asociacion general de ganaderos en los juzgados de primera instancia, se hallan en la indispensable necesidad de proteger la defensa y conservacion de toda clase de ganaderos, con sujecion á las leyes vigentes, y en particular la real cédula de 29 de agosto de 1796 (1) y reglamento provisional para la administracion de justicia, en su art. 51, disposicion 15, en los que se les autoriza para denunciar toda infraccion de ley que sea perjudicial á la conservacion y fomento de la cabaña nacional, que comprende toda clase de ganados; á cuyo fin, y deseando la presidencia y la asociacion general de ganaderos cumplir con las leyes, con las variaciones consiguientes á las instituciones vigentes, llevando á efecto la conservacion y fomento de un ramo tan influyente en la riqueza pública y conservar ilesos sus derechos, ha formado la instruccion siguiente:

Artículo 1.° Estando resuelto por S. M. en real órden de 15 de julio de 1836, reproducida por real decreto de 27 de junio de 1839, que la presidencia de la asociacion general de ganaderos y demas funcionarios del ramo continúen ejerciendo las mismas atribuciones gubernativas, administrativas y económicas que antes ejercian los presidentes del honrado consejo de la Mesta los procuradores fiscales de ganadería y cañadas, velarán por sí, escitando el celo de las autoridades para que se cumplan y hagan cumplir en todas sus partes las leyes y reales órdenes vigentes.

2.° Auxiliarán con sus noticias y ministerio á los comisionados ganaderos y demas dependientes de esta asociacion general, obrando en un todo con arreglo á las instrucciones de su cometido, y ademas á todas aquellas que sean comunicadas por circular que unirán á esta instruccion.

3.° En primeros de enero de cada año, los procuradores fiscales recordarán del modo mas prudente á los señores jueces de primera instancia la obligacion que les impone el capítulo 4 de la citada ley 11, tít. 27, lib. 7, Nov. Recop., de remitir anualmente el testimonio de lo que se haya actuado relativo al ramo de ganadería y cañadas en el año anterior, cuidando de que el escribano que lo estienda y autorice se arregle al modelo circulado ó que se circule, poniendo el fiscal su firma como responsable que es á su cometido, llevando el V. B. del referido juez.

4.° Si á las insinuaciones que se indican en el artículo anterior no se accediese (lo que no es creible) por los señores jueces de primera instancia, lo pondrá en conocimiento del señor presidente de la

(1) Ley 11, tit. 27, lib. 7, Nov. Recop.

asóciacion para que este provea el oportuno remedio.

5.° Saldrá el procurador fiscal lo menos una vez al año y en la temporada mas oportuna á reconocer extrajudicialmente y por sí solo, si los pastos, cañadas, cordeles, descansaderos y abrevaderos que haya en su respectivo partido, se hallan ó no libres y desembarazados para el tránsito y estancia de los ganados, conforme lo previene el art. 5 de la ley anteriormente citada. Si encontrase alguna contravencion ó esceso, presentará un pedimento de denuncia en papel sellado de oficio, en términos claros y precisos, con espresion individual de los escesos, sus circunstancias y nombres de los infractores, ó del pueblo, cuando fuese su ayuntamiento constitucional el que hubiese dispuesto ó autorizado la infraccion, ofreciendo justificacion de testigos como previene el art. 8 de la misma ley, y está mandado observar en el art. 4 del reglamento provisional de justicia.

6.° Cuando fuesen varios los comprendidos en el esceso, y este sea en un mismo sitio y á una linde, comprenderá á todos los reos en un mismo pedimento; pero siendo en distintos sitios debe presentar otras tantas denuncias. Tambien podrá reunir bajo un contesto las instrucciones ú ocupaciones que haya hecho un mismo sugeto, aunque en distintos sitios.

7.° Imponiendo el art. 9 de dicha ley la obligacion al señor juez de primera instancia del partido de pasar en persona al sitio de la denuncia á practicar el reconocimiento, el procurador fiscal nombrará, llegado este caso, dos apeadores y llevará la soga ó cuerda necesaria, debiendo tener entendido que la estension de la cañada ha de ser de noventa varas, la del cordel de cuarenta y cinco, y la de la vereda veinte y cinco.

8.° Reclamará de oficio, y en nombre de la ley con peticion formal ante el juzgado de primera instancia cualquier contravencion que llegare á su noticia, y seguirá la instancia con actividad hasta que recaiga providencia definitiva, dando parte á la presidencia siempre que presentare una denuncia, y á su tiempo, de la resolucion que se diere, constando su estado en el testimonio que debe remitirse, segun se previene en el art. 3 de esta instruccion.

9.° En todas las instancias que se previenen en el artículo anterior, concluida definitivamente, y dado caso que las partes no se conformen con la sentencia definitiva y haya apelacion, los procuradores fiscales de ganadería y cañadas, tendrán presente, que por real órden de 16 de febrero de 1835 se suprimió el juzgado escepcional de Mesta, mandando que las apelaciones de las causas de ganadería se remitan á las respectivas audiencias territoriales, cuidando de avisar en estos casos el dia en que se remiten.

10. Siempre que cualquier ganadero ó pastor fuese detenido ó se le exigiese lo indebido, si el se quejare y justificare con testigos ó documentos el esceso, el procurador fiscal se mostrará parte y protejerá de oficio las quejas que fueren justas, en cuanto todo esceso particular es infraccion de la ley y opuesto á la prosperidad pública y á las órdenes vigentes de S. M., y en particular al real decreto de 23 de setiembre de 1836, circulado en 29 del mismo.

11. Si el ganadero ó pastor, por no detenerse, ó por evitar vejaciones no se quejare en forma, con noticia que el procurador fiscal tenga del caso, pedirá de oficio la informacion sumaria, presentando ó señalando los testigos que puedan deponer y seguirá la demanda con arreglo á la ley.

12. Se recuerda al procurador fiscal el particularísimo encargo que le hace la ley de promover por su parte la exacta observancia del cap. 34 de la real cédula de 1796 sobre que no se exija pena de ordenanza (aunque esté aprobada) á los ganados trashumantes, sino tan solo el daño á justa tasacion, en las cinco cosas vedadas; lo que se halla respectivamente mandado por leyes antiguas y modernas y últimamente por el art. 2 de la real órden de 22 de junio de 1827 que se halla vigente.

13. Teniendo la presidencia infinidad

de quejas de que de algun tiempo á esta parte se han reproducido exacciones indebidas por los llamados guardas juramentados y camineros cobrando á los ganados, algunos reales ó panes al pasar por sus respectivos términos y en los invernaderos, de modo que al cabo de toda la trashumacion resulta un escesivo aumento de gasto sin mas origen y fundamento que la arbitrariedad de dichos guardas, se encarga al procurador fiscal que en el pueblo donde hubiere semejante abuso, pida informacion del esceso presentando al juzgado la denuncia justificada con dos, tres ó mas exacciones, y hará que el juzgado castigue á los contraventores, con arreglo á la ley y real decreto de 23 de setiembre de 1836.

14. Siempre que el juzgado dictare providencia contra derecho, introducirá el procurador fiscal recurso de queja, apelacion ó el que mas convenga para ante la respectiva audiencia territorial, segun se previene en el art. 9 de esta instruccion, dando parte á la presidencia para sus ulteriores resultados.

15. El procurador fiscal, respecto á acotamientos, tendrá presente la real órden de 17 de mayo de 1838, circulada en 31 del mismo y aclaracion de 8 de enero de 1841, celando por su exacto cumplimiento.

16. Denunciará el promotor fiscal ante el juzgado de primera instancia todas las imposiciones y exacciones que se hagan á los ganados de la cabaña nacional en sus tránsitos ó cañadas, con los nombres de portazgos, roda, asadura, castillería, guarda y otros semejantes, por hallarse suprimidos por real decreto de 23 de setiembre de 1836 ya citado, pidiendo que cesen en la exaccion y sean castigados los exactores conforme á la ley, denunciando igualmente todo esceso ó novedad que se haya introducido ó introduzca en la cantidad, modo ó sitio de las exacciones legítimas, que son únicamente las de barcos y pontones, pidiendo su remedio y castigo conforme á derecho.

17. Entabladas las instancias que se indican en el artículo anterior, pedirá el promotor fiscal á la presidencia las noticias y documentos que necesite, consultando cualquier duda ó dificultad que le ocurra, tomando las noticias necesarias de los alcaldes constitucionales, presidentes de las cuadrillas que haya en sus respectivos partidos, que tienen obligacion puntual de dársela bajo la responsabilidad que les impone la ley.

18. Los gastos de oficio para los espedientes del ramo de ganadería se sacarán del fondo de condenaciones, no solo por estar así prevenido por la ley recopilada, sino por el art. 3.° del reglamento provisional para la administracion de justicia, y conforme al capítulo 41 de la ley 11 citada, es de cuenta y riesgo de los procuradores fiscales el remitir al administrador general de esta asociacion los caudales que correspondan á cada juzgado de primera instancia, ó en su defecto testimonio que lo acredite; lo que deben ejecutar en los dos primeros meses del año y se les abonará el 4 por 100 de lo que entreguen.

19. Si sus antecesores hubiesen sido omisos en el cumplimiento de dicho capítulo 41, y obrase aun en su poder alguna cantidad, reclamará el procurador fiscal su pago ante el juzgado de primera instancia, pidiendo que los apremie á la presentacion del recibo del administrador general, y dará parte á la presidencia para lo que haya lugar.

20. En caso de ausentarse el procurador fiscal dejará nombrado un sustituto; pero si la ausencia pasase de veinte dias, dará parte á la presidencia para que se acuerde lo conveniente. En caso de enfermedad nombrará el señor juez de primera instancia un sustituto para solo durante ella.

21. En caso de que el procurador fiscal no resida en la cabeza del partido, ó donde se halle establecido el juzgado de primera instancia, convendrá que tenga en este un apoderado ó agente de su confianza, por cuyo conducto podrá entenderse en todos los negocios que ocurran propios de su ministerio.

22. Será obligacion del procurador fiscal conservar con cuidado esta instruccion y demas circulares que se le remitan, las que deberá entregar bajo recibo al que le suceda, para que todos los que ejerzan este cargo sepan sus obligaciones y modo de desempeñarlas. Asimismo cuidará que á la mutacion de escribano que entiende en los negocios del ramo de ganadería, queden en su poder todos los papeles pertenecientes á la misma.

23. Como puede suceder que algunas ocupaciones ó instrucciones se hayan hecho autorizadas ó consentidas por alcaldes ó ayuntamientos ejerciendo la autoridad gubernativa, en este caso, averiguado el hecho y practicada la informacion sumaria, deberán dirigir sus quejas al respectivo superior, esto es, al gefe político ó diputacion provincial, para que remedie el daño poniéndolo en noticia de la presidencia para que esta comunique las órdenes oportunas que tiendan al mismo fin.

La real órden de 13 de octubre de 1844 que encargó á los gefes políticos la observancia y cumplimiento de las disposiciones dadas para el libre uso de las cañadas y demas servidumbres pecuarias, y la decision antes mencionada que se dictó á consulta del Consejo Real, obligaron á la presidencia á circular algunas variaciones que creyó indispensables en las instrucciones relativas á los procuradores fiscales, y al efecto en 23 de agosto de 1846, se acordaron y circularon los siguientes artículos:

1.° Cada procurador fiscal hará una vez al año el reconocimiento de los pastos comunes y servidumbres pecuarias de su partido ó distrito, conforme al cap. 5 de la ley 11 citada: se informará de cualquier esceso que se haya cometido; y recibirá las quejas que en todo tiempo le den los ganaderos, por los agravios que se les causen en el mismo distrito ó en otro cualquiera punto de la provincia.

2.° Habiéndose declarado por real órden de 23 de junio último, á consulta del Consejo Real, que para estos negocios están escluidos los procedimientos de los jueces de primera instancia, no se entablarán ya ante estos nuevas denuncias, sino ante el alcalde ó autoridad local correspondiente, quien tomando los informes oportunos ó recibiendo justificacion sumaria del hecho, cuando lo requiera su importancia, deberá proveer de remedio al esceso por medio de las medidas de policía rural y penas correccionales que las leyes señalan, hasta donde alcancen sus facultades.

3.° Cuando no basten estas gestiones para corregir la contravencion denunciada, ó cuando esta proceda de la misma autoridad local, el procurador fiscal de partido dirigirá sus reclamaciones al señor gefe político de la provincia, por medio del procurador fiscal principal de la misma.

4.° Respecto de los agravios que se hubieren causado á los ganados en su marcha por fuera del partido, y fueren noticiados por sus dueños ó pastores al procurador fiscal, al tránsito por la residencia de este, cuidará de reunir los comprobantes posibles y hacer que se justifiquen con informacion sumaria ante el alcalde de cualquier pueblo, bastando para ello (á falta de otros testigos) que depongan dos pastores, y la parte querellante declare con juramento habérsele hecho el tal agravio, segun lo establece el cap. 21 de la ley 5, tit. 27, libro 7 de la Novísima Recopilacion (páginas 9 á 17 de la coleccion impresa en 1828). En seguida remitirá estas noticias y documentos al procurador fiscal del distrito á que corresponda el término municipal donde haya ocurrido la contravencion, para que proceda como disponen los artículos anteriores.

5.° El procurador fiscal principal de la provincia podrá visitar, cuando lo estime oportuno, cualquiera de las cañadas, cordeles, descansaderos, abrevaderos y otras servidumbres pecuarias, y pastos comunes de la provincia; y recibirá las quejas que se le den, ya por los procuradores fiscales de partido y de cuadrilla, ya por ganaderos particulares, acerca de cualquier infraccion de las leyes protectoras de la ganadería.

6.° Cuando por estos ú otros medios llegue á su noticia alguna contravencion ú agravio, acudirá al señor gefe político solicitando que mande practicar las diligencias necesarias para su comprobacion, con intervencion del procurador fiscal del partido ó distrito respectivo, sino se presentase ya la queja bastante justificada; y en vista de todo pedirá lo que corresponda en cada caso segun las leyes, para el remedio y correccion del esceso cometido por los alcaldes, ayuntamientos, agentes administrativos ú otras personas, y para lo demas que previene la citada real órden de 13 de octubre de 1844.

7.° La parte de multas y restituciones, que segun leyes é instrucciones corresponde á los procuradores fiscales, en todas las condenaciones que se impusieren por las indicadas contravenciones y agravios, pertenecerá esclusivamente al de la provincia ó al del partido, que por sí solo haya promovido y seguido la denuncia hasta su decision; pero si uno la promoviese, y otro la continuase, partirán por mitad el importe de dichos emolumentos, segun está dispuesto por acuerdo de la junta general de 9 de octubre de 1836.

8.° Las dos partes de multas que asimismo pertenecen al Erario público y á la asociacion general de ganaderos, las percibirá el procurador fiscal sustituto del distrito ó partido respectivo, cuando fueren impuestas por un alcalde; y las pasará con relacion de su origen é importe al procurador fiscal principal de la provincia.

9.° Cuando la multa fuere impuesta por el señor gefe político, el procurador fiscal de la provincia cuidará de recaudar dichas partes para el Erario y asociacion; y junto su importe con las de todos los partidos, lo remitirá al administrador general de la asociacion en los dos primeros meses del año por lo correspondiente al anterior, como disponen el capítulo 41 de la ley 11 precitada y reales órdenes de 11 de febrero de 1837, y 25 de abril de 1839; acompañando la relacion y cuenta general de los caudales de una y otra procedencia, con espresion de las condenaciones pendientes de cobro.

10. Los procuradores fiscales de partido concluirán la recaudacion de las condenaciones que se hayan impuesto por los subdelegados de mesta y jueces de primera instancia; y las remitirán directamente al administrador general de la asociacion en la forma acostumbrada.»

ASONADA. Esta palabra, muy antigua en nuestra lengua y en nuestras leyes, sirvió en su orígen para significar el levantamiento de gente de guerra, ó segun el tenor literal de la ley 16. tít. 26, Part. 2; «Assonada tanto quiere decir como ayunta»miento que facen las gentes, unos contra »otros para facerse mal: assi como aquellas »que son fechas contra los enemigos de la »fé, ó del rey ó del reino son á su pro é á »su honra, otrosi aquellas que se facen en»tre los de la tierra son á deshonra y á daño.»

En los primeros tiempos despues de comenzada la reconquista, eran tan poderosos los señores, que fomentaban con frecuencia esta especie de turbaciones, llenando el reino de consternacion con el continuo levantamiento de sus gentes y vasallos. Para precaver semejantes desórdenes se establecieron las leyes 1 y 2 del célebre fuero castellano de hijosdalgo que prohiben las asonadas.

La etimología de la palabra asonada, es muy conforme con la significacion natural que se le ha dado, es decir, con la de llamar ó convocar, levantar y juntar gentes para la guerra, cuya acepcion es estensiva tambien á todos los casos en que las gentes se reunen para algun objeto útil y laudable, como sucedia siempre que se celebraba concejo abierto en alguna villa ó lugar á son de campana tañida, para que entrasen en él todos cuantos quisieran del pueblo, por haberse de tratar alguna cosa de importancia ó de comun interés. Por consiguiente, la palabra asonada es propiamente toda reunion verificada por medio de un llamamiento, de un sonido de alarma, ó de cualquier otro signo convencional, como se dijo en el artículo ALARMA. V.

Andando el tiempo, las costumbres fue-

ron modificándose en gran manera, y la sociedad se fue regularizando en la misma proporcion que ganaba terreno la unidad y concentracion del poder público, la civilizacion y mayor suavidad en las costumbres. Así es que asonada vino á ser y significar con el tiempo lo que otras muchas palabras destinadas en nuestra lengua á espresar los actos de rebelion, de tumulto, de motin, de bullicio y de pronunciamiento.

Aunque las Partidas consagran algunas leyes á condenar las asonadas y se ocupan de definirlas y esplicar sus malos efectos; aunque tambien lo hicieron las demas leyes posteriores, singularmente la Novísima Recopilacion en todo el lib. 7 del tít. 12, en que se trata de los bullicios, asonadas, lides, motines y se han dictado bandos innumerables prohibiéndolas espresamente, siendo de notar la de 18 de julio de 1854; con todo eso, estos monumentos de la legislacion, no se ciñen precisamente á las asonadas, sino que indistintamente usaron de las varias voces admitidas para significar su animadversion y reprobacion contra todo acontecimiento que tuviese por objeto ó resultado perturbar el órden público, hacer levantamientos y motines, y causar daños á la república.

La misma razon que ha ido sucesivamente sistematizando los gobiernos, clasificando los principios, y reduciendo á fórmulas mas exactas las prescripciones de las leyes, ha influido tambien en que esta parte relativa á los delitos que se cometen contra el órden público, se haya simplificado; por esta causa todos los delitos, cualquiera que haya sido en lo antiguo su denominacion, vienen á reducirse desde la publicacion del Código penal, en los de rebelion y sedicion, únicos que en este órden reconoce dicho código. Por lo tanto en las palabras rebelion y sedicion, comprendemos la parte necesaria de la legislacion antigua y moderna, que tiene relacion con ellas, esplicamos su historia y las doctrinas aplicables á estas crísis de las sociedades, cualquiera que haya sido el nombre con que en la antigüedad se conocieron y se clasificaron sus efectos penales. V. REBELION: SEDICION.

ASPA. Dáse este nombre á dos maderos atravesados el uno sobre el otro que forman la figura de una X. Se ha usado como un suplicio capital, especialmente despues que ennoblecida la cruz se hizo objeto de la veneracion de los cristianos. Diósele tambien el nombre de cruz ó aspa de S. Andres, por haber sufrido en ella este apóstol su glorioso martirio. Mas esta denominacion no alcanza solo al referido suplicio, sino que tiene otras dos significaciones, honorífica una, de infamia la otra. Como signo glorioso es distintivo de la ilustre casa de Borgoña, cuya cruz roja ha ondeado hasta nuestros dias en las banderas de la infantería española. Signo de ignominia era el aspa de S. Andres, que llevaban los penitenciados por la inquisicion en el capotillo amarillo que sacaban en los autos de fé: consistia en una cruz hecha de paño ó de bayeta encarnada en forma de aspa.

ASPADO. El crucificado en aspa. Dábase tambien el nombre de aspado á los que por penitencia, y especialmente en los dias y en las procesiones de semana santa, llevaban los brazos estendidos en forma de cruz y sujetos por la espalda con madero, barra de hierro, espadas ú otros artificios. Estos espectáculos, los de disciplinantes, empleados y otros que lejos de causar edificacion en los fieles servian á la indevocion y eran pretestos para el desórden en las procesiones de semana santa, cruz de mayo, rogativas y demas funciones eclesiásticas, dieron lugar á la disposicion de la real cédula de 20 de febrero de 1777, que es la ley 11, tít. 1, lib. 1 de la Nov. Rec., por la que el Sr. D. Cárlos III mandó á las chancillerías y audiencias que no permitieran semejantes profanaciones, debiendo los que tuvieran verdadero espíritu de compuncion y penitencia elegir otras mas racionales, secretas y menos espuestas, con la direccion y consejo de sus confesores. Atendida la organizacion actual, corresponde á las autori-

dades administrativas el cuidar del cumplimiento de esta medida saludable.

ASTREA. Deidad fabulosa como *Themis*. Alguna vez, en el lenguage figurado especialmente, se toman una y otra por la justicia, y es por lo que haremos ligera mencion de ambas.

Segun los poetas, Astrea, hija de Júpiter y de Themis, ó de esta deidad y de Astreo, uno de los titanes, era la diosa de la justicia. Bajó en el siglo de oro á habitar entre los hombres; pero horrorizada de los vicios de estos, abandonó la tierra y se volvió al cielo. ¡Amarga invectiva, que no pierde su acervidad, porque venga disimulada con las formas de la poesía y de la fábula! Trasladada al cielo la hija de Themis, está representada en el Zodiaco, segun unos por el signo de *Virgo*, segun otros por el de *Libra* (1).

ASTROLOGIA. De la palabra latina *astra* y de la griega *logos*, discurso ó raciocinio. Así etimológicamente astrología es lo mismo que la ciencia de los astros. Esta contiene naturalmente dos partes: la relativa al número, naturaleza, magnitud, movimiento y causa del movimiento de dichos cuerpos celestes, y la que considera su influjo físico, recíproco y correlativo. Si la astrología no se hubiese estendido á otra cosa, la legislacion no hubiera tenido que ocuparse de ella, si no para fomentar su estudio y dispensarla honores, en vez de condenarla. Pero la verdadera astronomía era un estudio muy vasto, sus efectos sorprendentes para los no peritos, y su objeto muy portentoso para que el interés, y la superchería, no la subordinasen á sus fines, esplotando la debilidad, la preocupacion y la ignorancia; estendiendo la segunda parte de la ciencia astrológica mas allá de su esfera, esto es, llevando el influjo de los astros hasta las leyes providenciales y del libre albedrío, con mengua y ofensa de la humana razon, de la divinidad, de la moral, y de la libertad del hombre, como decimos en el artículo **AGUERO**, en vez de limitarlo á la naturaleza física. Bajo de este punto de vista un error grosero, ó doloso, revistió las formas de una ciencia sublime: la astrología se convirtió en estafa, con tendencia á la impiedad, y la legislacion, así la civil como la eclesiástica, tuvo que fulminar frecuentemente contra ella su sancion penal.

La astrología se llama tambien en lo antiguo *astronomía*, y así la denomina la ley 1, tít. 23, Part. 7. Cuando se comprendió la necesidad de contener su abuso, dióse á su parte viciosa el nombre de *astrología judiciaria*. La denominacion odiosa de la parte trascendia casi inevitablemente al todo, ya porque la índole de lo odioso, y de lo malo, en las unidades colectivas es siempre trascendental, ya porque siendo mas fácil, y reportando mas lucro, el cultivo de aquella, que el de la parte científica, ella lo pareció todo, y la astrología, aun sin el aditamento de judiciaria, llegó á no ofrecer, si no una idea desventajosa. La verdadera ciencia, pues, levantada sobre bases sólidas y asombrosas por Kepler, Galileo, Copérnico, Newton y tantos otros genios privilegiados como cuenta el limitado período de dos siglos, ha tomado el nombre de *astronomía*, dejando el de astrología relegado á las antiguas tradiciones, y reducido á espresar, por lo comun, solo la parte judiciaria, puesto que aun de lo antiguo la nueva ciencia no ha desdeñado lo útil. Debemos notar, por lo tanto, que aun cuando en el Diccionario de la lengua castellana la palabra astronomía se señala con la nota de *anticuada*; no es si no la voz corriente para espresar la ciencia luminosa y sublime que trata, como hemos indicado en un principio, del número, magnitud, naturaleza, movimiento, causa del movimiento é influjo físico de los astros, entre los cuales, segun el sistema copernícano, hoy recibido, hay que enumerar la Tierra. La *astrología judiciaria*, pues, será la falsa ciencia de adivinar los futuros

(1) Ovidio, *lib 1 de los Metamorf., fab. 5, ver. 149*, dice á este propósito:

.....et Virgo cæde madentes,
ultima celestum, terras Astræa reliquit.

Séneca, *in Octavia, act. 3, vers. á 2*, espresa aun con mayor energía y acervidad la propia invectiva en estos términos:

Neglecta, terras fugit, et mores feros
Hominum, et pollula cæde cruentas manus,
Astræa Virgo, siderum magnum decus.

contingentes, la suerte de los séres racionales, los fenómenos, en fin, del órden providencial y moral, por el influjo de los astros, esplicado por la posicion y aspecto de los mismos, al tiempo de levantar el juicio sobre un caso dado, como el nacimiento de una persona, el principio de una empresa, etc.

Es preciso no confundir este influjo, esto es, el influjo de los astros en el órden moral, con el influjo de los mismos en el órden físico: este cierto y saludable; aquel falso y pernicioso, lo cual ha de entenderse, sin embargo, del influjo directo y fatal; pues indirectamente no puede dudarse, que si la ausencia ó presencia del Sol, las fases de la Luna y de la tierra, la aparicion, interposicion, y conjuncion de diversos astros, de que son consecuencia las estaciones, el calor y la luz, la lluvia ó la secura, el flujo y reflujo de los mares, etc., no tiene duda, decimos, de que si de este modo los astros determinan la naturaleza y diversidad de los climas y regiones, con sus circunstancias generales y tópicas; influyen tambien sobre sus producciones de todos géneros, y por tanto sobre la clase y propensiones de sus razas vivientes, así como en la naturaleza orgánica lo físico influye fisiológicamente sobre lo moral, ocasionando el admirable fenómeno del comercio entre el alma y el cuerpo; pero salva siempre la supremacía de las leyes providenciales y las del libre albedrio.

Los autores suponen que la astrología provino de los Caldeos, y bien puede asegurarse que si la historia de la civilizacion y vicisitudes de los pueblos diera razon de otro mas antiguo que la Caldea, hallaríamos que de él derivaba la supuesta ciencia, que es indudablemente tan antigua como el mundo, pues siempre el firmamento se ha ostentado como la obra primorosa de la creacion, siempre el género humano ha sido propenso á lo misterioso, y siempre, en fin, la flaqueza y la ignorancia han abierto fácil camino al cálculo y á la codicia.

Una cosa hay que notar, y es, que estas cualidades abusivas, así como en el punto de que hablamos, han tenido siempre el mismo fin, así han empleado tambien el mismo medio, esto es, la prediccion, las mentidas promesas, la *adivinacion*.

La adivinacion constituye en efecto el género supremo entre los diversos medios con que han sido esplotadas la ignorancia y la humana debilidad. Por eso nuestro primer pensamiento fue, bajo la palabra *adivinacion*, tratar en un solo artículo del género y sus especies, esto es, de la astrología, de la mágia y hechicería, del agüero, del sortilegio, etc.; pero la diversidad peculiar de cada una de estas cosas, su historia respectiva, y el modo con que han sido tratadas por las diferentes legislaciones, nos determinaron á esponerlos en artículos separados.

Infinitas son las obras en que se ha tratado lata y formalmente de la astrología y de sus ritualidades, ya curiosas, ya ridículas, habiendo contribuido á lo primero, no solo la voga en que ha estado en todas las épocas la falsa ciencia, habiendo algunas en que se ha hallado entronizada, y en el primer grado de favor en los palacios de los reyes, y reyes ilustrados; y no pusilánimes, sino porque se han confundido por muchos siglos, y tratado conjuntamente, la *astronomía* y la *astrología*. Así Tales, Pitágoras y otros primeros genios de sus siglos, se llamaron *astrólogos*, como á su vez, y en el peor sentido, los astrólogos se llamaron *matemáticos*. El tít. 18, lib. 9 del Código de Justiniano tiene por epígrafe *De maleficis et mathemáticis*; y Gregorio Lopez en su glosa á las leyes de Partida, el epígrafe del tít. 23 de la 7, que dice: «De los agoreros, é de los sorteros, é »de los otros adevinos, é de los fechiceros, »é de los truhanes», lo convierte en el siguiente: *De maleficis et mathemáticis*, siguiendo en ello, como se ve, al Derecho romano.

El cristianismo con su luz sobrenatural quebrantó en esto, como en todo, el imperío de la mentira: fueron conocidas, como no lo habian sido nunca, las leyes providenciales y del humano albedrío: la razon y el buen sentido escribieron en la bandera

de la verdad el sábio y hermoso emblema de *vir sapiens dominabitur astris*: las legislaciones lanzaron su anatema sobre el error y el embaucamiento; y la ciencia á su vez puso de manifiesto lo deleznable de sus bases y datos, aun los que parecian mas incontestables. Así, por ejemplo, al perdurable número seteno de los planetas, que sirvió para denominar los dias de la semana, y para infinitas combinaciones, hay hoy que añadir á Ceres, Palas, Vesta, Juno y Urano, ó Erschel, recientemente descubiertos, y bien pronto habrán de adicionarse nuevos astros opacos.

La astrología tuvo ya contra sí á Ciceron. *Si hubiera en ello verdad*, dice en su libro 2, *de Divinatione, seria necesario que los que nacieron al mismo tiempo que Escipion, hubieran tenido la misma generosidad y heróicas cualidades que él; y que los que murieron en la batalla de Cannas, hubieran todos nacido bajo una misma constelacion.* Bajo de una misma constelacion nacieron Jacob y Esau, dice San Agustin (1), y sin embargo, estos hermanos gemelos eran de tan opuestas cualidades.

Hemos citado ya el tít. 18, lib. 9 del Código de Justiniano, que estableció penas seseveras contra los embaucadores, ó adivinos de todos géneros, y si bien no espresa testualmente á los astrólogos, se reputan comprendidos bajo la denominacion de *matemáticos. Ars, autem mathematica*, dice la ley 2, *dumnabilis est, et interdictu Omnino. Nemo aruspicem consulat*, dice la 3, *aut mathematicum..... Chaldei, ac magi, et cæteri, quos maléficos, ob facinorum magnitudinem vulgus appellat, nec ad hanc partem aliquid moliantur.* Esta ley impone la pena de muerte á los contraventores; y si bien parece hablar, no de la mera *adivinacion*, si no de los crímenes cometidos por medio de ella, como parecia comprobarlo el testo de la ley primera, que dice: *plus est hominem extinguere veneno, quám occidere gladio*, y las palabras: *ob facinorum magnitudinem*, empleadas en la quinta, preceden en esta á la prescripcion de la pena de muerte, otras palabras que parecen condenar hasta la adivinacion inofensiva y sin resultados; pues dice así la ley: *Silcat omnibus perpetua divinandi curiositas. Etenim supplicio capitis ferietur, gladio ultore prostratus, quicumque jusis nostris obsequium demnegaverit.*

Prohibióse, no solo el adivinar, si no aun el consultar. Declaróse meritorio el acusar: *acusatorem autem hujus modi criminis, non delatorem esse; sed dignum magis præmio arbitramur*, decia la ley 3.ª Y era, en fin, obligatorio el declarar ó delatar, sobre todo en la corte imperial, pena de ser sometidos al tormento los ocultadores, y aplicados garfios de hierro á sus costados, con otras penas (1).

No desplegaron menos rigor nuestras leyes de Partida, si bien advirtiéndose en ellas al definir el delito la misma oscuridad é incoherencia que hemos notado en el artículo **ARREPENTIMIENTO**, y que tendremos que notar en otras cuestiones de filosofía y análisis; lo que mas bien es defecto de la época que de las leyes de este Código, por tantos conceptos admirable. «Adivinanza, dice la ley 1 del título y Partida antes citados, tanto quiere decir como *querer temar el poder de Dios*, para saber las cosas que están por venir.» Si tal es en efecto la adivinanza, la impía temeridad es manifiesta; toda adivinacion es esencialmente mala, aun sin estar prohibida, y no puede haber ningun género de ella que no sea punible, siganse ó no resultados funestos. Y sin embargo, véase como continúa la ley: «E son dos maneras de adevinanza: la primera es la que se face por arte de astronomía, que es vna de las siete artes liberales: esta, segund el fuero de las leyes, non es defendida de usar á los que son maestros é la entienden verdaderamente; porque los juyzios, e los asmamientos que se dan por esta arte, son catados por el curso natural de las Planetas e de las otras estrellas, e fueron tomadas de los libros de Ptolomeo, é de los otros sabidores que se trabajaron de

(1) De civitate Dei lib. 5, cap. 4.

(1) Ley 7, tit. y lib. citados.

esta sciencia. Mas los otros que no son ende sabidores, non deuen obrar por ella; como quier que se deuen trabajar, de aprender el de estudiar en los libros de los sabios. La segunda manera de adeuinanza es, de los agoreros, e de los sorteros, e de los fechizeros, que catan agueros de aues, o de estornudos, o de palabras (a que llaman prouerbio), o echan suertes, o catan en agua, o en cristal, o en espejo, ó en espada, o en otra cosa luziente; ó fazen fechuras de metal, o de otra cosa qualquier; o adevinanza en cabeza de ome muerto, o de bestia, o en palma de niño, o de muger virgen. E estos truhanes, e todos los otros semejantes dellos, porque son omes dañosos e engañadores, e nascen de sus fechos muy grandes males á la tierra, defendemos que ninguno de ellos non more en nuestro señorio, nin vse y destas cosas; e otrosi, que ninguno non será osado de acoger en sus casas nin encubrirlos.»

Por esta ley, como se ve, la pena de los que ejercian las artes divinatorias, no siendo peritos en el caso de la astrología, era la de estrañamiento. Y sin embargo, por la 3 del mismo título, la pena para los reos principales era la de muerte, la de estrañamiento para los encubridores; y para acusar á los primeros se daba accion popular. Esta misma ley exime de pena á los que hicieren «encantamiento ú otras cosas,» si lo hiciesen con buena intencion. Como estas leyes, despues del Código penal de 1848, no son ya sino un magnífico y ademas respetable documento histórico, no nos detenemos al comentario á que darian lugar, y que se comprende sin mas que comparar su testo.

El título 4, lib. 12 de la Nov. Recop., trata *de los adivinos, hechiceros y agoreros* y aunque no hace espresa mencion de la astrología, se comprendia esta sin duda en su ley 1, ya por los términos generales de la misma al condenar «los muchos géneros de agüeros y sorterías», ya porque, como todos ellos, termina en la adivinacion. Véase lo que hemos dicho en los artículos **ADIVINACION**, **AGUERO**, y los restantes de los artes divinatorias.

No se comprende tampoco espresamente la astrología en las disposiciones del Código penal; pero sí genéricamente en el artículo 495, párrafo 6 (antes 482, párrafo 9, que es como le citamos en el artículo agüero, anterior á la reforma). Dicho párrafo 6 comprende á los que por faltas incurren en las multas de medio á cuatro duros, al que «con objeto de lucro interpretare sueños, hiciere pronósticos ó adivinaciones, ó abusase de la credulidad *de otra manera semejante.*» El art. 502 del Código (antes 490) declara de comiso los útiles y efectos que se empleen para adivinaciones y otros engaños semejantes.»

Desde luego debe notarse la estraordinaria diferencia entre la antigua y la moderna legislacion, respecto de las artes divinatorias. Las leyes romanas, las de Partida y las Recopiladas llevaron el rigor hasta él estrañamiento, y la última pena, que es decir, hasta la muerte civil y natural; mientras las legislaciones actuales, la española, la francesa y otras, niegan á dichas artes el carácter de delito, limitándolas al de meras faltas ó contravenciones, y aun en esta categoría, castigándolas con la pena mas leve de las señaladas para esta clase de contravenciones, que es entre nosotros la multa de 10 á 80 reales; mientras el *máximum* de la pena señalada para las faltas es el de cinco duros de multa y 15 dias de arresto. Las leyes de Partida esceptuaban de las tremendas penas establecidas por las mismas á los que ejercieran la astronomía científica ó facultativamente, y á los demas sorteros y encantadores que procediesen con buena intencion, sin diferencia de que obrasen por causa de lucro, ó por otro motivo. El Código penal prescinde, y con razon, de esas diferencias, y limita su sancion á la adivinacion *por causa de lucro*; de donde se deduce, que el ejercicio de la astrología y otras artes iguales, sin objeto de lucrar, no está castigada, pues si bien es verdad que dichas profesiones no sufragarán para librar á sus autores de la nota de vagos y mal entretenidos, es en este caso la vagancia la que se castiga; mas no las mencionadas ar-

tes: demostracion palmaria de que estas, no tanto habian de combatirse con el rigor de las leyes, sino como últimamente han sido al fin combatidas: por la ciencia, demostrando el error y el charlatanismo: por el buen sentido, abrumándolas con el ridículo: por las leyes, despojando á los que las ejercitan del aprecio de la sociedad, reduciéndolos á la condicion de vagos y mal entretenidos: por la moral, en fin, vigorizando, como siempre, el sentimiento religioso, y reprimiendo la supersticion y la tendencia á la impiedad.

No es necesario advertir que los fraudes, estafas y otros delitos que se cometen por medio de dichas artes, serán castigados segun su naturaleza, siendo entonces aquellas reputadas como circunstancias, ora agravantes, ora atenuantes, segun los casos.

El derecho canónico desplegó á su tiempo, y mantiene aun, el rigor que creyó oportuno, algo diverso del de las leyes civiles, porque tambien son otros sus fines. Los 25 capítulos de las cuestiones 1, 2, 3, 4 y 5 de la causa 26, tratan de todas las artes divinatorias, bajo el epígrafe *de sortilego, et sortilegiis*; y tratando de todas, claro es que no podia menos de hacerlo de la astrología: y he aquí las principales disposiciones relativas á ella. *Neque illi ab hoc genere superstitionis perniciosæ segregandi sunt, qui olim genethliaci, propter natalium diarum consideratione; hodie autem mathematicis vocantur. Nam et ipsi, quamvis veram stellarum positionem, cum quis nascitur, consectentur, et aliquando etiam pervestigent, tamen quod inde conantur vel nostras, vel actionum eventa predicare, nimis errant, et vendunt imperitis hominibus miserabilem servitutem* (1). *Illos planetarios, quos mathematicos vocant, plané consulere non desistebam, quod quassi nullum esset sacrificium, et nullæ præces ad aliquem spiritum ob divinationem dirigerentur: quod tamen cristiana, et vera pietas repellit, et damnat* (2).

Los capítulos al principio de esta reseña canónica mencionados, reunen minuciosas enumeraciones de supersticiones, y errores divinatorios, con máximas que la Iglesia ha convertido en preceptos, tomados en general de San Agustin, San Gerónimo y San Isidoro, y deben verse, sobre todo el capítulo 1 y el 6 ya citado de la cuestion 2, el 1 de la 3, y el 14 de la 9.

En cuanto á la penalidad, el cánon 1 de la cuestion 5, impone la pena de escomunion al que consulte á los sortílegos: el cánon 4 la reproduce para los clérigos que ejerzan las artes divinatorias: el 5 ordena que el obispo, presbítero, ó clérigo que incurra en ese error, sea depuesto, y condenado á penitencia perpétua en un monasterio. Por el tercero se castigaba con cinco años de penitencia pública al que observase las prácticas gentílicas de consultar los astros aun para operaciones agrícolas.

Hemos dicho, en fin, de estos errores supersticiosos en general, que tienen tendencia á la impiedad; y por algunas disposiciones canónicas de la citada causa 26, entre ellas por el cap. 11 de la cuestion 5, son reputadas, en efecto, de *tendencia herética*.

El Papa Alejandro III reprobó la conducta de un sacerdote que hizo uso del *astrolabio* para averiguar un hurto cometido contra la Iglesia (1). Algunos cánones de los que dejamos citados han sido tomados de los célebres concilios de Toledo, de los cuales el 4 dice sobre la astrología: *si quis astrologiæ... existimet esse credendum, anathema sit.*

Sixto V, en fin, por bula de 1585, y Urbano VIII por otra de 1631, prohiben la astrología, esceptuando, cuando mas, lo relativo á la agricultura, medicina y navegacion (que es decir, la *astronomía)* bajo las penas de *excomunion*, confiscacion de bienes, y la de muerte contra clérigos y legos.

Se ve, pues, que la palabra *astrología*, aun sin el aditamento de judiciaria, y en contraposicion á *astronomía*, espresa generalmente el arte divinatorio: que en este concepto está reprobada por uno y otro derecho; y que si se hace alguna escepcion, como la hacen en efecto las leyes, los cá-

(1) Cap. 6, quæs. 2, causa 26.
(2) Cap. 8 id. id.

(1) Cáp. Extuarum, de sortilegiis, lib. 5 de las Decretales.

Lorenzo Arrazola

nones y la teología es en los casos que ya realmente no la pertenecen, y sí á la astronomía; y esto, en cuanto á los efectos puramente naturales, salvas en un todo las leyes providenciales y del humano albedrío: *dummodo non credatur*, dice Santo Tomás (1) *homines cogi, quia voluntas, quæ est principium humanarum operationum, non subjicitur cœlo.*

Ademas de los testos y autores citados, puede verse acerca del orígen, ritos y vicisitudes de la astrología, á *Aulo Gelio*, lib. 18, cap. 1: Gardois, Discurso sobre la influencia de los astros: Pico de la Mirándula: Sexto de Heminga: Alejandro de los Angeles: el padre Mersenio; y la Enciclopedia moderna, artículo Astrología. Cítanse como apóstoles de la astrología á Tolomeo Cardano, á Jontino, á Juan de Monreal, y aun al mismo Aristóteles, aunque las reglas y doctrinas del primero y del último propendan mas bien á lo que se llama astronomía, lo propio que las tablas y estudios del rey D. Alfonso el Sábio.

ASTURIAS. (PRINCIPADO Y PRINCIPE DE) Véase este artículo.

ASUETO. Del latin *assuetum*, cosa acostumbrada. Dícese de aquellos dias en que por gracia, reglas ó costumbres, se dispensa á los estudiantes de la asistencia á sus cátedras. En algunas partes se llama tambien *asueto* la fiesta política ó de corte en que vacan los tribunales. El *asueto* se limita á pocos dias: en otro caso se llama vacante ó vacacion.

ATAJADOR DE GANADO. Segun leemos en el Diccionario de la Academia española, se llamaba así antiguamente al que hurtaba ganado con engaño ó fuerza.

ATEISMO. ATEISTA. ATEO. Se da el nombre de ateo al que niega la existencia de Dios, y aun al que duda de ella; pues no cabiendo duda acerca de este punto, que es la base de toda religion, rige aquel principio católico: *dubius in fide infidelis est.* El Diccionario de la Academia define el atheismo la impiedad necia que niega la existencia de Dios. Es palabra griega compuesta de *A* que significa contrario, y *Theos*, Dios. Varias son las clases en que dividen los ateos los que escriben acerca de esta materia: llámanlos *positivos*, *negativos*, *teóricos* ó *especulativos*, y *prácticos*. Son positivos los que habiendo tenido noticias de Dios por la revelacion, ó la razon natural, á pesar de eso niegan la existencia de aquel: los *negativos* son por el contrario aquellos que, ó por su estado salvage no han oido hablar de Dios, ó por su ignorancia ó imbecilidad no pueden alcanzar este conocimiento. Con el nombre de ateos *prácticos* se designa á los que viven como si no hubiera Dios, y con el de *especulativos*, á los que á fuerza de paralogismos y luchando con su conciencia, llegan á formarse una especie de conviccion de que no hay Dios. En el fondo no se distinguen estos últimos de los positivos. A estos y tambien á los prácticos, designalos la Escritura Santa con aquellas palabras tan sabidas del ps. 52: *Dixit insipiens in corde suo: Non est Deus.*

Los antiguos jurisconsultos y filósofos se lamentaban ya de la existencia del ateismo. Ciceron al principio del libro 1 *De natura Deorum*, despues de prasentar el conocimiento de Dios como natural, pone entre los ateos á Protágoras que dudó, á Diágoras Melio y Teodoro de Cyrene, que lo negaron rotundamente: otros, como Carneades, negaron la Providencia, lo cual es una especie de ateismo, pues un Dios sin Providencia no es Dios. Bien es verdad que los antiguos no pocas veces incurrieron en el estremo contrario, acusando de ser ateos á los que se oponian á la idolatría y al fetichismo: bajo este concepto fue Sócrates mirado como ateo en Atenas, y los primeros cristianos fueron igualmente infamados con esta nota por los idólatras.

El aleman Brucher, en su Historia de la filosofía, tom. 1, y Bayle, en su *Diccionario hist. crit.*, presentan largas listas de filósofos y jurisconsultos notables de la antigüedad, que suponen haber incurrido en

(1) Quæst. 115, art. 5.

el ateismo. Por el contrario Harduin, llevado de un celo exagerado, denunció como ateos encubiertos á Jansenio, Malebranche, Quesnel, Nicole, Pascal y otros personages no menos notables. Semejantes exageraciones en cualquier sentido que sean, no pasan de ser delirios.

Por lo contrario los teólogos antiguos, y aun algunos de los modernos, niegan hasta la posibilidad del ateismo especulativo, y sostienen que la idea de Dios es innata en el hombre, á la manera que los jurisconsultos de la escuela espiritualista afirman que las máximas primordiales del derecho natural se hallan grabadas por el dedo mismo de Dios en el corazon humano, segun la frase retórica consagrada ya por el uso para significar esta idea.

Pero la opinion mas general entre los teólogos modernos, es la que admite el ateismo *especulativo*, no solamente como posible, sino por desgracia como un hecho existente. Bergier, en su Diccionario, ni aun lo hace cuestion: el P. Perrone, en sus Prelecciones teológicas, part. 1, cap. 1, párr. 7, adopta una opinion juiciosa, afirmando que ni son tantos como han querido asegurar escritores alucinados, ni tan pocos ó ninguno como aseguraban los teólogos antiguos (1). ¿Quién dejará ya de mirar como ateos á Vanini, que puesto en la hoguera niega la existencia de Dios, á Espinosa y Bayle, que proclaman el ateismo en sus obras, y en nuestros dias á Prudhon y su escuela, que considerando á la divinidad como una idea anticuada propia de pueblos atrasados en la civilizacion gritan con furor impío: ¡*Dios, retírate*! Dicen á esto los que niegan la posibilidad del ateismo, que tales ateos solamente son *prácticos*, y que no creen lo mismo que proclaman: sin embargo, á pesar de los sábios escritores que tal afirman, no creemos sostenible esta solucion: cierto es que yerran los que de tal manera niegan la divinidad; pero tambien lo es que algunos de ellos han dado pruebas de conviccion al sostener sus errores.

Sea ó no posible el ateismo especulativo, es cierto que para los juristas esta cuestion no tiene la importancia que para los teólogos, por lo que no insistimos en ella, pues como no han de juzgar los tribunales á los ateos por sus pensamientos é ideas, sino por la publicidad de sus errores y falsas creencias, poco importa en este caso que sus convicciones sean íntimas ó no, si sus opiniones se han divulgado de palabra ó por escrito.

Para reducir, pues, las cuestiones jurídicas acerca del ateismo á su verdadero punto de vista, consideraremos: 1.° si el ateismo es un delito justiciable por las leyes: 2.° que penas se podrán imponer al ateo. Claro es que no tratamos aquí de los ateos negativos, que como inculpables de su barbarie, imbecilidad ó ignorancia, tampoco pueden ser castigados por ella. Ni tenemos que hacer mérito de los ateos *prácticos*, pues caso que su mala conducta merezca ser penada, lo será por otros actos justificables, mas no por el hecho de vivir sin acordarse de Dios. Finalmente, tampoco incluiremos los *positivos* ni *especulativos*, mientras ciñan su error á una mera creencia y opinion. Los tribunales civiles no pueden fiscalizar los actos internos, ni juzgar los meros pensamientos, y aun los eclesiásticos, á pesar de su carácter religioso tampoco los juzgan: *De internis non judicat Ecclesia.*

Mas en el caso de que un ateo positivo propale sus errores de palabra ó por escrito, deberá ser castigado, y principalmente en España. Siendo la creencia en Dios la base de todas las religiones, y en especial de la Católica, Apostólica, Romana, que es la de los españoles, el ateo como apóstata, incurre en un delito penado por nuestras leyes, y por consiguiente en el castigo que prescribe el Código penal. Véase **APOSTASIA.**

El ateismo lleva una malicia intrínseca

(1) Pueden verse sobre esta materia las obras de Fenelon, *Traite de la existence de Dieu*; cardenal Gerdil, *Dell esistenza di Dio*, y el jesuita Brenna, *Del consentimiento del género humano en reconocer la divinidad*, y la obrita en un tomo del canónigo don Mario Aubert, titulada: *Tratado de la existencia de Dios*, con pasages históricos, la cual acaba de publicarse por la librería religiosa.

superior á la de la heregía y apostasía, por lo cual necesita todavia una sancion especial. El herege y el apóstata tienen por fin una religion, y tributan al Sér supremo un culto á su manera. El judio, el mahometano y el idólatra mismo convienen con los cristianos en la adoracion de un Padre comun del mismo género humano, de un poder que es principio de todas las cosas, y que las dirige todas, cualquiera que sea el nombre con que lo adoren, y los errores con que manchen esta creencia primordial. Pero el ateismo rompe los vínculos que ligan entre sí moral y naturalmente á la familia humana: para él no existe moralidad alguna, y si admite algunos principios, serán por su mera utilidad, ó por capricho. No hay para él nombre alguno respetable por el que pueda ser juramentado, y que pueda garantir su palabra y sus contratos. ¿Quién fiará en el honor del que pueda faltar á sus pactos sin remordimientos, y ser perjuro sin escrúpulos?

Aun los pueblos antiguos, sumidos en los errores del politeismo castigaron á los ateos. Ciceron refiere en el libro 1.° *de natura Deorum* el castigo de Protágoras de Abdera, sofista de los mas célebres de su tiempo, el cual habiendo puesto en el principio de su libro *nada tengo que decir de los dioses, que los haya, ó que no los haya*, escitó de tal manera contra sí la animadversion de los atenienses, que no contentos con haberle desterrado de la ciudad y sus campos (pena análoga á la que impone nuestro Código al apóstata) quemaron sus libros públicamente. «*Ex quo quidem*, continua Ciceron, *existimo tardiores ad hanc sententiam profitendam multos esse factos; quippe cum pœnam ne dubitatio quidem effugere potuisset.*»

En los últimos siglos es célebre el castigo impuesto al ateo Vannini, quemado por el Parlamento de Tolosa en 1619, no solamente por su ateismo, sino por corruptor de la juventud y otros escesos, aunque el ateismo fué la causa principal de su muerte. Su pertinacia en el error fué tal, que exortado á que pidiera perdon á Dios, al rey y á la justicia, respondió, amarrado ya al leño fatal: *á Dios no le conozco, al rey no le he ofendido, y con la justicia, que cargue el diablo.* La inquisicion persiguió aun en el siglo pasado algunos casos de ateismo: uno de ellos lo cita Llorente: bien es verdad que el perseguido era francés y complicado en la franc-masonería.

Mas no solamente las naciones en que la religion Católica es oficial y esclusiva como en España, pero ni aun muchas de las protestantes, ó que profesan libertad de cultos, toleran el ateismo. La nacion francesa lo tolera como otra cualquiera aberracion, lo cual nada tiene de estraño, habiéndolo profesado oficialmente durante las bacanales revolucionarias y las farsas del culto de la razon.

En nuestros códigos antiguos y modernos, no se ha considerado al ateismo como un delito especial, *ó sui géneris*, y ni aun se le ha designado con su nombre propio. Las Partidas lo comprenden indirectamente en la palabra *blasfemia*: el Fuero Real, el Ordenamiento y la Novis. Recop. que copia á este, los tres en las leyes primeras con que dan principio respectivamente, despues de hacer la profesion de Fé Católica Apostólica, designan contra él las penas que la ley de Partida establece contra la heregía.

En vano se dirá al notar esta omision especial, que creyendo imposible el ateismo no se le comprendió bajo su nombre en la série de los crímenes, á la manera que Solon omitió el parricidio: estas hipérboles jurídicas podrán pasar en un discurso oratorio, pero no tienen cabida en un escrito científico.

Siendo, pues, segun nuestros antiguos códigos y la razon, apostasía, blasfemia y heregía el negar la existencia de Dios, siempre hay lugar para considerar al ateo como delincuente imponiéndole en consecuencia las penas marcadas por el Código contra aquellos delitos.

Mas aquí surge una nueva dificultad: ¿Qué penas se deberán imponer al ateo, las de la blasfemia, ó de la apostasía? La pena impuesta á la blasfemia que por el Código penal vigente se mira solo como falta, es

sumamente liviana: arresto de uno á diez dias y multa de tres á quince duros, con reprension, pena igual á la que se impone por hablar mal de la persona del rey. La heregía, como tal, no es delito que se castigue espresamente en el Código, sino que se le imponen las penas de la apostasía, por las razones que se dieron al hablar de esta. V. APOSTASIA.

El párrafo ó caso 3.° del art. 130 del Código penal reformado, prescribe que sea castigado con la pena de prision correccional, «el que habiendo propalado doctrinas ó máximas contrarias al dogma católico, persistiere en publicarlas despues de haber sido condenadas por la autoridad eclesiástica. El reincidente en estos delitos será castigado con el estrañamiento temporal.» Teniendo en cuenta este art. creemos que en España hay lugar para sujetar al ateo que propalare sus errores á las penas siguientes. Como blasfemo, á las penas arriba indicadas. Si fuere español y por consiguiente bautizado, á las penas impuestas á los apóstatas. Mas si todavia no fuere naturalizado ó bautizado, habrá lugar á las penas marcadas en el art. 130 en el caso de que persistiese en su error despues de la condenacion de la autoridaid ecclesiástica.

Al ateismo pueden reducirse tambien el panteismo, authoteismo, fetichismo, politeismo y aun el indiferentismo. Tambien pudiera comprenderse el sansimonianismo; pero de estos errores se hablará en su lugar respectivo.

ATENCION. Del verbo latino *attendo*: poner cuidado, dirigir el ánimo ó alguna cosa. La atencion puede considerarse como hecho y como facultad. En el primer caso es el acto de poner cuidado en lo que se vé, se oye, ó de cualquier otro modo puede mover el ánimo: en el segundo, ó considerada la atencion en abstracto, es el libre poder que tiene el alma de dirigir su facultad cognoscitiva al reconocimiento y exámen de un objeto; y como queda dicho que ese poder del alma es libre, entran en la atencion los dos elementos necesarios de la imputabilidad, á saber, advertencia de parte del entendimiento y deliberacion de parte de la voluntad. Así en términos prácticos, y considerando la atencion en el sentido mas propio de la ENCICLOPEDIA, que aquí es el moral, ó de la imputabilidad de las acciones, es lo mismo que la *intencion*.

En el órden social la palabra atencion, tomada figuradamente, tiene una acepcion diversa, aunque análoga. La atencion no consiste entonces en dirigir deliberadamente la facultad cognoscitiva sobre una persona para reconocerla, porque demasiado reconocemos á la persona á quien de propósito desairamos; sino en no dirigirla convenientemente, esto es, con aquellos miramientos, cumpliendo con aquel deber social, oficial ó político, que imponen la educacion, la gratitud, la justicia, el cargo, etc. La desatencion por lo tanto consiste en no cumplir con este deber, en no fijarse debidamente en una persona segun el caso y las circustancias: por eso, en fin, el que por hábito falta á este deber, aun cuando no siempre sea de los que se llaman perfectos, es justamente calificado de *desatento*.

En algunas provincias entre laneros y ganaderos se llama atencion la venta ó compra de lanas, cortadas ó por cortar, al precio comun que tengan á su tiempo.

ATENTADO. Del verbo latino *attentare*; atentar, poner mano en alguna cosa. Pero como esto puede verificarse con prudencia; y sin ella, lícita, ó ilícitamente, de aquí la doble y opuesta signilicacion de la voz *atentado*, que en el lenguaje comun, usada como adjetivo, es lo mismo que atinado, prudente, circunspecto: sustantivada, significa por el contrario, y siempre, un acto ilícito, injusto, punible, equivaliendo á esceso, demasía, delito, crímen. En él derecho, la palabra atentado, tiene únicamente la segunda de dichas significaciones, si bien espresa escesos de distinta índole, segun que se tome en sentido civil, ó en el criminal, como veremos, infiriéndose fácilmente que *atentatorio* es la accion, el hecho, la providencia que constituye el

atentado, y obrar *atentadamente*, es hacerlo cometiendo atentado.

PARTE DOCTRINAL.

SUMARIO.

Sec. I. DEL ATENTADO EN SENTIDO CIVIL.
Sec. II. DEL ATENTADO EN SENTIDO CRIMINAL.
§. 1.° *Del atentado en general.*
§. 2.° *Del atentado contra la autoridad. Diferencia entre el atentado y el desacato, segun el Código penal.*
§. 3.° *Algunas consideraciones teórico-prácticas sobre las disposiciones del Código, acerca del atentado contra la autoridad.*
§. 4.° *A quien compete la persecucion del atentado.*
§. 5.° *Penalidad del atentado contra la autoridad. Legislacion comparada.*
§. 6.° *Del desafuero en los casos de atentado contra la autoridad.*
§. 7.° *Algunas observaciones sobre procedimiento en el caso de atentado.*

SECCION I.

DEL ATENTADO EN SENTIDO CIVIL.

En sentido civil, la palabra *atentado* dice relacion al procedimiento judicial de cualesquier clase de tribunales, y en cualquiera clase de juicos; y en tal concepto, se llama asi, en términos generales, toda providencia dictada sin jurisdiccion espedita, ó bien contra el órden y forma establecidos por derecho. Decimos en el primer caso sin jurisdiccion espedita, como sucederia á un juez inhibido, ó aquel, contra cuyas providencias se ha interpuesto, ó admitido apelacion, puesto que tienen el carácter público de jueces: pero si un particular, usurpando dicho carácter, se propasase á juzgar, ese hecho constituiria un verdadero delito, que no es el atentado en el órden civil; sino que correspondería al criminal, y de él hablamos en la seccion II.

Originariamente el *atentado* en sentido civil, específicamente tomado, se daba únicamente, cuando el juez *á quó*, interpuesta apelacion, ó admitida ya en ambos efectos, causaba novedad, dictando providencias en el fondo, puesto que en el primer caso, dejaba de tener espedita su jurisdiccion; y en el segundo, carecia de ella en cuanto al asunto fenecido, segun la regla de que el juez inferior, dictada providencia definitiva, y devuelto el conocimiento al superior, *functus est officio suo.*

El atentado y su remedio en estos casos tenian por fundamento leyes claras y terminantes, cuales son la 26 y la 27, tít. 23 de la Part. 3. calificadas por los prácticos de primera nota, como Elizondo, de *famosas*, y cuyo tenor puede verse en la parte legislativa del artículo APELACION. Dispónese en efecto, por la primera, entre otras cosas, que «mientras que el pleito anduviese ante el juzgador de la alzada, el juez de que se alzaren non faga ninguna cosa de nuevo en el pleito, ni en aquello sobre que fue dado el juicio:» y por la segunda, que toda innovacion fuese reparada por el superior.

Como se vé, el atentado era en suma uno de los muchos casos de nulidad que pueden ocurrir; y sin embargo su reparacion pronta y efectiva, fue mirada con tal favor por los tribunales y por la jurisprudencia, que mereció un procedimiento y recurso especial, que se denominó y denomina, *recurso de atentado*. La causa de esta especialidad fue sin duda la frecuencia con que debia ocurrir dicho abuso; y sobre las razones que son comunes á los demas casos de nulidad, habia dos en el de atentado, muy dignas de atencion: era la primera la especie de desacato que se cometia por el inferior respecto del superior, cuya autoridad se invocaba ó interponia, tanto mas cuanto que en un principio la apelacion era, y se entendia hecha, para ante el mismo soberano: y la segunda, las demasías y vejaciones que los jueces y tribunales inferiores empleaban contra los que apelaban de sus fa-

llos, como para retraerlos de formalizar su recurso al superior, ni llevar ante el mismo el ya interpuesto, por lo que se ve que la citada ley 26, al paso que encargaba á los apelantes que fuesen comedidos en el lenguage respecto del juez *á quo*, en cuanto á este, decia: «é sobre todo defendemos que el alcalde non se atreva á denostar, ni á maltraer á la parte que se alzase de su juicio.» La 27 se espresa en términos aun mas enérgicos y establece un caso singular, y que entonces, como ahora, merece notarse. «E aun decimos, que si la parte que se sintiere agraviada del juicio dijere, é probase que *non osó tomar alzada*, ó seguirla, por miedo que le feririan, ó le matarian, ó le prenderian, *que le debe oir el juez, é debe oir el pleito*, é librarlo, segun fallare por derecho, *bien asi como si se hubiese alzado*.» El abuso en este punto llegó á tal grado de violencia, que las mismas leyes de Partida lo castigaron como delito, colocándolo entre las *fuerzas* públicas (1).

Hemos manifestado que el atentado de que queda hecho mérito, fue el originario. Con el tiempo, así como el primer título que traia aparejada ejecucion, fue la cosa juzgada, y despues la legislacion y la jurisprudencia lo ampliaron á todos aquellos en que se estimó que la justicia y la verdad aparecian en igual grado de evidencia, lo propio sucedió respecto del atentado, aunque en ningun otro caso podrian concurrir en igual forma las dos circunstancias y especiales razones arriba indicadas, sobre todo la de desacato al superior ó tribunal *ad quem*, y en un principio del soberano mismo.

Segun Elizondo, el atentado podia tambien tener lugar en el recurso llamado de *sala en pleito civil*, que es en suma un recurso de esceso, por el cual, en vez de apelar el que se creia agraviado, recurria á la chancillería, esponiendo que tal juez ó tribunal habian dictado sentencia en tales autos, cometiendo esceso, concluyendo por pedir que el escribano numerario ó de provincia, viniese á hacer relacion, y en vista se declarase haber lugar al recurso, cuya providencia, así en el caso afirmativo, como en el negativo, causaba ejecutoria, y siempre con las costas.

«Suelen muchas veces, dice el citado autor, en este y en los remedios ordinarios de apelacion, mezclarse las cuestiones de atentado contra los jueces inferiores, en cuyo exámen conviene no equivocar las tres especies á que aquellas se reducen: siempre se hacen con la autoridad de un juez, pendiente pleito ante otro: algunos que se ejecutan despues de la apelacion interpuesta, ó durante su prosecucion; y otros que se practican despues de la inhibicion, requerido ya el juez *á quo* con la provision ó despacho del juez *ad quem*, para la remision de los autos en desprecio de su autoridad. Las dos primeras especies se llaman de derecho y la última de hecho, todas las cuales se equiparan al despojo violento, y se regulan por sus mismos términos, de forma que, el que cause el atentado, hallándose este claro y líquido, debe reponer las cosas al ser y estado que tenian antes, con restitucion de frutos y costas, aunque la parte no lo pida.»

Los autores esceptúan algunos casos en los cuales, no obstante la innovacion hecha por el inferior, no hay atentado; y en general son los siguientes:

1.° Cuando la apelacion no se admite mas que en el efecto devolutivo. «En los juicios privilegiados, como el ejecutivo, dice Elizondo, donde la apelacion no tiene el efecto suspensivo, es impracticable el atentado. Pero esta regla tiene una limitacion, muy digna de la memoria de los prácticos, y es cuando se ejecuta la sentencia nula de remate, en cuyo caso, y como por consecuencia obra el vicio implícito y de derecho, conocido con el nombre de atentado.»

(1) «Siéntense por agraviados á las vegadas los omes de los juicios de los juzgadores, é piden alzada para delante del rey: é tales jueces y ha, que con gran sobervia é malicia que hay en ellos, ó por ser muy desentendidos, que no les quieren dar alzada, antes los deshonran, diciéndoles mal é prendiéndolos. E por ende decimos que cualquier juzgador que sobre tal razon, como esta, firiese, ó prendiese, ó matase ó deshonrase á algun ome, que debe haber por ende otra tal pena, como si ficiese fuerza con armas. Porque *muy fuertes armas han para' acer mal aquos los que tienen voz del Rey, cuando quisieren sar mal del lugar que tienen.*» Leyi Tit. 10, Part. 7.

Lorenzo Arrazola

2.° Si las providencias tienen por objeto revocar las que causaren el atentado.

Esta regla deberá entenderse antes de la mejora de la apelacion, pues una vez mejorada, el inferior carece de jurisdiccion, y el atentado consistiria entonces en ejercer jurisdiccion, que ha devuelto, y que por la mejora radica en el superior.

3.° Si el inferior concede libertad bajo de fianzas á un reo, á cuyo delito esté señalada pena corporal.

Este caso, no faltándose á lo mandado, no puede darse, segun la legislacion actual, sobre todo despues del artículo 11 del reglamento provisional para la administracion de justicia, y posteriormente despues de la ley provisional reformada para la ejecucion del Código penal. Pudiera suceder, sin embargo, que por una estraña combinacion de circunstancias, y aun por arbitrariedad, se diese un caso como el que se indica, y entonces sin duda ninguna tendria aplicacion la regla, pues equivaldria á reparar el juez su propio atentado, en cuyo caso sabido es que no atenta como decimos en la regla anterior.

4.° Si las providencias se dictaren para reparar lo ejecutado con dolo ó malicia por las partes durante el mencionado período, por cuanto el ocurrir á tales demasías incumbe de oficio, dicen los autores, á los jueces y tribunales.

5.° Si las providencias dictadas, pendiente la apelacion, tuviesen efecto respecto de un tercero, y no de las partes que han venido litigando.

6.° Si el apelante hiciese á su vez novedad despojando á su adversario, en cuyo caso el juez inferior debe reintegrar al despojado, manteniendo el estado legal de las cosas, por cuyo medio, en vez de innovar, se opone á la innovacion, ó bien se supone, dicen los autores, que por tal hecho el despojante renuncia á la apelacion.

La primera razon es la sólida, y de ninguna manera la segunda, pues no se há por desierta una apelacion por inducciones, sino por providencia espresa y terminante; y mientras esta no recaiga, la apelacion como pendiente en realidad, obra los efectos de tal, mayormente si ya estuviese mejorada, en cuyo caso, ni aun toca el declararla desierta al inferior. Esta regla por otra parte, viene á ser un caso de la cuarta.

7.° Si por el apelante se hubiere dejado desierta la apelacion, por cuanto entonces no hay ya *litis-pendentia* en el tribunal *ad quem*.

Entendemos que ha de haber recaido providencia declarando la desercion, pues en otro caso repetimos lo dicho en el número precedente.

8.° Si la apelacion interpuesta no procediere de derecho, en cuyo caso, denegada como debe serlo, y procediendo como es consiguiente *ad ulteriora*, si se apelare de la denegacion, esta providencia será confirmada, con lo cual se justifica la conducta del inferior.

Hemos espresado, no todas las escepciones admitidas por los prácticos, sino las que se presentan como mas sólidas y fundadas, aun cuando las mas, ya originariamente, ya por la legislacion actual, necesitan de alguna modificacion ó esplicacion.

En cuanto al procedimiento en el caso de atentado, véase en el artículo **APELACION** el párrafo 3 de la seccion IV, fólio 161, tomo 3.°

Para completar esta parte del artículo, diremos todavía que, segun los autores, no solo se comete atentado con las providencias de innovacion que se dictaren despues de interpuesta apelacion; sino dentro del término para apelar, y citan para ello el capítulo de las Decretales, *Non solum*, 7, del título de *appelatione*, lib. 6. «*Vel quo erat* (dice Gregorio Lopez en la glosa 7 á la ley 27 de las citadas, y habla del estado que tenia la cosa, y al que ha de ser respuesta), *tempore deffinitivæ, si fuit attentatum infrá terminum datum ad apellandum.*»

Con presencia de esta doctrina, todavía se establece en lo canónico otra cuestion, a saber: si un contumaz doloso ó fingido, deja trascurrir sin apelar los diez dias de co-

mo ha sido pronunciada la sentencia, y luego, aparentando maliciosamente haber legado á su noticia, pide se le notifique y apela, ¿podrá usar del recurso de atentado respecto de las providencias judiciales dictadas despues de la sentencia definitiva hasta la apelacion? Y citando una decision negativa de la Rota romana, que es la 187 y empieza *sicut ficté contumax*, resuelven que no, por la razon sin duda de que las leyes no favorecen el dolo, y porque es válido lo que se practica en la via de estrados, que es lo que en tales casos podria suceder, respecto del contumaz. Debemos notar, sin embargo, que si como es verdad, las leyes no favorecen el dolo, y aquí el contumaz era doloso, ó fingido, no era tal contumaz, no habia estado impedido de apelar realmente, y no debe admitírsele la tardía apelacion. El caso, pues, podrá ocurrir únicamente, cuando siendo dudoso si el contumaz estuvo impedido ó no, se le admitiese la apelacion por equidad, ú en otro análogo.

Ha sido doctrina comun entre los prácticos que el recurso de atentado era mas útil y eficaz que el de despojo, dando por razon que si bien en uno y otro el procedimiento es abreviado, y termina en su caso con reposicion ó reintegracion, hay la diferencia de que en el segundo solo hay reposicion como es sabido, probando el querellante que poseia; mientras en el recurso de esceso basta probar la atentacion, esto es, que se ha dado una providencia contra el órden y forma de derecho.

No nos detendremos á examinar la solidez de esta doctrina, que no está seguramente á prueba de discusion; pero es lo cierto que ella pudo contribuir, junta con el abuso de los tribunales, á hacer frecuentes, como llegaron á serlo, los recursos de esceso; si bien al fin sucedió lo que no podia menos de suceder, cuando otras leyes y otra jurisprudencia consumasen, ó adelantasen por lo menos la obra, si podemos decirlo así, del Fuero Real y de las Partidas, cual era el reprimir la anarquía necesaria de los tribunales, dando uniformidad y vigor á la jurisprudencia. El mismo Elizondo confiesa que ya en su tiempo los recursos de atentado no eran tan frecuentes como lo habian sido, y hoy lo son menos todavía, habiendo una razon ademas de la indicada, y no menos poderosa, y es que, si por medios ordinarios ó que se aproximen á ellos, se llegase á los mismos fines de rapidez y eficacia en el procedimiento, que por los estraordinarios, no hay necesidad de recurrir á estos, ni es lícito tampoco, segun derecho y buena jurisprudencia; y es indudable que bajo este punto de vista, en lo canónico se hizo innecesario el recurso de atentado, desde que se formalizaron los recursos de fuerza, muy especialmente el denominado *en el modo*, recurso que ha venido á ser como remedio ordinario por su frecuencia y regularidad, y que no solo es tan eficaz como pudiera serlo el de atentado, sino mucho mas por cuanto este habia de intentarse ante el superior eclesiástico, en cuyos tribunales ha sido, y es aun mas dilatorio el procedimiento; mientras el recurso de fuerza se lleva á los tribunales civiles, en los cuales son decididos con procedimiento rapidísimo.

En cuanto á los tribunales ordinarios, sabido es tambien cuanto se ha simplificado en general el procedimiento: el breve y sumario adoptado en muchos casos, como, por ejemplo, en las apelaciones de los suprimidos juzgados de provincia, por lo que hacia á las capitales en que radicaban: en los recursos llamados *de sala*: y posteriormente en las apelaciones de autos interlocutorios y otros, á lo que se llega que la legislacion vigente propende totalmente al recurso ordinario de apelacion, acumulando en su caso la nulidad, no menos á propósito para la rapidez, pues que esta pende del procedimiento, siendo aquella mas eficaz que los recursos estraordinarios para la conveniente uniformidad y verdad de la jurisprudencia.

Para que el atentado en lo civil, segun queda espuesto en el presente artículo, no pierda su índole, es menester que no venga acompañado de algunas de aquellas cir-

cunstancias, que elevan á delitos los escesos ó abusos de las autoridades, al tenor de las disposiciones del Código penal. Asi por ejemplo, si la novedad que constituye el atentado consistiese en haber detenido abusivamente al encausado que se hallaba legalmente en libertad, y en haberlo ejecutado tal vez por dádiva, ó promesa de otra persona, el juez se hallará en el caso de los artículos 295 y 314 del Código.

Pero en tal supuesto se trata ya, como se ve, de un delito; y no del atentado civil.

Hemos hecho arriba la oportuna referencia sobre procedimientos en el recurso de atentado, y solo añadiremos una observacion doctrinal, y es que, en nuestra opinion, en todo código de procedimientos bien ordenado, para ocurrir á todos los abusos y errores de un tribunal inferior, bastaria el recurso ordinario y único de apelacion. Esto supondria que en todo caso, y sino, asi deberia mandarse, se habia de pedir reparacion del agravio al que lo habia causado, apelando subsidiariamente; y no accediendo, eso le hacia mas indisculpable ante el superior. Entendida la apelacion, lo mismo por nulidad, que por injusticia, todas las ventajas de los recursos estraordinarios se aseguraban estableciendo un procedimiento adecuado, un procedimiento mas ó menos rápido, segun la índole del caso. Pero mientras la legislacion actual se reforma de ese ó de otro modo, ó el atentado ocurre en el trascurso del pleito, hasta interponer apelacion, ó despues ya de interpuestas, si bien antes de admitirla: en el primer caso tiene el agraviado los recursos de apelacion y nulidad: véanse estos artículos. En el segundo puede acudir al mismo juez *á quo*, pidiendo reponga la novedad causada, lo cual conseguido, lo es con menos tiempo y dispendio que pidiendo reparacion ante el juez *ad quem*.

Admitida ya, y sobre todo, mejorada la apelacion, la reparacion del atentado ó novedad inducida, se reclamará ante el superior, el cual sin mas trámites podrá librar provision, á costa por entonces del recurrente, para que el atentado sea inmediatamente repuesto por el inferior, y que este remita lo obrado al tribunal superior, ó de no verificarlo, informe con justificacion á correo vuelto, no haciendo novedad que no proceda.

Hemos dicho que en lo eclesiástico es mas ventajoso indudablemente el recurso de fuerza *en el modo*, que el de atentado ante el superior inmediato. En tales casos para que unos recursos no perjudiquen á otros, deben utilizarse los términos legales, apelando subsidiariamente ó interponiendo el recurso de nulidad, y sin su perjuicio implorar ó impartir el ausilio del brazo secular contra la fuerza.

Hemos indicado en un principio que el atentado civil, y aun civil y criminal, al tenor de lo espresado en las leyes de Partida de que queda hecha mencion, debió ser tan frecuente; y el recurso para su represion y reparacion merecieron de tal suerte la atencion de los prácticos, que se consagran obras voluminosas á tratar de propósito esta materia. Y aun cuando ya no sea siempre adecuada su doctrina, todavía en algunos casos podria tener utilidad, y siempre la tiene el conocer las fuentes de la doctrina bajo el punto de vista de la historia y de la jurisprudencia, y no menos para la mejor apreciacion, asi del derecho constituyente, como del constituido. Pueden verse por tanto: la obra de Roberto Lanceloto de Attent., dividida en tres partes, de las cuales la primera trata de las autoridades que atentan, la segunda de los recursos de atentado, y la tercera de la reparacion de estos: nuestro artículo APELACION: la ley única tit. 8, lib. 43 del Digesto: ley 3, tít. 62, lib. 7 del Código: leyes 26 y 27, tit. 23, Part. 3, y la glosa de Gregorio Lopez á las mismas, cap. Post appellatinem 3, quæst. 6, caus. 2: Luca de Judiciis, disc. 18: D. Covarrubias, pract. cap. 22: Salg. de Reg. prot. part. 1, cap. 3: y Elizondo, práctica univ. tom. 1, fol. 199, núm. 1: tom. 2, fol. 197, núm. 2 y 3: y tom. 6, part. 1, cap. 8.

SECCION II.

DEL ATENTADO EN SENTIDO CRIMINAL.

Hemos dicho que la palabra atentado tiene dos significaciones opuestas, siendo la una la de un acto ilícito, injusto, punible, y que en esta acepcion se toma siempre en el lenguaje técnico del derecho: que aun en este sentido la voz atentado, espresa dos hechos de diversa índole, cuales son el atentado civil, que es un esceso relativo siempre al procedimiento judicial, pudiendo tener lugar por lo tanto, asi en los pleitos, como en las causas, y que no se repone, ni se castiga sino por providencias, y con penas de órden civil: y el que es objeto de la presente seccion, en la que manifestaremos: la índole general del atentado en este sentido: lo especial del atentado contra la autoridad y su diferencia del desacato por las disposiciones del Código penal: quién puede y debe ejercitar la accion de atentado: la penalidad de este grave delito por nuestras leyes, y por las estranjeras: y á qué tribunales compete el castigarlo, añadiendo en conclusion algunas observaciones sobre el procedimiento.

§. 1.° *Del atentado en general.*

Atentado en este sentido es lo mismo que esceso criminal, es decir, una voz genérica que no espresa delito, ó crímen determinado, si al género no se agrega la diferencia. Asi cuando constantemente se encarga, y ha encargado á las autoridades la represion de los atentados, es como haberles encargado la de los delitos.

Pero la voz atentado, en medio de su generalidad, no espresaba todos los delitos, sino los de alguna gravedad. «Cualquier delito ó esceso grande,» dice el Diccionario de la lengua, que es el atentado. Segun aquellos códigos que dividen todas las infracciones de ley en el órden criminal en *contravenciones*, *delitos y crímenes*, el atentado comprende, usando de la voz con propiedad, los delitos y los crímenes: segun el Código español, cuya clasificacion es la de *faltas*, *delitos leves*, *y delitos graves*, comprende esta tercera clase, y tal vez tambien algunos casos de la segunda, lo cual pende del grado de gravedad, y sin que en ello pueda darse regla determinada, pues las mismas voces grave y grande, son relativas.

En sentido moral, pero siempre bajo el punto de vista de la delincuencia, puede llamarse con propiedad atentado á todo acto de alguna gravedad contrario á las leyes y á las buenas costumbres, tanto mas cuanto que si por el Código actual han perdido su gravedad á los ojos de la ley, ó han dejado de ser delitos, muchos actos que merecian esta clasificacion por las antigüas leyes, ó por la práctica general; no han dejado, ni dejarán nunca de ser hechos hasta abominables, contrarios á las buenas costumbres, ó á las leyes divinas y eclesiásticas, obligatorias para los cristianos, como las leyes civiles, y podriamos poner por ejemplo de lo dicho la bestialidad, la sodomía, y otros escesos de análoga gravedad, no penados en el Código de 1848, si bien los mas de ellos pueden ya reputarse comprendidos en la disposicion del artículo 365, introducido en la reforma, y relativo á los escesos *contra el pudor y las buenas costumbres* que no tengan señalada pena especial por otros artículos.

Pero en medio de lo indefinido de la voz atentado, se concretaba con cierta especialidad á los crímines y delitos contra la religion, y contra la autoridad y el órden, y claro es que siendo estos tan diversos, y pudiendo cometerse de obra ó de palabra, antes del Código penal se confundian el atentado y el desacato, ya enunciado el hecho con este nombre, ya con aquel, como vemos, por ejemplo, en la ley 9, tít. 10, lib. 12 de la Nov. Recop. que trata del atentado cometido contra las autoridades, de *palabra ú obra*. Despues examinaremos si hay ó no conveniencia en distinguir entre uno y otro modo de atacar á la autoridad.

Por este ú otro motivo el Código penal

de 1822, anunció cierta tendencia á precisar algo mas la significacion de la palabra atentado; pero si bien el cap. 6, tít. 3, se intitula: «*De los atentados contra las autoridades establecidas, ó contra los funcionarios publicos, cuando proceden como tales.* despues en los artículos se nota algo de la generalidad, y de la confusion entre los escesos de obra y de pelabra que en las anteriores leyes. En el Código penal de 1848, edicion reformada de 1850, es en donde ya la voz atentado en uno de sus casos, esto es, el atentado contra la autoridad, ha recibido una significacion especifica y determinada; y en tal concepto tratamos de él en el párrafo siguiente.

§. 2.° *Del atentado contra la autoridad. Diferencia entre el atentado y el desacato, segun el Código penal.*

Antes de la reforma del Código, el atentado contra la autoridad, aun en su significacion mas estricta, abarcaba la inmensa escala que comprende desde la injuria ó denuesto, hasta la muerte de personas constituidas en autoridad, siendo por lo tanto estensivo alguna vez á la resistencia, rebelion, sedicion, etc. Separados especificamente estos delitos en la nueva tecnología del Código primitivo de 1848, el atentado, reducido á los delitos, menos graves que los antedichos, contra la autoridad, comprenderia en suma la *violencia* reducida á cierta escala, y el mero *desacato*, ó falta de la consideracion y respeto debido. Pero el Código penal reformado en 1850, ha dividido y diversificado mas todavía estos conceptos, limitando el primero de ellos únicamente á la acepcion especifica de la voz atentado, esto es, contrayéndolo á los escesos de *obra*, y constituyendo otro delito específico y diverso de los de *palabra*, bajo la denominacion de *desacato*.

Ocurre en vista de ello preguntar: ¿es fundado el distinguir en el caso de que se trata, y bajo el punto de la penalidad, entre los delitos de obra y los de palabra? ¿Hay conveniencia en contraer la palabra atentado á significar delitos específicos? ¿Dejará por eso de poder usarse con propiedad para espresar genéricamente los demas delitos y crímenes? Sin duda ninguna que podrá. Así, cuando se diga que se ha cometido *un atentado*, no se espresa todavía la clase del delito, como no se espresa, cuando se dice simplemente esceso, desafuero, delito, crímen: pero si se dijere haberse cometido *atentado*, *delito de atentado*, ó *atentado contra una autoridad*, desde luego se trata, segun el Código, de acometimiento ó resistencia á la autoridad por vias de hecho, y sin alzarse públicamente para rebelion ó sedicion. En contraer voces genéricas á la significacion de delitos determinados, hay siempre la ventaja que resulta de especificar. Pero en lo que cabe menos duda es en la conveniencia, y mas bien en la justicia, de diferenciar entre las demasías de obra y las de palabra, hoy entre el *atentado* y el *desacato*. Por una razon que está en la naturaleza de las cosas, es mas comun la premeditacion en las primeras que en las segundas: reclaman mas la peligrosa concurrencia del número, y hasta el ausilio de las armas para ofender ó defenderse: llegando á poner manos en la autoridad, es mayor la audacia, y la irreverencia: y son en fin mas peligrosos y ciertos los resultados, porque de suyo son mas eficaces y peligrosos los medios. Diversificados, pues, el atentado y el desacato, esto es, las vias de fuerza y las de palabra, el Código establece respecto del primero lo siguiente:

«Art. 189. Cometen atentado contra la autoridad:

1.° Los que sin alzarse públicamente emplean fuerza ó intimidacion para alguno de los objetos señalados en los delitos de rebelion y sedicion.

2.° Los que acometen, ó resisten con violencia, ó emplean fuerza, ó intimidacion contra la autoridad ó sus agentes, cuando aquella ó estos ejercieren las funciones de su cargo, y tambien cuando no las ejercieren, siempre que sean conocidas ó se anuncien como tales.

Art. 194. Para todos los efectos de las disposiciones penales respecto de los que cometen atentado ó desacato contra la autoridad ó funcionarios públicos, se entiende que ejercen aquella constantemente los ministros de la corona, y las autoridades de funciones permanentes, ó llamadas á ejercerlas en todo tiempo y casos.

Entiéndese tambien ofendida la autoridad en ejercicio de sus funciones, cuando tuvieren lugar el atentado ó desacato con ocasion de ellas, ó por razon de su cargo.

Art. 191. El que *de hecho* ó *de palabra* injuriase gravemente á alguno de los cuerpos colegisladores, hallándose en sesion, ó á alguna de sus comisiones en los actos públicos en que les representan, serán castigados con la pena de prision menor.

Cuando las injurias fueren menos graves, la pena será la de arresto mayor ó prision correccional.»

Como se ve, el delito de atentado contra la autoridad queda reducido á la violencia que no llega á constituir otro delito especial, á que por tales medios se llega, como los de rebelion, sedicion, heridas, muerte, soltura de presos, etc. Aun en la especie á que queda reducido podrá suceder que la violencia sea tentativa para otro delito, lo cual se determinará en cada caso por las circunstancias del mismo. Como quiera que la violencia se considere, han de tenerse presentes las circunstancias agravantes 16, 19 y 20, art. 10 del Código.

No hay duda que en toda violencia, esto es, en todos los casos de atentado, segun lo define el Código, se dá tambien desacato, pues son atropellados los fueros y respetos de la autoridad. Lo propio sucede en otros delitos, como los de rebelion, sedicion, etc. Pero en estos casos ya el legislador, considerando el hecho en concreto, establece la pena, apreciando en el delito el conjunto de pormenores inseparables que lo constituyen. Mas hay otros en que se falta á la autoridad sin llegar á la violencia, sin que el desacato venga en concreto, y ha sido sin duda una razon mas de haberse diversificado en el Código los delitos de *atentado* y de *desacato*, reservándonos el hablar de este en su artículo correspondiente.

Debemos notar aquí que el art. 191, arriba inserto, aunque el caso que espresa se refiere en parte al atentado, comprende tambien el desacato, pues habla de los que de *hecho* ó de *palabra* injuriasen á alguno de los cuerpos colegisladores, resultando que este artículo no está en armonía con el sistema enunciado, que por nuestra parte hallamos conveniente, esto es, el diferenciar entre uno y otro delito. Debe de ser la razon entre otras, que en él se trata de un poder soberano, esto es, de los cuerpos colegisladores, y sus comisiones representativas, colectivamente, reservando para el desacato, como se ve en el art. 192, la injuria individual de los senadores y diputados. Debe haber influido tambien para referir el mencionado delito al atentado, el que así se hallaba redactado en el Código de 1848, y no se ha querido tal vez modificarle por el poder de que se trata, respecto del cual no se hallaba por otra parte tan justificada por la práctica la reforma.

Aun así no son pocas las cuestiones y dudas á que esta dá lugar, efecto necesario de su importancia y dificultad, ya por lo grave de su objeto, ya por la honda y esencial novedad introducida en el Código primitivo, lo cual queda ya demostrado, y mas ámpliamente desenvolveremos en los párrafos 3 y 4.

Conviene advertir, que habiendo podido sustituirse entre sí antes del Código penal, en razon á su generalidad, las palabras atentado y desacato, lo propio que esta última y la de injuria, pues en su acepcion estricta, desacato es hoy un caso particular de la injuria, ó sea la injuria causada á la autoridad; muchas disposiciones del derecho y de la anterior jurisprudencia, así como muchas reglas y cánones de doctrina, son por necesidad comunes á unos y otros escesos, y por tanto han de parecer inexactitudes, bien en el presente artículo, bien en los de injuria y desacato, si no se tiene en cuenta esta ob-

Lorenzo Arrazola

servacion, y hasta que la nueva nomenclatura del Código en este punto dé ocasion á la nueva jurisprudencia y diverso lenguage que es consiguiente.

§. 3.° *Algunas consideraciones teórico-prácticas sobre las disposiciones del Código, acerca del atentado contra la autoridad.*

La reforma del Código de 1848 en puntos de tan elevada magnitud, como lo son entre otros el atentado contra la autoridad, y la diferencia establecida entre este y el desacato; así como la que por necesidad resulta entre el atentado en general, y el especial, ó contra autoridades, han dado y darán ocasion á dudas y cuestiones tales, ya en el terreno de la doctrina, ya en el del procedimiento, que no podemos menos de hacernos cargo de las principales de ellas, en este párrafo y en los sucesivos.

Y con efecto: por el artículo primitivo 189 se castigaba solo el acometimiento ó resistencia efectiva á la autoridad ó sus agentes *en el acto* de ejercer sus funciones: si pues estos desafueros tenian lugar, como con frecuencia sucede, fuera de ese acto, antes ó despues del mismo, no estaban castigados. No lo estaba tampoco la *amenaza* á la autoridad; aunque sí la dirigida contra particulares. No lo estaban, por último, los desafueros de obra, ó de palabra contra la autoridad por solo el hecho de serlo, ó sin relacion ninguna á determinados actos de su cargo. Todo lo dicho ha sido suplido, como hemos visto ya, en la reforma, ora en el atentado, ora en el desacato; debiendo inferirse, por desprenderse necesariamente del testo de la ley, y habida consideracion al fin del legislador, que no hay ningun género de desafuero de hecho ó de palabra contra la autoridad, que no caiga bajo la accion del ministerio público, como delito, ó como falta. Ya hemos indicado al principio de este artículo cómo han de entenderse las cláusulas *con ocasion de las funciones de la autoridad, ó por razon del cargo*: pero hay casos ademas en que se requiere que la autoridad sea *conocida, ó se anuncie, como tal*, á los dichos delincuentes, lo que podria ofrecer alguna vez dificultad y peligro.

En los actos públicos, á lo menos en los que se ejercen con cierta solemnidad, ó en local, dia, ó periodo fijo, apenas puede tener lugar la escepcion por parte del delincuente de no haber conocido á la autoridad ofendida; pero la ley misma ha reconocido la posibilidad de lo contrario, en los dos últimos casos de cometerse el desafuero *con ocasion* de los actos de la autoridad, ó *por razon del cargo*, lo cual hasta puede ocurrir con frecuencia, por lo menos respecto de aquellas autoridades que se entiende ejercen sus funciones en *todo tiempo y caso*, como, por ejemplo, está declarado en cuanto á los ministros de la corona, y ya tambien porque no todos los actos oficiales se ejercen con solemnidad esterior: porque no todos los funcionarios públicos tienen distintivos que los den á conocer: por la comun negligencia en llevarlos muchos de los que los tienen: y en fin, porque las circunstancias, la índole del cargo, ó del servicio, exigen el incógnito de la autoridad. En estos casos exige la ley para que haya atentado que la autoridad sea *conocida del delincuente*, ó la misma *se anuncie como tal*, cuya circunstancia no deberá aquella omitir siempre que la naturaleza del caso lo ofreza como necesario. Eso al menos hará indisculpable al delincuente, que de otro modo, afectando ignorancia, que no tenia, pero que creeria poder fundar en el incógnito, ó falta de insignias de la autoridad, y no dejaria de alegar en su favor la regla asentada por los autores: *talis præsumitur quis, qualis in habitu reperiatur*. Podrá suceder que un particular acometido, se anuncie autoridad, como medio de salvarse. Este caso será infrecuente; pero en todo evento menor mal resultará á la causa pública de que un particular se libre de ser maltratado por la invocacion de la autoridad que no tiene, que en que las verdaderas autoridades dejen de ser creidas, cuando en los casos espresados por el Código se anuncian como tales. Y decimos que menor mal resultará á la causa pública, porque en efecto

alguno podria anunciarse como autoridad, sin serlo, para atentar impúnemente contra el órden; pero este caso, esto es, el de usurpacion de autoridad y de funciones, está prevenido en el Código, y además las pruebas darian en la vía judicial la medida del abuso y de las respectivas responsabilidades.

El artículo 190 del Código de 1850, establece agravacion de pena cuando en el atentado concurren las circunstancias especiales de cometerle á mano armada, por funcionarios públicos, poniendo manos en la autoridad, ó en las personas que acuden en auxilio de la misma, y últimamente cuando dicha autoridad, á consecuencia de la coaccion, hubiese accedido á las exigencias de los delincuentes. En estos casos ocurre naturalmente la duda de si todavia, además de las mencionadas circunstancias especiales, se han de apreciar las agravantes generales contenidas en el artículo 10; y la afirmativa parece indudable, teniendo en cuenta que en el mismo artículo 190, se establece gradacion penal, la que no puede aplicarse, sino por la teoría de las circunstancias agravantes y atenuantes. De lo dicho se infiere que puede asentarse como regla general, que donde hay gradacion de pena, las circunstancias especiales no escluyen la apreciacion de las generales agravantes, ó atenuantes de un Código.

Puede ocurrir duda así bien, y ha ocurrido en efecto, sobre la significacion de la palabra *violencia*, siendo esta esencial para constituir atentado, segun los términos del artículo 189. ¿Se limitará á los medios de coaccion física, ó comprenderá tambien los de coaccion moral? Segun el sistema del Código, en los hurtos y robos, lo que es la fuerza en las cosas, es la violencia en las personas. Mas, sin embargo, en los artículos citados 189 y 190, se usa de las dos voces, *violencia* y *fuerza*, y es preciso por lo mismo que allí tengan diversa significacion. Usase tambien de la de *intimidacion*, como circunstancia que puede constituir atentado; y como la intimidacion, que es una situacion moral, asi puede intentarse y producirse, por medios de coaccion física, como de coaccion moral: como la simple amenaza produce intimidacion, y puede aquella verificarse sin ningun aparato de fuerza; debe concluirse que en la palabra violencia, en los casos á que se concretan los artículos 189 y 190, lo mismo se comprenden los medios de coaccion física, que los de coaccion moral, lo cual se corrobora, entre otras cosas, por la disposicion del artículo 192, segun la cual, y por lo que hace al delito de desacato, «la provocacion al duelo, aunque sea *privada ó embozada*, se reputa amenaza grave, pues bien se ve que en este caso, hay intimidacion, puede haberla incoaccion física.»

Las teorías, por otra parte, propaladas en los últimos tiempos, en que, huyendo de un estremo, se ha venido á caer en el opuesto, dan lugar á otra cuestion que los comentaristas del Código resuelven negativamente, á saber: si servirá de disculpa al atentado la injusticia con que puede obrar una autoridad, como yendo á prender á un inocente, allanando el domicilio privado sin la debida formalidad, etc. Sin duda ninguna es lamentable el desafuero de una autoridad; pero es menester no equivocar su remedio, admitiendo como tal desafueros de mayor trascendencia. Nuestras leyes de Partida privan de su propio derecho al que con menosprecio de la ley y de los tribunales se hace justicia por su mano. ¿Cuándo los díscolos, los delincuentes de profesion, no hallarán injustos los actos de la autoridad? Lamentables son, repetimos, las demasías de esta, que no dejarán de ocurrir alguna vez; mas por eso no ha de sustituir la anarquía al órden. Si es circunstancia esencial la imparcialidad del juez y el que juzgue sin pasion, el tribunal de residencia de una autoridad no puede serlo un particular desautorizado, y apasionado ademas; sino otra autoridad impasible, y con mision política para eso. La cuestion, pues, tiene que resolverse conforme á la regla de prudencia, que el mismo rigor de las cosas hace de política, y

de justicia, cuando es inevitable la opcion entre dos estremos, á saber: *minima de malis*, de dos males, siempre el menor. Los delincuentes, por lo tanto, en el caso supuesto, serán castigados como reos de atentado, si bien deberá apreciarse, segun las circunstancias del hecho, la demasía notoria de la autoridad, como circunstancia atenuante, segun de las disposiciones 7 y 8, artículo 9 del Código, esto es, cuando se obra por estímulos tan poderosos que naturalmente puedan producir arrebato y obcecacion. Es preciso ademas no confundir esta cuestion, siempre individual, con la general del derecho de *insurreccion*, que puede competer á los estados omnímodamente oprimidos. Sea lo que quiera de esta cuestion tremenda, que nosotros tratamos en su lugar oportuno, siempre hay entre los dos casos la inconmensurable diferencia que entre lo universal y absoluto; y lo meramente individual: entre lo que carece de todo remedio, ó solo tiene el supremo y terrible de buscar el órden en la anarquía; y lo que lo tiene ordinario, trivial y seguro: en el primer caso propuesto no hay autoridad á que recurrir, ó por lo menos la imponente teoría, que en el mismo se anuncia, parte de ese supuesto; en el segundo hay, siempre sobre una autoridad que abusa, una y muchas que corrijan.

Hemos indicado al principio de este párrafo, que alguna vez puede ser peligroso el haber de anunciarse la autoridad, ó darse á conocer, como tal, y reconocemos que así es. A lo menos los que sin conocimiento personal de ella la busquen para perpetrar un atentado, ya tienen menos que dudar. Sobre el indicado riesgo puede haber en ocasiones notable inconveniencia en la mencionada declaracion, respecto de aquellas autoridades que para mejor ejercer su cargo, tienen alguna vez que disimular su carácter por la índole del mismo, ó de las circunstancias, como podria suceder respecto de los funcionarios encargados de velar por la seguridad pública, de averiguar ó sorprender los planes y reuniones de los criminales, á un gefe militar ó autoridad política, que tiene que atravesar un campo no seguro para encargarse en momentos críticos de un mando importante, á un agente diplomático estraordinario, etc. Nosotros estamos en todo caso porque toda autoridad, no siendo en ocasiones dadas, por razones de muy alta conveniencia, ostente su carácter. Y si efectivamente alguna vez habria el inconveniente de que queda hecho mérito, en muchas tambien la voz sola de la autoridad, la imponencia, la fuerza secreta que lleva consigo esta invocacion, evitaria el atentado: la autoridad por otra parte se hallaria en posicion de invocar el auxilio de los circunstantes al que tiene derecho, y estos se lo prestarian, aun sin invocarlo, pues siempre el principio de autoridad tiene mas partidarios que el crímen: y los enemigos de la autoridad, por otra parte, conciertan bien sus criminales planes, para que en ellos el desconocimiento personal de la autoridad, no sea mas veces afectado que real y efectivo. Hay que contar tambien con la prudencia de la autoridad que obrando con presencia de las circunstancias, sabrá apreciar las ventajas é inconvenientes de revelar su carácter.

Ocurre, en fin, naturalmente el preguntar: 1.° si penado especialmente el atentado contra la autoridad, se entienden subordinados á esta autoridad introducida en el Código los casos particulares en que el mismo castigaba singularmente los atentados y desafueros contra autoridades determinadas: y 2.° si en caso deficiente, esto es, no bastando alguna vez unas ú otras disposiciones para que quede vindicada la autoridad, se han de suplir las unas por las otras.

En cuanto al primer punto diremos que de ninguna manera las segundas de dichas disposiciones se entienden modificadas por las nuevamente introducidas en el Código en la reforma de 1850. Así, por ejemplo, aun cuando en el art. 190 se establece que el atentado contra la autoridad, con las circunstancias mas agravantes, se castiga con una pena personal que no escede de

nueve años de prision; y aun cuando por otros artículos del Código los monarcas estranjeros y sus representantes, se reputan autoridades en su caso para los efectos de la penalidad, siendo maltratados; sin embargo, estableciéndose en el art. 154, que habla de la muerte dada á un monarca estranjero residente en España, que «cualquier otro atentado de hecho contra su persona se castigará con la pena de cadena temporal», cuyo término máximo es mas que doble, del de nueve años, ese se aplicará, y así de los demas casos análogos.

En cuanto al punto segundo, sin duda ninguna las legislaciones especiales ó privilegiadas se suplen en caso deficiente por la general, ó comun.

Ni es esto contravencion á las disposiciones del Código, que establece no puedan castigarse otros hechos que los que esten penados en el mismo, pues penados estan por él los contenidos en artículos terminantes que se aplican como supletorios. Así por ejemplo, el tít. 3, lib. 2 del Código, hablando de los delitos de lesa magestad, espresa solo el atentado contra la vida del rey, ó inmediato sucesor, y las injurias. Por mucha estension que se quiera dar á esta palabra, nunca será mayor de la que le dá el artículo al definirla; y si bien en tal concepto podria comprender algunos casos del atentado contra la autoridad; no todos; en cuyo caso, por el principio antes indicado, no tenemos duda que el esceso que no puede ser castigado por las disposiciones del mencionado título y libro, si pudiesen serlo por el art. 189 ú otros del Código, por ellas deben serlo.

§. 4.° *A quién compete la persecucion del atentado.*

Cualquiera que sea la importancia contenida en las cuestiones anteriores, y en la reforma del Código, y aun en cualquier legislacion penal sobre atentados, bien puede decirse que en cierto modo toda su utilidad se reasume en la cuestion contenida en este párrafo. ¿De qué sirven las declaraciones de derechos, las garantías de órden mejor combinadas, si se equivoca el medio de su realizacion? Eso nos hace ser en el presente párrafo algo mas estensos, que en los anteriores, y ciertamente, si no hubiéramos de tratar sino del derecho constituido, en trascribiéndolo, como hemos verificado, haciendo mencion de la disposicion del Código en este punto antes de la reforma de 1850, y en reseñando la pena establecida por el mismo contra los autores de desacato, con las cuestiones prácticas á que dé lugar, tendriamos concluido este artículo. Pero la reforma de que queda hecho mérito, encierra, bajo formas, por otra parte modestas, una alta cuestion de derecho constituyente, una teoría digna de toda la consideracion del publicista, tanto mas, cuanto que de un lado de los mantenedores se halla una autoridad moral y facultativa de inmenso prestigio, como es la comision de Códigos, compuesta de magistrados y letrados notables y numerosos; y del otro el poder ejecutivo, obrando como lejislador en virtud de autorizacion, de las Córtes, y letrados y escritores públicos, individuos ademas de la propia comision. Cuestion grave por demas: cuestion en que se controvierten nada menos que el principio de autoridad, que es cierto no puede salvarse igualmente por dos teorías, por dos medios diametralmente opuestos, y en lo que por lo tanto la ENCICLOPEDIA ESPAÑOLA no puede escusarse absolutamente de emitir su opinion.

Para ello es de absoluta necesidad poner frente á frente las dos teorías opuestas, ó lo que es lo mismo, la reforma y lo reformado.

El primitivo art. 189 del Código penal decia de esta manera. «Los que con violencia acometieren ó resistieren á la autoridad pública, ó á sus agentes en el acto de ejercer su oficio, serán castigados con la pena de prision menor.»

Este artículo encerraba únicamente un caso de *fuerza*, acometiendo ó resistiendo á la autoridad. Pero en primer lugar, no espresándose ni el fin, ni el modo, si con alzamiento público, ó sin él, etc.: en segundo lugar, no admitiendo el Código fá-

cilmente interpretacion estensiva, no se hallaba comprendida en este artículo, ó era sumamente dudoso que lo estuviese, la amenaza ó intimidacion, ni tampoco la violencia empleada contra la autoridad y sus agentes, fuera del acto material de ejercer su cargo, como podria emplearse dicha violencia, y se emplea en efecto, con desgraciada frecuencia, *con ocasion* de haber una autoridad cumplido con su deber, y aun por *la sola razon del cargo*. Un magistrado que en cumplimiento de la ley acaba de proferir sentencia de muerte contra un criminal, puede al salir del tribunal ó despues, ser maltratado por el mismo, sus parientes ó parciales, como puede tambien serlo un ministro de la corona por haber hecho un nombramiento ó dejado de hacerlo, en cumplimiento de su deber. Un juez, una autoridad política, etc., aun en los actos mas pacíficos de la vida, puede ser maltratado por solo el hecho de ser autoridad, por los díscolos á quienes estorba, por los enemigos jurados de la autoridad y del órden, y eso sin haber aquella ejercido, ni dejado de ejercer actos de su oficio: en tercer lugar, en fin, aun con la interpretacion estensiva mas violenta, no podian comprenderse en el artículo citado el insulto, la injuria, la calumnia, la simple amenaza, el escarnecimiento y cualesquiera otros desacatos análogos de la autoridad, y era preciso venir á parar á esta disyuntiva: ó que demasías ó escándalos de tal manera punibles no estaban penados en el Código; ó que solo lo estaban como injurias de hecho contra particulares. En el primer caso la autoridad quedaba indefensa; en el segundo, para defenderse, lo haria deponiendo realmente su carácter, sin ser ausiliada por el ministerio público, defensor nato, por otra parte, de la autoridad y de la ley y habiendo de otorgar poder á procurador, como un simple particular, al tenor de lo dispuesto en el artículo 381 (hoy 391 modificado), que dice: «Nadie será penado por calumnia ó injuria, sino á querella de la parte ofendida.» Esta es la que hemos llamado árdua y grave cuestion; teoría por su autoridad intrínseca, segun lo hemos indicado, complicada; por su esencia, de todo punto peligrosa. Y si nuestro juicio fuera en este punto equivocado, la esperiencia á lo menos vendria en nuestro apoyo.

Y con efecto: no bien se habia promulgado el Código penal, cuando la práctica acreditó que los criminales, como siempre, se habian apercibido desde luego de la parte débil de la nueva ley; y varias autoridades civiles, las mas indefensas por decontado, como los magistrados y jueces, fueron insultadas en el acto de juzgar, ó con ocasion de sus sagradas funciones. Veian en el Código que los insultos contra el Rey y personas reales estaban reputados y espresamente penados, como delitos públicos (1); que lo estaban igualmente los relativos á los cuerpos colegisladores, y aun individualmente á los senadores y diputados, como tales (2): pero no habia un artículo igualmente espreso respeto de las autoridades en general, y ni aun de los consejeros de la corona, aunque personifiquen un poder igualmente soberano que el de las Córtes; y fue preciso, ó buscar la defensa de estas autoridades en el art. 189, ó reconocer que no la tenian absolutamente, habiendo de reputarlas en el mencionado caso de ser ofendidas, como meros particulares; en el mismo en que se hallarian, no teniendo ninguna investidura pública. En este conflicto algunas autoridades otorgaron poder para vindicar, como particulares sus ultrajes, otras repugnaron este medio, y la impunidad produjo el resultado necesario, y acostumbrado, de dar pábulo á la audacia.

En tal situacion algunas de ellas hicieron llegar su voz hasta el trono, y Ortiz de Zúñiga en su *Código penal reformado*, nota y comentario 38, nos dá razon, en primer lugar, de una esposicion elevada á S. M. sobre este punto por la Audiencia de Granada, que á los pocos dias de la publicacion del Código, manifestaba á S. M. los graves inconvenientes que habrian de

(1) Art. 164 y 165.
(2) Art. 194 y 195.

resultar, de que las autoridades, por las injurias, amenazas y otros desacatos que se les dirigen, como tales, hayan de defenderse, como individuos privados: en segundo, del dictámen opuesto de la mayoría de la comision de códigos, consultada por el Gobierno sobre el caso: y por último, del dictámen contrario del propio Ortiz de Zúñiga, individuo de la misma comision. En estos documentos está la cuestion planteada con toda la estension, con toda la *autoridad*, y casi con todo el esfuerzo que puede serlo, y á dicha obra referimos á nuestros lectores para dar amplitud á las indicaciones que consignaremos en este artículo.

La comision en su largo y esforzado dictámen opinó que las autoridades para el desagravio de los desacatos y atentados dirigidos contra los mismos, no tenian otro recurso que el de la querella personal y privada, como ciudadanos particulares: el vocal Ortiz de Zúñiga, en otro no menos estenso y razonado, sostuvo lo contrario. El gobierno no resolvió por entonces, y en poco mas de un año que el Código contaba de existencia el conflicto fue en aumento, llegando la dificultad hasta donde podia llegar, pues injuriado uno de los ministros de la corona, el presidente mismo del gabinete, el gobierno creyó poder deducir el medio de vindicacion pública del ya citado artículo 189 del Código, mientras muchos increpaban, como injusta, la medida, habiendo llegado la polémica hasta las Córtes. En tal estado de cosas, el gobierno, en virtud de la autorizacion que para ello tenia por la ley de 19 de marzo de 1848, adoptó la reforma arriba espresada, que se completa con el artículo siguiente, comun al atentado y al desacato.

Art. 194. «Para todos los efectos de las disposiciones penales, respecto de los que cometen atentado ó desacato contra las autoridades, ó funcionarios públicos, se entiende que ejercen aquella constantemente los ministros de la corona y las autoridades de funciones permanentes, ó llamadas á ejercerlas en todo caso y circunstancias.

Entiéndese tambien ofendida la autoridad en ejercicio de sus funciones, cuando tuvieren lugar el atentado ó desacato con ocasion de ellas, ó por razon del cargo.»

Elevados á la categería de delitos públicos, como lo habian estado siempre, el atentado y desacato contra las autoridades, no tenia ya duda que debian ser perseguidos por el ministerio público. Quedaba todavía en pie, sin embargo, una grave cuestion, que pocos años antes habia creado al gobierno un conflicto, de índole peligrosa alguna vez, y siempre delicada, por versar en la esfera de la diplomacia y derecho internacional, á saber; si el atentado ó desacato contra soberanos estranjeros, ó sus legítimos representantes, ha de reputarse delito público, ó meramente privado para los efectos de su persecucion. Y todavía eso no era toda la dificultad. Todos los soberanos y sus representantes no pueden hallarse en el mismo caso: unos son aliados, otros no: las relaciones diplomáticas pudieran haberse interrumpido, sin haberse hecho todavía público: las circunstancias pudieran hacer inconveniente y peligroso el no tratar en ciertos casos, como aliado ó amigo, al soberano que no lo fuese: es necesario ademas tener en cuenta siempre las leyes de la reciprocidad, cuyas cuestiones no podrian fiarse en todos los casos á la apreciacion del ministerio fiscal, siendo solo el gobierno, por el contrario, el que se halla en posicion de hacerlo con mayor ventaja, á lo que se llega que no pocas veces una cuestion de injuria, y aun de mera etiqueta, arrastra á una complicacion diplomática. En vista sin duda de todo, y en el supuesto de que la calumnia y la injuria contra autoridades constituyen hoy el delito de *desacato* contra las mismas, por el artículo 591 edicion reformada, se hizo espresa declaracion de que en tal caso «se reputan autoridades los soberanos y príncipes de naciones amigas, ó aliadas, los agentes diplomáticos de las mismas, y los estranjeros con carácter público, que segun los tratados, convenios, ó prácticas, debiesen comprenderse en dicha declara-

cion, si bien para proceder judicialmente en tales casos, ha de preceder escitacion especial del gobierno.» Y aunque esta declaracion se hace solo hablando del *desacato*, parece que con mayoría de razon ha de entenderse lo mismo respecto del *atentado*.

Resuelta así la cuestion: nosotros en obsequio á la brevedad, reduciriamos tal vez nuestras observaciones al derecho constituido, si aquella hubiera sido resuelta definitivamente, esperando á que la práctica dicte la verdadera medida de las ventajas ó inconvenientes de la reforma; pero esta no es sino provisional hasta la aprobacion definitiva de las Córtes: en virtud de lo dispuesto en la ley antes citada de 19 de marzo, y de disposiciones recientes del gobierno, no solo la reforma, sino el Código todo se halla sometido á cuestion: ésta por lo tanto es mas hoy de derecho constituyente que de derecho constituido, y en la índole de la Enciclopedia no podemos dispensarnos de consagrar á este propósito algunas consideraciones.

No quisiéramos preocuparnos en una contienda en que no se trata menos que del principio de autoridad, y eso en grande escala; pero creemos no equivocarnos al asentar, que si científicamente pudiera demostrarse, lo que no concedemos, la conveniencia de que las autoridades maltratadas en los casos, y en el sentido de este artículo, hayan de vindicar sus ultrages, como meros particulares, siendo por el hecho ellas árbitras de no hacerlo, y la sociedad en tal supuesto, fria espectadora de criminales escándalos, que veria crecer á la sombra de la impunidad; todavía este sistema seria, en circunstancias dadas, funesto; en todas altamente peligroso. Hallamos el opuesto mas en principios de gobierno, y si fuera necesario para demostrarlo otra cosa que la mera enunciativa del primero, bastará esponer y contestar, aunque ligeramente, los fundamentos en que descansa, segun sus defensores, y así vamos á verificarlo.

Primer fundamento: *que un magistrado ú otra autoridad, no se degradan, ni faltan á su decoro, recurriendo á los tribunales en tales casos.*

La cuestion no es de mero decoro, y á serlo, no habria razon para eximir de ese medio de vindicacion á los senadores y diputados particulares, y no á los ministros de la corona, á los miembros del poder ejetivo, tambien soberano. El decoro es ciertamente uno de los elementos que constituyen una cuestion de gobierno y de pública conveniencia; pero no lo es todo. La razon seria concluyente, si no hubiera decoro tambien en que la sociedad vindicase sus propias ofensas, pues patrimonio suyo es el nervio y prestigio de las autoridades, que por ella, y para ella, están garantidas; á sus fines sirve el respeto conveniente, el temor reverencial y saludable de las mismas. Sin faltar decoro decimos, en este caso, no hay como en el contrario una alta inconveniencia y una insigne injusticia, cual es la de que el juez, el magistrado, una autoridad cualquiera, distrayéndose inevitablemente de sus sagradas funciones, robando á las mismas una atencion que nunca es escesiva, arrostrando las penalidades y resultados de una contienda jurídica, vindique á sus propias espensas, lo cual no pocas veces lo haria imposible, no un agravio suyo sino el de la sociedad, pues no es del hombre privado, lo cual caeria fuera de cuestion, sino del hombre público, precisamente como tal. Dejamos á la apreciacion de los mas prevenidos, y pues que la cuestion, como eminentemente práctica y de gobierno, debe concretarse, en primer lugar, si todas las autoridades y funcionarios públicos se hallarán siempre en posicion de sostener tales recursos á propias espensas: en segundo, cual será para los negocios públicos la situacion y estado de ánimo de una autoridad, empeñada, diariamente tal vez, en tales contiendas, pues diariamente podria estarlo en tiempos en que no es lo mas acatado, por desgracia, el principio de autoridad: y en tercero, en fin, cuál llegaria á ser el estado de una sociedad, en que siendo potestativo en las autoridades el vindicar sus ultrages, deja-

sen de hacerlo, como casi de necesidad se verian obligados á ello, estando ademas en su voluntad el separarse de una querella incoada, como asimismo el remitir la pena en su caso, pues tal es la índole de las querellas privadas, y todo esto en el destino que corren, y todavía por algun tiempo han de correr, las modernas sociedades.

Segundo fundamento: *que la prerogativa concedida á las autoridades y funcionarios públicos, no seria conforme á la índole de los gobiernos representativos, en que la ley es igualmente protectora de todos.*

Tambien aquí es preciso decir que la cuestion no es de prerogativa, ni cosa que á ello se parezca, pues no se concede á las autoridades que el ministerio público haya de perseguir las injurias y desafueros que contra ellas se cometan, como personas privadas. De haber prerogativa, en el peor sentido en que puede haberla, seria en tal caso en favor de los delincuentes, pues la sociedad renuncia á sus medios eficaces y propios de defensa, fiando la de sus agravios á la incierta y débil accion de meros particulares, no coadyuvador siquiera por el ministerio fiscal, en lo cual ganan solo los criminales, y bien se puede decir que en este caso se relaja en favor de ellos el principio constitucional de que se administre *bien y cumplidamente justicia*, pues es cierto que por tal sistema no ha de ser ni bien, ni pronto administrada, y ni de otra manera, pues por infinitas razones, algunas de las cuales ya hemos indicado, nadie la pediria, hasta que el propio esceso del mal reclamara y trajera su remedio.

Tercero: *que cuando la autoridad no se halla ejerciendo su ministerio, se confunde entre los ciudadanos particulares, y estando entonces sujeta á las mismas condiciones que estos, no ha menester de una proteccion especial, pues que no siendo posible en tal caso el desacato, las demasías contra los funcionarios públicos se reducen á la categoría de injurias privadas.*

Casi asombran las consecuencias de este principio! De él se derivaria, sin embargo, la de que en el acto de ejercer sus funciones la autoridad ha de concedérsele esa proteccion especial, lo cual seria ya en parte contra el sistema que combatimos: y como á esto se llega que hay autoridades de funciones permanentes que las ejercen, ó es preciso reputar que las ejercen, en todo tiempo, y caso, y estas son las mas, el sistema adverso quedaria falseado, casi en su totalidad, por los mismos principios que se alegan para sostenerlo: subsistiria únicamente en tres casos, á saber: cuando la autoridad fuese amenazada, denostada, etc., con ocasion de sus funciones; y por razon de su cargo, segun al principio de este artículo lo hemos esplicado: y respecto de autoridades de funciones no permanentes, fuera de los actos de servicio. En el primero y segundo caso procede la misma razon que en los actos de servicio para que la autoridad sea defendida por los poderes públicos, pues un juez, por ejemplo, un magistrado, no es maltratado entonces porque se llame Pedro ó Francisco, ni por ningun acto de la vida privada; seria porque juzgó á disgusto de los delincuentes, porque es tal juez ó magistrado en aptitud de juzgar en otros casos, teniendo el atentado entonces la criminal tendencia de quitarle la libertad de aplicar justamente las leyes. Y si al cabo la cuestion se resuelve en que la autoridad sufre, no por causa, ni interés suyo, sino de la sociedad: en que quedan amenguados su libertad y su prestigio ¿por qué ha de importar mas que esto se verifique en el acto material de ejercer aquella sus funciones, que momentos antes, ó momentos despues? Es para nosotros tan obvia la gravedad peligrosa del sistema que impugnamos, que creeríamos oscurecerla, insistiendo mas en demostrarla.

Réstanos el tercer caso, relativo á las autoridades de funciones no permanentes. Difícil y peligroso es este deslinde, cuando no lo ha hecho la ley, y esta le hace en muy contados casos. En la ordenanza, por ejemplo, de la milicia nacional, se decia, que milicianos y gefes, perderian ese carácter fuera de la formacion. Algunos otros casos pueden interpretarse así, como por ejemplo, el del fiscal y vocales de un con-

Lorenzo Arrazola

sejo de guerra, que ejercido el acto, acaban sus funciones. Pero en primer lugar decimos, que esa diferencia debe establecerla la ley, pues dejándolo á la jurisprudencia, es difícil la uniformidad, y aun sin eso, hasta que esta tuviese lugar, el principio de autoridad estaba en cuestion y sufria, y de los casos diversos, y aun opuestos, hasta llegar á la difícil uniformidad, parte de ellos tenian que ser injustos. Tampoco conviene dejar un punto de gobierno de tan vital y alta trascendencia á la intepretacion, por necesidad fluctuante, de los tribunales. En segundo lugar, que admitida la diferencia de autoridades, de funciones permanentes y no permanentes, el atentado y desacato vienen á establecerse, cuando en sentir de los patronos del sistema opuesto al que sostenemos, las autoridades no lo son, y esta escepcion ademas confirmaria la regla en contrario, de que cuando tales demasías se cometen contra autoridades en el ejercicio de sus funciones, deben estas ser protegidas por el poder público. En tercer lugar, que aun en el caso de establecerse por la ley la diferencia de autoridades de funciones perpétuas, y no perpétuas, si los desmanes contra ellas tuviesen lugar, no en el acto de ejercer sus funciones, pero sí con ocasion de ellas, ó evidentemente por razon del cargo, el atentado ó desacato en estos casos deberia ser perseguido como delito público; de otro modo se fallaria contra evidencia ó contra pruebas; y por otra parte los criminales tendrian buen cuidado de anticipar su violencia, ó retardar su venganza, si eso les daba impunidad. Diremos últimamente que en todo caso la ley, al constituirse el derecho, y los tribunales formando jurisprudencia, deben ponerse de parte del principio de autoridad, y eso en toda forma de gobiernos, cuanto mas en los representativos, en los cuales, segun espresion de la autorizada comision de códigos en su citado dictámen y esposicion á S. M. «la autoridad es esencialmente mas débil, y por lo mismo la ley tiene que fortificarla y robustecerla, franqueándole todos los medios de represion contra los ataques que pudieran dirigirla (1).»

Cuarto fundamento. *Que tal sistema es conforme al contenido en las leyes* 20 *y* 21, *tit.* 9, *Part.* 7, *que hablan de las injurias, sin indicar diferencia de procedimientos, ora aquellas sean contra autoridades, ora contra particulares.*

Que las citadas leyes de Partida hubieran adoptado el sistema que se supone, seria una razon atendible; pero no decisiva, pues otros tiempos y otras formas de gobierno podian requerir otra cosa, y no hay duda en que otros tiempos corremos, y otra es la forma de gobierno que nos rige. Desde luego concedemos que en la época de las Partidas el sistema que impugnamos tenia menos inconvenientes, y aun podia no tener ninguno, por los diversos y muy eficaces modos con que podia ocurrirse al desagravio y á suplir la negligencia de las autoridades ofendidas en acusar los atentados y desacatos contra las mismas por accion privada de injurias, y bien podian dichas autoridades abandonar de todo punto el uso de semejante derecho, ya que á eso se redujeran sus medios de desagravio, sin riesgo, ni perjuicio alguno de la sociedad. El soberano entonces por la plenitud de su poder, y las autoridades superiores por sus facultades gubernativas discrecionales, podian acudir á la represion de cualquier atentado contra la autoridad ó el órden, aun sin forma de juicio alguna vez, y sin tener que responder á nadie. En este punto no se desconocerá lo infinito que han cambiado los tiempos, y la necesidad que hay de distinguirlos, para concordar los derechos. Y así con efecto lo ha reconocido la nueva legislacion penal, pues las heridas que por la citada ley 20 de la Partida eran reputadas injuria privada, en el código de 1848 son calificadas de delito público, en cuanto á su persecucion (2). ¿Y en cuantas otras cosas no ha sido innovada por el Código la antigua legislacion

(1) Ortiz de Zúñiga, Código penal reformado, nota 58, folio 38.
(2) Art. 334 hoy 443.

de Partida? Por eso hemos dicho que la invocacion de estas no es, ni puede ser, una razon decisiva.

Pero hay ademas que las espresadas leyes 20 y 21 no contienen el sistema que se pretende. Habla, sí, la primera de ellas *de las deshonras*, en equivaleneia de injurias, y las divide en leves, y *atroces* ó graves, comprendiendo en esta segunda clase, entre otras, las que «son fechas.... al juzgador por alguno de aquellos que él, á poder de apremiar, porque son de su jurisdiccion.» Trata la ley 21 de «que enmienda debe recibir aquel á quien es fecha deshonra,» y despues de manifestar la dificultad de establecer penas especiales y determinadas para cada clase de injurias, dejándolo á la prudencia del juez, segun la clase de ellas y sus circunstancias, ordena y dice: «tenemos por bien, é mandamos, que cualquier que reciba tuerto, ó deshonra, que pueda demandar enmienda de ella en una de estas dos maneras y cual mas quisiese: la primera que faga el que lo deshonró enmienda de pecho de dineros: la otra es en manera de acusacion, pidiendo que el que le fizo el tuerto, que sea escarmentado por ello, segun albedrio del juzgador, etc.»

Desde luego se ve que la ley 20, por lo que hace á la presente cuestion, habla solo de las deshonras hechas *al juzgador*, y no menciona á las demas autoridades: y aun respecto del juzgador, espresa solo las injurias que le irrogasen *los que son de su jurisdiccion*: y como el número de autoridades civiles y eclesiásticas, políticas, diplomáticas, militares, económicas, etc., *no jueces*, es inmenso: como es mas inmenso todavia el número de españoles y estranjeros, que sin ser de la jurisdiccion de un juez, por estensa que esta sea, pueden denostarle ó maltratarle, de aquí es que la mayoría de los casos de atentado y desacato, puede decirse sin aventurar, que 95 de cada 100, dejan de venir comprendidos en las dos citadas leyes de la Partida, y seria imposible por lo tanto sostener que en estas se contiene el sistema que combatimos, aboptado por el Código penal de 1848.

En tercer lugar, por la ley 21 de la Partida, la pena de la injuria, ó deshonra á la autoridad, ó con mas exactitud; no á la autoridad, sino *al juzgador*, á cuyo caso limita aquella su sancion, era arbitraria: y tal rigor podian desplegar los tribunales, segun los tiempos y las circunstancias del hecho, que él solo, en los pocos casos en que un juez se decidiera á acusar, contubiera la audacia. En el Código penal de 1848 no es así; sino que la injuria, como los demas delitos, tienen marcada una pena fija.

Ademas: decirse en la mencionada ley 21 que el que recibe injuria, puede pedir enmienda de ella, no es escluir otro medio de perseguir los desacatos y atentados contra autoridades, así como sucedia y sucede en los demas delitos, en los cuales, con raras escepciones, pueden tomar la iniciativa de acusacion, y despues coadyuvarse, el particular ofendido, y el mimisterio fiscal: y sabido es que en la legislacion de Partidas se procedia en la persecucion de los *malos fechos, por acusacion, por denuncia y de oficio*, con la circunstancia de que, en cuanto á la acusacion y denuncia, se daba *accion popular* (1), la cual por cierto, por lo que hace á la acusacion, se negaba á los jueces, ora por ser adversarios poderosos, ora porque no podian ser condenados á la pena del talion, ora, en fin, porque no se distragesen del cumplimiento asiduo de su cargo (2). Los merinos y oficiales, ó funcionarios públicos, tenian ademas el deber de noticiar al rey, por la via reservada, de los *yerros y maleficios* que ocurriesen en los lugares en que vivian (3). ¿Quién impediria que un particular, indignado por la gravedad, ó circunstancias de un esceso, lo acusara? ¿Qué un oficial público lo denunciase al rey? ¿Que lo hiciese el mismo juez denostado ó maltratado, si razones poderosas, ora privadas, ora de pública conveniencia, le hiciesen preferir este medio? ¿Quién impediria, en fin, que el soberano, enterado

(1) Preomio al lib. 1, Part. 3: leyes 2, 26 y 28 del mismo titulo y Partida.
(2) Gregorio Lopez, glos. 3 á la ley 2, tit. 1, Part. 7.
(3) Ley 5, tit. 1, Part. 7.

por sus merinos y oficiales, por la fama pública, por el escándalo y gravedad misma del hecho, atento á reprimir la audacia, y á vigorizar el principio de autoridad, ora castigase el hecho estrajudicialmente, ora mandase instruir procedimientos de oficio? Ninguna prohibicion, ninguna esclusiva se contiene en la ley, que pudiera cerrar el camino á tantos y tan diversos y eficaces medios de vindicar el principio de autoridad contra toda demasía. En el sistema que combatimos, consignado en el Código penal de 1848, no es así: la calumnia y la injuria no se castigan, sino á querella de la parte ofendida (1). Llégase á esto que la injuria de hecho de que habla la ley 20, segun se pretende, como injuria privada, es reputada *fuerza*, y como tal, es delito público por leyes posteriores de la misma Partida (2); y que asimismo es reputada delito público la amenaza ó intimidacion, causada por meras vociferaciones y con allegamiento de gentes, pero sin pasar á vias de hecho, y solo «amenazan encubiertamente, diciendo que ellos verán cuales son los que les facen perder lo suyo ó dicen otras palabras subversivas, semejantes destas, ó facen perder desta manera á los homes su derecho, por que los testigos non osan decir contra ellos su testimonio por miedo que han: ó por que los voceros non se atrevan á razonar los pleitos tan afincadamente como deben: ó por que los juzgadores se recelen de dar la sentencia contra ellos (3).....»

Despues de todo esto creemos que es imposible que la indefension de la autoridad, que el sistema que combatimos, sea el mismo que el adoptado por las citadas leyes 20 y 21 de la Partida.

Si por otra parte no hay una razon mayor contra una ley que otra ley posterior y contraria, y aun cuando sea simultánea, si así se espresa en la doble sancion ¿qué importaria que el sistema de las Partidas fuera el que se pretende, si las del ordenamiento, y despues las recopiladas, establecen lo contrario, como inmediatamente indicaremos?

Sesto fundamento. *Que el sistema que se dice adoptado por las leyes de Partida, lo fue tambien por las recopiladas, citando en comprobacion la* 3, *tít.* 25, *lib.* 12 *de la Nov. Recop.*

Ciertamente que en la citada ley se previene que por injurias puramente verbales, no se proceda sino á querella de parte. Pero tambien lo es que en ella solo se habla de las injuriras verbales y no de las de hecho, y que así esta ley, como la 1 y 2 de dicho título, hablan indudablemente, no de atentados, ni desacatos; sino de injurias privadas ó entre particulares, mientras por otras leyes del propio código, y aun del propio título, muchas de ellas posteriores en colocacion y en tiempo, se establecen severas penas contra los hijos que en presencia, ó en ausencia, pública, ó privadamente, denostasen á sus padres (1): pudiendo procederse de oficio, ó por acusacion pública, con premio para el acusador, y reproduciendo ademas las penas establecidas por las leyes de Partida (2): contra los criados que de palabra ó por obra maltratan á sus amos (3): y por último todo el título 10 del libro 12 de la Nov. Recop., reproduciendo las leyes del ordenamiento de Alcalá, de preferente autoridad á las de Partida, y entre las cuales no dejan ningun lugar á la duda la 3, y muy señaladamente la 9, que reiterando y ampliando el *desafuero* ya establecido por la 8 dice, comprendiendo las demasías de palabra y de hecho, hoy clasificadas en *atentados y desacatos* en la reforma del Código: «He tenido á bien mandar se haga entender y publicar, que no solo están desaforados los militares que hiciesen resistencia formal á las justicias; sino que tambien los que cometieren algun desacato contra ellas, de *palabra ú obra*; en

(1) Art. 361.
(2) Ley 1, tit. 10, Part. 7.
(3) Ley 3, tit. 10, Part. 7.

(1) Ley 4, tit. 25, lib. 12, Nov. Recop.
(2) Leyes 1, 6, 20 y 21, tit. 9, Part. 7 y 4, tit. 5, Partida 6.
(3) Ley 5, tit. 25, lib. 12, Nov. Recop.

cuyo acto *podrán estas prender y castigar* á los que lo cometieren.»

Si á todo lo dicho se agrega la jurisprudencia uniforme y constante del procedimiento de oficio por las demasías de hecho ó de palabra contra la autoridad, no solo será infundado; sino imposible hallar apoyo para el sistema opuesto, ni en las antigüas leyes, ni en la práctica de los tribunales.

Séptimo fundamento. *Que el Código penal de* 1848 *no deja indefensa á la autoridad; y antes están dictadas en su obsequio para todos los casos las disposiciones* 16, 19 *y* 20 *del artículo* 10 *del mismo.*

Efectivamente, segun dichas disposiciones, es circunstancia agravante en todos los delitos, el perpetrarlos en desprecio, ó con ofensa de la autoridad pública, ó en el lugar en que esta ejerce sus funciones, con ofensa, ó desprecio, en fin, del respeto debido á la dignidad del ofendido. Pero las circunstancias agravantes son como la sombra, que no existe sin cuerpo. ¿Qué importa que la pena pueda agravarse, sino se dá, sino llega á existir, por la dificultad de que una autoridad pública se resuelva siempre á entrar en la via de acusacion privada, superior en infinitos casos á sus fuerzas y recursos? El aumento de la pena por otra parte, en virtud de las circunstancias agravantes, no ocurre de ninguna manera á los inconvenientes, y hasta á la injusticia de obligar á una autoridad á vindicar á sus espensas agravios que no son personalmente suyos, y que en todo evento defenderá con una desventaja, que solo es útil á los delincuentes, y peligrosa para la sociedad.

En vista, pues, de lo dicho, concluimos este punto repitiendo que hallamos altamente político, conveniente, y justo, que la sociedad vindique sus derechos y persiga sus agravios; y que todo desafuero contra la autoridad, sea atentado, desacato, cualquiera que sea la denominacion que le corresponda, debe ser perseguido por el ministerio público, y que en todo caso de duda, sobre ese principio precisamente, y no sobre otro, debe formarse jurisprudencia.

Ocioso es prevenir que en el hecho de hablar de atentados y desacatos, concretamos nuestro juicio y observaciones á la ofensa pública, recibida por la autoridad en el acto de ejercer sus funciones, con ocasion de ellas, ó por razon del cargo; y de ninguna manera de la meramente privada que puede recibir la persona que ejerce la autoridad, lo cual ha de resolverse por la decision de la ley, y en los casos en que esta necesite de interpretacion, por las reglas de crítica racional y legal.

Puede todavía suscitarse la cuestion de si es permitido, y en caso afirmativo, si es conveniente permitir, á las personas constituidas en autoridad, acusar por sí las ofensas, de que queda hecho mérito, sin esperar la intervencion fiscal; ó coadyuvar la accion de este ministerio. Lo contrario es lo que creemos mas conforme á la pública conveniencia, y al rigor de los principios, bien que en ese caso deberia obligarse á la autoridad ofendida á dar conocimiento oficial de la ofensa, y á suministrar todos los datos probatorios y de instruccion que asegurasen la accion de la justicia. Esta cuestion, que es á un tiempo de derecho constituido, y derecho constituyente, considerada bajo el punto prático del procedimiento, la tratamos en el párrafo 7.°

Concluiremos el presente párrafo, haciendo notar, que varias disposiciones vigentes, no citadas en él, coinciden exactamente con nuestra teoría, pues si bien son relativas á los delitos de imprenta, su base y sus razones son las mismas que las nuestras, esto es, el principio de autoridad, la conveniencia, y la justicia de que la sociedad vindique sus propias ofensas, y ataje los estragos de la impunidad y de la audacia por sus propios medios, siempre mas eficaces y adecuados, en vez de encomendar este vital y supremo deber á manos, por necesidad mas débiles, y que aun cumpliendo su encargo, no podrian hacerlo sino con perjuicio del mejor servicio del Estado, segun creemos haber convencido en el cuerpo de este artículo.

En cuanto á las disposiciones á que nos

referimos, citaremos en comprobacion el artículo 36 del real decreto de 9 de abril de 1844, que declara sediciosos los escritos que esciten á la desobediencia á las leyes, ó á las autoridades: el 2 del real decreto de 6 de julio de 1845 que declara sediciosos asi mismo los escritos «que con amenazas, ó dicterios traten de coartar la libertad de los jueces y funcionarios públicos, encargados de perseguir y castigar los delitos:» y los artículos en fin 24 y 25 del mismo decreto, que supuesta la índole y tendencia de los mencionados escesos, atribuyéndoles, como es justo, el carácter de delitos públicos, encarga su persecucion al ministerio fiscal, haciendo mencion espresa de las «calumnias é injurias contra los tribunales, corporaciones, ó clases del Estado.»

§. 5.° *Penalidad del atentado. Legislacion comparada.*

En general la penalidad del atentado por el Código español se censura de severa y aun escesiva, y nosotros no diremos que no lo sea, como lo es toda la de este cuerpo legal, en el cual, sobre no escasearse la de pena de muerte, se ven cuatro penas perpétuas, sobre muchas de una duracion de doce á veinte años, cuando antes la pena temporal de mayor duracion era de diez años con retencion, la cual prácticamente se reducia á la duracion de doce años. Pero es preciso tener en cuenta en primer lugar, que en cuestiones, como la de atentado, en que nada menos se compromete que el principio de autoridad y el órden público, en todos los tiempos, y en todas las legislaciones las penas han sido severas: y segundo, que el Código español, por las circunstancias en que se ha dado, ha sido á la vez un Código penal y una ley de gobierno, y aun una ley de asonadas, sometida por lo tanto en escala mas alta que otras á la condicion inherente á la legislacion penal, de ser por necesidad mas variable que la civil, y sujeta por lo mismo, como el Código de 1848, y á su vez el modificado de 1850, á mas frecuentes mutaciones y reformas, bajo cuyo supuesto no puede dejar de ser importante la reseña jurídica de la legislacion comparada, á que por tanto consagramos el presente párrafo. Ofrece no poca dificultad en este punto la falta de uniformidad en la nomenclatura de los delitos, pues no solo en diversas legislaciones; sino en una misma, como la nuestra, no siempre una misma voz espresa los mismos delitos, ni en su calidad, ni en su cualidad. Así vemos que en las leyes de Partida la palabra *deshonra* comprendia las injurias privadas, el desacato, y algun caso del atentado en el sentido del Código, como los golpes y heridas inferidas á una autoridad: en la voz *fuerza*, se comprenden la sedicion y algun caso de mero atentado, en el sentido tambien del Código actual: y últimamente, en este mismo en la palabra *injurias* se comprendia antes de la reforma el desacato, segun hoy se define y aun el atentado, por lo que hacia á las injurias de hecho. La razon, pues, del jurisconsulto y del juzgador, es la que ha de hacer la debida apreciacion y reduccion de casos al examinar en este y otros artículos la legislacion comparada.

No es menor la diferencia que hay entre unas y otras legislaciones en cuanto á la penalidad del atentado, y no ya en las legislaciones antiguas; pero aun en las modernas.

Y con efecto, empezando por nuestras leyes de Partida, vemos que segun la 20, tít. 9, Part. 7, se castigaban los golpes y heridas á la autoridad con pena *arbitraria*: por la 8, tít. 10 de la misma Partida la *fuerza*, en la cual se comprenden los golpes, heridas, é intimidacion armada á la autoridad, todo con allegamiento de personas, al tenor de las leyes anteriores del propio título, lo cual todo se comprende hoy en el atentado, con *deportacion perpétua y confiscacion* de bienes, no teniendo el delincuente herederos forzosos: si la fuerza ó atentado era sin armas, con pena de *destierro, ó relegacion, y confiscacion de la tercera parte* de sus bienes: con *pérdida del ofi-*

cio ó cargo público, si lo tuviere, é *inhabilitacion perpétua* para obtener otro: y con *pena de muerte*, si el delincuente era esclavo, y habia obrado por propio impulso: si por mandato de su amo, era el esclavo adjudicado al fisco.

Por las leyes 10, 11, 12, 13 y 14, tít. 20 del ordenamiento de Alcalá, que hoy son la 1, 2, 3, 4 y 5, tít. 10, lib. 12 de la Novísima Recopilacion, se castigaba á los que hiriesen ó prendiesen á los del Consejo, alcaldes de corte, adelantados ó merinos, con la pena de *muerte* y *confiscacion* de la *mitad de sus bienes*: á los que prendiesen á los alcaldes mayores de Toledo, Sevilla, Córdoba, Murcia y Algeciras, y alguaciles mayores en dichos puntos, con la pena de *muerte* y *confiscacion de todos sus bienes*, no incurriendo, sin embargo, en la nota de *aleve*: y por solas heridas, con la de *diez años de galeras*: al que prendiese á los que *anduviesen* con dichas autoridades, con la pena de *muerte*: al que solo los hiriese, con *diez años de destierro* y *confiscacion* de la *mitad de sus bienes*: á los que juntasen gente, en fin, con armas, ó sin ellas, contra alguna de las autoridades y ausiliares, hasta aquí espresados, con *diez años de galeras* y *confiscacion* de la *mitad de sus bienes*, á los gefes; y con la *mitad de dichas penas* á los meros ejecutores.

El delito frustrado en los casos anteriores era penado con *dos años de destierro* y *multa de* 6,000 *maravedís*, si el delincuente era hidalgo ú hombre honrado; en otro caso con *un año de cadena* y *dos de estrañamiento*: si fuere vago ó baldío, en fin, con *cincuenta azotes* y *un año de cadena*, cuyas penas, sin embargo, *podian aumentar los tribunales*, segun las circunstancias.

Los que para todo creen que pueden ser invocadas las leyes de Partida y las Recopiladas, contra las disposiciones del Código penal, hallarán aquí, sin embargo, un notable contraste, y hasta un notable ejemplo de rigor, debiendo todavía tener presente que nunca en aquellos tiempos el principio de autoridad estuvo tan atacado, como lo es en el dia, en que no solamente la autoridad es esencialmente débil; sino que los ataques contra ella, partiendo alguna vez de motivos y fines políticos, ni aun ocultan la tendencia á la subversion social.

Mas por la ley 6 del dicho título y libro de la Novísima Recopilacion, ordenó el señor don Felipe II que en los casos de resistencia á la autoridad, las penas corporales se conmutasen en *vergüenza*, y *ocho años de galeras*, sin perjuicio de *aumentar* esta pena, *segun la gravedad del caso*.

Por la ley 10, en fin, del propio título, el señor don Cárlos III impuso *pena de la vida* á los contrabandistas y bandidos que hiciesen resistencia á la fuerza pública, destinada á su persecucion.

Reseñaremos ahora el derecho moderno criminal de la mayor parte de los Estados de Europa para concluir con la esposicion de la penalidad adoptada en los Códigos modernos españoles, esto es, en el de 1822 y 1848, y su reforma de 1850.

Empezando por el Código penal francés, es, conforme á él, *delito* ó *crímen*, segun las circunstancias mas ó menos agravantes, *todo ataque*, *toda resistencia* y *vias de hecho* contra los oficiales ministeriales, incluyendo en esta clase hasta á los recaudadores de contribuciones, los comisionados de apremio, los guardas de bosques y los del campo; debiendo tener presente el carácter público que disfrutan estas dos clases en Francia, como encargados en su esfera de la policía judicial (1): si los delincuentes pasasen de veinte personas, y la violencia fuese cometida con armas, la pena será la de *trabajos forzados por tiempo* (de cinco á veinte años): sin armas, la de *reclusion* (de cinco á diez años) (2): si la reunion ha sido de tres á veinte personas con armas, la pena será la de reclusion; sin ellas, la de seis dias á seis meses de prision (3): siendo en fin solamente uno ó dos delincuentes, armados, la pena es la de seis meses á dos años de prision;

(1) Art. 209.
(2) Art. 210
(3) Art. 211.

sin armas, la de seis dias á seis meses (1). Es de notar que á las penas de reclusion y de trabajos forzados van anejas las de *degradacion civil*, ó *interdiccion legal*, en virtud de la que se dá tutor al penado, y alguna vez la de una hora de esposicion á la *vergüenza pública* antes de empezar á cumplir las otras condenas. Ademas de esto, todo individuo que con armas, ó sin ellas, pusiese manos en un magistrado, en el acto de ejercer sus funciones, ó con ocasion de ellas, pero sin causar heridas, será castigado con la pena de *dos á cinco años de prision*; y si el atentado tuviese lugar en el acto de audiencia de un tribunal colegiado, se agregará á aquella pena la de *degradacion civil* (2), *y en uno y en el otro caso puede el culpable ser desterrado del lugar de la residencia de la autoridad ofendida por tiempo de cinco á diez años* (3).

Segun el Código austriaco, uno de los casos en que se comete el delito de *violencia pública*, es cuando una ó muchas personas, con armas ó sin ellas, sin causar motin, resisten á un juez ó magistrado, ó sus delegados, en los actos propios de su cargo, y lo mismo á la fuerza pública, encargada de ejecutar alguna órden, amenazándoles gravemente, ó pasando á vias de hecho, aun cuando no resulten heridos (4). El reo de este delito será castigado con la pena de *prision dura con trabajos forzados* por tiempo de seis meses á un año, y habiendo hecho uso de las armas, ó causando heridas ú otras lesiones, con la misma clase de pena *de uno á cinco años* (5).

Por el Código de las Dos Sicilias, todo el que obligue por medio de violencia ó amenazas á un oficial público, ó á un agente de la administracion, á que hagan ó dejen de hacer algun acto propio de su cargo, será castigado con la pena de *relegacion* (de seis á diez años), cuya pena *podrá aumentarse* hasta la de *reclusion*, que agrega trabajos obligatorios (1).

Todo ataque ó resistencia, con violencia por vias de hecho (pero sin que tenga los caractéres de violencia pública), cometido contra los agentes ministeriales, encargados legítimamente de un servicio público, ó agentes de la fuerza pública, ocupados en la ejecucion de las órdenes ó reglamentos de la autoridad, será castigado con la pena de *prision* del *primero al segundo grado*, si concurriesen una ó dos personas; y con la misma pena del *segundo al tercer grado*, si concurriesen tres mayor número, quedando salva á los interesados la accion para repetir, contra los que hubiesen resistido, los perjuicios é intereses que de la no ejecucion del acto les resultaren (2). Si la resistencia, ó el ataque, previstos por el artículo 178, van acompañados de violencia pública, serán castigados con el *primer grado de hierros* (de siete á treinta años con esposas ó cadena al pié) (3).

No se impondrá pena alguna por el solo hecho de ataque, ó resistencia previstos por los artículos 178 y 181, contra los que habiendo intentado, ó dado principio á la perpetracion del crímen, hubieren abandonado su ejecucion ulterior á la primera advertencia de la autoridad, salvas las penas que lleven consigo los otros crímenes que hayan podido cometerse, y sin perjuicio de llevar á cabo lo que respecto de los gefes de la banda dispone el artículo 167. En los casos de exencion de la pena, podrán los culpables ser sometidos *á la garantía*, esto es, a caucion (4).

Las disposiciones de los artículos precedentes son aplicables á los ataques ó resistencias con violencia ó amenazas dirigidos contra los empleados públicos en el ejercicio ó por razon de ejercicio de su cargo, ó contra los empleados, ó agentes de la policía ó de la fuerza pública, cuando fueren cometidos: 1.° por los artesanos ó jornaleros en los talleres públicos de artes, ó ma-

(1) Art. 212.
(2) Arts. 23, 28 y 29.
(3) Art. 229.
(4) Art. 70.
(5) Art. 71.

(1) Art. 173.
(2) Art. 178.
(3) Art. 181
(4) Art. 185.

nufacturas: 2.° por los acogidos en los hospicios públicos: 3.° por los presos, procesados, acusados ó sentenciados, aun cuando en el momento del crimen no se encontrasen en el establecimiento público (1).

El Código del Brasil castiga con *prision y trabajos* de uno á cuatro años, ademas de las penas que lleva consigo *la violencia física*, á los que de cualquier modo se opongan con fuerza á la ejecucion de las órdenes legales de las autoridades competentes, si en virtud de la oposicion no hubieran podido aquellas ser ejecutadas, ó si los encargados de ello hubieren sufrido alguna violencia pública de parte de los resistentes: si las órdenes no dejaron de ejecutarse, y no resultase tampoco ofensa alguna física, la pena será la de prision con trabajos de seis meses á dos años (2). Las amenazas de violencia, capaces de intimidar á un hombre *de firmeza ordinaria*, se equiparan para la pena á la oposicion por medio de la fuerza física (3). El delito espresado en estos artículos se llama de *insurreccion*, distinto de los de rebelion y sedicion.

Viniendo ya á nuestra legislacion moderna, tenemos que por el Código español de 1822, el que de hecho y á sabiendas, y fuera del caso contenido en el artículo 287 del mismo (el de sedicion), resistiere, ó impidiere la ejecucion de alguna ley, auto de justicia, reglamento, ú otra providencia de la autoridad pública; sufrirá una *reclusion*, ó *prision de uno á cuatro años, aumentándosele una cuarta parte*, si para ello usase de alguna arma, cualquiera que sea. Pero si hiciese la resistencia con armas de fuego, acero ó hierro, será la pena *de dos á ocho años, sin perjuicio en ambos casos de cualquiera otra en que incurra por la violencia que cometiere*. Los funcionarios públicos que como tales incurran en este delito, serán castigados con arreglo al capítulo 6.° de esta parte (4).

Si alguno de los delitos espresados en el artículo anterior fuere cometido por una reunion tumultuaria de personas, que llegando á cuatro no escedan de cuarenta, y en que cuatro ó mas hayan usado de armas de fuego, acero ó hierro, se impondrá á los cabezas, directores y promotores, la pena *de tres á diez años de obras públicas*, y á todos los demas reos indistintamente la de *dos ó ocho años* de prision ó reclusion, rebajándose á unos y á otros, la cuarta parte de la pena respectiva, si hubieren hecho uso de armas de otra clase. Si no se hubiere hecho uso de armas por cuatro, ó mas individuos, los cabezas, directores y gefes, sufrirán una reclusion de *diez y ocho meses á seis años*, y todos los demás reos indistintamente la de *un año á cuatro* (1).

El Código penal, pues, de 1848, segun tenemos indicado en su art. 189, establecia lo siguiente:

«Los que con violencia acometieren ó resistieren á la autoridad pública ó sus agentes en el acto de ejercer su oficio, serán castigados con la pena de prision menor.»

El Código reformado de 1850, en el artículo 190, establece:

«Art. 190. Los atentados comprendidos en el artículo anterior (citado al principio), serán castigados con la pena de prision menor en su grado medio á prision mayor en en el mismo grado (de 5 á 9 años no tomando en cuenta las fracciones) y multa de 50 á 500 duros, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1.° Si la agresion fuere á mano armada.

2.° Si los reos fueren funcionarios públicos.

3.° Si los delincuentes pusieren manos en la autoridad, ó en las personas que acudieren en su ausilio.

4.° Si por consecuencia de la coaccion la autoridad hubiere accedido á las exigencias de los delincuentes.

Sin estas circunstancias la pena será la de prision correccional en su grado medio

(1) Art. 184.
(2) Art. 116.
(3) Art. 117.
(4) Art. 321.

(1) Art. 323.

á prision menor en el mismo grado y multa de 30 á 300 duros.

Si los reos fueren reincidentes, la pena en el primer caso será la de prision menor en su grado máximo á prision mayor (de 6 á 12 años) y multa de 50 á 500 duros; y en el segundo la de prision correccional en su grado máximo á prision mayor y multa de 30 á 300 duros.»

De lo dicho se infiere y debe notarse: 1.° cuán severamente es castigado por todas las legislaciones penales un delito, que aun teniendo sobre sí el mas grave de sedicion, ataca sin embargo el principio de autoridad; cuestion que si en todos tiempos ha sido y será de primera importancia, hoy puede reputarse que ella sola constituye la gran cuestion social, la mayor y mas tremenda que haya podido agitarse desde que hay sociedades, segun es preciso comprenderla, atendido el turbulento espíritu y tendencias de subversion que la distinguen.

2.° La falta de conformidad técnica en la clasificacion de los delitos, no solo en nuestras leyes, sino en las de todos los estados, comparadas entre sí: y 3.° que tampoco hay uniformidad en un punto, aun mas trascendental, como es el caso ú objeto material del atentado ó resistencia, pues unos códigos, segun se ha visto, lo limitan al acto de ejercer la autoridad sus funciones: otros comprenden el acto de la ejecucion y el atentado que tenga lugar con ocasion de haberlas ejercido: y otros en fin, estos dos casos y el de que el atentado contra la autoridad se verifique por solo el hecho de que una autoridad lo es, en lo cual el Código actual español lleva ventaja á los demas, puesto que, no hay medio: si la autoridad debe ser protegida por una razon de utilidad y conveniencia de las sociedades, que se identifica con la existencia de las mismas, lo debe ser en todo tiempo y caso, *en el acto de ejercer sus funciones, con ocasion de ellas, y aun por razon del cargo.*

§ 6.° *Del desafuero en los casos de desacato contra la autoridad.*

Considerado, como de tal gravedad, el atentado entre las autoridades por todas las legislaciones, castigado con la severidad que acabamos de ver, no debia faltar á su represion el último ápice de la pena, el desafuero del delincuente, y desde muy antiguo se halla así ordenado por nuestras leyes, en las cuales, por lo que hace á la jurisdiccion ordinaria y militar, prevalece la siguiente máxima: *los atentados y desacatos contra la autoridad han de ser castigados por la misma autoridad ofendida.* ¿Hay mas utilidad para la justicia en sustraer al criminal al influjo, para él favorable, del espíritu de clase ó de cuerpo, sometiéndolo por el contrario al fallo de una autoridad ofendida, y por tanto, en cierto modo interesada y prevenida en su perjuicio? No es este el lugar de esplanar esta cuestion, cuya importancia y aparente gravedad, desaparece, considerando, que así son juzgados, sin inconveniente para la justicia, un número de delincuentes del fuero comun, infinitamente mayor que el de los aforados; y que nunca en el caso supuesto la autoridad que conoce es personalmente la misma ofendida, que por el contrario se inhibe, pasando el conocimiento al que por la ley le sustituye ne casos análogos.

Viniendo al derecho constituido, tenemos que ya en 1593 el señor don Felipe II declaró desaforados, y sometidos al fuero comun, á los estudiantes que hiciesen resistencia á la autoridad (1). Posteriormente, en 1637 por bando del consejo se mandó, que los alcaldes de corte y las justicias ordinarias del reino pudiesen proceder contra los soldados que les hiciesen resistencia, aunque estos fuesen de la guardia real, sobre lo cual no habia lugar á competencia, ni otro recurso, sino que principalmente habian de conocer las justicias ordinarias (2).

Desde luego se ve que estas disposiciones no comprendian de lleno el fin del legislador, pues hablando solo de la resis-

(1) Ley 7, tit. 10, lib. 12, Nov. Recop.
(2) Ley 8, tit. 10, lib. 12, Nov. Recop.

tencia, y solo de los estudiantes y de los soldados, habia lugar de dudar, si causaban desafuero el acometimiento, y las injurias y denuestos, cometidos, sobre todo, por otra clase de personas: á todo lo cual se ocurrió en 1784 por el señor don Cárlos III, declarando «que no solo estaban desaforados los militares que hiciesen resistencia formal á las justicias, sino tambien los que cometieren algun desacato contra ellas de palabra ú obra, en cuyo acto podrán estas prender y castigar á los que lo cometieren (1).» En la misma ley se reiteró la máxima indicada por nosotros al principio de este párrafo, y que ya la legislacion militar habia admitido, como veremos mas adelante, disponiendo que en igual forma los jueces militares pueden prender en el octo y castigar «á los individuos de otro fuero que cometieren desacato, ó falta de respeto contra ellos.»

El mismo señor Cárlos III estendió el desafuero á los bandidos y contrabandistas que hicieren resistencia á la fuerza pública encargada de su persecucion, ora bajo el mando y por órden de autoridades militares, ora como ausiliar de las justicias ordinarias (2).

El desafuero no quedó, sin embargo, fuera de controversia; no por la jurisdiccion ordinaria, sino por la militar, y menos aun por esta, que por la incoherencia de nuestras leyes; si bien la jurisprudencia ha reparado esta falta de fijeza y de sistema, como vamos á ver.

Y con efecto: sobre las disposiciones del derecho comun, que quedan mencionadas, la Ordenanza del ejército dispone lo siguiente:

«El individuo dependiente de la jurisdiccion militar, de cualquier especie ó calidad que sea, que incurriere en los delitos de resistencia formal á la justicia..... perderá el fuero de que goza, y quedará por la calidad de semejante suceso sujeto al conocimiento de la justicia ordinaria del territorio en que le cometa, con inhibicion absoluta de la jurisdiccion militar de que naturalmente dependa (1).»

El que con mano armada embarazase á los ministros de la justicia ordinaria sus funciones, será sentenciado por la jurisdiccion á quien agravie con la pena que corresponda (2).

Por supuesto que no está, ni podia estar en práctica la segunda parte de este artículo de la Ordenanza, segun la cual la sentencia dictada por la justicia ordinaria no debia ejecutarse sin que la misma remitiese el proceso al capitan general, y este al Consejo de la Guerra, para que con vista de todo declarase si resultaba ó no comprobada la resistencia. Parece imposible que tal disposicion formase parte de una ordenanza tan justamente celebrada. Sin tomar por nada la pérdida del tiempo y tareas invertidas en un procedimiento, que podia muy bien ser trabajoso, si la autoridad militar imponia su veto, tendriamos que en gran parte quedaba frustrada la mira saludable del desafuero, y que por lo tanto quien realmente quedaba desaforada era, digámoslo así, la jurisdiccion ordinaria, cuyos actos venian á ser residenciados por la militar, la cual por otra parte, en posesion esclusiva de resolver las dudas, era harto de temer que alguna vez, y no sucederia pocas, tomase por consejero el espíritu de cuerpo. Lo que se practica es que los tribunales ordinarios, si prenden *in-fraganti*, dan conocimiento al gefe de los reos militares, y si no al reclamar la persona de estos. Si todavia la autoridad militar cree tener motivos para resistir el desafuero, entabla contienda de competencia, ó con su negativa á la entrega, dá lugar á que se entable por la otra parte, y se sigue lo ordenado para este caso por las disposiciones vigentes para la decision de las competencias.

No se opone á lo dicho, ni tiene tampoco aplicacion, lo dispuesto por la ley 2, tít. 4, lib. 6 de la Novísima Recopilacion, segun

(1) Ley 9, tit. 10, lib. 12, Nov. Recop.
(2) Ley 10, tit. 10, lib. 12, Nov. Recop.

(1) Art. 1, tit. 2, trat. 8, y ley 18, tit. 4, lib. 6 Nov. Recop.
(2) Art. 28, tit. 10, trát. 9 de la Ordenanza.

la cual las justicias ordinarias podian proceder por de pronto contra los militares residentes en el territorio de su jurisdiccion; pero debiendo remitir la causa, luego que estuviese en estado de sentencia, al capitan general para que la fallase, con las apelaciones para ante la autoridad militar competente; pues dicha ley, siendo del año de 1716, y aun cuando su disposicion fue reproducida por la Ordenanza de 12 de julio de 1728, cap. 6, es anterior á la cédula de 1.° de agosto de 1784, que es la ley 9, título 10, lib. 12 de la Novísima Recopilacion ya citada, y á la ordenanza de 1768.

No obsta, tampoco, lo ordenado en la cédula de 8 de marzo de 1793, que es la ley 21, título y libro citados de la Novísima Recopilacion, pues aunque declaraba la procedencia del fuero militar, en cualquier delito que se cometiese, con derogacion de todas las disposiciones contrarias, no pudo ser derogada por ella la Ordenanza naval de 1802, cuyo cap. 25, tít. 34 establece tambien el desafuero por resistencia á la justicia, que castiga con la pena de muerte.

Todavía puede ocurrir una grave dificultad en la práctica, y es otro de los casos en que es notable la falta de uniformidad entre las diversas legislaciones penales, aunque todas parten de la misma base y se encaminan al mismo fin, que es la defensa del principio de autoridad, que no está seguramente representado por una sola clase de funcionarios públicos. El Código penal español de 1848, lo mismo que el reformado de 1850, hablan del atentado *contra la autoridad pública* y *sus agentes*, cuya generalidad dilata hasta un grado considerable la esfera del delito: el Código penal de 1822, hablaba de la resistencia al cumplimiento de *alguna ley*, *acto de justicia*, *reglamento* ú *otra providencia de la autoridad pública*. El Código francés estiende su sancion al atentado contra *los oficiales ministeriales*, *guardas de campos* y *bosques*, *agentes de la policía administrativa* y *judicial*, *etc.*: el Código de las Dos Sicilias á los *oficiales públicos* y *agentes ministeriales encargados legítimamente de algun servicio público*: el del Brasil, en fin, *á las autoridades competentes*. Pero las leyes citadas de Partida hablan solo del *juzgador*: las del ordenamiento de Alcalá y otras Recopiladas en el tít. 10, lib. 12 de la Novísima, de los del *Consejo*, *alcaldes de corte*, *adelantados*, *merinos*, *alguaciles mayores*, y en general de las *justicias* y *sus agentes*, entre los cuales viene la *fuerza pública*: las Ordenanzas militares, en fin, *de las justicias ordinarias*. En este caso puede preguntarse ¿el desacato que causa desafuero, es solo el cometido contra *las justicias* y *sus agentes*, ó contra toda autoridad pública, gubernativa, económica y de cualquier clase que sea? Grave es efectivamente la cuestion, y sin duda que la razon de la ley se estiende mas que su letra; pero de ahí se deriva naturalmente una regla de proceder, y en que puede fundarse justamente una jurisprudencia protectora de la sociedad. No ofrece duda el tenor del artículo 189 del Código penal, en cuya generalidad cabe bien todo género de autoridades y agentes de las mismas; pero ese artículo establece el delito; mas no determina el fuero ni el procedimiento. Sin embargo, teniendo presente que los fueros especiales son de estricta interpretacion, y que por lo tanto las dudas han de resolverse en favor del fuero general: que el desafuero por atentado y desacato se estableció en apoyo del principio de autoridad: que este depende de lo que es esencialmente en sí, y no del nombre variable de la autoridad que lo personifica: que las justicias y funcionarios mencionados en las leyes Recopiladas y anteriores, y en las Ordenanzas militares, reunian atribuciones contenciosas, gubernativas y económicas, que hoy se han distribuido en autoridades de otra denominacion, no dejando por eso de ser el mismo el principio de autoridad: que hay menos inconveniente, y menos peligro en resolver toda duda en favor del fuero general, que no de los especiales: por todo ello, y otras razones de congruencia y conveniencia pública, que aun pudieran añadirse, creemos era la

cuestion propuesta que donde quiera que hay una autoridad legítima desacatada, en el sentido general que antes del Código reformado tenia esta palabra, esto es, una autoridad acometida, desobedecida con violencia, *de cualquier modo maltratada de hecho ó de palabra, allí se da es caso de desafuero, cualquiera que sea la denominacion que por disposiciones posteriores hayan recibido, la autoridad, y los hechos.* En breve veremos que esta doctrina es tanto mas segura, y puede asentarse con tanta mayor confianza, cuanto que está apoyada por la jurisprudencia y diarias decisiones del Tribunal Supremo de Justicia en la decision de competencias.

Dijimos al principio del presente párrafo, que á pesar de las terminantes disposiciones legales allí citadas, el desafuero por demasías contra la autoridad no quedó fuera de controversia, y ahora debemos añadir que no lo está todavía, de lo que son buena prueba, las multiplicadas contiendas de competencia, promovidas especialmente por la autoridad militar, que con ello parece protestar contra el desafuero, y la jurisprudencia inalterable que lo sostiene.

El fundamento en que la jurisdiccion militar apoya sus pretensiones en esta perpétua controversia, es la ya citada declaracion de 9 de febrero, publicada por cédula de 8 de marzo de 1793, ley 21, título 4, lib. 6 de la Novísima Recopilacion, cuyo tenor es menester convenir en que es decisivo y terminante hasta el punto de que si no hubiera otra regla, ni disposicion á que atenerse, y si ella misma no limitara en parte su eficacia, desde luego diriamos que, aun cuando de ello se resintiere la pública conveniencia, las autoridades militares tenian razon en su empeño. «He resuelto, para cortar de raiz todas las disputas de jurisdiccion, dice el legislador, que en adelante los jueces militares conozcan *privativa* y *esclusivamente*, de todas las causas civiles y criminales, en que sean demandados los individuos de mi ejército, ó que se les fulminen de oficio.» Si estas disposiciones necesitaran corroboracion, la hallarian en la reiteracion del mismo precepto en el cuerpo de la ley, en la cual se manda guardar «*inviolablemente*; sin embargo, de lo prevenido en cualesquier disposiciones, resoluciones, reales órdenes, pragmáticas, cédulas ó decretos, los cuales todos, de cualquier calidad que sean, de *motu propio*, cierta ciencia, usando de mi autoridad y real poderío, dice el legislador, *les revoco, derogo y anulo*, ordenando, como ordeno, que en lo sucesivo queden en su fuerza y vigor las penas impuestas por las citadas cédulas, pragmáticas, reales decretos y resoluciones; pero que deberán imponerse á los individuos de mis tropas por los jueces militares, por ser esta mi real deliberada voluntad.»

Pero esta real cédula no menciona espresamente la Ordenanza del ejército en cuanto á su derogacion, y sabido es el respeto casi sagrado, con que se la considera, como una ley especialísima, aunque confesamos que esta razon es la mas débil tal vez que puede alegarse. Posteriormente, y tambien al propio tiempo que ella, fueron comprendidas en la Novísima Recopilacion las leyes y disposiciones que la misma podria haber derogado, recibiendo fuerza de obligar por la real cédula de 1805 con que dicho cuerpo de leyes fue promulgado, y mandadas guardar sus disposiciones, y aplicarlas en los juicios: y si bien es verdad que tales disposiciones son contradictorias, eso mismo requiere y autoriza una jurisprudencia que las concilie, é interprete su aplicacion, mientras el legislador no las esplique ú ordene lo contrario. No pudo aun sin eso, dicha cédula, derogar otras disposiciones posteriores á ella, que reiteraron el desafuero por resistencia á la autoridad, como por ejemplo, la Ordenanza de marina de 1802 (1). Y hay por último la real órden, de 8 de abril de 1831, invocada diariamente por la jurisdiccion ordinaria, combatida, por la militar, y que en el punto en cuestion, resolviendo una consulta de la sala del crímen de la audiencia de Sevilla,

(1) Cap 33, tit. 24, nota 1, tit. 10, lib. 12. Nov. Recop.

dice así: «teniendo S. M. en su soberana consideracion que, segun la ley, *todo desacato cometido contra la justicia, causa desafuero*, y deja sujeto á ella al que lo comete, *por privilegiado que sea*, ha venido en declararlo así por punto general, de conformidad con el parecer de V. E. de 23 de marzo último...»

La jurisdiccion militar sostiene que esta real órden, versando la consulta que la motivó sobre qué tribunales serian competentes para proceder contra los rematados que se fugaban de presidio, no habló del desafuero de propósito; y sí solo por incidencia: que aun así habla solo con referencia á las leyes, en lo cual se padeció error, pues en vista de lo dispuesto por la mencionada cédula de 1793, todas las disposiciones en contrario estan revocadas: y por último, que dicha orden, espedida por el Ministerio de Gracia y Justicia, no puede obligar á los militares.

Ya hemos espresado nuestro parecer en cuanto á la cédula de 1793. La real órden antes copiada, atendida la época en que se dió, tiene en sí mayor eficácia que las que emanan del poder ejecutivo, cuando la potestad legislativa no está concentrada en una sola persona. De cualquier modo que sea, por las razones de doctrina y de ley antes indicadas, ó por otras, es constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo de justicia en decidir las competencias en el sentido del desafuero en los casos de atentado, ó desacato contra la autoridad, en lo que hay tanta mas justicia, cuanto que si la cuestion de desafuero se resuelve en favor de la jurisdiccion ordinaria, cuando esta es la ofendida, segun la espresion de la Ordananza del ejército; eso mismo se verifica en favor de la autoridad militar, cuando el desafuero es contra ella, en los casos en que así se halla prevenido por las leyes. Hoy la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia tiene una razon mas en su apoyo, y es el espíritu de las instituciones, y la tendencia de las leyes en favor del fuero comun; y no así de los fueros privilegiados, lo cual nunca tiene mejor aplicacion que en los casos de duda, que es todo lo mas que hoy podria suponerse en cuanto á si está vigente, ó derogada la cédula de 1793, cuya duda no concedemos por nuestra parte, ni puede concederse, mientras esté vigente la Ordenanza de marina, nueve años posterior á dicha cédula.

§.° 7.° *Algunas observaciones sobre procedimientos en el caso de atentado.*

No vamos á hablar del procedimiento bajo el punto de vista precisamente de su ritualidad, sino de algunas cuestiones relativas á él, y que pueden entorpecerle.

La primera es la indicada al final del párrafo 4.°, á saber, si tomando la sociedad á su cargo, como es debido, la defensa de la autoridad, en las ofensas que esta recibe, como tal, podrá acusarlas por sí la misma autoridad ofendida, ó coadyubar por lo menos la accion fiscal. En nuestra teoría, segun la hemos espuesto en el párr. 4.°, ni lo uno, ni lo otro. Semejante intervencion de la persona en lo que no es personal, seria altamente opuesto á la conveniencia, y al rigor de los principios: á la conveniencia, pues hemos demostrado la que hay en que una autoridad no tenga que robar su atencion, su tiempo, y muchas veces su prestigio, al mejor cumplimiento de su cargo: al rigor de los principios, porque partiendo nuestra teoría del supuesto cierto de que los escesos de que aquí se trata son, no contra el funcionario público personalmente; sino contra la sociedad, á esta y no a aquel, compete el perseguirlos, dejándola, como es necesario, la eleccion y apreciacion de la oportunidad de la accion, del modo, y del tiempo.

Pero en este caso, si el funcionario público no tiene agravio individual ó privado que perseguir, tiene un derecho público que ejercitar, y es el de *accion popular*; y si no se le permite usarlo, mientras se trata de favorecerle; se le hace sin embargo de peor condicion que á los particulares. No es este el lugar de averiguar, si subsiste ó

no, en toda su estension la accion popular que establecieron las leyes de Partida. Pero aun dándolo por supuesto, la sociedad tiene el derecho indisputable de establecer incompatibilidades y gravámenes en el nombramiento y desempeño de los cargos públicos, con cuyos gravámenes é incompatibilidades se conforma voluntariamente, y por tanto su injusticia al que acepta dichos cargos; debiendo añadir todavía que aun cuando las leyes de Partida autorizaban la accion popular, con cuanta estension es dable; todavia por razones de pública conveniencia, que hemos indicado en el párr. 4.°, esceptuaban en el ejercicio de este derecho al «alcalde, merino, ó otro adelantado que tenga oficio de justicia (1).»

Lo que sí deberá hacer la autoridad ofendida será denunciar el hecho, y facilitar cuantos datos puedan contribuir á afianzar el fin de la sociedad, encargada de vindicarla. Tal es la jurisprudencia general, y en esta razon el art. 15, del real decreto con fuerza de ley de 21 de setiembre de 1848, en la disposicion 7, del que debia ser art. 472 del Código, ordenaba lo siguiente: «Serán castigados con la pena de tres á quince dias de arresto y reprension....: 6.° Los subordinados del órden civil que cometan igual falta (la de respeto, y sumision debida) respecto de sus gefes, y superiores. 7.° Los particulares, respecto de cualquier funcionario revestido de autoridad pública, aun cuando no sea en ejercicio de sus funciones, con tal que en este caso se anuncie, ó dé á conocer como tal. En los dos últimos casos de este artículo (el 6.° y el 7° citados) para la imposicion de la pena, precederá *queja ó denuncia del hecho* de parte del ofendido.» Autorizábase en estos casos queja, ó denuncia, pero no acusacion. Y aun cuando en el Código reformado de 1850, art. 473, se ha suprimido esta última parte del párr. 7.° citado, ha sido indudablemente, porque elevados á la clase de delitos públicos el atentado y el desacato y diversificados como lo han sido estos delitos, ha cambiado respecto de ellos la legislacion, dando lugar á la accion fiscal, que no escluye, y antes acoje, y utiliza, la denuncia ó noticia oficial del hecho.

Pudiera suceder tambien que el atentado civil, de que hablamos en la seccion primera, revistiera el carácter de delito, por concurrir con el simple esceso en el procedimiento, otras demasías, y circunstancias que contribuyeran á ello. En este caso el juez *ad quem* debe ceñir su fallo en lo principal á la reparacion del atentado civil, mandando en lo demas proceder á la formacion de causa, cómo y por quién convenga, en la parte criminal, y en su caso, sacar un testimonio de rusultancia para la autoridad, ó superior competente, como podría suceder, por ejemplo, si el atentado procediese de un juez eclesiástico.

Ya hemos indicado que por el contesto de los artículos 164 y 165, del Código que hablan de la injuria al Rey, ó inmediato sucesor á la corona, puede esta presentar el carácter de atentado, y lo propio la invasion violenta en la real morada de que habla el art. 166. Nada previene la ley en este particular; pero es fácil comprender que este género de atentados rara vez dejan de presentar carácter político: que muchas veces la publicidad del debate judicial, en algunas circunstancias haria mas solemne el escándalo, y seria acaso el punible fin á que aspirasen los delincuentes. Por estas y otras razones en las injurias y atentados contra las personas reales, muy especialmente contra el rey, inmediato sucesor, y rey, ó reina consorte, estará muy en la conveniencia pública y buenos principios de gobierno, que siempre que el caso lo permita, y la demora no asegure la impunidad, antes de procederse judicialmente, se de conocimiento del hecho al gobierno, y se espere su resolucion, muy especialmente en los casos prevenidos en el art. 164, esto es, cuando se injuria al rey, ó inmediato sucesor, en su presencia: cuando fuere en ausencia por escrito y con publicidad: y cuando la injuria se verificase de cualquier otro modo, y por tanto sin publicidad ni

(1) Ley 2, tit. 1. Part. 7.

escrito, sino por caricaturas, alegorías, ó alusiones, al tenor del art. 384 del Código. Hemos dicho que el derecho no establece cosa alguna en este caso; pero sí en otro análogo, lo cual, con las razones antes espuestas basta para formar jurisprudencia en ese sentido. Corrobórase esta doctrina con lo dispuesto por el art. 391, respecto del desacato contra monarcas estranjeros, ó sus representantes, á saber que «para proceder..... (en estos casos) ha de preceder escitacion especial del gobierno.»

Del testo literal de este artículo parece inferirse que los tribunales, y el ministerio fiscal, aun cuando llegue á su conocimiento algun desacato en el sentido ante dicho, nada tienen que hacer, sino esperar la escitacion del gobierno. Lo natural es que los monarcas estranjeros, ó sus representantes, en cuya mano está muchas veces el darse ó no por ofendidos, como en la provocacion al duelo privada, ó embozada, cuyo caso está prevenido en el art. 192, acudan con su queja al gobierno. Mas sin embargo: estando los tribunales y el ministerio fiscal en el deber de proceder de oficio en los casos de delito público: estando en el deber asi bien de concurrir con el gobierno para que se administre bien y cumplidamente justicia: pudiendo ocurrir, y ocurrirá con frecuencia, que dichas autoridades por razon de su cargo, por la calidad de sus funciones, por la distancia, en fin, tengan conocimiento de un escándalo antes que el gobierno, no cumplirán con menos que con dirigirse á este, dándole en la forma acostumbrada parte circunstanciado del hecho.

Aun podria suceder que estas precauciones adoptadas por la ley, y aconsejadas por la política condujeran á la impunidad; como tendrá que suceder cuando el esceso tenga lugar á larga distancia del gobierno, como en una de las colonias, si el Código penal se hiciese estension á ellos alguna vez: en un buque: en un consulado, ó legacion de aquellas en que nuestros agentes diplomáticos, ó consulares, tienen jurisdiccion criminal: aun en las provincias de la Península, mas ó menos lejanas de la córte. Pero en estos casos la ley, ó el gobierno por medio de delegacion, deben prevenir, que para los efectos del artículo 391 los tribunales y el ministerio fiscal se entiendan con la autoridad superior de provincia ó de distrito.

Aun asi, y escluido de estas reglas el atentado, no quedaria siempre bien consultada la justicia. El gefe de un buque, en alta mar, un consul español en los estados berberiscos, no tendria autoridad superior á quien dirigirse fácilmente. Tal circunstancia en estos casos, y en infinitos otros, la distancia, ó las turbaciones de un pais, retardarian indefinidamente el procedimiento, mientras la publicidad y gravedad del escándalo reclamarian un procedimiento rápido. En tales casos, y pues nunca puede suponerse que la ley, despues de penar un hecho, haya querido su impunidad, los tribunales y el ministerio fiscal procederán á todo lo que conduzca á asegurar los fines de la justicia, dando conocimiento sin dilacion al gobierno supremo: entre la impunidad absoluta y cierta, y la inconveniencia solo posible con que pudiera proceder alguna vez, no pueden fluctuar el buen sentido, ni la buena jurisprudencia.

Pero este principio, se dirá, podria conducir á consecuencias absurdas, cual seria la de que, por acudir á la impunidad, de otro modo inevitable, hubiera de conocer y fallar la misma autoridad ofendida. En primer lugar, diremos, que en el caso anterior, de los dos estremos entre que versa la cuestion, el uno solo, corresponde al órden de la justicia, la impunidad cierta; el otro al orden de la conveniencia, ó inconveniencia diplomática, posible solo, ó contingente: y aun los inconvenientes en este terreno son mas de temer por omision en perseguir un desafuero contra un monarca estranjero, ó un agente diplomático, que por lo contrario; puesto que en el primer caso las reclamaciones, por lo comun imperiosas, y por lo comun de índole grave, pidiendo satisfaccion, podrian venir, cuando fuera ya imposible esclarecer el hecho, ni asegurar

al delincuente. Y en segundo lugar, en el caso que se supone, los dos estremos de la cuestion, esto es, la impunidad, ó la falta de imparcialidad, corresponden al órden estricto de la justicia. La consecuencia, pues que se querria deducir no es legítima, porque no es necesaria. Pero aun en ese caso estremado diremos, que entre la impunidad inevitable del atentado; y el inconveniente, meramente jurídico que resultaría de la parciacialidad del juez ofendido; no habiendo otro medio, aun nos decidiríamos por el segundo estremo, pues la parcialiad en este caso podria ser corregida por el superior; pero la impunidad, una vez hecha irreparable, por nadie.

Diremos, sin embargo, en conclusion, que el caso supuesto no podria verificarse con facilidad. La ley 9, tít. 10, lib. 12 de la Novísima Recopilacion, ya citada, estableciendo el desafuero general por atentado y desacato contra las justicias, determina que *en el acto podrán estas prender y castigar á los que los cometieren.* Aquí está autorizado, y mas bien mandado como precepto absoluto, lo que nosotros hemos dicho admitiriamos solo en un caso estremado. Grave es sin duda el conflicto entre la impunidad y la injusticia; pero cuando la primera es cierta; y la segunda solo posible, y eso con seguridad legal de ser reparada por el juez ó tribunal de alzada; ni aun duda cabe en la eleccion. Pero decimos que difícilmente podrá darse el conflicto anunciado, lo uno porque el juez ofendido, tan pronto como haya términos hábiles para ello, segun el caso, debe inhibirse, pasando el conocimiento al que por la ley está encargado de sustituirle en caso de imposibilidad ó ausencia: y porque en el mas estremado, como el que podria ocurrir á bordo de un buque, ú otro análogo, el encausado tiene el remedio de la recusacion, por cuya virtud vendrán á ser conjueces en su causa, jueces no parciales. Si, pues, la justicia de los particulares tiene por tales medios asegurados sus fines, menester es tambien que se aseguren los suyos á la justicia social, haciendo imposible en todo evento la impunidad, en lo que pende al menos de los encargados de administrar justicia. El juez por tanto, ó autoridad ofendida por atentado ó desacato, debe proceder sin levantar mano, y en el acto, como previene la ley, á poner en claro el cuerpo del delito, y á asegurar á los delincuentes, ó la responsabilidad de los mismos, segun el caso, admitiendo cuantas protestas quieran hacer, y continuando, sin embargo, los procedimientos, hasta que sin riesgo de la impunidad pueda inhibirse, y pasar el conocimiento á quien corresponda.

ATENUAR. Disminuir. Atenuante, lo que disminuye. En el derecho estas dos voces son técnicas, opuestas á las de agravar, agravante. Se dice de aquellos hechos ó circunstancias que disminuyen la gravedad de un delito. V. **CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES.**

ATESTADO. Palabra que se aplica á cualquier documento auténtico que hace fé de lo contenido en él: así decimos que en ciertos casos debe presentarse el *atestado de buena conducta* para espresar que la persona á quien nos referimos debe exhibir una certificacion auténtica de haber observado una conducta irreprensible durante cierto período de tiempo.

ATESTIGUAR. Declarar ó deponer como testigo en algun negocio judicial. Confirmar el testigo con su dicho la certeza de algun hecho. Así decimos atestiguan en la causa: Tito y Cayo atestiguan con su dicho la certeza de tal hecho.

ATRACCION. V. **FUERO DE.**

ATRASOS. Sueldos, pensiones, viudedades, etc. no pagados. V. **DEUDA DEL TESORO.** Atrasos de contribuciones, ó contribuciones no pagadas. V. **CONTRIBUCIONES.**

ATRAVESAR. ATRAVESARSE. En el juego atravesar es hacer apuestas ó traviesas, esto es, jugadas secundarias sobre la suerte de alguno de los jugadores principales. Si hay algunos juegos justamente prohibidos, hay mayoria de razon para que lo esten las apuestas ó tra-

Lorenzo Arrazola

viesas, pues de suyo empeñan mas, y sobre todo facilitan el que el vicio se generalice y la ley pueda ser violada á un mismo tiempo por mayor número de personas: motivo sin duda por el que tales apuestas estan prohibidas hasta en los juegos permitidos. En esta razon dice la ley 15, tít. 23, lib. 12 de la Nov. Recop., párr. 6: «y prohibe, conforme á la misma ley, que haya travíesas ó apuestas, aunque sea en estos juegos permitidos (el del comercio, billar y otros no de suerte y azar): y todos los que escedieren á lo mandado en este capítulo, incurren en las mismas penas que van declaradas para los juegos prohibidos.» Esta legislacion, sin embargo, se halla variada en cuanto á la penalidad por las nuevas disposiciones del Código penal, mas no en la calificacion de los jugadores, pues aunque no habla espresamente de los que atraviesan ó apuestan, toda vez que juegan, estan sin duda comprendidos en aquella acepcion general. V. **JUEGO**.

Atravesarse, en el derecho, como en el lenguaje comun, es interponerse, estorbar, interrumpir. En este sentido, la ley 7, tít. 6, Part. 3, al establecer escelentes reglas sobre el modo con que han de comportarse los abogados en los informes, dice: «E sobre todo decimos que non debe ninguno de ellos atravesar, nin estorbar al otro mientras razonare.» La 12 del mismo título y Partida establece que el juzgador puede prohibir al abogado informar ante él por varias causas, una de ellas «porque fue el abogado muy enojoso ó atravesador de los pleitos.»

ATRIBUCIONES. ATRIBUIR. Del verbo latino *attribuo*, dar, conceder, asignar. De aquí en el órden jurídico y administrativo atribuciones son las facultades que competen ó corresponden al funcionario público por razon de su cargo ó dignidad. En lo judicial atribuir jurisdiccion, es consentir uno tácita ó espresamente, esto es, por prorogacion ó sumision, en ser juzgado por un juez ó tribunal, que sin esa circunstancia no seria competente en aquel caso. Atribuir es tambien imputar á uno alguna cosa, y se toma generalmente en mal sentido, reputándole causa ó autor de algun hecho gravoso ó de algun modo perjudicial ó desagradable para el que se queja.

ATRIBUTO. Derívase tambien esta palabra del verbo *attribuo*. Etimológicamente significa lo *atribuido*; pero en el lenguaje filosófico y segun el uso, atributo es con propiedad aquella cualidad ó connotado que se deriva de la esencia de las cosas; ó mas bien el conjunto de atributos constituye la esencia de las cosas. En este sentido en los séres naturales los atributos preexisten á toda disposicion del derecho positivo ó causa esterior. En el órden social no es así. Hay cargos, dignidades, instituciones que existen y son lo que son, porque la ley, la costumbre, la convencion lo ha establecido así. Entonces, así como la esencia de la cosa proviene de una disposicion esterior ó positiva, lo propio sus atributos. Alguna vez, por lo tanto, atribuciones y atributos serán una misma cosa; pero en rigor, los atributos pertenecen á la existencia, las atribuciones á la operacion, ó desenvolvimiento de los atributos. Así en el sentido filosófico y moral, decimos, que la justicia, por ejemplo, es un atributo de la divinidad.

Por metonimia, esto es, tomando el signo por la cosa significada, en el lenguaje figurado y alegórico, ó representativo, se llaman atributos de una cosa los signos ó emblemas, que convencional, ó tradicionalmente espresan lo que es esencial en las cosas á que se refiere. De este modo la espada y la balanza, por ejemplo, son atributos de la justicia.

ATROZ. De la palabra latina *atrox*, cosa fiera, inhumana, cruel. En nuestra lengua conserva las mismas significaciones: y en el derecho, bajo el punto de vista de la delincuencia, y enormidad de un delito, las de *grave* ó *grande*. Conviene mucho determinar con precision la significacion de la palabra atroz, por los efectos que produce en lo jurídico. *In atrocioribus*, decian los antiguos prácticos, hablando de

los crímenes, es lícito proceder por pruebas privilegiadas, adminiculativas ó de indicios. Esta jurisprudencia se halla justamente rechazada, como contraria al órden natural de las cosas, el cual en buena lógica prescribe que con mas dificultad se suponga cometido un acto al que mas difícilmente se deciden los hombres, por tener que vencer mayor número de repugnancias naturales; que no al revés. Pero aun fuera de ese caso, la circunstancia de atrocidad, atribuye alguna vez, ó quita fuero, como sucede, por ejemplo, en las causas contra eclesiásticos por delitos atroces. En esta razon, dice el real decreto de 17 de diciembre en su artículo 2: «En las causas contra eclesiásticos por delitos *atroces* ó *graves*, se formarán desde el principio, sustanciarán y fallarán en todo el reino sin intervencion de la autoridad eclesiástica, etc.» Hablando de las *deshonras* ó injurias, la ley 20, tít. 9, Part. 7, dice: «Tales, y há de ellas, á que dicen en latin *atroces*, que quiere tanto decir en romance, como crueles *et graves.*» Sin embargo, como anteriormente al Código penal no habia una escala ó clasificacion exacta de los delitos, se inferia la gravedad de estos en el sentido de atroces, y para los efectos indicados, por la pena con que eran castigados por las leyes, como la de muerte, galeras, bombas, etc. Publicado el Código penal, y comprendidas todas las violaciones de la ley en sentido criminal, en la triple categoría de faltas, delitos leves, y delitos graves, entendemos que los de esta última clase son los únicos que deben reputarse atroces ó graves para los efectos del procedimiento, al tenor de lo dispuesto en el real decreto citado.

AUBANA. Bajo este título, un tanto estraño, pero ya usado por algunos de nuestros autores, nos vemos precisados á tratar una cuestion de derecho de gentes, hasta tal punto importante, que apenas habrá un solo tratado de comercio, de paz, ó amistad, en que no se la consagre un artículo especial; ni una sola nacion, de las que participan del movimiento recíproco de la política general, que no haya estipulado acerca de ella en favor de sus súbditos. Trátase del derecho que se supone en un estado, ó en su monarca, para suceder al estranjero transeunte y aun domiciliado, que muere con testamento, ó sin él, en la forma que diremos; y por tanto de la libertad, ó no libertad del estranjero para disponer de sus bienes.

Esta cuestion fiscal, tan antigua como la política activa y reciproca, se anuncia, tanto en los tratados, como en los autores, unas veces con la palabra *advenia*: otras con la de *estranjería*: otras con la palabra francesa *aubaine*, aun en documentos, ó tratados que están en diferente idioma: otras, en fin, con la de *aubana*, por la cual nos hemos decidido, ya por la indicada razon de usarla así algunos de nuestros autores, ya por creerla mas específica, en medio de la falta de uniformidad que queda notada, puesto que *advenia*, la vemos empleada mas raras veces; *estranjería*, puede del mismo modo, y aun mas pricipalmente, referirse al fuero de ese nombre, y al mencionado derecho, ó gravámen: y si es cierto, que tambien podria tratarse de este en diversos artículos, como el de *estranjeros*, *bienes ó sucesion de estranjeros*, lo es tambien que la *aubana* es una cosa diversa, y que en el dia se estiende á mas objetos que la mera sucesion, ni la mera propiedad. En tal supuesto, y en vez de decidirnos por la palabra *aubaine*, como hemos dicho se emplea en algunos tratados, lo hacemos por su traduccion, aunque viciosa, pero ya introducida, como se indica, en nuestro lenguaje jurídico, y porque casi no queda otro partido que tomar en vista de la estraordinaria confusion que reina en este punto.

«No conociendo ninguna palabra castellana, dice Bello (1), que corresponda á la francesa *aubaine*, en el sentido particular de que aquí se trata, me he aventurado á traducirla por la voz *albanagio*, derivada de *albanagium*, que en la baja latinidad significaba lo mismo que *aubaine.*»

(1) Principios de Derecho de Gentes

Aubana, *albana*, *albinagio*, llama Escriche en su Diccionario razonado de jurisprudencia al derecho, ó gravámen de que vamos hablando.

Riquelme, en fin, en sus Elementos de Derecho público, lo denomina *advenia*.

A esta confusion en el uso de la voz, tenia que corresponder y corresponde otra, no menor, en cuanto á su orígen, como vamos á ver. Y con efecto: hemos dicho que *aubana* es la traduccion dada por algunos autores á la palabra francesa *aubaine*, que todavía en la jurisprudencia de Francia, en sus antiguos fueros y costumbres provinciales, y aun en su literatura, tiene los equivalentes de *aubaineté*, *aubeine*, *aubeinie*, y otras análogas.

Pues ahora bien: suponen algunos autores que dichas voces provienen de *aubain* (estranjero), y está de la espresion latina *alibi natus*, el nacido en otra parte; asi como tambien la de *albinage*, ó *albinagio*, de las latinizadas *albenagium*, *albanagium*, *albingium*, las cuales proceden á su vez de las denominaciones *albus*, *albanus*, *albinus*, que segun Reyneval (1), equivalian á la de *estranjero convertido en manomuerta*, ó impedido de adquirir: denominaciones odiosas estas últimas en su principio, lo que se supone tuvo orígen en las enemistades y enconos entre ingleses y franceses, en el siglo XII, los cuales llegaron á término, que Eduardo III, como por represalias, impuso pena de muerte al francés que se estableciese en Inglaterra. Del color blanco de los ingleses y escoceses, ó del de *Albion* su patria, dicen otros haber provenido la denominacion *albinatus*, que como odiosa y despreciativa, se aplicó despues á todo estranjero. En tal caso, *albinatus* seria orígen mas bien de *albinage* ó *albinagio*, que de *aubaine*; y ademas el *estranjero*, y el gravámen de *estrangería*, con algun nombre se designarian antes de esa época, pues que ya existian.

Otros, en fin, como Cuyacio, opinan que *aubaine*, proviene de la voz latina *advena*, con la cual fueron siempre designados el *alienigena*, el *peregrino*, el *estranjero*, comprendiéndose bien la corrupcion que esta voz, con otras de su orígen, pudo sufrir y sufrió sin duda, al ser en cada pais admitida en el foro, en los tratados, y aun en el lenguaje comun, la lengua latina, esto es, la lengua madre de diversas filiaciones, una de las cuales lo es la lengua francesa. Por eso sin duda en algunos tratados, y aun por algunos autores, vemos usada la voz *advenia*, en lugar de la de *aubaine*. Pero la influencia política, y las estensas relaciones sociales, y comerciales de la Francia, han hecho de su idioma una lengua universal, y aun la lengua ordinaria, ya que no oficial, de los tratados, y por este motivo la palabra *aubaine*, no solo se ha hecho mas general; sino casi *técnica*, en los mismos, como veremos.

Viniendo ahora al sumario, nos es preciso notar: 1.° que hallándose en su mayor parte nuestro derecho internacional sobre *aubana* fuerza de los códigos, por esta razon, y por la especialidad de la materia, ordenaremos la parte legislativa por tratados diplomáticos; y no por los cuerpos legales, segun ya, por el propio motivo, dejamos practicado en el art. **ASILO POLITICO**: 2.° que no haremos mencion en la parte legislativa sino de los tratados principales, y que realmente constituyen sobre el punto en cuestion, en cuanto á España su derecho *internacional*, y respeto de las naciones en general el *positivo de gentes*: y 3.° que por la especialidad de la materia, y á fin de que el artículo salga mas completo, consignaremos en él disposiciones y observaciones, que con igual razon corresponden á otros artículos, como el de cónsul, estranjero, transeunte, etc., en los cuales, para evitar repeticion, nos referiremos al presente en todo aquello que sea necesario.

PARTE LEGISLATIVA.

SUMARIO.

Tratados, arreglos y convenios:
Entre España é Inglaterra.

(1) Instituc. de derecho. nat. y de Gent.

Idem con Francia.
Idem con la Saboya.
Idem con los Paises Bajos.
Idem con el Austria.
Idem con el Sacro Romano Imperio.
Idem con la Toscana.
Idem con Dinamarca.
Idem con Holanda.
Idem con Marruecos.
Idem con Portugal.
Idem con la Turquía.
Idem con la Cerdeña.
Idem con Trípoli.
Idem con los Estados-Unidos de América.
Idem con las Dos-Sicilias.
Idem con la Sajonia.
Idem con Méjico.
Idem con la Bélgica.
Idem con la República del Ecuador.
Idem con la Suecia.
Idem con la República de Costa-Rica.

TRATADOS Y CONVENIOS ENTRE ESPAÑA E INGLATERRA.

Tratado de paz y comercio. Madrid 23 de Mayo de 1667.

«XXXIII Que los caudales y bienes de los súbditos de cualquiera de los dos reyes, que muriesen en las tierras, paises y dominios de uno, ú otro, se guardarán intactos para los herederos, ó demas sucesores por testamento, ó *ab-intestato*, quedando salvo á cada uno su derecho privado, y su accion.

XXXIV. Que los bienes y caudales de los súbditos del rey de la Gran Bretaña, que muriesen *ab-intestato* en los dominios del rey de España, se inventariarán por el cónsul, ú otro ministro público del rey de la Gran Bretaña, juntamente con sus papeles, escrituras, libros, cuentas, y cualesquiera documentos, y se pondrán en poder de dos ó tres mercaderes, que serán nombrados por el dicho cónsul, ó ministro público, para entregarlos á los propietarios, herederos, ó acreedores; y ni el consejo de cruzada, ni algun otro tribunal, conocerá de los bienes de cualquiera difunto, ni se mezclará en ellos: lo cual tambien se prácticará en Inglaterra recíprocamente en igual caso con los súbditos de S. M. el rey de España.»

Tratado de Utrech á 13 de julio de 1713.

»Art. 6.° Tambien se ha convenido y establecido por regla general que todos y cada uno de los súbditos de ambos reinos en todas las tierras y lugares de uno y otro, en cuanto mira á los derechos, imposiciones y cargas concernientes á las personas..... usen y gocen, por lo menos, de los mismos privilegios, franquezas, é inmunidades, y tengan en todo igual favor que los de Francia, ó de otra nacion estraña, *la mas amiga*, usan, poseen, y gozan, ó pueden de aquí en adelante tener y gozar.»

Por otro tratado, celebrado en Utrech en 9 de diciembre del propio año, se reproduce á la letra el anterior de 23 de mayo de 1667, y por tanto los artículos 33 y 34 del mismo llevan en el de 19 de diciembre la propia numeracion.

Por el de Madrid de 13 de junio de 1721 en su art. 2.° se confirma el de 13 de julio y 9 de diciembre de 1713, con alguna escepcion que no es de este lugar.

Por otro tambien de Madrid, del mismo dia, mes y año, ajustado entre España, Inglaterra y Francia, reproduciendo el anterior de 27 de marzo tambien entre esta potencia y la España, se hacen estensivas á los súbditos ingleses todas las franquicias y ventajas en el concedidas á los franceses.

En 31 de mayo de 1727 se firmó otro en Paris por los representantes de Francia, Inglaterra, Austria, y Estados generales de los Paises Bajos, á los cuales despues, en 13 de junio siguiente se adhirió España. Por el primero de los artículos de este tratado se renovaron y confirmaron todos los privilegios y franquicias que hasta allí habian disfrutado respectivamente los súbditos de dichas potencias.

En el de Sevilla de 9 de noviembre de 1729,

entre España, Inglaterra, Francia y Estados generales de los Paises Bajos, por el primero de los que se llaman artículos *separados*, se reproducen y confirman los tratados de Utrech de 13 de julio y 9 de diciembre de 1713.

Los tratados de Madrid con Inglaterra de 1667 y 1670 fueron asimismo confirmados por el de Aquisgrán (Aix-la-Chapelle) entre España, Francia, Inglaterra y Holanda, de 18 de octubre de 1748, como lo volvieron á ser por el de Paris de 10 de febrero de 1763, celebrado entre España, Francia é Inglaterra, y asimismo el de Madrid de 1750.

Por el art. 2.° del tratado de paz entre España é Inglaterra, firmado en Versalles, se renuevan y confirman todos y cada uno de los ajustados entre ambas potencias desde el de Wesfalia de 1648.

Y últimamente por el art. 1.° de los artículos secretos, adicionados al tratado de Madrid de 5 de julio de 1814, se renuevan las relaciones diplomáticas y obligaciones recíprocas entre España é Inglaterra al pie en que se hallaban antes del año de 1796.

Véase el final del tratado con la Saboya.

TRATADOS CON LA FRANCIA.

Tratado de paz y alianza. Riswik á 20 de setiembre de 1697.

«XXXII. Los súbditos de ambas partes tendrán libertad y entera facultad de poder vender, cambiar, enagenar, ó disponer en otra forma, así por actos entre vivos, como de última voluntad, de los bienes y efectos muebles é inmuebles, que tienen, ó tuvieren situados bajo el dominio del otro soberano, y cada uno los podrá comprar allí, sea ó no súbdito, sin que para esta venta, ó compra necesite ninguno de otorgamiento, permision, ú otro despacho que el presente tratado.»

Por el art. 6 del tratado de Madrid de 27 de marzo de 1721 el rey de España confirmó, y concedió á los súbditos franceses, todos los privilegios y ventajas del tratado de los Pirineos, del de Nimega y de Riswik, y los otorgados á la nacion *mas favorecida*.

En 13 de junio de 1727, se firmó en Viena la accesion del rey de España al tratado de *artículos preliminares*, convenidos entre Austria, Francia, Inglaterra y Estados generales de los Paises Bajos, en virtud de los cuales quedaban renovados los privilegios y franquicias que hasta allí habian gozado los súbditos respectivos.

Igual confirmacion tuvo lugar por el tratado de Sevilla de 9 de noviembre de 1729 entre las mismas potencias: por el ya citado de Aquisgrán (Aix-la-Chapelle), de 18 de octubre de 1748 entre España, Francia, Inglaterra y Holanda: y por el art. 2 del de Paris de 10 de febrero de 1763, entre España, Francia é Inglaterra.

Convencion esplicatoria del pacto de familia. Madrid 2 de enero de 1768.

«1. Para que la Francia no quede privada en España de los beneficios que goza el comercio de otras naciones en virtud de los tratados que las favorecen, y especialmente el de comercio celebrado en Utrech entre la España y la Inglaterra el año de 1713, en el que se incluye el tratado del año de 1667 con los artículos esplanatorios de 1715 y sus subsecuentes, cuando el espíritu del *Pacto de familia* se dirige á mejorar la condicion del comercio de los españoles y de los franceses, se ha acordado que han de quedar para los franceses en su fuerza y vigor aquellos privilegios y favores de que disfrutan otras naciones y contienen los referidos tratados anteriores, mientras con ellas subsistan, y se haga entre las dos coronas otra convencion de comercio, como si se hubieran celebrado entre la España y la Francia, aunque no se hallen esplicadas en el pacto de familia: y lo mismo se ha de entender con las distinciones que en adelante se acuerden á otras naciones, debajo del concepto de que no se negarán en Francia á los españoles los mismos beneficios y todos *los demas que conceda por cualquiera motivo la Francia á otras potencias.*»

Convencion consular. Real sitio del Pardo, á 13 de marzo de 1769 (1).

«8. Las herencias de los franceses transeuntes en España, y de los españoles transeuntes en Francia, muertos con testamento ó *ab-intestato*, se liquidarán por los cónsules ó vice-cónsules en los términos que previenen los arts. 33 y 34 del tratado de Utrech, y el producto entero se entregará á los herederos, hállense presentes ó ausentes, sin que el tribunal de cruzada ni otro juez eclesiástico, pueda mezclarse en semejantes herencias. Sin embargo, para verificar y salvar el derecho ó interés que pueda tener que deducir contra ellas algun vasallo territorial ó de otra nacion en calidad de acreedor, ó por otro título podrá la jurisdiccion militar, si la hay, y en su defecto la justicia ordinaria, proceder con la intervencion del cónsul ó vice-cónsul, y no de otra manera, á formar el inventario, á cuidar y providenciar para que los efectos de dichas herencias se pongan y tengan en segura custodia á beneficio de las partes interesadas, en casa de uno ó mas negociantes de la satisfaccion y consentimiento del cónsul, conforme á lo dispuesto en el artículo 54. Los cónsules ó vice-cónsules tendrán facultad para averiguar cualesquiera fondos, efectos ó bienes pertenecientes, de cualquiera manera que sea, dando conocimiento á sus respectivos soberanos.»

Tratado definitivo de paz y amistad. Paris 20 de julio de 1814.

«Art. 20. «La abolicion del derecho de *estranjeria*, y otros de igual naturaleza, en los paises que lo habian recíprocamente estipulado con la Francia, ó en los que le hubiesen sido reunidos anteriormente, queda espresamente en todo su vigor.»

TRATADOS CON LA SABOYA.

Tratado de paz, alianza y amistad entre el rey de España y el duque de Saboya, cediendo á este ademas la isla y el reino de Sicilia. En Utrech á 14 de julio de 1713.

8.° «Los españoles y otros súbditos de S. M. Católica y sus sucesores, como los sicilianos, que están y quieran quedarse en los Estados de S. M. Católica, ó en su servicio, podrán y deberán gozar y gozarán efectivamente y libremente, de los feudos, señoríos, bienes, rentas, regalías, derechos de patronato y otros cualesquiera que tengan ó puedan tener en adelante en el reino de Sicilia, por sucesion, herencia, fideicomisos, legados, adjudicaciones ó por otro cualquier derecho ó título: y podrán, *pagando los derechos como los regnícolas*, retirar sus rentas, haciendas y frutos en especie ó en dinero como mejor les parezca, sin impedimento alguno, y diputar para la administracion de sus bienes y derechos y para la recaudacion de sus rentas, las personas que hallaren á propósito, sin que puedan ser obligados á habitar y vivir en el dicho reino de Sicilia, ni poder por causa de ausencia sufrir mas cargas en sus personas que los habitantes y regnícolas del dicho reino; antes bien serán tratados en todo como los dichos regnícolas, así en las imposiciones, contribuciones, tributos, vasallajes y otras obligaciones, como en la administracion de justicia, la cual se les administrará imparcialmente y con la mayor brevedad que sea posible.

Tambien les será permitido, como en virtud de este tratado y de las cláusulas mas por menor estendidas en dicho acto de cesion del reino de Sicilia, se les permite en la mas ámplia forma posible, el vender, enagenar ó trocar en todo ó en parte, en una ó mas veces, los dichos bienes que tienen ó que puedan tener en adelante en el dicho reino de Sicilia á cualquier persona, sean regnícolas ó estranjeras, y retirar en una ó mas veces su valor, y hacerle llevar á donde mejor les pareciere, y esto sin distincion de bienes francos, libres, alodiales, fideicomisos, mayorazgos; mas sin perjuicio del derecho de tercero: con la reserva de que por los fideicomisos y mayorazgos deberán ser oidos los que á ellos sean llamados en forma de derecho para seguridad de los suyos, y que de su con-

(1) Nota 2, tit. 20, lib. 10, Nov. Recop.

sentimiento se emplearán los valores de dichos fideicomisos y mayorazgos en la adquisicion de otros bienes libres y seguros en el reino de España, para ser subrogados á los dichos fideicomisos y mayorazgos. Y esto mismo se observará tambien en un todo por S. M. Católica en España, por lo que mira á los sicilianos y súbditos de S. A. real y otros que no hayan pasado ni pasaren, ni se hallen en el partido opuesto á S. M. y tengan bienes, fondos, rentas, patronatos y otros derechos de España, y habitaren ó quisieren habitar en Sicilia y en los otros Estados de S. A. real. Y para todo lo referido S. M. Católica y S. A. real darán sin dificultad ni dilacion alguna los consentimientos y órdenes necesarias sin perjuicio de sus derechos de regalía, feudo, y vasallaje.

9.° Los súbditos de las potencias amigas de la corona de España y de S. A. real tendrán en adelante, como le han tenido antes de ahora, el comercio libre con el reino de Sicilia, y gozarán de los mismos beneficios de que gozaren todos los españoles y los súbditos de S. M. la reina de la Gran Bretaña, que serán favorecidos con la misma igualdad.»

Instrumento de cesion de la isla y reino de Sicilia por el rey de España al duque de Saboya. Madrid 10 de julio de 1713.

7.ª «Que á cualesquiera personas, así naturales, de aquel reino como de los demas que poseo, que en él tengan estados, feudos, oficios, haciendas, bienes, rentas, frutos, réditos, ovenciones y otros cualesquiera provechos, así en las cosas propias suyas que con algun título le pertenezcan, como en lo concerniente á mi real patrimonio, ora proceda de causa onerosa, ora de gracia, privilegio ó merced que yo ó cualquiera de mis predecesores hubiéremos concedido en aquel reino, se les conserven á ellos y á sus herederos y sucesores sin diminucion ni ponerles embarazo alguno; y todos sus honores, derechos y acciones personales y hereditarias, presentes y futuras, así en el caso de hallarse residiendo en él ó en dominios mios, ó aunque estén en otros como se hallen empleados en mi servicio, como en el de venir desde aquel reino á establecerse en los mios, ó que estando en ellos pasaren en cualquier tiempo á residir en dicho reino de Sicilia, derogando para la firmeza de esta condicion las leyes, constituciones, pragmáticas y capítulos del reino que pudiere haber en contrario, como las he derogado antecedentemente para la de esta cesion.»

TRATADOS CON LOS PAISES BAJOS.

Tratado de paz y amistad. Utrech á 26 *de junio de* 1713.

23. «Los súbditos y habitantes de los paises de los dichos señores rey y Estados generales, de cualquier calidad y condicion que sean, son declarados capaces de sucederse respectivamente los unos á los otros, tanto por testamento como sin testamento, segun las costumbres de los paises. Y si algunas herencias hubiesen recaido antes de ahora á algunos, serán mantenidos y conservados en ellas.

26. Los bienes, mercaderías, papeles, escrituras, libros de cuentas y todo lo que pueda pertenecer á los súbditos de dichos señores Estados, muertos en España, pertenecerán inmediatamente á sus herederos, que estando presentes y siendo mayores de edad, ó bien ejecutores ó tutores, testamentarios ó sus apoderados, segun la exigencia del caso, podrán tambien tomar luego posesion de ellos, administrarlos y disponer de ellos libremente, conforme á derecho. Pero en caso que los herederos de los dichos súbditos muertos en España estén ausentes ó sean menores, y que el difunto no haya precaucionado estos casos, y los herederos ausentes mayores de edad no los hubiesen tampoco precaucionado por poderes; los bienes, mercaderías, papeles, escrituras, libros de cuentas y todo el remanente del difunto, serán entonces

inventariados por escribano público en presencia del juez conservador de la nacion; y en caso que no le haya, en presencia del juez ordinario, acompañado del cónsul ú otro ministro de los dichos señores Estados y de dos comerciantes de la nacion, y depositados en poder de dos ó tres de estos que nombrará el dicho cónsul ó ministro para guardarlos y conservarlos para los propietarios y acreedores: y en los parajes donde no hay ni cónsul ni otro ministro se hará todo esto en poder de dos ó tres comerciantes de la misma nacion, para lo cual serán elegidos por la pluralidad de votos. Y esto mismo se observará en igual caso por lo que mira á los súbditos del rey Católico en las Provincias Unidas.»

Véanse los tratados posteriores: el de Paris y el de Sevilla de 1727, entre España, Francia, Inglaterra, y los Paises Bajos: el de Sevilla de 1729 entre las mismas potencias: y el de Aix-la-Chapalle (Aquisgran) de 1748 entre España, Francia, Inglaterra y Holanda.

TRATADOS CON EL AUSTRIA.

Tratado de comercio y navegacion. Viena 1.° de mayo de 1725.

Art. 31. «El derecho de *estranjería*, ú otros semejantes, de ningun modo se han de ejercer con súbdito alguno de los dos serenísimos contratantes, sino antes bien los herederos de los difuntos que fallecieren en cualquiera parte, pais, ó provincia en que se hallaren, les sucedan sin impedimento alguno en todos sus bienes, muebles é inmuebles, ya hubiesen muerto con testamento, ó *ab-intestato*, segun las leyes de suceder y heredar que rijan en la tierra donde se hallaren las herencias. En caso de que dos, ó muchos litigaren entre sí sobre la herencia, entonces los jueces del pais determinarán el pleito por sentencia definitiva.

Art. 32. Si alguna vez sucediere que un mercader, ó súbdito de los referidos serenísimos contratantes muriere en los dominios del otro, entonces su cónsul, ó algun ministro público de ellos, que se hallare presente, irá á la casa del difunto, y tomará inventario de todas las mercaderías y efectos, y asimismo de sus papeles y libros, y los guardará fielmente para los herederos, segun el poder que tuviere. Pero si acaeciere que un mercader, ó súbdito, muere en camino, ó en algun pueblo donde no haya cónsul, ni ministro público de su nacion, entonces el juez del lugar hará el inventario en presencia de testigos con el mayor ahorro de gastos que fuere posible, y consignará y depositará los efectos inventariados en la cabeza de la casa, ó en el dueño de ella, para que los guarde con toda fidelidad, lo cual ejecutado, dará aviso de todo al ministro de la nacion que resida en la corte, ó al cónsul del pueblo donde estuviere la familia del difunto, para que los dichos puedan enviar persona que recoja sus bienes inventariados, y pague las deudas.»

Tratado de paz ajustado entre el rey de España, el emperador de Alemania, y el Sacro Romano Imperio. Viena 7 de junio de 1725.

Art. 3. «En virtud de este tratado, se ha de restablecer y está ya restablecido desde que se firmó esta paz, el comercio entre los súbditos de la Sacra Real y Católica Magestad, y del reino de España y los de la Sacra Cesárea Católoca Magestad y del imperio, con aquella misma libertad de que gozaron antes de la guerra, y gozarán por una y otra parte todos y cada uno, señaladamente, los ciudadanos y habitadores de las ciudades imperiales y de las *hanseáticas*, así por mar, como por tierra, de aquella plenísima seguridad, derechos, inmunidades y beneficios de que gozaron antes de la guerra.»

Para cumplida inteligencia de este artículo 3.°, en la reseña histórica hacemos mencion de un antiguo tratado entre España y las ciudades *hanseáticas*, aquí mencionadas.

Por tratado *muy secreto* firmado en Viena

Lorenzo Arrazola

en 25 de noviembre de 1725 se reprodujeron y confirmaron el de Londres de la cuádruple alianza de 2 de agosto de 1718 y todos los de Viena.

Por el artículo 3.° del de Paris de 31 de mayo de 1727, entre España, Francia, Inglaterra, Austria, y los Paises Bajos, se renuevan todos los comerciales entre dichas potencias respectivamente anteriores al año de 1725.

Tratado con el Sacro Romano Imperio.

Véase el tratado de Viena de 7 de junio de 1725 entre España, Alemania, y el Sacro Romano Imperio.

TRATADO CON LA TOSCANA.

Convencion de familia con el Gran duque de Toscana. Florencia 25 de julio de 1731.

«5.° Que á las personas, efectos, embarcaciones y comercio de los naturales de Toscana se considerarán y mantendrán en España las mismas franquicias, exenciones y ventajas que están concedidas á las naciones *mas amigas y favorecidas* de la corona en el comercio.»

TRATADO CON DINAMARCA.

Tratado de amistad, comercio y navegacion. Real sitio de San Ildefonso 18 de julio de 1742.

«22. Los bienes y efectos de los súbditos del un rey, que vinieren á morir en los paises, tierras y estados del otro, serán conservados para los legítimos herederos y sucesores, salvo siempre y reservado el derecho de tercero.

23. Se hará inventario de los bienes y efectos, como tambien de los papeles, cartas, escritos, libros de cuentas de los súbditos del rey de Dinamarca, que fallecieren en los estados del rey católico *ab-intestato*; y este inventario se hará ante el juez ordinario y su oficial, ó ante un escribano en presencia del cónsul en los parages donde los hubiere, y donde no en presencia del diputado de la nacion y dos comerciantes, y en falta de todo esto se pondrán los efectos muebles, y generalmente cuanto hubiere quedado, depositados jurídicamente, á fin de que sean custodiados y conservados integramente para los propietarios en conformidad de lo espresado en el artículo precedente.»

Debe notarse que, aunque este tratado llegó á ratificarse, se resistió despues su ejecucion, lo que hizo necesario el convenio siguiente:

Convenio de Madrid de 22 de marzo de 1840 sobre la abolicion del derecho de advenia ó estranjería.

«Art. 1.° Los derechos de *detraccion*, impuesto de *emigracion*, y otros semejantes, cuyo objeto sea gravar la traslacion de bienes de un estado á otro, sin esceptuar el derecho de *advenia*, aunque hasta aquí no haya estado recíprocamente en vigor, son, y quedan abolidos en los estados de S. M. Católica y de S. M. el rey de Dinamarca.

Art. 2.° Por lo tanto los súbditos de cada uno de los dos monarcas podrán esportar libremente sin pago de ningun derecho, todos los bienes que hubieren adquirido en el territorio del otro, por sucesion, donacion, cambio, ú otro cualquier título.

Art. 3.° Estas disposiciones son aplicables, no solo á los derechos y demas impuestos de este género que forman parte de las rentas públicas, si no tambien á los que hasta ahora hayan sido percibidos por cualesquiera persona, provincias, ciudades, jurisdicciones, corporaciones, ó pueblos.

Art. 4.° Se esceptúan de estas disposiciones cualesquiera impuestos, ya sean en favor del gobierno, ya á beneficio de particulares, que se percibieren en lo sucesivo, de las herencias bajo otro cualquiera concepto que el de *exportacion*, y que afecta

igualmente á los naturales, que á los estranjeros.»

TRATADOS CON HOLANDA.

Véase el art. 3.° del tratado de Aix-la-Chapelle (Aquisgrán), ya citado, de 18 de octubre de 1748, entre España, Francia, Inglaterra, y Holanda.

TRATADO CON MARRUECOS.

Tratado de paz y comercio. Marruecos 28 *de mayo de* 1767.

13. De los bienes de los españoles que murieren en los estados de S. M. imperial no podrán conocer si no sus cónsules; y si fuere en parages en que no los hubiere, las justicias los custodiarán y darán aviso á los cónsules para que dispongan de ellos. De la misma suerte las justicias de España custodiarán los bienes de los moros que allí murieren, hasta que, dando aviso, disponga S. M. imperial de ellos; á menos que no se halle presente el legítimo heredero, pues en tal caso se le entregará el todo, á no ser que en el testamento hubiese dispuesto otra cosa el difunto.

Otro de 1.° *de marzo de* 1799, *firmado en Mezquinéz.*

«Art. 8.° Cuando fallezca algun español, ó criado suyo en Marruecos, con tal que este sea individuo de cualquiera nacion cristiana, dispondrán, el cónsul general, ó vice-cónsules, ó comisionados, de sus entierros en la forma que estimen mas conveniente, haciéndose cargo de todos sus bienes para entregarlos á sus herederos. Si muriere algun marroquí en España, el comandante, gobernador, ó justicia del territorio en que se verifique, pondrán en custodia lo que haya dejado, y avisará al espresado cónsul general, enviándole nota de lo que sea, para que él lo haga saber á sus herederos, y proporcione su recaudacion sin estravio.»

TRATADOS CON PORTUGAL.

Tratado de amistad, garantía y comercio. Real sitio del Pardo 24 *de marzo de* 1778

8.° Para hacer la declaracion reservada en dicho artículo separado, de la conformidad ó del modo en que deberia correr el comercio entre las dos naciones, se han convenido SS. MM. Católicas y Fidelísimas en que se tomen por norma los artículos 3.° y 4.° del tratado celebrado entre las dos coronas en 13 de febrero de 1668, garantido por la Gran Bretaña, y renovado ó ratificado igualmente en el art. 1.° del tratado preliminar de límites, en cuanto fueren adoptables; los cuales artículos son á la letra como se sigue:—Art. 3.° «Los vasallos y moradores de las tierras poseidas »por uno y otro rey, tendrán toda buena »correspondencia y amistad sin mostrar »sentimiento de las ofensas y daños pasa»dos, y podrán comunicar, entrar y fre»cuentar los límites de uno y otro; y usar »y ejercer el comercio con toda seguridad »por tierra y mar, en la forma y manera »que se usaba en tiempo del rey don Se»bastian.—Art. 4.° Los dichos vasallos y »moradores de una y otra parte tendrán re»ciprocamente la misma seguridad, liber»tades y privilegios que están concedidos á »los súbditos del serenísimo rey de la Gran »Bretaña por el tratado de 25 de mayo »de 1667, y otro del año de 1650, en lo »que no se deroga por este, de la misma »forma y manera que si todos aquellos ar»tículos en razon del comercio é inmuni»dades tocantes á él fuesen aquí espresa»mente declarados, sin escepcion de artícu»lo alguno, mudando solamente el nombre »en favor de Portugal: y de estos mismos »privilegios usará la nacion portuguesa en »los reinos de S. M. Católica, segun y como »lo practicaba en tiempo del rey don Se»bastian.»

TRATADOS CON LA TURQUÍA.

Tratado de paz, amistad y comercio. Constantinopla 14 *de setiembre de* 1782.

«13. A los bienes y mercancías de los

negociantes súbditos y protectos de S. M. Católica, cuando estos no sean matriculados en el corso y saqueo con los corsarios enemigos del imperio otomano, no se les deberá hacer perjuicio, ni molestarles en su persona, y se les dejará en libertad con sus bienes. En el caso que cualquier nave con patente y bandera de S. M. Católica fuese apresada por los corsarios del imperio Otomano, los mercaderes, súbditos, protectos y mercancías que se hallaren en dicha nave, como asimismo la nave, será devuelta á sus dueños; y dado caso que esta fuese represada por enemigos del uno ó del otro dominio, en corroboracion de la establecida amistad, y en el grado posible, se deberá procurar recuperarla y restituirla á las partes.»

Ademas se espresa entre otras cosas en el art. 21 que «los súbditos de S. M. Católica, casados, ó solteros, no estarán sujetos á pagar ningun tributo de *Carach*, ni otro. Y finalmente se practicarán con los súbditos de S. M. Católica en todos los casos, espreso, ó no espreso en este tratado, todo aquello que se practica en favor de las de otras potencias no enemigas.»

Carach, ó *Jarach* es un tributo que pagan anualmente en los estados del sultan los *rayas*, ó que no profesan las leyes de Mahoma.

TRATADOS CON LA CERDEÑA.

Convenio. Real sitio de San Lorenzo á 27 de noviembre de 1782.

«1.° Los súbditos de SS. MM. Católica y Sarda tendrán la facultad de disponer de sus bienes, cualesquiera que sean, por testamento, donacion ú otro acto reconocido por válido, en favor de cualesquiera súbdito de la una ó de la otra potencia; y sus herederos, que sean igualmente súbditos de una de las dos, como todos aquellos que tengan legítimo título para ejercer sus derechos, sus procuradores, mandatarios, tutores y curadores podrán recoger las herencias hechas en su favor en los estados respectivos, así de tierra firme, como de otros, sean por *ab-intestato* ó en virtud de testamento, ú otras disposiciones legítimas, y poseer cualesquiera bienes, muebles y raices sin escepcion alguna, derechos, razones, nombres y acciones, y gozarlas sin necesidad de otras patentes ó cédulas de naturaleza, ú otra concesion especial: transportar los bienes y efectos movibles á donde lo juzgasen á propósito (no comprendiéndose entre estos los bienes y efectos cuya estraccion está prohibida aun á los súbditos naturales sin particular licencia, y cuando esta se concediese, será segun las reglas, y *pagando los derechos* que pagan los mismos naturales, como se espresa al fin de este artículo): administrar y dar valor á los bienes raices, ó disponer de ellos por venta ó de otro modo, sin dificultad alguna ni impedimento, dando todos los descargos legítimos, y con solo justificar sus títulos y cualidades: y dichos herederos serán tratados en esta parte en los dominios de la potencia, en que se hubiesen verificado las sucesiones, con el mismo favor que los propios súbditos y naturales del pais, en inteligencia de que estarán sujetos á las mismas leyes, formalidades y derechos á que estos lo estuviesen.

2.° Y para establecer mayormente esta perfecta reciprocidad entre los súbditos respectivos á que los soberanos contrayentes aspiran, se ha ajustado y convenido que ni los súbditos de S. M. Católica en los estados de S. M. sarda, ni los de S. M. sarda en los del rey Católico estén sujetos á derechos algunos bajo el título de *deducciones*, ni otro con cualquier nombre que sea, por razon de los bienes que les pertenezcan en virtud del legado, donacion, sucesiones testamentarías ó ab-intestato, ni por la estraccion de los muebles y sus precios, ó de los raices que en esta forma hubiesen heredado ó adquirido. Y que en caso que dichos herederos, legatarios ó donatarios, despues de haber tomado posesion en las sucesiones, ó cosas legadas ó donadas, prefiriesen continuar en

poseerlas y gozarlas, no se exigirán de ellos otros derechos que aquellos á que están obligados los propios súbditos y naturales del pais en el que se hallaren dichos efectos.

3.° A este fin SS. MM. Católica y Sarda derogan espresamente por el presente convenio las leyes, ordenanzas, estatutos, decretos, usos y privilegios que pudieran ser contrarios, los que se tendrán por nulos para con los súbditos respectivos en los casos que quedan espresados en los dos artículos anteriores.

4.° Cuando se suscitaren algunas contestaciones sobre la validacion de un testamento ó de otra disposicion, se decidirán por los jueces competentes conforme á las leyes, estatutos y usos recibidos y autorizados en el parage en donde dichas disposiciones se hicieren: de suerte que si estos actos llevasen las formalidades y condiciones requeridas en el lugar donde se ejecutaren, tendrán igualmente todo su efecto en los estados de la otra potencia, aun cuando en ellas estén semejantes actos sujetos á mayores formalidades y á reglas diferentes de las que rigen en el pais en que se han hecho (1).»

TRATADOS CON TRIPOLI.

Tratados de paz, amistad y comercio. Trípoli 10 de setiembre de 1784.

«30. Si algun súbdito español muriese en el reino de Trípoli, toda su sucesion ó cuanto de él se hallare, deberá quedar en poder del cónsul á beneficio de los herederos del difunto. Lo mismo se ejecutará con los tripolinos en España.»

TRATADOS CON LOS ESTADOS UNIDOS.

Tratado de límites, amistad y comercio. Real sitio de San Lorenzo 27 de octubre de 1793.

11. Los ciudadanos ó súbditos de una de las dos partes contratantes tendrán en los estados de la otra, la libertad de disponer de sus bienes personales, bien sea por testamento, donacion, ú otra manera; y si sus herederos fuesen súbditos ó ciudadanos de la otra parte contratante, sucederán en sus bienes, ya sea en virtud de testamento ó *ab-intestato*, y podrán tomar posesion, bien en persona, ó por medio de otros que hagan sus veces, y disponer como les pareciese, sin pagar mas derechos que aquellos que deben pagar en caso semejante los habitantes del pais donde se verificase la herencia.

Y si estuviesen ausentes los herederos, se cuidará de los bienes que les hubiesen tocado, del mismo modo que se hubiera hecho en semejante ocasion con los bienes de los naturales del pais, hasta que el legítimo propietario haya aprobado las disposiciones para recoger la herencia.

Si se suscitasen disputas entre diferentes competidores que tengan derecho á la herencia, serán determinadas en última instancia segun las leyes y por los jueces del pais donde vacase la herencia. Y si por la muerte de alguna persona que poseyese bienes raices sobre el territorio de una de las partes contratantes, estos bienes raices llegasen á pasar segun las leyes del pais á un súbdito ó ciudadano de la otra parte, y este por su calidad de estranjero fuese inhábil para poseerlos, obtendrá un término conveniente para venderlos y recoger su producto sin obstáculo, exento de todo derecho de retencion de parte del gobierno de los estados respectivos.

TRATADOS CON LAS DOS SICILIAS.

Tratado. Madrid 13 de agosto de 1817.

«Art. 5.° S. M. el rey del reino de las Dos Sicilias promete respecto á los privilegios personales que han de gozar los súbditos españoles, que tendrán estos derecho de viajar en su territorio y en sus Estados, y de residir en ellos, salvas las precauciones de policía usadas con los súbditos de

(1) Ley 18, tit. 20 lib. 10 Nov. Recop.

las potencias *mas favorecidas*. Tendrán derecho de ocupar casas y almacenes, y de disponer de sus propiedades personales de cualquiera especie y naturaleza, por ventas donacion, cambio y testamento, ó de cualquiera otro modo, sin que se les ponga obstáculo ni impedimento alguno, ni se les obligue por ningun pretesto á pagar mas tasa ni imposiciones que las que pagan ó puedan pagar las naciones mas favorecidas en el reino de las Dos Sicilias. Estarán exentos de todo servicio militar por tierra y por mar sus habitantes y sus almacenes, y lo que en ellos se halle y les pertenezca por objetos de comercio ó de residencia, serán respetados; y no podrá hacerse ningun exámen arbitrario ó inspeccion de sus libros, papeles ó cuentas por parte de la autoridad suprema, sino en virtud de sentencia legal de los tribunales competentes. S. M. el rey del reino de las Dos Sicilias se obliga á garantir á los súbditos españoles residentes en sus Estados y dominios, la conservacion de sus propiedades y de su seguridad personal, en los mismos términos que lo hace con sus súbditos y con los forasteros pertenecientes á las naciones *mas favorecidas* y privilegiadas.»

TRATADOS CON LA SAJONIA.

Convenio por cambio de notas. Dresde **2** *de mayo de* **1831.**

«Habiéndose convenido los gobiernos de España y de Sajonia para arreglar bajo un mismo principio el modo de adquisicion ó *detraccion* de bienes que desde ahora en adelante vinieren á recaer en súbditos sajones dentro de los Estados de S. M. Católica, ó bien en súbditos españoles dentro del reino de Sajonia:

El infrascrito está autorizado á declarar y declara por la presente, que los derechos de *advenia* y de *detraccion* que hubiesen existido ó existieren en el reino de Sajonia, quedan abolidos respecto á herencias acaecidas en estos paises á favor de súbditos de S. M. Católica; y que los súbditos españoles podrán adquirir, poseer, trasmitir y estraer los bienes muebles é inmuebles, créditos ú otros cualesquiera que les viniere de Sajonia, bien sea por herencia, abintestato ó bien por testamento, bien por cualquiera otro acto en vida ó por causa de muerte, sin estar obligados á residir en Sajonia, ni á obtener cartas de naturalizacion, y en fin, que serán tratados con respecto á los demas derechos é impuestos del fisco ó de corporaciones y de fundaciones, tales como los derechos de *timbre* y la *contribucion á favor de los pobres*, etc., como los súbditos naturales de Sajonia, á quienes en virtud de la presente son en todo iguales.

Esta *declaracion*, despues de haber sido canjeada con otra igual del gobierno español, será puesta en ejecucion desde el dia mismo en que se firme respecto á todas las herencias pendientes y á las futuras.»

TRATADOS CON MEJICO.

Tratado de paz y amistad. Madrid **28** *de diciembre de* **1836.**

«Art. 3..... S. M. Católica y la República mejicana se convienen en que los súbditos y ciudadanos respectivos de ambas naciones conserven espeditos y libres sus derechos para reclamar y obtener justicia y plena satisfaccion de las deudas *bona fide*, contraidas entre sí, así como tambien en que no se les ponga por parte de la autoridad pública ningun obstáculo legal en los derechos que puedan alegar por razon de matrimonio, herencia, por testamento ó *ab-intestato*, sucesion ó por cualquier otro de los títulos de adquisicion reconocidos por las leyes del pais en que haya lugar á la reclamacion.»

TRATADOS ENTRE ESPANA Y BELGICA.

Tratado. Madrid **1.°** *de marzo de* **1839.**

«1.° Los súbditos de S. M. Católica gozarán en los Estados de S. M. el rey de los belgas el derecho de adquirir y trasmitir

las sucesiones, ya sean *ab-intestato*, ya por testamento, del mismo modo que si fuesen súbditos de S. M. el rey de los belgas, y sin que se les sujete en su calidad de estranjeros á ningun descuento ó imposicion que no paguen los naturales. Recíprocamente, los súbditos de S. M. el rey de los belgas gozarán en los Estados de S. M. Católica del derecho de adquisicion y trasmitir las sucesiones abintestadas ó testamentarias, igualmente que si fuesen súbditos de S. M. Católica, y sin quedar sujetos por razon de su calidad de estranjeros á ninguna *deduccion* ó impuesto que no satisfagan los españoles. Existirá la misma reciprocidad entre los súbditos de ambos estados, con respecto á las donaciones *inter vivos*.

2.° Cuando se esporten los bienes adquiridos por cualquiera título que sea por súbditos españoles en los Estados de S. M. el rey de los belgas, ó por súbditos belgas en los Estados de S. M. Católica, no se impondrá sobre tales bienes derecho alguno de *detraccion* ó de *emigracion*, ni otro cualquiera que no adeuden los naturales.»

TRATADO CON LA REPUBLICA DEL ECUADOR.

Tratado de paz y amistad. Madrid 16 *de febrero de* 1840.

«14. Los súbditos de S. M. Católica y los ciudadanos de la República del Ecuador, podrán establecerse en lo venidero en los dominios de una y otra parte contratante, ejercer sus oficios y profesiones libremente, poseer, comprar y vender toda especie de bienes y propiedades, muebles ó inmuebles, estraer del pais sus valores íntegramente y disponer de ellos y suceder en los mismos por testamento ó *ab-intestato*, todo con los mismos términos, y bajo las mismas condiciones, y adeudos, que usan ó usaren los naturales de una y otra nacion.

15. Los súbditos españoles no estarán sujetos en el Ecuador, ni los ciudadanos del Ecuador en los dominios de España, al servicio del ejército ó armada, ni al de la Milicia Nacional: estarán exentos igualmente del pago de toda carga, contribucion ó préstamo forzoso; y en los impuestos ordinarios que satisfagan por razon de su industria, comercio ó propiedades, serán tratados como los súbditos y ciudadanos del pais en que residan.»

TRATADOS CON DINAMARCA.

Convencion para la abolicion del derecho de advenia. Madrid 22 *de marzo de* 1840.

«S. M. Católica doña Isabel II, por la gracia de Dios y por la Constitucion de la monarquía española, y durante su menor edad, la reina viuda doña Maria Cristina de Borbon, su augusta madre, gobernadora del reino, de una parte, y de la otra S. M. Cristiano VII, por la gracia de Dios rey de Dinamarca, etc., habiendo determinado por comun acuerdo favorecer la traslacion de los bienes adquiridos ó que adquiriesen sus súbditos en sus respectivos dominios, aboliendo al efecto entre sí los derechos conocidos bajo el nombre de *advenia* de *detraccion y de impuesto de emigracion*.

. . . . . .

. . . . . .

Quienes despues de haberse comunicado sus plenos poderes, y haberlos hallado en buena y debida forma, han convenido en los artículos siguientes:

1.° Los derechos de *detraccion*, impuesto de *emigracion* y otros semejantes, cuyo objeto sea gravar la traslacion de bienes de un estado á otro, sin esceptuar el derecho de *advenia*, aunque hasta aquí no haya estado recíprocamente en vigor, son y quedan abolidos en los estados de S. M. Católica y de S. M. el rey de Dinamarca.

2.° Por lo tanto, los súbditos de cada uno de los dos monarcas podrán esportar libremente, sin pago de ningun derecho, todos los bienes que hubieren ad-

quirido en el territorio del otro por sucesion, donacion, cambio ú otro cualquier título.

3.° Estas disposiciones son aplicables, no solo á los derechos y demas impuestos de este género que forman parte de las rentas públicas, sino tambien á los que hasta ahora hayan sido percibidos por cualesquiera personas, provincias, ciudades, jurisdicciones, corporaciones ó pueblos.

4.° Se esceptúan de estas disposiciones cualesquiera impuestos, ya sean en favor del gobierno, ya á beneficio de particulares, que se perciban ó percibieren en lo sucesivo de las herencias, bajo otro cualquiera concepto que el de esportacion, y que afecte igualmente á los naturales que á los estranjeros.

5.° Las estipulaciones contenidas en los anteriores artículos, producirán su efecto desde el dia del cange de las ratificaciones de este convenio. No obstante, para que gocen cuanto antes los súbditos de las dos partes contratantes de los beneficios que debe procurarles el susodicho convenio, se ha determinado que los bienes adquiridos actualmente en los respectivos territorios de ambos monarcas, que aun no se hubiesen esportado, gocen de la libertad de derechos convenidos para las adquisiciones futuras.

TRATADO ENTRE ESPAÑA Y SUECIA.

Stokolmo 26 *de abril de* 1841.

1.° Los derechos conocidos bajo el nombre de *jus delractus*, no se exigirán ni percibirán ya en lo sucesivo entre el reino de España de una parte, y los reinos de Suecia y de Noruega de la otra.

2.° Esta disposicion se estiende, no solo á los derechos y otros impuestos del mismo género que hacen parte de las rentas públicas, sino tambien á los que hasta ahora hayan podido percibir algunas provincias, ciudades, jurisdicciones corporaciones, distritos ó lugares; de modo que los súbditos respectivos que esportaren bienes, ó á los cuales correspondan por cualquier título en uno ú otro estado, no estarán sujetos en tal concepto á otros impuestos ó contribuciones que á las que por causa del derecho de sucesion, de venta ó de cualquiera traslacion de propiedad, satisfarian igualmente los habitantes del reino de España á los de los reinos de Suecia y de Noruega, segun los reglamentos y ordenanzas que existan, ó en lo sucesivo existieren en ambos paises.

TRATADOS CON LA REPUBLICA DE COSTA-RICA.

Tratado de Madrid, 10 *de mayo de* 1850.

Art. 4. S. M. Católica y la república de Costa-Rica, convienen en que los súbditos y ciudadanos respectivos de ambas naciones conserven espeditos y libres sus derechos para reclamar y obtener justicia y plena satisfaccion por las deudas *bona fide* contraidas entre sí, como tambien en que no se les oponga por parte de la autoridad pública *ningun obstáculo* en los derechos que puedan alegar por razon de matrimonio, herencia por testamento ó *ab-intestato*, ó cualquier otro de los títulos de adquisicion reconocidos, por las leyes del pais en que haya lugar á la reclamacion (1).

Art. 15. En los *ab-intestatos* que ocurren de súbditos españoles establecidos en Costa-Rica, ó de ciudadanos de esta república en España, sus respectivos cónsules formarán el inventario de los bienes del finado, de acuerdo con la autoridad local, y en los mismos términos provecrán á la custodia de dichos bienes, hasta que se presente el heredero ó su legítimo representante.

LEGISLACION ESTRANJERA.

La reseña de tratados entre España y otras naciones, hace casi innecesaria la de la legislacion estranjera: por lo cual, y por

(1) Real decreto de 21 de diciembre de 1850.

las indicaciones que nos es indispensable consignar sobre este punto, ya en la reseña histórica, ya en las secciones tercera y cuarta, no seremos latos en ella; limitándonos á dar razon de algunos de los infinitos tratados, hoy vigentes, entre los diversos estados de Europa, y aun fuera de ella, para corroborar la consecuencia que naturalmente se desprende de la simple reseña de nuestro derecho internacional, en la cual se ve que apenas hay un solo estado, aun de pequeña consideracion, que no haya estipulado con España ó con otras naciones, la abolicion de la *aubana*.

El documento mas autorizado y solemne que puede presentarse para lo que es objeto del presente artículo, es el acta general del congreso de Viena (9 de junio de 1815) en que siete potencias de las principales, á saber, Austria, España, por medio de adhesion, Francia, Inglaterra, Portugal, Prusia, Rusia y Suecia, es decir, toda la Europa, acuerdan en el artículo 18, y mas especialmente en el 20, medidas de abolicion de la *aubana* á que debian someterse, y se sometieron algunas de ellas, como el Austria y la Prusia, en cuanto á los paises que allí se mencionan, consignándose el mismo principio en el protocolo de la Dieta de 23 de julio de 1817.

Ya antes, en el convenio celebrado en 11 de abril de 1756, entre el emperador de Alemania y el rey de Francia, sobre cesion del ducado de Lorena, se consignó en el artículo 15 la siguiente disposicion: «Todas las personas que actualmente son del servicio de S. A. R. el duque reinante, y de S. A. R. la Serma. duquesa viuda de Lorena, del Sermo. príncipe Cárlos, y de las Sermas. princesas, hermano y hermanas de S. A. R., gozarán de todas las franquicias, exenciones y privilegios de que han gozado hasta aquí, y ni ellos nacidos ó por nacer, estarán sujetos al derecho de *aubaine*.»

Posteriormente el Austria abolió este derecho en la Lombardia, en 1815; y por patente de 2 de marzo de 1820, en todos los estados de la Confederacion germánica, como tambien la Prusia, en los que de ella dependen en la misma Confederacion.

La Dieta helbética lo ha abolido tambien «con respecto á todos los estados que se conduzcan lo mismo con la Suiza.»

Y como testimonio de la opinion de la Europa en el dia y de la política de sus estados sobre este punto, diremos en conclusion que la Bélgica, ademas de haber estipulado la abolicion con la España, como hemos visto, ha verificado lo mismo, á saber: con Dinamarca en 20 de enero, con las Dos-Sicilias en 6 de octubre, y con Prusia en 17 de diciembre de 1834: con el Hesse y la Sajonia Gotha en 27 de mayo, con Suecia el 21 de julio, con los Estados pontificios en 8 de agosto, y con la Suiza y la Cerdeña en 15 de diciembre de 1838: con la Holanda, en fin, en 19 de abril de 1839.

La Francia habia ofrecido en el punto en cuestion una notable anomalía. No haremos aquí mencion de sus tratados con España, ni del de Nimega y otros con otras naciones; pero la Asamblea nacional abolió la *aubana* en Francia por decretos de 6 de agosto de 1790, 13 de abril de 1791 y acta constitucional de 3 de setiembre del mismo año: Napoleon hizo lo mismo en la Italia con respecto á la Suiza por decreto de 24 de agosto de 1812; y sin embargo, en el Código civil se estableció en el artículo 11, que los estranjeros gozarian en Francia de aquellos derechos que en sus naciones respectivas estuvieren concedidos, ó se concedieren á los franceses, por los tratados: en el 726, «que el estranjero no es admitido en Francia á suceder en los bienes que sus parientes, estranjeros, ó franceses poseen en el territorio del reino, mas que en sus casos y en la forma en que un francés suceda á su pariente, en los bienes que este posee en el pais del estranjero, conforme á la disposicion del artículo 11:» y el 912 disponia por último «que ningun súbdito francés podria disponer de sus bienes en favor de un estranjero; sino en caso en que este podria disponer de los suyos en favor de los franceses.» Pero despues la ley de 14 de julio de 1819, ha dero-

gado estas disposiciones del Código, del modo notable que vamos á espresar: «Artículo 1.° Quedan derogados los arts. 726 y 912 del Código civil. En su consecuencia los estranjeros tendrán el derecho de suceder, de recibir, y de disponer, de la misma manera que los franceses en todo el territorio de la Francia. Art. 2.° En el caso de que en una misma sucesion concurran como coherederos, estranjeros, y franceses, estos deducirán préviamente (preleveront), de los bienes situados en Francia una porcion igual al valor de los bienes existentes en pais estranjero, de cuya sucesion sean escluidos los franceses, por cualquier título que sea, en virtud de las leyes, ó de las costumbres locales.» En la seccion IV habremos de hacer algunas observaciones sobre esta ley, por lo que pueda importar á súbditos españoles.

La Francia, en fin, ha estipulado la abolicion, con la Sajonia en 1813, y con el Hesse, y las Dos Sicilias en 1818. Por una ordenanza de 21 de abril de 1821 se estendió á las colonias la disposicion de la ley de 1819.

Sobre privilegios y relevacion de aubana á la liga Tentónica, véase la transaccion de 1607 por el rey de España.

PARTE DOCTRINAL.

SUMARIO.

SEC. I. RESEÑA HISTÓRICA.

SEC. II. DE LA NATURALEZA DEL DERECHO DE AUBANA.

§. 1.° *Del derecho de aubana considerado bajo el punto de vista de su justicia y conveniencia.*

§. 2.° *Gravámenes que se han comprendido, ó se comprenden, bajo la denominacion de aubana.*

§. 3.° *A quien compete el derecho de aubana.*

SEC. III. ESCEPCIONES RESPECTO DE LA AUBANA. CONSIDERACIONES PRÁCTICAS ACERCA DE ESTE GRAVAMEN.

§. 1.° *Escepciones del gravámen de aubana.*

§. 2.° *Consideraciones prácticas acerca de la aubana.*

SEC. IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ESTADO DEL DERECHO DE AUBANA EN LAS NACIONES CIVILIZADAS.—CONCLUSION.

SECCION I.

RESEÑA HISTÓRICA.

Segun algunos autores el gravámen de *aubana* es tan antiguo como las sociedades, y nosotros opinamos tambien así; no en cuanto á la forma, ni menos en cuanto al nombre; pero sí por lo que hace á la índole de dicho gravámen. La *aubana* en efecto, ó el gravámen de estranjeros, es coetánea é inseparable de aquella desconfianza que ha acompañado al orígen de las primitivas sociedades. Bajo este punto de vista, dicho gravámen es como un signo característico de la barbarie ó civilizacion de los estados. Así se le ve en boga y favor en los pueblos rudos, bajo la política férrea, y de aislamiento; y por el contrario en descrédito, atenuado ó abolido, bajo las dominaciones ilustradas y humanas, bajo la política de comunicacion franca y hospitalaria. Tal es, sin embargo, la índole del mencionado gravámen, que ni la precedente regla, ni otra, pueden asentarse como generales, é invariables; pues la historia de la *aubana* nos presenta tales anomalías, que, no convencen seguramente lo incierto de la regla; pero sí el influjo prepotente de los hábitos, de las tradiciones seculares, y del interés fiscal sobre todo.

Efectivamente: por causas que no es difícil comprender, las antiguas sociedades eran recelosas. Formadas bajo el natural instinto de la propia conservacion: buscando en la asociacion un asilo contra las violencias desaforadas del mas fuerte: poco arraigado y respetado todavia el sagrado de la propiedad: no siendo posible tampoco suponer debidamente formulados, ni por tanto bien conocidos, ni respetados, los preceptos y deberes recíprocos del derecho internacional; que no podrian ser acatados, cuando no lo eran, sino muy mal, los

pactos entre particulares: no siendo, ni pudiendo ser tal la organizacion de las sociedades nacientes, que ofreciese la confianza y garantías que son hijas de una organizacion vigorosa, de la fuerza suficiente y segura de repulsion para el esterior, ccercitiva y de represion para el interior: por tal conjuto de razones, si no fuera natural en cierto modo; seria esplicable el haber buscado el preservativo y el remedio contra males, por otra parte seguros, en el aislamiento. De aquí el recelar en cada estranjero un espía, ó ver ya en él un enemigo del pais, en lo cual no siempre se equivocaban, puesto que no siempre se podia contar demasiado con la intencion y lealtad de los acogidos. De aquí tambien las precauciones, y aun vejaciones. Y como muy oportunamente dice Tácito, es propio de la humana condicion odiar al que hemos ofendido, al que hemos maltratado, de aquí el ódio y el desprecio hácia el estranjero ó peregrino, á que no dejaria este de corresponder á su vez, erigiéndose así en sistema, en ley local y general despues, la vejacion y el ódio. Sin insistir sobre este punto, que corresponde desenvolver en el artículo *estranjero*, notaremos solo, que lo que fueron sin duda las primitivas sociedades, eso son hoy los pueblos errantes ó salvages, y aquellos en que es habitual y casi constitutiva la política de aislamiento, como los árabes y berberiscos, los chinos y los japones; y eso han sido tambien los pueblos civilizados, cuando, como en los siglos medios, han retrocedido á la barbarie.

El sistema sin embargo de temor, y odio á los estranjeros, de desprecio y vejacion, trascendió tambien á los pueblos, mas ó menos civilizados, y fue practicado con igual rigor, en Esparta, y Atenas, en Grecia y en Roma. Plutarco en la vida de Agis habla del rigor de los espartanos hacia los estranjeros. Los atenienses condenaron á una multa de diez talentos ó Trasibulo, por haber concedido el derecho de ciudadano á Lisias, originario de Siracusa. Sabido es por último, cual era en Roma la condicion de los peregrinos, aun en los mejores tiempos: en los anteriores, en aquella república formada de foragidos, se imponia pena de muerte al estranjero que se estableciese en Roma. En Grecia, aun cuando con el tiempo se permitió testar á los estranjeros, sucedia el fisco en una parte de la herencia. En Roma, en fin, ni aun testaban, y era sucesor en sus bienes el que los habia acogido. Tal condicion y gravámenes eran la *aubana*, en toda su dureza; sin estar contrapesada siquiera con las ventajas que dispensaron á los estranjeros las civilizaciones posteriores, aunque rudas tambien.

Sobrevino en ellas una época, sin embargo, que sistematizó mas y mas, y aun agravó, el derecho de estranjería. Esta época es la del feudalismo. Cada señor feudal se reputó un monarca, y aumentó, y exijió los gravámenes de estranjería mas rígidamente aun que el monarca mismo, sin perjuicio ademas de la *aubana* real, ó derechos de este género, segun de todo dan razon las leyes de los longobardos, Capitulares de Cárlo Mágno y sus sucesores, la historia de las costumbres y fueros señoriales, y hasta las constituciones de S. Luis. El estranjero era reputado *mano-muerta*, muerto para adquirir, y mas para disponer.

Este fue, sin embargo, el último período favorable, el apojeo, podriamos decir, de la *aubana*, *albinatus*, ó *albinagium*, como ordinariamente se llamaba entonces. Suprimido el feudalismo, levantadas sobre sus ruinas las grandes nacionalidades, comprendida la necesidad de una política comunicativa, humanitaria é ilustrada, empezó á perder en crédito, y acabó por derrocarse, en gran parte, la obra de largos siglos; y siguiendo la *aubana*, como siempre, la marcha de la civilizacion de los pueblos, vióse á las naciones abrir las puertas á los estranjeros, y admitirlos á comercio recíproco con condiciones mas ventajosas, aligerando sus vejámenes y facilitando el medio de la naturalizacion.

En la parte legislativa hemos empezado la reseña de tratados en el año de 1667. En la introduccion á este artículo habiamos

indicado que no hariamos mencion de todos los tratados y convenios sobre *aubana*, ó estranjeria; sino de aquellos mas principales, y capaces, digámoslo asi, de formar épocas. En este caso se halla el tratado de 1667 entre España é Inglaterra, repetido despues, y como base, de todos los de amistad, comercio y navegacion, que en esta parte constituyen el derecho internacional.

Pero ya antes de él habia ajustes y conconvenios relativos á la *aubana*. Vattel asegura (1) que el emperador Federico II, fue el primero que abolió la *aubana*, por medio de un bando general en 1815.

Por lo que hace á la Francia se ve ya que en el tratado de paz, de Crespi de 1514, y por regla general en todos los de paz, amistad y comercio, del siglo XVI y posteriores hasta en 1667, en que empieza la parte legislativa del presente artículo, bien especificamente, bien en términos generales, se estipulan y aseguran privilegios y franquicias para los súbditos respectivos. Sustituido en el mundo civilizado el antiguo sistema de aislamiento y enemistad con el de amistad y confederaciones; el estéril y destructor de guerras y conquistas por el de paz y comercio, la *aubana*, todos los gravámenes de estranjería empezaron á dulcificarse, tocando á su término, puede decirse, cuando llegaron á su mayor altura las relaciones, y empezando muy especialmente en el congreso de Viena de 1815, en que se ve, puede decirse que á la Europa toda formando un mismo tratado, y estipulando sobre la abolicion de la *aubana*, respecto de la cual, hacen natural contraste como hemos indicado ya, y se deduce de la mera esposicion de los hechos, la época de barbarie y aislamiento, con la de civilizacion y mútuas relaciones políticas; la época del feudalismo con la que llamaremos comercial, de los siglos XIV al XIX, y paz general, ya citado, de Viena.

Una cosa notaremos, y es que la España tan vituperada y motejada por los estranjeros, ni ha sido la mas estremada; y antes al contrario, por lo que hace á las vejaciones de estranjería, ni la última á aligerarlos, hasta abolirlos.

Ultimamente, por la comparacion de los tratados, segun su órden cronológico, y por nuestras disposiciones legislativas, se verá que, consignado el principio de la abolicion de la *aubana*, no se formuló al mismo tiempo el procedimiento; y lejos de eso, en un principio se guardó silencio sobre el particular: despues, como se ve en el tratado de 1667 entre España é Inglaterra, y lo propio habia sucedido en el de 1665 y otros anteriores, se estipuló solo, que en el caso de fallecimiento de un estranjero, el inventario se hiciese por el consulado de su nacion, y los bienes se depositasen en poder de dos ó tres comerciantes abonados, hasta que fuesen recogidos por los herederos ó acreedores. En las posteriores se nota que se previene el perjuicio de un tercero, acordando la intervencion acumulativa, y subsidiaria ademas en un caso defectivo de las justicias ordinarias, como se ve en los tratados con Austria, y otros, y en la real resolucion de 20 de noviembre de 1724 (1), dada en virtud de reclamacion de las Juntas de dependencias y de negocios estranjeros, ya para el mejor cumplimiento del tratado de 1667, ya con vista de los perjuicios que se esperimentaban en los *ab-intestatos* de estranjeros, lo cual se verá mas por estenso en su artículo correspondiente.

SECCION II.

De la naturaleza del derecho de aubana.

La palabra *aubana*, anómala en su traduccion, oscura en su etimología, como hemos dicho, no es constante en su uso, ni espresa sin esplicacion con todo rigor y exactitud los gravámenes que comprende, para lo cual basta ver que en unos tratados se usa solo de la palabra *aubaine*, para es-

(1) Derecho de Gentes, lib. 2, cap. 8.

(1) Ley 4, tit. 11, lib. 6, Nov. Recop.

presar las cargas á que han solido estar sujetos los estranjeros: en otros se espresan, con el derecho de *aubana*, el de *detraccion*, ó algun otro que en general, y en nuestro sistema, segun lo hemos presentado en la introduccion de este artículo, son parte de ella; en otros, en fin, se estipula la abolicion ó relevacion de la *aubana*, y se añade ademas, que de cualesquier otros derechos ó gravámenes, etc., lo cual equivale á no comprender en la aubana todos los gravámenes de estranjería.

La *aubana*, por otra parte, es presentada siempre bajo un concepto odioso, y ora concediendo, ora negando su justicia, su conveniencia; y hasta todo viso ó concepto de racionalidad en ella. Los publicistas ademas, sobre todo, los publicistas franceses, que son los que con mas estension y mas de propósito hablan de la *aubana*, hacen cuestion, y no pocas veces ha sido objeto de controversias, ya doctrinales, ya jurídicas, el determinar á quien compete esencialmente el derecho de *aubana*, si es ó no enagenable, etc.: cuestiones todas que por la influencia que tendrian en las controversias y casos de duda que podrian ocurrir en el derecho internacional, trataremos, aunque ligeramente, en esta seccion, manifestando nuestro juicio sobre la justicia del derecho de *aubana*, gravámenes que se contienen, ó se han comprendido en diversas épocas, bajo esa denominacion, á quién compete el exigir ó condonar ese gravámen, y las escepciones á que ha estado, y debe estar sujeta la *aubana*, en el caso de no hallarse abolida.

Para presentar la mencionada reseña con la mayor estension posible, ora histórica, ora jurídica; debemos notar, que, atendida la influencia en este punto de las famosas Capitulares, la del feudalismo tan arraigado, y estendido en Francia, como donde mas: el influjo, en fin, ejercido por la Francia sobre el órden político y práctico de otros paises; seguiremos en la presente seccion su historia y su derecho en cuanto á la aubana, siendo despues fácil hacer aplicaciones á cada pais ó cada historia, y apreciar lo que sea especial á cada uno, como nosotros tambien haremos.

§. 1.° *Del derecho de aubana, bajo el punto de vista de su justicia y conveniencia.*

Si hubiera propiedad siempre en la tecnologia del derecho, ora internacional, ora civil, en el mero hecho de decir *derecho de aubana*, debia ya subentenderse y darse por demostrada su justicia, y en ese caso estaria demas el presente párrafo. Pero si, en efecto, el gravámen de aubana, tomado en su acepcion genérica y en toda su estension, trae su orígen, y es mas propio de los tiempos bárbaros: si ha merecido las duras calificaciones con que en general ha sido designado: si naciendo de los siglos bárbaros ha llegado á su apogeo bajo el influjo del feudalismo; muy dudosa ha de ser su justicia, á lo menos bajo algun concepto. Si atendemos por otra parte á que las cosas han de denominarse de lo que es principal en ellas, posible es que en cuanto á la *aubana*, sea mas propio el concepto de gravámen que el de derecho; y si ademas de ser cuestionable su completa justicia, fuera un derecho *insensato*, como le llama algun célebre publicista, hallariamos mas propiedad en denominarlo de lo que mas domina, ó resalta en el de su carácter vejatorio, y no en todo justo; y por tanto mas bien gravámen que derecho; y asi se notará en lo que precede del presente artículo, que nos inclinamos mas á esta denominacion.

No por eso se crea que neguemos toda justicia en ese gravámen; y lejos de ello nos proponemos demostrar, que si no es justo en su totalidad, en la estension y exageracion á que le han llevado la rudeza, la ignorancia y la codicia; lo es indudablemente bajo alguna de sus fases, y sobre todo, en su base cardinal, como nosotros la esplicaremos.

No hablamos de ninguna manera de la justicia jurídica. Respecto de esa, lo que está mandado por una ley, estipulado ó convenido en competente forma, es justo. Hablamos de la justicia natural; no de cada

una de las multiplicadas gavelas, ó gravámenes parciales que se refieren á la *aubana*; sino genéricamente del gravamen de estranjeros, esto es; ¿puede un estado, puede un soberano hacer á un estrangero de peor condicion que á sus propios súbditos, ó no igualarle con estos? Sin género ninguno de duda. Podrá exagerarse esta facultad, como se ha exagerado ciertamente, ya en la cuantía, ya en el modo, lo cual conviene tratar y trataremos al hacernos cargo de cada uno de los gravámenes, ó especies particulares de ella; pero en cuanto á la base cardinal, esto es al gravamen de estrangeros considerado genéricamente en abstracto, á la desigualdad de condicion con los propios súbditos; es indisputable, que si uno puede impedir á un estraño la entrada en su casa, puede tambien autorizarla, ó permitirla con condiciones. Lo que no puede un estado, ó un soberano, es lo que no podria un particular; y era admitir al estraño bajo condiciones determinadas, y luego agravarlas. En eso si que hay injusticia, y puede llegarse hasta la iniquidad. Podrá ser que las condiciones con que se abran las puertas de un estado á los estranjeros, sean gravosas, y aun duras: pero si el estranjero se conformase con ellas, eso las despoja del carácter de injustas. El convenio mútuo hace justicia, cuando no es inmoral, ó en materia ilícita. Mas aqui toda la cuestion es de interés, y de aquellos intereses que pueden estipularse, renunciarse, transijirse. Por lo demas, la cuestion de interés en el punto en cuestion, está en el mismo caso que la de humanidad, y miramientos á la persona. Seria inícuo, dicen los autores, y dicen con razon, admitir á los estranjeros bajo condiciones de seguridad individual, y proteccion, y luego atropellarlos, ó dejar se les atropelle; no hacerles ni procurar que se les haga justicia. Esto, que entre particulares se llamaria justamente falsedad, y aun felonía, respecto de un Estado, ó de un soberano, mereceria bien el nombre de iniquidad. El gravámen de *aubana*, pues, considerado en abstracto, y del modo que lo dejamos planteado, podrá llamarse duro, perjudicial, inconveniente; pero no injusto en su base cardinal de establecer diferencia en cuanto al goce de derechos civiles, entre el estranjero, y los propios súbditos, asi como en muchos casos se establece aun entre estos mismos. Concluiremos manifestando que la justicia natural dependerá en estos casos 1.° de no llevar la cuestion de gravámenes mas allá de los derechos civiles, ó políticos; de no comprometer, ni lastimar los derechos de la humanidad, ni los fueros de la moral: y 2.° de que al estranjero antes de ser admitido sean conocidos, ó por lo menos calculables, los gravámenes civiles, ó económicos á que le somete su condicion. Por eso no pueden fácilmente justificarse; ó no lo podrian de modo ninguno, las disposiciones de Luis XIII y Luis XIV de Francia, sometiendo, el primero en 1639, y el segundo en 1656, á los estranjeros, aun naturalizados, y á sus primeros descendientes, y sucesores por titulo singular, á una imposicion estraordinaria, y no comun á los demas ciudadanos, sobre los bienes y beneficios que ya poseian, y lo que es mas, por la confirmacion de las cartas de naturaleza, que ya habian obtenido en debida forma, y que eran para ellos y debian ser, una garantia. Ellos reputándose ya franceses en virtud de las mismas, habrian acomodado á esta situacion sus combinaciones y estado de familia. ¿Con qué razon se despojaba á estas clases de la seguridad que les daba un título legítimo, y se las colocaba en la dura y ruinosa alternativa de la emigracion, caso que reputaran insoportable el no calculado gravamen, ó vejacion mas bien, á que se les sujetaba? Aun en ese durísimo caso no librarian sus bienes de la nueva exaccion, y ademas del gravámen ó derecho de *emigracion*, de los que pudieran retirar, y del de *detraccion* de los que traspasasen á otros estranjeros. Todavia la injusticia subia de punto respecto á los primeros descendientes y suceseres, que los mas, ó todos podian haber ya nacido franceses. No

es este el caso en que nosotros hemos reconocido la justicia radical de la *aubana*, fundada en la causa legítima y natural de la convencion, siquiera sea tácita, en el consentimiento, en el principio sabido, y no menos cierto, ni justo, porque haya pasado á ser un axioma comun, y hasta vulgar, *scienti, et volenti nulla fit injuria.* Todo lo que no pueda estribar en ese principio es una contravencion al derecho natural, un atentado contra el derecho de gentes.

En cuanto á la inconveniencia del gravámen de *aubana*, ni cabe duda, ni cuestion. La esplanacion conveniente de este principio corresponde á otros artículos, como el de *Estranjero*, *Comercio*, etc. Aquí solo notaremos:

1.° Que si en efecto hay, ó habia que temer del estranjero, lo lógico era el prohibirle absolutamente la entrada en el pais, llegando en esto, si se quieer, hasta la exageracion de la pena de muerte, de lo que ya hemos citado ejemplares en este artículo; pero admitirlos, para obligarlos á ser hostiles, para hacerlos enemigos por el odio, el desprecio y la vejacion, no solo es inconveniente; sino hasta una estraña aberracion del buen sentido.

2.° Que si en efecto, el hombre, por un designio providencial, por una condicion intrínseca de su naturaleza, nace social; la política de aislamiento sistemática y perpétua, es abiertamente contraria al destino del género humano.

3.° En fin, que si los instintos de este mismo destino, si los estímulos del interés, lícito y bien entendido, si el grito de la humanidad, han reemplazado el sistema y las tendencias destructoras de guerra y de conquista, con las habitudes pacíficas, humanitarias y productoras del trabajo, de la comunicacion recíproca, y del comercio; el aislamiento, la esclusiva, la vejacion del estranjero, imposibilitan este gran bien, son para ello el mayor inconveniente, son mas que un inconveniente, una imposibilidad. Asi no es estraño que, como ya hemos indicado, uno de los primeros publicistas de los tiempos modernos, Montesquieu, haya calificado el gravámen de *aubana* de derecho insensato (1). «Derrocado el imperio romano, dice este gran pensador, uno de los efectos de esta calamidad pública fue la ruina del comercio. Los bárbaros no lo miraban mas que como un objeto de sus rapiñas... La nobleza que se levantó, no se tomaba la pena, ni aun de fijar en él su atencion... De este tiempo datan los derechos *insensatos* (insensés) de *aubaine* y de naufragio. Los hombres pensaron que los estranjeros no les estaban unidos por ningun vínculo de derecho civil; y creian no deberles, por una parte ninguna especie de justicia, por otra ningun género de piedad... En el estrecho recinto á que los bárbaros vivian reducidos, todo les era estranjero; en su pobreza, todo era para ellos un objeto de enriquecimiento.»

Bien se ve que no podia haber caido sobre el gravámen de *aubana*, mas duro, ni mas autorizado anatema. Con la venia, sin embargo, de tan ilustre escritor, nosotros no abandonamos nuestra teoría sobre la justicia natural de la aubana, considerada en abstracto, y segun la hemos esplicado. Bien es verdad que no es este el punto de vista bajo el cual la considera el célebre publicista, y sí solo bajo el de la inconveniencia, en lo cual nuestro juicio es completamente conforme, aunque no en cuanto al orígen histórico y genérico de dicho gravámen de estranjería, anterior ciertamente á la ruina del imperio romano, aun por las mismas causas y razones alegadas por el publicista francés; pues si ese derecho *insensato* nace en suma, segun el mismo Montesquieu, de la barbarie y rudeza: del aislamiento y estrechez de relaciones sociales, que hacia mirarlo todo como estranjero: de las tendencias aristocráticas de cierto género, que desdeñaban el comercio, de la pobreza que impulsaba á la rapiña, haciendo de todo un objeto de enriquecimiento; todo esto existia ciertamente antes de la ruina del imperio romano, y aun antes del imperio mismo; y

(1) Espíritu de las Leyes, lib. 21, cap. 17.

es un hecho histórico y filosófico que las mismas causas, en idénticas condiciones, producen siempre los mismos efectos.

La conclusion es, pues, que si bien el derecho estricto no rechaza en general el gravamen de *aubana*, prescindiendo de sus exageraciones y violencias; la conveniencia, pública y universal, y por lo tanto la política, la ciencia, y la buena administracion económica y humanitaria lo rechazan completamente.

En la cuestion de hecho, concluiremos éste párrafo haciendo notar, que la Europa moderna lo ha juzgado tambien asi, pues, la época del comercio, y de abierta y recíproca comunicacion, ha abierto la puerta á la abolicion, que en general solo se ve consignada en tratados de paz, amistad ó comercio; conservando por lo demas el gravamen de aubana, en los casos de *retorsion*, y aun de duda, ó en que no se halle lo contrario estipulado, como hemos visto en la reseña de legislacion estranjera, respecto de algunos códigos civiles; muy especialmente del de Austria,

§. II. *Gravámenes que se han comprendido, ó comprenden, bajo la denominacion de aubana.*

Hemos dicho en la introducion, que comprendiamos bajo el nombre de *aubana*, todos los gravámenes de *estranjería*, ó que pesan sobre el estranjero, por sola su condicion; y no en comun sobre él, y sobre los naturales, ó súbditos propios, en lo cual se ve que no hablamos de los tributos, ó contribuciones, que ciertamente se rigen por otros principios, y corresponde por lo tanto tratar de ellos en otro artículo.

Entendida asi la *aubana*, y tomándola en todas sus épocas, esto es, bajo el concepto histórico, y jurídico, la *aubana* ha comprendido los gravámenes siguientes,

1.° El llamado principalmente *aubana*, *estranjeria*, *albinatus*, *albinagium*, etc., segun lo espuesto en la introduccion.

2.° El gravámen de *emigracion*.

3.° El gravámen de *detraccion*.

4.° Diversos gravámenes personales, inherentes ó ciertos actos del órden civil, ya generales, ya locales.

Aubana. La aubana, segun su acepcion primitiva, era, como hemos dicho ya, la sucesion por el Estado, ó por el monarca, en los bienes del estranjero que fallecia. Llegó á comprender los tres casos siguientes:

1.° Cuando un transeunte moria con testamento, ó sin él.

2.° Cuando un estranjero domiciliado, ó ya naturalizado moria *ab-intestato*, ó sin dejar herederos regnícolas.

3.° Cuando un súbdito propio moria en pais estranjero, renunciando á su nacionalidad.

En el primer caso, el transeunte podia adquirir y disponer por contrato entre vivos: pero no podia testar; ni recibir por causa de muerte, esto es, ni herencias, ni legados. El monarca por tanto, dejase ó no herederos el finado, sucedia en todos sus bienes. De esta clase de estranjeros, y bajo el concepto en que hablamos, decia una regla de la jurisprudencia y derecho público francés: vive libre; pero muere siervo. (*liber vivit; servus moritur.*)

En el segundo caso, especialmente en el primer estremo de ser el estranjero meramente domiciliado, sucedia el rey, únicamente cuando aquel moria intestado, sin dejar herederos regnicolas.

En el tercer caso, en fin, sucedia el soberano *ab-intestato*, sino quedaban herederos indígenas, con capacidad civil para recibir; y lo propio aunque muriese con testamento, si los herederos carecian de la mencionada capacidad; lo cual ha de entenderse de los bienes existentes en el propio pais; pues á los que radican en pais estranjero, es claro que no podia alcanzar una legislacion que era estranjera tambien respecto de este.

Los estranjeros comprendidos en el primero y segundo de los tres casos prefijados eran los que se llamaban bajo el punto de vista de recibir, por testamento, ó *mortis causa*, mano-muerta (maine-morte): concepto que se llevaba hasta el punto de que el padre, ni aun podia suceder *ex-tes-*

tamento al hijo indígena, ó bien naturalizado, que por esta cualidad podia sucederle á él, en lo cual faltaba el principio de la reciprocidad sucesoria. No podia tampoco suceder el marido no naturalizado á la consorte indígena, ni esta al marido.

Ultimamente: la idea de la *aubana* se completa teniendo presente la regla general, que ya lo era entre los romanos, á saber, al estranjero no naturalizado le son permitidos todos los actos de derecho de gentes, como el comprar, vender, permutar, donar *inter-vivos*, etc.; pero no los correspondientes al derecho civil, como ni al político, sino le estaban espresamente concedidos, por quien tiene la facultad de constituir derecho, y por tanto de dispensarlo, ó relajarlo.

Derecho ó gravámen de emigracion. Para que no falte á la *aubana*, ni aun la confusion, no solo la hay, como hemos visto, respecto de su concepto principal, ó primitivo, sino tambien en cuanto á los gravámenes parciales que á ella se refieren. Tal sucede en los derechos de *detraccion*, y *emigracion*. El primero se toma algunas veces por la *aubana* toda: algunas veces tambien los derechos espresados de *detraccion y emigracion*, se toman por uno mismo, y hasta el uno por el otro. El primero, sin embargo, y habiendo de hablar con propiedad y claridad, esto es, el derecho ó gravámen de *detraccion*, (*jus*, *gabella*, *onus detractûs*), es el que consiste en deducir una parte, la cuarta, por ejemplo, la quinta, etc. de los bienes del estranjero que por cualquier título ó concepto pasan á manos de estranjeros dentro ó fuera del pais. Segun indicaciones de algunos publicistas, hay estados en los cuales la *detraccion* consistia en la tercera parte de los bienes. Vattel, que se declara fuertemente contra la aubana, halla razonable la *detraccion*. «*Le droit de traité foraine*, dice, que en latin se llama *jus detractûs*, es mas conforme á la justicia, y á los deberes mútuos de las naciones: y es aquel derecho, en virtud del cual, un soberano retiene una porcion módica de los bienes, sean de ciudadanos, sean de estranjeros, que salen de su territorio, para pasar á manos estrajeras. Como la salida de estos bienes es una pérdida para el estado, puede este muy bien procurarse una equitativa indemnizacion (1).»

La razon no nos parece convincente, y el fundamento de la justicia hay que buscarlo en otra parte, por que si el estado pierde en los bienes que salen, la indemnizacion natural la tiene, y debe buscarla en la reciprocidad, en favorecer mas bien la venida, que la retirada de estranjeros ó de sus fortunas, en los bienes, en fin, que por este medio pueden entrar en el pais; y así sin duda quedan mejor conciliadas la justicia y la conveniencia.

Algunos autores, entre ellos nuestro Olmeda, en sus Elementos de derecho público, traducen la espresion francesa usada por Wattel y otros, *traité-foraine*, por *tratado foráneo*, lo cual aquí es un error, pues dicha espresion, contraida en el lenguage francés, al asunto de que se trata, equivale á *derecho de esportacion*, de sacas, ó de salida.

No podemos menos de notar en el pasaje copiado la confusion que hemos dicho reina en este asunto sobre los nombres, y sobre las cosas. Segun Vattel la detraccion tiene lugar, cuando los bienes salen del pais, siendo así que la tiene tambien, cuando dentro del mismo pasan de un estranjero á otro, sobre todo *mortis causâ*. Se confunde la *detraccion*, que es gravámen solo de estranjeros, con el derecho de esportacion que es tributo comun, propio de los naturales ó indígenas. Y por último, la detraccion aquí no se distingue bien del derecho de *emigracion* ó de retirada (retraite).

Derecho de emigracion. Gravámen que se impone sobre los bienes del estranjero que con ellos sale del pais, abonándolo, semejante al impuesto personal que antiguamene se pagaba por trasladar su domicilio de una diócesis ó provincia, de un Estado feudal ó señorío, de una *castellania* á otra,

(1) Derecho de Gentes, lib. 7, cap. 8, párr. 113.

segun la espresion de las constituciones de S. Luis, en que se habla de ese gravámen, mucho mas antiguo todavia, confirmándolo (1), la denominacion francesa *droit de retraite*, derecho de retirada, ó salida del pais, que en general se traduce de *emigracion*, hace que este gravámen se confunda fácilmente con el anterior de *detraccion*; pero son casos, como se notará, absolutamente diversos, empezando por la diferencia de que en el uno la persona abandona el pais; en el otro lo contrario. Por lo que hace á la inconveniencia, todavia creemos es mayor la del derecho de emigracion, pues si en la venida de estranjeros, y en su establecimiento en el pais hay ventajas, en su retirada personal hay por necesidad lo contrario.

Derechos personales. Comprendemos bajo esta denominacion todos aquellos pequeños gravámenes que decian mas bien relacion á la persona que á los bienes, ó que se asemejaban á una *capitacion*.

Por decontado todo estranjero que llegaba á una *castellania*, siguiendo el lenguaje de los estatutos, ó constituciones de S. Luis, en el libro y capítulo citados, y no se domiciliaba en otra dentro del año y dia, debia pagar cierto tributo al *baron*. Si muriere y no hubiese encargado dar al baron *cuatro dineros*, serian para este todos los bienes muebles que dejase.

Pagaban ademas una cuota por la naturalizacion. Otra anual al rey por derecho que se denominó de *chevage* (2). Pagábase, por último una cantidad por la licencia para casarse, aun con muger de la misma condicion, y una multa por verificarlo sin dicha licencia; siendo mayor aquella, si el matrimonio se celebraba con indígena, ó muger no estranjera. El orígen y razon de este gravámen se esplica. Ya entre los romanos el estranjero que casaba no celebraba matrimonio, sin *union marital*: por consecuencia nada de dote, de patria potestad, etc. La pension, pues, en el caso en cuestion, era por adquirir aptitud para contraer segun el derecho civil, y por consiguiente los fueros y ventajas de un matrimonio legítimo (*for-mariage*). Los gravámenes personales vinieron en desuso con la decadencia del feudalismo; y, sin embargo, alguna vez posterior y no remotamente, los soberanos los han renovado y en la vecina Francia lo verificó Luis XIV, en la dura imposicion de cargas, aun mayores, de que ya hemos hecho mérito.

Aun podrian señalarse algunos otros gravámenes ó prohibiciones, puramente locales, en favor de ayuntamientos ó corporaciones; pero todos se entienden abolidos, cuando se estipula en tratados la abolicion de la *aubana*, en la cual, sin embargo, es preciso no confundir aquellos gravámenes que son indemnizacion ó precio de otra cosa, que los naturales mismos pagarian en casos iguales, como por ejempo el diezmo, un cánon censual ú otra prestacion análoga, por la cesion, uso ó disfrute de tierras, ó edificios, segun se estipule ó consigne en las cartas-pueblas ó contratos de nueva poblacion, colonia, etc.

Resumiendo diremos, que por *aubana* han de entenderse estrictamente aquellos gravámenes que omnímodamente dependen de la condicion de estranjería, de tal suerte, que no habria términos hábiles para que los soportasen los naturales, como soportarian, por ejemplo, una imposicion por manos muertas, por sucesion transversal de herencia, por nuevas poblaciones ó colonias de tierras yermas, etc.

§. 3.° *A quién compete el derecho de aubana.*

Segun los publicistas que han tratado de esta materia, el derecho de *aubana* se funda en el alto dominio del monarca, en la proteccion y defensa del estranjero, y en la justicia que se le administra. Nosotros que hemos presentado el fundamento de la justicia natural de la *aubana*, bajo una fórmula mas sencilla, no nos detendremos á examinar la exactitud de la anterior teoría, que

(1) Constituciones de San Luis, lib. 1, cap. 87.
(2) Los lexicones franceses no dan la etimología de esta voz.

en parte, es admisible, en parte cuestionable.

Pero en la cuestion práctica, y segun la jurisprudencia y el derecho constituido, ella demuestra desde luego á quiénes puede competer el derecho de *aubana*. Siendo, bajo cualquier fórmula que se adopte, inherente á la soberanía, el mencionado derecho competerá al soberano, y así nos lo presentan la historia y la ley. Segun ambas, el derecho de *aubana* compete cardinalmente al monarca. Pero si por la índole de los tiempos y de las diversas instituciones é intereses políticos, el del feudalismo, sobre todo, se ha dividido, compartiendo el monarca con los señores de vasallos el dominio, el gobierno y la justicia, á ellos ha competido tambien, y les competeria en su caso, el mencionado derecho, siendo siempre acumulativas, como hemos visto, las dos aubanas, la real y la señorial, con lo que queda resuelta negativamente otra cuestion que creemos ociosa, y es si el derecho de *aubana* era de tal suerte inherente á la corona, que el monarca no podia enagenarlo. Algunos autores, sin embargo, resuelven la cuestion en contrario sentido. Opinando nosotros que ese gravámen incoherente y vejatorio, debe cesar omnímodamente, y aspirando á ello, aunque la ilustracion y el espíritu de los nuevos tiempos, nada dejan que hacer, no nos ocupamos de esa cuestion. En los casos, que aun pueden ocurrir de aubana, sino se pueden defender; las leyes y costumbres del pais en que se reclame, habrán fijado á quién se ha de pagar, y á eso habrá de estarse.

SECCION III.

ESCEPCIONES RESPECTO A LA AUBANA. CONSIDERACIONES PRACTICAS ACERCA DE ESTE GRAVAMEN.

Cualquiera que sea el terreno que en el derecho y en la opinion haya perdido y pierda cada dia el gravámen de *aubana*, las diferentes disposiciones consignadas en la parte legislativa y secciones anteriores, convencen que aun pueden ocurrir algunos casos de reclamacion, si bien todos deben ser vigorosamente disputados, conduciendo á este efecto, conocido el gravámen en su totalidad, el que lo sean tambien las escepciones á que ha estado, ó debe estar sujeto, y las dificultades ó casos de controversia, que en la práctica podrian ocurrir, y por tanto consagramos á este doble propósito la presente seccion.

§. 1.° *Escepciones respecto de la aubana.*

La *aubana* ha estado tanto mas espuesta á escepciones de justicia, de equidad ó de conveniencia, cuanto que era una exaccion pesada y vejatoria; y ha venido corriendo una série prolongada de siglos de diversa índole. Las escepciones que mas comunmente ha recibido, son las siguientes:

1.ª La falta de costumbre en exigirla y pagarla; si bien los soberanos se creian siempre en libertad de renovarla, como hemos visto lo practicaron por lo relativo á las prestaciones llamadas de *chevage* y *formariage*, Luis XIII de Francia y Luis XIV, y antes lo habia hecho Enrique III.

2.ª El alzamiento ó abolicion puramente autoritativa, ó sino por medio de tratados, respecto de los súbditos de una ó muchas naciones, como refiere Vattel haberlo verificado el emperador Federico II, cuyos casos han sido ciertamente bien raros.

3.ª Privilegio personal ó de clase, relevándola temporal ó indefinidamente, en un negocio, ó en todos, del gravámen de *aubana*, en todo ó parte, por razon de pública conveniencia, como frecuentemente ha sucedido respecto de mercaderes, industriales, colonos, etc., de lo que dan razon por lo que hace á España las leyes del tit. 11, lib. 6 de la Nov. Recop., y señaladamente la 1 y la 2.

4.ª Privilegio por pacto espreso, estipulando con las mencionadas clases ú otras diferentes, como pobladores, legiones, ó cuerpos militares, de compañías ó empresas, para un fin dado.

5.ª Privilegio por pacto tácito ó subentendido por condiciones que lo supongan

en la invitacion para la venida, admision ó establecimiento de estranjeros.

6.ª La *reciprocidad*, que ha sido siempre una razon, y hoy es un principio del derecho de gentes que pueden invocar los estados, recurriendo en otro caso á la *retorsion*.

7.ª Los tratados especiales, y tambien los indirectos, ó aquellos en que sin estipular nada espreso respecto de *aubana*, ó gravámenes de estranjeros, se consigna en cuanto á franquicias y privilegios de los propios súbditos, la cláusula hoy ordinaria, de *nacion mas favorecida*.

8.ª La que en la práctica y por declaraciones de los tribunales de justicia en algunos estados, está reconocida en favor de los naturales de paises conquistados que pasan al pais conquistador. En el caso en que los subyugados se resignen, la cuestion no puede ofrecer dificultad. Pero ¿qué sucederá si protestan la nueva dominacion y reclaman constantemente su perdida nacionalidad? Cabalmente es este el caso de la escepcion, que no procede del aquietamiento de los vencidos, si no del derecho ó pretensiones del conquistador, que reputándose dueño, y soberano por tanto, de los primeros, implicaria y seria añadir afliccion al afligido el someterlos á las obligaciones y gravámenes de los naturales y ademas á los de estranjeros.

9.ª El cargo ó mision política ó diplomática, pues que ella misma revela que el funcionario ó personage que se halle en ese caso, no reside en el pais estranjero, como transeunte, ni en ningun concepto que revele ó haga interpretar, que se desvía de su nacionalidad para acercarse á la estraña; si no que en virtud de la ficcion de derecho internacional, hoy comunmente nombrada *exterritorialidad*, las personas á quienes se refiere se hallan en pais estraño, bajo su pavellon nacional, ó lo que es lo mismo, como si estuviesen en su propio pais; en lo cual hay tambien pacto tácito, y es el asentimiento general, que ha elevado la *esterritorialidad*, inmunidades y franquicias de los agentes diplomáticos á un cánon fundamental y sagrado del derecho de gentes: hay el pacto espreso de los tratados, dietas y congresos diplomáticos: y hay el pacto especial de la nacion que presta el *exequatur*, para la admision de aquellos con el carácter representativo é inmunidades que los distinguen. Por todo ello estan exentos de la *aubana*, en toda su estension, los monarcas y príncipes estranjeros, los agentes diplomáticos de todas clases y sus comitivas y familias, cualquiera que sea la denominacion de aquellos, y todas las clases que participen por el mismo principio de inviolabilidad é inmunidad, como los parlamentarios, negociadores de treguas ó paces, etc.

Supuesta la cuestion que en su lugar trataremos, de si los cónsules gozan, ó no de caracter diplomático, podia ofrecer duda si todos ellos gozarán por su calidad de esencion de la *aubana*. Esta dificultad seria mayor en España, cuyas leyes espresamente declaran, que los cónsules estranjeros, no gozan de carácter alguno diplomático, ni de otro que el de meros agentes de comercio de sus naciones respectivas. Aun asi no solo en nuestra opinion, estan exentos de la *aubana* los cónsules generales, á los cuales no puede disputárseles el carácter diplomático; sino todos los cónsules, siendo estranjeros, pues su único título demuestra que, por él, y no para residir, ni domiciliarse es por el que vienen y son admitidos; y porque además seria una anomalia, sea lo que quiera por ahora el carácter diplomático de dichos funcionarios, el que los comerciantes particulares, y los industriales estranjeros gozasen de la esencion y no los cónsules, que tienen concepto público, y sirven á la conveniencia y proteccion de los mismos.

10. La permanencia forzada, ó no voluntaria, en el pais estrangero: y aun la humanidad, si es por causa de infortunio. Ni la justicia, ni la civilizacion actual, pueden autorizar que se añada afliccion al aflijido. Las naciones por otra parte no han de admitir al estranjero, infortunado ó no, bajo su fé y garan-

tía para engañarlo, espoliarlo, ó agravar de ningun otro modo injusto su posicion. En virtud de estos principios deben estar esentos de *aubana* los prisioneros de guerra, los náufragos, los comerciantes, y marineros que abordan á una playa por arribada forzosa, los emigrados políticos, y todos los estranjeros que se hallen en casos análogos.

11. Ultimamente, estan esentos del gravámen de *aubana*, todos aquellos estranjeros que con anuencia del soberano del pais, entran en él á un objeto dado, que revelando por sí mismo la intencion de regreso, alejan por el hecho la de domicilio y naturalizacion, y aun el concepto de transeunte en el rigor de la espresion. En este caso se hallan, por ejemplo, los estudiantes, los concurrentes á un congreso, concurso industrial ó científico, ó una esposicion abierta para naturales y estranjeros por la autoridad pública. Así, por ejemplo, no estaban sujetos á aubana, los estudiantes españoles que pasaban á Bolonia; los escoceses é irlandéses de la comunion católica que tienen establecidos en España sus estudios y colegios peculiares, con autoridad del gobierno: los sábios europeos del congreso científico etc. y si no estuvieran comprendidos en las precedentes escepciones, lo estarian en la presente, los padres de un concilio general. Todavia habrán de aumentarse algunos otros casos en vista de las resoluciones y doctrina del párrafo siguiente.

§. 2.° *Consideraciones prácticas acerca del gravamen de aubana.*

Algunas podrán ofrecerse por lo que hace á varias de las escepciones asentadas en el párrafo anterior; pues no todas son de las acostumbadas; pero todas deben serlo, en su caso, con la fuerza de razon que se desprende de la mera indicacion consignada en el fundamento en que se apoya cada una. Donde quiera que se vean lastimados los derechos de la humanidad, defraudada la buena fé, burlada la confianza legítima, agravado en fin el infortunio, como no consienten la moral y la civilizacion del dia, allí es sostenible, y la justicia, la política, y la ciencia deben sostener una escepcion contra el vejamen de *aubana*.

Esto por regla general en el terreno de la práctica, subentendiéndose siempre que tambien, donde haya un pacto, ú obligacion indubitada, ha de respetarse. En particular pueden ocurrir algunos casos de duda, y vamos á mencionar los mas comunes.

1.° El mas frecuente, y casi inevitable, es el que nace de la natural diversidad de las legislaciones. Por la citada ley francesa de 1819, hemos visto que en la particion de una herencia entre coherederos franceses, y estranjeros, aquellos deducirán préviamente de los bienes existentes en Francia, la porcion ó cantidad equivalente al valor de aquella parte de bienes existentes en el estranjero, en que un francés no podrá suceder por cualquier título que sea en virtud de las leyes, ó costumbres del pais. En España, por ejemplo, no hay otra ley semejante. Hay sin embargo, costumbres y fueros muy especiales en este sentido, como los de Aragon, Cataluña, Valencia y Provincias Vascongadas, el de Bailío ó Alburquerque, etc.

En Inglaterra se sabe cual es la dificultad por las leyes del pais, para la adquisicion y transmision de los bienes raices.

En Austria, en fin, se vé que segun su legislacion civil, en caso de duda, se supone vigente el gravámen de *aubana*. En España no hay cosa igual, y antes al contrario, nunca se supone tal derecho.

Cada legislacion tiene algo que la separa de la otra, de donde nace inevitablemente la desigualdad de condicion entre los diferentes súbditos, aun entre los de aquellas naciones que han estipulado la completa abolicion de la aubana, y la omnímoda libertad del estranjero, para disponer de sus bienes por testamento, *ab-intestato ó inter-vivos*. ¿De qué servirá, por ejemplo, que un español transeunte ordene su testamento en Francia, ó disponga de sus bienes como tenga por conveniente, segun las leyes comunes, de testamentificacion por supuesto, si luego la ley de particion citada de 1819,

ha de contrariar, mas, ó menos su última voluntad? El conflicto es, como se vé, entre los tratados y las leyes particulares.

En tales casos, las reglas generales que pueden darse son: puesto que nadie es árbitro en librarse de sus obligaciones con un tercero, ningun soberano puede sustraerse por leyes particulares, ó actos de su voluntad, á sus pactos y obligaciones solemnes con otras naciones. En su consecuencia, los tratados son siempre superiores á las leyes particulares de un pais, doblemente mas si las leyes contrarias son posteriores á los tratados, y si en estos nada se previene que modificase la obligacion absoluta y solemne en ellas consignada. En tal supuesto, se reclamará ante todo la observancia de los tratados: se invocará así bien el principio de la *reciprocidad*: y en todo caso, se hará uso de él por *retorsion*. De otro modo la *aubana*, solemnemente abolida por tratados solemnes, viene á estar vigente en sus resultados por leyes particulares del pais, sin mas que mudar el nombre y la fórmula, y tal vez por leyes posteriores á ellos, como lo son sin duda á los tratados entre España y Francia, y entre España y Austria, la ley mencionada de 1819, y la disposicion del código civil austriaco.

Desde luego las gestiones judiciales aisladas del heredero, ó coheredero estranjero, ante los tribunales del pais, serán ineficaces, por lo cual debe reforzarlas invocando el influjo y accion de su propio gobierno, que deberá tomar sobre sí la proteccion de sus súbditos, al propio tiempo que la defensa de sus propios fueros y obligaciones, solemnemente contratadas. En algunas partes, comprendiendo bien la gravedad, é índole especial de estas contiendas, en vez de cometer su decision á los tribunales comunes, lo está á un tribunal especial, denominado, *cámara de dominio*, ó de otro modo análogo. Generalmente en estos casos, es mas eficaz y espedita la accion recíproca de los gobiernos, la jurisdiccion diplomática, podríamos decir, que la ordinaria; y siempre mas estricta de los tribunales.

2.° En el caso de la ley francesa citada, y supuesto que alguna vez hubiera de tener aplicacion en España, en cuanto á la deduccion prévia que establece haya de hacerse en favor de súbditos franceses, ¿tendría esta lugar aun cuando el motivo de no poder suceder en España fuera vituperable, como la exheredacion ó privacion, por ejemplo, por ingratitud *pregnante*, por una condena criminal etc? La ley francesa no puede ser mas absoluta; *por cualquier motivo*: pero aun asi creemos que las leyes no deben protejer el dolo, la inmoralidad, ni el crímen; y que de este principio naceria una justa escepcion, semejante á la que entre los romanos quebrantaba las obligaciones mas solemnes *ob turpem causam*.

3.° ¿Cuál es, por lo que hace á la *aubana*, la condicion de los acogidos á un pabellon estranjero? Dos casos pueden ocurir y ocurren, harto frecuentemente en este sentido. La nacion que corta, ó interrumpe sus relaciones diplómaticas con otra, y retira sus representantes; y la que aun en eso, no puede, ó no cree conveniente sostener tales funcionarios en el estranjero, pone á sus súbditos bajo el pabellon de otra nacion amiga, encomendando su proteccion á los representantes de la misma en el pais en cuestion. Ninguna duda seria fundada, ni puede originarse por tal circunstancia, en semejante caso. Los súbditos acogidos no mudan de concepto en cuanto al soberano del pais, pues el embajador estranjero, cónsul, etc., bajo cuya proteccion se ponen, para todos los efectos legales se hace suyo propio. La nacion que acoje, tampoco adquiere ningun derecho ni ventaja sobre los súbditos acojidos, pues aunque la proteccion y defensa se señalen como uno de los títulos para el derecho de aubana, es cuando nacen de la soberanía, y se dispensan espontáneamente, subentendiéndose por la índole del hecho la causa onerosa; mas en el caso en cuestion, la proteccion es gratuita, convenida, y como servicio recíproco, y de amistad y benevolencia. Las cosas, pues, no cambian de concepto bajo ningun punto de vista, y sí solo de nombre.

La dificultad puede ocurrir cuando los súbditos de una nacion, por infortunio,

ó desamparo en paises lejanos, ó enemigos, se acojen al amparo de un pabellon estranjero. En este caso, respecto del pais, los acogidos son como súbditos de la nacion, cuyo pabellon los cubre: en cuanto á esta tampoco mudan de condicion, como súbditos de la nacion de que proceden, pues que recurriendo á ese recurso por la necesidad, por infortunio, por una situacion forzada, revelan bien su intencion de no renunciar á su propia nacionalidad, y el acojimiento por lo tanto es de humanidad respecto del acojido; y de atencion, y reciproca correspondencia respecto de su nacion.

Mayor dificultad ofrece el caso en que el súbdito de un pais, huyendo de los tribunales, ó autoridades del mismo, se acoje al pabellon estranjero, con cierta ofensa de su nacion. La solucion de la duda en este caso pende de las circunstancias del acojimiento ó sumision á un pabellon estraño; segun que se manifiesta intencion de abandonar ó no su propia nacionalidad. En el primer caso es un verdadero transeunte, respecto de la nacion á cuyo pabellon se acoje: en el segundo es un refugiado politico. En el párrafo anterior, hemos dicho lo procedente en este caso; ó será reputado transfuga, ó criminal acogido al asilo politico, sujeto, ó no á la estradicion, caso que es referible al infortunio, y que no debe interpretarse, agravando la situacion del acogido, y menos la de su nacion, y mas si esta tiene derecho á reclamar su entrega.

4.° La tendencia, sin duda, de las últimas épocas, han introducido modificaciones en el gravámen de aubana, que solo por esa causa pudieran ser procedentes. Tal sucede en punto á interpretar *la esperanza de retorno*. Pocas cosas lo harian suponer menos que el contraer matrimonio en el estranjero, con hijo ó súbdito del pais. Los tribunales franceses, sin embargo, aun habiendo una francesa casada en Inglaterra con un súbdito inglés, y residido alli, han declarado, que no revelando todavia esa circunstancia la resolucion absoluta de abandonar su pais y propia nacionalidad, no estaba sujeta al gravámen de *aubana*, en el sentido del tercer caso, de los tres que hemos presentado en la Seccion II. Por consecuencia, puede muy bien asentarse como regla general en la práctica, que siempre que pueda interpretarse la no resolucion de abandonar el propio pais para siempre, no tiene lugar en este caso la aubana, y que la interpretacion de los motivos que asi lo persuadan, ha de entenderse en sentido lato. Esta razon y la ejecutoria causada por los tribunales de Francia, corrobora mas y mas las que hemos dado en varias de las escepciones asentadas en el párrafo anterior.

5.° Sabido es que los estranjeros, aun sin salir de su domicilio, están admitidos á tomar parte en la deuda pública de otras naciones. Pudiera muy bien suceder que uno ó muchos estranjeros, tenedores del papel correspondiente á dicha deuda, muriesen en el pais de que procede la misma. En cuanto á ella, y dado por supuesto el hallarse en práctica el gravámen de *aubana*, ¿estarian sujetos á él? Por los principios emitidos en el párrafo anterior, no lo estarian de ninguna manera, como no lo están los industriales, traficantes estranjeros, etc., que son llamados, ú oficialmente admitidos á tomar parte en una empresa.

6.° En los estados en que está abolida la *aubana*, vemos que el estranjero puede disponer libremente de sus bienes, y esportarlos del pais, sin sujecion al derecho de *emigracion*. ¿Estará exento igualmente del derecho de esportacion que en tal caso paguen los propios súbditos? De ninguna manera. Trátase aqui de la aubana: ella sola es la abolida. Si el derecho de esportacion lo pagan los naturales, eso mismo demuestra que no es gravámen de estranjería. Es un tributo comun; y si ese lo han de pagar ó no los estranjeros, se verá en su artículo correspondiente. En algunos tratados, aun aboliendo los gravámenes de estranjería, se consigna espresamente que en la salida ó esportacion de bienes, se pagarán los derechos establecidos por regla general, como sucede en el tratado de España con la Saboya, sobre cesion de la Sicilia.

7.° El interes del fisco dió origen sin duda á la cuestion de á quién incumbe la prueba en el caso de reclamacion de *aubana*. No hallamos justo ni fundado apartarse en estos casos del derecho comun, segun el cual *agenti incumbit probatio*. El que alega un hecho, ese es el que tiene que probarlo. Si pues el fisco viene reclamando los bienes de un finado por la cualidad de trenseunte ú otra circunstancia de hecho que le sujete al gravamen de *aubana*, al fisco le incumbe probar. En el caso en que un heredero estranjero venga reclamando la herencia de un pariente, de la cual ya se haya apoderado el fisco en el pais en que era transeunte por ejemplo, el reclamante de la herencia acreditará su cualidad de heredero, y el fisco por escepcion, la cualidad ó circunstancia que sujetaba al finado al gravámen en cuestion. En caso de duda siempre se decidirá en favor del heredero.

8.° Esta cuestion conduce á otra, cuya solucion ya está adelantada, y que ya hemos visto puede tener apoyo en el tenor espreso de algunas legislaciones civiles como la de Austria, á saber, si en caso de duda se presume vigente el derecho de *aubana*, ó lo contrario. Desde luego nos declaramos, como regla general, por el último estremo. Conocemos la dificultad que ofrece en un caso dado la lejislacion del pais, como la del citado código de Austria. En estos casos el único remedio que puede invocarse, está indicado ya: los tratados, la reciprocidad, la retorsion en el peor estremo.

9.° Presentada ya la *aubana* como es en sí, histórica y juridicamente: señaladas sus escepciones, ocurre preguntar, si estas son y pueden ser igualmente respetadas en tiempo de paz y de guerra. Algunos autores opinan que por lo menos las puramente personales, como la relativa á los escolares que solo por ese motivo pasan á pais estranjero, cesan en tiempo de guerra, porque entonces ya los súbditos de un estado son enemigos respecto del otro. La guerra efectivamente rompe los tratados de paz, comercio y amistad; pero todavía debe tenerse consideracion á los que bajo la garantía de la fe y confianza de la nacion que los acoje, ó de tratados vigentes, se hallan en pais estraño, siendo un hecho ademas, que ellos en su calidad individual de súbditos no han sido parte en la declaracion de guerra. La humanidad, la política actual de las naciones, la ilustracion del siglo, y hasta la utilidad recíproca, exijen consideracion hácia los estranjeros, harto desgraciados por lo comun, en tales casos, pues por lo menos sufren lamentables trastornos en sus combinaciones y economía doméstica; y si no fuese rigorosamente justo, seria altamente equitativo concederles siempre un plazo para ocurrir á su desgracia. Asi suele practicarse, y en varios tratados se estipula espresamente que en caso de guerra los súbditos respectivos tendrán un término seguro y fijo para disponer de sus personas y bienes, cuyo plazo, en unos tratados, es de seis meses, en otros el de un año.

SECCION IV.

ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ESTADO DEL DERECHO DE AUBANA EN LAS NACIONES CIVILIZADAS.—CONCLUSION.

Por la parte legislativa y reseña histórica, hemos visto demostrada una verdad consignada en la introduccion de este artículo, á saber, que apenas hay una nacion, ó no hay ninguna, que en sus tratados de paz, amistad ó comercio con las otras, no haya estipulado la abolicion, ó modificacion del gravámen de *aubana*. Por lo que hace á España, tal es su derecho internacional con los estados de Europa. Tal es tambien el de las demas naciones entre sí, si bien no hemos hecho mérito de todas sus estipulaciones respectivas, no siendo este mas que un artículo sobre *aubana*, por lo que concierne á España principalmente, y no una coleccion universal de tratados. Pero no hay á penas, ó no hay absolutamente nacion civilizada, que no los tenga, indirectamente á lo menos, por la cláusula ya usual y co-

nocida de *nacion mas favorecida*: á todas alcanzan los efectos de principio de *reciprocidad*: á todas defiende y garantiza el medio eficaz de la *retorsion*. En vista de ello, bien puede deducirse esta consecuencia general; *El gravámen de aubana está abolido en todos los paises civilizados*: de la cual se deriba esta otra: *La abolicion de la aubana es hoy de derecho de gentes positivo*. Es sin embargo, bien singular que el mencionado gravámen empezase á decaer hace cinco siglos, pues que ya en el siglo XIV se ven convenios y franquicias en favor de clases llamadas ó acogidas por razones de pública utilidad, como las de comerciantes, industriales, etc.: que desde entonces se haya recorrido la escala, desde la atenuacion hasta la abolicion; y sin embargo, la *aubana* parece renacer como la hidra, pues en tan largo período, y hasta nuestros dias precisamente, hay que estar renovando las estipulaciones diplomáticas sobre dicho gravámen. ¿Es, como dice Pando, y otros publicistas, que el fisco suelta difícilmente su presa? Sin hacer del fisco un sér estraño, que no pueda ser sino maleficio, hay que convenir en que es de suyo ocasionada toda cuestion y toda prestacion que se ligue íntimamente con la existencia y necesidades de los estados, en cuyo caso se hallan sus ingresos y rentas. Pero hay además que la *aubana* por su misma naturaleza, y por las clases y personas sobre quien pesa, en los casos de guerra y perturbaciones políticas es uno de los objetos mas espuestos á los resultados, por lo comun lamentables, de la hostilidad recíproca. *La aubana*, pues, bajo este último concepto, y el de la inseguridad, y falta de eficacia en su abolicion, aun constituyendo ya, como queda espresado, un cánon práctico de derecho de gentes, merece la atencion de los gobiernos, de la diplomacia y de la ciencia, de la justicia y de la administracion; y á este objeto de alta conveniencia pública, vamos á consagrar algunas consideraciones, aunque ligeras, pero que creemos dignas de ser tomadas en cuenta.

Con una sola espresion podriamos esplicar el orígen del mal, ó por lo menos una de las causas mas eficaces del mismo, en el sentido en que vamos hablando, á saber: la falta absoluta de sistema y uniformidad en los principios, en los casos, y hasta en el lenguaje del derecho internacional, en un objeto de tamaña importancia; pues no puede dejar de suponerla tal en un negocio, que sigue las vicisitudes de la ilustracion de las naciones, las de la guerra y la paz, que todos los dias se estipula y reproduce. Pero esta enunciativa, por demasiado general, enseñaria poco, y, sobre todo, no enseñaria el remedio indispensable; y nos es preciso descender á mas determinados pormenores.

El caso mas perturbatorio que puede ocurrir, y por desgracia no el mas infrecuente, es el de guerra, y sin embargo, es el caso menos garantido para los estranjeros ó propios súbditos, transeuntes en estraños paises, tal vez por infortunio. En los mas de los tratados, como ya se ha visto, se estipula sobre la abolicion de la *aubana*; en los menos sobre garantías para los estranjeros en caso de guerra; siendo así que en la mera declaracion de ella, aun prescindiendo de los escesos á que da lugar, cesa el derecho, la única garantía de los respectivos súbditos en el pais enemigo, esto es, los tratados de paz y amistad. Y todavía aun en los pocos tratados en que se prevee el caso de guerra, falta uniformidad; pues, como ya hemos dicho, en unos se da garantía para las personas, y los bienes por término de un año; en otros por solo medio. ¿De qué sirve, pues, tanta perseverancia en estipular sobre la atenuacion ó abolicion del gravámen, si se descuida ó se consulta ineficazmente el remedio en el caso en que es mas necesario? Desde luego eran indispensables dos cosas: uniformidad en la estipulacion de tregua ó garantía para en el caso de guerra; y estipularla y asegurarla con la misma solicitud y perseverancia que la abolicion ó cesacion de la *aubana*.

Pero aun creemos que era necesario mas: aun creemos que la humanidad y la política, la ilustracion y la amarga esperiencia,

reclamarian que con uniformidad y perseverancia se estipulase por todas las naciones, hasta elevarlo á principio inconcuso de derecho de gentes, que ni aun en caso de guerra cesasen las garantías de los bienes y de las personas de los estranjeros *pacíficos*. Si la conducta de los mismos, el rigor, ó la complicacion de la guerra, obligasen á medidas perturbatorias, ó en contrario sentido, debia ser por determinaciones especiales, que justificadas y apreciadas al tiempo de la paz, diesen lugar á las indemnizaciones convenientes, como cosa totalmente estraña al gravamen ordinario, ó derecho de *aubana*. Tomada esta iniciativa en uno de los congresos diplomáticos que alguna vez la política hace necesarios, la humanidad tendria siempre que recordar este notable homenage á sus sagrados fueros, y la ilustracion este verdadero adelanto.

Descendiendo á inferior escala, contribuye tambien en su esfera á debilitar el principio, la falta de uniformidad técnica respecto del objeto á que el derecho y la jurisprudencia han de ser aplicados. Falta de uniformidad en la denominacion del gravámen: falta de uniformidad en su comprension. Bajo el primer punto de vista, no hay mas que ver la introduccion á este artículo: bajo el segundo, la inexactitud y la trascendencia, es mas capital. A poco versado que se esté en punto á tratados, y sin mas que ver el escaso número de los que mencionamos en el presente artículo, la vaguedad en enunciar la *aubana*, tomando con frecuencia la *detraccion* ó el gravámen de *emigracion*, por la aubana toda, y por tanto el todo por la parte. En este punto bien se ve á cuantas cuestiones puede dar lugar cualquiera inexactitud; y en cuanto á la tecnología, no hay mas que tres voces que espresen ó pudieran espresar adecuadamente el gravámen complejo ó en su totalidad: *estranjeria*, *advenia y aubana*, ó en el tercer caso, *albana*, *obena*, *albinage* ó sus derivados, con que pudiera creerse oportuno sustituir á la de *aubana*, adoptada por nosotros, siempre que en el uso de la que fuere hubiera uniformidad y fijeza, llevándola hasta un *tecnicismo* inalterable, siquiera fuese convencional, ó prescindiendo de la derivacion etimológica ó filológica.

Hay asimismo confusion é incoherencia en un punto mas grave. No solo puede aquella notarse entre la *aubana* ó gravámen total y sus partes, como hemos demostrado; sino entre ella y los tributos ordinarios ó contribuciones, cosa tan esencialmente diversa, como veremos en su artículo correspondiente, y desde luego se conoce. El gravámen de estranjeros es inherente á esta condicion, y por tanto esclusivo de ellos: las contribuciones son comunes, y por el hecho de pagarlas los propios súbditos y ser inherentes esencialmente á esta condicion, no son, ni pueden ser, gravámen esclusivo de estranjeros. No pertenecen, pues, á la *aubana*. Pues léanse con cuidado los tratados de que damos razon en este artículo, y se verá qué incoherencia tan esencial. En unos, relevando de la *aubana*, se dice, como por consecuencia, que *de los tributos impuestos y contribuciones ordinarias* y estraordinarias: en otros no se hace esta improcedente y gravosísima estension; con la cual ademas se establece una diferencia harto capital: y forma notable contraste esta imprudente largueza, con el estremo opuesto de reducirse la exencion, como en otros tratados se hace, ciñéndolo justamente á los estrictos gravámenes de *aubana*, espresándolos, ó bien igualando á los estranjeros con los propios súbditos, lo que no es ya poco favor. En varios tratados, en fin, se estipula y consigna espresamente que la relevacion del gravámen de *emigracion* no se opone á la solvencia los derechos de *exportacion* que paguen los naturales, como puede verse en los tratados con la Saboya y con la Cerdeña; mientras en otros por el contrario, no distinguiendo bastante bien, se releva al estranjero, á título de derechos de *emigracion* de los de *exportacion*, haciendo así de peor condicion á los propios súbditos. No atenúa el mal, el que las diferencias y el favor provengan, mas bien que de des-

cuido ó inexactitud ; de intencion, por las circunstancias especiales en que podia hallarse la nacion que recibe el beneficio: porque debe notarse, en primer lugar, cuán inconveniente es hacer á los estranjeros de mejor condicion que los naturales; y en segundo, que tales ventajas, queridas ó sin quererlas, no se estipulan solo en favor de una nacion; sino de todas aquellas que han procurado tratar bajo la cláusula ordinaria de *nacion mas favorecida*; y hay que notar, que así han tratado y tratan todas.

Es digna de atencion, por último, y no siempre se ha tenido bastante presente, la diferencia y dificultad que nace de las opuestas legislaciones civiles, muchas en oposicion con los tratados ó con el derecho de gentes. Hemos citado la ley francesa de 1819, y el Código civil de Austria; pero es mayor la dificultad, la falta de uniformidad, y en su caso el perjuicio real, cuando la diferencia proviene de la constitucion misma de los estados, que en ellos organiza la propiedad de distinto modo.

No queriendo plantear por nosotros una cuestion que nos toca muy de cerca, preferimos presentarla formulada por un estranjero nada sospechoso por lo mismo.

»Las leyes inglesas, dice el baron de Cussy en su Diccionario diplomático, y del cónsul, en materia de *aubana* (aubaine) y de *detraccion son poco liberales*. En lo que concierne á los bienes raices, los estranjeros son, aun en el dia, menos favorecidos en las islas Británicas, que lo son generalmente en otros paises; y la abolicion del derecho de *aubana*, aun cuando se halle estipulada en un tratado solemne con el gabinete inglés, no podria realmente entenderse en la Gran Bretaña, sino en cuanto á los *bienes muebles*. Las leyes no prohiben absolutamente al transeunte (alien), propiamente tal, adquirir bienes *inmuebles*; mas estos bienes son siempre despues de su muerte reivindicados por la Corona, que conserva sobre ellos sus derechos eventuales. El transeunte, careciendo absolutamente desde entonces de la facultad de trasmitir dichos bienes á sus herederos estranjeros; halla por este medio en la ley la *prohibicion de adquirir*, aun cuando formalmente no se halle escrita en ella tal prohibicion. Segun la máxima inglesa, siendo la sumision y lealtad al soberano (allegeance), solo temporal en el transeunte, su propiedad debe, segun los principios, tener el mismo carácter.»

»Muy largas esplicaciones serian necesarias para establecer las diversas situaciones en que el transeunte, y el estranjero domiciliado (alien denizé), puede hallarse en cuanto á su fortuna inmueble..... principalmente en lo que concierne (queremos presentar sin traduccion el testo del autor) *les franc-fiefs, les fiefs-simples, les fiefs-mouvants, les chattel-interest, ou baux de terre, le pourchase, ou adquisition de terre, le common-recorvery, l'use, usus, ou fideicommis, les douaires, les dotations* etc. Nos limitaremos á decir únicamente, que el *denizé*, ó estranjero domiciliado en virtud de letras patentes del soberano, no puede heredar bienes raices (ni *a fortiori* el estranjero fuera de su pais); puede sí adquirir bienes inmuebles, y trasmitirlos á sus descendientes naturales y legítimos, nacidos *despues que él ha recibido* la carta de domicilio (denization), con esclusion de los hijos nacidos antes de esta época, porque todo el que nace en territorio de la Gran Bretaña, es reputado inglés.»

Todavia agravan la cuestion los publicistas igleses que tratan de la propiedad con relacion á la aubana, entre ellos Blackstone en sus comentarios á las leyes inglesas.

La diferencia, pues, entre esta legislacion y la española, por ejemplo, no puede ser mas manifiesta y trascendental. Ciertamente que, tratando con condiciones iguales, *la desigualdad*, considerable siempre, *está precisamente en la igualdad*. Y sin embargo, así se estipuló en el célebre tratado de 1667, y en los anteriores, y posteriores á él entre España é Inglatera, y no se hallará uno solo en que se haya consagrado una sola línea á establecer y salvar la igualdad real y verdadera entre unos y otros súbditos. Hemos dicho arriba cuánta es la fuerza de los tratados sobre la legislacion civil, y

Lorenzo Arrazola

los medios que tienen las naciones para alejar en estos casos su perjuicio; pero es cierto asimismo, que para los estados débiles, son débiles tambien aun las razones y los recursos poderosos: que en la cuestion de resultados los tratados mismos se sostienen menos victoriosamente, cuando los óbices preexistian á los mismos, y nada se estipuló espresamente acerca de ellos: y que si enmedio de todo los estados débiles no pueden ser fuertes sino por la fuerza de su justicia, deben ser doblemente precabidos al estipular sobre ella, para poderla invocar en su caso con la mayor probabilidad de triunfo.

Concluiremos reiterando, que no deben confundirse los gravámenes de *aubana*, rigorosamente tales, con aquellos, que por el hecho de alcanzar á los naturales, no tienen nada de comun con la estranjería. Por consecuencia, no corresponden á esta los tributos, los mostrencos, comprendiendo en ellos la sucesion del fisco en los bienes del que muere, sin dejar absolutamente quien pueda heredarle, y todos los que son de la propia índole. Por lo tanto, asi como no están sujetos á ellos los estranjeros por el concepto de aubana, de la misma manera, y por una razon obvia, é igualmente poderosa, es un error grave y perjudicial el relevarlos de los mismos, cuando se estipula solo la abolicion de la aubana.

Las constituciones modernas de los diversos estados de Europa, y aun de uno y otro continente, han introducido, é introducen algunas novedades en punto á la clase de estranjeros y al estado civil de las personas, que es indispensable tener presentes al estipular sobre *aubana*, y en las cuestiones que pudieran ocurrir acerca de ella. En este punto, la actual constitucion política española establece en su artículo primero, que son españoles: «todas las personas nacidas en los dominios de España», y eso, sin la diferencia que hemos notado en las leyes inglesas, respecto de la época del nacimiento de los hijos del estranjero: «los hijos de padre ó madre españoles, aun cuando hayan nacido fuera de España»; pudiendo resultar de ello, segun esta disposicion, y la de la ley inglesa, ya mencionada, que un hijo de padre español, transeunte en Inglaterra, sea á un tiempo inglés y español: y los estranjeros en fin, que sin naturalizarse por supuesto «ganan vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía.»

El proyecto del nuevo Código civil, mandado publicar de órden del Gobierno, contiene notables disposiciones sobre este asunto, en sus artículos 18 al 32, y 35, 36, 39 y 604, de los cuales no nos hacemos cargo, por no pertenecer todavia mas que á un proyecto, aunque en este sentido, como doctrina, convendrá verlos en algun caso. Copiaremos, sin embargo, los que mas hacen á la cuestion, y son los siguientes:

Art. 26. Los estranjeros gozarán en España de los mismos derechos civiles que gocen en su pais los españoles, salvo lo dispuesto, ó que se dispusiere por los tratados y leyes especiales.

Art. 604. La capacidad activa y pasiva de los estranjeros (para heredar), se regula por lo dispuesto en el art. 26 (1).

CONCLUSION.

Creemos haber completado la idea de la *aubana* cuanto lo permite la confusion que sobre ella reina en la historia, en la jurisprudencia, y en el derecho. Hemos reconocido su omnimoda inconveniencia; y hablado contra el mencionado gravámen, con mas dureza, á caso, que nadie; pero admitimos su justicia cardinal, en los términos únicamente en que la hemos esplicado, y con abstraccion absoluta de su cuantia, de su dureza, de su abuso, ó sus escesos en la cosa y en el modo; pero esto nos pone frente á frente al parecer con notables publicis-

(1) Sobre pormenores relativos á la aubana, véanse: Merlin, Repertorio de jurisprudencia, artículo *aubana:* Enciclopedia Metódica de jurisprudencia, id.: Pando, Elementos de derecho internacional, tit. 2, Seccion 7, y sus notas 35 á 48: Reyneval, Instituciones de Derecho natural y de Gentes: Vattel, Derecho de Gentes, lib. 2, cap. 8: Martens, Colec. de tratados: Blakstone, Coment. á las leyes inglesas, tom. 3, caps. 15. 18 y 19. Bacquet, Tratado de *aubaine*: Fritot, Ciencia del publicista, t. 2, cap. 2, tit. 1: y Kluber, Moderno derecho de Gentes de Europa.

tas, que han reprobado la *aubana*; si bien compendiando sus calificaciones, y sus demostraciones en una sola palabra: en la de *derecho insensato*, como Montesquieu, derecho *ridículo*, como Deschiron, (1) gravámen vejatorio y aun inicuo, como otros. Fritot por último presenta su reprobacion bajo una fórmula mas técnica, y por lo mismo mas grave en el terreno de la doctrina.

Pudiera creerse que aquellos autores, movidos principalmente de una noble indignacion, hablan el lenguaje del sentimiento; este el del derecho. »Los derechos de *aubana*, dice, y de *peregrinidad*, son contrarios ambos al derecho de gentes, y al interes bien entendido de las naciones.»

Ya hemos manifestado estar completamente conformes con la segunda enunciativa: lo estamos tambien con la primera, entendida en cuanto á la actualidad, porque en efecto tal es hoy el derecho de gentes positivo: y estamos tambien *á priori*; pero entendido como lo hemos espuesto en la Seccion II. No emprenderemos nuevas esplicaciones, que parezcan encaminadas á justificar un gravámen que nadie ha reprobado, ni reprueba mas que nosotros; pero trabajo costará demostrar, que el que puede impedir á uno la entrada en su casa, no puede autorizarla con condiciones: que el consentimiento no constituye deber, y por tanto induce justicia, recayendo aquel en cosas lícitas y morales: que es injusto, en fin, no hacer al estranjero de mejor condicion que á los propios súbditos. La dureza, la vejacion, la inhumanidad, la exageracion, están ciertamente fuera de toda justicia, y á ellos no se refiere nuestra teoría.

La fuerza de esta, por otra parte, está en sus razones, y ya son conocidas. Que en la teoria opuesta hay algo demasiado absoluto lo convence la siguiente reflexion consignada en una nota del mismo autor. «Hay confusion evidente, dice, en suponer que las reglas relativas á la transmision de la propiedad por testamento, ó de otro modo, son únicamente de *derecho civil*; y no de derecho social ó constitucional, esencialmente ligadas con la cualidad de ciudadano, como lo son, por ejemplo, la aptitud para ser nombrado elector, magistrado, representante etc.» (1). Este raciocinio puede probar todo lo que se quiera; menos lo que se pretende. Desde luego se ve que hay, para discurrir asi, que contrariar la doctrina comun de que la *testamentificacion* es de derecho civil: en segundo lugar apenas puede sostenerse que sea de derecho político, ni mas ni menos que el de elegir diputados, el de poder ser elegido representante, ó nombrado magistrado: y si fuera asi, siendo estos derechos de suyo mas variables, no podia darse un sistema mas funesto para la propiedad y asiduidad del trabajo, que requieren garantías mas permanentes, y si fuera posible inalterables; en tercer lugar que aun esos mismos derechos de elegir, ó ser elegido diputado, admiten escepciones, y no pocas, y eso aun entre los propios súbditos, lo cual no escluye por cierto que se admitan algunas, siquiera sean de formalidad y seguridad entre naturales y estranjeros. Por otra parte adquirir, enagenar, testar etc., y poder ser nombrado magistrado, intendente etc., son cosas y derechos, no solo no parificables, sino absolutamente diversos; y sobre todo no son absolutos, pues no son llamados á ellos todos los ciudadanos sin distincion. ¿Ni qué política seria la que desde luego que entrase en el pais un estranjero, que podia ser de los denominados antiguamente *épaves*, cosa abandonada, mostrenca; *nullius*, ó *meconus*, *advenedizo*, desconocido, de ignorado origen y procedencia; y añadiremos aun que alguna vez tales estranjeros, si no fuesen criminales, que eluden con la fuga de su pais la accion de la justicia, podrian ser *girovagos* habituales, aventureros, sin vínculos, ni afecto de patria, ni familia,

(1) Principios eternos de derecho político, tom. 2, libro 3, cap. 8.

(1) Fritot, Ciencia del publicista, tomo 2, libro 1 nota 8.

¿qué política seria, decimos, la que desde luego les abriese el camino á la magistratura, á los derechos políticos, á la representacion parlamentaria de un pais, que todavia no es el suyo, si es que hubiera de llegar á serlo algun dia? Si en esto no hubiera un peligroso inconveniente, habria una alta injusticia respecto de los propios súbditos, que aun con esta calidad y pesando sobre ellos todas las cargas del pais, no son todos llamados, ni siempre, al goce de los mencionados derechos.

Añádese, en fin, en el testo que hemos copiado, que tales derechos son inherentes á la cualidad de *ciudadano*. No podia inventarse razon mas á propósito para falsear la misma teoria que se asienta, ni mas perjudicial á los mismos estranjeros. Claro es que estos no son desde luego *ciudadanos* en el pais en que entran, y pueden muy bien no serlo tampoco en el que han dejado, pues que no todos lo son, ó no están en el goce de ese derecho. Si por otra parte los derechos que se invocan para los estranjeros penden en un todo del carácter de ciudadano, es claro que no lo serán, ó no tendrán lugar cuando falte aquella cualidad, que con respecto á los naturales falta muchas veces; y en cuanto á estranjeros transeuntes y solo domiciliados, ó no naturalizados, siempre. Mal argumento es, pues, el deducido de la cualidad de ciudadano para combatir la *aubana* bajo todos conceptos, como parece intentarse, ó se hace realmente por dichos autores.

Que el principio invocado no sufraga, como no sufraga efectivamente, se convence viendo que otros publicistas de nota, entre ellos el mismo Fritot, y Burlamaqui (1), apoyan su juicio en otro fundamento diverso, en el de la propiedad. Y efectivamente, dado el libre derecho de adquirir, parece consiguiente la facultad libre de disponer de los bienes. Pero en primer lugar eso es hacer supuesto de la misma dificultad. La propiedad, á lo menos en nuestra opinion, es de derecho natural en su fundamento cardinal; pero en su organizacion y formalidades de adquirir y trasmitir, es de derecho positivo: el derecho positivo se rige en sus determinaciones por principios de conveniencia social, porque esa es cabalmente la bondad práctica ó relativa de los principios absolutos y de las leyes, esto es, acomodarlos al fin raciona y social del género humano, como fue la voluntad de su Hacedor. Es, pues, indudable la competencia del derecho, y derecho positivo, ó sea del legislador, el modificar por razones de pública conveniencia la organizacion de la propiedad. ¿Cómo, pues, ha de sostenerse en buena lógica, ni en buenos principios, que estas modificaciones sean siempre opuestas ó contrarias al derecho natural ni al de gentes, que eso es en suma su aplicacion á la conveniencia y necesidad de la sociedad?

Ademas de esto tenemos que, aun entre los propios súbditos, la propiedad admite modificaciones, así en su adquisicion, como en su administracion y en la libre disposicion de ella. Así se ve que á algunos está absolutamente prohibido en ciertos casos adquirir *mortis causá*, como á las corporaciones ilícitas: a otros relativamente, como por ejemplo, á los parientes que estén ya fuera del grado de la ley, que así ha fijado para heredar ab-intestato el décimo grado, verbi gracia, como pudo fijar el décimo quinto ó el vigésimo: en otros no es absoluta la libertad de disponer de sus bienes, aunque la hubo en adquirirlos, como sucede al testador, estrechado por la legislacion de las legítimas: otros, en fin, como el menor, no tienen la libre disposicion de sus bienes.

Pero la insuficiencia del principio lo vienen á reconocer los mismos autores que lo invocan, pues que al fin convienen, apartándose notoriamente de él, en que para los bienes raices se observen las leyes del pais en que radican; y para los muebles las del pais en que se verifica el fallecimiento del estranjero, como si fuera menos sagrada la propiedad de los bienes muebles que la de los raices.

(1) Principios de derecho natural y de gentes, tom. 7, Part. 3, cap. 5.

De todos modos se vé que al cabo, apartando esta grave cuestion del terreno de la estricta justicia, se la trae al de la conveniencia pública, que es su verdadero terreno, y en el cual nosotros, mas que nadie, declaramos la *aubana* de todo punto inconveniente.

De lo dicho se infiere que es preciso distinguir entre la justicia y la conveniencia de la *aubana*; entre la justicia jurídica y la natural; y aun respecto á esta, la que puede competer al mencionado gravámen en su base, y considerado solo en abstracto, segun anteriormente lo hemos espuesto, y la que de ninguna manera conviene á sus pormenores, á los vejámenes y exageraciones á que se ha llevado: que la aubana no se ha de combatir por principios que se escluyen, ni por teorías insufientes; sino por teorías y principios conciliables y que no se opongan á otros, no menos sagrados, sino lo son mas, de organizacion social: que la aubana, en fin, no ha de ser juzgada por principios de justicia individual; sino de la justicia de los mas; pero esa es cabalmente la justicia de los estados; esa es la conveniencia pública, en lo que se vé que toda teoría que no sea la nuestra, se envuelve necesariamente en una *cuestion de principios*.

¿Se quiere que el estranjero sea mirado como hermano, y que atendidas aquellas formalidades y garantías que requiere la seguridad del Estado, y la justicia de sus propios súbditos, sean iguales á estos? Pues esa es cabalmente nuestra opinion: á ella se llega sin teorias estremadas é implicatorias: esa es ó va siendo la de la Europa, y muy especialmente la de la España, que no ya tratando con otras naciones, sino reconociendo la independencia de sus antiguos dominios, no solo releva de la aubana, sino que en lo que pueden serlo, esto es, escluyendo la contribucion de sangre, en los demas gravámenes, proteccion y justicia en que la *aubana* establecia diferencias, ha igualado á los estranjeros con sus propios súbditos, como sucede en los tratados con Méjico y Costa-Rica: en el de 25 de abril de 1844 con Chile: y en el de 22 de junio de 1846 con Venezuela; ventaja que se hace estensiva á otros muchos estados por la cláusula *de nacion mas favorecida*, y que la España á su vez debe reclamar de los mismos para sus propios súbditos.

AUDIENCIA. Del verbo latino *audio*, que significa oir, atender á lo que se dice, escuchar. Y aun cuando puede aplicarse el verbo oir á infinitas cosas, á todo lo que espresa el ejercicio del sentido á que dicha operacion se refiere, en lo que dice relacion al presente artículo, como por antonomásia, el mencionado verbo y sus casos de aplicacion, se aplican y han aplicado hace tiempo á uno de los actos ó funciones mas importantes, nobles y dignas de la autoridad, en sus respectivas categorías, cual es el de oir, el de escuchar las quejas y reclamaciones de sus subordinados. El acto en que la autoridad ejerce esta elevada funcion, se llama *audiencia*. Por corresponder el caso mas bien al órden científico que al comun, la tecnología se acerca mas tambien á la etimología ó raiz latina *audio*, que á la castellana oir; y de aquí audiencia, auditor, auditoría; si bien en un caso especial es á la inversa, como sucede en oidor, nombre con que se designaba, no á todas las autoridades, ni á todos los jueces, sino á los magistrados de los tribunales superiores, segun diremos en su artículo correspondiente.

Audiencia, pues, en la acepcion propia y cardinal de la palabra, es como ya queda insinuado, el acto en que una autoridad eclesiástica ó civil, de cualquier género, inferior ó superior, desde un funcionario subalterno hasta el monarca, escuchar autoritativa ú oficialmente las quejas, reclamaciones ó demandas que de palabra ó por escrito, pero mas comunmente del primer modo, les dirigen sus subordinados ó gobernados. Así, pedir una audiencia, es solicitar ser oido por el superior ó autoridad, que puede y debe decidir sobre nuestra reclamacion, ó darle el curso oficial correspondiente.

La audiencia en este sentido es de diver-

sas clases y tiene diversas acepciones, trámites y fin, todo tan trascendental para las personas y tan digno de ser bien comprendido y aplicado, que muchas veces pende de ello principalmente el éxito de nuestras pretensiones y demandas. La audiencia, pues, es pública y privada: con formas y trámites necesarios ó discrecionales: oficial ó estraoficial: en el órden judicial ó en el gubernativo, y aun en el diplomático. De todas estas especies hay una que escede en gravedad y formalidades á las demas: tal es la audiencia en el órden judicial; por lo que nos es preciso consagrar á su esplanacion uno ó mas artículos particulares, limitando el presente á algunas observaciones y reglas sobre las demas especies que encierran á su vez su utilidad relativa.

Y efectivamente, siendo la audiencia en el sentido en que vamos hablando, el recurso del menesteroso, una garantía de nuestros derechos y un medio de hacerlos efectivos, ó de prestar algun servicio á la causa pública, preciso es que en los gobernados sea un derecho el ser oidos; y un deber en la autoridad el escucharlos, como todo en efecto es así; y siéndolo, preciso es tambien que los primeros no abusen de su derecho, con menoscabo ó embarazo del servicio público, ó desacato de la autoridad; é indispensable asimismo que los segundos, los funcionarios públicos, sea la que quiera su clase y categoría, sepan que el escuchar las quejas y reclamaciones es una parte sagrada de su deber, y que no han de cumplir con este cargo ó rehusarlo, como quien dispensa un favor. Para conciliar en este punto del servicio público, los derechos y deberes respectivos, y evitar los estremos, es preciso de la misma manera que el ejercicio del derecho de audiencia y el deber de prestarla, estén de algun modo formulados, y no creemos ageno de utilidad el consagrar á este propósito algunas, aunque ligeras, indicaciones.

Audiencia de funcionarios públicos en el orden gubernativo. Todos, como queda indicado, están obligados á darlas, ora para resolver, ora para dar curso á las reclamaciones, ó bien para enterar meramente á los interesados, segun la categoría ó cargo del funcionario. Las audiencias privadas se solicitan generalmente en forma tambien privada, como carta particular ó papeleta con firma ó sin ella, espresando en impersonal, en este caso, lacónica y respetuosamente, la persona y el objeto.

Las audiencias públicas son periódicas, ó se designa préviamente el dia por la misma autoridad ó funcionario que ha de darlas, debiendo tomar muy en consideracion que cuanto mayor es su autoridad ó categoría, mayor es el número, la distancia y dispendios, y en su caso mayores son tambien los perjuicios de los que dejan su casa y negocios para usar del derecho de ser oidos. No hay duda que en general las audiencias, sobre todo en los destinos superiores de la administracion pública, degeneran en un embarazo del servicio; pero es tambien una verdad que no pueden, ni deben rehusarse en justicia. En algunos paises, aun los que pasan por mas liberales, como Inglaterra, es dificil y raro que un ministro de la corona se deje ver de los pretendientes ó solicitantes particulares, y menos en audiencia pública. En España es y ha sido siempre todo lo contrario. Los ministros, y lo propio en su esfera los gefes de negociado, sin perjuicio de las frecuentes audiencias privadas, las dan públicas y periódicas cada ocho dias; si bien ya últimamente, en ciertos ministerios por lo menos, se ha introducido la costumbre de algunos paises estranjeros, de establecer en la parte mas accesible de la secretaría ú oficina superior, una caja y buzon donde cada uno deposite la papeleta en que pregunta por el estado del asunto que le interesa, ó consigna lo que le conviene, y al dia siguiente, por lo comun, recibe de mano de un subalterno encargado, y por escrito tambien la respuesta. Si el método es sin duda mas cómodo y mas desembarazado, para el curso y espedicion de los negocios del servicio público; servicio público es tambien oir á los desgraciados, y no debe erigirse en sistema absoluto lo contrario,

en ningun género de gobiernos, y menos aun, si dicho sistema ha de ser estensivo á las audiencias privadas. No todas las quejas, todos los agravios, ni todos los asuntos se espresan igualmente bien por escrito, y mas en una forma, sino rutinaria, ritual, y que al fin pone el secreto en manos del último subalterno. ¿Y qué hay por otra parte que equivalga á la presencia de la persona que sufre, y razona una queja, á las lágrimas de una madre, á la injusticia ó el infortunio, retratado tal vez en el aspecto ó en el acento de su víctima, del desgraciado que lo sufre?

Audiencias del Rey, ó de las personas Reales. Nuestros reyes se sentaban antiguamente en público, y en dias fijos á oir las quejas, ó reclamaciones de sus súbditos, ya gubernativamente, ya en justicia. Despues se suprimieron las primitivas audiencias públicas, cometiéndolas, en lo judicial, á los jueces, y tribunales; en lo gubernativo, á diversas autoridades y funcionarios de este órden, segun los tiempos y las instituciones.

Nuestros Reyes, sin embargo, dan todavia audiencias públicas y privadas, pero unas y otras de muy diverso género: y atendidada la naturaleza del gobierno representativo; segun el principio constitucional de que el Rey por su inviolabilidad, no gobierna por sí, sino por medio de sus ministros responsables; dicha audiencia es mas formularia que efectiva; mas de trámite que de decision, pues el monarca se limita á escuchar la queja, y con recomendacion ó sin ella, á remitir la decision á su gobierno, que resuelve, ó propone la determinacion conveniente, bajo el requisito indispensable de su firma. Tal es la índole de las audiencias en lo político y administrativo; y aun en lo diplomático. Hay sin embargo, una escepcion y es en asuntos particulares de la real casa y patrimonio, en los cuales el rey decide, ó remite la decision á los gefes de palacio, segun su voluntad que en ese punto es ley. Las audiencias, pues, de los reyes son, como ya queda indicado, en asuntos de la real casa y patrimonio: en asuntos políticos, ó de gobierno: y en asuntos diplomáticos.

En cuanto á los primeros, las audiencias deberán solicitarlas los hombres por medio del mayordomo mayor; las mugeres por conducto de la camarera mayor. Sin embargo, los reyes, y á su vez las reales personas, en lo que concierne á su casa, encomiendas, patrimonio particular etc., tienen omnímoda libertad de concederlas, ora se soliciten por medio de los gefes del ramo especial, como el patriarca, el intendente, el sumiller de corps, el caballerizo mayor etc., ó por cualquier otro modo, ó conducto. La razon es porque esos asuntos son diferentes de los de estado; y el rey despacha y decide en ellos sin intervencion de ministro responsable.

Por lo que hace á los asuntos gubernativos y políticos, las audiencias de particulares en negocios de interés individual, como indultos, perdones de otros géneros, pensiones etc., deberán ya en rigor solicitarse por el mayordomo mayor, ó camarería mayor, segun queda indicado; pero sea por lo poco que, generalmente hablando, trascienden, al órden público y administracion del Estado; sea ademas porque por lo comun versan en el terreno de la clemencia, ó de la real munificiencia, los reyes las conceden tambien, como es su agrado, y sin sujecion á regla cierta.

Pero si la audiencia es de una corporacion, sobre todo política, como un ayuntamiento, una diputacion, un consejo provincial, etc., ó sus comisiones representativas, el buen órden prescribe, que la audiencia se solicite por el ministro de quien dependen; ó prévia su autorizacion: y que no se dé sin que intervenga el ministro, ó con su conocimiento. De otro modo no se concibe el gobierno representativo, la responsabilidad colectiva del gobierno, y la peculiar de cada ministro en asuntos políticos. En cuanto á solicitar la audiencia puede haber un caso de escepcion, y es cuando haya de ser en queja precisamente del ministro del ramo. Pero en ese caso convendrá que el rey haga dar co-

Lorenzo Arrazola

nocimiento al mismo, y que este asista á la audiencia, si así lo requiriese la índole del asunto, sobre todo en las audiencias y esposiciones puramente orales; pues si se redujesen á presentar un escrito, es de necesidad que vaya este á parar á manos del ministro del ramo.

Cuando las audiencias particulares se piden en regla, esto es, los hombres por medio del mayordomo mayor, las mugeres por camarería mayor, si las personas que las solicitan fuesen desconocidas, deben presentarse á dichos gefes para que puedan cerciorarse, á fin de informar á S. M. de acerca de ellas: si las personas son conocidas, piden la audiencia por carta ó billete, habiendo confianza; en otro caso por papeleta en impersonal, firmada, ó no, aunque no siendo muy conocida la persona, debe firmar, reducida á espresar que el que suscribe *besa la mano* (y con esta frase suelen denominarse estos billetes), al gefe de Palacio á quien se dirige y le ruega se sirva pedir á S. M. le reciba en audiencia. La respuesta se recibe por escrito, indicando la resolucion de S. M., y en caso afirmativo con señalamiento de dia y hora.

Los cuerpos y comisiones se presentan personalmente, ellos ó su gefe, al ministro respectivo, que debe conocer el objeto de la audiencia, para pedirla ó no á S. M., y en su caso para informar á la real persona préviamente. Y decimos para pedir ó no la audiencia, no porque esté en manos del ministro el impedir el justo acceso al trono; sino porque debe conocer la índole del asunto á los fines antes indicados, y porque si el caso fuera conocidamente ilegal, si un ayuntamiento, por ejemplo, espresase que desea la audiencia para esponer á S. M. sobre asuntos políticos, no debe el ministro pedirla ni autorizarla, por ser asunto contra ley.

Las audiencias particulares, las da S. M. por lo comun, en su gabinete particular y sin acompañamiento: las de corporaciones, en la cámara, de pié, y acompañada del mayordomo mayor y gentiles-hombres de servicio, y en su caso del ministro del ramo; y á veces, segun el caso, en el salon de embajadores con etiqueta, es decir, con acompañamiento de gefes y ministros que rodean al trono.

Los que han de ser recibidos en audiencia esperan en la cámara, ante-cámara ó saleta, segun sus categorías, de lo que deben estar enterados, ó allí se les entera.

Las personas que por su clase ó destino tienen entrada en la cámara, como los gentiles-hombres, ex-ministros de la corona, etc., no piden audiencia; si no que se presentan y se hacen anunciar por el gentil-hombre de servicio. Si se trata, sin embargo, de una persona de elevada categoría ó posicion política, á quien no esté bien volverse de palacio sin ser recibido por no llegar en momento oportuno, ni poner al soberano en la alternativa desagradable de una negativa, ó de recibirle contra su voluntad: si tal personage, en fin, fuese de aquellos á quienes no puede recibirse sin cierta preparacion y etiqueta, ó cuya presentacion en la real estancia es siempre significativa, por la política, por las circunstancias, etc., no debe presentarse para ser recibido y oido, sin solicitarlo préviamente. El soberano entonces, en posicion de apreciarlo todo, concede la audiencia, la aplaza ó la rehusa, y en el primer caso ordena el modo, y fija el tiempo como mas conviene, muchas veces hasta dando conocimiento al gobierno.

Nuestros reyes dan audiencia tambien, sin señalamiento, ni ceremonia, cuando al entrar ó salir de su palacio, en la iglesia, etc., algun desgraciado ó menesteroso se echa á sus pies, ó de otro modo llama su atencion.

Lo dicho hasta aquí se entiende de los naturales. En cuanto á los particulares estranjeros, ninguno debe presentarse, á lo menos por primera vez, sin conocimiento del ministro de Estado. Para ello se dirige aquel al representante de su nacion, y si esta no le tuviere, al de alguna nacion amiga, á fin de que á su vez le presenten, ó den á conocer al ministro de Estado, que con esta garantía y conocimiento se hallará en el caso de poder dar cuenta a S. M. en debida

forma, y en su caso en Consejo de ministros, segun la calidad de la persona, y del asunto, y segun las circunstancias tambien.

En cuanto á las audiencias diplomáticas, si el estranjero fuere un monarca ó príncipe de otra nacion, que puede ser amiga ó enemiga, y aquel reinante ó destronado; el caso merece siempre mayor, y aun séria atencion, y alguna vez podria dar lugar hasta á complicaciones en política, motivo por el que es mas de necesidad la observancia rigurosa de lo anteriormente prescripto. Pero como esta recepcion ó presentacion es de índole diplomática, véase lo que hemos dicho en el artículo AGENTE DIPLOMATICO (secciones 5 y 9, fol. 172 y 210, tom. 2), y lo propio ha de decirse en cuanto á los agentes del mismo órden, en su primera audiencia ó recepcion. Las recepciones ó audiencias particulares posteriores se rigen por el grado de favor ó confianza que los monarcas, príncipes ó agentes diplomáticos disfruten cerca del soberano y respecto al gobierno. Si su posicion política, ó la de sus naciones fuera delicada, deben proceder siempre con conocimiento del gobierno.

Hemos indicado las prácticas y reglas ordinarias en un asunto, que por mas que parezca de mera etiqueta, y sin importancia, la tiene, y no pequeña, como todo lo que dice relacion á obligaciones y deberes, á la suerte del desgraciado, ú oprimido, al derecho de peticion de todo español, al respeto debido al monarca y á su real estancia, á veces al órden público, y á la susceptible diplomacia, en fin. Pero ¿cuál es la autoridad coercitiva, si se faltase á dichas reglas? El interesado en su observancia. En la real casa la iniciativa puede venir del soberano, negándose á todo lo que sea contra la etiqueta y órden establecido, y á su vez de los gefes de la etiqueta; que para que les sean respetadas sus prerogativas, tendrán presentes las del gobierno, remitiendo á este toda solicitud de audiencia que no les competa. En los demas casos la fuerza coercitiva está en el gobierno, que á su vez observará, y hará que se observe, lo establecido en todo lo que depende del mismo, y espondrá á S. M. en su caso la necesidad de que á ello se conformen las prácticas y reglamentos de la real casa, y la conducta de los gefes de la misma.

AUDIENCIA EN LO JUDICIAL. En el artículo anterior hemos definido lo que es audiencia en la acepcion genérica de la voz. En el sentido del presente artículo, la audiencia en su significacion cardinal, es de dos maneras: solemne y estra-oficial. La primera es el acto en que la persona ó corporacion, que gozan de jurisdiccion, esto es, los jueces y tribunales, oyen en forma judicial, pública y solemne, á las partes contendientes; sobre cuyas controversias tienen facultad de decidir, ora interlocutoria, ora definitivamente, en cuyo sentido abraza todos los casos del juicio oral, y del escrito. La audiencia estra-oficial, es la que los mismos jueces ó magistrados están obligados á dar en particular á las partes, que por via de instruccion quieran informarles privadamente sobre su pleito ó causa. La ley no quiere defraudar á los litigantes de nada de lo que pueda favorecer y completar su defensa, y encargan á los jueces que en este punto sean accesibles, considerados y de *buena palabra* con ellos.

Hemos dicho que las dos acepciones anteriores constituyen la cardinal ó fundamental de la palabra audiencia, ya porque etimológicamente es así, segun el verbo latino *audio* de que procede, al tenor de lo espuesto en el artículo anterior, ya porque se identifica con la esencia del oficio del juez, que se encierra en estas tres funciones: *oir*, *decidir*, *ejecutar* lo juzgado.

Así hacerse en juicio tal ó tal cosa con audiencia de alguna de las partes es verificarlo, oyendo á estas préviamente sobre la justicia ó procedencia de lo que ha de decretarse ó denegarse, ó del perjuicio que á las mismas pueda irrogar ó no. Lo que se llamaba *mandamiento con audiencia* era preceptuar una cosa, por ejemplo, un pago, sin perjuicio de que si la parte tuviese

que esponer en contrario, fuese oida previamente.

Pero la palabra audiencia, trasladada del lenguaje propio al figurado, tomando la causa por el efecto unas veces, y otras el continente por el contenido, tiene diversas acepciones, entre las que mencionaremos las mas usuales, y son: el tribunal superior colegiado de apelaciones en el fuero comun de un distrito judicial, ó territorio determinado: el edificio ó local en que se reune dicho tribunal: á veces el territorio á que se estiende su jurisdiccion: todo el tiempo que diariamente debe estar reunido el tribunal, oyendo en justicia, como si dijéramos, cada una de sus sesiones diarias: el juez ó jueces propietarios, delegados, ejecutores ó en comision, que acompañados de funcionarios subalternos del órden judicial, como escribanos y alguaciles, ó bien ausiliares del mismo, como peritos en cualquier arte ó profesion, se trasladan á algun punto fuera de la capital ó del de su habitual residencia para algun asunto de justicia. En la primera de estas acepciones, no solo se denomina audiencia todo el tribunal colegiado, si no cualquiera de sus salas, por lo que hace á las determinaciones emanadas de las mismas. Así haber obtenido determinacion favorable en negocio ventilado en una audiencia territorial, no es que haya votado en el todo el tribunal, si no que bastará que haya sido alguna de sus salas. Audiencia plena es la reunion de todos los magistrados del tribunal, que no se hallan impedidos de concurrir, y es para asuntos consultivos ó gubernativos. *Audiencia real*, en fin, se llama jurídica é históricamente y por antonamásia la que antiguamente daban nuestros reyes.

De las anteriores acepciones de la palabra audiencia, no todas merecen un artículo particular, por esplicarse mas adecuadamente como parte de otros, ó bajo otra denominacion; pero hay una que lo requiere de necesidad, y es la de tribunales superiores colegiados de apelacion, entendido por aquellos, que por una rigorosa tecnología, por la ley, en la jurisprudencia, en la historia, y en el lenguaje comun, llevan hoy como específico, el nombre de *Audiencias territoriales*, y son el objeto del siguiente artículo, en cuya reseña histórica trataremos tambien de la *Audiencia real*.

AUDIENCIAS TERRITORIALES. Tribunales colegiados de apelacion y súplica del Fuero comun. Es decir que la palabra Audiencias territoriales tiene una acepcion específica, pues no se denominan del mismo modo otros tribunales, tambien colegiados, de apelacion, y con territorio determinado, si bien pertenecen á otros fueros. Las Audiencias territoriales revelan por sí una de las importantes reformas de las épocas notables de nuestro órden judicial, así en la Península, como en nuestras provincias ultramarinas, y son una transformacion conveniente, y digámoslo así, el término práctico de la *Audiencia real*; de la audiencia dada hasta personalmente y desde los tiempos mas remotos por nuestros reyes. De esta y aquellas hablaremos con la conveniente estension en el presente artículo, esponiendo el orígen, vicisitudes, organizacion y atribuciones de las mismas.

Llámanse las primeras territoriales, porque su autoridad está circunscrita á un territorio determinado; en vez que la Audiencia real, despues el consejo de Castilla, y hoy del tribunal Supremo de Justicia, la estendian y estiende el último, á todo el reino. Antes de las reformas políticas, por razon del origen de las audiencias, por su representacion, porque el rey era fuente de toda policía, y esta se administraba en su nombre: porque, en fin, cuando el rey lo era todo, todo podia calificarse de real, las audiencias se denominaban frecuentemente así, esto es, Reales Audiencias. Despues de las mencionadas reformas, porque entonces el poder judicial se reputaba un *tercer poder*, distinto é independiente del *ejecutivo*, y mas bien por la tendencia de todas las revoluciones á rechazar ó hacer olvidar lo que las precedia, las Audiencias se denominaron por algun tiempo *Audiencias nacionales*. Posteriormente, comprendiendo sin duda la afectacion y la inexac-

titud, dominó mas la calificacion bastante propia de *territoriales*, sin que alguna vez, y con igual propiedad se las denomine *Reales Audiencias*, así como en muchas de ellas especialmente en las que fueron chancillerías, las providencias siguen denominándose *reales autos*, como lo son sin duda, y aun deben denominarse en todas, puesto que la justicia, administra en nombre del rey, y todas se han igualado en este concepto.

PARTE DOCTRINAL.

SUMARIO.

SEC. I. RESEÑA HISTÓRICA.

§. 1.° *Consideraciones generales sobre la institucion de las audiencias, y origen de las mismas.*

§. 2.° *De la Audiencia real.*

§. 3.° *De las Audiencias territoriales de la Península hasta el año de* 1812.

SEC. II. DE LAS ACTUALES AUDIENCIAS TERRITORIALES DE LA PENINSULA: NUMERO, DENOMINACION, Y TERRITORIO DE LAS MISMAS.

SEC. III. ORGANIZACION Y CATEGORIA DE LAS ACTUALES AUDIENCIAS.

SEC. IV. ATRIBUCIONES DE LAS ACTUALES AUDIENCIAS DE LA PENINSULA.

§. 1.° *Atribuciones en lo civil.*

§. 2.° *Atribuciones en lo criminal.*

§. 3.° *Atribuciones en lo gubernativo y consultivo.*

§. 4.° *Régimen interior.*

§. 5.° *Tratamiento y modo de espedir sus mandatos y ejecutorias las Audiencias.*

SEC. V. DE LAS AUDIENCIAS DE ULTRAMAR: CREACION, DENOMINACION, ORGANIZACION Y ATRIBUCIONES DE LAS MISMAS.

§. 1.° *Audiencias antiguas de Ultramar.*

§. 2.° *Audiencias actuales de Ultramar.*

SECCION I.

RESEÑA HISTÓRICA.

Si siempre es cierta y atendible la regla de Justiniano *antiquitatis nihil pœnitus ignorare licet*, nunca mas que en aquellos asuntos que distinguen alguno de los períodos notables de la historia de un pais, ó que se ligan esencialmente al sistema legislativo ó judicial del mismo, en cuyo caso se encuentran ciertamente las Audiencias territoriales, institucion hasta popular entre nosotros, realzada con la sancion del tiempo, y con el respeto tradicional: motivos fundados y de indudable utilidad facultativa, que nos hacen dar á la presente reseña histórica diverso giro, y mayor estension que á las demas de su clase. En ella haremos mencion en párrafos correspondientes de algunas de las razones que dieron origen entre nosotros á esta clase de tribunales colegiados, de su procedencia de la Audiencia real, y no de los *conventos jurídicos*; ni menos que fuesen continuacion de ellos, aun que no neguemos que este, ú otros precedentes análogos de que da razon la historia, se tuviesen presentes al decidirse por un sistema judicial, mas bien que por otro; y de la creacion, por último, territorio, organizacion y atribuciones de las antiguas Audiencias territoriales, ó sea anteriores al año de 1812.

§. 1.° *Consideraciones generales sobre la institucion de las Audiencias, y origen de las mismas.*

En nuestro artículo *Administracion de justicia* hemos dividido nuestra historia jurídica en cuatro épocas, que hemos denominado *Gótica-romana*, de las *justicias señoriales*, de las *justicias forales*, y de las *colecciones legislativas* y *tribunales colegiados*. Segun la regla filosófica ya alguna vez mencionada, *res denominantur á formosiori*, esto es, que las cosas han de denominarse de lo que es principal ó mas sobresale en ellas; nosotros establecimos las mencionadas denominaciones por lo que bajo el punto de vista jurídico, es mas notable en cada una. Y si en la primera de dichas épocas es indudable que dominó el sistema misto que correspondia en un principio á la legisla-

cion y costumbres de los vencedores y de los vencidos: en la segunda, el elemento y jurisdiccion señorial, resultado político de la reconquista: en la tercera, las justicias forales, consecuencia de las infinitas mercedes y concesiones reales, de los privilegios y cartas-pueblas: es indudable tambien que la cuarta ofrece una innovacion radical, y de la mayor trascendencia.

Las innumerables desmembraciones del poder soberano, y de la justicia real, volvian á su centro: los fueros locales empezaron á refundirse en un fuero comun: la legislacion etereogénea é incoherente en una legislacion central: y como obra del escarmiento y de la esperiencia; de la ilustracion, y del consiguiente y diverso espíritu del siglo; aunque penosamente, empezaron sobreponiéndose, y acabaron rechazándose, épocas de ignorancia y de rudeza: obra en fin, del interés bien entendido, celo y perseverancia de nuestros reyes: resultado necesario de este conjunto de causas, aparecen en la cuarta época las colecciones legislativas generales, y como era indispensable, los tribunales colegiados. A esta época, pues, corresponde el orígen de las Audiencias territoriales: una de las especies de dichos tribunales mas importante y trascendental: uno de los resortes mas eficaces y esenciales de nuestro sistema jurídico. Pero no se llegó á este término repentina, ni fácilmente, y eso es lo que reseñaremos, á lo menos, en la presente seccion histórica.

Como se deja bien conocer, y acabamos de indicar, el asunto de Audiencias en el sentido de este artículo; esto es, como tribunales colegiados de apelacion, se liga esencialmente, como una de sus partes, al órden y mecanismo judicial, y á sus principales cuestiones teóricas, como las de tribunales singulares, ó colegiados, número de instancias, súplica ó revision, etc., motivo por el que son aquí casi inseparables la historia y la teoria.

Y con efecto: los hombres, en la necesidad de ser juzgados por otros hombres, que es decir, por un criterio falible, pues que el error y la falibilidad son inherentes á la condicion humana; multiplicaron las garantías para atenuar siquiera los resultados del error posible para llegar por lo menos á donde era dable; á una seguridad moral; á una conviccion oficial, mas bien que real y positiva, en el trance irremediable de haber de *buscar la verdad en lo falible.* Pero la razon humana, los pueblos y las sociedades se hallaron siempre, como siempre se hallarán, estrechados entre dos estremos inevitables: jueces singulares, ó tribunales *unitarios*; y tribunales colegiados; añadiendo, ó buscando si no, una nueva garantía de acierto en la combinacion de dichos estremos, y en el modo, esto es, en la apelacion ó revision, en el número de instancias, que siempre ha sido menor por lo que hace al órden civil, en el sistema de jueces singulares, que en el de tribunales colectivos, ó colegiados. Así vemos entre los antiguos pueblos germánicos, por ejemplo, comunmente una sola instancia, un único y decisivo fallo. Así lo vemos tambien actualmente en los jurados, en cuyo sistema es sumamente raro el jurado de apelacion; mientras en los siglos medios, entre nosotros mismos, en el sistema de jueces singulares, si el rey juzgaba personalmente, siempre habia lugar á súplica y revision; y cuando el primer fallo se cometia por derecho comun á jueces singulares, habia tres, cuatro, y aun cinco instancias, ó grados, como mas adelante decimos.

De tres sistemas á que se prestaban mas fácilmente las indicadas clases de jueces y tribunales, y eran, tribunales unitarios todos, todos colectivos, ó un sistema mixto, de uno y otros, segun el grado, asi entre los romanos, como entre nosotros, y puede decirse que en todos los pueblos, tal cual civilizados, prevaleció al fin este último.

El tratar sin embargo de los inconveniente ó ventajas; y de la historia de los tribunales, así colectivos, como colegiados en general, corresponde á otro artículo. Limitándonos en el presente á aquella especie determinada de los primeros á que corresponde el nombre de Audiencias territoriales,

diremos que su creacion en España es, relativamente moderna.

Algunos las derivan de los *conventos jurídicos* de los romanos, y aun la Academia en el Diccionario de la lengua dá á la palabra *Audiencia* en el sentido de este artículo la equivalencia latina de *conventus juridicus*, lo cual no puede sostenerse, ni histórica, ni jurídicamente. Si por la cualidad de tribunal colegiado, ó porque á ella concurren muchos á pedir justicia, una audiencia puede llamarse *convento jurídico*, lo mismo podria decirse del consejo de Castilla, y de cualquier otro tribunal de la misma índole.

En buena crítica jurídica y filológica, hay que distinguir entre un tribunal *colegiado*, y un tribunal *colectivo*. En el primero el número ó pluralidad de jueces, es permanente; en el segundo temporal, y ora discrecional, ora periódico.

Lo primero son las audiencias: lo segundo eran los *conventos jurídicos*. En estos los presidentes de provincia se reunian en la capital de la diócesis, ó en el punto que tenian por conveniente; ó en un período fijo, como hoy sucede, por ejemplo, con las *assises* ó *quarter-sessions* de Inglaterra, ó cuando lo creian oportuno; en el primer caso una ó dos veces al año, y en todos, rapidamente: y aunque se dijera así, esto es, aun cuando la denominacion de *conventus* proviniera, no de reunirse los presidentes, sino de hacerlo cada uno con sus asesores y curia, ó de concurrir á un punto determinado á un mismo tiempo todos los que tenian que pedir justicia; era lo mismo en cuanto á su diferencia esencial y moral de las actuales Audiencias.

De aquí es que la filología ha marcado con notable exactitud, en lo que de ella depende, la diferencia, llamando á nuestras Audiencias con este nombre, que revela la índole de las mismas, ó su incumbencia esencial y constante ó *permanente* de oir en juicio; y á los mencionados tribunales romanos, *conventus juridicus*, concurrencia, venida simultánea, *y en una ocasion dada*, de conjueces, á un punto dado para juzgar, y de litigantes para ser juzgados.

La historia por otra parte nos presenta entre el fin de los *conventos jurídicos*, propiamente dichos en España, y el principio de las Audiencias, aun cuando sea la misma *Audiencia real*, como tribunal ya colegiado, de que hablaremos en el párrafo siguiente, un período por lo menos de siete siglos. Si despues de este inmenso período vemos aparecer á las Audiencias como una nueva creacion, distintas esencialmente en su organizacion, atribuciones y prácticas de los ya casi olvidados conventos jurídicos, salvo en la historia; es imposible sostener que sean una misma cosa con las Audiencias, ó que estas sean una continuacion, ó traigan orígen de ellos.

Así se vé, en efecto, que de las cuatro épocas en que hemos dividido y materialmente se divide nuestra historia jurídica, solo en la primera hallaríamos, por algun tiempo y nada mas, la existencia, ó por lo menos los precedentes y tradiciones de los conventos jurídicos: en la segunda y tercera desaparecen, y domina en general el sistema de tribunales unitarios: en la cuarta es por último cuando aparece, y se hace ordinario, el sistema misto de tribunales unitarios y colegiados, y por tanto las Audiencias como las conocemos hoy, y como siempre han sido en su esencia desde su creacion.

No por eso se crea que nosotros neguemos que el sistema de Audiencias territoriales tomase su idea ejemplar de algun precedente, ora de nuestros fastos jurídicos, ora de los de otros paises, y desde luego es mas natural que este precedente se hallase dentro del reino, ó en la legislacion romana, en la cual todas las legislaciones han hallado los suyos. Tampoco se infiera que neguemos absolutamente en la segunda y tercera época la existencia de tribunales, no totalmente unitarios. Los pretores en Roma tenian, como es sabido, sus delegados, asesores y pedáneos en número considerable. Los condes durante la dominacion goda, y los mismos, y los adelantados mayores despues, los tenian tambien, y de ello dan razon las leyes del Fuero Juzgo, y las de

Partida. Lo que nosotros negamos absolutamente es que nuestras Audiencias territoriales sean una misma cosa con los conventos jurídicos, ni menos continuacion de ellos.

El nuevo sistema se inició con la *Audiencia real*, primero ambulante, luego fija, segun decimos en el párrafo 2, y á su imitacion fueron aumentándose las demas, y mas bien el principio cardinal fue desarrollándose en diferentes casos prácticos, ó de aplicacion.

Lo que es estraño es la lentitud con que se desarrolló un sistema que sin duda se tenia por bueno, cuando se confirmaba y estendia, pues veremos transcurrir desde el asiento de la Audiencia real, única en Valladolid, hasta la creacion de la última Audiencia territorial entre las antiguas, el largo período de tres siglos, siendo así que la creacion del sistema de tribunales superiores territoriales se hacia por razones de pública conveniencia, y que en este período rigen los destinos de España monarcas tan ilustrados, tan celosos y noblemente enérgicos, como los Reyes Católicos. ¿Seria tal vez que sirviese de rémora á la ilustracion, á la decision y al celo, el interés de localidad ó de clases, como aun hoy sucede para la creacion ó supresion de una sola Audiencia, y aun de un tribunal inferior?

Visto ya que las Audiencias son una parte esencial y necesaria del sistema judicial místo adoptado por nuestros monarcas, y que viene rigiendo por cerca de cuatro siglos; no procediendo de los conventos jurídicos, ni siendo su continuacion; teniendo entre nosotros un orígen español, veremos cuál es este y sus vicisitudes.

Esto en cuanto al orígen: por lo que hace á los motivos de la creacion de aquellas, los principales los hemos indicado ya, á lo que habria tal vez que añadir la especie de reaccion en el tránsito de la tercera época á la cuarta, esto es, del réjimen ó sistma de las individualidades al de los cuerpos morales, en que el abuso, el error, ó el arbitrio de uno, puede ser moderado ó contrariado con la razon de otro, y aun con la fuerza pasiva del conjunto: cuerpos, en fin, á que eran llamados con preferencia los hijos del pueblo, en los que á su vez los monarcas hallaban mayor apoyo y sumision que en los grandes. Sabido es que la tendencia era á enfrenar á estos, empleando el elemento popular contra el aristocrático, los comunes contra el poder señorial, siendo de notar, primero: que las Córtes eran las que pedian incesantemente que el rey se acompañase de hombres buenos para juzgar; y segundo, que habiendo estos de recibir y desempeñar el poder real parcial, era menor el contraste, siendo una persona moral la que recibiese este encargo verdaderamente soberano, á todo lo cual han de añadirse las razones jurídicas especiales que en la teoría comun persuaden en los que se deciden por él, el sistema de tribunales colegiados, mas bien que el de jueces singulares, ó tribunales unitarios, lo cual ha de verse en su artículo correspondiente.

Si los tribunales colegiados han de ser ambulantes ó fijos, es otra cuestion que veremos histórica y jurídicamente resuelta en el último sentido en el párrafo inmediato, y es todavía una razon práctica que hay que añadir á las ya indicadas para el establecimiento de las audiencias territoriales.

§. 2.° *De la Audiencia real.*

Así denominan, y con razon, nuestros historiadores y tratadistas, á la que antiguamente daban nuestros reyes, sentándose á administrar justicia por sí: delegando despues esta funcion soberana, ya en una, ya en muchas personas, llegando estas á formar un verdadero tribunal colegiado, ambulante al principio, como la misma corte del rey, fija, pero alternativamente mas adelante en lugares y períodos de tiempos determinados, establecido definitiva é inalterablemente por último en la capital de Castilla la Vieja, y es donde acaba la *Audiencia real* para empezar el sistema de las territoriales.

En todos tiempos, y en todos los pueblos, siendo la justicia una atribucion soberana,

ha sido administrada en un principio por el soberano tambien, ya este fuese un monarca, ya un cuerpo colectivo.

Moisés administraba justicia por sí por muchas horas del dia. Los gefes posteriores del pueblo hebreo tuvieron en tanto esta soberana prerogativa, que por mucho tiempo no llevaron otro título, ni gerárquico, ni dinástico que el de *jueces*. Augusto se sentaba diariamente y empleaba muchas horas del dia en el tribunal de justicia. Lo propio practicaban Tiberio y Claudio. M. Antonino, en fin, hacia ocupacion habitual de administrar justicia, diciéndose de él que empleaba diez, doce ó mas audiencias para llegar á sentenciar un pleito, y que estimaba en mas el título de *buen juez* que el de César.

Por este reducido número de casos se representa la historia primitiva de la administracion de justicia en todos los pueblos. Las complicaciones, los negocios y otras causas vienen despues, y aquella alta prerogativa se delega.

Esta misma es en España la historia de la administracion de justicia por nuestros reyes, si bien no ha de entenderse, aun cuando alguna vez lo harian, y ninguna prohibicion habia en ello, que se sentasen ó administrasen justicia por sí solos, ó sin oir ageno dictámen. Lo natural es que, no siendo los reyes conocedores de todos los derechos, oyesen el parecer ó consejo de personas entendidas, y esto sí que lo tomarian de la magistratura goda y romana, que tenian asesores voluntarios y precisamente tales segun unos; necesarios y con jurisdiccion delegada segun otros (1). Sin duda no siempre lo hacian así los reyes godos, cuando el concilio 4 de Toledo en el cánon 75 les amonesta á que tengan cerca de sí hombres entendidos de quienes tomar consejo.

Aquí empieza ya, sin embargo, una de las cuestiones críticas mas empeñadas entre nuestros tratadistas por lo que hace al orígen del Consejo Real, pretendiendo unos fue creacion del rey San Fernando, otros que es tan antiguo como la monarquía, y si en él entraban ó no juristas ú hombres de derecho, que es la parte mas debatida de la contienda. Reservando nosotros hacernos cargo de ello en su oportuno lugar, tres cosas no tienen duda, ni pueden tenerla: es la primera, que perteneciendo ó no al Consejo, existiendo este, ó no, en los primeros tiempos nuestros reyes tenian cerca de sí hombres de derecho, de quien tomaban consejo en lo judicial, y varias leyes del Fuero Juzgo hablan ya de la *Audiencia* del rey, y de sus *oidores* ó *auditores*: segunda, que en los tiempos posteriores entraron letrados en el Consejo: y tercera, que aun cuando ya habia Consejo, de un modo ó de otro organizado, habia *Audiencia real, tribunal de la Corte ó de la Casa del rey*, totalmente distinto del Consejo, que es lo que ahora hace á nuestro propósito.

Nos parece indudable tambien que este tribunal del rey no era en un principio sino un cuerpo de asesores ó consultores en asuntos de justicia, ó de otros que, por encargo del rey *oian á las partes*, y esponian despues el hecho con su dictámen, siendo el rey el que fallaba en vista, y de aquí el nombre de *oidores* ó *auditores*. Despues los reyes fueron cometiendo la facultad suprema de juzgar, si bien siempre en su nombre, primero individualmente á los dichos delegados, como *el alcalde de alzadas de la Casa del rey*, y el adelantado mayor de la corte, etc.: despues al conjunto de ellos, aun cuando no organizados todavía en tribunal, pues en vez de atribuciones ordinarias y perpétuas; provenian de cometido especial en cada caso, hasta que por último este cuerpo de jueces recibió la forma de tribunal colegiado, no oponiéndose á ello el que el rey se sentase entre ellos en dias determinados, hasta que de todo punto resignó, digámoslo así, en su tribunal de la *Audiencia*, siendo de notar que las mismas Córtes del reino que en un principio hacian peticion de que el rey se sentase á juzgar por sí, la hicieron despues para que no lo verificase; todo lo cual resulta, segun

(1) Heineccio, Elem. Jud. Germ., lib 3, tit. 1.

queda espuesto, de la historia, y del derecho mismo constituido, del que solo haremos ligeras indicaciones, añadiendo á lo dicho que la Audiencia real se componia de dos clases de magistrados: los *oidores* que entendian en lo civil; y los *alcaldes* que conocian de lo criminal.

Segun Sempere, Macanaz, y otros, el reglamento mas antiguo que se conoce de la Audiencia Real, y que, segun el primero de dichos autores, no habia sido antes de ahora dado á luz, es del año 1264, espedido en Zamora por D. Alonso el Sábio. En el, prévio consejo ó dictámen de los prelados y ricos hombres, á quienes el rey hizo presentes los obstáculos que encontraba la administracion de justicia, se estableció entre otras cosas: «A lo de los alcaldes acuerda el rey, que sean nueve de Castilla, é seis de Estremadura, é ocho del reño de Leon, en esta guisa: que tres de Castilla anden siempre en la casa del rey, é que se partan por los tercios del año, é que hayan sus escribanos que les ayuden á livrar sus pleitos, de guisa que sean y á la misa matinal, é esten en verano fasta que sea dicha la misa mayor de tercia, é en invierno fasta medio dia. E que non juzguen en iglesia, nin en cementerio. E en las villas é en los lugares onde el rey obiere á facer morada, el rey los mande dar posada cierta, onde libren los pleitos, porque juzguen cada uno de por sí. E que cuatro alcaldes del reño de Leon han siempre de andar en casa del rey: é que sea uno caballero, é tal que sepa bien el fuero del libro, é la costumbre antigua. E todos estos alcaldes, que han de juzgar continuamente, que sean legos (1).»

(1) El resto deste notable documento es como sigue: «En la manana que libren los pleytos, no den cartas ningunas, é los escribanos tomen somembranza de las cartas que ovieren de facer, é faganlas despues de yantar, é las que fuesen fechas ese dia, muestrenlas á los alcaldes, porque metan y sus nombres, é señales, ansi como lo deven facer.

»Otrosi, tiene el rey por bien, de aver tres omes entendidos, é sabidores de los fueros que oyan las alzadas de toda la tierra, é que ayan escribanos señalados para facer esto ansi como los alcaldes.»

«E si por aventura oviere alguna alzada, en que se non puedan avenir, que llamen y á los otros alcaldes, de que se non alzaron, que vean quales dicen lo mejor.»

«Otrosi, si por todo esto non lo pudiesen librar, que lo muestren al rey. E esto tiene el rey por bien que sea en el reyno de Leon, é en las Estremaduras, é en Toledo, é en toda la Andalucia: ca en Castilla alsense de los alcaldes de las villas á los adelantados de los alfoces, é destos adelantados á los alcaldes del rey, é de los alcaldes á los adelantados mayores de Castilla, é á los que estan en su lugar, é destos adelantados al rey...

»Otrosi, quando ovieren los alcaldes á librar los pleytos que sea asosegadamente, á librallos é non vayan á casa del rey, si non si acaeciere alguna cosa que le hayan de preguntar: ó si el rey enviase por ellos.

»E tiene el rey por bien, que en aquellos logares dé los alcaldes librаren los pleytos, que sean y seis monteros, é dos porteros, para tirar la pesa de aquellos que non an de ver en los pleytos, é para prender algunos omes, si menester fuere.....

«E si algunos traxeren peticiones, que non sean de justicia, é que non hayan de librar los alcaldes, que las den á los monges de la cofradia de Santa Maria de España, é ellos que las muestren al rey.....

»Otrosi, acuerda el rey de tomar tres dias en la semana para librar los pleytos, é que sean lunes, é miércoles, é viernes; é dice mas, que por derecho debe cada dia esto facer, fasta la yantar, é que ninguno non le debe de estorbar en ello, é despues de yantar, fablar con los ricos omes, é con los otros que ovieren algo de librar con él.

»Tiene el rey por bien, que quando los alcaldes vinieren antel para librar los pleytos, que non muevan disputaciones porfiadas, mas que le digan luego aquello que entendieren que pertenezca al fecho, é oyan todos muy bien al rey.

»Otrosi, tiene el rey por bien que quando oviere de oir los pleytos, envie por aquellos alcaldes que quisiere que esten con el, é los otros finquen librando los querellosos, é lo al que ovieren á facer.

»E quando alguna cosa acaeciere, que los alcaldes deben hablar con el rey, embienselo preguntar, é si el rey embiare por ellos, que vengan: si non que esten librando sus pleytos, fasta que el rey aya vaga de fablar con ellos, é aquel dia no cayan en la pena; é si el pleyto se retardare, por esta razon, que el rey faga su mesura contra aquellos cuyo fuere el pleyto, por cuanto los devoto, porque non finquen perdidosos.»

(1) Pet. 1. «A lo que me dixeron, que una de las cosas, que ellos entendian, porque la mi tierra es pobre, é agraviada, que es, porque en la mi casa, é en los mis regnos no ha justicia, segun que debe. E la manera porque ellos entienden que se puede facer es, que tome yo caballeros, é omes buenos de las villas de los mis regnos, que anden de cada dia en la mi córte, é que les de yonas soldadas, porque se puedan mantener bien, é onradamente, é que fagan la justicia bien, é complidamente. E yo que tome un dia de la semana, qual yo toviere por bien, en que oya los pleytos, é que con los omes buenos

Por el párrafo 8.° de este importante documento se ordenaba que el rey hubiese de sentarse á administrar justicia los lunes, miércoles y viernes, sin perjuicio de que todos los dias debia hacerlo por derecho, y ocupar en ello *fasta la yantar*.

«Esta fue la audiencia del rey, dice Sempére, por muchos tiempos, la cual no debe confundirse con las actuales de fundaciones muy posteriores, bien que su noticia contribuye infinito para el conocimiento del verdadero orígen y vicisitudes de estos tribunales.»

Las turbulencias, ú otros motivos, impidieron la observancia de lo ordenado por el rey D. Alonso; y el número de dias en que el rey se sentaba en el tribunal era mayor ó menor, ó no era ninguno. Fernando IV, á peticion de las córtes de Valladolid en 1307, acordó sentarse los viernes (1).

D. Alonso el XI en las de Madrid en 1329 señaló el lunes para peticiones, y asuntos gubernativos, y el viernes para lo criminal, *teniendo consigo á sus alcaldes y hombres buenos de su consejo y de su corte* (1). Despues en las cortes de Alcalá en 1348, se señaló solo el viernes y en su defecto, otro dia de cada semana, *para librar las peticiones que los de la nuestra audiencia guarden para nos en él su libramiento que ellos facen* (2).

Enrique II, además de haber hecho entrar el elemento omnímodamente popular en su consejo, ordenando en virtud de la peticion 6 de las córtes de Burgos de 1367, se añadieran al consejo doce hombres buenos elegidos de todas las provincias con el sueldo de 8,000 maravedís cada uno: habiendo insistido las Cortes de Toro de 1371, peticion 13, en que se uniesen dichos doce hombres buenos al consejo, y que andubiesen con el rey, resolvió. «A esto respondemos que nos place así, é que es nuestro servicio: é que dado habemos ya oidores de la nuestra Abdiencia, é alcaldes de las provincias de nuestros reinos, que son alcaldes en nuestra córte, é es nuestra voluntad que estos sean del nuestro consejo (3).»

Por este documento, se vé la total diferencia entre la Audiencia real, y el Consejo. Aquella recibió en las propias cortes una nueva forma, segun se vé en las leyes 1 y 2 del ordenamiento hecho en las mismas. Segun ellas, la Audiencia real debia componerse de siete oidores, tres de ellos obispos, y los demas letrados: la Audiencia tendria despacho los lunes, miércoles y viernes, en el Palacio del rey, hallándose allí la córte; y si no, en el de la reina, casa del canciller mayor, ó en una iglesia, ú otro lugar decente. Los oidores debian librar los pleitos de plano, y sin intervenir escritos, no habiendo apelacion ni súplica de las providencias que dictásen todos ó la mayor parte, y aun solo dos de ellos. Les señaló en fin de salario cincuenta mil maravedís á los obispos y veinte y cinco mil á los demás oidores. Debia haber además ocho alcaldes de córte, dos de Castilla, dos de Leon, uno de Toledo, dos de Estremadura, y uno de Andalucia, los cuáles debian librar los pleitos correspondientes á las respectivas provincias. Y habria en fin dos alcaldes para el rastro de la córte: uno de hijos dalgo y otro de alzadas, suprimiendo el alcalde que habia para las suplicaciones. De lo dicho hasta aquí se infiere cuan poca exactitud contiene el epígrafe de la ley 1. tít. 6. lib. 3. Nov. Recop.

Don Juan el I, antes en las Córtes de Valladolid de 1383, y luego en las de Bribiesca de 1387, introdujo, como se sabe, *notables novedades* en el Consejo y en la Audiencia. Debian pasar á esta todos los asuntos de justicia: se aumentó á la misma un oidor lego: se mandó cesar la práctica de firmar el rey las cédulas y provisiones, salvo las de privilegio. Los oidores asistirian por semestres: se nombraron relatores: *y se creó el oficio de procurador fiscal.* Para el nombramiento de oidores precedia propuesta en terna del consejo y de la Audiencia: y esta, por último, tendria residencia fija, tres meses en Medina del Campo, tres en Olmedo, tres en Madrid y tres en Alcalá de Henares. Arreglada así la Audiencia Real, el rey *se desprendió* totalmente del conocimiento de todos los asuntos de justicia civiles y criminales, salvo los casos de injusticia notoria y segunda suplicacion. «Otro si: á lo que nos pedistes por merced que pusiésemos un home bueno, letrado, é de buena fama por nuestro *procurador fiscal*.... á esto vos respondemos que nos place, é

é con los alcaldes que conmigo anduvieren, que los libremos, como la mi merced fuere, é lo fallare por derecho. —A esto vos digo, que yo cataré omes bonos para alcalles, é tengo por bien de lo facer de esta guisa que me lo piden. E quanto es que me asiente un dia en la semana á oir los pleytos; téngolo por bien, que sea el dia del viernes.»

(3) Pet. 1.

(4) Pet. 23. «A lo que nos pidieron por merced, que para que fuesen mejor librados, que nos asentásemos en un dia en la semana á librar las peticiones, que los de la nuestra audiencia guardan para nos en el libramiento que ellos facen, é este dia que fuese cierto, porque lo supiesen, é presentasen sus peticiones,—A esto respondemos, que lo tenemos por bien, é quel dia señalado será el lunes, ó quanto este dia non nos pudiéremos asentar, por algun embargo que acaesca, asentarnos hemos otro dia de la semana, en emienda de este.»

Lo mismo se determinó en la pet. 20 de las córtes de Leon, de 1349 de cuyos capítulos, y otros se formó el citado tit. 2, lib. 2, de la Recop. *como deben los reyes oir y librar.*

(5) Ley 1. tít. 3. lib. 4. Nov. Recop. y nota 1.ª del propio título.

nos lo entendemos poner tal que cumpla á nuestro servicio.»

La disposicion con que quedó consumada esta novedad capital en nuestro sistema jurídico es la siguiente: «otrosí á lo que nos pediste por merced en razon de la justicia, en la cual se contienen ciertos puntos: á lo primero, que por salud de nuestro cuerpo nos queramos escusar de entretenernos á librar ningunos fechos de justicia, civiles ni criminales, é que lo remitamos todo á la nuestra Audiencia: á esto vos respondemos, que nos place *é nos los remitimos á la nuestra Audiencia é le damos nuestro poder cumplido para ello, como Nos lo habemos.*»

Ya se habrán notado en el largo y trabajoso período que vamos reseñando, y en las determinaciones sucesivas, que encierran los rudimentos, digámoslo así, y mas bien las bases cardinales, y hasta los pormenores, no ya de las Audiencias territoriales; sino aun del sistema judicial que viene rigiendo desde aquellos tiempos hasta el dia. Pero la Audiencia Real debia recibir todavia modificaciones que la aproximasen mas á las Audiencias territoriales de que ella habia de ser tipo. Ya queda dicho que don Juan el I, alterando la costumbre observada algun tiempo habia, de que la Audiencia residiese fija en un punto, ordenó su permanencia, seis meses aqüende los puertos, y seis allende, en la forma que queda indicada. Dióse por razon la necesidad de aligerar de la carga de alojamientos y aposentamiento al pueblo en que aquella se fijaba; pero bien pronto se conoció que sin disminuir sino en parte este inconveniente, se aumentaron los embarazos de la administracion de justicia; y el mismo rey en las Córtes de Segovia de 1389 mandó que la Audiencia Real se fijase definitivamente en dicha ciudad (1), aumentándose el número de oidores hasta diez y seis, seis de ellos obispos y los otros diez letrados, de los cuales habian de permanecer en el tribunal, exentos de toda otra comision ni encargo, por lo menos un oidor prelado y cuatro letrados, un alcalde de hijos-dalgo y el de las alzadas de las provincias: y fijóse la forma del juramento que sobre los Santos Evangelios habian de prestar los oidores ante el mismo rey. Se repitió lo ordenado en las Córtes de Bribiesca de que el rey dejaria de asistir personalmente á la Audiencia, delegando en ella su autoridad jurisdiccional: dejarian tambien de llevar la firma del rey las cartas y provisiones, como se habia establecido respecto del consejo: y últimamente, así este, como la Audiencia Real, continuarian usando del tono imperativo, y encabezando con el nombre del rey como hasta allí (1).

Corrian así las cosas, cuando muerto Enrique III en 1407, le sucedió su hijo don Juan el II, de solos 22 meses de edad, siendo sus tutores testamentarios la reina viuda doña Catalina, su madre, y el infante don Fernando de Antequera, su hermano. Ambos tutores se dividieron el gobierno de las provincias: y tocó al infante la parte de Andalucía. No era posible dividir el gobierno, ni decirse gobierno tampoco el de cada uno de los tutores, sin administracion de justicia: en su consecuencia *se dividió* la Audiencia Real, quedando en Segovia *la mitad* de ella con la reina, y marchando á Andalucía con el infante *la otra mitad.* Esta se llevó el sello mayor: en la de Segovia quedó el sello de plomo (2). De aquí han tomado ocasion varios autores, entre ellos Parladorio (3), Larrea (4) y Santayana (5) para suponer que la division de la primitiva chancillería y creacion de la de Granada

(1) «E porque veiamos que una de las cosas que trae con desordenanza la nuestra Abdiencia era por non estar estable en un logar, asi como se acostumbró en tiempo de los Reyes onde nos venimos, e en el nuestro hasta las Córtes de Bribiesca, que ordenamos estobiese seis meses allende el puerto, è seis meses aquende: é agora, como vemos que la esperiencia lo mostró, que como quier que en ninguna parte se remediaban é aportaban mas los pleitos que solia, porque nos viamos que non se remediaba del todo, porque en mudarse de una parte a otra se perdian tres meses, è mas de cada año; por estas razones, queriendo remediar complidamente, en cuanto mos pudiéremos, que con la merced de Dios los pleitos venian mas sina á buena, é breve fin, que nunca, fasta ahora vinieron la primera cosa que ordenamos es que la Abdencia esté continuamente en esta Cibdad, la cual escojemos por tres razones, etc.» Discurso del Rey en las mencionadas Córtes.

(1) Mariana, historia de España, lib. 19, cap. 10.
(2) Crónica de Don Juan II año de 1407.
(3) Disert. 10, núm. 10.
(4) Decis. granat. 98 núm. 20.
(5) Magistrados de España, part. 1, cap. 5, núm. 49.

tuvo lugar en tiempo de don Juan II, cosa que no puede sostenerse y lo contrario defiende con decision y datos incontestables Sempére y Guarinos. Y ciertamente: la division citada se ve que no es sino temporal, como la tutela, que dió ocasion á ella. Ademas que despues, por muchos años todavía, veremos reunida, y única la Audiencia Real.

Aunque la Audiencia se compuso, como ya hemos dicho, de diez y seis oidores, llegó el escándalo á no haber en ella sino dos, y á veces uno solo; motivo por el que las Córtes de Madrid de 1419, se quejaron enérgicamente al rey, pidendo que proveyese de remedio, creyendo podria serlo, entre otros, el separar una parte de los sueldos, para repartir las *inter presentes*, «*á la manera que se facia en las iglesias catedráles y colegiales.*»

Continuando el desorden y falta de fijeza, en 1425 se determinó en las córtes de Palenzuela, peticion 1, que la Audiencia chancillería, residiese seis meses en la villa de Turégano, allende los puertos, y seis meses aqüende en las villas de Griñon y Cubas, lo cual aleja, como es evidente, toda idea de otra chancillería aqüende los puertos, esto es, ni en la Mancha, ni en Andalucía.

Todavia en 1428 mandó el rey D. Juan que el consejo remitiese á la Audiencia los asuntos de justicia (1): en 1436 la dotó de nuevas ordenanzas: y en vista de ello esclama con razon, Sempere y Guarinos: «¿Es posible que un magistrado de la instruccion del Sr. Cantos Benitez creyese que hasta en 1442 en que D. Juan el II, fijó la Audiencia Real en Valladolid, no hubo otra, como cuerpo separado, que el Consejo?»

Efectivamente, D. Juan el II, en las córtes de Valladolid del citado año de 1442, pet. 48, ordenó, como se dice, se fijase definitivamente en Valladolid la Audiencia, y desde aquí entra ya, en cierio modo, en la categoría de Audiencia territorial, de lo cual hablaremos en el párrafo siguiente.

(1) Ley 1, tit. 1, lib. 3. Nov. Recop.

En él nos haremos cargo tambien del connotado de chancillería con que dicha Audiencia se distinguió por mucho tiempo antes y despues.

Concluiremos manifestando, que no se opone á nada de lo dicho el que en los documentos antiguos y leyes del Fuero Júzgo se use de las palabras *Audiencia*, *oidores* y otras análogas, pues por entonces no tenian la misma significacion que en el dia, y pudiera servir de ejemplo la ley 2, tít. 2, lib. 2, del mismo Fuero Juzgo, que en el testo latino usa de las dos palabras mencionadas, y luego en el testo castellano desaparecen; la de *Audiencia* por la de *pleito*, y la de *auditores* por la de *omes con quien se acousege el juez de dicho pleito.*

Sobre algunos pormenores relativos todavia á la Audiencia Real, véase el párrafo inmediato en lo concerniente á las Chancillerias de Valladolid y Granada.

§. 3.° *De las Audiencias territoriales de la Península, hasta el año de* 1812.

Ya hemos visto cuan lentamente, y al través de cuantas vicisitudes, llegó á adquirir fijeza y regularidad la Audiencia Real, que al fin habia de servir de modelo para la creacion de otras muchas á espensas de ella misma. Entre estas Audiencias, que de ellas se deribaron, unas pertenecen ya á la historia, como son las que existian anteriormente al año de 1812: otras son hoy nuestros tribunales superiores territoriales, con las modificaciones que ha introducido en ellas el nuevo órden político; y por eso tratamos de unas y de otras con separacion. Y decimos que las Audienoias anteriores al año de 1812, pertenecen ya á la historia, no porque muchas de las actuales no lleven el mismo nombre, y sean, histórica, y aun tópicamente las mismas; sino porque no lo son jurídicamente, pues la denominacion en unas, el territorio y la categoría en otras, las atribuciones y ordenanzas en todas, no son las que fueron.

Las Audiencias, que existian en 1812, al verificarse en la Península el cambio políti-

co, que rige en el dia, sin contar el Consejo de Navarra, eran 11, á saber: las de Valladolid, Granada, Galicia, Sevilla, Canarias, Valencia, Aragon, Mallorca, Cataluña, Asturias y Estremadura.

Compuesta de tres grados la gerarquía de nuestro órden judicial, á saber, juzgados de primer fallo, de apelacion, de revision ó súplica, y de recurso estraordinario, ó lo que es lo mismo, tribunales inferiores, superiores y supremo, las Audiencias territoriales, así las antiguas, como las actuales, ocupan el segundo grado. Eran y son por tanto, y como ya hemos dicho, tribunales de apelacion, y súplica en lo civil y criminal del fuero comun. Eso no obstante, muchas veces eran tribunales de primera instancia, como sucedia principalmente en las causas contra jueces, en los casos de Corte, y en los de *avocacion* y *retencion* de autos. Eran al propio tiempo corporaciones gubernativas, pues mientras en pleno entendian en lo relativo á ayuntamientos, abastos, etc., sus salas del crímen atendian á la conservacion de la tranquilidad pública y del órden, se presentaban personal, y autoritativamente en los lugares en que podia creerse amenazado, y proveian imponentes bandos de buen gobierno. Conocian, en fin, por lo menos algunas de ellas, de los recursos de fuerza: hacian el recibimiento de abogados, y por regla general puede decirse que cada una venia á ser en su territorio un pequeño Consejo de Castilla, esto es, cuerpos judiciales, ecónomicos y gubernativos. Consignada esta idea general de las antiguas Audiencias, indicaremos lo mas notable de lo que era especial á cada una.

Al enumerarlas para este fin, quisiéramos poder seguir el órden cronológico de la creacion de las mismas, lo cual era consultar, no solo la verdad histórica, sino la utilidad doctrinal y jurídica, por la que hay siempre en conocer el órden sucesivo de las verdades, ó de los errores, y la conexion entre un hecho y sus precedentes: el influjo de las circunstancias, de la política, del espíritu del siglo; la relacion en fin entre los efectos y las causas, que en suma es la filosofia en todas las cosas. Pero aquí el órden cronológico, es casi imposible, por la oscuridad histórica, ó por la anomalía que domina en el origen, ó creacion de algunas Audiencias; el que no solamente no han cuidado de esclarecer ó combatir nuestros compiladores; si no que por el contrario, no hay enumeracion mas viciosa que la de los códigos. Así vemos en la Novísima Recop. que inmediatamente despues de la Chancillería de Granada se coloca la Audiencia de Asturias, que fue fundada 212 años por lo menos despues que ella; y despues de esta, la de Sevilla, que lo habia sido dos siglos antes, ó tal vez mas. Si hubiera habido sistema en la creacion de nuestras Audiencias ¿quién lo hallaria en la estructura científica de nuestros cuerpos legales qué era en donde mas bien se debia encontrar? En vano se buscará tampoco el órden cronológico en nuestros autores, y es lo peor que aun la historia se presta con dificultad á este sistema. Segun el rigor cronológico, mas sostenible, y que al cabo, aunque con algun inconveniente, es un órden cronológico; que si no presentara una verdad absoluta, se aproximaria á ella mas que ningun otro, la enumeracion de nuestras Audiencias territoriales seria: Valladolid, Ciudad Real, Galicia, la de los Grados de Sevilla, Granada, Canarias, Valencia, Aragon, Mallorca, Cataluña, Asturias, Estremadura, Madrid, Pamplona, Albacete y Burgos. No permitiendo la calidad de nuestra obra tanta amplitud en controversias histórico-críticas, como otras, adoptamos la enumeracion cronológica que menos dificultades ofrece, y mas se acerca á la usual, sin perjuicio de hacer las oportunas indicaciones sobre este punto al tratar de aquellas Audiencias en que lo creamos mas necesario, habida consideracion al punto de vista bajo el cual consideramos la cronologia de dichos tribunales, segun esplicamos en la seccion II.

Audiencia chancillería de Valladolid. Ya hemos visto que es la misma Audiencia

Real que se mandó establecer definitiva y perpétuamente en dicha ciudad en 1442. Antes de esa época reunia los dos conceptos con que ahora la anunciamos, proviniendo el segundo de haberse agregado á ella la oficina y secreto del real sello; pero este punto merece tratarse con mas estension, y lo reservamos por lo tanto para los artículos CANCILLER Y CANCILLERIA ó CHANCILLERIA. Notaremos tambien que, aun cuando realmente á esta Audiencia no le corresponde el concepto de territorial, hasta que se desmembró para la formacion de la de Ciudad-Real, pues entonces, y no antes tuvo un territorio limitado, y no ya toda la Península; seguiremos en esto, sin embargo, el lenguaje y la division adoptada por las leyes Recopiladas que tratan de estos tribunales.

Cincuenta y dos años continuó la Chancillería de Valladolid, ó el antiguo tribunal de la Corte, en la plenitud de atribuciones con que habia sido establecida, hasta que en 1494 fue desmembrada, y fundada la de Ciudad-Real por los reyes Católicos, como veremos al hablar de la de Granada. Fundóse esta nueva Chancillería sobre el mismo pié que la antigua, y con las mismas atribuciones, por lo que, y á fin de no repetir, trataremos de ambas sobre este punto bajo un mismo contesto.

Audiencia Chancillería de Ciudad-Real, despues de Granada. Por cédula de los Reyes Católicos espedida en Medina del Campo en 1494, teniendo presentes los embarazos y dispendios que ocasionaba en la administracion de justicia el haber de concurrir los litigantes de todo el reino á la única Chancillería, fundaron otra en Ciudad-Real, la cual debia componerse de un prelado, presidente; cuatro oidores; dos alcaldes de corte; un procurador fiscal; seis escribanos de cámara; seis receptores; dos escribanos mas para la sala de alcaldes; tres notarios mayores, con su juzgado particular; dos alcaldes de hijos-dalgo, y el completo de los demas subalternos. Se mandó que la nueva Chancillería usase del real sello, como la otra, y que observara la misma práctica. La cédula en que se contiene esta determinacion, poco conocida por cierto, se halla íntegra en la coleccion titulada: *Pragmáticas del reino* (1).

Como quiera que sea, fue trasladada á Granada en 1503 en virtud de cédula espedida en Toro por don Fernando el Católico, como gobernador del reino (2). Confrontando la fechas aquí citadas, y con presencia de las notas, desapace la duda ú oscuridad que resulta del contesto de la ley Recopilada, teniendo presente ademas que el que habla en ella es el rey Católico ea 1503, y no los reyes Católicos en 1489, como parece.

En 30 de setiembre de 1494, los reyes Católicos por el capítulo 12 de las ordenanzas formadas para la Chancillería de Ciudad-Real, señalaron por territorio de la misma lo que cae allende del rio Tajo, con el Andalucía y el reino de Granada, y el reino de Murcia, con el marquesado de

(1) Impresa en Alcalá de Henares por Miguel de Eguya, año de 1528, y en su parte principal es como sigue:

«Don Fernando e Doña Isabel, etc. Entre los otros grandes beneficios, e muy crecidas mercedes, que de Dios nuestro Señor habemos recibido, es una muy principal haber ensanchado, e dilatado estos nuestros reynos de mas e allende de la parte que los nuestros progenitores e antecesores en ellos nos dejaron en lo qual todo, por su gran piedad, con larga mano nos quiso poner en su lugar, e por ministros de su justicia en la tierra, e despues aca para le dar mejor cuenta de este cargo, avemos tenido pensamiento, e cuidado de dar órden como la podamos executar a servicio suyo, e á descargo de nuestras conciencias, e al pro, e bien comun de nuestros súbditos, e naturales Y esto queriendo poner por obra, pareciónos, que si todas las ciudades, e villas, e lugares de nuestros reynos, e los vecinos, e moradores dellas, que ovieren de seguir, e proseguir su justicia en grado de apelacion, ó suplicacion, ó por casos de corte, oviesen de venir á la villa de Valladolid, donde mas continuamente suele estar la nuestra corte, e Chancilleria; que la muchedumbre de los negocios, que allé ocurririan, impidiera el despacho dellos, e que especialmente seria dificultoso, e aun se seguirian dello grandes costas, e fatigas á los que viven en el reyno de Granada, e en el de Andalucia, y en las islas de Canaria, y en el reyno de Murcia, y en otras partes que estan arredradas de la dicha villa de Valladolid. Por ende para mejor remediar estos inconvenientes, e cumplir con los que en estas tierras viven, es nuestra merced, e voluntad, que de aqui adelante, para siempre jamas, aya, y esté continuo otra nuestra corte e Chancilleria en la ciudad de Ciudad-Real, ó en su comarca, donde nos mandaremos, en que en nuestro lugar, y en nuestro nombre se oigan, libren e determinen los pleytos, e causas civiles, e criminales, en los casos, en que segun las leyes de nuestros reynos, e las ordenanzas por nos dadas para la nuestra corte e Chancilleria, se pueda oir, e librar, e determinar, por las personas que por nos fueren diputadas; las quales puedan librar nuestras cartas, que sean selladas de nuestro sello, e nuestras cartas, e provisiones: en la qual dicha corte, e Chancilleria es nuestra merced, e voluntad, que esten, e residan las personas, que para exercer la nuestra justicia son necesarias, en esta guisa....» (Ya quedan espresadas.)

(2) Ley 1, tit. 1, lib. 5, Nov. Recop., y nota 2 del mismo.

Villena, y con lo que las órdenes de Santiago, Alcántara, Calatrava y San Juan, tienen en las dichas comarcas, y con las islas de Canaria..... y que todo lo otro de nuestros reinos y señoríos de aquende los puertos, hasta la mar, y con lo que queda del reino, y arzobispado de Toledo, y obispado de Sigüenza y Cuenca, Plasencia y Coria, aquende del Tajo, venga á la nuestra Chancillería antigua que reside en Valladolid (1).»

El personal de las chancillerías se aumentó á 16 ministros y un presidente, distribuidos en cuatro salas; debiendo aquel asistir siempre que se tratase de casos de corte (2), de los cuales habian de conocer las chancillerías y no el Consejo (3), el que ya desde los tiempos de D. Juan el I, y de Enrique el II, habia sido mandado inhibir del conocimiento de tales casos, de todos los pleitos de los pueblos escluidos en las ordenanzas del mismo, y de todas las apelaciones, aunque fuesen de caballeros, condes, duques, prelados, y las de los infantes, del príncipe y de la reina (4).

Las salas eran de lo civil y de lo criminal, componiendo las primeras los *oidores*, y las segundas, los *alcaldes del crímen*, lo que despues fué comun á las Audiencias. En cada chancillería habia una sala de hijos-dalgo; y en la de Valladolid ademas, la *sala mayor de Vizcaya*, compuesta de un solo magistrado, que era el *juez mayor de Vizcaya*. El personal de las de hijos-dalgo, eran los alcaldes del crímen. Lo relativo al procedimiento y otros pormenores se espresa en las ordenanzas especiales de ambas chancillerías, á saber, en la de Valladolid de 8 de setiembre de 1565, refundida en la de 6 de julio de 1761; y en la de Granada de 1552 y 1601; como así bien en el tít. 1, lib. 5, Nov. Recop. Y es tanto mas interesante tener presentes las mencionadas ordenanzas, como á su vez las del Consejo, cuanto que de estos tribunales ha provenido, y aun proviene en mucha parte, la jurisprudencia práctica de los demas superiores y supremos.

Concluiremos este punto manifestando ó reproduciendo, que las Audiencias de Valladolid y Granada, se denominaron Chancillerías, porque eran depositarias del sello real: tribunal de la Casa del rey, como recuerdo histórico y originario de la Audiencia Real, ó personal del rey: Corte ó tribunal de corte, por la misma razon, por la cual tambien hablaban en nombre del rey, en tono imperativo, y tenian tratamiento de *alteza*, y en los encabezos el de *muy poderoso señor*, que era el que correspondia á nuestros monarcas hasta el advenimiento de la dinastía austriaca: asimismo los *Acuerdos* ó las chancillerías en cuerpo, tenian el primer lugar en los actos públicos, y solio en los templos, como la persona del rey.

En el párrafo 1 de esta reseña histórica, hemos hecho una indicacion que no es para perdida de vista. Hemos señalado como una de las causas para el establecimiento de la Audiencia Real, el descansar su institucion sobre el elemento democrático, en el cual se buscaba la fuerza y preponderancia indispensable para domar la altivez de los grandes y señores. Por esta razon entre otras, por la utilidad ya reconocida de las chancillerías en la administracion de justicia, por el celo y amor de nuestros monarcas hácia la misma; y en los primeros tiempos porque miraban, y realmente podian mirar, estos primitivos tribunales, como creacion y cosa suya personal, las dispensaron constante favor y distinciones. Ya hemos visto que los oidores y alcaldes eran del Consejo del rey. El rey Católico se movió de propósito de Burgos á Córdoba, para castigar el insulto cometido contra un alcalde de corte por el marqués de Priego y otros caballeros y grandes principales, que invocando antiguos privilegios, resistian que la causa se juzgase por *letrados*, llegando las cosas á punto de haber condenado á muerte á varios de ellos, y desterrado á la fortaleza de Montilla al citado mar-

(1) Ley 2, tit. 1. lib. 5, Nov. Recop.
(2) Ley 3, id., id., id.
(3) Ley 9. id., id., id.
(4) Ley 9, id., id., id.

qués (1). En 1518 Cárlos V se sentó un dia en su chancillería de Valladolid, mandando cubrir á los oidores. Apelábase, en fin, para ante las chancillerías del Consejo de las órdenes, y al crearse el de Hacienda, se mandó se rigiese por las ordenanzas de aquellas.

Siendo estos tribunales una institucion de tal magnitud, y trascendencia, no puede dejar de causar admiracion el que sean en su orígen y vicisitudes tan poco ó tan mal conocidas, y eso aun por autores de nota y justa nombradia, por otra parte, y que al parecer trataron de ellas hasta de propósito. Los límites de un artículo, como el presente, no admiten la estension que el esplanamiento de esta cuestion necesitaba; pero sí indicaremos que es digna de un estudio crítico, y regularmente detenido, la inexactitud, y aun errores de los escritores antiguos y aun modernos, y la controversia suscitada en los últimos tiempos con motivo de las opiniones y escritos de varios de ellos, como Parladorio, ya citado, Rodrigo de Caro (2), Florez (3), Macanáz (4), Cantos Benitez (5), Salazar de Mendoza (6), Gregorio Lopez (7), Pedraza (8), Salcedo (9), Solorzano (10), y aun el conde de la Cañada (11), y Elizondo (12), contra todos los cuales se presentó en oposicion al fin del último siglo, Sempére y Guarinos en un erudito y luminoso dictámen, como fiscal de la Chancillería de Granada, el cual fue impreso y en parte trasladado á la historia del derecho español por el mismo autor (13).

Audiencia de Galicia. Realmente es mas antigua que las de Ciudad-Real y Granada, si bien hemos presentado estas como anteriores por su importancia, por ser la primera desmembracion clásica y solemne de la de Valladolid, y por haberlo sido desde luego formal y definitivamente; mientras el principio de la Audiencia de Galicia fue meramente una comision. Las fechas, sin embargo, serán en todo caso la razon mas autorizada para que cada uno sepa á qué atenerse.

En efecto: por real determinacion de 3 de agosto de 1480, los reyes Católicos, en vista de los escesos que por la impunidad se cometian, y multiplicaban en el reino de Galicia, mandaron pasar al mismo con plena autoridad para reprimirlos un Ministro del Consejo con título de justicia mayor, y un oidor de la Audiencia Real, los cuales conocerian en primera instancia en el punto en que se fijasen, y hasta el rádio de cinco leguas, de todos los asuntos civiles y criminales; y ademas de las apelaciones y casos de corte de lo restante de dicho reino, con las apelaciones del fallo que dictaren solo para ante SS. MM. (1). Mandóse despues en 1494 que el gobernador con sus alcaldes mayores anduviesen por el pais administrando justicia, marchando juntos para mayor autoridad; pero no pudiendo la Audiencia residir en un punto mas de un año (2).

En 1504 por cédula de la reina doña Juana espedida en Medina del Campo, la comision dada al gobernador y demas funcionarios de justicia se convirtió en cargo ordinario y posteriormente con jurisdiccion en *primera y segunda instancia*, pudiendo librar cartas y provisiones bajo sus propios nombres en lo que puede darse por instalada la Audiencia de Galicia (3).

La Audiencia tuvo su asiento en Santiago, hasta que en 1563 se mandó se trasladase á la Coruña, fijándose en dicha ciudad para fomentar su poblacion (4).

En 1566 al gobernador que hasta entonces la habia presidido, se sustituyó un regente (5).

(1) Zurita, Anal. de Aragon, lib. 8, cap. 11.
(2) Historia de Sevilla.
(3) España Sagrada, tom. 5, cap. 15.
(4) Discurso anónimo, contenido en el tom. 9 del Semanario erudito de Valladares.
(5) Introduccion al escrutinio de monedas.
(6) Origen de las Dign. de Castilla, lib. 2, cap. 6.
(7) Glosa á la ley 4, tit. 24, Part. 3.
(8) Historia de Granada.
(9) Teatro de honor, glos. 35, núms. 5 al 8.
(10) Indiar. Gubern., lib. 4, cap 3, núm. 6.
(11) Instit. civ., Part. 2, cap. 4, núm. 36.
(12) Pract. for., tom. 1, pág. 165
(13) Observaciones sobre el origen, establecimiento y preeminencias de las dos Chancillerías de Valladolid y Granada, impreso en dicha ciudad en 1796. El mismo Sempere, Historia del Derecho español, tom. 2, cap. 25 y siguientes.

(1) Nota 2, tit. 2, lib. 5, Nov. Recop.
(2) Ley 2, dicho tit. y lib.
(3) Nota 2, id., id.
(4) Nota 3, id., id., id.
(5) Ley 1, id., id.

Ya se ha visto que en un principio, no obstante que la Audiencia conociese en primera y segunda instancia, se podia apelar de sus sentencias para ante S. M. en su tribunal de la corte, ó sea chancillería de Valladolid; pero en 1580 se dispuso que en los asuntos en que el valor de lo litigado no escediese de mil ducados de oro (trescientos setenta y cinco mil mrs.), dicha apelacion se entendiese súplica ante la misma Audiencia (1).

Era una cosa notable en la misma el auto llamado *ordinario*, y tambien *auto gallego*, el cual consistia en conocer en todos los asuntos posesorios, cualquiera que fuese el fuero especial ó privilegiado de las personas (2), y que se entiende abolido por las últimas reformas judiciales, especialmente por el art. 44 del Reglamento provisional para la administracion de justicia. V. AUTO GALLEGO.

Los inconvenientes y dilaciones esperimentadas por consecuencia de la apelacion de las sentencias de la Audiencia en lo criminal para ante la chancillería de Valladolid, hicieron que en 1566 dichas apelaciones se limitasen á las causas de muerte y ningunas otras (3).

Tambien debian fenecer en la misma sin apelacion á la chancillería las causas beneficiales (4); y asimismo las causas civiles de mayor cuantía, si las partes se convenian en el recurso de súplica ante la Audiencia, en vez de apelacion á la chancillería (5).

En la duda sobre si el caso era de súplica ante la Audiencia, ó de apelacion á la chancillería, decidia esta (6).

La Audiencia, en fin, se constituyó, formalmente tal, en lo judicial y gubernativo, como lo llegaron á estar todas, rigiéndose especialmente por las ordenanzas que los reyes Católicos dieron en su orígen á la misma en 1494, de que proceden la mayor parte de las leyes del título 2.°, lib. 5 de la Nov. Recop. que trata de esta Audiencia.

Audiencia de Sevilla, antes denominada de Grados. El modo con que han sido formadas algunas de nuestras Audiencias, segun lo dicho ya en cuanto á la de Galicia y vercmos ahora en la de Sevilla, hace dudosa la época fija de su creacion.

La Audiencia de Sevilla, no en su estado último, pero como tribunal *colegiado*, es acaso mas antigua que la chancillería de Granada, ó por lo menos tanto y mas antigua tambien que la de Galicia. Hablamos de la Audiencia de *Grados*, denominacion primitiva de dicha Audiencia, y que ha conservado casi hasta nuestros dias, como veremos. Al espresarnos así sobre la antigüedad de esta Audiencia, nos referimos mas que á las leyes recopiladas, á la historia y á las ordenanzas de Sevilla, que siendo una compilacion de las muchas cédulas, privilegios y disposiciones dadas por nuestros reyes para el régimen político y judicial de dicha ciudad y su tierra, empiezan, como es de suponer, en la reconquista, y continuaron en los reinados de Alonso el Sábio, D. Pedro, D. Enrique, los reyes Católicos que autorizaron á la ciudad para formar dicha compilacion, y otros reyes posteriores: nos referimos principalmente y como hemos dicho, al hablar de la Audiencia de Galicia, á los hechos que hemos procurado inquirir con exactitud.

Para formarse una idea, tal cual exacta, de la Audiencia de *Grados* y sus célebres alcaldes de la Cuadra, es menester tenerla de la organizacion judicial de Sevilla y su tierra, y aun de todo el reino, antes de la formacion de dicha Audiencia.

En el cuerpo de este artículo hemos dicho ya que en los tiempos antiguos habia caso judicial en que se daban dos, tres y mas apelaciones, y en el párrafo 5.° de la antigua y poco conocida ordenanza de Zamora, dada por el rey D. Alonso el Sábio á la Audiencia real en 1274, se dice entre otras cosas: «En Castilla alcensé de los alcaldes de las villas á sus adelantados de los alfoces; é destos adelantados á los alcaldes

(1) Nota 5, tit. 2, lib. 5, Nov. Recop.
(2) Leyes 11 y 12, id., id.
(3) Ley 22, id., id.
(4) Ley 23, id., id.
(5) Ley 23, id., id.
(6) Ley 28, id., id.

del rey: ó de los alcaldes á los adelantados mayores de Castilla é á los que estén en su logar: é destos adelantados al rey.» Por lo que hacia al resto del reino, inclusa la Andalucía, debian nombrarse *tres hombres sabedores del derecho para oir las alzadas.*

En Sevilla habia cinco alcaldes ordinarios nombrados por el concejo, y cada pueblo tenia los suyos. De sus sentencias *en lo civil*, y de las de otros jueces inferiores, como los alcaldes de la mesta, los señoriales, los alcaldes de mar y los llamados *alcaldes de la tierra*, que eran dos jueces ó alcaldes nombrados por el rey, para que juntos recorrieran la tierra, administrando justicia y supliendo la de los alcaldes ordinarios: de todos estos jueces se apelaba, á saber, de los de la ciudad para ante el adelantado, despues asistente de Sevilla; y de los demas para ante los *alcaldes mayores*, que eran jueces de alzadas conocidos con este nombre, asi en Sevilla, como en Carmona y otras ciudades. Los de Sevilla eran tres, ademas del adelantado, en armonía tal vez con el citado ordenamiento de D. Alonso el Sábio (1).

Para conocer en primera instancia *en lo criminal* habia el que se llamaba *alcalde de la justicia*, nombrado por el rey, como los alcaldes mayores, y el adelantado; y de sus fallos se apelaba tambien para ante dichos alcaldes mayores.

Los alcaldes ordinarios se reunian para dar audiencia en un local determinado, y lo propio los alcaldes mayores. La localidad de los primeros se denominaba el *Corral de los alcaldes* (2). Los segundos se reunian al principio un dia en la semana en el ayuntamiento, y otro en la *Cuadra*, como en breve veremos.

(1) «Por quanto por cartas e ordenamientos que la dicha ciudad de Sevilla tiene, está defendido que los alcaldes mayores ni sus lugar-tenientes no puedan conocer de pleitos civiles ni criminales algunos, en primera instancia, y que si algunos pleitos vinieren ante ellos, los remitan luego, los pleitos civiles, á los alcaldes ordinarios, y los pleitos criminales ante el *alcalde de la justicia*.....» Ordenanzas de Sevilla de 1632, tit. de los alcaldes mayores, fól 7.

(2) Otrosí: mando que de aquí adelante todos los alcaldes ordinarios se junten cada un dia que no fuere feriado, en el *corral de los alcaldes*, á la tarde, y allí oyan e libren los pleitos de que ellos puedan conocer.....» Ordenanzas de Sevilla, tit. de los alcaldes ordinarios, fól. 50.

Habremos de notar que en las ordenanzas de Sevilla á que nos vamos refiriendo, hay indicaciones que parecen convencer que mucho tiempo antes de los reyes Católicos, los alcaldes mayores, ó jueces de alzadas de Sevilla, formaban cuerpo ó tribunal colegiado (1).

Si estos precedentes se refiriesen á la época posterior del rey D. Alonso el Sábio, que en 1274 como hemos visto, dió su ordenanza ó reglamento de Zamora á la Audiencia real, tribunal ya colegiado, tendria menos de estraño: y con efecto, en ordenamientos de los reyes D. Enrique III en Madrid á 20 de diciembre de 1397, y en Segovia en 1399; y de D. Juan el II en Valladolid y Segovia en 1424 y 1425, se estableció lo que se espresa en la nota 4 (2).

(1) «Otrosí: antiguamente, por ordenanza del señor rey don Alonso, los alcaldes mayores, segepdo en la cibdad, iban una vez en la semana el dia de lunes á sentarse en el poyo del consistorio, y el dia del jueves iban á la cuadra, para hacer cumplir la justicia y visitar la cárcel.....» Ordenanzas de Sevilla, fol. 8.

(2) «Como quiera que antiguamente en Sevilla los alcaldes mayores, faciam Audiencia ante la puerta de los alcázares, tres dias en la semana, esto se quitó por contrario uso, y fue reformado por otra ordenanza, que la dicha Audiencia se hiciese para alzar las fuerzas y agravios de los hombres poderosos, y de los jueces y regidores de la dicha cibdad, y que los alcaldes mayores, ó veinticuatros que allí se juntasen, librasen por derecho las peticiones y querellas.....y que si todos los alcaldes mayores y regidores, no viniesen, *que los dos mayores, con los veinticuatros* que se allí fallasen lo ficiesen dos dias..... y que si non viniese mas de un alcalde, que aquel con los veinticuatros *que con él se hallaren*, lo *ficiesen*, como si todos *fuesen juntos*: lo cual parece confirmado por el Sr. rey don Juan el II en Valladolid, á VIII *dias* de diciembre de MCCCCXXIIII, y mando que la dicha Audiencia se haga este dia á la hora y al tiempo que les pareciese razonáblemente que se debe hacer, y pues: qué la dicha Audiencia se haga para alzar las fuerzas y los agravios que hacen los hombres poderosos, el adelantado y los otros jueces, *que no hagan apelacion alguna* de lo que fuese hecho y juzgado en la dicha Audiencia. Otrosí: porque muchas veces acontecia que cuando alguna persona iba á se quejar á la dicha Audiencia de alguno de los alcaldes mayores ó de los regidores de la dicha cibdad del agravio que le era fecho, todos los otros oficiales ó la mayor parte de ellos *iban á la dicha Audiencia á dar sus votos* favoreciendo á los que habian fecho los dichos agravios; por tal manera que los agraviados no alcanzaban complimiento de justicia: parece que despues el señor rey don Enrique, por otra su carta dada en 30 de agosto de MCCCCLXXIIII declarando mas la dicha ordenanza, mandó que en el cabildo de la dicha cibdad se nombren *dos veinte y cuatros* y un *alcalde mayor por meses para que sirvan en la dicha Audiencia; con los cuales el asistente en cuanto lo supiese esté y continúe en ella*, para desagraviar los agraviados. Y que ninguno ni alguno de los otros oficiales y regidores de la dicha cibdad que no fuesen nombrados en el dicho cabildo para estar en la dicha audiencia ni alguno de ellos, no estén en la dicha Audiencia, ni den sus votos ni se entremetan de conocer ni conozcan en cosa alguna que en ello se haga, *salvo que se libren y determinen por el dicho asistente y dos veinticuatros y un alcalde mayor* como dicho es. Y que asi lo guarden y cumplan sopena de perdicion de los oficios y confiscacion de sus bienes de los que lo contrario ficiesen, no embargante que dijeron que esta ordenanza no se debe guardar por no haber sido usada ni guardada de algunos tiempos acá. Sin embargo de todo ello *se guarde y cumpla como dicho es*, porque asi cumple á la ejecucion de la justicia

Los reyes Católicos dieron ya á la Audiencia verdadera forma de tribunal colegiado (1), cuando menos en el año de 1495, lo cual sucesivamente despues, se confirmó y amplió por la reina doña Juana, y Cárlos V (2).

El tribunal, ya colegiado, conocia en apelacion, y suplicándose para ante sus jueces, esto es, para ante los tres alcaldes mayores, y el adelantado, ó su lugar-teniente, aunque despues varia el número y la calidad de los jueces, como veremos: y de poder fallar los mismos en los grados de *apelacion*, y de *súplica*, ó sea en vista y revista, vino a la nueva Audiencia el nombre que por tantos años, y aun siglos, ha llevado. Esta es la *Audiencia de Grados*: esta es realmente la Audiencia de Sevilla. Sus alcaldes mayores, aunque magistrados ya, y oidores, se llamaron *alcaldes de la Cuadra*, abreviacion de *casa cuadrada*, y tambien *casa cuadra*.

Cárlos V, primero en Madrid, en 1525, y luego en Bruselas en 10 de enero de 1556, dió ordenanzas para su régimen, de las cuales, truncadas sin órden alguno, se formó casi todo el tit. 4, lib. 5 de la Nov. Recop.

Su personal en un principio fue como queda dicho, el de tres alcaldes mayores, y el adelantado ó sus tenientes. Despues el de cinco alcaldes mayores, tres nombrados por el rey, y los dos restantes por el marqués de Tarifa, lo que introdujo cierta singularidad en la organizacion (1), luego un regente y seis magistrados, distribuidos en dos salas (2). Desde 1566 conocia de las apelaciones de la Audiencia de Canarias, en lo civil, si el pleito

y al bien y provecho de la dicha cibdad.» Ordenanzas de Sevilla, f. 17.

(1) «Otrosí: por cuanto segun disposicion de algunas leyes y ordenanzas de la dicha cibdad cuando quiera que se interpone el alzada ó apelacion del alcalde de la justicia de la dicha cibdad, cualquier de los alcaldes mayores puede conocer de la tal alzada en grado de apelacion; y este alcalde mayor solo puede condenar ó absolver en causa criminal, aunque sea muy grave. Y parece que esto es cosa peligrosa y no bien proveida que en cibdad tan grande y donde hay tantos letrados, se haya de determinar la justicia criminal por uno solo. Por ende, queriendo en esto proveer ordenamos y mandamos que cuando se interpusiese el alzada en pleito criminal del alcalde de la justicia que se junten en la cuadra los alcaldes mayores y el asistente cuando lo hobiere. Y allí en la cuadra se despache y determine por los que allí se hallaren ó la mayor parte la causa criminal; *con tanto que á lo ménos sean tres personas en la determinacion de la causa.* Y lo mismo se entiende en las causas criminales del *alcalde de la justicia* de Carmona y Frejenal y Constantina, y de los alcaldes de la tierra porque así se contiene en una ordenanza y pragmática real declaratoria, dada en Madrid a 23 de febrero, año de mil y cuatrocientos y noventa y cinco.» Ordenan. de Sevilla, fol. 8.

(2) «Como quier que en los tiempos passados antiguamente los juezes de la suplicacion, vista, y alzada, conocian de los pleytos y causas de su jurisdicion, y los determinaban, solos, y cada uno por si en diversas horas y lugares y llenauan sus derechos y salarios acostumbrados conforme á las ordenanzas antiguas de la dicha cibdad. Despues el rey mi señor y padre, y la reina mi señora madre (habla la reina doña Juana), cuya ánima sea en gloria, oeyendo que conuenia al servicio de Dios y suyo, y á la execucion de la justicia, y á la breue y buena espedicion de los negocios, y al pro y bien de la dicha cibdad y vecinos della, mandaron, que los dichos juzgados y juzes de suplicacion, vista y alzada, con el teniente de asistente, se juntasen en una sala y Audiencia, y que todos juntamente oyessen y librassen, y determinassen los pleytos y causas, y negocios que ante ellos viniessen, assi en grado de alzada, como de vista ó suplicacion, y dieron para ello sus cartas y ordenanzas; y porque aquellas son buenas y justas, y convenientes para la espedicion de los dichos negocios, mando, que aquellas sean guardadas y complidas, como en este ordenamiento se contiene. . . . . .

. . . . . .

. . . Otrosí: mando, á los dichos jueces, de suplicacion, assistencia, vista y alzada, que despues que ouieren fecho el juramento que dicho es, en el cabildo de la dicha cibdad, todos juntamente, no teniendo legítimo impedimento, cada dia que feriado no sea, se junten en la quadra á donde se juntan los alcaldes mayores de la dicha cibdad en la sala que para ello tienenn determinada, y que allí todos juntos oyan, y libren y determinen todos los pleytos, y causas pertenecientes á su jurisdiccion, que ante ellos vinieren, por apelacion de los tenientes de asistente de la dicha cibdad y su tierra, ó de qualquier de los alcaldes mayores en las causas civiles, porque assi se ha acostumbrado y guardado en la dicha cibdad y lo mandaron los dichos señores reyes mis padres, porque las apelaciones en las causas criminales se han de oyr, y librar por los alcaldes mayores en la dicha cuadra, segun en este ordenamiento les esta mandado.» Ordenanzas de Sevilla, fol. 39.

(1) Otrosí: parece que despues por S. M., del emperador rey don Cárlos y doña Juana su madre, y rey nuestros señores, fueron fechas ciertas ordenanzas en reformacion y confirmacion de los dichos juzgados en la villa de Madrid á tres dias del mes de abril año de MDXXV años: el tenor de las quales en suma es este que se sigue:

Primeramente, que el dicho juzgado *de los Grados* resida en la cibdad de Sevilla, y que haya tres jueces por nos nombrados, y otros dos que en nuestro nombre, nombre el marqués de Tarifa, tanto quanto fuere nuestra merced y voluntad con que los presente en nuestro Consejo, y allí sean aprobados, los quales puedan oyr en grado de apelacion todos los pleitos que conosciere el assistente y sus tenientes, y de los que conoscieren los alcaldes mayores, y sus tenientes y otros jueces inferiores de la dicha cibdad de Sevilla y su tierra.

Otrosí: ordenamos y mandamos que los dichos jueces tengan grado de suplicacion de la sentencia que dieren ellos mismos, y queremos quanto nuestra merced y boluntad fuere que lo que en el dicho grado pronunciaren, sea egecutado.

Otrosí: ordenamos que los dichos jueces puedan conoscer de delitos que incidieren y perjurios ante ellos, y desacatamiento de palabras ó hecho que acaesciere estando los dichos jueces en el dicho juzgado.

Otrosí: ordenamos que tanto quanto nuestra merced y boluntad fuere, los jueces por nos nombrados que sean el juez que antiguamente era de suplicacion y assistencia y quinto juez, hayan de quitacion cada uno diez mil maravedis cada un año, y los dos jueces que se llaman de vista y alzada, que quanto fuere nuestra merced y voluntad, el nuestro nombre, nombre el marques de Tarifa, haya cada uno cincuenta mil maravedis, los quales se paguen de los propios y rentas de la dicha cibdad, como fasta aquí se han pagado, y los dichos dos jueces que en su lugar, y por nos, pone el dicho marques hayan cada uno otros treinta mil maravedis en las penas de cámara.

Otrosí: ordenamos que los jueces que por nos son, ó fueren nombrados, tengan preeminencia á los que el dicho marques en nuestro nombre pone, en el asiento, y boto, y firma, y entre los dichos jueces haya prelacion por antiguedad para ordenar y reprender habias demasiadas que parezcan ser desórden en el dicho juzgado.» Ordenanzas de Sevilla, pág. 42.

(2) Leyes 1 y 2, tit. 4, lib. 5, Nov. Recop.

escedia de 300,000 mars: en lo criminal, en los casos de muerte (1). D. Cárlos y doña Juana en 1559, y Felipe II en 1562, llamándola todavia *Audiencia de Grados*, la aproximaron mas al tipo de las otras Audiencias, mandando se rigiese por las reglas y prácticas de las de Granada y Valladolid (2), y se ensanchó la esfera de su autoridad judicial, sobre recursos de fuerza, pleitos y censos de señorio, abadengo y otros que antes iban á Granada.

En 1790, por pragmática de 30 de marzo, se le dió por territorio todo el reino de Sevilla, con las apelaciones para ante la chancilleria de Granada respecto del nuevo territorio agregado en los casos en que aquella tenia lugar para ante la chancilleria de Valladolid de las Audiencias de Galicia y Oviedo (3).

Ultimamente, teniendo ya dos salas civiles y una criminal, se aumentó un ministro mas, y se mandó formar una sala estraordinaria para los asuntos civiles de menor cuantía (4).

Los autores refieren la creacion de la Audiencia de Sevilla el año de 1556, pero bien se vé con cuan poca exactitud, por mas que en ese año Cárlos V, la diera las ordenanzas de que queda hecho mérito, pues tambien le habia dado las de Madrid, ya citadas, de 1525, y puesto que aun despues de las últimas, continuó denominándose *Audiencia de Grados*, con cuyo nombre se distinguia ya setenta, ó mas años habia (5).

En 1800, se mandaron cesar las apelaciones que de las Audiencias de Sevilla y Estremadura iban á las chancillerías, que ya se ha visto eran solo en lo civil (6).

Audiencia de Canarias. La conviccion de la utilidad que resultaba de la institucion de los tribunales colegiados, y de que estos se acercasen cada vez mas á los que habian de ser juzgados, acortando las antíguas distancias, parecia revelarse cada dia por actos públicos y solemnes, como era la creacion sucesiva de nuevas Audiencias. Las Córtes á su vez continuaban con perseverancia el sistema, ya antiguo, como hemos visto, de pedir al rey aumento de ministros para los tribunales colegiados (1). Asi es que en 1556, como queda indicado, se regularizaba con nuevas ordenanzas, la Audiencia de Grados: y en 1558 se mandó formar la de Canarias, que en 1666 se instaló al fin (2), empezando por un regente y dos magistrados (3). Sobre apelaciones en lo civil y criminal para ante la Audiencia de Sevilla, véase lo que hemos dicho al hablar de esta. De los tres jueces, dos solos bastaban para formar sala, y hacian sentencia en lo civil y criminal, estando conformes (4).

Audiencia de Valencia. Aqui la historia, por causa de los acontecimientos políticos, vuelve á presentar oscuridad, si no se distinguen los tiempos, bien que eso no nos sirva de embarazo en el presente artículo, limitándole como hemos anunciado en un principio, á las Audiencias, y por tanto, hablando solo de los antiguos tribunales de Aragon, Valencia y Navarra desde que tomaron el nuevo carácter de Audiencias territoriales.

En este concepto diremos, que la antigua Audiencia de Valencia, creacion de Pedro IV de Aragon en 1361, recibió de Felipe V al principio de su reinado el carácter de Chancillería, si bien en 1716 se la despojó de este carácter, mandando quedase reducida á la clase de Audiencia, como la de Aragon, habiéndose ya mandado en 1707 que una y otra se rigiesen en un todo por las ordenanzas de las Chancillerías de Valladolid y Granada (5).

Audiencia de Aragon. Creada por Felipe V en 1707, mandando que así ella como

(1) Ley 13, id., id., id.
(2) Ley 40, id., id., id.
(3) Ley 43, id., id., id.
(4) Leyes 43 y 44, id., id., id.
(5) Ordenanzas de Sevilla de 1632, titulos: de los alcaldes mayores, f. 7: Del adelantado, f. 39: De la suplicacion, asistencia, vista y alzada, f. 39: Del alcalde, de la justicia, f. 48: De los alcaldes ordinarios, f. 49: De los alcaldes de la tierra, f. 52; y de las apelaciones, f. 82.
(6) Ley 13, tit. 21, lib. 5, Nov. Recop.

(1) Sobre las Córtes de que anteriormente se ha hecho mencion, habrian de añadirse las siguientes: las de la Coruña de 1520, pet. 30: las de Valladolid de 1523, pet. 35: las de Madrid de 1528, pet. 62: las de Segovia de 1532, pet. 4: las de Valladolid de 1537, pet. 2; y las de Madrid de 1552, pet. 9; y 1555, pet. 214.
(2) Elizondo, Prat. for. tom. 2, pág. 306.
(3) Ley 1, tit. 5, lib. 5, Nov. Recop.
(4) Ley 5, id., id., id.
(5) Leyes 1, tit. 7, y 1, tit. 8 lib. 5. Nov. Recop.

la que se habia formado para Valencia, se rigiesen como queda dicho hablando de esta, por las ordenanzas y prácticas de las Chancillerías de Valladolid y Granada (1).

En 3 de abril de 1711 se mandó que interinamente se compusiese de un regente, fiscal, y nueve magistrados, distribuidos en dos salas, una civil de cuatro ministros, y otra criminal de cinco (2).

En el mismo año, por decreto de 14 de setiembre, se ordenó se añadiera una sala mas de lo civil, y que la Audiencia se conformara á la de Sevilla (3).

Audiencia de Mallorca. La antigua Audiencia, reducida al capitan general, un regente, un abogado fiscal y un letrado adjunto, modificada por Felipe II en 1571, dotándola con un regente, dos oidores castellanos, y dos de la corona de Aragon con un fiscal (4), recibió nueva planta por cédula de Felipe V de 28 de noviembre de 1715, ó mas bien fue confirmada la antigua, dotándola con el mismo personal, incluso un quinto ministro que se habia añadido á la misma por real órden de 13 de junio de 1677 (5). En el mismo año se mandó que en el ceremonial y procedimiento se conformase á la de Aragon (6).

Audiencia de Cataluña. Creada por real decreto de 16 de enero de 1716 se compuso desde luego del regente, diez ministros para lo civil, cinco para lo criminal y dos fiscales. El mencionado real decreto puede considerarse como sus primitivas ordenanzas. Disponíase en él que los pleitos se razonasen en lengua castellana. Entre sus disposiciones hay una enunciativa algun tanto singular por el sistema á que se refiere, entonces desechado, y recientemente adoptado como un adelanto. Dícese en el artículo 3 que, «habiendo considerado que la suplicacion, que antiguamente se interponia de *una sala á otra*, tiene el inconveniente de mayor dilacion, por haber de informarse la sala nuevamente del pleito, mandó que las suplicatorias se interpongan á *la misma sala* donde se ha dado la sentencia» (1).

En 1741 fue dotada con nuevas ordenanzas que se mandaron observar por cédula de 21 de noviembre de 1754.

Esta Audiencia como las demas de la antigua corona de Aragon se regian como las del reino, salvas las especialidades de fuero, lo que no corresponde á este artículo.

Audiencia de Asturias. Fué creada por Felipe V, por decreto de 30 de julio de 1717, dado en el Pardo, en un todo igual á la de Galicia, y por las mismas razones de haber de reprimir escesos, y dificultad de los caminos; añadiendo las especiales de haber empezado allí la empresa gloriosa de la reconquista, y tomar de allí tambien su título los príncipes de Asturias.

La nueva Audiencia residiria en Oviedo: se compondria de un regente y cuatro oidores que, con el título de alcaldes mayores, como en Galicia tambien, conocerian de todos los asuntos civiles y criminales, y asimismo de los recursos de fuerza como la chancillería de Valladolid. Se le señaló por territorio el principado de Asturias, con sus cuatro-sacadas, los cinco concejos de Valdeburón que le habian estado incorporados al principado, con todos los demas concejos, cotos y señoríos á que entonces se estendia la autoridad de los gobernadores (2). En 1805 Cárlos IV por decreto de 15 de febrero creó una comandancia general militar separada de la capitanía general de Valladolid, la cual comprenderia las aguas vertientes á la costa de todas las montañas comprendidas entre Rivadeo y Laredo, ó lo que es lo mismo, desde el límite de Galicia hasta Vizcaya, ordenando que la Audiencia estendiese su jurisdiccion en lo civil á todo el distrito de la nueva comandancia (3).

(1) Ley 1, tit. , lib. 5 Nov. Recop.
(2) Ley 2, id., id., id.
3. Ley 3, y 4, id. , id.
(4) Hizmando Pretel, [illegible]
Ley 1, tit. 1, lib. 5 Nov. Recop.

1 Ley 1, tit. 9, lib. 5, Nov. Recop.
2 Ley 1, tit. 3, lib. 5 Nov. Recop.
3 Ley 3, id., id., id.

Audiencia de Estremadura. En vista de las reclamaciones de las ciudades y villas de voto en Córtes de Estremadura, esponiendo los perjuicios é inconvenientes de la administracion de justicia segun hasta alli lo habia sido, el rey D. Cárlos IV, á consulta del consejo, por pragmática de 30 de mayo de 1790 creó la Audiencia de Estremadura, que deberia fijarse y residir en la ciudad de Cáceres, componiéndose de un regente, ocho ministros y un fiscal.

Señalósele por territorio, en el cual ejerciera, se dice, «jurisdiccion civil y criminal y todas las demas funciones, encargos y regalías de un tribunal superior de provincia, desde la línea del reino de Toledo a la parte del oriente; por el puerto y sierra de Baños al norte; siguiendo hasta el reino de Portugal al poniente, y volviendo desde allí al mediodia hasta las cumbres de Sierra Morena, en donde terminan los reinos de Sevilla y Córdova.»

Debia regirse por las ordenanzas de la chancillería de Valladolid, para ante la cual se apelaria en los casos en que así se verificaba de las Audiencias de Galicia y Astúrias, entendiéndose sin embargo, que en lo civil el valor de lo litigado para que procediese la apelacion, habia de ser de sesenta mil reales de capital, ó quinientos ducados de renta.

En lo criminal no habria apelacion para las chancillerías, á las que aun se reservaba el conocimiento esclusivo de los casos de hidalguía, segun el territorio de que procediesen (1).

Despues en 1800 se mandaron cesar las apelaciones que de las Audiencias de Sevilla y Estremadura debian ir á las chancillerías, como ya se habia dispuesto en la pragmática de 30 de mayo de 1790 (Ley 42, tit. 4, lib. 5) (2).

Sobre pormenores de competencia y procedimiento de las antiguas Audiencias, véase á Elizondo, Pract. for. tomo 2, folio 277 y siguientes.

(1) Ley única, tit. 6, lib. 5, Nov. Recop.
(2) Ley 18, tit. 11, Nov. Recop.

SECCION II.

DE LAS ACTUALES AUDIENCIAS TERRITORIALES DE LA PENÍNSULA. NUMERO, DENOMINACION Y TERRITORIO DE LAS MISMAS.

Rigiendo el órden monárquico, bajo el cual habian tenido principio las Audiencias: nacidas en la época mas brillante de dicho régimen, cual es la de los reyes Católicos: identificadas así con los recuerdos grandiosos de aquel reinado, con las importantes y radicales reformas en lo jubídico y judicial, durante el mismo, con los hechos y páginas mas brillantes de nuestra história; casi no era fácil que decayese este sistema de tribunales; y así sucedió, y aun se desarrollaron mas y mas como hemos visto. Los Reyes Católicos afirmaron la Audiencia chancillería de Valladolid, crearon la Audiencia chancillería de Ciudad-Real, la de Granada, la de Grados de Sevilla y la de Galicia, y trazaron el camino, que despues han seguido los reyes sus sucesores.

Estas razones convencen, sin embargo, que para esta institucion sería una prueba crítica el cambio esencial en el régen político, como al fin se verificó despues de un transcurso de cerca de cuatro siglos. Hemos dicho que las Audiencias, son unos tribunales populares en España, realzados á la vez por un respeto tradicional y por la sancion del tiempo; y si nos hubiéramos equivocado, á lo menos nuestro juicio tendria en su apoyo una gran prueba de hecho.

Y con efecto: variado el régimen político en 1812: abolidas, ó sustituidas, como consecuencia de este acontecimiento trascendental, otras instituciones, seculares tambien, de mayor prestigio y autoridad, de mas elevada categoría que las Audiencias, como el Consejo y Cámara de Castilla y los demás Consejos; las Audiencias, no solo han resistido á la prueba; sino que se han afirmado mas y mas, mejorándose, y hasta afianzarse su existencia en la nueva Constitucion política. Es este un hecho digno de la atencion

de los legisladores, y de los hombres de derecho: que contesta por muchos argumentos, y que sale al paso á muchas teorías y conatos de innovacion. Y cuando recientemente se anunciaba, hasta con ardor, el sistema de Audiencias *provinciales*, en el rigor de la palabra; cuando se anunciaba como una mejora, y aun como una necesidad, el hacer un ensayo trascendental y peligroso sobre lo probado y conocido el sustituir una creacion, pequeña de suyo, incapaz por tanto de grande autoridad, ni prestigio, con todos los inconvenientes en fin, de la novedad; cuando se trataba, decimos, de sustituir con esta creacion, con esta tentativa mas bien, una realidad magnífica, autorizada y probada por la opinion y por el tiempo; naturalmente se venia á la memoria la gran prueba política, sufrida victoriosamente por las Audiencias territoriales; naturalmente la razon desconfiada se ponia de parte de la institucion de don Juan el II, y de los Reyes Católicos, de la gran reforma que reemplazó y subsanó la anarquía judicial de muchos siglos, y que en cerca de cuatro que llevaba de existencia no ha dado sino resultados ventajosos siempre para la administracion de justicia.

Viniendo ya al derecho constituido y vicisitudes de las actuales Audiencias, no pasaremos en silencio, aunque como dato histórico meramente, que aun en la efímera Constitucion de Bayona de 6 de julio de 1808 se establecia la institucion de las Audiencias territoriales, ordenándose en su art. 105 que en la Península é islas adyacentes no bajarian de 9, ni pasarian de 15.

Publicada la Constitucion política del 19 de marzo de 1812, tenemos en su título 5, vigente aun como ley, todas las variaciones y reformas judiciales que caracterizan la nueva era. Adóptase por ella el sistema judicial misto de tribunales singulares ó *unitarios*, y tribunales colegiados, contándose entre estos las Audiencias, si bien en la forma que veremos en la seccion inmediata.

Consiguiente á este principio se dictó la célebre ley de 9 de octubre de 1812, convertida años despues en Reglamento provisional para la administracion de justicia, y que era á un tiempo ley constitucional orgánica y ordenanzas de las Audiencias, bajo la nueva forma que estos recibian.

Estableciase en dicha ley que hasta tanto que se verificase la nueva division territorial prevenida en el art. 11 de la Constitucion, habria una Audiencia en cada una de las provincias de la monarquía, que hasta allí las habian tenido, espresando ademas que aquellas serian las de Aragon, Asturias, Canarias, Cataluña, Estremadura, Galicia, Mallorca, Sevilla y Valencia, enumerando al propio tiempo las de Ultramar (1).

El territorio de las primeras seria el que cada una habia tenido hasta allí (2).

Se establecerian tambien Audiencias en *Madrid* y *Pamplona*, como asimismo en Valladolid y Granada, en lugar de sus salas de casa y corte; y en Pamplona en vez de un consejo y cámara de Comptos (3).

Por el art. 4 se señalaba el territorio de las nuevas Audiencias.

Segun esta planta, las Audiencias de la Península é islas adyacentes serian trece. Si alguna disposicion se dictó en el corto periodo que medió entre esta época y la que inmediatamente le sucedió, estaba en armonia con la ley de 9 de octubre. Las vicisitudes de las Audiencias y de todo el órden judicial fueron consiguientes á los cambios políticos de 1814, 1820, 1824, 1834 y 1836; siendo la penúltima de ellas la mas trascendental y decisiva en sus resultados, pues que con ligeras diferencias planteó el órden judicial que rige en el dia.

Efectivamente: verificada una nueva division territorial de provincias en 30 de noviembre de 1833 en lo político y gubernativo, era consiguiente el arreglar á ella la judicial, y por lo que hace á las Audiencias, fue la siguiente, contenida en el real decreto de 26 de enero de 1834.

«Todos los tribunales superiores de las provincias tendrán el nombre de *Reales Audiencias* de las respectivas capitales en

(1) Art. 1.
(2) Art. 2.
(3) Art. 3.

que están situadas, á escepcion del Consejo real de Navarra, y las Audiencias de Canarias y de Mallorca, que conservarán el que ahora tienen.

Se establecerán ademas otras dos Audiencias en la ciudad de *Burgos* y en la villa de *Albacete*, compuesta cada una de regente, cinco oidores, cuatro alcaldes del crímen y dos fiscales, con los competentes subalternos.

En cada una de las dos Audiencias de Valladolid y de Granada se suprimirá una sala civil y otra criminal; y los ministros sobrantes pasarán respectivamente con los subalternos á establecer las de Búrgos y Albacete.

Quedan asignadas definitivamente, á saber:

A la Audiencia de Madrid, Madrid y su rastro, y las provincias de Toledo, Guadalajara, Avila y Segovia.

A la de Valladolid, las provincias de Valladolid, Leon, Zamora, Salamanca y Palencia.

A la de Granada, las de Granada, Málaga, Jaen y Almería.

Al consejo real de Navarra, la de su nombre.

A la Audiencia de la Coruña, las de la Coruña, Lugo, Orense y Pontevedra.

A la de Sevilla, las de Sevilla, Córdova, Cádiz y Huelva.

A la de Oviedo, la de su nombre.

A la de Canarias, las islas de su nombre.

A la de Cáceres, las provincias de Cáceres y Badajoz.

A la de Búrgos, las provincias de Burgos, Santander, Logroño, Soria, Alava, Vizcaya y Guipúzcoa.

A la de Albacete, las de Albacete, Murcia, Cuenca y Ciudad-Real.

A la de Zaragoza, las de Zaragoza, Teruel y Huesca.

A la de Valencia, las de Valencia, Castellon de la Plana y Alicante.

A la de Barcelona, las de Barcelona, Gerona, Lérida y Tarragona.

Y á la de Mallorca, las islas Baleares.

La estension y límites de cada una de estas provincias, son los designados á continuacion del real decreto de 30 de noviembre último, con la misma circunstancia que en él se indica, de que si un pueblo situado á la estremidad de una provincia, tiene parte de su territorio dentro de los límites de la contigua, este territorio pertenecerá á aquella en que se halle situado el pueblo, aun cuando la línea divisoria aparezca separarlos»

A esta planta se refiere en sus disposiciones, el Reglamento provisional para la administracion de justicia, en que fue trasformada como hemos dicho ya, la ley de 9 de octubre; y á ella pertenecen tambien las ordenanzas vigentes de las Audiencias.

Es de notar que así en la planta de Audiencias consignada en el real decreto ya citado de 26 de enero de 1834, como en las ordenanzas de 1835, la Audiencia de Pamplona lleva el nombre de «*Consejo de Navarra*»; pero siendo por demás impropia y embarazosa esta denominacion, aunque bien se deja conocer que en las épocas de que proviene, espresa miramiento, y consideraciones, entonces oportunas y justas, de susceptibilidad foral; omitida dicha denominacion en el arreglo de los fueros y administracion gubernativa y judicial de Navarra, publicado por real decreto de 16 de agosto de 1841; en el lenguage doctrinal y comun y en las ordenes y disposiciones posteriores, la mencionada Audiencia se denomina de Navarra, y mas generalmente de Pamplona; estableciéndose en el indicado arreglo que, dicha Audiencia, salvo en lo foral, que no esté innovado, ó abolido, se rija por las leyes generales, y como las demas del reino, subordinada tambien como ellas, al tribunal Supremo de Justicia.

Teniendo presente lo dicho, por lo que hace á esta Audiencia, sobre denominacion y territorio de todas las del reino, el artículo 1.° de las ordenanzas de las mismas de 1835 entre otras cosas, establece lo siguiente:

»Art. 1.° Las Reales Audiencias, inclu

Lorenzo Arrazola

so el Consejo de Navarra, son en todo el reino los tribunales superiores de su respectivo territorio; y cada una residirá en la capital del suyo, en quellos edificios actualmente destinados, ó que el gobierno destinare para ellos. Todas llevarán el nombre de la capital respectiva, escepto las Audiencias de Mallorca y Canarias, y el espresado Real Consejo, cuya residencia será sin embargo, como hasta ahora, en Palma de Mallorca, la ciudad de la Palma y Pamplona.»

En el párrafo 2.° determina definitivamente el territorio de cada Audiencia, idéntico al señalado á las mismas en el real decreto citado de 1834, por lo que no lo repetimos.

Posteriormente por disposiciones particulares se ha alterado algun tanto esta demarcacion, segregando pueblos, y aun partidos judiciales de unas Audiencias para agregarlos á otras. Pero eso no altera esencialmente la demarcacion general, y dichos casos particulares, han de verse por separado, cuando ocurra tratar de ellos.

De los tres objetos de la seccion presente, á saber; número, denominacion y territorio de las actuales Audiencias, este último merece toda la atencion del legislador, y dá lugar por su naturaleza á interesantes cuestiones de derecho constituyente. ¿De qué serviria, en efecto, la mas esmerada organizacion, si no se tuviera en cuenta el territorio? Decimos mas, la demarcacion de un tribunal es de tal índole, que de ella penden los resultados de la organizacion; y aun puede corregir los defectos de esta. Si la organizacion tiene por uno de sus principales fines el facilitar, no hay nada que pueda oponer dificultades mas permanentes que el territorio. Esa fue la principal razon que se tuvo, y alegó para desmembrar la primitiva chancillería, ó tribunal de la córte, y multiplicar despues las Audiencias territoriales. En tal supuesto indicado ya el número, denominacion y territorio de nuestras Audiencias, concluiremos la presente seccion con algunas observaciones sobre este punto.

Al determinar los territorios de las Audiencias, algunos estaban y estan de suyo indicados, y puede decirse que circunscritos: tales son, por ejemplo, los de las Audiencias de Oviedo, Pamplona, Canarias, y las Baleares. En las que se hallaban en otro caso, habiendo de adoptarse alguna razon y base fija, se adoptó la de *centralidad* administrativa. Es sin duda una ventaja que con un mismo viage y dispendio puedan los particulares plantear, ú orillar sus negocios económicos, gubernativos, judiciales, y aun eclesiásticos, concurriendo para todo ello á una misma capital; pero es preciso conocer que esta ventaja incontestable es contrariada muchas veces por las circunstancias tópicas é inconvenientes de localidad. En lo estenso y anómalo de varias de nuestras provincias, es indudable que las distancias, los montes, los rios, el clima, la dificultad de los caminos, y hasta los medios de trasporte están frecuentemente en oposicion con la razon de centralidad. Sin separarse mucho de la córte, tenemos que la provincia de Segovia, agregada á su Audiencia, mientras tiene pueblos al sur de la sierra de Guadarrama, y por tanto á las puertas de Madrid; la mayor parte de ella se estiende al otro lado de dicha sierra, llegando sus pueblos á las puertas tambien de Valladolid, pues lo mismo es estarlo á solas seis leguas; como sucede á los del partido judicial de Cuellar, los cuales, para venir á la Audiencia de Madrid, tienen que atravesar una distancia de cuarenta leguas, con un puerto de por medio. Agrégase á todo que la razon de centralidad no se aplica con iguales ventajas á lo judicial, por razon de que la capital de sus distritos no es siempre la de cada provincia, como sucede en lo eclesiástico, y gubernativo; por la razon evidente de que componiéndose el distrito de cada Audiencia de tres ó mas provincias, su capitalidad, no pudiendo radicar sino en la capital de una de ellas, es céntrica ciertamente respecto de la misma; pero por esa propia razon está *excentralizada*, digámoslo así, respecto de las demas.

Si á esta dificultad se tratase de ocurrir

con el establecimiento, por algunos anunciado, de Audiencia de *provincia*, ya creemos haber demostrado que el remedio seria peor que el mal; á lo que se llega, que por razones de economía y conveniencia, no menos atendibles que la de centralidad, no ha sido posible consultar esta tópicamente respecto de cada provincia en particular ni aun en lo político y gubernativo, pues, se ve que las mas de ellas tienen su capital á un estremo.

Por todo ello en el proyecto de ley de arreglo de tribunales presentado por el gobierno á las Córtes en 1850, y retirado despues, se establecia que los distritos judiciales de las Audiencias se arreglasen, en primer lugar, por una ley que impidiese la frecuente alteracion que por causas diversas, políticas tal vez y accidentales, las menos conducentes al caso sin duda, no podia siempre evitarse; y en segundo, que en vez, de constituirse por provincias, como lo estan en el dia, con los inconvenientes inevitables que quedan indicados, lo fuese por partidos judiciales, por cuyo medio se puede ocurrir mas fácilmente á las dificultades tópicas.

En la reseña histórica hemos descendido á pormenores críticos sobre el orígen y antigüedad respectiva de nuestras audiendias, pues que no solo se ordenan sin correlacion cronológica en los códigos, como ya hemos hecho ver; sino que apoyados en ello ó limitándose á seguir su testo nuestros autores y tratadistas, ó no hacen cuestion de la cronología, ó la establecen á todas luces equivocada. Por lo mismo, y como resúmen de cuanto sobre este punto queda espuesto en esta y en la anterior seccion, concluimos con la enumeracion de las quince audiencias actuales y de las antiguas por órden cronológico razonado, el mas riguroso, ó por lo menos el mas sostenible, y en el supuesto de que solo las consideramos desde que tomaron el carácter de tribunal colegiado que descansa en el derecho positivo vigente, salvo la primitiva de Valladolid, por las razones indicadas en su lugar y no tomando en cuenta el doble caracter de Audiencia y chancillería de la misma y de las de Ciudad Real, Granada y Valencia, por considerar esta segunda cualidad, como de su prerogacion, accidental y separable, como hemos visto lo ha sido al fin. En tal supuesto, el número, denominacion y cronología de nuestras Audiencias antiguas y modernas, con la espresion de los monarcas á quienes deben su orígen, es como sigue:

Audiencia Chancillería de Valladolid: don Juan II: Córtes de Valladolid de 1442, pet. 48.

Audiencia Chancillería de Ciudad-Real: reyes Católicos, por cédula espedida en Segovia á 30 de setiembre de 1494.

Audiencia de Sevilla, antes *de Grados*: reyes Católicos, ordenamiento de 22 de febrero de 1495.

Audiencia de la Coruña, antes de Galicia: Reyes Católicos: pragmática de Madrid, de 1504: otra de doña Juana, en Medina á 30 de noviembre del mismo año.

Audiencia Chancillería de Granada: doña Juana, y como gobernador el rey Católico, en Toro á 8 de febrero de 1505. Antes en 1489, se habia acordado lo mismo, aunque sin efecto, en las ordenanzas de Medina, capítulo 1: reputada como continuacion de la de Ciudad-Real, tendria la antigüedad de esta.

Audiencia de Canarias: Felipe II en 1558, aunque no se instaló hasta en 1566.

Audiencia de Valencia: Felipe V en 1707: denominada chancillería al principio: se la redujo á simple Audiencia por el propio rey en 1716.

Audiencia de Zaragoza, denominada antes de Aragon: Felipe V, por pragmática en el Pardo á 7 de setiembre de 1707.

Audiencia de Mallorca: Felipe V: cédula de 28 de noviembre de 1715.

Audiencia de Barcelona, denominada antes de Cataluña: Felipe V: decreto de 16 de enero de 1716.

Audiencia de Oviedo, denominada antes de Asturias: Felipe V: decreto de 30 de julio de 1717, en el Pardo.

Audiencia de Cáceres, denominada antes de Estremadura: Carlos IV, pragmática de

30 de mayo de 1790, aunque resuelta la creacion desde 1775.

Audiencia de Madrid: ley de 9 de octubre de 1812.

Audiencia de Pamplona, antes Consejo de Navarra: ley de 9 de octubre de 1812.

Audiencia de Albacete: Isabel II, y en su nombre la reina gobernadora doña María Cristina de Borbon: decreto de division territorial judicial de 26 de enero de 1834.

Audiencia de Búrgos: id., id., id.

SECCION III.

ORGANIZACION Y CATEGORIA DE LAS ACTUALES AUDIENCIAS.

Para mayor facilidad y claridad hemos dividido en dos secciones diferentes la organizacion y las atribuciones de las Audiencias. Pero el fin de esta division quedaria contrariado en parte, y la claridad á que aspiramos podria convertirse en confusion, sino anticiparamos algunas observaciones que son comunes á una y otra seccion y que creemos indispensables por no haber precedido el artículo general *organizacion*.

Es de notar en primer lugar, que organizadas las Audiencias, como todos los cuerpos morales, conforme al objeto de su institucion, al que no se llega, sino por el ejercicio ordenado de las facultades, ó atribuciones, es indudable, por lo mismo, que entre estas y la organizacion ha de haber una correlacion íntima, de donde resulta que en la constitucion de dichos cuerpos habrá bases y reglas, que tocando en uno y otro límite, espresando, sino, esa conexion necesaria, podrán referirse con igual propiedad, lo mismo á la organizacion, que á las atribuciones. Prevencion que creemos indispensable para salvar la que sin ella pudiera parecer falta de exactitud, y hay casos y materias en que la falta de exactitud es siempre un error.

En segundo lugar, la organizacion de un cuerpo moral es absoluta ó solo referible al mismo, lo que sucede cuando no está en correlacion categórica con otros cuerpos: y relativa, ó con referencia á los cuerpos á que en dicho órden categórico esté subordinado, ó que dependen de él. Bajo este último punto de vista, es indudable que una misma base, regla ó principio, puede parecer y aun ser en realidad, circunstancia orgánica, y atribucion. Tal sucede por ejemplo respecto de la disposicion que previene que las Audiencias ejerzan inspeccion sobre los tribunales inferiores para la mejor administracion de justicia.

Ultimamente: como la organizacion se subordina ó conforma por necesidad al fin de la institucion, es inevitable que muchas veces al espresarla, se esprese tambien el mencionado fin, por mas que este se resuelva al cabo en atribuciones y deberes; señaladamente en cuerpos esencialmente activos, como las Audiencias. Asi sucede, por ejemplo, cuando se establece que la potestad de aplicar las leyes en los juicios y asuntos civiles y criminales pertenece esclusivamente á los tribunales, los que á su vez no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado.

De lo dicho se infiere que, asi en el derecho constituyente, como en el constituido, habrá principios y reglas que, espresando el límite en que se identifican, ó confunden la organizacion y la atribucion, con igual exactitud y propiedad puedan aplicarse al uno ó al otro objeto, siendo la consecuencia de todo, que en la presente seccion habremos de insertar reglas y disposiciones que parecerán corresponder, y realmente corresponden, á la signiente; y á la inversa. Quiere decir que bajo este punto de vista cada una de dichas secciones es como esplicacion ó complemento de la otra, y muy especialmente la tercera de la cuarta, para evitar en esto la repeticion.

Viniendo ya al objeto de esta seccion, hemos dicho que el nuevo régimen político, inaugurado en 1812, confirmó el sistema de Audiencias territoriales, pero mejorándolas. Y con efecto, las Audiencias, despues de 1812, aun cuando lleven las mas de ellas el propio nombre, y tengan el mis-

mo distrito, que antes de esa época, como hemos dicho ya, no son las mismas. No enumeraremos todas las innovaciones que han sufrido; pero si las mas esenciales, y que realmente, no solo afectan á la organizacion y atribuciones de las Audiencias; sino que constituyen un nuevo órden judicial, con la circunstancia ventajosa de haber respetado en este punto las reformas una gran parte de todo lo que era respetable en el sistema anterior.

De los defectos sustanciales, que en él requerian una modificacion, que el tiempo y los adelantos de la ciencia hacian ya necesaria, y aun urgente, unos hallaban, no su razon; pero su esplicacion á lo menos, en las tradiciones y prácticas; otros en la índole del gobierno monárquico, esto es, en una autoridad suprema y única, omnimodamente soberana, que concentraba en sí el poder legislativo y el judicial, y que por tanto, cuando dictaba ciertas determinaciones, asi podia entenderse que legislaba, como que gobernaba, ó juzgaba.

Por consecuencia de todo ello, no solo era reputado el monarca juez supremo, y fuente de toda justicia; sino que la jurisdiccion de los tribunales, de tal suerte emanaba de él, que con igual autoridad la delegaba y la reasumia. De aqui la anulacion de las ejecutorias por medio de real órden: la apertura de juicios fenecidos y ordenamiento de nueva revision de lo juzgado: los juicios ó juzgados por comision: las cédulas para reveer un asunto judicial por dos ó mas Salas, ó con mayor número de jueces que el de ordenanza, y aun con otros distintos: la potestad, en fin, de asentarse el rey á administrar justicia entre sus jueces, como vemos haberlo verificado aun en los últimos tiempos Cárlos V en la Chancillería de Valladolid.

Las Audiencias á su vez *avocaban* pleitos pendientes, y segun lo creian oportuno, los *retenian*, lo propio que podia hacer el Consejo; siendo el resultado necesario de todo ello, que si bien habia certeza legal y ordinaria sobre el modo de ser juzgado, del tribunal y del término del juicio, segun el hecho, fundado todo en las ordenanzas y leyes del procedimiento; no habia seguridad, no habia certeza real, de donde empezaria y radicaria un asunto judicial, ni donde acabaria; pues que por *comision, avocacion, retencion y revision estraordinaria*, podia empezar y concluir de muy diversa manera, y en muy diversos tribunales.

Llegábase á esto el cúmulo de atribuciones eterogéneas que los mismos, y por tanto las Audiencias reunian, en lo judicial, económico, y gubernativo, las cuales, sino bajo otro régimen, bajo el régimen representativo, no solo se embarazan; sino que se escluyen. Las disposiciones, pues, y reformas del nuevo órden político, habian de tocar, aunque fuese prudentemente, al edificio secular, iniciándose la obra por la Constitucion misma del Estado, segun se vé en su título 5.°, hoy vijente como ley, y del cual trasladamos las que dicen mayor relacion con el objeto del presente artículo, y son las siguientes:

«Art. 242. La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertecece esclusivamente á los tribunales.

Art. 243. Ni las cortes ni el rey podrán ejercer en ningun caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos.

Art. 244. Las leyes señalarán el orden y formalidades del proceso que serán uniformes en todos los tribunales; y ni las córtes ni el rey podrán dispensarlas.

Art. 245. Los tribunales no podrán ejercer otras funciones que la de juzgar, y hacer que se ejecute lo juzgado.

Art. 246. Tampoco podrán suspender la ejecucion de las leyes, ni hacer reglamento alguno para la administracion de la justicia.

Art. 247. Ningun español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna comision, sino por el tribunal competente, determinado con anterioridad por la ley.

Art. 252. Los magistrados y jueces no podrán ser depuestos de sus destinos, sean temporales ó perpétuos, sino por causa le-

galmente probada y sentenciada; ni suspendidos, sino por acusacion legalmente intentada.

Art. 254. Toda falta de observancia de las leyes, que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal, hacen responsables personalmente á los jueces que la cometieren.

Art. 257. La justicia será administrada en nombre del rey, y las ejecutorias y provisiones de los tribunales superiores se encabezarán tambien en su nombre.

Art. 262. Todas las causas civiles y criminales se fenecerán dentro del territorio de cada Audiencia.

Art. 264. Los magistrados que hubieren fallado en la segunda instancia, no podrán asistir á la vista del mismo pleito en la tercera.

Art. 271. Se determinará por leyes y reglamentos especiales, el número de los magistrados de las Audiencias, que no podrán ser menos de siete, la forma de estos tribunales, y el lugar de su residencia.

Art. 272. Cuando llegue el caso de hacerse la conveniente division del territorio español, indicada en el artículo 11, se determinará con respecto á ella, el número de Audiencias que han de establecerse, y se les señalará territorio.»

En las anteriores disposiciones, se ven consignados, no solo los principios de fijeza y regularidad, las restricciones, impuestas, no ya á las Audiencias; pero aun á la potestad soberana; y no solo las reformas, en fin, y bases de organizacion, que hemos indicado en la cabeza de la presente seccion, sino muchas mas.

Como era consiguiente, la ley de 9 de octubre desenvolvió los principios contenidos en la Constitucion: y si al nombrarla antes de ahora la hemos llamado *famosa*, es que realmente llegó á serlo, por su época: por su fin y destino, que era el ya mencionado, de reducir á práctica los principios constitucionales: por las novedades que introducia en el antiquísimo órden judicial: y porque ciertamente, no encerraba solo innovaciones, que halagaran, por una razon ó por otra, á los amigos de ellas; sino principios y reglas útiles, convenientes, de la mayor impartancia y trascendencia. No las enumeraremos todas, porque refundida mas tarde en el Reglamento provisional de 26 de setiembre, como ya hemos dicho, y habiendo de hacernos cargo de esta disposicion, como vigente, seria repetirlas. Mencionaremos algunas, sin embargo, por su generalidad, por su especialidad, ó porque no estén completamente trasladadas, ó no lo estén con toda su espresion, al mencionado Reglamento.

Como la organizacion de las Audiencias no es una cosa aislada, sino correlativa, y por tanto, no una cosa absoluta, sino en armonía con otra, y subordinada á ella; ni se concibe, ni se espresa adecuadamente, sino bajo el último punto de vista, esto es, como parte de un todo, siendo este el sistema judicial general. Este sistema, pues, cuyas bases se hallaban en la Constitucion política, y desenvolvió la ley de 9 de octubre, es genéricamente; pero tambien esencial, y muy útilmente mejorado en muchos de sus fundamentos y pormenores, el que regia desde muy antiguo en España: esto es, el sistema mixto de jueces singulares, y tribunales colegiados: pero mejorando el primer grado, sustituyendo jueces de derecho á los alcaldes ordinarios, y jueces legos: mejorando el segundo grado tambien, dando mas espedicion é independencia á las Audiencias, y acomodando á su organizacion y personal, sus distritos: mejorando, en fin, ó modificando convenientemente, el tercer grado, esto es, el poder judicial moderador y supremo, sustituyendo á un cuerpo, distinguido, sí, y justamente célebre; pero judicial, gubernativo y político, otro no menos elevado; pero puramente judicial, independiente de todo punto, y conciliando el propio tiempo entre los tribunales de segundo grado, y el, entre las Audiencias territoriales, y el Tribunal supremo de justicia, la independencia tambien de las mismas con la subordinacion.

La ley de 9 de octubre dispuso en su

art. 9, que en todas las Audiencias cesara la diferencia entre oidores y alcaldes del crimen; siendo iguales todos los magistrados de ellas, y teniendo la misma denominacion.

Por el 11 que ninguna de ellas tendria en lo sucesivo otro presidente que su regente propio.

Por el 12 que todas serian iguales en facultades, independientes unas de otras, y sin que hubiese asunto alguno del conocimiento esclusivo de ninguna de ellas.

Por el 16 se prohibia á los regentes, ministros, y fiscales, admitir comision, ni cargo incompatible con el preferente y esclusivo de administrar justicia.

Por el 17 quedaban suprimidos en consecuencia, los juzgados de provincia.

Por el 18 lo quedaba tambien la sala de Vizcaya y su juez mayor en la chancillería de Valladolid, y sin necesidad de espresarlo, quedaban asimismo suprimidas las salas de hijos-dalgo de la misma, y de la de Granada, pues que ninguna habia de tener conocimiento esclusivo.

La ley de 9 de octubre, en fin, conservaba tambien de lo antiguo el ministerio fiscal.

Las Audiencias, por tanto, aun despues de tan notables reformas, conservaron, y conservan, la siguiente organizacion, sucintamente presentada, y que es sustancialmente la antigua.

Un regente, gefe único del tribunal, cesando la presidencia de los capitanes generales.

Un cuerpo de magistrados mas, ó menos numeroso, segun la planta respectiva; pero todos iguales y con la misma denominacion

Distribucion de este cuerpo de magistrados en salas, cuyo personal se remuda anualmente conforme á las ordenanzas; y cada una presidida, al principio por su decano, y modernamente por presidentes especiales, nombrados al efecto de real órden, los cuales son sucesivamente sustituidos en caso de imposibilidad, ó ausencia por el mas antiguo de la sala misma.

El regente, teniendo á su cargo directamente el gobierno interino y disciplina general, no tiene sala determinada; pero puede asistir á la que crea oportuno, presidiendo siempre.

El ministerio fiscal, antes desempeñado por dos fiscales, con agentes fiscales, generalmente legos; hoy lo es por uno solo, con abogados fiscales: y últimamente, las mismas clases de subalternos conocidos de muy antiguo en los tribunales colegiados, y con las mismas denominaciones, esto es: relatores, escribanos de Cámara, tasador, repartidor, archivero, canciller, porteros y alguaciles. Antes las Audiencias tenian alcaide, pero este cargo pende ya del ministerio de Gobernacion. Tienen tambien las Audiencias su ejecutor de la justicia.

Las Audiencias ejercen inspeccion sobre los tribunales inferiores, como la ejerce sobre ellas el Tribunal Supremo de Justicia, y en la seccion inmediata, veremos las atribuciones que de ello se deriban.

Las Audiencias, pues, ó los tribunales de 2.° grado en la categoría judicial, influyen sobre los del 1.° por actos judiciales, confirmando, revocando, apercibiendo, multando, etc.; y estrajudicialmente y de plano, por acordadas secretas, en virtud de la inspeccion que les está encomendada sobre ellos. De este último modo, el Tribunal Supremo á su vez, ejerce su autoridad é inspeccion suprema sobre las Audiencias, y tambien por actos judiciales en los recursos de nulidad y de injusticia notoria, que se llevan á él.

Siendo un deber de los jueces y tribunales, esponer al gobierno supremo cuanto crean indispensable para la buena y pronta administracion de justicia, y las dudas de ley; los jueces inferiores lo harán por medio de las Audiencias, y estas por el del Tribunal Supremo. En asuntos gubernativos y peculiares de dichos tribunales, cada uno recurre al gobierno directamente.

Tal es, en sus caractéres generales, la organizacion absoluta y relativa de las Audiencias actuales, despues de la Constitucion de 1812, y de la ley de 9 de octubre, sin perjuicio de ligeras y parciales modifi-

caciones, que mas adelante mencionaremos.

Por lo que hace á la planta del personal, segun los artículos 5, 6 y 7 de la ley citada de 9 de octubre, era la siguiente:

Art. 5.° La Audiencia de Madrid se compondrá de un regente, diez y seis ministros y dos fiscales. Habrá en ella dos salas para los negocios civiles, y otras dos para los criminales, con cuatro ministros cada una.

Art. 6.° Las Audiencias de Aragon, Cataluña, Estremadura, Galicia, Granada, Navarra, Sevilla, Valencia y Valladolid, tendrán cada una un regente, doce ministros y dos fiscales; y constarán de dos salas civiles y una para lo criminal, compuesta de cuatro ministros cada una.

Art. 7.° Las Audiencias de Asturias, Canarias y Mallorca, se compondrán cada una de un regente, nueve ministros y dos fiscales. Habrá en ellas una sala de cuatro ministros para los negocios civiles y criminales en segunda instancia, y otra de cinco para conocer de ellos en tercera.

Por real decreto de 30 de abril de 1834 se ordenó que la Audiencia de Madrid se compusiese de un regente, trece ministros y dos fiscales. Por otro de 19 de noviembre del propio año, se repitió la disposicion de la ley de 9 de octubre, en cuanto á que todos los ministros de las Audiencias, sin distincion, conociesen igualmente de asuntos civiles y criminales.

Pero hemos dicho anteriormente que la época judicial, legislativa y política que empieza en fin de 1833, es de las mas notables por lo que hace á las Audiencias, y aun puede decirse que en cuanto á la administracion de justicia en general, y asi es en efecto. A ella pertenece el Reglamento povisional para la administracion de justicia, fenómeno legislativo, que siendo un mero decreto, ha reemplazado á la legislacion recopilada sobre organizacion y procedimientos, y ha regido y rige, casi con fuerza de ley, hasta el punto de haberse presentado como ley por el gobierno, y discutídose en Córtes la reforma de algunos de sus artículos: y á dicha época pertenecen tambien las Ordenanzas actuales de las Audiencias, documentos capitales ambos en que principalmente descansa la organizacion judicial y todo lo relativo á atribuciones y procedimiento, á que hay que agregar algunas disposiciones particulares de que nos haremos cargo en su lugar.

Hemos presentado bajo un punto de vista general la organizacion de las Audiencias; pero la organizacion es punto tan capital en la administracion de justicia, como en todos los órdenes, gubernativo, político, etc., que sin exageracion pudiera decirse que ella lo es todo. Nada es mas capaz de suplir los defectos reglamentarios y aun los de la legislacion. Por este motivo y refiriendo nosotros á la organizacion, ya absoluta, ya relativa de las Audiencias, todo lo que contribuye á constituir dichos tribunales, como cuerpos activos; procede el apoyar la anterior reseña general en el derecho positivo, en las disposiciones legales, vigentes que mas hacen al caso.

El Reglamento provisional reune por punto general lo dispuesto en la ley de 9 de octubre, y deben tenerse presentes sobre dicho punto las siguientes disposiciones del mismo.

Art. 56. Todo lo que en este Reglamento se prescribe respecto á las Audiencias, es estensivo y debe entenderse como igualmente aplicable al Consejo Real de Navarra.

Art. 57. Todas las Audiencias son iguales en facultades, é independientes unas de otras. Todas tendrán en aquellas instancias que les correspondan, igual conocimiento respecto á las causas civiles y criminales de su territorio, pertenecientes al fuero ordinario; y de igual modo se terminarán todas estas dentro de la demarcacion de cada Audiencia, salvos los recursos estraordinarios, y los demas negocios reservados al Supremo Tribunal de España é Indias.

Art. 60. Las Audiencias no podrán tampoco tomar conocimionto alguno sobre los negocios gubernativos ó económicos de sus provincias.

Art 62. Sin embargo, en las Audien-

cias de tres y de dos salas ordinarias, se formarán eventualmente otra ú otras dos estraordinarias, segun lo que permita el número de ministros, para ausiliar á las ordinarias en el despacho de su respectiva asignacion, cuando estas se hallaren recargadas.

Los regentes harán que se formen dichas salas estraordinarias siempre que convenga, destinando á ellas los ministros mas modernos de las ordinarias en el número que basten.

Art. 63. Las Audiencias, concurriendo el regente, lo mismo que los ministros, deberán reunirse todos los dias no feriados al tiempo que se acostumbra, y por espacio de tres horas á lo menos; pero las salas que tengan negocios criminales que despachar, se reunirán ademas á horas estraordinarias, y aun en dias feriados para el despacho de todo lo que la urgencia requiera.

Primero en tribunal pleno se dará cuenta de las órdenes y oficios que se le comuniquen en cuerpo, y se tratará de los negocios que exijan el acuerdo de todos los ministros, y así hecho, se separarán las salas.

Art. 64. El regente podrá asistir á la sala que le parezca, sea ordinaria ó estraordinaria, y en aquellas á que él no asista, presidirá el ministro mas antiguo. El que presida cada sala hará guardar en ella el órden debido, y será el único que lleve la palabra en estrados, y si algun ministro dudase de algun hecho, podrá por medio del presidente preguntar lo que se le ofrezca.

Art. 74. Para el despacho de sustanciacion, así en lo civil como en lo criminal, no siendo denegacion de soltura, determinacion de formal artículo, admision ó denegacion de súplica, de prueba ó de recurso superior, ó alguna otra providencia que pueda causar perjuicio irreparable, dos ministros serán suficientes para formar sala, y sus votos harán resolucion en todo aquello en que estuviesen conformes de toda conformidad.

Mas para cualquiera de las providencias aquí esceptuadas, y para todos los demas actos que no sean de mera sustanciacion, no podrá haber sala con menos de tres ministros, ni tampoco sentencia ni resolucion, sino en lo que reuna sus tres votos absolutamente conformes.

Art. 75. Sin embargo, serán necesarios cinco ministros á lo menos, para ver y fallar en segunda ó tercera instancia alguna causa criminal en que pueda recaer pena corporal; pero bastarán para formar sentencia tres votos absolutamente conformes.

Igual número de ministros se necesitará tambien para ver y fallar en primera instancia cualquiera de las causas de que trata el art. 73, y para verla y fallarla en revista, deberán concurrir siete ministros donde los haya, y donde no, todo el tribunal pleno, compuesto de cinco magistrados á lo menos, siendo siempre indispensable para constituir sentencia, la entera conformidad de la mayoría absoluta de todos los concurrentes.

Art. 76. En aquellas Audiencias donde por su corta dotacion no puedan reunirse con inclusion del regente los cinco magistrados necesarios para ver y fallar las causas de que trata el precedente artículo, se completará este número con el juez ó jueces letrados de primera instancia que haya en la capital, sino tuviesen impedimento, y á falta de ellos elegirá la sala á pluralidad de votos otro, ú otros letrados, segun lo que se necesite.

Art. 77. Cuando en cualquiera caso asistieren á la sala mas ministros de los absolutamente necesarios, no habrá nunca resolucion, sino en lo que con entera conformidad vote la absoluta mayoría de los que concurran.

Art. 78. Los fiscales podrán votar como jueces en los negocios en que no sean parte, cuando para determinarlos no hubiese suficiente número de ministros.

Art. 79. El ministro impedido de ser juez en alguna causa, lo manifestará oportunamente al que presidiere la sala, para que le sustituya el mas moderno de la si-

guiente en órden, á la cual pasará el impedido.

Art. 83. Todas las Audiencias tendrán respecto al Supremo Tribunal de España é Indias, la misma obligacion que por el artículo 53 se impone á los jueces de primera instancia, y ademas deberán remitirle al principio de cada año una lista de causas civiles y criminales fenecidas en el precedente, con distincion de sus clases, comprendiendo las que por conciliacion, compromiso, juicio verbal, ó de cualquier otro modo se hubieren terminado en los juzgados inferiores; y cada cuatro meses otra bastantemente espresiva del estado de las criminales pendientes, asi en la Audiencia como en los juzgados de primera instancia de su territorio.»

Establecida la igualdad entre todas las Audiencias, era natural que todas se rigiesen por unas mismas ordenanzas: y efectivamente en 20 de diciembre de 1835, se publicaron las que rigen en la actualidad. En ellas en cuanto á organizacion y planta personal se dispone lo siguiente:

Art. 4.° La Audiencia de Madrid se compone de un regente, trece ministros y dos fiscales; y formará dos salas ordinarias para lo civil con cuatro ministros cada una, y otra para lo criminal con cinco.

Las Audiencias de Barcelona, Coruña, Granada, Sevilla, Valencia, Valladolid y Zaragoza, se componen cada una de un regente, doce ministros y dos fiscales: y deberán formar una sala ordinaria para lo criminal con cinco ministros: y dos para locivil; la una con cuatro y la otra con dos.

Las Audiencias de Albacete, Burgos y Cáceres, y el consejo Real de Navarra, se componen cada una de un regente y nueve ministros, con dos fiscales las dos primeras, y uno las otras dos; y todas ellas deben formar una sala ordinaria para lo civil con cuatro ministros y otra para lo criminal con cinco.

Las Audiencias de Canarias, Mallorca y Oviedo se componen de un regente, seis ministros y un fiscal cada una; y formarán dos salas ordinarias de á tres ministros, una para lo civil y otra para lo criminal.

En cuanto á la formacion anual de las salas ordinarias en su caso, se observará lo prescrito en el citado Reglamento y en el art. 24.

Art. 7.° El regente, los demas magistrados y los subalternos de las Audiencias concurrirán siempre á ellas con el trage de de ceremonia, y unos y otros, escepto los fiscales y los agentes fiscales, deberán tener la mayor puntualidad y exactitud en su asistencia al tribunal todos los dias, que debe reunirse, y por todo el tiempo que corresponda, sin que ninguno de ellos pueda dejar de concurrir, como no sea por enfermedad ú otro legítimo impedimento, en cuyo caso deberán escusarse acordandolo el que presida la Audiencia. Tampoco podrá ninguno separarse de ella antes de la hora de salida, sin especial permiso de dicho presidente.»

Por el art. 11 vuelve á prohibirse á los regentes, ministros y fiscales todo otro cargo y comision que pueda distraerlos del exacto cumplimiento de su deber; esceptuándose únicamente la asistencia á las Córtes, como senadores, ó diputados.

Art. 23. Separadas las salas despues de la Audiencia plena, asistirá el regente á la que mejor estime, sea ordinaria ó estraordinaria, y en aquella á que él no asista, presidirá el ministro mas antiguo. El que presida la sala hará guardar en ella el órden debido, y será el único que lleve la palabra en estrados.

Art. 24. Las respectivas salas ordinarias se formarán cada año de la manera que prescribe á su final el art. 61 de dicho Reglamento de 26 de setiembre de 1835: y donde por ser desigual el número de los ministros de las salas no puedan todos pasar de unas á otras cada año, se observará el órden siguiente:

En la Audiencia de Madrid y en las de nueve ministros, todos ellos pasarán anualmente de sala en sala con arreglo á dicho artículo, escepto el mas moderno, el cual permanecerá siempre en la del crimen has-

ta que entre otro ministro á quien debe preceder.

Art. 25. Todos los negocios de la atribucion de las Audiencias, que no correspondan al tribunal pleno, se repartirán por turno riguroso antes de su primer ingreso en las salas; los criminales entre los escribanos de Cámara del crimen, y los civiles entre los destinados para ellos, subdividiéndose aquellos en clases ó turnos que apruebe la Audiencia.

Art. 27. Cada sala principiará por el despacho de sustanciacion, dándose cuenta primero por los escribanos de Cámara y despues por los relatores, los cuales deberán despachar por órden de su antigüedad: y todo se despachará precisamente en Audiencia pública, escepto las causas que estén en sumario, y aquellas en que, á juicio de la sala, se oponga la decencia á la publicidad.

Art. 36. Siempre que en una sala se necesiten mas ministros para ver algun negocio, el que presida lo avisará al regente, el cual hará que pasen á ella los mas modernos de las otras.

Art. 37. En cuanto al número de ministros necesarios para las vistas y sentencias, y al término en que deben darse estas últimas, se guardará lo dispuesto por el mencionado Reglamento de 26 setiembre de 1835; y cuando para completar dicho número tuviesen que concurrir á alguna sala jueces de primera instancia ú otros letrados, ocupará el asiento inmediato despues del ministro mas moderno y del fiscal, si asistiere, precediendo los jueces á los simples letrados, y guardando unos y otros entre sí el órden de antigüedad, si fueren dos ó mas.

Art. 38. El magistrado que por enfermedad ú otro legítimo impedimento tuviese que dar un voto por escrito, deberá remitirlo cerrado y rubricado sobre el lacre ú oblea al presidente de la sala respectiva, por medio del relator del pleito: y abierto y leido el voto al tiempo de acordarse la determinacion, lo quemará á presencia de la sala el ministro semanero; y el que presida, despues de firmar ó rubricar con los demas la providencia, anotará de su letra á continuacion quien votó por escrito, rubricándolo tambien.

Art. 40. Las discordias que hubiere en alguna sala, se dirimirán por los ministros mas modernos de las otras alternativamente; pero si hubiese ministros de la dotacion de la sala en que se haya hecho la discordia, y que no hayan visto el negocio discordado, serán preferidos.

Art. 45. Para que las Audiencias puedan cumplir puntualmente la obligacion que les impone el art. 85 del Reglamento provisional de 26 de setiembre de 1835, harán que todos los jueces de primera instancia de su respectivo territorio les remitan en los quince primeros dias de enero de cada año, una lista de las causas civiles y criminales que en él precedente hubiesen fenecido en cada juzgado, y ante los alcaldes de su partido judicial con distincion de clases, segun los formularios que prescriba el Supremo tribunal de España é Indias, comprendiendo las que por conciliacion, compromiso, juicio verbal ó de cualquier otro modo, se hubieren terminado. Y en todo el mes sobredicho, á mas tardar, cada Audiencia deberá remitir al tribunal Supremo en la propia forma los estados generales de las causas y pleitos fenecidos ante ella, y en todos los juzgados y partidos de su demarcacion.

Art. 46. Al mismo efecto y para promover la administracion de justicia, harán tambien las Audiencias que todos los jueces de primera instancia de su territorio le remitan puntualmente cada quince dias listas ó estados de las causas criminales pendientes en sus juzgados respectivos con espresion, 1.° de los nombres de los procesados, y especificacion de los que se hallaren presos ó arrestados en la cárcel, en su casa, en pueblo y arrabales, ó sueltos, bajo fianza, ó prófugos, indicándose las diligencias practicadas para conseguir la captura de estos: 2.° de los delitos porque se procesa: 3.° del dia en que empezó la causa: 4.° del estado en que se halle; y 5.° de los motivos

que haya habido para no haberse adelantado mas en su prosecucion.

Art. 64. Ninguno de los magistrados ni de los subalternos de las Audiencias, cuando fueren nombrados, podrá entrar á ejercer sus funciones, sin prestar juramento ante todo el tribunal reunido, segun se prescribe por real decreto de 1.° de abril de 1834.

Art. 71. Los regentes de las Audiencias, cuando estuvieren impedidos de asistir algun dia, deberán avisarlo oportunamente á los respectivos decanos.

Art. 73. Estará á cargo de cada regente el gobierno y policía interior de la Audiencia, el hacer que en ellas se guarde el órden debido, y cuidar de que los demas magistrados y los subalternos cumplan todos puntualmente con sus respectivas obligaciones.

Art. 74. Reunirá el regente las salas ordinarias, y hará que se formen las estraordinarias cuando fuere necesario; podrá llamar á su posada á cualquier ministro, fiscal ó subalterno que necesitare para alguna urgencia del servicio, y el secretario del tribunal y sus oficiales le ausiliarán en el despacho de los informes y demas que ocurriese en la regencia.

Art. 75. Por mano del regente se harán presentes en la Audiencia las órdenes superiores, y respecto á la correspondencia esterior será de la atribucion del mismo lo que sigue.

1.° A él solo le tocará firmar las contestaciones ú oficios que se acuerden por la Audiencia plena ó por cualquiera de sus salas, no siendo de lo que deba comunicarse por los escribanos de Cámara.

2.° Será el conducto ordinario de comunicacion por donde se dirijan al gobierno ó al Supremo tribunal de España é Indias, las representaciones, consultas, informes y cualesquiera otras esposiciones de la Audiencia, ó de cada sala, á menos que se trate de quejas contra el propio regente, ó de noticias que respecto á él se hayan pedido.

3.° por su conducto y con su informe deberán dirigirse tambien las pretensiones y solicitudes que hagan al gobierno los magistrados y subalternos de la Audiencia respectiva, y los jueces y promotores fiscales de los juzgados de primera instancia de su territorio.

4.° Estará obligado el regente á dar por sí cuenta al gobierno de las vacantes que ocurran en la Audiencia, y en las plazas de jueces y promotores fiscales de dichos juzgados; y asi mismo del ingreso y de la salida de los magistrados y subalternos del tribunal, y de los espresados jueces y promotores.

Art. 76. Recibirá en tribunal pleno las escusas de asistencia de los ministros y de los subalternos, y tendrá facultad de concederles licencia para ausentarse, mediando justa y bastante causa para ello, á los primeros y á los fiscales hasta quince dias, y á los segundos hasta un mes, poniendolo en noticia del gobierno cuando la licencia pasare de ocho dias.

Art. 78. El regente con los ministros mas antiguos de cada sala y los fiscales, dirimirá las competencias de jurisdiccion que se susciten entre dos salas de la Audiencia.

Art. 80. El regente tendrá siempre la semanería mayor, así de la Audiencia plena, como de cada una de las salas; y podrá en consecuencia ejercer respectivamente, á prevencion con los ministros semaneros de una y otra, las facultades que se espresan en el art. 86.

Art. 82. En vacante de la regencia, ó ausencia, ó enfermedad del regente, ejercerá sus funciones el ministro decano ó mas antiguo del tribunal; pero solo cuando se hallase vacante la regencia corresponderán al decano los honores y facultades que se espresan en los artículos 72 y 81, y podrá dejar de asistir á su propia sala por concurrir á otra que mejor estime.

Art. 89. En toda causa criminal sobre delito público ó sobre responsabilidad oficial, será parte alguno de los fiscales, aunque haya acusador particular. En las civiles y en las relativas á delitos privados no se le oirá sino cuando interesen á la causa públi-

ca, á la defensa de la real jurisdiccion ordinaria, ó á las regalías de la corona.

Art. 98. En todas las Audiencias de la Península, escepto la de Oviedo, habrá dos relatores por cada una de las salas ordinarias, aumentándose otra para lo criminal en la Audiencia de Madrid. En la de Oviedo y en la de Canarias y Mallorca habrá solamente dos relatores, uno para cada sala.

Todos ellos deberán ser letrados de probidad, fieles é inteligentes, y percibirán los derechos de arancel, á mas de la dotacion que S. M. y las Córtes se dignen señalar á los que sirvan en las salas del crimen.

Art. 113. Uno de los escribanos de Cámara de cada Audiencia, á eleccion de ella, por mayoría absoluta de votos, reunirá el carácter de secretario y archivero de la misma, con la asignacion que S. M. y las Córtes tuvieren á bien señalarle.

El nombramiento de secretario se pondrá en noticia del gobierno, y se comunicará á todos los jueces de primera instancia del territorio de la Audiencia respectiva, la cual en ausencia ó enfermedad de dicho secretario, podrá habilitar á otro escribano de Cámara para que desempeñe la secretaria.

Art. 123. Habrá en las Audiencias de la Península, escepto la de Oviedo, dos escribanos de Cámara para cada una de las salas ordinarias. En las Audiencias de Oviedo, Canarias y Mallorca habrá dos escribanos de Cámara solos, uno para cada sala.

Art. 146. Habrá en cada Audiencia un canciller-registrador, que deberá ser persona de probidad, idónea y de toda confianza para registrar y sellar las reales cartas, despachos y provisiones que mande despachar la Audiencia ó cualquiera de sus salas.

Percibirá solamente los derechos de arancel, y será nombrado por S. M. á propuesta del tribunal, que la hará simple por esta vez, y en lo sucesivo por terna.

Art. 154. Tambien habrá en cada Audiencia un tasador de derechos, que lo será asi mismo para todos los juzgados de primera instancia de la capital en que ella resida, y reunirá el cargo de repartidor de negocios en aquellas Audiencias en que haya que repartirlos por haber dos relatores ó dos escribanos de Cámara en cada sala.

Este oficial deberá ser persona honrada fiel é inteligente, nombrado por la Audiencia, la cual oirá para este fin á dichos relatores y escribanos de Cámará, cuando el tasador hubiere de ser repartidor.

Art. 168. En todas las Audiencias, á nombramiento de ellas mismas por mayoría absoluta de votos, habrá un portero mayor ó de estrados, y para cada sala ordinaria otros dos menores, dotados con el sueldo que S. M. y las Córtes determinen; debiendo ser todas personas honradas y fieles, y de suficiente aptitud para su oficio.

Art. 175. Tambien habrá en todas las Audiencias dos alguaciles por cada sala ordinaria, nombrados por aquellas, como los porteros, y dotados con la asignacion que S. M. y las Córtes les concedan; los cuales asistirán diariamente al tribunal todas las horas del despacho para recibir y ejecutar las órdenes que se les diesen por las salas ó por el regente, y para acompañar á este con arreglo al art. 72.

Art. 177. En cada una de las cárceles habrá un alcaide encargado de la custodia de los presos, debiéndose guardar por ahora el órden que rija en la actualidad respecto al nombramiento y salario de estos oficiales. Todos ellos habitarán precisamente en un departamento de la misma cárcel.

Debemos notar que hoy los alcaides penden de Gobernacion en la Península.

Art. 202. Habrá en cada Audiencia el número de procuradores que ella estime necesarios, sin que puedan pasar de seis por cada sala ordinaria; pero por ahora continuarán sirviendo como tales los que en la actualidad lo sean, aunque escedan del número sobredicho.

Los que actualmente ó en lo sucesivo faltaren para completarlo serán nombrados por S. M., á simple propuesta de la Audiencia respectiva, la cual no propondrá para estos oficios sino personas mayores de veinte y cinco años, de probidad y buena reputacion, acreditadas y de suficiente arraigo, que hayan practicado tres años, sin inter-

mision, al lado del procurador de alguna Audiencia, y cuya capacidad para el desempeño apareza por un exámen que les hagan dos ó mas ministros del tribunal proponente.

Art. 226. Las Audiencias en cuerpo, y y cada una de las salas por su parte y por la suya los regentes, están obligados bajo la mas estrecha responsabilidad, á observar y hacer observar puntualmente estas ordenanzas, y celar con el mas eficaz cuidado por todos los subalternos y curiales respectivos cumplan bien las obligaciones que por las mismas se imponen á cada uno.»

Sobre correlacion entre los juzgados y las Audiencias, véase el reglamento de juzgados de 1.° de mayo de 1844.

En la ley provisional para la ejecucion del Código penal, edicion reformada, se establece entre otras cosas lo siguiente.

Regla 41. En los tribunales superiores habrá en cada causa un ministro ponente, cuyo cargo turnará entre todos por órden de antigüedad».....

Regla 42. El número de cinco magistrados es únicamente necesario:

1.° 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.

2.° 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.

3.° Para ver y fallar las causas entre jueces inferiores del territorio.»

Añadiremos todavia que en el real decreto con fuerza de ley de 4 de noviembre de 1838 se dispone que en uso de la autorizacion concedida al gobierno por las Córtes, se estableció entre otras cosas lo siguiente:

Disposicion tercera que sustituye á los artículos 75 y 76.

3.ª En las Audiencias de la Península é Islas adyacentes serán necesarios cinco ministros para ver y fallar en vista ó revista las causas en que el juez de primera instancia haya impuesto ó pedido el fiscal de S. M. la pena de muerte, estrañamiento del reino ó presidio, reclusion y servicio de hospitales, ó confinamiento fuera de la Península por mas de ocho años.

Si por no hallarse en ninguno de estos casos hubiese empezado á verse alguna causa con menor número, y opinare cualquiera de los ministros que corresponde imponer aquellas penas, y no resultase providencia de otra menor, se tendrá por no vista, y se volverá á ver por el número de ministros espresados.

4.ª Igual número de cinco ministros será necesario para determinar las causas de que habla el artículo 73 del propio reglamento. Para todas las demas bastarán tres jueces. En la revista de que tratan las dos disposiciones anteriores, será una de los cinco ministros al mas antiguo de los que asistieron á la vista.

5.ª Para hacer sentencia en las causas de que tratan las dos disposiciones anteriores, bastarán tres votos enteramente conformes.

6.ª El número de ministros espresado se completará con magistrados de otra sala de la misma Audiencia, y en su falta, ó siguiéndose por el aumento de jueces, prevenido que con grave perjuicio de la administracion de justicia, se suspenda el despacho de la referida sala, se llenará el número gradualmente con los fiscales de S. M., jueces de primera instancia de la capital, ó abogados que el tribunal pleno juzgue idóneos y dignos de este honor.»

Debe notarse en este decreto la disposicion 6.ª, como en el decreto adicional á las Ordenanzas, de que hablaremos al hacerlo de las salas del gobierno, la disposicion del párrafo 11, del art. 2.°, y otras análogas, aun cuando aquí no se citen. Insignificantes al parecer, afectan, sin embargo, la esencia de la organizacion. No hay duda en que es el elemento de esta la calidad de los jueces: si han de ser letrados, ó legos, propietarios, ó en comision: responsables, ó no: inamovibles ó lo contrario; con todas las circunstancias que afectan, repetimos, la esencia de la organizacion Pues bien:

cuando todo ha sido convenientemente consultado por las constituciones políticas y leyes constitucionales orgánicas, como hemos visto: mientras por ellas los jueces deben ser propietarios, é inamovibles; por los citados párrafos 6, 11, y otras disposiciones posteriores, se crea una clase de jueces *amovibles*, y hasta *anuales*.

No se comprende á primera vista toda la gravedad de esta determinacion: pero no tenemos inconveniente en asegurar, que ella falsea esencialmente la organizacion de las Audiencias. En teoria se infiere así desde luego por las indicaciones hechas; pero la mayor demostracion la ha ofrecido la práctica. Entre otros casos, se ha dado en una de las Audiencias del reino, el de hallarse incapacitados para fallar un pleito civil en revista, todos los magistrados de ella, y todos los ausiliares, inclusos los abogados, teniendo que recurrir á constituir una sala, formada toda de jueces de primera instancia venidos de los partidos. No seremos nosotros los que dudemos de la justicia, ni del acierto; pero hay que convenir en que este modo de formarse un tribunal: en que un tribunal superior se vea juzgado por jueces inferiores y subordinados del mismo, con notable inconveniente para prestigio, y fuerza moral de las categorías, y de los tribunales colegiados, hay que convenir, decimos, en que tales conflictos judiciales tienen algo de estraordinario, y que revelan un vicio esencial en la organizacion. Sin duda reputándolo así el gobierno, y no hallando, como no podia hallar, ni conveniente, ni bastante constitucional, la mencionada formacion de tribunales, siquiera sea en el menor número de casos; en el proyecto de ley orgánica de los tribunales del fuero comun, presentado á las Córtes en 1850, se establecia para suplir á los magistrados propietarios, ó alternar con ellos, segun el cúmulo de negocios, la clase de *magistrados adictos*, que lo eran perpétuos y en propiedad de cada Audiencia, con asistencia continua á la misma: no devengaban sueldo; pero ganaban antigüedad, y tenian opcion rigorosa á una, ó dos de cada tres vacantes: y nunca en cada sala podria ser la mayoría de ella de *adictos*. Con el ausilio de estos magistrados se formarian salas ordinarias, ó estraordinarias, para lo correccional, desembarazando así el procedimiento en lo criminal y civil.

Otras disposiciones se han dictado sobre la composicion de salas, sobre creacion de sala estraordinaria en la Audiencia de Búrgos, traslacion de magistrados de las salas menos recargadas de negocios á las que mas; pero estas disposiciones y otras muchas análogas, dejan intacta la organizacion cardinal de las Audiencias, y han de verse por lo tanto en los artículos particulares respectivos.

En cuanto á la categoría de las Audiencias, que es el segundo objeto de la presente seccion, puede considerarse de dos maneras: por lo que hace á las Audiencias entre sí, y en lo relativo á sus magistrados, esto es, á las ventajas y prerogativas de las mismas.

En el primer sentido está repetidamente declarado que todas las Audiencias de la Península son iguales en atribuciones y categoría. Así lo disponian y disponen, el art. 12 de la ley de 9 de octubre: el 37 del Reglamento provisional para la administracion de justicia: y el 3 de las Ordenanzas actuales de las Audiencias.

En 1820, los curiales de la Audiencia de Madrid pretendieron que esta se considerase como *tribunal de Corte*; y por decreto de 6 de noviembre las Córtes del reino declararon no haber lugar á lo solicitado, y que dicha Audiencia se hallaba en el caso que las demas.

Por consecuencia de todo, ninguna tiene el carácter esclusivo de Chancillería: ninguna el de Consejo: ninguna, como vemos, el de tribunal de Corte: la de Valladolid no tiene el conocimiento esclusivo de las *vizcaínas*, ni ninguna tiene otro peculiar, ó que no sea comun: de ninguna, en fin, se apela para ante otra, lo que en ese punto establecia entre ellas la categoría correlativa de tribunal superior é inferior: todas

en fin, por lo que hace á las mismas, son iguales en categoría y atribuciones.

Pero no sucede lo mismo en cuanto á sus magistrados en el sentido que hemos esplicado ya; y en este punto, el derecho constituido y el constituyente, en nuestra opinion, no estan bastante en armonía. El ya citado art. 3 de las Ordenanzas, establece, en efecto que, «aunque entre estos tribunales hay la igualdad é independencia que por el mismo se declara (por el Reglamento provisional), la Real Audiencia de Madrid, por razon del mayor sueldo que disfrutan sus magistrados, será de ascenso para todas las clases.»

Por esta disposicion, las Audiencias de la Península son todas iguales en categoría por lo que hace á sus magistrados: la de Madrid es de ascenso, Pero esta prerogativa es un mero nombre: semejante declaracion es de todo punto ineficaz é inadecuada por el hecho solo de no ser parte de ningun sistema. ¿De qué sistema es parte, si no? Es que no puede llegarse á dicha Audiencia, sino empezando por las otras, en cuyo caso únicamente serian estas de entrada, y los grados efectivos de entrada y ascenso formarian ya un sistema? Tampoco; porque á pesar de esa declaracion puede un magistrado empezar, y empieza en efecto, por la Audiencia de Madrid. ¿Es que de las demas tengan sus magistrados algun turno ó ascenso riguroso á la de Madrid? Menos aun. ¿En qué está, pues, la ventaja, ó cuáles son los resultados positivos de esa categoría de ascenso de la Audiencia de la Corte? No son, ni pueden ser ningunos, por la razon indicada de que tal circunstancia no es parte de ningun sistema, no induce obligacion, ni atribuye derechos, pende de una circunstancia insegura, cual es el mayor ó menor sueldo, y es por tanto aérea.

Y debia no serlo ciertamente. Nuestra ejemplar magistratura necesitaba una garantía, que el derecho constituyente reclama para ella, y la reclaman la índole del gobierno constitucional. Si el ser magistrado inamovible es un elemento de buena organizacion, porque le da independencia, ¿cómo no lo será en su esfera la seguridad de su porvenir, lo que le atribuye á la vez tambien, tranquilidad, confianza é independencia? ¿De qué sirve consultar por medio de la jubilacion, por ejemplo, el porvenir de la viuda y de los huérfanos del magistrado, y eso menos por ellos, que por él mismo, para que tenga esa tranquilidad moral, esa confianza en su justicia, que le hace independiente y superior á toda sugestion; de qué sirve, decimos, consultar con tan loables y elevadas miras, al magistrado en su muerte, mientras no se le considera en vida? ¿Y es indudable que un magistrado no está considerado debidamente, mientras tenga que esperar los adelantos naturales en su carrera de prueba, menos que de su virtud y servicios; del favor ó la fortuna; de la gracia mas que de la justicia? La buena organizacion debe conciliar esta y aquella, y en todo caso hacer infalible la segunda. ¡Cuántos, por demasiados desvalidos, despues de muchos años de servicios y fatigas, terminan su carrera en el mismo grado en que la empezaron! ¿Qué estímulo podria compararse, ni equipararse por lo desinteresado y noble, á la seguridad de poder llegar por virtudes y servicios, desde el grado mas humilde de la escala judicial al mas elevado? ¿Cuál por otra parte para un funcionario, padre de familia, al de la de llegar por ascenso, á un punto que ofrezca todas las facilidades necesarias para la educacion de aquella, y al cuál nunca tal vez en su desvalimiento llegaria por gracia? Las categorías, pues, asi como son un buen elemento de organizacion, deben tambien ser necesarias y eficaces en resultados, y deben estar subordinadas á un sistema general. Si como garantía y estímulo hay juzgados de primera instancia de entrada, ascenso y término, y grados análogos en el ministerio fiscal, ¿por qué no serán igualmente convenientes en la magistratura? Si el sistema es bueno, debe ser general y uniforme, y debe ser ademas necesario ú obligatorio en sus resultados. En este sentido, en el proyecto de arreglo de

tribunales ya citado, presentado á las Córtes en 1850, se establecia, que las Audiencias, sin dejar de ser iguales entre sí en atribuciones y preeminencias, fuesen, en cuanto al personal de entrada, de ascenso y de término.

En toda la carrera judicial, supuesta siempre la aptitud y conducta intachable, y los años de preparacion, como condicion inescusable de parte del funcionario, de cada tres vacantes una se daria por necesidad de ley á la rigorosa antigüedad desde el juzgado de primera instancia de entrada hasta el Tribunal Supremo. Si este sistema está adoptado en lo eclesiástico, en lo militar, y en lo político, no se comprende por qué no debe aplicarse en lo judicial, como circunstancia fija de su organizacion.

Recientemente se ha publicado un decreto sobre las categorías judiciales; pero que no es relativo al punto que queda mencionado.

SECCION IV.

ATRIBUCIONES DE LAS ACTUALES AUDIENCIAS.

En los particulares, las atribuciones, esto es, la facultad de hacer ó exigir alguna cosa, se resuelven en derechos que por lo mismo pueden renunciarse, segun el principio general de que cada uno puede *juri pro se introducto renunciari*: mas en los cuerpos morales las atribuciones son efectivamente derechos bajo un punto de vista; pero estando concedidos, no por conveniencia y utilidad privada de dichos cuerpos, sino de un tercero, que es el Estado, se convierten en obligaciones, y á sus obligaciones nadie renuncia. El connotado, pues, de atribuciones es complejo, y segun el punto de vista bajo el cual se le considere, es *facultad*, *derecho* y *obligacion*. Este es el resultado necesario del análisis. Mas como no es lo mismo el sentido práctico que el analítico, tratando nosotros la cuestion principalmente bajo el primer punto de vista, mas bien que bajo el segundo, despues de haberlo indicado, para no hacer complicada la division, hablaremos de todo bajo la enunciativa genérica de *atribuciones*.

Es indudable tambien que la ley, al determinar las atribuciones de un cuerpo moral, ó marca, ó deja entender las prohibiciones ó restricciones á que le sujeta en su esfera de accion. Siguiendo nosotros, pues, este sistema comun de las leyes, trataremos conjuntamente de las atribuciones y de sus restricciones, bajo un mismo contesto, si bien con la debida separacion.

En tal supuesto dividiremos la presente seccion en tres partes principales, á saber: atribuciones en lo civil, atribuciones en lo criminal, y atribuciones en lo gubernativo, concluyendo con algunas consideraciones en párrafo separado sobre el tratamiento de las Audiencias y el modo de espedir sus mandatos y ejecutorias.

§. 1.° *Atribuciones de las Audiencias en lo civil.*

Tres son los documentos principales en que se contienen las atribuciones de las actuales Audiencias: el título 5 de la Constitucion de 1812, vigente como ley: el Reglamento provisional de 25 de noviembre de 1838, y las Ordenanzas generales de las Audiencias. Hay ademas algunas declaraciones ó determinaciones particulares ó especiales, y de ellas haremos mencion; debiendo notar que siendo referente muchas veces un mismo artículo de ley, decreto ó real disposicion á atribuciones en lo civil y criminal, insertaremos los que se hallen en este caso en el presente párrafo; y en el siguiente nos referiremos meramente á ellos, citando su número.

Los artículos, pues, de la Constitucion de 1812 que deben consultarse, son los siguientes.

Art. 263. Pertenecerá á las Audiencias conocer de todas las causas civiles de los juzgados inferiores de su demarcacion en segunda y tercera instancia, y lo mismo de las criminales, segun lo determinen las leyes; y tambien de las causas de suspension

y separacion de los jueces inferiores de su territorio, en el modo que prevengan las leyes, dando cuenta al rey.

Art. 265. Pertenecerá tambien á las Audiencias conocer de las competencias entre todos los jueces subalternos de su territorio.

Art. 266. Les pertenecerá asimismo conocer de los recursos de fuerza, que se introduzcan de los tribunales y autoridades eclesiásticas de su territorio. »

Deben verse ademas los artículos 242 y 247 insertos en la seccion anterior.

Aunque la ley de 9 de octubre no está vigente, y por otra parte se halla trasladada al Reglamento provisional, todavia alguna vez debe consultarse por razones que hemos indicado en otro lugar : y sobre el punto en cuestion debe verse el art. 13 de la misma.

En el Reglamento provisional conciernen al mismo asunto las siguientes disposiciones.

Art. 38. Las facultades de las Audiencias respecto á los negocios que ocurran en lo sucesivo, y salvas las atribuciones especiales de la cámara de Comptos en Navarra, serán solamente:

1.ª Conocer en segunda instancia y tambien en tercera, cuando la admita la ley, de las causas civiles y criminales que los jueces de primera instancia de su distrito les remitan en apelacion, ó en consulta con arreglo á las disposiciones 4 y 14 del artículo 51.

2.ª Conocer en primera y segunda instancia de las causas que se formen contra jueces inferiores de su territorio por culpas ó delitos relativos al ejercicio del ministerio judicial ; comprendiéndose en esta disposicion los provisores, vicarios generales y demas jueces inferiores eclesiásticos, cuando por tales delitos hubiere de juzgarles la jurisdiccion real.

3.ª Conocer de los recursos de nulidad que con arreglo á los artículos 41 y 42 se interpongan de sentencias dadas por los jueces de primera instancia del territorio en los casos á que se refieren aquellas disposiciones.

4.ª Conocer de los recursos de fuerza y de proteccion que se introduzcan de los tribunales, prelados ú otras cualesquiera autoridades eclesiásticas de su territorio. Fuera de la corte, podrán tambien conocer de estos recursos, aun con respecto á regulares existentes en el territorio de la Audiencia, cuando se recurra en queja de superior residente en el mismo; pero si el superior residiere fuera del territorio de la Audiencia, se limitará esta al mero objeto de proteger la persona del recurrente, siempre que haya opresion, y reservará al Supremo tribunal de España é Indias, el conocimiento del recurso en su fondo.

5.ª Dirimir las competencias de jurisdiccion que se susciten entre jueces inferiores ordinarios de su territorio.

8.ª Ejercer en su caso la facultad espresada al final del artículo 38.

Art. 39. En virtud de la novena facultad contenida en el artículo precedente, podrá cada Audiencia pedir y exigir á los jueces inferiores ordinarios de su territorio las listas, informes y noticias que estime, respecto á las causas civiles ó criminales fenecidas, y al estado de las pendientes: prevenirles lo que convenga para su mejor y mas pronta espedicion, y cuando haya justo motivo, censurarlos, reprenderlos, apercibirlos, multarlos, y aun formarles causa de oficio, ó á instancia de parte, por los retrasos, descuidos y abusos graves que notare.

Pero deberá oirlos en justicia siempre que reclamen contra cualquiera correccion que se les imponga sin formarles causa, y fuera de aquellas facultades legítimas que las Audiencias tienen en los casos de apelacion, competencia y recurso de fuerza de proteccion, ó de nulidad; no podrán de manera alguna avocar causa pendiente ante juez inferior en primera instancia, ni entrometerse en el fondo de ellas, cuando promuevan su curso, ó se informen de su estado, ni pedírsela aun *adeffectum videndi*, ni retener su conocimiento en dicha instancia cuando haya apelacion de auto interlocutorio, ni embarazar de otro modo á

dichos jueces en el ejercicio de la jurisdiccion que les compete de lleno en la instancia espresada.»

Al tratar de la organizacion en la seccion anterior, hemos citado ya el artículo 1.º de las ordenanzas, muy especialmente la disposicion 3.ª del mismo.

Hasta aquí las disposiciones generales y del fuero comun. Pero en las anomalías de nuestro sistema de enjuiciamiento, hay autoridades, juzgados, ó procedimientos especiales, solo en la primera instancia, y de los cuales se apela para ante las Audiencias.

Citaremos sobre este punto las reglas y determinaciones que parezcan mas conducentes al objeto de la presente seccion.

Asuntos de comercio. Conocen las Audiencias en apelacion segun el código mercantil, al tenor los artículos siguientes:

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. 1182. Así los jueces ordinarios como las chancillerías y Audiencias y los consejos supremos, se arreglarán en el procedimiento y decision de las causas de comercio á las leyes de este Código.»

Asuntos electorales. Conocen las Audiencias de las determinaciones de la autoridad de provincia sobre formacion y rectificacion de las listas, conforme á los siguientes artículos de la ley electoral de 18 de marzo de 1846.

«Art. 30. De las resoluciones tomadas por el gefe político, se podrá interponer recurso ante la Audiencia del territorio; pero solo podrán interponerlo aquellos sobre cuyas reclamaciones ó instancias hubiesen recaido las resoluciones mencionadas.

Art. 31. 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 gefe político el respectivo espediente 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 cualquiera 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 espediente al gefe político dentro de los últimos quince dias del mes de abril, librando al recurrente testimonio de la sentencia si lo pidiere. Todos estos procedimientos se entenderán de oficio.

El gefe político rectificará las listas en vista de la sentencia, si con arreglo á esta hubiere lugar á ello.»

Asuntos de hacienda pública. Conocen de ellos las Audiencias por apelacion de los subdelegados que fallan en primera instancia. V. **APELACION**, **SUBDELEGACIONES DE HACIENDA**. Por real órden de 13 de julio de 1846, esta mandó que sobre asuntos de hacienda las Audiencias se entiendan directamente con el ministerio de este nombre.

Consulados españoles en paises estranjeros. De los fallos de los agentes consulares en lo civil y criminal, pero muy especialmente en este último concepto, conocen las Audiencias territoriales mas inmediatas segun se ha manifestado ya en el citado artículo **APELACION**, y resulta con mas pormenores de los siguientes artículos del real decreto con fuerza de ley de 29 de setiembre de 1848.

Art. 18. Las apelaciones en los casos prevenidos en el artículo 13 se interpondrán y admitirán respectivamente para ante la Audiencia territorial ó tribunal superior inmediato de los mismos.

Art. 19. De las apelaciones á que dieren lugar las providencias de los tribunales consulares, cuando procedan como juz-

gados 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 dificultades que ya han ocurrido respecto de los consulados de Africa, de los fallos pronunciados por los establecidos, ó que se establezcan desde el Cabo de Buena-Esperanza inclusive hasta al 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 Mostaganin á la de Granada; y del resto de las costas de Africa y puntos de levante á la de Mallorca.

Art. 20. A fin de evitar todo entorpecimiento en la pronta administracion de justicia, cuando los cónsules y vice-cónsules procedan como jueces de primera instancia, siempre que sea dable, se entenderán directamente con la Audiencia respectiva, sin perjuicio de dar conocimiento al ministerio de Estado, si lo creyeren conveniente.

Art. 21. Cuando las referidas Audiencias, administrando justicia, hubieren de dictar providencias que puedan rebajar el necesario prestigio de los cónsules, ó embarazar el ejercicio de sus atribuciones como tales, antes de llevarlas á ejecucion, darán conocimiento al ministro de Gracia y Justicia, que lo hará al de Estado, adoptando de comun acuerdo la resolucion que conviniere.»

Las Audiencias en los recursos de nulidad, declarada ésta por el Tribunal Supremo de Justicia, conocen unas en los asuntos que han sido fenecidos en otras, al tenor del siguiente artículo del real decreto de 4 de noviembre de 1838.

Art. 20. Si la declaracion de nulidad recayere sobre autos seguidos en el Tribunal de Guerra y Marina, ó en Audiencias que no constasen del número necesario de ministros hábiles, se remitirán por el Tribunal Supremo para los efectos espresados en los dos artículos precedentes á la Audiencia mas inmediata.

Conocen últimamente en los recursos de nulidad en los asuntos de imprenta al tenor de la legislacion del ramo.

§. 2.° *Atribuciones de las Audiencias en lo criminal.*

Sobre este punto tambien es conveniente consultar los artículos antes insertos de la Constitucion de 1812, hoy vigentes por pertenecer al título 5.° de la misma, á saber, el 242 al 247, 254, 257, 262, 265, 265 y 267.

Deben consultarse tambien los artículos asimismo citados, de la ley de 9 de octubre, 9, 12, 13, 16, 17 y 18.

Del Reglamento provisional para la administracion de justicia, véanse el párrafo anterior, y ademas los siguientes artículos del mismo:

Art. 16. Sin embargo, en las capitales donde hubiere Real Audiencia, será esta la que haga dicha visita semanal, á la cual deberán asistir los jueces de primera instancia, y los alcaldes y tenientes de alcalde del pueblo con las causas de sus respectivos reos, si los tuviesen, para informar sobre lo que se ofrezca.

Art. 17. Las Audiencias donde residan, y en los demas pueblos los jueces de primera instancia, y en su defecto los alcaldes, harán ademas públicamente una visita general de las respectivas cárceles públicas y de cualquier otro sitio donde haya presos del fuero ordinario, en los tres dias señalados por las leyes, y en el que, no siendo feriado, preceda mas inmediatamente al de la Natividad de Nuestra Señora, ejecutándose en esta visita lo mismo que queda prescrito respecto á la semanal.....»

Art. 38. Sin embargo de lo prescrito en el art. 36, cuando ocurra algun delito de tales ramificaciones ó de tales circunstancias, que no permitan seguir bien la causa, si no en la capital de la provincia, ó del reino, ó en otro juzgado diferente del del fuero del delito, S. M. cometerá el conocimiento al juez letrado de primera instan-

cia que le parezca mas á propósito, y esto mismo en igual caso, si no mediare real disposicion, podrán hacer por sí las Audiencias, á peticion de su fiscal, cada una respecto á su territorio; pero dando inmediatamente cuenta de ello al gobierno.

Art. 73. En aquellas causas criminales de que las Audiencias pueden conocer en primera instancia, á saber: las que ocurran contra jueces inferiores de su territorio, con relacion al ejercicio del ministerio judicial, están autorizados dichos tribunales para proceder, no solo á instancia de parte ó por interpelacion fiscal, si no tambien de oficio, cuando de cualquier modo vieren algun justo motivo para ello; y en el procedimiento y determinacion deberán observar respectivamente lo que á los jueces de primera instancia prescribe el artículo 51.....»

Por lo que hace á las Ordenanzas de las Audiencias, no debiendo confundir el procedimiento con las atribuciones cardinales y genéricas, que son únicamente el objeto de esta seccion, nos referimos en un todo á lo espresado en el párrafo anterior.

Ademas de lo dicho las Audiencias conocen tambien de los escesos en punto á costas y gastos de los juicios, sobre lo cual han de verse los artículos 46 y 47 del Código penal, y las reglas 51, 52, 53 y 54 de la ley provisional para la ejecucion de aquel.

Prohibiciones y restricciones: tit. 5.° de la Constitucion de 1812.

Art. 244. Las leyes señalarán el órden y las formalidades del proceso, que serán uniformes en todos los tribunales, y ni las Córtes ni el rey podrán dispensarlas.

Art. 245. Los tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado.

Ley de 9 de octubre. Aunque no vigente, creemos conveniente notar que por su artículo 14 se prohibia á las Audiencias tomar conocimiento alguno sobre asuntos gubernativos y económicos de los pueblos; y por el 15 no podrian en ningun caso retener el conocimiento de causa pendiente en primera instancia, cuando se interpusiese apelacion de auto interlocutorio, ni podrian fuera de este caso avocar autos pendientes ni aun *ad effectum videndi.*

Reglamento provisional. En el artículo 36 se insinúa la inhibicion de las Audiencias en los llamados *casos de corte.*

Por el 44 cesa el conocimiento posesorio de algunos de ellos que terminaba por el auto llamado *ordenario* y tambien *auto gallego.*

Por el 59 y 60 se reproducen el 14 y 15 ya citados de la ley de 9 octubre, sobre prohibicion de avocar autos pendientes, ni retenerlo, ni conocer las audiencias en asuntos gubernativos y económicos de los pueblos, lo cual ha de entenderse gubernativamente, pues en justicia, ó en el órden contencioso, es evidente que no puede haber prohibicion.

§. 3.° *Atribuciones de las Audiencias en lo gubernativo.*

Siendo las Audiencias un cuerpo organizado, es claro que han de tener reglas para su gobierno interior, y lo propio en sus relaciones con el gobierno de S. M., y con el Tribunal Supremo de Justicia de quienes dependen, como á su vez con los tribunales inferiores que les están subordinados.

Estas atribuciones se ejercian, y aun ejercen en parte, como era consiguiente por la Audiencia en cuerpo; ó respectivamente por el regente, las salas, y sus presidentes. En el primer caso se ejercian por el que se llamaba *acuerdo*, *tribunal pleno* y *audiencia plena*; pero hemos indicado la esencial variacion introducida sobre el particular con la creacion de las juntas ó salas de gobierno de que ya hemos hecho mencion. Y desde luego se ve la razon que hemos tenido para no tratar en artículos particulares de la *Audiencia plena*, y es, que cuanto antes se decia de ella ha de entenderse hoy de las nuevas salas de gobierno, como veremos en el artículo de las mismas. Hay

sin embargo todavía casos en que la audiencia plena ejerce algunas funciones, y de esas tratamos en el presente párrafo.

Tales son las esceptuadas en el art. 2 del real decreto de 5 de enero de 1844, adicional al Reglamento provisional y á las Ordenanzas de las Audiencias, segun el cual, quedan en su fuerza y vigor el art. 18 del reglamento del Tribunal Supremo de Justicia, los capítulos 9 y 10 del título 1, y el artículo 16 del cap. 3 de las Ordenanzas de las Audiencias.

En cuanto á estas, el artículo 16 que se cita habla de la recusacion de un magistrado, de la cual ha de conocerse en *pleno*: el capítulo 9 trata de la visita de cárceles. Uno y otro asunto han de verse en sus artículos respectivos. Los del cap. 10 son los siguientes:

Art. 64. «Ninguno de los magistrados ni de los subalternos de las Audiencias, cuando fueren nombrados, podrá entrar á ejercer sus funciones sin prestar juramento ante todo el tribunal reunido, segun se prescribe por real decreto de 1.° de abril de 1834.

Los jueces letrados de primera instancia deberán tambien prestar igual juramento ante la Audiencia, en cuyo territorio hayan de servir, antes de entrar en ejercicio.

Art. 65. Para ello todos se presentarán de antemano al que presida la Audiencia, y le entregarán sus títulos, de los cuales el secretario de la mismas dará cuenta en tribunal pleno, á puerta cerrada; debiendo asistir necesariamente los fiscales siempre que se tratare de título de magistrado ó de juez, y esponer de palabra, si está, ó no, arreglado á la ley el documento.

Art. 66. Hallado conforme, la Audiencia señalará dia y hora para que el nombrado se presente á jurar y tomar posesion; lo cual se hará en público, prévia lectura del título por el secretario del tribunal, dándose el auto de su cumplimiento con las ceremonias acostumbradas, y entrando á jurar el agraciado, puesto de pié y hecha la señal de la cruz, por la fórmula que leerá en alta voz dicho secretario.

Art. 67. Si fuere el regente quien haya de jurar, pasarán á su posada los ministros en trage de ceremonia y con la correspondiente anticipacion á la hora que la Audiencia hubiere señalado, y le acompañarán hasta el lugar de la presidencia de la sala del tribunal pleno.

A la puerta del edificio del tribunal esperarán para ir delante dos porteros ó alguaciles, y los demas subalternos se hallarán á la entrada de dicha sala.

Al acercarse aquel, lo anunciará en alta voz el secretario del tribunal, se abrirá la puerta y se levantarán para recibir al nuevo regente los ministros y los fiscales, entrando en pos todos los subalternos de las Audiencias; y de pié unos y otros, se leerá el título y se mandará cumplir; y el regente desde su lugar y tambien en pié, pero sentados ya los demas magistrados, prestará el juramento con arreglo al artículo anterior; y hecho, tomará asiento y tocará la campanilla para que se despeje ó se proceda á despachar lo que haya.

Art. 68. Los ministros y los fiscales prestarán tambien su juramento, conforme á dicho artículo, y con asistencia de todos los subalternos de las Audiencias, yendo á buscar fuera de las salas y acompañar para el acto al agraciado otro ministro de los que ya estén en ejercicio, con lo cual el nuevo tomará el asiento que le corresponde, y se empezará ó continuará el despacho.

Art. 69. El secretario de la Audiencia reconocerá los títulos, y sacadas de ellos las copias necesarias, los devolverá á los interesados, certificando á continuacion de aquellos haberse prestado el juramento y tomado la posesion.

Art. 70. Por ninguno de estos actos se exigirá derecho alguno, ni aun con el nombre de propina.»

Conoce ademas la Audiencia plena de los asuntos que en lo consultivo le comete el gobierno: de las censuras y acordadas de jueces inferiores, y de la apertura solemne del tribunal. Véanse sus artículos.

§. 4.° *Tratamiento de las Audiencias, y modo de espedir sus mandatos y ejecutorias.*

Ya hemos dicho cual fue el tratamiento de las Audiencias chancillerías, y por qué el de las meras Audiencias territoriales era el de *Excelencia* hasta el año de 1812. Igualadas entonces todas las Audiencias en facultades, parecia consiguiente igualarlas tambien en el tratamiento; y efectivamente por el art. 10 de la ley de 9 de octubre se dispuso que todas tuviesen el tratamiento de *Excelencia*, y sus regentes, ministros y fiscales en particular el de *Señoría*. El art. 57 del Reglamento provisional establece que el tratamiento de las Audiencias será el que habian disfrutado hasta la fecha del mismo. El art. 1.° de las ordenanzas, en fin, en su disposicion quinta reproduce á la letra el antes citado de la ley de 9 de octubre.

En cuanto á los autos y providencias, los tribunales continúan observando el tono imperativo que primitivamente se autorizó á usar, como hemos visto ya, á la Audiencia real ó tribunal de la corte; y como ademas la justicia se ha administrado y administra en *nombre* del rey, los autos se han denominado siempre y se denominan *reales autos*, si bien esta calificacion es mas constante en la práctica y lenguaje usual en las dos Audiencias que son continuacion de las antiguas chancillerías. En estas se denominaban tambien así las provisiones y hasta los meros despachos; como hoy las primeras en todas las Audiencias.

Por lo que hace á las ejecutorias, ha habido en su estension falta de uniformidad y mal abuso; no en la forma esterior, que es y ha sido siempre la de una real provision; sino en sus insertos, influyendo simultáneamente para ello el interés de la curia y el capricho de las partes, sobre todo en pleitos de hidalguía, y preeminencias familiares. Sobre ello el decreto ya citado, adicional al Reglamento provisional y á la ordenanza de las Audiencias, y que es la disposicion mas moderna sobre el particular, establece lo siguiente:

Art. 8.° En las cartas ejecutorias que se despachen á consecuencia de lo dispuesto en el art. 143 de las ordenanzas, los escribanos de cámara, que las autoricen, insertarán únicamente:

A la letra. La sentencia que cause ejecutoria: la sentencia ó sentencias anteriores á la ejecutoria que por ellas fueren confirmadas, revocadas ó modificadas: la peticion y respuestas principales en que se hubiesen planteado las cuestiones resueltas en cada instancia por las espresadas sentencias.

En relacion. Lo absolutamente indispensable para que se entienda con claridad el genuino sentido de las ejecutorias.

El costo de los insertos que, ademas de los espresados, contuvieren las cartas ejecutorias, serán de cuenta y pago esclusivo de la parte, á cuya instancia se hubiesen incluido, sin que pueda esta reclamarlo en ningun caso de la parte adversa.

Art. 9.° Las dudas y reclamaciones á que diere lugar la aplicacion de este artículo, serán resueltas sin ulterior recurso, prévia audiencia de los interesados, por la sala que hubiere dictado la sentencia ejecutoria.

10. Las reales provisiones y despachos que se espidan por los tribunales Supremo y superiores, se encabezarán con las fórmulas establecidas por las leyes, á saber: «Doña Isabel II por la gracia de Dios y la Constitucion de la monarquía española.»

El art. 257 de la Constitucion de 1812, establece asimismo que las ejecutorias y provisiones se encabecen en nombre del rey.

Conclusion. Diremos en conclusion de esta seccion IV, que en la irregularidad de la creacion de nuestras Audiencias: en sus vicisitudes y lento desarollo: en la falta de sistema fijo y uniforme de nuestro antiguo órden judicial, efecto necesario de los tiempos, necesidades y diversas civilizaciones, que ha venido representando: en la facilidad de alterarlo en cada caso, ya por la omnímoda potestad de los reyes, ya por la facultad discrecional, y en parte hasta legislativa, de los tribunales superiores y su

Lorenzo Arrazola

premos; es obra sumamente difícil traer á una regla fija y uniforme todas las prácticas, y mas aun la organizacion y atribuciones de las antiguas Audiencias. Hemos procurado reunirlo todo, subordinándolo á un cierto sistema de regularidad en el presente artículo; pero aun así, y sin perder nunca de vista la mencionada dificultad, han de tenerse presentes, para completar la idea, y consultarse en toda su estension, las antiguas ordenanzas de las dos chancillerías por las cuales se han regido en general las Audiencias de creacion posterior; las modificaciones de ellas, ó ordenanzas especiales de las mismas, y las del Consejo; pues por la naturaleza misma de la organizacion relativa, á veces, lo especial de un tribunal, ó alguna de sus atribuciones, hallan su esplicacion, ó su orígen en las de otro, superior ó inferior á él: el tít. 6 del lib. 3, y los libs. 8 y 11 de la Nov. Recop.: y las leyes y reales disposiciones citadas en el cuerpo de este artículo. Véanse ademas los de **ADMINISTRACION DE JUSTICIA, APELACION, CONSEJO, CHANCILLERIAS, SUPLICA, TRIBUNALES.**

SECCION V.

DE LAS AUDIENCIAS DE ULTRAMAR: CREACION, DENOMINACION, ORGANIZACION Y ATRIBUCIONES DE LAS MISMAS.

El descubrimiento del Nuevo mundo coincidió con la época en que, desmembrándose la Audiencia Real ó primitivo tribunal de la corte, empezaba á prevalecer el sistema de Audiencias territoriales; cuyo sistema no podia menos de aplicarse á los paises nuevamente adquiridos, como se aplicaba la forma general de la administracion del Estado. Empezaron en efecto á crearse en aquellos dominios Audiencias chancillerías. Pero la revolucion y vicisitudes políticas las han hecho desaparecer para la España, como la mayor parte de sus dilatadas conquistas. En lo que la revolucion ha respetado, las Audiencias actuales se diferencian no poco de las antiguas, motivo por el que tratamos de unas y otras con la conveniente separacion.

§ 1.° *Audiencias antiguas de Ultramar.*

Grande fue el esplendor y prestigio de estas Audiencias: grande su influjo tambien en el gobierno y prosperidad de aquellos dominios. La vasta estension de las mismas y sus apartadas distancias, hacia casi indispensable la delegacion de la autoridad soberana en escala muy elevada: eran necesarios, uno ó muchos *vireyes*, con un poder, en gran parte discrecional y casi absoluto. ¿Quién formularia adecuadamente, para todos los casos y circunstancias, ese poder que habia de ejercerse en regiones interminables, apenas conocidas, ni organizadas, y mas bien muchas de ellas en estado permanente de conquista: sobre razas opuestas, alguna de ellas salvajes en distritos ilimitados, en que la dificultad ó el peligro de las comunicaciones revalizaba ventajosamente con la estension: á una distancia de dos, cuatro, y hasta seis mil leguas de navegacion, al través de mares procelosos, y cuando aquella no habia, ni columbrado siquiera la facilidad y ventajas que presenta en el dia? Y sin embargo, era indispensable constituir ese poder; si bien contraponiéndole otro, que podria llamarse moderador, pues que representaba el detenimiento y el consejo. Tal era el carácter político, y, en parte lo es todavia, de las Audiencias chancillerías de Ultramar. Los vireyes, en los asuntos graves, tenian que oir el dictámen de los acuerdos; y muchas resoluciones de estos pendian en su ejecucion de los vireyes, que eran ademas presidentes de dichos tribunales. Una y otra autoridad tenian el derecho y el deber de esponer al rey lo que creyere mas conforme al mejor servicio del estado respecto de la otra. Tal es el equilibrio que ha constituido, y constituye la base de la organizacion de los supremos poderes públicos en Indias. Las Audiencias, pues, en aquellos dominios, eran todo lo que en la Península las estinguidas chancillerías, y eran mucho mas: y si no

eran mas que el Consejo tambien, muchas veces eran por lo menos, tanto.

Bajo este punto de vista mucho era lo que teniamos que hablar, habiendo de hacerlo con estension de los mencionados tribunales. Pero aquellas prepotentes chancillerías no son ya, con muy rara escepcion, si no un recuerdo histórico, una página gloriosa de la historia judicial, política y gubernativa, de una conquista, la mas asombrosa que presenta la historia: una página tambien de la legislacion mas justa y humana que jamás se haya dado á un pueblo conquistado, ni á ningun género de colonias.

Ningun publicista, ni escritor de derecho puede negar este homenaje á nuestra admirable y honrosa legislacion de Indias; y como una parte de ella, á nuestras chancillerías de aquellos perdidos dominios: pero perdidos ya, apenas puede convenir, salvo en uno, ú otro caso, una estensa esposicion de la antigua legislacion y tribunales; esceptuando sin embargo, como es de necesidad, las actuales Audiencias, creacion moderna unas; otras continuacion todavia de las que alcanzaron la época primitiva de la conquista. Por lo tanto en este párrafo primero haremos una ligera reseña de las antiguas Audiencias chancillerías; de su número, creacion, distrito y atribuciones; y en el siguiente lo haremos con mas estension de lo concerniente á las actuales.

Todas las Audiencias chancillerías que se han conocido, ó mandado establecer en Ultramar desde la conquista hasta el dia, han sido diez y seis, debiendo notar aquí, como ya lo hicimos en el artículo ADMINISTRACION DE JUSTICIA, que aunque en lo antiguo las Canarias, en la division gubernativa de los dominios españoles, correspondian á Ultramar; posteriormente pertenecen á las que se llaman islas adyacentes, y asi las consideramos siempre.

De las diez y seis indicadas chancillerías, existen cuatro únicamente: de las restantes, alguna de ellas cesó por real determinacion; las demas han seguido la suerte de la mayor parte de aquellos estados, perdidos para la madre pátria. Entre las chancillerías han solido denominarse *pretoriales*, las que no estaban totalmente subordinadas á un virey. Viniendo ya al órden cronológico de la creacion de dichos tribunales, es el siguiente.

Audiencia de la isla española, ó de Santo Domingo. Fue fundada por cédula de Fernando el Católico, de 5 de abril de 1511. Cárlos V mandó se fijase en la ciudad de Santo Domingo en 14 de setiembre de 1526. Debia componerse de un presidente, que era al propio tiempo gobernador y capitan general, de cuatro oidores que fueran tambien alcaldes del crímen, un fiscal y los subalternos necesarios. Componian su distrito todas las islas de Barlovento; y de la costa de Tierra Firme, y en ellas los gobiernos de Venezuela, Nueva Andalucía, Rio de la Hacha, y parte de la Guayana, ó provincia del Dorado (1).

Audiencia de Mejico. Creada por Cárlos V en Burgos, por reales determinaciones de 29 de noviembre y 13 diciembre de 1527. Mandóse que en dicha ciudad residiese una chancillería con un virey, gobernador, y capitan general, el cual seria presidente: componiéndose ademas de ocho oidores, cuatro alcaldes del crímen, un fiscal de lo civil, otro de lo criminal, y los subalternos correspondientes; y tendria por distrito las provincias, llamadas propiamente de Nueva España, con las de Yucatan, Cozumel y Tabasco: y ademas por la costa del norte y seno mejicano hasta el Cabo de la Florida y límites de las Audiencias de Guatemala y Nueva Galicia (2).

Audiencia de Panamá. Creada por Cárlos V por reales determinaciones de 28 de febrero en Madrid, y 2 de marzo, en Valladolid, de 1537. Debia residir en la ciudad de Panamá, componiéndose de un presidente, gobernador y capitan general, cuatro oidores, que fueran tambien alcaldes del crímen: un fiscal y subalternos. Componíase su distrito de la provincia de Castilla del oro, hasta Portobelo y su tierra: la ciudad de Nata y la suya: la gobernacion de Vera-

(1) Ley 2, tit. 15, lib. 2 de la Recopilacion de Indias
(2) Ley 3, id., id., id.

Lorenzo Arrazola

gua: por el sur hácia el Perú, hasta el puerto de Buenaventura inclusive. desde Portobelo hácia Cartagena, hasta el rio del Darien esclusive; con el golfo de Urabá, y Tierra firme, partiendo términos, por levante y mediodia con las Audiencias de Nueva Granada y San Francisco de Quito, por el poniente con la de Santiago de Guatemala: y por el setentrion y mediodia con los dos mares de norte y sur (1).

Mandóse que esta Audiencia obedeciera y cumpliera los despachos y órdenes del virey del Perú.

Audiencia de Lima, ó de los Reyes. Fundada por Cárlos V en Barcelona, 20 de noviembre de 1542. Se compondria del virey como presidente, ocho oidores, cuatro alcaldes del crímen, un fiscal de lo civil, y otro de lo criminal, con los subalternos necesarios. Su distrito se componia de la costa que corre desde Lima, hasta el reino de Chile esclusive, y hasta el puerto de Paita inclusive: por tierra adentro de San Miguel de Piura, Cajamarca, Chachapoyas, Moyobamba y los Motilones inclusive, y hasta el Collao esclusive, por los términos que se señalan á la real Audiencia de la Plata y la ciudad del Cuzco con los suyos inclusive, partiendo términos, por el setentrion con la Audiencia de Quito, por el mediodia con la de la Plata, por el poniente con el mar del sur y por levante con provincias no descubiertas (2).

Audiencia de Guatemala. Fundada por Cárlos V en Valladolid, á 13 de setiembre de 1543. Debia residir en la ciudad de Santiago de los Caballeros, componiéndose de un gobernador capitan general, presidente, cinco oidores que fueran tambien alcaldes del crímen, un fiscal, y subalternos. Su distrito comprendia las provincias de Guatemala, Nicaragua, Chiapa, Higueras, Honduras, Verapaz y Soconusco con las islas de la costa, partiendo términos, por levante con la Audiencia de Tierra-Firme, por poniente con la de Nueva Galicia, con esta y el mar del norte por el setentrion y por el mediodia con el mar del sur (1).

Audiencia de Guadalajara ó Nueva España. Fundacion de Cárlos V en Alcalá á 13 de febrero de 1548. Debia componerse de un presidente, cuatro oidores que fueran al propio tiempo alcaldes del crímen, un fiscal y subalternos. Su distrito lo formaban las provincias de Nueva Galicia, Culiacan, Copala, Colima, y Zacatula, y los pueblos de Avalos; partiendo términos, por levante con la Audiencia de Nueva España, por mediodia con el mar del sur, y por poniente y norte con provincias no descubiertas, ni pacíficas (2).

Audiencia de Santa Fé en Nueva Granada. Creada por Cárlos V, y los Reyes de Bohemia, como gobernadores, en Valladolid, á 17 de julio de 1549. Debia residir en Santa Fé de Bogotá, componiéndose del gobernador y capitan general, presidente, cinco oidores que fuesen tambien alcaldes del crímen, un fiscal y subalternos. Su distrito comprendia las provincias del Nuevo reino de Granada, Santa Marta, de San Juan y Papayan, escepto los lugares que de esta correspondian á la Audiencia de Quito, agregando ademas los pueblos de la Guayana ó Dorado, no incorporados á la Audiencia de Santo Domingo: y asimismo la provincia de Cartagena. Partia términos por el mediodia con la Audiencia de Quito y tierras no descubiertas, por poniente y norte con el mar del norte, y Audiencia de Santo Domingo y de Tierra Firme (3). La presidencia de esta Audiencia, fue erigida en vireinato en 1729, comprendiendo esta Audiencia y las de Quito y Panamá.

Audiencia de Charcas, ó de la Plata. Fundacion de Felipe II, y la princesa gobernadora, en Valladolid á 4 de setiembre de 1559. Debia residir en la ciudad de la Plata, componiéndose de un presidente, cinco oidores al propio tiempo alcaldes del crímen, un fiscal y subalternos. Comprendia su distrito la provincia de Charcas y todo

(1) Ley 4, id. id. id.
(2) Ley 5.ª id. id. id.

(1) Ley 6.ª id. id. id.
(2) Ley 7, id. id. id.
(3) Ley 8, id. id. id.

el Collao desde el puerto de Ayabiri por el camino de Hurcosuyo, desde Atuncana por el camino de Arequipa, hácia la parte de de las Charcas inclusive, con las provincias de Sangabana, Carabaya, Iures y Dieguitas, Moyos y Chunchos, y Santa Cruz de la Sierra, partiendo términos por el setentrion con la real Audiencia de Lima y provincias no descubiertas; por el mediodia con la real Audiencia de Chile; y por el levante, y poniente, con los dos mares del norte y del sur y línea de la demarcacion entre las coronas de los reinos de Castilla y de Portugal, por la parte de la provincia de Santa Cruz del Brasil (1).

Audiencia de Quito. Fundacion de Felipe II, en Guadalajara á 29 de noviembre de 1563. Debia residir en San Francisco de Quito, y se componia de un presidente, cuatro oidores alcaldes del crímen, un fiscal y subalternos. Su territorio comprendia la provincia de Quito, y por la costa, hácia la parte de la ciudad de los Reyes, hasta el puerto de Paita esclusive: y por la tierra adentro, hasta Piura, Cajamarca, Chachapoyas, Moyobamba, y Motilones esclusive, incluyendo hácia la parte susodicha los pueblos de Jaen, Valladolid, Loja, Zamora, Cuenca, la Zarza y Guayaquil, con todos los demas pueblos que estuvieren en sus comarcas y se poblaren: y hácia la parte de los pueblos de la Canela y Quijos, tenga los dichos pueblos con los demas que se descubrieren: y por la costa hácia Panamá, hasta el puerto de la Buena-ventura inclusive: y la tierra adentro á Pasto, Popayan, Cali, Buga, Chapanchica, y Guarchicona, porque los demas lugares de la gobernacion de Popayan son de la Audiencia del nuevo reino de Granada, con la cual, y con la Tierra Firme parte términos por el setentrion: y con la de los Reyes por el mediodia, teniendo al poniente la mar del sur, y al levante provincias aun no pacíficas, ni descubiertas (2).

Audiencia de Manila. Fundada por Felipe II, en Aranjuez á 3 de Mayo de 1585. Componíase en su principio del gobernador, capitan general, presidente; cuatro oidores, al propio tiempo alcaldes del crímen, un fiscal y subalternos, teniendo por distrito todo lo descubierto, y por descubrir por los españoles en el archipiélago filipino (1).

Audiencia de Chile. Creada por Felipe III en Madrid á 17 de febrero de 1609. Debia residir en Santiago de Chile. Componíase del gobernador, capitan general, presidente, cuatro oidores, que eran tambien alcaldes del crímen, un fiscal y subalternos. Estendia su autoridad á todo el reino de Chile, con todas las poblaciones y tierras que se comprendian en aquel gobierno, así lo pacífico y poblado, como lo que se redujere, poblare y pacificarse, dentro y fuera del estrecho de Magallanes, y tierra adentro hasta la provincia de Cuyo, inclusive. Así la Audiencia como el gobernador obedecerian las órdenes y despachos del virey del Perú, en los casos en que podia darlos, segun las leyes (2).

Audiencia de Buenos Aires. Fundada por Felipe IV, en Madrid, á 2 de noviembre de 1661. Debia residir en la ciudad de Trinidad, componiéndose del gobernador, capitan general, presidente, tres oidores, al propio tiempo alcaldes del crímen, un fiscal, y subalternos. Constaba su distrito de las tres provincias de Paraguay, Rio de la Plata, y Yucuman, desmembrados para este efecto de la Audiencia de las Charcas, así lo pacífico y poblado en ellas, como lo que se redujere, pacificase y poblase (3). Esta Audiencia fue suprimida luego; pero erigido en vireinato el gobierno de Buenos-Aires, por real cédula de 7 de julio de 1778, fue restablecida.

Desde luego se vé que entre estas doce Audiencias primitivas, de que da razon el título 15, lib. 2 de la Recop. de Indias, se hallan dos existentes en el dia, que son la de Santo Domingo, hoy Cuba, y la de Ma-

(1) Ley 9, id. id. id.
(2) Ley 10, id. id. id.

(1) Ley 11, id id. id.
(2) Ley 12, id. id. id.
(3) Ley 13, id. id. id.

nila, de las que volveremos á hablar en el párrafo 2.°

Habráse notado tambien que al hablar de algunas Audiencias, y determinar su distrito, se hace mencion del de otras que se dan por existentes, y realmente no existieron, hasta años despues. Nace este que parece anacronismo de que al tratar de cada Audiencia, aun cuando hemos mencionado el tiempo y decreto de su creacion, la hemos presentado como la misma llegó á estar en virtud de otras órdenes posteriores, que se mencionan en el epígrafe de las leyes que citamos, cuyo lenguaje y órden hemos seguido.

Lo dicho hasta aquí era el cumplimiento de lo dispuesto por Felipe IV sobre que los dominios de las Indias se dividiesen en doce Audiencias (1). Ya hemos visto que sin embargo la de Chile se suprimió, aunque volvió á restablecerse. Mas adelante la de Panamá fue tambien suprimida, y su territorio agregado á la de Santa Fé.

Todas las Audiencias de Ultramar tuvieron desde luego el connotado de chancillería; y muy desde el principio en 13 de julio de 1530 se mandó por el emperador Cárlos V que los mandatos de las chancillerías fueran de todos obedecidos, como si fuesen del mismo rey (2). En 1570 Felipe II mandó se rigiesen todas por el ceremonial y prácticas de las chancillerías de Valladolid y Granada en lo que no se hallase especialmente prevenido en sus respectivas ordenanzas y leyes de Indias (3).

En 11 de marzo de 1776 se modificaron la organizacion, y mas bien el personal, y las ordenanzas de las Audiencias, creándose en todas la plaza de regente, con cuyo motivo en 20 de junio del propio año se publicó la importante instruccion llamada *de Regentes*.

Posteriormente en 26 de febrero de 1787 se crearon las Audiencias de Cuzco y de Caracas, compuestas de regente, tres oidores y un fiscal. Las disposiciones del reglamento de 1776 fueron corroboradas y ampliadas por otro de 27 de marzo de 1778, reencargándose su cumplimiento por real cédula de 7 de junio de 1778, despues de lo cual las Audiencias quedaron con la planta siguiente. Las de Méjico y Lima regente, diez oidores, cinco alcaldes del crímen, un fiscal de lo civil, y otro de lo criminal, sin perjuicio de la fiscalía de hacienda: y todas las demas, regente, cinco oidores alcaldes del crímen tambien, y dos fiscales.

En cuanto á las atribuciones y prerogativas de las chancillerías de Ultramar, ya se ha visto que en lo general eran estas en un todo iguales á las de Valladolid y Granada; pero eran superiores á ellas y aun al Consejo mismo de Castilla, en algunos puntos especiales, por la índole misma de su cargo en aquellas apartadas regiones, y por la legislacion, tambien especial de Indias. Hemos una reseña de sus atribuciones, bien que ligera, por razones que ya hemos manifestado en un principio.

Si en lo que no estaba espresamente determinado por las leyes de Indias, las mencionadas chancillerías eran iguales á las de Valladolid y Granada, desde luego se ve que eran á un tiempo como estas, cuerpos judiciales, gubernativos y económicos.

Como resulta de las leyes anteriormente citadas, sus oidores, á escepcion de los de Méjico y Lima, eran al propio tiempo alcaldes de corte ó del crímen, y usaban de vara, signo de su autoridad jurídico-gubernativa.

Se apelaba ante ellas de las providencias de los vireyes, en asuntos de gobierno, lo que motivó empeñadas controversias entre ambas autoridades, que al fin fueron definitivamente terminadas por la cédula de 29 de agosto de 1806, segun hemos dicho en el artículo APELACION.

Aunque estaba prohibido á los magistrados en particular esponer ó representar al rey contra el presidente, el cuerpo podia hacerlo, así como el presidente á su vez contra el acuerdo ó los magistrados.

En un principio en las vacantes, ausencias y enfermedades, de los vireyes gober-

(1) Ley 1, tit. 15. lib. 2. Recop. de Indias.
(2) Ley 16, id., id., id.
(3) Ley 17, id., id., id.

naban en su lugar los acuerdos: despues por los inconvenientes que resultaron de este gobierno en cuerpo, y por autoridades de índole puramente civil y pasiva, se modificó dicha facultad por el art. 4 de la instruccion de regentes, y cédulas de 2 de agosto de 1789 y 30 de julio de 1799; hasta que en 23 de octubre de 1806 se mandó definitivamente quedase derogada tal facultad de las chancillerías, correspondiendo el mando á la persona nombrada para suplir al virey, ó sea al segundo cabo.

En el despacho debian preferir los pleitos de los pobres, y despues de ellos, tres dias á la semana los de indios con indios ó indios con españoles.

Tenian ademas á su cargo la proteccion de los indios, siendo notable sobre este punto y honroso para los monarcas y legisladores españoles, el tenor y el espíritu de las leyes de Indias, muy especialmente el de la ley 83, tít. 15, lib. 2 de la Recop. de Indias.

Los negocios leves de indios debian despacharlos por meros decretos, y no por provisiones, «porque sean relevados, dice la ley, de daños y costas, todo lo mas que fuere posible.»

Podian alzar destierros, y conceder esperas por seis meses, prévia fianza, aun á los deudores de la real Hacienda.

No podian conocer en juicios de hidalguía, que debian remitir al consejo; y lo propio las legitimaciones; de que ellas y los vireyes estaban inhibidos.

Podian con los vireyes dar provisiones de *ruego y encargo* para que los obispos visitasen sus diócesis, y para que concurriesen á los concilios.

El jueves de cada semana debian celebrar junta de hacienda, con asistencia del fiscal, para tratar del interés, y fomento de ella.

Teniendo los vireyes y capitanes generales, en su calidad de gobernadores, el cargo de *vice-patronos*, por lo que hace al patronato eclesiástico de nuestros reyes, estaban inhibidas las chancillerías de conocer de los recursos de fuerza promovidos por los eclesiásticos, removidos de las *doctrinas* ó cargos parroquiales.

Tampoco podian conocer de los recursos que á título de fuerza, ó proteccion, entablasen las religiones que querian librarse de ser visitadas por los obispos.

Conocian de los pleitos de nuevos diezmos: de los del real patronato, como en la Península la Cámara de Castilla: de las residencias de empleados, salvo las de gobernadores y oidores que debian venir al Consejo de Indias: y de los espolios de los obispos. Competíales tambien la facultad de nombrar jueces pesquisidores.

Cuando lo creian conveniente, enviaban un oidor visitador de la tierra, que recorriéndodola, se cercioraba del estado de la adminintracion y de la justicia. El visitador conocia de los escesos y cohechos de los ministros eclesiásticos, con facultad de moderar los derechos de entierros, y todos los de estola y pie de altar, y las ofrendas involuntarias de los indios.

En algunas de aquellas Audiencias, como la de Méjico, el virey ordenaba las salas diariamente: en otras como en la de Lima, eran anuales.

Las facultades en fin, de aquellas Audiencias eran tales, y tal en ellas la conciencia de su poder, que hubo algunas de ellas, como fueron las de Santa Fé, y Panamá, que por votacion en pleno depusieron á sus presidentes, lo que aqui fué desaprobado por el Consejo de Indias.

A las Audiencias, en fin, las competia la facultad de conceder ó negar el pase á las bulas y breves pontificios.

Bajo este pie llegaron las Audiencias chancillerías de Ultramar á la época y reformas políticas de 1812. Y rigiendo la nueva Constitucion de 19 de marzo de dicho año en los dominios de Ultramar, fue estensiva tambien á ellas la ley de 9 de octubre, que no solo conservaba las trece Audiencias de que queda hecha mencion, sino que ordenó la creacion de una mas en la villa del Saltillo, en la América setentrional. Todas, por esta ley, las de la Península y de Ultramar, quedaban iguales en fa-

cultades, y entre sí; si bien por lo que hace á las últimas no podria entenderse dicha igualdad mas que en los asuntos comunes judiciales. Pero la insurreccion de aquellos paises avanzó, y en vez de las cuestiones y arreglo especial á que hubiese dado lugar la ley de 9 de octubre, vino el fin de aquellas Audiencias para España, y el reconocimiento que esta habia de verificar de la emancipacion de la mayor parte de aquellos dominios.

La mencionada ley de 9 de octubre fijaba tambien el personal de aquellas Audiencias, igualando en esto, no con mucha conducencia en nuestro concepto, las de Méjico, y Lima á las de Aragon, Cataluña, Estremadura, Galicia, Granada, Navarra, Sevilla, Valencia y Valladolid, cada una de las cuales tendria un regente, doce ministros y dos fiscales; que compondrian dos salas para lo civil y una para lo criminal: y las de Buenos Aires, Caracas, Charcas, Chile, Cuba, Cuzco, Guatemala, Guadalajára, Manila, Quito, Santa Fé, y el Saltillo, á las de Asturias y Canarias, que tendrian un regente, nueve ministros y dos fiscales, distribuidos en una sala de cuatro para conocer en vista de lo civil y criminal, y otra de cinco para conocer de los mismos asuntos en revista (1).

Aun sin la pérdida de las Américas, el cambio político de 1814 hubiera alterado respecto de las Audiencias el estado causado por la ley de 9 de octubre. La época constitucional de 1820 á 1823 cedió en breve á la opuesta de 1824 al 1836. En 1837, en la nueva Constitucion política, se estableció que la misma no seria aplicable á las posesiones de Ultramar, las cuales deberian rejirse por leyes especiales, y puede decirse por lo tanto, y por la otra razon indicada de la pérdida de las Américas, que la historia de las antiguas Audiencias de Ultramar, á escepcion de las de Cuba y Manila, acaba realmente en 1815, aun cuando oficial y políticamente sea en 1828.

(1) Art. 1 al 8. ley de 9 de octubre de 1812.

§. 2.° *Audiencias actuales de Ultramar.*

Las actuales Audiencias de Ultramar son las de Cuba ó Puerto-Príncipe, Manila, Puerto-Rico y la Habana. En general sus atribuciones quedan ya reseñadas al hablar de todas en el párrafo anterior. De algunos pormenores relativos á cada una de las cuatro mencionadas, ó que son comunes á todas, haremos mérito al fin del presente párrafo ó al tratar en particular de las mismas. Una diferencia muy esencial y antes no mencionada, notaremos desde luego entre dichas cuatro Audiencias y las de la Península, y es, que rigiendo en cuanto á estas el artículo 245 de la Constitucion de 1812, ni por él, ni por la índole del sistema constitucional, es permitido á los tribunales hacer *reglamentos generales para la administracion de justicia*; ni por tanto proveer *autos acordados*, facultad verdaderamente legislativa, de que antes gozaron en menor escala las chancillerías y Audiencias, y en escala mayor los consejos; mientras las Audiencias de Ultramar continúan gozando de esta facultad hasta el punto de que aun en el dia las actuales observan los *autos acordados* que *provienen* de las antiguas de que son continuacion, ó de cuyo territorio se han formado.

Audiencia de Cuba, ó de Puerto-Príncipe. Al hablar en el párrafo anterior de la Audiencia de Santo Domingo, ya indicamos que era la que despues se denominó de Cuba, lo que revelaba desde luego que habia sido trasladada de su primitivo asiento. Al escribir estas líneas, esperimentamos, sin prévia meditacion sobre ello, un sentimiento de respecto hácia la Audiencia primitiva, hácia este decano, y permítasenos la espresion, de nuestros tribunales superiores de aquellos dominios: hácia la venerable institucion, obra todavia de uno de los dos inmortales monarcas, bajo cuyo imperio se realizó el descubrimiento de un Nuevo Mundo: que alcanzó aun á los denodados descubridores y conquistadores del mismo, y que se identifica por tanto con uno de los períodos mas gloriosos de nuestra

historia, y aun de la historia del mundo.

Pero al lado de esa impresion de veneracion y de respeto, se esperimenta otra, tambien inevitable, de dolor profundo. La nueva denominacion de la antigua Audiencia de la Isla Española, revela mas que la simple traslacion de la misma; revela que el inmenso imperio en que nunca se ponia el sol empezaba á desmoronarse, debiendo acabar por perderse, casi en manos de los nietos de los héroes de su conquista.

Y en efecto: por decreto de 14 de mayo de 1797, se dispuso la traslacion de la citada Audiencia de Santo Domingo á la isla de Cuba, la cual se instaló en la ciudad de Puerto-Príncipe, donde todavía reside, en 31 de julio de 1800.

Llamóse de Cuba porque no habia otra en la isla. Despues de la creacion de la de la Habana, para diferenciarse, pues que ya hay dos en la isla, se denomina mas comunmente Audiencia de Puerto-Príncipe.

Se compone de un regente, cuatro ministros y un fiscal, segun veremos al hablar de la de la Habana. Despues de la creacion de esta, se habla continuamente de la supresion de aquella, lo cual ofrece sin duda dificultades, cuando no se ha realizado despues de tanto tiempo.

Es presidida por el gobernador ó comandante general militar, como delegado del capitan general de la isla.

Audiencia de Manila. Tambien hemos hecho mencion de esta Audiencia entre las antiguas, esto es, entre las existentes, ó que habian existido, antes de la pérdida de las Américas.

Fué suprimida en 1592 y mandada restablecer en 1598. Bajo la presidencia del capitan general, se compone de regente, cinco ministros, un fiscal de lo civil y otro de lo criminal.

Hablan de ella especialmente las leyes 11, 55 y 181 del tit. 15, lib. 2, Recop. de Indias.

La primera de ellas trata de su fundacion y distrito como ya hemos visto. La segunda prohibe á la Audiencia entrometerse en cosas de gobierno del Parian de los sangleyes chinos: la tercera habla en general de lo que ha de hacerse cuando en Ultramar se suprime una Audiencia, y contrayéndose á la de Manila, establece que los pleitos de mil ducados abajo, fenezcan con la primera instancia ante el inferior y apelacion ante el gobernador ó su teniente: y que de mil ducados arriba vaya la apelacion á la Audiencia de Méjico.

Audiencia de Puerto-Rico. De 1820 á 1830 la isla de Puerto-Rico empezó á tener importancia, ó tal vez empezó á comprenderse lo que tenia. Dictáronse con este motivo algunas providencias encaminadas á darle un principio de organizacion, ó lo que es lo mismo, á emanciparla de la isla de Cuba. Una de las cosas que mas llamaban y merecian en ella la atencion del gobierno era la administracion de justicia, embarazosa y difícil por demas en la segunda instancia con las apelaciones á la Audiencia de Cuba. Con presencia de todo y de conformidad con el parecer del consejo de Indias, en 19 de julio de 1831 se dictó real decreto, cuya parte dispositiva, es como sigue:

«He venido en establecer y desde luego establezco, en la ciudad de San Juan Bautista de Puerto-Rico, capital de la isla, una Real Audiencia, compuesta de un presidente, que lo será siempre el capitan general de ella, de un regente, de tres oidores, de un fiscal para los asuntos civiles, criminales y de real hacienda, de dos relatores, un escribano de Cámara y los dependientes indispensables para el servicio. Y es mi voluntad que esta nueva Audiencia se establezca con la misma autoridad y con los mismos sueldos que tuvo la de Santo Domingo y tiene hoy la de Cuba, satisfechos de mis reales cajas de la isla, y lo mismo los gastos precisos de la instalacion del tribunal; de suerte que pueda verificarse en los primeros meses del año venidero de 1832; habiendo dado separadamente las disposiciones oportunas para que sean pagados con puntualidad todos los ministros y dependientes. Ademas de esto para facilitar la mas arreglada y pronta administra-

cion de justicia en primera instancia, y el mejor desempeño de las funciones gubernativas y económicas en los pueblos de la propia isla de Puerto-Rico, he tenido á bien crear en ella seis jueces letrados con el título ó denominacion de alcaldes mayores en las cabeceras de los seis partidos de Humacao, Coamo, Caguas, San German, Aguada y Arecibo. Estos alcaldes mayores serán tambien en sus respectivos distritos subdelegados de real hacienda: disfrutarán el sueldo de 800 pesos anuales pagados por las reales cajas, y los derechos de su juzgado con sujecion al arancel que rija en la isla, mientras la Audiencia con conocimiento de causa no hiciese otro mas adecuado: servirán sus empleos por cinco años con nombramiento mio á consulta del mi consejo de Cámara de Indias por la secretaría del despacho universal de Gracia y Justicia; y pasado este tiempo, si no lo desmereciera su conducta, serán promovidos ó trasladados, sin que entre tanto cesen en sus oficios. Y por último, he venido en aprobar la division de partidos propuesta por mi gobernador capitan general, de acuerdo con el intendente, arreglada á la que ahora tienen los pueblos de la isla en lo civil, militar y eclesiástico; continuando el distrito de la *capital* como hasta aquí, á cargo del mismo mi gobernador con su asesor teniente letrado en los ramos de justicia y gobierno de la ciudad de San Juan Bautista de Puerto-Rico y pueblos de Vega Baja, Naranjito, Bayamo, Guenabo, Rio-Piedras, Cangrejos, Trujillo alto, Trujillo bajo, Loisa y Suquillo. Y los seis nuevos partidos se compondrán: el de *Humacao*, del pueblo de este nombre, y de los de Fajardo, Naguabo, Piedras, Yabucoa, Patillas y Guayama: el de *Coamo*, de los pueblos de Ponce, Juana Diaz, Coamo, Barranquitas, Sábana del Palmar, Piñuelas, Yanco, Adjuntas y Aybanito: el de *Caguas*, de este pueblo y los de Hato Grande, Gurabo, Juncos, Gagey y Cidra: el de *San German*, de esta villa y pueblos de Sábana Grande, Cabo Rojo, Mayagüés y Añasco: el de *Aguada*, de la villa de este nombre y pueblos de Aguadilla, Rincon, Moca, Pepino é Isabela: y el de *Arecibo*, de los pueblos de Morovis, Manaty, Ciales, Barros, Utuado, Arecibo, Hatillo, Camuy y Quebradillas. En consecuencia mando á mi gobernador capitan general, y al intendente de mi real Hacienda de Puerto-Rico, y á las demas autoridades, justicias y ayuntamientos, vecinos y habitantes de la misma, como tambien á los capitanes generales, presidentes, regentes y oidores de mis Audiencias de Cuba y Filipinas; y ruego y encargo á los M. RR. arzobispos y RR. obispos de las mismas islas, que hayan y tengan por establecida la espresada mi real Audiencia de Puerto-Rico, reconociendo la autoridad y jurisdiccion que la atribuyo.»

Audiencia de la Habana. En mayor proporcion aun que en Puerto-Rico, empezó á desarrollarse la riqueza y prosperidad de la ciudad de la Habana; y escitada efectivamente tambien la atencion y solicitud de S. M.: fijándose muy especialmente en la administracion de justicia, en 16 de junio de 1838 se publicó el siguiente real decreto, creando una Audiencia mas en aquella isla.

«Guiada por deseo de proporcionar fácil y segura justicia á los fieles habitantes de la importante isla de Cuba, persuadida de que este es el mejor medio de sosegar los pocos hombres inquietos que en ella se abrigan, y penetrada de la obligacion que me incumbe de escusar la necesidad del rigor que así aflige mi corazon, como es de mal influjo, sino va autorizado con el sello y las formas de la legalidad: conformándome con lo que tiene propuesto el antiguo consejo de Indias, el suprimido consejo Real, el capitan general y superintendente de aquella isla, y con repetidas instancias el supremo Tribunal de Justicia, vengo en decretar lo siguiente:

Artículo 1.° Se erigirá inmediatamente en la Habana una Audiencia con las mismas facultades y categorías que por las leyes de Indias pertenecen á las Audiencias pretoriales, y por lo tanto se considerará de ascenso para los magistrados y jueces que hayan dado prueba de entereza, saber y virtud en

otros tribunales, ó para los abogados distinguidos de los tribunales superiores, con tal que unos y otros hayan desempeñado por 10 años á lo menos, las funciones judiciales ó la profesion de abogados.

Art. 2.° Continuará en Puerto-Príncipe la Audiencia que reside actualmente.

Art. 3.° El territorio de la Audiencia de Puerto-Príncipe, quedará limitado á las dos provincias ó departamentos denominados oriental y central de la Isla de Cuba en el último de los cuales estan comprendidos los gobiernos de Trinidad y Nueva Colonia, Fernandina de Jagua. Lo demas del territorio de la mencionada isla, queda asignado á la Audiencia de la Habana.

Art. 4.° La Audiencia de la Habana se compondrá de un regente, con la dotacion anual de seis mil pesos fuertes, cuatro ministros y dos fiscales, con la de cuatro mil quinientos pesos fuertes cada uno, y dos porteros con la de trescientos pesos fuertes, asimismo cada uno. Los relatores, escribanos de cámara y demas subalternos necesarios, percibirán únicamente los emolumentos de arancel; pero estos oficios se conferirán en la forma que prescriben las ordenanzas para las Audiencias del reino. Se destinará para el servicio de la Audiencia la parte de la casa de gobierno que ha designado el capitan general, y se adoptarán las demas medidas de economía que ha indicado para que la Audiencia quede establecida con el menor gasto posible.

Art. 5.° La Audiencia de Puerto-Príncipe se compondrá del regente, cuatro ministros y un fiscal. En todo lo demas conservará su planta actual con las mismas dotaciones, salvas las reformas que convenga hacer respecto á subalternos.

Art. 6.° La junta de Hacienda de la Habana se compondrá de los ministros que designan las leyes de Indias, y se escusará la asistencia de los suplentes como los sueldos que se les pagan.

Art. 7.° El capitan general de la isla de Cuba es el presidente de las Audiencias de ella con las prerogativas que les señalan las leyes. En este concepto cuidará de proponer con acuerdo de ambos tribunales, el mejor medio de asegurar la justicia, así por lo que respecta á la institucion de juzgados de primera instancia, como por lo concerniente al órden y forma de proceder en los juicios. Entre tanto procurarán las dos Audiencias aplicar el reglamento provisional para la administracion de justicia, de 26 de setiembre de 1835 con las modificaciones adoptadas ya en Puerto-Rico, y las demas que estimaren indispensables de acuerdo con su presidente, quien dará cuenta á mi gobierno.

Art. 8.° En igual forma se me propondrán las enmiendas que convenga hacer en la planta de los mencionados tribunales para que despues de ensayada la que provisionalmente ha parecido darle, contando ya con los avisos de la esperiencia, se perfeccione su arreglo definitivo en la manera mas estable y legal.»

En 21 de junio de 1845 se proveyó otro real decreto cuyas disposiciones son las siguientes:

«Artículo 1.° La real Audiencia pretorial de la Habana se compondrá de un regente, ocho oidores divididos en dos salas y dos fiscales.

Art. 2.° El sueldo del regente será de siete mil quinientos pesos fuertes anuales, si el Estado continúa dándole casa para su morada y para la celebracion de los juicios de menor cuantía; ó de nueve mil en caso contrario. Los oidores y fiscales gozarán de seis mil pesos fuertes cada uno.

Art. 3.° Los regentes de las reales Audiencias de Puerto-Príncipe y de Puerto-Rico, tendrán seis mil pesos fuertes de sueldo, y sus oidores y fiscales, cuatro mil quinientos.

Art. 4.° El regente de la real Audiencia Chancillería de Manila percibirá siete mil quinientos pesos de sueldo, y seis mil los oidores y fiscales.

Art. 5.° El aumento de sueldos contenido en este decreto no se entenderá respecto de jubilaciones, cesantías y viudedades, las cuales se concederán sobre la base

Lorenzo Arrazola

de sueldos establecidos en decretos precedentes.»

Las antedichas son las cuatro únicas Audiencias que conservamos en Ultramar, cuya organizacion y atribuciones quedan generalmente espuestas en el presente párrafo y el anterior. El determinarlas mas seria obra de un tratado ó artículo de mayor estension que la que este permite, por la sencilla razon de que disfrutando dichos tribunales todavía, segun queda dicho, de la facultad de proveer *autos acordados*, estos se reproducen diariamente y forman ya considerables colecciones.

La Audiencia de la Habana como filiacion ó desmembracion de la de Cuba, y la de Puerto-Rico por la misma razon, sobre los *autos acordados* procedentes de las mismas, aplican los que provienen de las Audiencias de Cuba y Santo Domingo.

Hay dos leyes muy singulares entre las de Indias relativamente á las Audiencias, y son la del citado título 15, lib. 2, Recop. de Indias.

Por la primera de ellas se declara que las Audiencias puedan continuar y decirse tales con solo un oidor. «En algunas de nuestras Audiencias de las Indias, se dice, ha sucedido y podrá suceder faltar los oidores de ellas y quedar uno solo: declaramos que en tal caso se ha de conservar y continuar la Audiencia con solo un oidor.»

Otras leyes de Indias previenen que cuando falten magistrados para completar una sala, el presidente nombre letrados que suplan, lo cual hacian primero por sí, segun la ley 63 del título citado, y despues oyendo á la Audiencia; pero es grave y reparable el conflicto de hallarse solo un oidor propietario en vista y revista, en cuyo caso el asunto seria fallado realmente por jueces estraños y en comision.

No importa que esto fuera legal por estar autorizado por la ley: nosotros hablamos de la indudable inconveniencia, y de que el derecho constituyente mejor entendido reclama hoy la reforma de esas y otras disposiciones análogas del derecho constituido.

Hay ademas de esto que el Reglamento provisional de 26 de setiembre de 1835 está mandado observar, como en breve veremos en las Audiencias de las Antillas, y este en su art. 76 dispone igualmente que la falta de magistrados se supla con los jueces de primera instancia de la capital, y si tuvieren impedimento, con letrados designados por la sala á pluralidad de votos. ¿Pero de qué servirá la garantía de la pluralidad de votos donde es uno solo el votante, como en el caso de la citada ley 63; y aun cuando sean dos?

La Audiencia de Puerto-Rico, al cumplimentar la real disposicion que mandaba aplicar en aquella isla el Reglamento provisional, proveyó *auto acordado* en 18 de marzo de 1836, determinando entre otras cosas, que sin perjuicio de consultarlo á S. M., para las suplencias de jueces, se observase allí el art. 76 del propio Reglamento, quedando asi sustituido á la ley antigua de Indias. Indudablemente gana algun tanto en ello la cuestion de principios y de conveniencia, pues prefieren á los simples letrados los jueces de primera instancia, que al cabo tienen radicalmente jurisdiccion, por razon de su cargo; pero aun no queda bien consultado el derecho constituyente.

Posteriormente en la Península se ha dispuesto por resoluciones particulares, que para las suplencias se llamen por su órden, á los fiscales de S. M. en los asuntos en que no hubiesen emitido dictámen, ó sido parte: á los jueces de primera instancia: á los fiscales y cesantes: y en último término á los abogados particulares. Todavia resolviendo en 1849, una consulta de la Audiencia de la Coruña, se mandó de real órden fuesen llamados para suplir los jueces del distrito de la Audiencia, mas cercanos á la capital: despues de ellos los jubilados y cesantes; y en ningun caso á los abogados. Actualmente la regla es que en el último tercio de cada año las Audiencias propongan el número de magistrados, jubilados ó cesantes, que crean necesario para las suplencias de las salas

del tribunal en el año siguiente: recae sobre ello la real designacion: se publica en la Gaceta la resolucion de S. M. ó nombramiento de suplentes; y es, aunque defectuoso, el medio que mas se aproxima á lo regular y rigurosamente legal. Las Audiencias de Ultramar por lo tanto, deberán hacer uso de sus facultades de proveer autos acordados, y de acomodar el Reglamento provisional á las necesidades judiciales de aquellos paises, adoptando el espresado medio de nombrar con anticipacion en el año corriente, los suplentes para el inmediato, publicando los nombramientos; en vez de hacer la designacion en cada caso dado, cuando nada tranquiliza completamente á las partes, sobre imparcialidad en la designacion, aun cuando realmente la haya: tambien deberán preferirse en la designacion anual y preventiva de suplentes, los que tengan jurisdiccion, ó la hayan tenido, como jueces jubilados cesantes, etc.

La segunda de las dos leyes á que nos vamos refiriendo, esto es, la 181 del título 15 previene un caso todavia mas estremado, y es cuando se suprime alguna Audiencia, en el cual el gobernador conocerá en vista de los asuntos pendientes en ese grado: remitirá los suplicados á la Audiencia á que fuere agregada la provincia; y llevará á ejecucion lo ejecutariado, como lo haria la Audiencia misma: caso, por cierto, raro siempre, y hoy mucho mas, por ser mas reducido el número de Audiencias, y tener una circunscripcion alguna de ellas, puede decirse que necesaria.

Está mandado que rijan en Indias la ley de vagos, el código de comercio, la ley de procedimientos en lo mercantil, el Reglamento provisional para la administracion de justicia en la forma dicha, y algunas otras disposiciones especiales, que modifican mas ó menos las prácticas y ordenanzas anteriores de aquellas Audiencias.

El ministerio fiscal se halla organizado en las mismas como actualmente en la Península.

Ultimamente, estando mandado que dichas Audiencias, en todo aquello en que no esté dispuesto lo contrario, se rijan por las prácticas y ordenanzas de las antiguas chancillerías de Valladolid y Granada, á esta regla hay que atenerse en todo caso de duda.

Es una especialidad en las Audiencias de Ultramar el que un magistrado de las mismas conociese en primera instancia de los pleitos sobre bienes de difuntos suplicándose de sus fallos para ante la Audiencia. Pero rigiendo en las de América el Reglamento provisional, que siendo trasladado en gran parte, de la ley de 9 de octubre de 1812, reduce las primeras instancias, salvo en los casos únicos que esceptúa, á los juzgados de ese nombre; en las Audiencias de Puerto-Príncipe y de la Habana, continúa dicho juzgado especial, mientras en la de Puerto-Rico, estaba devuelto el conocimiento en primera instancia al alcalde mayor de la capital, pero recientemente acaba de mandarse que vuelva dicho conocimiento á un magistrado de la Audiencia, como está en práctica en las demas.

Sobre ello, y sobre mas pormenores relativos á las Audiencias de Ultramar, véanse: el artículo **ADMINISTRACION** de justicia, Sec. 5, tom. 1, fol. 665: **APELACION**, tom. 3, págs. 81 y 204: el tít. 5, lib. 2. Recop. de Indias: Solorzano, Política indiana, tom. 2, cap. 5, lib. 5.: el mismo de *Indiano jure* tom. 2, lib. 4, cap. 3.°: Pichardo, autos acordados de las Audiencias de Santo Domingo, Puerto-Príncipe, y Habana, coleccion publicada en 1840, con licencia de las dos últimas Audiencias: Zamora, Legislacion Ultramarina, y el mismo, Coleccion de autos acordados de la Audiencia de la Habana, publicada en 1847.

Diremos en conclusion de la seccion presente, que de pocos años á esta parte las Audiencias de Ultramar han sufrido notables modificaciones en su organizacion relativa. Sabido es que antes estuvieron subordinadas al Consejo Supremo de Indias, el cual ejercia sobre ellas funciones judiciales y gubernativas. Suprimido el Consejo, fue reemplazado por el Tribunal Supre-

mo de Justicia de España y de las Indias, que tambien á su vez ha sufrido modificaciones, de todo lo cual trataremos en sus artículos respectivos. Suprimido el antiguo Consejo de Indias, reemplazado por el Consejo Real de España é Indias, y este á su vez por el Tribunal Supremo de Justicia del mismo título, en el cual hay una sala especial de Justicia denominada de Indias, el estado de cosas era el siguiente: en lo rigorosamente judicial las Audiencias dependen del Tribunal Supremo: los recursos de injusticia notoria y demas se ven en la sala de Indias: el tribunal pleno ejerce inspeccion en cuanto á disciplina y gobierno sobre las Audiencias. En todo lo demas estas dependian del ministerio de Gracia y Justicia, que en asuntos pertenecientes al órden judicial resolvia, oyendo ó sin oir al Tribunal, á la sala de Indias, ó á la sala de gobierno, segun los casos: en lo económico, político y gubernativo, trasmitia con el *cúmplase* las resoluciones de los demas ministerios, ó las detenia reclamando; llevando la cuestion en su caso hasta el Consejo de ministros. Pero recientemente por real decreto de 30 de setiembre de 1851 se ha mandado que todos los asuntos de Ultramar, á escepcion de los de Hacienda, Guerra y Marina, se despachen por la presidencia del Consejo de ministros, y por tanto dicha presidencia ha reemplazado al ministerio de Gracia y Justicia, siendo el resultado que las órdenes que antes las Audiencias, y el Tribunal Supremo á su vez, recibian por el ministerio de Gracia y Justicia, las reciban por la presidencia del Consejo de ministros, ó de su órden verbal por la direccion de Ultramar, cuyo director obra en ella, como subsecretario.

AUDIENCIAS. (APERTURA SOLEMNE DE LAS) Las Audiencias deben verificar su apertura solemne en el primer dia no feriado de cada año. Pero siendo esta ceremonia comun á otros tribunales, á fin de no repetir, trataremos de la apertura de todos bajo un mismo contesto. Y así, véase en TRIBUNALES.

AUDIENCIAS. (JUNTAS O SALAS DE GOBIERNO DE LAS) En el artículo ACUERDO y en el de AUDIENCIAS TERRITORIALES, seccion 5, hemos indicado ya la nueva creacion de *Juntas ó salas de gob ierno*, con que en parte, ó para la mayoría de los casos han sido reemplazados el *acuerdo*, *tribunal pleno*, *ó audiencia plena* de las Audiencias, y del Tribunal Supremo de Justicia. Y aunque el tratar de esta reforma, ó sea de la creacion, organizacion y atribuciones de las salas de gobierno, pudiéramos diferirlo para el artículo TRIBUNALES, como hacemos respecto á la apertura solemne de las Audiencias, la importancia de la reforma, el frecuente ejercicio de las salas de gobierno, y el no comprender á mas tribunales que á las Audiencias y al Supremo de Justicia, nos hacen creer mas ventajoso y hasta necesario el darle cabida en este lugar, por ser parte ademas de la organizacion de las Audiencias en unos puntos, y ligarse en otros tan íntimamente á ella.

Sobre este particular, ha de tenerse presente el decreto de creacion de las juntas, adicional á las ordenanzas de las Audiencias (1), y entre otras disposiciones del mismo, las siguientes:

Art. 1.° Se establece en el tribunal Supremo, y en cada uno de los superiores de la Península é islas adyacentes, una junta, que se denominará *Gubernativa de los tribunales.*

Esta junta la compondrán el presidente ó regentes respectivamente de dichos tribunales, los presidentes de sala y los fiscales.

Art. 2.° Corresponde á las juntas gubernativas la resolucion de todos los negocios que hasta ahora han sido de la atribucion de la Audiencia plena con arreglo al Reglamento provisional y ordenanzas, quedando no obstante en su fuerza y vigor el art. 48 del reglamento del tribunal Supremo, los capítulos 9 y 10 del tít. 1.°, y el art. 16 del cap. 3.° de las Ordenanzas de las Audiencias.

Será tambien de su atribucion:

(1) Real decreto de 5 de enero de 1844.

1.° Consultar á mi gobierno la separacion de los subalternos de real nombramiento, cuando lo crean justo y conveniente.

2.° Suspender á los mismos subalternos habiendo mérito para ello, salvas las atribuciones de las salas y de su presidente, que quedan sobre este punto en todo su vigor.

3.° Nombrar, suspender y separarar á los subalternos del tribunal que no son de mi real nombramiento, salvas tambien las atribuciones de las salas y sus presidentes.

4.° Consultar á mi gobierno la suspension de los jueces inferiores, habiendo motivo fundado, á los fines que espresa el artículo 66 de la Constitucion.

5.° Acordar la suspension de los promotores fiscales cuando hubiese mérito para ello, dando cuenta á mi ministro de Gracia y Justicia.

6.° Proveer en comision las interinidades por ausencia ó enfermedad de los jueces y promotores; estos últimos á propuesta del juez respectivo; y cuidar que estén provistas y servidas debidamente estas plazas. Los promotores propuestos por los jueces actuarán desde luego sin perjuicio de la resolucion ulterior de la junta, mientras no se provea la vacante en propiedad ó interinamente.

Lo prevenido en los tres artículos precedentes se entiende sin perjuicio de las providencias que los tribunales acuerden en sala de justicia con arreglo á las leyes, respecto de los puntos espresados, quedando en toda su fuerza y vigor las atribuciones que hoy tienen las mismas salas de justicia.

7.° Pedir á éstas copia de los estados generales de causas y pleitos pendientes y fenecidos para examinarlos é informar al gobierno lo conveniente á la administracion de justicia.

8.° Vigilar sobre las prácticas de las diferentes salas de los tribunales, dando cuenta á mi ministro de Gracia y Justicia cuando fuere conveniente ó necesario.

9.° Nombrar á uno de sus miembros ó al magistrado que se crea á propósito para la visita anual de los subalternos del tribunal.

10. La junta gubernativa del Tribunal Supremo velará por el buen comportamiento de los magistrados y fiscales de las Audiencias, y la de las Audiencias por el de los jueces y demas funcionarios judiciales, amonestándoles y dando cuenta al gobierno cuando las faltas sean graves, ó no produjesen efecto los medios empleados para reducirlos á su deber.

11. La junta designará á mi gobierno, al final de cada año, los cesantes de la clase de magistrados y jueces, y los letrados de marcada reputacion y probidad que puedan sustituir en ausencia ó enfermedad á los magistrados y fiscales.

12. La junta gubernativa nombrará un relator y un escribano de Cámara de los del mismo tribunal para los negocios de su incumbencia.

13. La junta está autorizada para oir el dictámen de la Audiencia plena, acerca de los negocios que juzgue convenientes, y para proponer á su exámen y decision aquellos en que lo crea necesario.»

Por el artículo 11 y último se declaran derogados los artículos del reglamento del Tribunal Supremo, ordenanzas de las Audiencias, y cualesquiera otras disposiciones contrarias á este decreto.

Posteriormente en real órden de 9 del propio enero, se hizo la siguiente declaracion:

«1.° Una vez á lo menos cada semana se reunirán las juntas gubernativas de los tribunales, para acordar sobre todos los negocios pendientes, procurando que sus sesiones no embaracen el despacho ordinario de las respectivas salas, ni el de los fiscales de S. M., sin perjuicio de que celebren todas las demas reuniones necesarias para la pronta espedicion de los asuntos.

2.° Correspondiendo á las juntas gubernativas todos los negocios que antes competian al conocimiento de la audiencia plena, salvo los que estan esceptuados en el artículo 2.° del citado real decreto (el anterior de 3 de enero), quedan suprimidos los cargos de relator y de secretario de aquella; y el sueldo que hoy disfruta este último, lo percibirá en lo sucesivo el es-

cribano de cámara, que lo fuere de la junta, el cual entenderá tambien en los negocios reservados á la Audiencia plena.»

A pesar de esta disposicion, como hay asuntos complicados y procesos y espedientes voluminosos, que requieren hábito y pericia para estractar y dar cuenta, cosa mas propia de un relator que de un escribano de cámara, la práctica en muchas Audiencias ó en todas, y la del Tribunal Supremo de Justicia, es la siguiente: el secretario de gobierno lo es al mismo tiempo de la presidencia, de pleno, y de la junta. Esta tiene su relator particular. El secretario dá cuenta de todo lo de ingreso y providencias, y dictámenes fiscales de sustanciacion. La dá tambien de los asuntos que estan en estado de resolucion definitiva; y si son de alguna entidad, como los informes y consultas á S. M.; ó si corresponden á lo judicial, ó contencioso: si es asunto que ha radicado, ó debe radicar en sala de justicia: si es en fin punto de ley, ó que requiera una estensa relacion, ó esposicion, se manda dar cuenta por relator, á cuyo fin la secretaría lo pasa al que lo es de la junta, ó sala de gobierno.

La misma práctica se observa en la audiencia plena, con la diferencia de que esta no tiene relator especial, si no que turnan los del tribunal.

La denominacion de *juntas* era mas nueva en lo judicial, y menos análoga que la de *sala*, y ya desde el principio empezó á prevalecer y ha prevalecido esta última. Así es que ya en real órden de 5 de julio de 1845 se dijo que «siempre que las *salas* de gobierno de las Audiencias hagan algun nombramiento de juez ó promotor en comision ó interino, en virtud de las facultades que les concede el real decreto de 5 de enero de 1844, lo participen los regentes al ministerio de Gracia y Justicia, con espresion del motivo que ocasiona el nombramiento.»

La creacion de las juntas ó salas de gobierno fue mal recibida por los acuerdos ó tribunales en pleno, por la sencilla razon de que disminuian la autoridad de estos. Sin embargo, la institucion no era nueva, ni carecia de precedente en nuestro órden judicial, pues sabido es que los Consejos, y muy especialmente el de Castilla, tenian sus salas primera y segunda de gobierno, distintas del pleno. La creacion de esta sala estaba ademas indicada por la de presidentes de sala, propietarios y especiales; y es por otra parte indudable que conduce mas á la espedicion de los negocios, por lo mismo que es mas fácil y menos molesta su reunion que la del tribunal pleno, puesto que es menos numerosa.

Habia y hay, sin embargo, un inconveniente esencial en la nueva institucion, y es que siempre la junta, reducida á pocos individuos, ofrece menos garantía de acierto, y cuando no, menos fuerza moral en sus dictámenes; á cuyo inconveniente se ocurre con la facultad que se dá á la misma de oir á la Audiencia plena, cuando lo crea oportuno; y el gobierno mismo en lo consultivo, segun la naturaleza de los negocios lo requiere, ó previene á la sala de gobierno oiga sobre ello al tribunal pleno, ó desde luego comete á este el asunto. De este modo, sin comprometer el buen consejo, se asegura en las nuevas salas gubernativas un medio mas espedito de gobierno.

Volviendo á las atribuciones de las salas de gobierno, los jueces de primera instancia conforme al reglamento de juzgados de 1.° de mayo de 1844 deben dar conocimiento á las mismas: segun el art. 6, de haber tomado posesion de sus juzgados: segun el 14, de haber cesado en sus cargos, ó hallarse imposibilitados por enfermedad: segun el 16, de las vacantes que ocurran de subalternos del órden judicial: con arreglo al 30, de los nombramientos interinos que hiciesen de promotor fiscal, por ausencia ó enfermedad del propietario; aunque esta disposicion ha sido algun tanto modificada segun las recientes órdenes relativas al ministerio fiscal: conforme al 38, del nombramiento que hicieren de secretario de gobierno: por el 46, en fin, de la licencia que concedieren á los escribanos.

Con arreglo al art. 60 corresponde á la sala de gobierno el determinar el número de alguaciles que haya de haber en los juzgados.

Ultimamente por el reciente decreto de vacaciones anuales y periódicas de los tribunales, las salas de gobierno de las audiencias, vacan, como los tribunales superiores, desde 15 de julio de cada año hasta 1.° de setiembre, quedando una sala estraordinaria que durante dicho período ejerce funciones de sala de justicia, de sala de gobierno y de tribunal pleno.

Ademas en el antedicho decreto de 1.° de enero se recomienda á las juntas de gobierno celebren sus sesiones cuando no embaracen el despacho de las de justicia, ni el de los fiscales. Pero estando mandado por real órden de 3 de enero de 1839 que los acuerdos ó audiencias plenas no se celebren antes del despacho de las salas de justicia; si no despues, ó bien á horas estraordinarias, eso deberá entenderse hoy con las salas de gobierno.

AUDIENCIERO. Oficio que equivalía al de portero de una audiencia, y aun de cualquier tribunal. Tenia á su cargo el cuidado de las puertas, y del órden y compostura de los concurrentes durante el acto de la audiencia pública.

AUDITOR. Traduccion de la palabra latina *auditor*, derivada del verbo *audio*, oir, atender. La historia nos enseña, y en los artículos **ASESOR**, **AUDIENCIA** y otros, hemos manifestado, que cuando los príncipes y autoridades legas han ejercido el cargo de administrar justicia, y aun en asuntos de gobierno, el deseo y necesidad del acierto, el buen sentido ha erigido en ley que se rodeen de personas facultativas ó de consejo. Así sucedia respecto de los pretores entre los romanos: de los condes entre los godos españoles: de los gefes militares, despues, corregidores de capa y espada, intendentes, etc., y en escala mas alta, repetimos, respecto de los príncipes y soberanos. Cuando la lengua latina era la del gobierno y de los tribunales, las mencionadas personas *sabidoras* y *de consejo*, atendida su permanencia cerca de las autoridades á las cuales dirijian ó aconsejaban, se denominaban *assesores*, esto es, el que se sienta junto á otro, ó juntamente con él: por razon del cargo, ó por el fin esencial del mismo, *auditores*, *consiliarios*: formado entre nosotros el romance se denominan con mayor ó menor analogía, *asesores*, *oidores*, *auditores*, *consejeros*, *consultores*, *consiliarios*, etc.

El uso ó las disposiciones de derecho determinan la propiedad y aplicacion de dichas denominaciones en sus respectivos casos. La de auditor es específica en lo militar y eclesiástico. En lo militar el auditor es siempre letrado: en lo eclesiastico no; y así se ven en la Rota ó tribunal de la nunciatura española, por ejemplo, que tratándose, como acabamos de indicar, de un tribunal, hay auditores que son solamente teólogos.

Por lo demas, los auditores son en general, segun se deduce, letrados ú hombres de derecho que aconsejan oficialmente á las autoridades legas que ejercen funciones judiciales ó jurídico-gubernativas. Los auditores, como los oidores y asesores, empezaron por ser consejeros meramente, y consejeros voluntarios: corrieron despues las mismas vicisitudes de ser aconsejantes, ora voluntarios, ora necesarios. Los oidores llegaron á tener jurisdiccion propia, y á ser jueces propiamente tales como hemos visto en el artículo **AUDIENCIA**. Los auditores tienen ó no jurisdiccion propia segun su clase: indicaciones generales que se aplican y desenvuelven convenientemente en los artículos especiales sucesivos, en los cuales tratamos por su órden de las diversas clases de auditores en lo militar y eclesiástico.

AUDITOR DE GUERRA. El letrado que conoce de los negocios civiles ó criminales correspondientes á la jurisdiccion militar en primera instancia, bajo la autoridad ó dependencia del capitan general de un ejército ó provincia.

Establecida dicha jurisdiccion, como única competente para conocer de los asuntos

concernientes á los militares y demas que gozan de su fuero, y encargado su ejercicio á los capitanes generales de las provincias ó de los ejércitos, personas gravemente ocupadas é imperitas en el derecho, era consiguiente la designacion de funcionarios conocedores de sus principios y disposiciones que bajo el nombre de asesores ó cualquier otro análogo les ausiliasen con sus conocimientos y con su esperiencia en los negocios judiciales. Fueron estos funcionarios al principio lo que naturalmente debian ser, meros asesores de aquellos elevados gefes militares, hasta que el tiempo hizo sentir la necesidad de regularizar su indispensable intervencion, dándoles mayor dignidad y mas seguridad y consistencia á su institucion. Entonces se crearon los auditores con su carácter propio, con sus facultades y atribuciones, y con los deberes y derechos que se establecen en las ordenanzas, en las leyes y demas disposiciones de la materia.

La importancia de estos funcionarios cuya intervencion forzosa en los asuntos judiciales del fuero militar, es tan frecuente como grave, nos lleva á presentar el resultado de todas aquellas disposiciones legales en una reseña tan exacta como nos sea posible hacerla, sin traspasar por eso los límites regulares que corresponden á este artículo; debiendo advertir ante todas cosas, que siendo de dos clases los auditores de guerra, ó por mejor decir, pudiendo considerarse bajo dos aspectos distintos, segun lo hace la ordenanza militar, á saber, como asesores de los capitanes generales de provincia, y como asesores de los capitanes generales de ejército, espondremos en primer lugar todas las consideraciones jurídicas referentes á los auditores de guerra, considerados genéricamente, por ser comunes á unos y otros, y despues haremos mérito de las que conciernen propia y peculiarmente á los auditores de los capitanes generales del ejército.

Escusado parece decir que tanto unos como los otros, elevados ya al rango de funcionarios públicos de la índole é importancia que se acaba de indicar, deben ser, y son en efecto, de nombramiento real. Solo el rey puede nombrar los auditores de guerra sin otra escepcion que el caso de interinidad por vacante ó ausencia del propietario, en el cual están autorizados los capitanes generales para nombrar un letrado en quien concurran las circunstancias de idoneidad, rectitud y opinion que exigen las leyes generalmente en todos los funcionarios del órden judicial. Semejante facultad se funda en la necesidad de que la administracion de justicia no se entorpezca ni difiera hasta que se provea de nuevo la plaza ó vuelva el propietario á encargarse de ella (1). Ni los auditores propietarios, ni los interinos pueden proceder al ejercicio de su cargo, sin haber prestado antes el oportuno juramento.

Háse disputado alguna vez si los auditores de guerra tienen propia y verdadera jurisdiccion inherente á las funciones que desempeñan; ó si tan solo ejercen la que reside en el capitan general, bajo cuya dependencia sirven sus empleos. Esta cuestion puede ofrecer dificultad en algun caso concreto y determinado que ha ocurrido ya efectivamente; como por ejemplo, cuando se tratara de resolver si un auditor puede ser elegido diputado por alguno de los distritos electorales comprendidos en la provincia ó distrito militar de la auditoria. Las consideraciones especiales que en este caso se cruzan, el aspecto puramente político de la cuestion, y la apreciacion que se haga de la mayor ó menor influencia que el auditor haya podido ejercer sobre los electores, decidirán la cuestion, ó en sentido afirmativo, como se resolvió en el caso a que hemos aludido, ó de otro modo distinto. Pero propuesta y considerada en los términos generales que la hemos anunciado, sin otra tendencia que la de calificar la jurisdiccion que ejercen estos funcionarios, nos parece muy sencilla y de fácil solucion. El art. 1, tít. 8, trat. 8, de las Ordenanzas militares, dispone que el auditor conocerá en todos

(1) Real órden de 17 de enero de 1713.

los negocios y casos de justicia, como persona en quien reside el *ejercicio de la jurisdiccion* del capitan general ó general en gefe del ejército, y en nombre de este encabezará las sentencias. Sin embargo de esta disposicion, al parecer tan clara, se suscitaron alguna vez dificultades sobre su inteligencia, dando ocasion á que por otra real órden (1), muy notable en esta materia, se declarara testualmente que la *jurisdiccion militar y su ejercicio debe residir en los capitanes generales* ó comandantes generales y gefes militares que la tienen declarada, y no en los auditores, aunque aquellos tengan precision de proceder en las materias de justicia con acuerdo de estos, y que dichos letrados puedan hasta cierto término sustanciar por sí las causas.

Partiendo del principio consignado en estas dos disposiciones, los auditores no pueden empezar ninguna causa civil sin decreto de los jueces en quienes reside la jurisdiccion. Tampoco pueden verificarlo en los criminales á no ser que importe tanto la brevedad que no pueda haber lugar á que preceda el parte correspondiente, sin embargo de lo cual deberán darle dentro de las veinticuatro horas. El interés de la administracion de justicia y la necesidad de reprimir pronta y eficazmente los delitos obligan á prescindir en este caso de aquella circunstancia prévia y esencial, lo cual, sin embargo, no destruye la exactitud del supuesto anterior. Pero una vez que los auditores hayan empezado á conocer, podrán decretar por sí todo lo que sea de pura sustanciacion; encabezando los autos interlocutorios y definitivos en nombre de los gefes, quienes firmarán en lugar preeminente á los auditores. Para acordar estas providencias, deberán ir á las casas de dichos gefes (2).

La naturaleza misma del cargo, que desempeña el auditor, exige que su conocimiento se estienda á todos los casos y negocios comprendidos en el órden de la jurisdiccion militar. Conoce, pues, de todas las causas civiles ó criminales de los individuos del fuero de guerra comprendidos en su distrito, esceptuando aquellas que deben juzgarse en consejo de guerra de oficiales, y conoce de todas las diligencias judiciales que se promueven ante él por los mismos individuos. Ademas de esta facultad general que constituye la esencia de su cargo, le competen, aunque con la dependencia que hemos indicado antes, atribuciones de que hacen espresa y particular mencion las disposiciones legales que vamos analizando.

Las leyes recopiladas cometian á los auditores de guerra respectivos de los reinos ó provincias el conocimiento de las causas civiles ó criminales de los coroneles de milicias y de los gefes que por ausencia de ellos ejercian su jurisdiccion en el departamento de los regimientos (1). La ordenanza del ejército atribuye tambien á los auditores el conocimiento de los inventarios con respecto á los militares que no tienen cuerpo fijo y al sargento mayor del respectivo regimiento, hoy segundo comandante. Esta disposicion dió lugar á diferentes recursos y dudas que suscitaban frecuentemente los juzgados y gefes subalternos de guerra, y para dirimirlas se dictó una real resolucion (2) por la cual se dispuso que si el auditor ó asesor militar de la provincia se halla en el parage en que falleciere cualquier individuo de guerra, aunque tenga asignacion á cuerpo, conozca privativamente en el inventario por comision del capitan ó comandante general; y si la muerte sucede fuera de la capital proceda á tomar conocimiento preventivo el gobernador de la plaza con su asesor, y á falta de este, los demas que designa. V. **INVENTARIO.**

Una particularidad muy notable establecen las leyes recopiladas con relacion al auditor de guerra de los presidios de Africa, y es que en él residen las dos jurisdicciones militar y ordinaria. En este concepto, el Tribunal Supremo de Guerra y Marina es privativo para conocer de todos los

(1) Real órden de 29 de enero de 1804.
(2) R. O. de 29 de enero de 1804.

(1) Leyes 8 y 11, tit. 4, lib. 6.
(2) R. O. de 18 de octubre de 1776.

recursos que se eleven contra las providencias dictadas por el espresado auditor en las causas de que conoce, bien sea como tal, bien como juez ordinario. La misma ley espresa la razon de esta medida, y consiste en que casi el todo de los presidios de Africa se compone de militares empleados en los ministerios de guerra y presidiarios, pudiendo conceptuarse como militares aun los pocos vecinos de ellos, por la calidad de presidios y la obligacion que tienen de acudir á su defensa (1).

Como en el desempeño de la jurisdiccion, cuyo ejercicio les está confiado, ha de serles indispensable muchas veces dirigirse á otros jueces ó tribunales del mismo ó distinto fuero, pueden los auditores librar despachos y comisiones para la práctica de todas aquellas diligencias judiciales que hayan de ejecutarse fuera del punto de su residencia. Tal facultad no pueden ejercerla, sin embargo, por sí mismos, sino en nombre del gefe militar bajo cuya dependencia y autoridad desempeñan la jurisdiccion. Estos gefes firmarán todos los espresados despachos, órdenes ú oficios, aunque estén acordados con los auditores (2), y para su cumplimiento podrán estos nombrar letrado que lo ejecute en los casos que lo pidan, y sino lo hubiere, darán comision con instruccion de lo que se haya de practicar á sugeto del ejército, quien deberá cumplirla puntualmente (3).

En el órden de estas relaciones oficiales con los demas jueces y tribunales, convendrá que los auditores tengan presente la disposicion de una ley recopilada que les impone la inescusable obligacion de dar cumplimiento á los exhortos, requisitorias, certificaciones, papeles y oficios que se les presenten de otros jueces ó tribunales, en la inteligencia de que estando claro el conocimiento del asunto á favor de la jurisdiccion ordinaria, deben darles el mas exacto y puntual cumplimiento castigándose á los que falten á este deber con proporcion á su esceso (1).

Los auditores deben arreglarse en la sustanciacion de los negocios judiciales á las leyes generales del reino, teniendo ademas muy presentes las ordenanzas y resoluciones posteriores. Tambien está declarado que tanto en los asuntos civiles como en los criminales deban atenerse á lo prevenido en el reglamento provisional para la administracion de justicia (2). Como consecuencia de esta disposicion está tambien prevenido que los capitanes generales en concepto de jueces militares, deban hacer visita semanal de cárceles sin perjuicio de las generales, habiendo introducido la práctica constante que las primeras las celebre el auditor, y las segundas el capitan general acompañado de aquel. Respecto de los deberes de los auditores en el acto solemne de la visita. V. VISITA DE CARCELES.

La imparcialidad y rectitud de que deben aparecer adornados estos funcionarios que tan directa y principal intervencion tienen en la administracion de justicia han sujerido la disposicion acertada de que los letrados que hayan intervenido como fiscales en las causas de los juzgados militares de ejército, marina y milicias si pasaren á ser auditores, no puedan entender en clase de jueces en las mismas causas (3). Tambien les está prevenido que no intervengan en las testamentarias de los militares, debiendo dejar en libertad á los herederos para formalizarlas estrajudicialmente segun lo haya dispuesto el testador (4).

Cuando les sea indispensable practicar algunas actuaciones en estas mismas testamentarías deberán valerse de los escribanos de guerra segun les está prevenido en otra disposicion (5).

En la determinacion y fallo de los negocios judiciales, deben atenerse por punto general á las leyes del reino; y en las causas formadas contra individuos de los cuerpos

(1) L. 6, tit. 5, lib. 6 Nov. Recop.
(2) R. O. de 20 de enero de 1804.
(3) Art. 3, tit. 8, trat. 8 de las ord.

(1) Ley 25, tit. 4, lib. 6, Nov. Recop.
(2) R. O. de 11 de octubre de 1836.
(3) R. O. de 25 octubre del 1806.
(4) R. O. de 20 de octubre de 1785.
(5) R. O. de 16 de noviembre de 1775.

del ejército observarán ademas las ordenanzas y resoluciones posteriores, espedidas para el régimen y gobierno de dichos cuerpos.

La real órden que hemos citado ya de 25 de diciembre de 1806, dispone que en todas las causas en que se imponga á los reos pena corporal, espresen los auditores por fin de los autos definitivos ó sentencias que antes de su ejecucion se consulten con el Consejo (hoy Tribunal Supremo de Guerra y Marina), el cual ó la aprobará desde luego, ó mandará que venga por su orden y oirá á los reos en segunda instancia ó en tercera, si lo requieren las circunstancias.

Siempre que á los auditores se les pida algun informe relativo á negocios en que estuvieren conociendo, asi por el gobierno, como por cualquier otro tribunal superior, lo evacuarán sin suspender su curso, á menos que en algun caso particular se dispusiere lo contrario con arreglo á las reales órdenes de 10 de enero de 1770.

En órden á la responsabilidad que pueden producir estos mismos fallos judiciales por el mayor ó menor acierto, y por la legalidad que presiden á ellos, está declarado que solo serán responsables los auditores, á no ser que los gefes militares que ejercen la jurisdiccion, se separen de ellos como pueden en cuyo caso responderán estos de su resultado (1).

Uno de los abusos que se habian introducido con el tiempo y en fuerza de la propension que hay generalmente á ensanchar el límite de las propias atribuciones, fue el de nombrar tenientes de auditor en las plazas subalternas para el conocimiento de los negocios militares que en ellas ocurrian. Estos tenientes conocian en primera instancia, á no ser que la Auditoría avocase, como solia hacerlo, el conocimiento: no verificándolo y pronunciada sentencia por el teniente de auditor conocia este por via de apelacion ó nulidad. Esta práctica quedó derogada á consecuencia de la real órden espedida en 25 de octubre de 1820, en la cual, oido el Consejo de Estado, y conformándose el rey con su parecer, se declaró que la nota que se halla en el Colon, tomo 1.° fól. 63 de la segunda edicion, dice: «que los auditores generales establecidos en las capitales de provincia, tienen subdelegados en las plazas subalternas de cada uno para el conocimiento de los negocios militares que allí ocurran, y estos, durante su comision, deben tambien gozar del fuero militar como dependientes de la capitanía general; y no estando el teniente de auditor autorizado en provincia por ordenanza, ni por la nota de Colon, mas que para entender segun está en los negocios militares, no deben fallar en juicio, ni remitir en apelacion al auditor general, si no desde luego pasar á la auditoría general, que es el verdadero tribunal, todo lo actuado para que recaiga sentencia; que la práctica que en contrario se haya seguido, habrá sido un abuso introducido, que debe cesar inmediatamente, quedando como juzgado de primera instancia la auditoria general y el derecho espedito á las partes para que en segunda y tercera, puedan recurrir al tribunal especial de Guerra y Marina, segun lo prevenido en el art. 4 del decreto de las Córtes de 1.° de junio de 1812, y únicamente podrá fallar en las causas como juzgado de primera instancia el teniente de auditor general, y con aprobacion del general en gefe en los casos que previene la Ordenanza del ejército en el art. 5, trat. 8, tít. 8.»

Ademas de las facultades y atribuciones espuestas hasta aquí, que competen á los auditores como jueces ordinarios, digámoslo asi de la jurisdiccion militar, deben tener presentes otras prevenciones que hallamos establecidas en las leyes y ordenanzas, para el caso en que deban intervenir en los Consejos de guerra ordinarios ó generales. En los primeros deben examinar atenta y escrupulosamente los procesos, y manifestar por escrito en el término preciso de 24 horas, si está ó no bien sustanciado ó si adolece de algun defecto que vicie la sustanciacion; no siendo asi, deberá dar su dictamen al gefe militar, estendida que sea la senten-

(1) R. O. de 29 de enero de 1804.

cia para que con presencia de él la apruebe ó desapruebe. En los consejos de guerra de oficiales generales, debe estar presente para el único objeto de ilustrar al presidente ó á los vocales en cualquier duda ó dificultad que pudiera ocurrir, pero sin derecho alguno á votar como espresamente lo determinan las Ordenanzas y otras disposiciones posteriores (1). Terminado el acto, y remitido el proceso por conducto del capitan general de la provincia ó del ejército, se pasa al auditor el cual tiene el deber de dar su dictámen, aunque en distinta forma, segun la calidad de la sentencia. Si esta no es de las que causan ejecutoria, debe manifestar los defectos de que adolezca el proceso, pero sin aconsejar al capitan general que la apruebe ó desapruebe, porque esta es atribucion especial del Tribunal Supremo. Si la sentencia fuere de prision, deberá aconsejar al gefe que designe el castillo, en el cual deberá sufrirla el reo. En las causas en que la sentencia fuere ejecutoria, se abstendrá de calificar los méritos y resultado del proceso, limitándose á aconsejar al capitan general, que remita el proceso en consulta al Tribunal Supremo, sin aconsejarle por desacertada que sea que la desapruebe (2).

Con relacion á estos casos, tan frecuentes en el ejercicio de las funciones de los auditores, hay algunas declaraciones que conviene no perder de vista. En primer lugar habiéndose estendido el auditor de cierto distrito á manifestar en su dictámen que la sentencia se hallaba arreglada, se declaró que esta calificacion no era de sus atribuciones por la naturaleza ejecutoria del fallo, y se le hizo entender para en adelante que las de esta clase no estan sujetas á censura (3). Por una real órden posterior se mandó apercibir al auditor que habia intervenido en el negocio á que era referente, para que en lo sucesivo, al examinar los procesos no omitiese señalar las faltas que notase en la sustanciacion (1). Tambien se mandó advertir en otro proceso al auditor que habia conocido de él, que en lo sucesivo, bajo ningun pretesto propusiese la suspension de la ejecucion de las sentencias que causan ejecutoria con arreglo á Ordenanza (2). Por último, se ha repetido en diferentes ocasiones, y por distintas reales órdenes la declaracion relativa á la prohibicion de calificar los fallos de los consejos de guerra de oficiales generales en sentencias que causan ejecutorias.

En las comisiones militares ó consejos de guerra permanentes, la intervencion de lo auditores está limitada á dar su dictámen al capitan general cuando este les manda pasar el proceso proponiendo la aprobacion ó desaprobacion del fallo. V. COMISION PERMANENTE.

Inútil es decir despues de lo espuesto que los auditores de guerra gozan del fuero militar. Sin embargo, está declarado á consulta del estinguido consejo de la guerra que dichos funcionarios permanecen sujetos á la jurisdiccion ordinaria cuando delinquen ó deben ser correjidos y castigados en concepto de abogados, debiendo en tal caso recurrir á los tribunales de la misma jurisdiccion sintiéndose agraviados, y en el de que no se les oiga usar de los recursos que les permitan las leyes por la via correspondiente (3).

Los auditores no pueden abogar: el ejercicio de su empleo, que les obliga á consagrarse asíduamente á las funciones judiciales, es incompatible con el de la abogacía. Los que lo son en propiedad gozan el sueldo entero á contar desde el dia que principian á desempeñarle. Este sueldo, despues de muchas alteraciones hechas en el particular, se fijó definitivamente en treinta mil reales para el de Castilla la Nueva, y en veinte y cuatro mil para todas las demas capitanías generales. Su categoría es igual á la de los magistrados de las audiencias segun está declarado en varias disposiciones dictadas por el ministerio de la

(1) Art. 2. tit. 6. trat. 8. y R. O. de 24 de febrero de 1833.
(2) Circular del Trib. Sup. de Guerra y Marina de 21 de mayo de 1848.
(3) Real órden de 20 de enero de 1843.

(1) Real órden de 15 de noviembre de 1846.
(2) Real órden de 14 de marzo de 1847.
(3) Real órden de 7 de marzo de 1796.

Guerra, y la ley 13, lib. 6, tit. 12 de la Novísima Recopilacion, les hizo estensivo el tratamiento de *señoría* concedido á los oidores de las Chancillerías y Audiencias, añadiendo que debian gozar de las mismas preeminencias y distinciones que estos en los casos que tengan que tratar con ellos por escrito ó de palabra. Sin embargo, esta consideracion de magistrados, que dispensan á los auditores las disposiciones citadas, se entiende únicamente en el órden militar y para los efectos en él comprendidos, mas no en el órden civil ó judicial, en el que se requieren circunstancias especiales y determinadas. Asi un auditor, por el mero hecho de serlo y no reuniendo las condiciones especiales que se exijen para poder obtener el cargo de magistrado, no será considerado con la aptitud necesaria á este objeto. Hasta hace poco tiempo se concedian honores de auditores á los letrados: hoy han quedado suprimidos y no pueden concederse á consecuencia de lo dispuesto en la real órden de 26 de diciembre de 1846. Las viudas de los auditores é hijos, tienen opcion y derecho al monte-pio militar, y en este concepto sufren los descuentos de su sueldo que conforme á los reglamentos les corresponden. Con este motivo en real órden de 13 de diciembre de 1831, se declaró que todos los auditores de guerra que no hayan sufrido los descuentos respectivos para el monte-pio con anterioridad al 1.° de julio de 1828, los sufran desde que obtuvieron su nombramiento hasta fin de junio de dicho año, abonándolos dobles hasta estinguirlo.

El art. 10, tit. 8, trat. 8 de las Ordenanzas dispuso que los auditores no llevasen derechos en las causas criminales, ni en los testamentos abintestatos y particiones de bienes; que en las demas causas los exijirian con arreglo á los aranceles establecidos para el consejo de Castilla, revocando cualquier arancel, practica ó providencia que en alguna provincia se hallase establecida de llevar derechos dobles. Esta disposicion no se entendio respecto de los litigantes que no eran de la jurisdiccion militar, y en su consecuencia se declaró (1) que cuando estos litiguen en las auditorías de guerra civil ó criminalmente, podrán exijir los auditores los derechos que por su parte se causen con arreglo á los aranceles formados para los juzgados de provincia y número. Tampoco pueden llevarlos los auditores ni en los tribunales de la corte ni en otro alguno del reino por los informes que S. M. ó las autoridades superiores les pidieren, debiéndose reputar estos trabajos como de oficio (2). Tambien está declarado que no lleven derechos á los militares y demas del fuero de guerra en las causas criminales que se sigan en sus juzgados por delitos comunes, no impidiendo esto, sin embargo, que en las sentencias con arreglo á las leyes se les imponga á los que resulten reos en parte de pena, la condenacion de costas en la forma ordinaria (3). En real órden de 1.° de mayo de 1833, se previno que los auditores pudieran percibir derechos en los casos que señalan la Ordenanza y reales órdenes que tratan de esta materia, arreglándose á los aranceles de provincia y número, ó en su defecto á la práctica de los juzgados civiles al tenor de la real órden de 20 de abril de 1769. Pero últimamente, en el particular de que se va tratando, se ha dictado una importante resolucion que fija las reglas que deben observarse en los términos siguientes:

Art. 2.° Con este aumento de sueldo (el espresado anteriormente) será simultánea la prohibicion de dichos auditores de llevar derechos de ninguna clase.

3.° Los derechos que segun el arancel vigente corresponden á los auditores en los procesos, ingresarán en las tesorerías de rentas de las provincias.

4.° Al efecto nombrarán los auditores un depositario interino, en cuyo poder y bajo su responsabilidad tendrán entrada dichas cantidades.

5.° Ningun auditor firmará ni rubricará

1) Real orden de 20 de abril de 1769.
2 Real orden de 3 de noviembre de 1847.
3 Real orden de 27 de marzo de 1834.

providencia ni actuacion alguna, sin que se le presente préviamente por el escribano recibo del depositario interino, del que resulte haberse satisfecho por las partes los derechos correspondientes, en el cual se pondrá por el auditor la nota de presentado para devolverle al escribano.

6.° Cualquiera infraccion de la regla precedente sujetará al auditor á una multa de cien rs. de irremisible exaccion.

7.° Cada tres meses dispondrá el auditor que se pasen á la tesorería de rentas los fondos que existan en poder del depositario procedentes de los espresados derechos.

8.° A la entrega acompañará certificacion del depositario con la conformidad del escribano ó escribanos de los auditores, y visto bueno del auditor.

9.° Para este fin se llevará un registro por las personas mencionadas, en el que se anoten los derechos que se devenguen y satisfagan. El registro del escribano se confrontará con el del auditor al fin de cada trimestre.

10. Al terminar el primer año remitirán los auditores al Tribunal Supremo de Guerra y Marina copia del registro, totalizando las cantidades que hayan sido percibidas y entregadas en las depositarías de rentas con espresion y justificacion de estar conformes los asientos de este registro con los del escribano ó escribanos y el del depositario (1).

Los auditores de guerra son ademas en sus respectivos distritos militares subdelegados para la recaudacion de los fondos de penas de cámara del fisco de Guerra y Marina, y como tales deben tener en su poder un prontuario, en el que anoten todas las multas que se impusieren con aplicacion al espresado fisco en las causas falladas en sus respectivos juzgados, espresando la cantidad ó importe de la multa, causa que la motiva y nombre del sugeto ó sugetos penados. Las obligaciones que en este concepto de subdelegados del ramo incumben á los auditores, se indicarán con la debida estension en su lugar oportuno.

Ademas de los auditores generales de guerra, hemos dicho al principio que los hay tambien de ejército. La mayor parte de las disposiciones que hemos mencionado en este artículo tienen aplicacion á estos últimos funcionarios, que se conocen con la denominacion de auditores generales de los ejércitos en campaña. Existen, sin embargo, algunas otras que son peculiares de estos últimos funcionarios, y vamos á esponer brevísimamente, como lo hemos anunciado al principio para completar este artículo.

Cuando en tiempos de guerra se nombran capitanes generales de ejército en campaña, reasumen estos en sí una parte de las facultades, y de la jurisdiccion que habitualmente ó fuera de semejantes circunstancias competen á los capitanes generales de provincia ó de distrito. Como las atribuciones de los capitanes generales de ejército son tambien judiciales, preciso es que para su ejercicio en materias tan agenas de su conocimiento hayan de valerse del auxilio de personas peritas en el derecho; tal es la razon porque se han establecido los auditores generales de ejército en campaña.

Estos funcionarios á quienes nombra el rey, intervienen como desde luego se comprenderá en todos los negocios propios de la especial jurisdiccion que ejercen los capitanes generales, dándoles su consejo ó parecer en las cuestiones de derecho, sustanciando bajo su autoridad las causas y desempeñando en una palabra las funciones propias de su encargo y del objeto de su nombramiento. V. CAPITAN GENERAL DE EJÉRCITO EN CAMPAÑA.

Ademas de esta atribucion general que les compete, conoce el auditor de la contravencion á las leyes de policía y buen gobierno publicadas para el buen órden de los campamentos (1); interviene en las pri-

(1) Real órden de 30 de marzo de 1848.

(1) Reales órdenes de 7 de noviembre y 8 de octubre de 1750 y de 29 de enero de 1781.

meras diligencias y formacion de causas en sumario de los reos aforados que se refugien á la iglesia del cuartel general (1); y como el capitan general tiene la facultad de publicar los bandos que creyere convenientes para la disciplina del ejército y el buen órden de las operaciones militares, previenen las Ordenanzas que el auditor deberá atenerse á la literal estension de dichos bandos para el juicio de los reos contraventores, puesto que han de tener fuerza de ley y comprender su observancia á cuantos sigan el ejército, sin escepcion de clase, estado, condicion, ni sexo (2). Deberá sin embargo, tener presente el auditor del ejército que á pesar de esa facultad absoluta que compete al capitan general para publicar dichos bandos, no puede conocer sino de la infraccion de aquellos cuyo privativo conocimiento se haya reservado el mismo capitan general, ó que versen sobre delitos que no espresa la Ordenanza, pues los señalados en esta bajo alguna pena debe juzgarlos el consejo de guerra ordinario de oficiales del cuerpo (3).

No solamente conocen los auditores generales de los negocios concernientes á personas sometidas inmediatamente á la autoridad del capitan general del ejército de operaciones, sino que lo hacen tambien en ciertos casos de los que corresponden á individuos de los cuerpos privilegiados. Así está declarado que los auditores de guerra de los ejércitos hagan las veces de subdelegados del asesor general de todos los cuerpos privilegiados en aquellos procesos en que á juicio del consejo de guerra que ha de fallarlos, no deban remitirse al asesor general, y sí decidirse con rapidez y sin dilaciones, entendiéndose que no pueden conocer de los demas casos, y que así como esta delegacion no les hace dependientes del asesor general, tampoco les da privilegio alguno (4).

En el caso de que fuera preciso nombrar promotor fiscal para el curso de algun negocio, podrá verificarlo el auditor prévia la aprobacion del general en gefe, á quien debe dar cuenta de la necesidad de elegirle y participarle el que nombre.

Cuando parte del ejército residiere en un punto situado á considerable distancia de donde exista el resto, el auditor de acuerdo con el capitan general elegirá un letrado que administre justicia dando cuenta de todo al mismo auditor, y este al capitan general para que apruebe ó desapruebe lo que se haya ejecutado. Estos letrados, son los tenientes de auditor de que hemos hablado antes, y que hemos dicho puede nombrar el auditor general en campaña con aprobacion del general en gefe, segun el art. 5, trat. 8, tít. 8 de las Ordenanzas, que dice: «dividiéndose el ejército en dos ó mas partes á mucha distancia, tratará el auditor general con un capitan general, para la eleccion de persona que les administre justicia, dando cuenta de todo al auditor general, y este al general en gefe, para aprobar, revocar ó moderar lo que hubiese obrado.» De las sentencias del auditor general del ejército, no se concede apelacion y solo se permite al agraviado recurrir en queja al rey del agravio ó injusticia que se le hubiese inferido.

Ultimamente, disponen las Ordenanzas que en la toma de las plazas cuando se tratare de inventariar los pertrechos de guerra y demas que se hallaren, asista el auditor general para que se cumplan exactamente las órdenes que el general en gefe le dictare.

En cuanto á los auditores de guerra de Indias, poco tenemos que añadir. Establecidos en las capitanías generales de la Habana, Puerto-Rico y Manila, son aplicables á ellos todas las disposiciones contenidas en las Ordenanzas militares, leyes y demas que hemos citado. Diferencianse allí tambien de los asesores de guerra, porque las funciones de estos estan limitadas á dirijir en lo judicial á los gobernadores militares. Gozan de las mismas preeminencias y distinciones, y disfrutan, el de la Habana el

(1) Real órden de 26 de junio de 1786
(2) Art. 5, tit. 8, trat. 8, Ordeo.
(3) Real órden de 26 de junio de 1785.
(4) Real órden de 17 de agosto de 1840.

sueldo de 1,000 pesos, señalado últimamente en real órden de 4 de mayo de 1836; el de Manila el de 1,500 pesos con que se consideró en el presupuesto de 1840, y de igual dotacion la auditoría de Puerto-Rico (1). Cobran tambien derechos y rígen para ello los aranceles aprobados de la jurisdiccion ordinaria. La real órden de 30 de setiembre de 1815, cuyas disposiciones conviene tener presentes al hablar de los auditores de Indias, declaró entre otros puntos, que no es del caso referir, que si fuera conveniente en algun punto de América reasumir las atribuciones de los empleos de auditor de guerra y asesor de lo político en un mismo sujeto, tocaria á la cámara de guerra la consulta en atencion á que los auditores tienen mayor carácter por la consideracion de oidores; que en observancia de la real órden de 22 de mayo de 1815 no se nombrarán ministros de las audiencias para ejercer empleo de auditores de guerra; que para evitar el abuso de que algunos asesores se consideren con las facultades de auditores, debia declarar S. M que solo en los vireinatos, capitanías y comandancias generales habia de haber auditores de guerra, y en consecuencia que no se consideraran tales los asesores de los gobiernos y comandancias subalternas, ni pudieran exijir el tratamiento de señoría, ni usar de su uniforme, ni aun de la escarapela por no estar aforados ni espedírseles reales títulos.

AUDITOR DE MARINA. Razones de conveniencia pública y de conocido interés para el fomento de la navegacion y del comercio, exigieron el establecimiento de juzgados especiales de marina, con las atribuciones y facultades que veremos en su oportuno lugar. Puesto el ejercicio de esta jurisdiccion importante por los objetos á que se contrae á cargo de gefes militares, no conocedores del derecho, era consiguiente la eleccion de letrados, que haciendo las veces de asesores pudieran dirigirles en la prosecucion de los asuntos judiciales. Los asesores, pues, que se nombran para asistir con su consejo y dictámen á los capitanes generales de departamento ó de apostadero, son los que hoy conocemos con el nombre de auditores de marina. Decimos que los conocemos hoy, porque antes se llamaban auditores los letrados que en cada capital de provincia asistian á los comandantes de ellas, para determinar en justicia los pleitos y demas negocios criminales ó contenciosos, pertenecientes al juzgado de marina (1); pero desde que se publicó el decreto orgánico de 28 de setiembre de 1826, empezó á llamarse á estos funcionarios asesores, quedando reservada la denominacion de auditores, como hemos dicho, para los asesores de los capitanes generales de apostaderos ó departamentos.

Estos funcionarios son de nombramiento real, estando dispuesto en el art. 29, tít. 1.° de las Ord. de mat., que si los capitanes generales en sus respectivos departamentos, tuviesen justos motivos contra la conducta de sus auditores, y juzgaren debido relevarles del empleo, den cuenta á S. M. proponiendo, como en caso de voluntaria separacion del empleo, en el de fallecimiento ó en el de inutilizarse, tres sugetos, los mas idóneos, dando la preferencia en igualdad de circunstancias, á los que esten sirviendo en los distritos del mismo departamento, haciendo memoria de los fiscales del juzgado de marina en las capitales del departamento y provincias. Con el mismo objeto de facilitar el acierto en la eleccion de estos funcionarios, está dispuesto que en el caso de quedar vacantes las auditorias de marina, se publique en las provincias por término de quince dias, á fin de que llegue á noticia de los letrados que puedan aspirar á ellas (2).

El auditor está obligado á emplearse en todo lo correspondiente á su profesion segun las órdenes que reciba del comandante, no solo en la capital del partido, sino en

(1) Biblioteca de legisl. ultram. por D. José María Zamora.

(1) Ley 3, tit. 7, lib. 6 Nov. Recop.
(2) Real órden de 28 de febrero de 1818.

cualquiera otra parte dentro de sus límites á donde le mandase aquel trasladarse para evacuar las diligencias que fuesen necesarias (1). El ejercicio de su autoridad, ó mas bien de sus funciones, se regula por la estension de las atribuciones judiciales que competen al capitan general del departamento. Interviene por consiguiente en todos los actos, juicios y diligencias en que este funcionario debe intervenir como autoridad judicial, para dirigirle con su consejo y con sus conocimientos facultativos.

Consiguiente á este principio está declarado que deben asistir los auditores precisamente á los consejos de guerra de oficiales generales, para que como asesores sin voto, puedan iluminar en los casos dudosos al presidente y á cualquiera de los jueces que para asegurar el acierto les pregunten (2). Véanse sobre este punto los artículos JURISDICCION, JURISDICCION DE MARINA.

Por repetidas reales órdenes estaba mandado, que los auditores acompañasen con un estracto los espedientes gubernativos y judiciales que debiesen remitir á la superioridad; pero en real órden de 31 de enero de 1830, se mandó cesar en esta práctica en razon á que el tribunal Supremo tenia sus relatores para la formacion de los apuntamientos. A la manera que se ha dispuesto respecto de los auditores generales de guerra, se halla prevenido en órden á los de marina, que los letrados que hayan intervenido como fiscales en las causas de marina, si pasaren á ser auditores no puedan entender en clase de jueces ó asesores en las mismas causas, y que en todas las que impongan á los reos pena corporal, espresen por final de los autos definitivos ó sentencias que antes de su ejecucion se consulten con el consejo, el cual ó las aprobará desde luego, ó mandará que vengan por su órden y oirá á los reos.

Por real decreto de 28 de setiembre de 1826, se mandó que en cada uno de los juzgados del departamento de Cádiz y apostaderos del Ferrol y Cartagena, hubiese un auditor con el sueldo de cien escudos mensuales por todo haber y los derechos de arancel en los casos que les correspondan. Tambien se les declaró opcion á ministros de las audiencias en vacantes que hubiere despues de 18 años de servicio en este empleo sin nota; y por último, se determinó que los auditores de dichos departamentos sean incorporados en el monte-pio militar, con sujecion á los descuentos y formalidades prescritas en el reglamento.

Los auditores de marina pueden abogar en otros tribunales (1), sin otra limitacion que la establecida en la real órden de 8 de diciembre de 1800 en el caso de delinquir ó haber quedado sujetos á censura y castigo en el uso de la abogacía. Dicha concesion se dictó teniendo presente la dificultad de dotar completamente á estos funcionarios; no parece, sin embargo, que este aumento de gastos en el presupuesto pudiera ser equivalente en importancia y gravedad á los inconvenientes que puede ofrecer á la administracion de justicia en este ramo el uso simultáneo de aquella profesion y de las atribuciones judiciales que ejercen los auditores.

Los auditores de marina no pueden usar el título ó denominacion de generales como solian hacerlo en algunas ocasiones. La real órden de 27 de mayo de 1828 lo prohibe espresamente, disponiendo que los auditores de marina del departamento y apostaderos, no se den otro título que el que corresponda en su clase, escusando el general que no les pertenece.

Los auditores cobran tambien derechos por sus actuaciones en todos los asuntos peculiares de su conocimiento. La práctica en este particular, fue varia hasta que publicados los aranceles para la jurisdiccion ordinaria, se declaró á consulta del auditor de un departamento, que debian observarse en los juzgados de marina con las modificaciones que contiene el real decreto de 22 de mayo de 1846 (2).

(1) Art. 26, tit. 1.° Ord. de Mat.
(2) R. O. de 7 de febrero de 1846.

(1) Real órden de 2 de agosto de 1807.
(2) Real órden de 18 de marzo de 1848.

Los auditores de marina son conocidos tambien en Ultramar. El art. 25, tít. 1.° de la ordenanza de matrículas de 12 de agosto de 1802, inserto en la ley 3, tít. 7, lib. 6 de la Novísima Recopilacion que hemos citado antes, y por el cual se determinó que en cada capital de provincia, para que los comandantes pudieran determinar en justicia los pleitos y negocios contenciosos, hubiera un letrado á quien se espediria el correspondiente título de auditor de marina, se halla vigente en Ultramar, en conformidad á lo dispuesto en el art. 28, tít. 6 de la misma ordenanza. Igualmente se halla en completa observancia en aquellos dominios, la real órden de 26 de setiembre de 1826, de que tambien hemos hecho indicacion á consecuencia de lo dispuesto en la de 2 de abril de 1827; por consiguiente gozaban los auditores ademas de su sueldo los derechos de costumbre y tienen opcion á plazas de magistrado en los términos que hemos espuesto.

Por consecuencia de lo dispuesto en las leyes de Indias, no pueden recaer estos destinos en naturales y vecinos de las mismos pueblos y jurisdicciones, y deben proveerse en personas beneméritas de buenas circunstancias idóneas y celosas del servicio público.

Los derechos que venian percibiendo los auditores de Marina en la Habana, especialmeate habian llegado á ser tan arbitrarios como escesivos. En una real órden de 21 de febrero de 1784 se previno á la comandancia de marina del apostadero de la Habana, que en el arancel entonces encargado á la Audiencia del territorio, se comprendiese el arreglo de derechos del juzgado de marina en la Habana, y por la ley 138, lib. 2, tít. 15 de la Recopilacion de Indias, se previno terminantemente que los derechos no escediesen del *cinco tanto* de los que en estos reinos se podian llevar. Esto sin embargo, el abuso llegó á ser tan notable, que el comandante general del apostadero de la Habana se vió en la necesidad de dirigir al ministerio de Estado y del Despacho de Marina, dos comunicaciones, una en 24 de setiembre de 1845, y otra en 9 de agosto de 1849, en las cuales, despues de manifestar los abusos perjudiciales al crédito y opinion del juzgado de marina ocasionados por la variacion frecuente de la persona del auditor, propuso en la primera la reduccion de los derechos de vista y de ocupacion á una sesta parte en los pleitos y causas en que se devengan por el auditor, y en la segunda la subrogacion de las vistas y demas emolumentos, dotando al auditor con sueldo fijo como lo están los alcaldes mayores de la Habana. Esta consulta dió lugar al real decreto de 9 de setiembre de 1849, espedido con audiencia del Consejo Real, por el cual se resolvió:

Primero; en las vacantes que legalmente ocurran del empleo de auditor de marina del apostadero de la Habana, se proveerá esta plaza con arreglo á las disposiciones vigentes en letrado benemérito, de servicios probados en la carrera, no natural ni vecino del distrito á que se estiende la jurisdiccion de marina.

Segundo; en ausencias del auditor con mi licencia ó con la del comandante general del apostadero y en los casos de impedimento físico ó legal, asi como en vacante por promocion, muerte ó dejacion, el fiscal letrado despachará los negocios de la auditoria, y al fiscal sustituirá en el interin un abogado que nombrará el comandante general del apostadero.

Tercero; estos funcionarios interinos no percibirán otros derechos que los ordinarios de sustanciacion y en ningun caso los de vistas de los procesos en que intervengan.

Cuarto; el auditor devengará los derechos de vistas de autos á su entrada en el empleo; pero cuando despues de haberse hallado ausente ó impedido física ó legalmente se encargue del despacho, no los percibirá por el aumento de hojas en los autos instruidos con el dictámen ó intervencion del sustituto ni por lo obrado anteriormente.

Quinto; los derechos procesales en el juzgado de marina se regularán ajustándolos á los aranceles vigentes en el territorio de la Audiencia, y á las modificaciones que

este tribunal hiciere en cumplimiento de la órden de su aprobacion comunicada al capitan general, gobernador presidente por el ministro de Gracia y Justicia en 24 de diciembre del año próximo pasado, con encargo de que se reduzcan de modo que no escedan del cinco tanto de los que se pueden llevar en la península.

En el apostadero de Filipinas, hay tambien auditor de marina como hemos indicado. Por una real órden de 8 de julio de 1832, se dispuso que este cargo lo desempeñase un oidor de la Real Audiencia de Manila, con 500 pesos fuertes anuales de sobresueldo. Por otra de 21 de junio de 1847, se mandó que el juzgado de la comandancia general de marina del apostadero de Filipinas, se igualase en el personal y goces con el de la propia clase en la Habana, esceptuándose únicamente la auditoria. Mas por el decreto anteriormente citado de 9 de setiembre de 1849, se dispuso, que las reglas en él establecidas para la auditoria de marina del apostadero de la Habana se observen en todas sus partes respecto de la del apostadero de Filipinas, quedando por consecuencia derogadas las reales disposiciones anteriores.

AUDITOR DEL VICARIO GENERAL DE LOS EJERCITOS. Es el delegado que el patriarca de las Indias como vicario general de los ejércitos, tiene en Madrid para ejercer la jurisdiccion eclesiástica que le está conferida. Investido el vicario general de esta jurisdiccion con las facultades y atribuciones que esplicamos en el artículo correspondiente, y no pudiendo desempeñarla por sí mismo, la ejérce en la córte por medio de un auditor, como en las provicias lo hace por medio de los subdelegados castrenses. El auditor conoce en primera instancia y en el territorio del arzobispo de Toledo, de todas las causas y negocios sujetos á la jurisdiccion eclesiástica y correspondientes á la del vicario general; conoce en la forma comun, y por los trámites ordinarios establecidos para los demás tribunales eclesiásticos, y de sus decisiones y providencias se apela al de la Rota de la nunciatura en España. En cuanto á estas apelaciones, conviene tener presente, que habiéndose dudado en otro tiempo si deberian decidirse y ejecutoriarse en los juzgados propios y privativos de las subdelegaciones y auditoria las causas y litigios que se ventilaren en ellos, ó elevarse las apelaciones al tribunal de la Rota, ó si habria de conocer de ella la cámara de Castilla, ó en su defecto impetrarse otro nuevo breve para poder establecer otro tribunal colegiado, que conociese por via de apelacion de todos los asuntos en que se interpusiera de las sentencias de los mismos subdelegados y auditor general hasta verificarse su ejecutoria, se mandó: «que se previniese al patriarca de las Indias vicario general mandara á sus tenientes y subdelegados, cumpliesen los autos ó providencias judiciales de la Rota de la nunciatura, y los obedeciesen dejando á las partes el uso de las fuerzas al consejo, cuando la Rota les diere justo motivo para ellas siendo la voluntad de S. M. que la misma Rota, como tribunal colegiado único eclesiástico de apelaciones últimas en estos reinos, y de su efectivo real patronato y nombramiento, que tantos desvelos le habia costado establecer dotar y honrar con los honores de su consejo, fuese conservado en el uso de todas las facultades y jurisdiccion apostólica, que se logró obtener de la Santa Sede para todos los casos pertenecientes á la jurisdiccion eclesiástica sin escepcion (1).»

El auditor del vicario general, goza del fuero eclesiástico castrense ó está sujeto á esta jurisdiccion (2): como subdelegado del mismo vicario general, puede pedir cuando lo necesite el auxilio de la tropa, á fin de hacer obedecer y respetar sus providencias judiciales, debiendo prestárselo los gobernadores ó comandantes de las armas (3). En el ejercicio de la autoridad que le está confiada, viene á ser con respecto al vicario general, lo que los provisores son respecto

(1) R. O. de 15 de octubre de 1787.
(2) Not. 12 lib. 2. tit. 6. Nov. Recop.
(3) Not. id. de id.

de los diocesanos; y en cuanto á su dignidad y honores, el auditor es al propio tiempo capellan de honor nombrado por el rey á propuesta del patriarca, juez de su real capilla y territorio separado de Madrid y sitios reales.

Segun Colon en las vacantes de vicario general de los ejércitos, concede el rey al auditor el ejercicio de la jurisdiccion castrense, mandando pasar los correspondientes oficios á los tribunales, capitanes generales y gefes de los cuerpos para su inteligencia y gobierno.

No apoya el citado autor esta doctrina en ley ni bula alguna, pero afirma que asi se ha venido practicando constantemente, citando en su comprobacion lo ejecutado en las vacantes de los años de 1777, 1806, 1808 y 1814. En 1877 añade, por fallecimiento del cardenal patriarca D. Buenaventura de Córdoba, se mandó ejerciese la jurisdiccion eclesiástica castrense, durante el tiempo de la vacante D. José del Castillo nombrado juez interino de la capilla y auditor general de los reales ejércitos en ausencia del propietario. En 1806 por fallecimiento del cardenal patriarca D. Antonio Sentmanat, se previno ejerciera esta jurisdiccion el auditor general D. Miguel Oliban. En 1808 con motivo de la dimision que hizo del empleo de patriarca el arzobispo de Zaragoza, se encomendó la jurisdiccion, primero por órden del rey y despues por la de la junta central al mismo D. Miguel Oliban, quien continuó desempeñándola hasta que en 1814 tomó posesion del empleo de patriarca, vicario general de los reales ejércitos, el obispo de Orihuela D. Francisco Cebrian y Belda.

AUDITOR DE LA CAMARA APOSTOLICA, es un juez ordinario en la curia romana ante quien se tratan en primera instancia todas las causas eclesiásticas y profanas, civiles y criminales y que tiene jurisdiccion preventiva con el gobernador, vicario y demas jueces ordinarios de Roma; esceptuándose únicamente aquellas causas que por razon del privilegio de las personas corresponden á otros tribunales: es juez de apelaciones de las sentencias dadas por todos los magistrados eclesiásticos y profanos de fuera de la curia, ya obren en nombre del primado, ó ya en el del príncipe soberano en todos los Estados romanos: es juez privativo para el cumplimiento de las obligaciones de la cámara apostólica y de los negocios ejecutivos de la misma; pero por cada uno de estos conceptos tiene impuestas limitaciones, marcadas en las constituciones pontificias y en la organizacion especial de los distintos tribunales establecidos en Roma. Por esta razon no le corresponde el conocimiento de los negocios del fisco pontificio y temporal, ni de las causas que impropiamente se llaman camarales y que tienen sus jueces protectores, ni el de las causas beneficiales y matrimoniales, ni de las que se llaman meramente espirituales y eclesiásticas, que corresponden á determinadas congregaciones, ni finalmente de las causas privadas de los regulares que no conviene llevar á los tribunales, y que deben sustanciarse siempre ante la comunidad misma, ó ante su protector ó la congregacion de obispos y regulares. En su orígen, el Auditor de la cámara, fue un oficial particular del cardenal camarero, que en la imposibilidad de despachar todos los negocios de la administracion de la cámara pontificia y los demas que le incumbian por la supresion de la alta dignidad de cardenal arcediano, tuvo necesidad de encargar el ejercicio de la jurisdiccion contenciosa á un prelado particular, que á su nombre despachara todas las causas correspondientes á su tribunal; pero habiendo crecido y aumentádose la autoridad de este oficial hasta el punto de considerarse el primer prelado de la curia, y obtener el nombre de vice-camarero, presidiendo á todos los demas prelados, incluso el vicario de Roma, se creyó conveniente, no solo elevarlo á una dignidad especial; sino hacerle juez competente y ordinario de todos los prelados, y aun de los patriarcas y arzobispos, y de los cardenales mismos, esceptuando aquellos que gozan de algun privilegio ó que estan sujetos

á magistrados ó jueces especiales, como son los prelados llamados camarales y palatinos. Este auditor tiene un tribunal especial en el palacio del monte Citatorio, llamado Curia Inocenciana, por haber sido Inocencio XII el que la colocó en aquel sitio; mas no pudiendo él por sus muchas ocupaciones dedicarse á juzgar y sentenciar los negocios, tiene dos lugar-tenientes que á su nombre despachan los civiles, y otro á quien está encargado el conocimiento de las causas criminales: y dos auditores domésticos con iguales atribuciones que aquellos, con la única diferencia de que los primeros obran como jueces ordinarios, sentencian y dan decretos por sí mismos, siendo nombrados por el pontífice, y los segundos lo hacen á nombre del Auditor de la cámara que suscribe por sí cuanto despachan estos. Creemos ageno de nuestro propósito detenernos á describir la organizacion de la Auditoría de la cámara, sus procedimientos, la diferencia que en ella se hace de las causas en que cabe recurso estraordinario y de las que son apelables, de las audiencias que dan los lugar-tenientes y auditores domésticos del de la cámara, de los distintós dependientes que entienden en los despachos de los negocios, y otras mil circunstancias que pueden ver nuestros lectores en las obras del cardenal de Luca (1), y en Amort (2), que las esplican con toda estension.

AUDITOR DE LA NUNCIATURA. Las Córtes del reino de 1531 y 1537 con el fin de evitar los recursos á Roma, suplicaron al Sr. D. Cárlos V que obtuviese de Su Santidad un juez de apelaciones para que terminasen en España los asuntos eclesiásticos; y aunque el pontífice Leon X negó la concesion de esta gracia, se obtuvo de su sucesor Clemente VII, quien amplió al Nuncio de España las facultades que tenia para el fuero gracioso y de jurisdiccion voluntaria, concediéndoselas para el contencioso, y constituyéndole juez ordinario y de primera instancia para los exentos, y de apelaciones de todos los ordinarios y metropolitanos del reino: formóse entonces el tribunal de la Nunciatura, dividiéndole en dos secciones: la una de Gracia á cargo del Abreviador, de que se habla en su respectivo lugar; y la otra de Justicia, que tocaba al Auditor para la espedicion y despacho de los pleitos: era este en su orígen un mero familiar asalariado del Nuncio, que daba audiencia tres dias á la semana, teniendo junto á sí el Auditor y sentenciando los pleitos ó causas, que estaban en el caso de poderse ejecutoriar, ó cometiéndolos, sino lo estaban, al pro-notario ó á un juez sinodal en las provincias. El oficio del Auditor estaba reducido en los primeros tiempos á oir y hacer relacion en la forma que lo acostumbran en Roma los auditores domésticos á sus cardenales: así hubo Nuncios en España que tuvieron hasta tres Auditores; pero habiendo los Nuncios dejado de asistir á las audiencias, creció poco á poco el poder y autoridad del Auditor, que llegó á ser el juez único que determinaba y sentenciaba todas las causas, tomándose la facultad de conocer en los pleitos que no estaban en estado de ejecutoriarse, y el de no cometerlos al pro-notario ó á los jueces sinodales de las provincias, no quedando otra memoria de la costumbre antigua que el firmar el Nuncio los despachos, letras y ejecutorias que se espedian, y de que no tomaba conocimiento alguno: conocia tambien el Auditor en primera instancia de las causas que antes se cometian á los jueces *in Curia presit, in prima et loco ordinarii*; dejándose de observar despues el órden sucesivo de estas comisiones, de que se seguia la necesidad de la apelacion á Roma, como tratamos latamente en el artículo NUNCIATURA. No estaba determinado que el Auditor debiera ser español, al contrario era ordinariamente italiano: muchas veces se hizo ver la necesidad de que fuese español, para que entendiese bien el idióma y estuviese enterado de las leyes del reino: así lo espuso al Consejo el fiscal D. Juan Bautista Larrea,

(1) Tom. 15, disc. 34 de Relatione Romane, Curie orensis.
(2) Parr. 7 del Apéndice á la práctica de la Curia Romana.

Lorenzo Arrazola

ponderando los perjuicios que de lo contrario se seguian, y probando que el que fuese estranjero era contra las leyes del reino, y lo propusieron Chumacero y Pimentel en su memorial al papa Urbano VIII á nombre del rey Felipe IV, como uno de los remedios necesarios para evitar los escesos de la Nunciatura. Así lo conoció tambien, aunque despues de mucho tiempo, el pontífice Clemente XIV en su Breve de 26 de marzo de 1771 para el establecimiento del Tribunal de la Rota en lugar del Auditor del Nuncio, en el cual determinó Su Santidad que para Auditor se eligiese en lo sucesivo un varon eclesiástico dotado de prudencia, ciencia y virtud, que fuese español y al mismo tiempo del agrado y aceptacion del rey. No quedándole desde entonces jurisdiccion alguna contenciosa, y sí solo la intervencion en todos los despachos de gracia y de justicia que se espidan por la Nunciatura, debiendo examinar la forma en que están estendidos.

AUDITOR DEL PAPA. Que tambien se llama *doméstico*, es la persona aquien incumbe despachar los negocios que pasan á la asignatura de gracia, tiene jurisdicion voluntaria y contenciosa: en virtud de la primera, despacha todos los negocios de dispensas, concesiones de privilegios, ampliacion de los mismos, y otros que pertenecen á la resolucion de Su Santidad. Entiende tambien en todas aquellas materias que se han de tratar por el Papa en el consistorio para informarle y presentarle el modo con que debe discurrir acerca de cada uno de los negocios que se presentan; le corresponden otras muchas facultades gubernativas relativas á materias temporales, propias de la ciudad de Roma.

En la jurisdiccion contenciosa conoce principalmente de todos aquellos negocios relativos á la competencia del foro y decide en qué tribunal han de tratarse, si ante juez lego ó eclesiástico, y si han de seguirse civil ó criminalmente: da audiencia dos dias á la semana, uno para el despacho de los negocios civiles, y otro para los criminales. El cardenal de Luca (1) habla de este oficio como unido al de maestro del sacro palacio: el que lo desempeñe debe ser principalmente canonista; pero posteriormente está considerado como un juez especial que tiene su tribunal con facultades propias (2).

AUDITORES DE LA ROTA. Acostumbraban en lo antiguo los pontífices á despachar los negocios no consistoriales con el ausilio y consejo de sus capellanes, cuyo número no era fijo, ni formaba un tribunal especial, procurándose unicamente que los nombrados fuesen de todas las naciones católicas para que conociesen sus leyes, costumbres y disciplina y de este modo pudiesen proponer lo conveniente para el acierto de las decisiones de Su Santidad. Considerándose despues estos capellanes como jueces delegados del pontífice que les cometia el conocimiento de las causas, tomaron el nombre de auditores, hasta que posteriormente, y sin que pueda fijarse la época, formaron un cuerpo colegiado con el nombre de Rota Romana, Tribunal Supremo de apelaciones eclesiásticas. Antes del pontificado de Sixto IV llegaron á ser hasta treinta: este pontifice los redujo á doce, y á diez Gregorio XVI (3). De los auditores, deben ser dos españoles, uno de la corona de Castilla y otro de la de Aragon, nombrados por el rey y confirmados por el Papa, debiendo ademas haber un aleman, un frances y los restantes italianos de diferentes naciones. El cargo de auditor de la Rota está considerado como de gran importancia, habiendo llegado muchos de los que e han obtenido al Sumo Pontificado, y los mas á ocupar los altos puestos del colegio de cardenales y las principales sillas de España y de Italia. Para entrar en el ejercicio de la auditoria de la Rota son necesarias pruebas prácticas y literarias; consisten las primeras en pertenecer por espacio de

(1) Tomo 13. de sus obras, tratado de la relacion de la curia, disc. 8 núm. 15 y siguientes.

(2) Pueden examinarse detenidamente estas atribuciones en la práctica eclesiástica de la Curia romana de Amort, apendice al tom. 2 de sus obras de Derecho canónico, párr. 6.°

(3) Regolamento legislativo é ginidiziario per gli affari civile emanato dalla santita di nostro signore Gregorio papa XVI con moto proprio del 10 de novembre 1834.

algun tiempo al número de los abogados consistoriales, cuyo cargo admiten desde luego, despachando de palabra y por escrito las causas pertenecientes á la Rota, y estando obligados á visitar con frecuencia á los auditores sin poder recibir otro tratamiento que el de los abogados consistoriales, considerándose como inferiores á los demas auditores y no pudiendo ocupar su derecha, ni aun estando amigablemente con ellos: este noviciado está considerado como necesario para que los auditores ultramontanos y los demas que son nombrados de fuera de Roma se acostumbren á la práctica y urbanidad de la curia. Las pruebas literarias consisten, en sufrir dos exámenes, el primero público sosteniendo en la cátedra del gran palacio de la Canceleria apostólica ante el colegio de cardenales, reunido en forma de consistorio, algunas conclusiones tomadas de cánones ó leyes civiles; y el segundo, secreto ante los auditores de la Rota: concluidos estos ejercicios, dos auditores presentan el nombrado al Pontífice, quien les concede que el nuevo compañero sea admitido en la Rota, prévios el juramento y formalidades prescritas en las constituciones apostólicas, entre las cuales se considera como principal, la prueba de legitimidad y la justificacion de la cóngrua necesaria para poder sostenerse con el decoro y la dignidad que exige su destino. Admitido el nuevo auditor en el tribunal no le es lícito dar su voto en el dia primero de audiencia, con el objeto de que aprenda de sus compañeros lo que ha de hacer en adelante, permitiéndosele un ausiliar de confianza con quien consulte las causas, y otro particular á quien pueda comunicar el secreto de sus votos en todos aquellos casos en que la multiplicidad de los negocios, la brevedad del tiempo y sus muchas ocupaciones hacen insuficiente un solo consultor. Hasta que los auditores son admitidos solemnemente en la Rota no gozan de los privilegios concedidos á su clase (1), entre los cuales se considera como principal el obtener gratis la espedicion de las letras apostólicas en caso de ser promovidos á alguna iglesia catedral ó metropolitana. Tampoco gozan de los derechos puramente honoríficos, que consisten en asistir como subdiáconos al pontífice cuando celebra solemnemente, y en poder llevar roquete por la ciudad. De entre los auditores se nombra el regente de la penitenciaria, y solo su decano puede ser comisionado para presentar los pálios al pontífice cuando los bendice. Está prohibido á los auditores recibir dones por el despacho de los negocios, pudiendo aceptar únicamente los de costumbre en el dia de Navidad y primero de agosto, siempre que sean enviados por los príncipes ó algunas personas notables, incurriendo en la pena de escomunion y en la obligacion de restituir el duplo, que se ha de repartir á los pobres, en el caso de que reciban alguna cantidad de los notarios en razon de su oficio. De las facultades de los auditores como jueces *ponentes* y *correspondientes*, del modo de despachar los negocios de sus dependientes y de cuanto dice relacion al tribunal, se habla con toda estension de la palabra ROTA.

Cuando cesaron las atribuciones del auditor de la nunciatura en España por Breve de Clemente XIV de 26 de marzo de 1771 se crearon los auditores de la Rota de dicha nunciatura que son los jueces encargados de conocer y decidir los negocios eclesiásticos de España en la última instancia, los cuales han de ser necesariamente eclesiásticos españoles, de ciencia y virtud é instruidos en las leyes y costumbres del reino, nombrados por rey y confirmados por S. S. en virtud de letras apostólicas en forma de Breve. Son seis de número de distintas provincias y obispados en la forma siguiente: uno de Castilla la Vieja, ó reino de Leon; otro de las provincias de Castilla la Nueva, Madrid, Toledo, Guadalajara, Cuenca, Mancha, Estremadura y Murcia; otro de las provincias de Galicia, Asturias,

(1) Pueden verse en Ferraris Promta. Biblioteca canónica, palabra *Auditores*, número, desde el 69 al 81, en los que se citan las Bulas pontificias por que se han concedido estos privilegios.

Lorenzo Arrazola

Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa y Alava; otro de los reinos de Andalucía, Sevilla, Córdoba, Granada y Jaen, y de las islas Canarias; otro de los reinos de Aragon, Valencia, Cataluña y Mallorca, y otro sin consideracion á su naturaleza de las personas acreditadas en la práctica forense en los tribunales de Madrid, prefiriéndose alguno de los capellanes de honor de S. M. que reuniesen las circunstancias necesarias. Hay tambien dos supernumerarios nombrados libremente por S. M., los cuales no gozan del sueldo de los de número hasta que entran en las plazas de tales. De sus atribuciones judiciales, únicas que les competen y de la organizacion del tribunal se trata en la palabra **NOTA**.

AUDITORIA. El cargo de auditor, y tambien el local, ó edificio del tribunal en que lo desempeña.

AUDITORIO. Antiguamente se llamaba asi lo que hoy audiencia, en el sentido de local en que se reunen para juzgar los tribunales y jueces. Auditorio, significa tambien la concurrencia, ó conjunto de oyentes. La forma con que estos han de asistir á los tribunales la prescriben los reglamentos y ordenanzas de los mismos. Encárgase, como regla inalterable que no dejará quebrantar el que preside, el silencio y la compostura: y el artículo 196 del Código Penal establece la pena de arresto mayor á prision correccional, y multa de 20 á 200 duros contra los que turbaren gravemente el órden en la audiencia de un tribunal ó juzgado, ó de otra autoridad, lo cual se espondrá y esplanará convenientemente en su lugar oportuno.

AUREO. Moneda de oro de que usaron los romanos, y despues los godos españoles, y llegó hasta el tiempo de los reyes Católicos. Pesaba la sesta parte de una onza; y de ahí los nombres tambien de *sextans*, y *sextula*. Tuvo ademas otros varios nombres, segun las épocas, como *numo*, *castellano*, *maravedí de oro*; y *pesante*, y á veces tambien *pensante*, ya usando estas voces sustantivadas, ya como adjetivos unidos á los de *aureo*, *sueldo*, etc.; y en ambos casos las dos últimas voces, esto es, *pesante* y *pensante* se usaban para significar la mejor calidad de dicha moneda, como si dijeramos, *aureos ó sueldos de ley*.

La palabra misma *aureo* es adjetivo; como se ve, pues en términos generales significa cosa de oro. Y con efecto, entre los romanos, y aun mucho tiempo despues, se usaba para calificar la de *solidum*, que siendo adjetivo tambien, debió servir para calificar á su vez á otra voz, ó nombre sustantivo, como pudo ser la de *numus*, ú otra análoga. Asi *numus solidus aureus*, equivaldria á *moneda de oro de ley de un sestante de peso*. La necesidad de abreviar, redujo la locucion, y con el tiempo se espresó la misma moneda con la palabra sola *numus*, ó *numo*, como sucedia en el siglo III: *solidum aureum*, como se usó antes y despues de dicha época: *aureum*, y *aureo*, sustantivada la voz, segun se ve en instrumentos del siglo X en adelante: últimamente en el romance predominó la palabra hispanizada *sueldo*, traduccion viciada de *solidum*, y cuya voz espresó en un principio la moneda real y efectiva que es objeto de este artículo y despues una moneda imaginaria, como con mas estension esplicaremos en el artículo **SUELDO**. Debemos notar, para evitar equivocaciones, que algunos de los nombres antes indicados, han servido tambien para designar otras monedas, ademas del *aureo*, como la de *numo* ó *numos*, que espresaba antes tambien cierta moneda inferior de cobre: *sueldo*, que significaba igualmente moneda de plata de un sextante de peso, etc., segun se verá en sus artículos especiales.

AUREO NUMERO. Véase **CRONOLOGIA**.

AUSENCIA. Véase **AUSENTE**.

AUSENTE. Entiéndese por ausente aquel que no se encuentra en el punto determinado de que se trata. Esta es la acepcion general que tiene la palabra en nuestro idioma, y en la que se usa comunmente; acepcion genérica, lata y vulgar que viene á esplicar la ausencia por la simple no presencia. Cual sea su significado

jurídico y hasta donde se estienda, son puntos de que nos ocuparemos en la seccion I de este artículo.

Pero corresponde á su introduccion hacer notar una particularidad que hemos observado en nuestro derecho, y que si bien en todo rigor es de poca utilidad práctica, merece sin embargo que se dediquen á ella algunas líneas. Aunque en el derecho romano estaba adoptada generalmente y sin dificultad la palabra ausente (*absens*) para denotar al que no se hallaba donde convenia, este vocablo no recibió sin duda carta de naturaleza en nuestro idioma antiguo, pues que no le vemos empleada cuando se presentaba ocasion en las compilaciones legales de la edad media. Hemos repasado el célebre código de las Partidas que era donde, caso de estar admitida la palabra, deberia hallarse, y no hemos encontrado ley en que se use: hecho, que á estar admitida la palabra, seria tanto mas reparable cuanto que aquella compilacion se halla escrita en un castellano rico y abundante, y sobre todo calcada en gran parte sobre las leyes y nomenclatura romanas. Para denotar en las Partidas al ausente, se usa de rodeos, y se emplean varias frases tales como «non ser en la tierra ó en el lugar, irse de la tierra, estar á otra parte, non estar delante.» Todavia se hace esto mas singular cuando se observa que las leyes del mismo código se valen, aunque tampoco con gran frecuencia, de la palabra «presente.» ¿Cómo pues no se usa la contraria de «ausente?» No podemos atinar con una esplicacion decisiva y satisfactoria de esta anomalia; en su defecto, nos inclinamos á sospechar lo que antes dejamos indicado, á saber: que esa palabra no se consideraba entonces castiza, no habia entrado legítimamente en nuestro romance, era estranjera entre nosotros; de otro modo seria inconcebible que en una obra del mérito legal y sobre todo del mérito literario y filológico de la de las Partidas se hubiera rechazado una voz que reasumia sencillamente lo que con circunloquios se veia precisado á espresar el legislador. Mas sea de esto lo que quiera, y prescindiendo del exámen de las vicisitudes de nuestro lenguage desde el siglo XIII al XVI, es lo cierto que ya en este la palabra se usaba como otra cualquiera de las castellanas; aserto para cuya prueba bastaria recorrer las leyes de Toro. Desde entonces acá la palabra ha venido empleándose tanto vulgar como jurídicamente, sin encontrar la menor dificultad ni contradiccion.

PARTE DOCTRINAL.

SUMARIO.

Sec. I. Acepciones de la palabra ausencia. —Clasificaciones de la ausencia.
§. 1.° *Acepciones de la palabra ausencia.*
§. 2.° *Clasificaciones de la ausencia.*
§. 3.° *Casos en que los ausentes se reputan presentes y los presentes ausentes.*
Sec. II. De la ausencia del rey y de los individuos de la familia real.
Sec. III. De la ausencia con relacion á empleos, dignidades y cargos publicos.
§. 1.° *Ausencia de los senadores y diputados.*
§. 2.° *Ausencia de los funcionarios del órden administrativo.*
§. 3.° *Ausencia de los funcionarios del órden judicial.*
§. 4.° *Escusa y terminacion de cargos públicos por razon de ausencia.*
Sec. IV. De la ausencia con relacion á beneficios y dignidades eclesiasticas.
§. 1.° *Ausencia de obispos.*
§. 2.° *Ausencia de los demas eclesiásticos.*
Sec. V. De la ausencia con relacion al ejercicio de derechos politicos y en general de los civiles.
§. 1.° *Ausencia de determinado territorio dentro del reino.*
§. 2.° *Ausencia fuera del reino.*
Sec. VI. De la ausencia considerada en cuanto á las relaciones de familia.

Lorenzo Arrazola

§. 1.° *Ausencia de los cónyuges.*
§. 2.° *Ausencia de padres é hijos.*
§. 3.° *Ausencia de los guardadores y menores.*
SEC. VII. DE LA AUSENCIA EN LO CONCERNIENTE Á LA PROPIEDAD, SUCESIONES Y CONTRATOS.
§. 1.° *Ausencia respecto á la propiedad.*
§. 2.° *Ausencia en lo tocante á la sucesion testada é intestada.*
§. 3.° *Ausencia en lo relativo á contratos.*
SEC. VIII. DE LA AUSENCIA CON RELACION A LOS JUICIOS.
§. 1.° *Disposiciones comunes á las diferentes clases de juicios.*
§. 2.° *Ausencia en los juicios civiles.*
§. 3.° *Ausencia en los juicios criminales.*
SEC. IX. RESTITUCION POR AUSENCIA.
SEC. X. PRESUNCIONES A QUE DA LUGAR LA AUSENCIA.
SEC. XI. EXAMEN DEL TITULO 11, «DE LOS AUSENTES.» LIBRO 2.° DEL PROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.
§. 1.° *Observaciones generales.*
§. 2.° *De las medidas provisionales en caso de ausencia* (Cap. 1.°)
§. 3.° *De la declaracion de ausencia.* (Cap. 2.°)
§. 4.° *De los efectos de la declaracion de ausencia* (Cap. 3.°)
§. 5.° *De la presuncion de la muerte del ausente.* (Cap. 4.°)
§. 6.° *De los efectos de la ausencia relativamente á los derechos eventuales del ausente* (Cap. 5.°)
§. 7.° *Disposiciones generales* (Capitulo 6.°)
§. 8.° *Conclusion.*

SECCION I.

ACEPCIONES DE LA PALABRA AUSENCIA.—CLASIFICACIONES DE LA AUSENCIA.

§. 1.° *Acepciones de la palabra ausencia.*

En la introduccion de este artículo hemos dado una idea general del ausente: ahora vamos á hacer aplicacion del derecho para saber quien merece esta calificacion.

Juridicamente hablando, ausente es el que no se encuentra en aquel lugar donde debiera encontrarse activa ó pasivamente, es decir, ya para hacer valer algun derecho ó usar de alguna facultad, ya para que otro ejercite contra él los que á su vez le correspondan. El individuo que se halla fuera del reino cuando debiera estar dentro de él, el empleado ó autoridad á quienes no se encuentra en el punto donde están llamados á funcionar, el contratante que falta del lugar en donde debe responder de su obligacion, el vecino que no está en el domicilio ó residencia habitual que se le conocia; todos estos y otros muchos que podrian enumerarse, se dice que están ausentes porque no se encuentran en donde interesa ó se requiere su presencia. A cada paso hallamos en las leyes la significacion de *ausencia* que acabamos de manifestar.

Siendo esto así, con mayor razon se llamará ausente á aquel que ha desaparecido del lugar en que se le busca sin que quede noticia de su paradero, sin que conste cual ha sido su suerte, sin que pueda saberse con certeza si existeó no. El ausente en este sentido especial viene á ser un individuo incierto; y esta ausencia lleva como esencial un carácter de duda, de inseguridad respecto al que ha desaparecido, carácter que la distingue capitalmente de la ausencia que antes queda esplicada. En los paises cuyo derecho ha tomado en cuenta esta importante diferencia y donde se ha formulado un sistema completo de reglas especiales para los ausentes cuyo paradero se ignora; no solamente ha sido conveniente, sino hasta necesario á los autores, distinguir escrupulosamente la ausencia en su sentido concreto de la ausencia en general, y en este concepto han reservado á aquella la palabra ansencia, aplicando á la segunda el dictado de *no presencia*. Asi ha sucedido en Francia: el código civil de esta nacion tiene consagrado un título especial á los ausentes que podemos denominar inciertos, y que clasifica segun sus distintas situacio-

nes, título que lleva símplemente el epígrafe «de los ausentes,» dándose de este modo á entender que los demas quedan escluidos de esta denominacion, que son solo *no presentes*. Y tanto se quiso profundizar esta distincion, tanto se quiso evitar, que bajo una sola palabra se confundieran dos significaciones distintas, que al tiempo de ordenarse el código hubo quien propuso inventar una voz técnica esclusivamente aplicable á la ausencia con incertidumbre, dejando esta otra palabra para calificar á los no presentes; sin embargo, tal proposicion no pudo llegar á dar el resultado que se apetecia, no porque se desestimase, sino porque no se encontró la palabra técnica que se deseaba.

Por lo que hace al derecho español, menester es confesar que no se presta actualmente á distinguir los ausentes ciertos de los inciertos. Verdad es que, como manifestaremos en su lugar oportuno, el proyecto de Código civil que ya ha visto la luz pública, contiene implícitamente esta distincion, adoptando el sistema de los paises á que hemos aludido; y que con el tiempo habremos de dar un sentido especial á la palabra ausencia; pero hasta tanto que el código civil llegue á sancionarse, hasta tanto que sea planteado y aplicado no podemos abandonar la autoridad del derecho hoy vigente en nuestro pais, ni emanciparnos de la fuerza obligatoria de que se halla revestido. Y en este derecho repetimos que no hay motivo suficiente para considerar la ausencia del individuo incierto aparte de la de cualquier otro, porque careceriamos de reglas en que fundar la distincion. Nuestras leyes, por lo general, apenas mencionan la ausencia en su sentido especial: solo alguna que otra por incidencia demuestra que se acordaron de ella nuestros legisladores: tal es la ley 8 del título 1 de la Partida 4. En ella tratándose de las causas porque se disuelven los esponsales, se designa la ausencia con estas palabras: «cuando alguno se va á otra tierra é non lo pueden fallar nin saber do es.» Tal es tambien la ley 14, tít. 14 de la Partida 3 que se ocupa de la duda que pudiera suscitarse «de algunos omes que andan en tierras estrañas, si son bivos ó muertos.» Fuera de estos casos, difícilmente podrian citarse otros en que nuestro derecho especialmente se haya ocupado del ausente, de quien no se tiene noticia.

De lo que hasta aquí dejamos espuesto, se deduce que de las dos acepciones capitales en que puede tomarse la ausencia, á saber: la de aquel cuya existencia consta y la de aquel cuya existencia se ignora, nuestro derecho en último resultado solo se ocupa, como regla general, de la primera y que esta es la acepcion vulgar, la gramatical. Sobre esta, pues, ha de versar principalmente el presente artículo, sin que por esto escluyamos algunas consideraciones y doctrinas acerca de la ausencia del individuo incierto, en las cuales procuraremos acomodarnos al espíritu de nuestro derecho y tendremos presentes las opiniones mas generalizadas entre nuestros jurisconsultos.

Por lo demas no conceptuamos interesante fijarnos en las diferentes acepciones que, segun al principio hemos indicado, puede recibir la palabra ausencia cuando se la considera respecto á un individuo cierto; baste decir que pueden ser tantas cuantos sean los fines á que se atienda, los lugares respecto á que se considere. Su enumeracion circunstanciada no reportaría una utilidad directa, ni daria resultado de aplicacion, porque por diversas que sean tales modificaciones, no alteran la idea capital de la ausencia, en el sentido bajo el que debe comprenderla el jurista español.

Con todo, una acepcion especial de la palabra hay digna de atencion, á saber: la que sirve para computar el tiempo que en la prescripcion de las cosas inmuebles, se requiere. La reservamos para la seccion sétima.

§. 2.° *Clasificaciones de la ausencia.*

Habiendo manifestado en el párrafo que antecede lo mas conducente á la inteligen-

cia de la palabra *ausencia* y de las diferentes acepciones en que puede tomarse, vamos ahora á ocuparnos en distinguir las clases de ausencia que se presentan en la práctica y que menciona el derecho. Procuraremos en esta parte complicada del artículo descartar lo que no ofrezca utilidad, al paso que metodizar y simplificar lo que sea digno de mencion.

La ausencia puede tener dos distintos conceptos: 1.° por razon de las causas que la producen, ó sea á los motivos que inducen á un individuo á no presentarse donde se requiera su presencia: 2.° en razon á las circunstancias y accesorios que la acompañan. La ausencia, considerada respecto á las circunstancias con que se presenta puede tomar infinitas formas y sujetarse á innumerables clasificaciones. Segun una persona se ausente de su domicilio, ó de la Península, ó de todo el reino, ó del lugar en que desempeña ciertas funciones, ó del punto en que contrató; segun que su ausencia sea á paises remotos ó cercanos; segun que se espere ó no su vuelta, así serán distintas las clases de ausencia. Podrán con efecto producir muy diversas consecuencias en el derecho ó indudablemente las producen: sin embargo, desde luego se conciben las inmensas dificultades, si no la imposibilidad de presentar completo el conjunto de todas estas especies de ausencia, y de fijar una clasificacion, cuyos límites no se conocen; aunque se consiguiera esto, sería problemática la utilidad de tan ímprobo trabajo. Así, habiendo de hacernos cargo de diferentes casos en el curso del presente artículo, segun lo reclamen las materias que comprende, abandonamos semejante tarea para ocuparnos de otra mas oportuna en este lugar.

Vamos á esponer en globo las diferentes especies de ausencia segun las causas que la motivan, evitando cuanto pueda ser, minuciosos pormenores. Los intérpretes entregados en lo general á un enojoso casuismo, han sutilizado al estremo esta materia, complicándola y recargándola sin necesidad. Dedicados, puede decirse que esclusivamente, al estudio del derecho romano, en vez de reducirle á unidad y generalizarle, le disolvian en casos y cuestiones; así en la materia de que tratamos escudriñaron cuantas leyes se ocupaban de la ausencia, las combinaron é interpretaron del modo que acostumbraban, y acumularon causas á causas, enumerando infinitas especies de ausencia. No economizaron distinciones con que lejos de aclarar la materia iban cada vez oscureciéndola mas; y hubo autores que no contentos con las que les habian legado sus antecesores, todavía quisieron aumentarlas, valiéndose en su sutil ingenio de las bárbaras denominaciones *causativè y secundum quid* entre otras del mismo género. A nada conduciria penetrar en tan intrincado laberinto; y por esto prescindiremos completamente de semejantes pormenores.

Lo que no creemos fuera de propósito siquiera bajo el aspecto de la literatura jurídica, es dar á conocer la clasificacion que hizo Acursio en su glosa, ya por la celebridad que adquirió y aun conserva aquel glosador, ya porque su sistema ha sido la verdadera base de los que despues se formaron, refiriéndose á él los espositores antiguos, así del derecho romano como del patrio. Glosando Acursio la ley última del Digesto que se ocupa de la restitucion *in integrum* (1), juzga, para la esplicacion del texto, ocasion oportuna de detenerse á enumerar los géneros de ausencia, considerando cinco diferentes, á saber: 1.° ausencia probable y necesaria, por ejemplo, la del militar; 2.° probable solamente, como la que se efectúa por causa de estudios; 3.° necesaria solamente, como la del relegado; 4.° voluntaria sin contumacia, como es la del mercader; 5.° y último, la ausencia que resulta de la contumacia.

Como se vé, esta clasificacion adolece del tiempo en que se formó. En ella juega la palabra «probable» que á pesar de hallarse ya en las leyes romanas (2) no se podria admitir hoy en la acepcion que se le dá:

(1) Tit. 1. lib. 4.
(2) L. 98, tit. 6, Lib. 4 del D.

hasta nos parece difícil comprender el sentido de la voz, tal como se halla aplicada, aunque ya se infiere que quiere decir ausencia justa, atendible, que se puede alegar con éxito. Aparte de esto, la clasificacion no parece despreciable: es bastante clara y revela un buen espíritu de método y de órden. En una palabra, á nuestro juicio el sistema de division que nos presenta Acursio, es susceptible de mejora, pero de ningun modo acreedor á una condenacion absoluta. Desde luego demuestra el deseo de facilitar el estudio y evitar la confusion; propósito laudable que debió parecer felizmente realizado, cuando, como antes se ha dicho, fue seguido aquel sistema por los intérpretes que vinieron despues, si bien estos le modificaron y alteraron aunque no siempre con gran tino. Entre los intérpretes que modificaron esta division, se encuentran algunos de los nuestros: el de que debemos hacer especial mencion, es Gregorio Lopez.

Las leyes de Partidas en varios lugares, enumeran por via de ejemplo diferentes especies de ausencia; pero, conformes en esto con el derecho romano, no las clasifican, viniendo á quedar semejante trabajo esclusivamente reservado á los espositores. Así fue, que Gregorio Lopez en sus glosas (1), designa ya las ausencias con nombres que suponen una division admitida y corriente. Con efecto, siguió casi en todas sus partes, la que tenia hecha la glosa de Acursio, á la cual se remite: la adoptó con ligeras alteraciones. Menciona la ausencia probable y necesaria á la vez, y pone el ejemplo del ansente por causa de la república; la meramente probable con el ejemplo del que vá á estudiar ó en romería á Santiago; la meramente necesaria, pero favorable, como la del cogido por enemigos ó ladrones; tambien se refiere á las ausencias voluntarias. Observando con alguna atencion las glosas citadas, se echan de ver las modificaciones, si bien ligeras, que hizo en el sistema de Acursio: no designa siempre las ausencias con las calificaciones aisladas de *probable, necesaria y voluntaria*, sino que dice ausencia «*por causa*» *probable*, «*por causa*» *necesaria*, queriendo sin duda ser exacto, y nimiamente escrupuloso en el lenguage jurídico. Tambien parece que separa completamente la ausencia voluntaria con contumacia y la voluntaria sin contumacia, pues que á aquella la llama «ausencia por contumacia,» y á esta «ausencia voluntaria.» Ultimamente, se nota una especie de subdivision en la ausencia meramente necesaria, á saber: la favorable y la no favorable; con la primera calificacion, denomina á la ausencia del detenido por enemigos ó ladrones, y aunque de esta última no hace descripcion especial, se entiende que es la que resulta de algun delito, tal como la ausencia del relegado á quien la glosa puso como ejemplo de ausente meramente necesario. La distincion de las escusas y causas de la ausencia en de hecho y de derecho que tambien consigna Gregorio Lopez, no pertenece propiamente á este lugar, como veremos mas adelante.

Nos hemos detenido algun tanto en esponer la clasificacion de Gregorio Lopez para dar una muestra de los trabajos de nuestros intérpretes en este punto. Y en verdad que el de nuestro célebre español, de que acabamos de ocuparnos, si bien calcado sobre el de Acursio, aparece mas concluido y perfeccionado. Mas á pesar de que hemos dicho que esta clasificacion no es despreciable, antes bien, que puede aceptarse porque no presenta defectos sustanciales en su fondo, con todo creemos que puede variarse ventajosamente, y ser reemplazada por otra mas metódica y completa. Vamos pues á ensanchar este trabajo.

La ausencia puede reconocer dos causas capitales: ó puede ser en interés público, ó en interés privado. Entre ambas ausencias, media una distancia grande é importante, y su diferencia puede decirse que está indicada en nuestro derecho; por eso la proponemos como fundamental, como primordial para la clasificacion.

(1) 7.ª á la ley 12, tit. 5, Part. 3.—1.ª y 6.ª á la ley 11, tit. 23, y 1.ª á la ley 28, tit. 29, de la misma Partida.—2.ª á la ley 17, tit. 1, Part. 7.

Tanto en el uno como en el otro de sus miembros caben otras nuevas divisiones y aun subdivisiones útiles y dignas de mencion. Asi la ausencia por causa pública es susceptible de considerarse, ya con respecto al Estado en general, al gobierno del pais, al interés de la nacion toda; ya con respecto á alguna provincia, á algun pueblo ó á otra division territorial que tenga intereses comunes, para cuya proteccion, defensa ó fomento se ausente alguna persona. La ausencia por causa privada admite todavia mas especies: primeramente puede provenir de la voluntad del individuo ó ser independiente de ella; ó lo que es lo mismo puede ser voluntaria ó necesaria, porque es un hecho que la legislacion no puede menos de aceptar y tomar en cuenta que no estamos ausentes solo cuando queremos. La ausencia privada voluntaria á su vez puede ser efecto de una voluntad bien intencionada, y agena de todo móvil injusto y reprobado, tal como si nos ausentamos con el objeto de viajar, de estudiar, de promover nuestros negocios; ó puede ser un recurso para satisfacer un interés ilícito y censurable, como sucederia si nos sustrajésemos á un procedimiento legal dirigido contra nosotros, ó si no nos presentásemos cuando somos llamados y citados por el juez: en una palabra la ausencia voluntaria puede ser ya inculpable, ya vituperable. La ausencia necesaria, aquella que nos pone en la imposibilidad de acudir a donde queramos ó debamos, ó es efecto de que la sociedad nos ha privado de la libertad por un hecho criminal que nos ha hecho acreedores á pena de esta especie; ó es efecto de una arbitrariedad, de un atentado contra nuestra seguridad personal, ó de un obstáculo desgraciado que nos opone la naturaleza: la ausencia privada necesaria, puede, pues, resultar ya de la justicia de la ley, ya de una desgracia á que no podemos sustraernos. Para mayor facilidad en designarlas emplearemos las palabras *legítima* y *calamitosa*. Debe cuidarse de no confundir estas distinciones con las que antes hicimos en inculpable y vituperable: nada tienen de comun ni existe entre ellas correlacion, como que pertenecen á dos órdenes distintos; al móvil de nuestra voluntad, á la intencion estas; á la coartacion de la libertad, á la necesidad aquellas.

Todavía estas especies de ausencia que hemos ido gradualmente deduciendo, podrian admitir nuevas distinciones y hacerse una clasificacion mas minuciosa; pero no conduciendo esto á resultado interesante ni de aplicacion, antes bien tendiendo á confundir la materia, damos por suficientes las clases mencionadas y pasamos á considerar cada cual por separado, aunque con brevedad, á fin de dejarlas todas claramente deslindadas.

La ausencia por causa pública, segun acabamos de indicar, se funda en un hecho que promueve el interés de todo el Estado ó de una parte de él, esto es, el interés público en general, inmediata ó mediatamente, directa ó indirectamente. El derecho romano nos ofrece numerosas disposiciones dirigidas á fijar quiénes deben entenderse ausentes por causa de la república; pero como quiera que entraba por mucho en ellas la organizacion que alli tenia el Estado, no equiparable á la nuestra, y como no son por otra parte fundamentales entre nosotros ciertos principios de que los romanos se valian para hacer aplicaciones á la práctica, remitimos á quien trate de conocer esta materia al tít. 6, lib. 4.° del Digesto, en donde se encuentran muchas leyes dadas espresamente para su inteligencia. Solo mencionaremos á fin de dar una idea del carácter del derecho romano en esta parte que los legados de los municipios si disfrutaban una justa proteccion, no era en verdad, por el carácter de ausentes por causa de la república, de que carecian (1); que si los magistrados que en Roma servian á la república tampoco tenian aquel concepto (2), lo disfrutaban sin embargo los soldados que en Roma militaban (3), y en fin, que el siervo no podia es-

(1) Ley 8 y párr. 9 de la ley 26, tit. y lib. citados.
(2) Párr. 1 de la ley 5, y ley 6, id.
(3) Ley 7 id.

tar ausente por causa de la república (1).

En nuestras leyes encontramos esplicada esta clase de ausencia bajo otra forma. La 10, tít. 23 de la Partida 3, comienza con estas palabras: «Van en hueste los omes, o en mandadería del Rey, ó por pro comunal de su Concejo, é dexan personeros.» De lo cual bien claramente deducimos con Gregorio Lopez que se considera ausente por causa pública ya al militar, ya al encargado de negocio del Rey, esto es del Estado, acomodándonos á nuestra nomenclatura actual, ya al que lo es del de un municipio, ó, ateniéndonos á la letra del texto, del municipio propio del ausente. Otras leyes así de Partidas como de la Recopilacion pudiéramos citar que vienen á corroborar esta inteligencia de la ausencia por causa pública. Y razones poderosas hay para comprender á tales personas en este miembro de la clasificacion: el militar sirve indudablemente al Estado que necesita el ausilio de la fuerza armada; tambien presta un servicio semejante el empleado por el gobierno que dirige los negocios del pais y promueve sus intereses; y últimamente el que ha de desempeñar encargos en beneficio de una provincia, de un pueblo ó de una ciudad, puesto que el bien estar y prosperidad del Estado, descansan en el bienestar y prosperidad de sus fracciones integrales. La ausencia por causa pública se halla sumamente favorecida por el derecho, y con justicia; porque el favor concedido á los ausentes por esta razon, mas que un privilegio, es una proteccion dispensada al interés público, un tributo pagado al principio que proclama la superioridad de la utilidad general, y una garantía que estimula á quienes están encargados de promover esa utilidad á fin de que no les sean perjudiciales su celo y honrosos servicios. De aquí puede deducirse que esta clase de ausencia lleva consigo una cierta necesidad, porque si bien el ausente puede dejar de serlo, si decididamente no quiere aceptar la mision que se le confia, con todo, una vez aceptada, queda ligado con un compromiso grave, y el cual hasta cierto punto está obligado á continuar y cumplir. Escusado parece advertir que la ausencia por causa pública no ha de ser aparente ó ficticia, sino verdadera y positiva: el que so pretesto de un encargo público ó á su sombra, se ocupa en promover su interés privado, en satisfacer sus miras particulares, en halagar su vanidad, ó disimular su ócio, este no merece que se le denomine ausente por causa de la república, ni puede compartir la proteccion de la ley con los ciudadanos que interesados y celosos se consagran al servicio del pais.

Por esto distinguian los romanos los ausentes por causa de la república con dolo malo y sin él, y negaban esa denominacion en su sentido verdadero y favorable al que pudiendo volver seguia ausente, al que obtenia una legacion que no requeria verdadera ocupacion (*libera legatio*), al que en una palabra buscaba su provecho y su utilidad, no el público servicio (1). Igual espíritu revelan algunas disposiciones pátrias, de que nos haremos cargo en la seccion siguiente.

Lo que dejamos dicho sobre el objeto y los caractéres de la ausencia por causa pública, puede reasumirse diciendo que la comision ó encargo que un ciudadano recibe en interés del pais no lo debe ser gravosa, ni tampoco motivo de fomentar sus intereses. «*Ne cui*, decia el jurisconsulto Africano, *officium publicum vel damno, vel compendio sit* (2).

Pasemos á la ausencia privada que calificamos de voluntaria y que comprende la emanada de un hecho inculpable ó la proveniente de una causa vituperable. Bien se conoce que las ausencias inculpables pueden ser muy distintas, y no todas de igual valor: entre el que se ausenta para hacer un viage de recreo, y el que lo hace por seguir ciertos estudios, entre el que se propone satisfacer una mera curiosidad y el

(1) Ultima ley del Dig

(1) Leyes 4, 38 y 42 del tít. 6, lib. 4; 38 del tít. 5, lib. 42 y 14 del tít. 7, lib. 50 del Dig.
(2) Ley 39, tít. 6, lib. 4 del Dig.

que acude á donde le llama la desgracia de un pariente á quien ama, hay una inmensa diferencia. Asi es que los motivos que inducen la ausencia privada voluntaria é inculpable pueden ser indiferentes, de utilidad, y hasta de estímulo tan poderoso que se aproxime á la necesidad, por lo que es natural que no se equiparen, que no se pongan todos á un nivel cuando se trata de la aplicacion del derecho.

En las leyes romanas se observa que la ausencia de buena fé, por justa causa, es en lo general atendida y preservada de perjuicio (1); pero por lo demas no pudieron descender á enumerar las diferentes especies que de tal ausencia suelen presentarse, ni menos á clasificarlas; se ven mencionadas algunas; se consigna para un caso determinado que el que deja procurador que le defienda debe ser considerado ausente por justa causa (2); sin embargo, cuando se trata de dar una idea completa, invariable, de lo que sea la ausencia por justa causa, los jurisconsultos romanos se abstienen de arriesgarla, y el célebre Ulpiano se contenta con espresar una definicion negativa. «*Ex justa causa abesse eos dicendum est, qui non habent injustam causam absentiæ.*» Siendo esto asi, nada estraño parecerá que las leyes españolas solo por via de ejemplo enumeren varios casos de la ausencia de que tratamos, enumeracion que no creemos necesario esponer. Bástenos indicar una circunstancia reparable en el derecho de Partidas, pero que se esplica perfectamente por las ideas y tendencias de la época en que se formaron, y es la predileccion con que á menudo se citan la ausencia por romería, y por cruzada y la por causa de estudios, ó sea por «servicio de Dios» y «por aprender alguna ciencia.» De este modo mostró el rey sábio cuánto interés tenia por la conservacion de la fé y por la prosperidad de las ciencias.

Cuando la ausencia se funda en un motivo ilegítimo, cuando es un recurso de la mala fé, nace una clase de ausencia que para comprender sus distintos grados no calificamos de fraudulenta y dolosa, sino en general con el epiteto de vituperable. El que se ausenta porque vé venir sobre él un perjuicio que justamente se le va á irrogar, ó porque vá á continuar el que ya ha comenzado á sentir, el que cuando es citado para ante una autoridad competente, se desentiende de su mandato, ya desobedeciéndolo abiertamente, ya poniendo medios de evadirle; todos estos son ausentes, pero su ausencia es vituperable como opuesta al derecho y á la buena fé. Comprende, pues, esta la fuga, la ocultacion: comprende la contumacia, ó rebeldía, palabras que usadas en distinta época, representan la misma idea de no comparecer al juicio para que alguno fué llamado, y que por lo tanto conceptuamos sinónimas. No creemos propio de este lugar entrar en pormenores, ni siquiera en esplicacion de los hechos que dejamos apuntados: solo diremos para desvanecer cualquier escrúpulo, que han sido dignos de enumerarse entre las clases de ausencia; serán especiales, tendrán su índole particular, hasta se designan con nombres característicos; pero á pesar de todo, siempre habrá de reconocérseles como modificaciones de la idea de ausencia, siempre como especies distintas que corresponden á un mismo género. Asi, por ejemplo, los mismos romanos que distinguian especialmente al que se ocultaba (*latitans*) del ausente (1), reconocieron, sin embargo, al dar una esplicacion de los ausentes, que entre ellos se podia contar al que se ocultaba (2).

Resta esponer algo sobre la ausencia privada necesaria, la cual digimos provenia ya de la pena, ya del atentado del hombre ó de una causa natural insuperable. Cuando por un delito ó falta queda el delincuente ó el infractor privado de su libertad, no puede menos de faltar en otro punto donde su presencia se requiera. Esta causa de ausencia es bien poderosa, y por mas que

(1) Leyes 30 del tit. 4, lib. 9; 19 del tit. 2, lib. 39 y 36 del tit. 5, lib. 40 del Dig.
(2) La ley 36 citada.

(1) Párr. 17. de la ley 7. tit. 4. Lib. 42. del D.
(2) Ley 199. del tit. 16. Lib. 50. del D.

sea consecuencia de un hecho ilícito está considerada como justa y suficiente. No faltan quienes como Vela, pretenden negarle esta consideracion como si no debiera ser atendida en el derecho: dicen á este propósito que si bien es necesaria, no es justa y hasta dudan todavia que sea verdaderamente necesaria, puesto que el ausente cometió libre y espontáneamente el delito por el que se halla sufriendo castigo. Pero estas razones, nada prueban en favor de su opinion; porque si entramos á reflexionar desapasionadamente, hallaremos, que tal ausencia es necesaria en todo el rigor de la palabra: el criminal, habrá infringido voluntariamente la ley, pero no se halla sufriendo el castigo con igual voluntad, de lo que se infiere, que la ausencia es justa, no en el sentido de que el hecho criminal pueda tener este concepto, lo cual nadie ha podido dar á entender, sino en el sentido de hallarse el individuo verdaderamente imposibilitado de concurrir á un lugar donde quizá vá á reclamar otro contra él, en el sentido de que no se puede sospechar que rehuye el presentarse. Y estos principios son los que dominan en algunas de nuestras leyes de Partida (2), las cuales equiparan dicha ausencia á las probables, esto es, justas, como la peregrinacion y los estudios, ó á otras que no son consecuencia de pena. En vista de lo cual, y otros datos que pudieran presentarse, es preciso admitir que la ausencia necesaria por impedimento legal, no siempre está destituida de proteccion y de efectos favorables. La teoría contraria que absolutamente los niega, es una teoría exajerada, es hasta cruel. Si el delincuente se halla sufriendo la pena de su delito, ¿és justo que quede desatendido, cuando se trata de un negocio que le afecta, y que nada tiene que ver con aquel? ¿Es justo que se le haga cargo por lo que no puede evitar? ¿No seria esto agravar su pena, añadir á un padecimiento justo y legítimo otro inmerecido y arbitrario? Pero dejando de insistir en la justificacion de lo que claramente aparece en nuestro derecho, advertiremos para la exacta inteligencia de éste que lo que las leyes de Partida concretan á la prision y al destierro, debe ser en la actualidad, estensivo á otras muchas especies de penas. Las Partidas se propusieron sin duda comprender bajo sus disposiciones, todas aquellas que llevan consigo privacion de libertad, y como las mas notables y frecuentes, citaron la prision y el destierro: asi es que hoy dia surtirán iguales efectos las cadenas, reclusiones, presidios, arrestos, en una palabra todas las que coarten la libertad del penado, de suerte que no pueda trasladarse al punto donde se reclama su presencia. Ademas del impedimento legal, de la pena, pueden existir otros que igualmente imposibiliten á una persona de concurrir á donde interesa; impedimentos accidentales que nacen de hechos que no pueden imputársele, tales como los atentados de los hombres ó los obstáculos naturales, y que constituyen la ausencia necesaria que hemos llamado calamitosa. El que esperimenta en su persona la fuerza, el dolo ú otros obstáculos que le detienen y privan de libertad, aun cuando esté fuera de la cárcel, es una especie de siervo, decian las Partidas (1), y por lo tanto tiene una causa legítima, en que no ha tomado parte: su desgracia; es un ausente necesario. En esto no hay dificultad: solo nos ocuparemos aquí de dos puntos que parecen suscitar alguna duda y son: si puede decirse ausente al que es detenido por enemigos; y hasta qué punto el miedo constituye una causa legítima de ausencia.

Acerca de la primera cuestion, hay en el derecho romano un texto (2), segun el cual no puede decirse ausente al detenido por enemigos, sino al que lo es por ladrones. Esta diferencia tenia su razon especial en las ideas de los romanos sobre la condicion de los prisioneros de guerra;

(1) Véanse las 11, tit. 7, de la Part. 7, y la 11 tit. 25, de la misma Part.

(1) Regla 2, tit. 34, Part. 7.
(2) Ley 199, tit. 16, lib. 50 del Dig.

sin embargo, no puede sostenerse, segun los principios de equidad y de razon natural, conforme á los cuales, tanto el que cae en poder de enemigos como el que cae en poder de ladrones, deben ser conceptuados del mismo modo, bajo el aspecto de la ausencia. Y sin entrar en la investigacion de si la regla mencionada fué inflexible por derecho romano, lo que sí debemos dejar sentado es que no ha hallado cabida en el patrio. El que es hecho cautivo se cuenta como ausente por las leyes de Partida y se le enumera entre otros verdaderos ausentes, siendo este punto tan claro y evidente, que Gregorio Lopez pone como ejemplo de la ausencia meramente necesaria, que él llama favorable al detenido «por enemigos ó ladrones» y lejos de establecer diferencia entre ambos casos los confunde y amalgama. Respecto á la ausencia por miedo, la hallamos establecida en nuestro derecho, aunque no haga mencion de ella con tanta frecuencia como de otras ausencias necesarias, ni emplee para designarla la misma palabra «miedo.» Pero ¿cómo debe ser este? La ley 11, tít. 7 de la Partida 3 dice, que se puede alegar con éxito la ausencia por una persona llamada á juicio cuando hubiera «enemigos conocidos que le toviessen los caminos, ó quel oviessen desafiado, é fuessen mas poderosos que él, de manera que non osase venir, *á menos de peligro de muerte*» y la ley 12 del título 23 de la misma Partida menciona el impedimento «por sus enemigos conocidos que le tuviessen el camino.» Aun dado caso de que la segunda ley citada no se interprete por la primera, al menos siempre resulta que esta parece atender solo á la ausencia por un miedo tan grave que sea el de perder la vida. Pero si toda esta dureza manifiesta la letra de la ley, creemos que su espíritu es mucho mas benigno; porque miedo fundado y grave puede haber sin que llegue á aquel estremo: así como la pérdida de la existencia otros temores tambien detienen al hombre, aun cuando sea fuerte de ánimo. Sin duda, pues, el ejemplo de que la ley se vale, no ha de tomarse como la regla fija de esta materia: solo debe considerarse como la manifestacion de que el miedo no ha de ser fútil ni vano, ni proveniente de persona que obre en uso de su derecho, ó de atribuciones judiciales ó gubernativas que por la ley le competen, sino considerable, grave é ilegítimamente causado, para que conserve la ausencia el carácter de necesaria y surta sus efectos. La inteligencia que acabamos de consignar, guarda consonancia con el espíritu de muchas disposiciones de nuestro derecho, y es la única que puede aceptarse como cierta y exacta, atendida la ley 7 del tít. 23 de la Partida 7, que se espresa así. «*Metus* en latin, tanto quiere decir en romance como miedo de muerte, ó de tormento de cuerpo, ó de perdimiento de miembro, ó de perder libertad, ó las cartas porque la podria amparar, ó de rescebir desonrra porque fincara enfamado,.... ó de otro semejante..... Mas en otro miedo que non fuesse de tal natura á que dicen vano, non escusaria.»

Hemos concluido de fijar las clases de ausencia que pueden distinguirse segun las causas que las motiven; pero á esta clasificacion debe ser inseparable una observacion importante. Como que se trata de los motivos que inducen á un individuo á estar ausente, y como que los casos que pueden presentarse son de tan distinto carácter y cada cual se reviste de sus circunstancias especiales, del estudio que de ellos se haga habrá de depender la resolucion de muchas cuestiones acerca de ausencia. En una obra como la presente, no cabe mas que una clasificacion metódica formulada y esplicada en términos generales y bajo un punto de vista sintético, por decirlo así. Habrá pormenores, habrá casos particulares para cuya decision no puedan tener aplicacion completa las clasificaciones y quizás aparezcan insuficientes, siendo preciso confiar en el prudente arbitrio del juez, quien teniendo á la vista un negocio determinado, penetrado del carácter que presente y estimando las circunstancias que en él concurran, fallará del modo mas acertado y equitativo. Por

esto es que si hemos hablado de clasificaciones de ausencias, si hemos espuesto las ya hechas, y ensayado otra, estamos, á pesar de todo, bien distantes de persuadirnos que nada quede que hacer, nada que meditar y decidir. En nuestro concepto, y esta es la idea que nos ha movido á discurrir en este sentido, tan poco prudente hubiera sido prescindir de tales ideas generales, como suponer con ellas agotada la materia; no dar regla alguna sería una omision indisculpable; darlas como infalibles una presuncion temeraria. Y tanto es cierto que no existe esta infalibilidad, y que la apreciacion de las causas de la ausencia es una de aquellas materias en que debe dejarse mucha latitud al prudente arbitrio judicial, que hay jurisconsultos cuya opinion es abiertamente contraria á la conveniencia de toda clasificacion. Por nuestra parte, aunque creamos que no hay motivo para desconfiar hasta el estremo y dejarse llevar de una nimia escrupulosidad, no podemos menos de dar á conocer la opinion de uno de los mas ilustres jurisconsultos modernos, del célebre Savigny, quien hablando de los motivos de la restitucion por derecho romano, se espresa así: «Si nos remontamos á las causas de la ausencia, encontraremos en ellas un doble contraste. Así la causa de la ausencia puede ser necesaria ó arbitraria, laudable ó vituperable, ó quizás indiferente, lo cual daria márgen á una nueva distincion. La ausencia por causa de servicio público nada ofrece que pueda embarazarnos: es á la vez necesaria y laudable. De aquí podria deducirse, que para ser aplicable el motivo de la restitucion, debe siempre reunir este doble carácter, y con efecto los jurisconsultos romanos acreditan frecuentemente la necesidad de la moralidad de la ausencia. Pero vemos que los condenados á destierro tienen tambien derecho á restitucion, y con todo la causa de su ausencia es un delito, es decir, una causa esencialmente vituperable. Segun esto podria distinguirse entre la ausencia necesaria y arbitraria; en el primer caso conceder la restitucion sin condicion, y en el segundo, si la ausencia reconoce una causa laudable. Pero semejante tentativa no dá resultado alguno satisfactorio. Porque ¿á qué nos atendremos para declarar una causa como laudable? El mérito que se atribuye á un viaje emprendido con un fin científico no existe respecto al viaje de un artesano, que sin embargo tambien tiene derecho á la restitucion; y un simple viaje de recreo puede al mismo tiempo servir de enseñanza. Deberian entonces admitirse al lado de los motivos laudables, al menos los motivos indiferentes: y la distincion no serviria mas que para escluir la restitucion, si la causa de la ausencia era evidentemente vituperable, si por ejemplo alguno emprendiese un gran viaje para robar, para defraudar ó entregarse al juego. Los casos en que pudieran probarse semejantes motivos son tan raros, que la distincion reducida á estos términos no tiene valor práctico alguno. Si se examina imparcialmente el conjunto de estas circunstancias, se adquirirá la conviccion de que es preciso renunciar á todas las distinciones fundadas en la causa de la ausencia. Los textos de los antiguos jurisconsultos citados antes, se esplican entonces por la naturaleza arbitraria de esta institucion. Quieren decir simplemente que haciendo aplicacion á cada caso de la *generalis cláusula*, el pretor concederá la restitucion, tanto mas fácilmente, cuanto la causa de la ausencia le parezca mas necesaria ó mas laudable (1).

§. 3.° *Casos en que los ausentes se reputan presentes, y los presentes ausentes.*

A fin de completar las ideas generales que hasta aquí hemos dado acerca de la ausencia, indicaremos ciertas equiparaciones á que esta puede dar márgen, dirigidas á la mejor inteligencia de la materia. Lejos de ser arbitrarias ó aventuradas deben considerarse como deduccion de la realidad de los hechos. Así sucede á veces que el

(1) Párr. 327. cap. 4, lib. 11 del tratado de Derecho romano, traduccion de Guenoux.

ausente puede reputarse presente y viceversa.

Cuando el ausente ha dejado un procurador con plenos poderes, encargándole que desempeñe cuantos negocios á él tocara desempeñar, viene su ausencia á surtir, por regla general, los mismos efectos que su presencia; así lo convence la voluntad espresa y manifiesta del poderdante, el fin que este se propuso, la índole del contrato que celebró. Consecuencia de lo cual es que cuando el procurador ó mandatario se inutilice y no cumpla el contrato por que quedó obligado, faltarán términos hábiles para que el ausente tenga la consideracion de presente. En otros casos los ausentes son reputados como presentes ya en su provecho, ya en su daño, segun el aprecio que merezca el motivo de su ausencia. Los ausentes por causa pública, necesaria, calamitosa, y aun por causa voluntaria inculpable, como que tienen un justo motivo de ausencia, una razon atendible, quizás un impedimento que no es justo les perjudique, deben conceptuarse como presentes; pero segun la razon y la equidad exijen tan solo en lo que concierne á su provecho, en lo que les es útil, ficcion que nace de la proteccion justa que esas personas merecen. Por el contrario, el que está ausente por una causa voluntaria vituperable, como el contumaz, es tambien equitativo que se entienda presente; pero presente en su daño, porque á este lejos de favorecer el derecho, castiga en cierto modo por su ilegal proceder.

De la misma manera que el ausente llega á ser reputado presente, presentes hay tambien que son considerados como ausentes. Ejemplos existen en la ley 2, tít. 7 de la Part. 3, donde, entre otros, se cita á los clérigos mientras dicen misa, y á los casados en el dia de su boda. Tambien el que padece una enfermedad que le tiene postrado sin dejarle personarse donde conviene, debe ser reputado como si estuviera ausente: cuál haya de ser esta enfermedad es punto sobre el que no puede darse una regla absoluta: basta decir, que ha de ser tal, que imposibilite al paciente para trasladarse al punto que interese. Algunas de nuestras leyes exigen que la enfermedad sea grave, al paso que otras mencionan la enfermedad lisa y llánamente. De todos modos es lo cierto que siendo esta suficiente, hace las veces de ausencia y de una ausencia necesaria calamitosa, segun se desprende claramente de la ley 12, tít. 23 de la Part. 3. Tampoco podria considerarse como presente al que asistiendo á un acto que requiere atencion, estuviere durmiendo, ó por cualquier causa no comprendiese lo que á su vista se hacia. (1) Asimismo el que ha vuelto del lugar donde estuvo ausente con una justa causa, necesita un corto tiempo para arreglar su equipage, buscar casa y atender á otras urgencias que naturalmente trae la conclusion de su viage: en ese tiempo, no pudiendo atender á otros negocios, su ausencia que ya cesó se sobreentiende prorogada y debe reputársele como si no estuviera presente: así lo dicta una benigna interpretacion, y así lo tenia consignado el derecho romano (2).

En vista de lo que acabamos de esponer, habria quizá motivo para hacer de la ausencia una division que no hemos incluido entre las contenidas en el párrafo anterior por no referirse á sus causas, sino al modo de presentarse. Esta diviston fué ya indicada por Gregorio Lopez, quien parece haber querido dar á entender que la ausencia puede distinguirse en ausencia de hecho ó de derecho (3): aclarando mas esta idea diriamos que la ausencia es verdadera y material ó fingida y legal; la primera comprendería á los que se encuentran en otro lugar distinto de aquel en que se requiere su asistencia; la segunda á los que hallándose en el mismo lugar, por ciertas consideraciones, por cierta ficcion de equidad se conceptúan ausentes. Fácil es esto de comprender y no hay para qué detenerse en ampliarlo ni desarrollarlo largamente.

Apuntaremos ahora como complemento

(1) Ley 209, tit. 16, lib. 50 del Dig.
(2) Párr. 3, ley 18, tit. 6, lib. 4 del Dig.
(3) Glosas 7 y 8 de la ley 12, tit. 5, Part. 3,

de este párrafo otras equiparaciones que suelen admitirse respecto á los ausentes, y que lo mismo que las que acaban de citarse no constituyen reglas generales y absolutas, de lo que hay, entre otros, un ejemplo notable en el derecho romano (1), sino reglas útiles en cuanto lo permitan las circunstancias de los casos particulares. El furioso está equiparado al ausente, regla que se esplica con su sola enunciacion, porque el falto de juicio, el que aunque presente no sabe lo que hace ni lo que ante él pasa está en igual caso que aquel que separado del negocio nada sabe ni conoce de él. El derecho no se atiene á lo esterior, á lo material de los actos, sino que ajusta sus prescripciones al verdadero resultado que de ellos puede sacarse. La regla mencionada es por lo tanto una regla de buen sentido, y como tal se consignó espresamente en el derecho romano (2): haciéndose de ella aplicacion en gran número de casos (3): no se halla formulada de este modo tan esplícito en las leyes españolas; mas no por eso deja de tener aplicacion frecuente en diferentes materias, ni han prescindido de ella nuestros espositores, antes bien la usan como generalmente admitida, como una especie de axioma jurídico.

Sin embargo, guardémonos de hacerle inflexible y comprensivo de todos los casos que puedan ocurrir, porque algunos se escapan á su generalidad. Así el mismo derecho romano tuvo que reconocer á veces que no eran equiparables del todo el furioso y el ausente (4); asi el jurisconsulto Paulo dijo á propósito del nombramiento de procurador. «*Furiosus non est habendus absentis loco* (5). En cuanto á la conciliacion de este texto con otro de Juliano: «*Furiosus per omnia, et in omnibus absentis vel quiescentis loco habeatur:*» (6) la recomendamos á los que no creyendo en antinomias son defensores de aquellas jactanciosas palabras del emperador Justiniano, en su constitucion de confirmacion del Digesto: *Contrarium aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit, nec invenitur.*»

Tambien suelen ponerse en parangon el ausente y el infante; regla análoga á la anterior y apoyada en razones semejantes. La hallamos indicada en el derecho romano (1) y se acomoda al espíritu del nuestro, en prueba de cuyo aserto citaremos la glosa de Gregorio Lopez á la ley 13, tít. 6, Part. 6, donde se aplica aquella regla como de uso corriente y general, si bien restringida al contenido de la ley sobre que versa la glosa. Guarda estrecha conexion con esta regla otra que tambien es aplicable sin dificultad en nuestro derecho; esta regla á que aludimos es la que estableció Ulpiano, y se halla contenida en el Digesto (2) con estas palabras: «*Si pupillus præsens sit, tutorem autem non habeat, pro absente habendus est.*»

Ultimamente no queremos concluir esta materia sin hacer mérito de otra regla que aunque no comprendida en el epígrafe del párrafo, y cuya esplicacion se hará en este mismo artículo; tiene conexion con la doctrina que acabamos de esponer, á saber que el ausente se considera como muerto. Sin embargo, debe entenderse asi, solo concurriendo ciertos requisitos y tomada la ausencia en un sentido especial. En su oportuno lugar examinaremos la estension y límites de esta regla tan importante y de que aquí solo ha debido hacerse una rápida indicacion.

(1) Párr. 3, ley 15, tit. 5, lib. 48 del Dig.
(2) Párr. 1, ley 124, tit. 17, lib. 50, del Dig.
(3) Párr. 3. de la ley 27 del tit. 8, lib. 4, párr. 11 de la 17 del tit. 10, lib. 47 del Dig. y ley 3, tit. 40, lib. 7 del Cód.
(4) Párr. 2, ley 2, tit. 3, lib. 24 del Dig.
(5) Párr. 1, de la ley 2, tit. 3, lib. 3 del Dig.
(6) Párr. 3. ley 2, tit. 7, lib. 29 del Dig.

SECCION II.

DE LA AUSENCIA DEL REY Y DE LOS INDIVIDUOS DE LA FAMILIA REAL.

El rey debe vivir en medio de sus pueblos; las altas prerogativas, los deberes indeclinables del que ciñe la corona, asi lo

(1) Ley 209, tit. 16, lib. 50, del Dig.
(2) Ley 10, tit. 4, del lib. 42.

exigen, cualquiera que sea la forma de las monarquías. La historia nos enseña con ejemplos elocuentes, que las ausencias de los reyes han sido con frecuencia manantiales fecundos de desgracias para ellos y para los pueblos que gobernaban con su cetro. Ricardo I de Inglaterra, á quien por su valor heróico dió el siglo XII el sobrenombre de Corazon de Leon, abandonando á sus pueblos para ir á pelear en Palestina, cayó al volver á ellos en manos del duque de Austria, que no se avergonzó de cargar de prisiones y reducir á un encierro al héroe de la Cruzada: allí tuvo que sufrir los afrentosos ultrajes que le hizo Enrique VI: allí se vió en la humillante necesidad de contestar como si fuera reo á una acusacion de asesinato y de complicidad con los bárbaros satélites del Viejo de la montaña; allí tuvo que pasar por la amargura de saber que los franceses se apoderaban de sus ciudades, y solo pagando un rescate considerable que sus pueblos aprontaron, pudo obtener la libertad de que tan inícuamente le habian despojado. Por ir tambien al Africa á una cruzada, Luis IX de Francia, á quien la Iglesia ha colocado en el número de los santos, fue con toda la nobleza que le acompañaba hecho prisionero por los sarracenos, de cuyo poder solo salió á costa de un gran rescate: habiendo vuelto segunda vez á Africa, encontró solamente calamidades, aflicciones y la muerte. Raro contraste con su contemporáneo don Fernando III de Castilla, adorado tambien en los altares, que peleando en sus dominios contra los infieles, humilló el orgullo sarraceno, y clavó para siempre el estandarte de la cruz en las almenas de Sevilla. Francisco I de Francia, yendo á buscar laureles á Italia, halló en la desgraciada batalla de Pavia un escarmiento terrible y una prision en la torre de Lujan en Madrid, prision de que solo se libertó accediendo á proposiciones humillantes, y entre ellas á la de entregar á dos de sus hijos que sirvieran de rehenes para el cumplimiento de las odiosas condiciones á que él y la Francia se sometian. El rey D. Sebastian de Portugal, ansioso por conquistar en Africa dominios y laureles, en lugar de dedicarse á la gobernacion de sus estados, cerrando los oidos á los prudentes consejos de D. Felipe II rey de España, que le representaba con exacto colorido los peligros y las dificultades de la espedicion que iba á emprender, fue víctima de su arrojo temerario, y sufrió una derrota vergonzosa en que pereció la flor del reino, y una muerte oscura, dejando á la nacion anegada en luto, sin recursos, sin defensa y sin gloria.

Prolija seria nuestra tarea si tuviéramos que ir refiriendo los grandes ejemplos que las historias de todos los paises nos presentan de las calamidades que la ausencia de los reyes ha atraido á ellos mismos y á los pueblos: bastan los referidos, ya que estendernos mas seria salir de los límites que nos proponemos. Tambien en nuestra historia hay funestos precedentes que acreditan los males que se originan de la salida de los reyes de sus dominios. D. Alfonso V de Aragon, deseando hacer conquistas en Italia, y su hermano D. Juan, rey de Navarra, acompañándole en la empresa, vinieron á sér prisioneros del duque de Milan, y si bien en lugar de abusar este de las ventajas de su posicion, trató á los reyes con ostentacion y grandeza, y les dió despues la libertad sin condiciones, no por eso humilla menos á los príncipes la generosidad que los malos tratamientos de los que los vencen. Reunidas las coronas de Castilla, Aragon y Navarra, se suscitaron en España célebres disturbios, conmociones y bandos, con ocasion de la ausencia de D. Cárlos I para coronarse emperador de Alemania, y las guerras civiles de las comunidades de Castilla y de los agermanados en Valencia y Mallorca, ensangrentaron terriblemente el suelo de la monarquía. En este mismo siglo, en el célebre año de 1808, el viaje del rey D. Fernando VII á Bayona, vino á reducirle á un alevoso cautiverio, del que la nacion abandonada á sí misma, teniendo que constituir un gobierno y haciendo heróicos sacrificios de sangre y de fortunas, pudo sacarle solo despues de una lucha gloriosa y sangrienta.

Estos ejemplos de monarcas propios y de estraños, han hecho que el pueblo español mire siempre la residencia del rey en sus estados, como una prenda de seguridad personal para éste, y como un medio de evitar calamidades á la nacion. Y no ha sido opinion solo de las personas ilustradas ni de épocas modernas: ya de antiguo este pensamiento habia pasado al dominio de la poesía popular. Duélese el Cid en sus consejos al rey Alfonso, de los perjuicios que la ausencia de los reyes ocasiona á ellos y á los pueblos.

«Muchos daños han venido
De los reyes que se ausentan,
Apenas han calentado
La corona en la cabeza.»

A estas consideraciones generales aplicables del mismo modo á los antiguos que á los modernos tiempos, se agregan otras especiales de estos últimos y en particular de la época que alcanzamos. Los reyes de los últimos siglos no son conquistadores, no se ponen al frente de los ejércitos, no abandonan el gobierno del Estado para ir á ganar gloria en paises estranjeros: considerando que su principal deber es mantener á sus súbditos en paz y en justicia, abrir las fuentes de la riqueza y de la prosperidad públicas, prevenir las exigencias y las necesidades de sus gobernados, y fomentar cuanto tienda al engrandecimiento y esplendor de las naciones que dirigen, no abandonan el cetro por empuñar la espada, no cambian la diadema real por los sangrientos laureles de la victoria. Desde sus palacios presiden á los destinos de los pueblos; allí son el centro de la gobernacion de sus estados; los ejércitos son mandados por generales que obedecen las órdenes del rey, tanto cuando operan dentro de la nacion, como cuando el teatro de la guerra es en pais estranjero. Esto es mas esencial en las monarquías representativas: en ellas el rey no puede mandar directa ni indirectamente por sí los ejércitos: el principio de la inviolabilidad no lo permite, porque es menester que haya personas que con su responsabilidad cubran la irresponsabilidad del monarca. Ademas de esto, si observamos las grandes prerogativas de que está revestido el rey, nos persuadiremos de la indudable conveniencia que hay en que no salga del territorio de la monarquía. Estas prerogativas que le hacen participante del poder legislativo, administrador supremo del Estado en las relaciones esteriores y en la gobernacion interior, fuente de justicia y regulador supremo de todas las jurisdicciones, prerogativas que no admiten delegacion ni intermedios, exigen su presencia dentro del reino. Agrégase á esto tambien que la adhesion que la nacion española ha tenido siempre á sus monarcas, á quien las leyes del reino llaman *corazon é alma del pueblo*, hace que sea avaro, digámoslo así, de la presencia del rey, y que se haya lamentado siempre de su ausencia.

Las razones espuestas esplican los motivos por que en algunas constituciones de diferentes pueblos se ha puesto al rey la restriccion de no poder salir del territorio de sus estados sin consentimiento de las asambleas legislativas. La Constitucion del Brasil establece (art. 104) que el emperador no puede salir del imperio sin consentimiento de la asamblea general, y que si lo hiciese se entiende que abdica la corona. La Carta constitucional de Portugal dada por el rey D. Pedro, dice en su artículo 77: «El rey no podrá salir del reino de Portugal sin consentimiento de las Córtes generales, y si lo hiciere se entenderá que abdica la corona.» Cuando nuestros legisladores de Cadiz formaron la Constitucion de 1812, creyeron que debian tambien consignar en la ley fundamental el mismo principio, y aquellos ilustres varones que tantas y tan relevantes pruebas dieron de su adhesion á la monarquía y de afeccion á la persona del monarca, y que no escasearon ninguna clase de sacrificios para restituir á D. Fernando VII al trono de sus mayores, del que habia sido despojado por una perfidia sin ejemplo, teniendo á la vista los males que de la ausencia del rey se originaban á la nacion, pusieron entre las restricciones de la autoridad real la siguiente:

(Restriccion 2.ª del art. 172) «No puede el rey ausentarse del reino sin consentimiento de las Córtes; y si lo hiciere se entiende que ha abdicado la corona.» Cuando restablecida la Constitucion de 1812 se trató de su reforma en 1837 prevalecieron los mismos principios, pero se reputó sin duda como dura la redaccion del referido artículo, á pesar que, como se ha visto, el rey D. Pedro lo espresó en iguales términos en la Carta otorgada que espontáneamente dió á los portugueses. Por esto en la Constitucion de 1837, la prohibicion impuesta al rey de abandonar el reino, se concibió de este modo: «El rey necesita estar autorizado por una ley especial para ausentarse del reino.» Cuando en el año de 1844 discutió la reforma de la Constitucion de 1837, el gobierno que llevó á las Córtes el proyecto, no propuso alteracion alguna sobre la prohibicion que el rey tenia para ausentarse del reino: la comision del congreso de diputados tampoco lo hizo por su parte. Mas abierta la discusion en este cuerpo colegislador, hubo alguno que creyó que la consignacion del principio envolvia desconfianza y hostilidad hácia el trono, y esto hizo que la prohibicion de ausentarse fuera borrada de la ley fundamental de la monarquía, silencio que el congreso y el senado aprobaron sucesivamente.

Espuesto así lo que se refiere á la ausencia de los reyes, pasemos á hacer una indicacion breve respecto á los demas individuos de la familia real. Razones análogas á las que quedan espuestas para prohibir la ausencia del rey, movieron á los legisladores de Cadiz á establecer en la Constitucion de 1812 igual prohibicion para el príncipe de Asturias inmediato sucesor á la corona. El artículo 206 del espresado Código dice: «El príncipe de Asturias no podrá salir del reino sin consentimiento de las Córtes, y si saliere sin él, quedará por el mismo hecho escluido del llamamiento á la corona.» Esta disposicion no fue repetida ni en la Constitucion de 1837, ni en la de 1845, de modo que el príncipe de Asturias hoy se halla en el mismo caso que los demas individuos de la familia real para el efecto de ausentarse de la monarquía. Respecto á estos en España rige ahora y ha regido siempre el principio de que sin licencia del rey, que siempre es el gefe de la familia real, los que la componen no pueden ausentarse del reino, ni aun del pueblo en que se hallan domiciliados.

SECCION III.

DE LA AUSENCIA CON RELACION A EMPLEOS, DIGNIDADES Y CARGOS PUBLICOS.

A pesar del epígrafe genérico que lleva esta seccion, no es nuestro propósito hacer entrar en ella cuanto pueda referirse á la ausencia de individuos que desempeñan destinos, empleos ó cargos en las diferentes carreras del Estado. Descender á la consideracion de cada uno en particular, ocuparse de los efectos que produce la ausencia de cada funcionario constituiria un trabajo prolijo y embarazoso. Por esta razon trataremos tan solo de los casos mas frecuentes é interesantes que se presentan en el órden político, en el judicial, en el administrativo y en el civil, fijando algunas ideas y consignando datos suficientes para dar á conocer cómo y de qué manera ha sido considerada por el derecho la ausencia de los que los desempeñan.

En este supuesto trataremos: 1.° de la ausencia de los senadores y diputados: 2.° de los funcionarios del órden administrativo: 3.° de los funcionarios del órden judicial: 4.° de las escusas y terminacion de cargos por razon de ausencia.

§. 1.° *Ausencia de senadores y diputados.*

Son tan importantes y de índole tan especial las funciones que están llamados á ejercer los individuos de ambos cuerpos colegisladores, que bien merecen ser consideradas en lugar separado y preferente de la presente seccion. Asi los senadores como los diputados, deben cumplir esmerada y celosamente las obligaciones del alto

puesto que la Corona confia á los primeros, y los segundos el sagrado cometido que reciben de los pueblos, puesto que en ello se interesa directamente el bien de la nacion. Sin embargo, como la urgencia de sus propios intereses por una parte, y por otra el cumplimiento de deberes para con el Estado, hagan necesarias á veces sus ausencias, estas se hallan autorizadas y previstos sus efectos. Cuales sean estos, es lo que vamos á esponer con la debida separacion.

Senadores. En ausencia del presidente ejercen todas sus funciones los vice-presidentes por el órden de su nombramiento (1). Si los senadores no pudieren por justo motivo verificar su presentacion en el pueblo donde se hallen las Córtes, escusarán su ausencia del Senado por medio de oficio dirigido á los secretarios (2). Tambien participarán por escrito al Senado, y con espresion del lugar á donde se dirigiesen las ausencias que tengan que hacer en desempeño de alguna comision del servicio público por órden del gobierno, ó con motivo de su salud ó intereses (3). Cuando en las comisiones falte algun individuo, será reemplazado por otro de la seccion á que pertenecia el ausente (4). Ultimamente los senadores que no concurrieron á una votacion, aunque estén ausentes del pueblo en que celebran las Córtes, pueden adherirse por escrito á cualquiera resolucion del Senado, y se hará constar en las actas; pero no deben manifestar su opinion contraria, ni se hará mencion de ella (5). La práctica de este cuerpo colegislador tiene admitida igual adhesion hecha de palabra en una sesion próxima á aquella en que se verificó la votacion.

Diputados. No son iguales las disposiciones relativas á ausencias de los diputados. Al presidente reemplazan indistintivamente los vice-presidentes en todas sus funciones (6). La ausencia de algun individuo de una comision no causa alteracion en esta mientras queden cinco diputados; pero si bajaren de este número nombrarán las sesiones respectivas los que faltaren, y si ya estas se hubieren renovado, las designadas con el mismo número. En cuanto á las comisiones que continúan sus trabajos concluida la legislatura, el diputado que tenga que ausentarse de la capital lo hará presente para que se le reemplace (1). El que en los discursos pronunciados ó documentos que se leyeren fuere aludido en su persona ó en sus hechos propios, si no se halla presente podrá usar de la palabra para rectificar ó defenderse, y sin entrar en el fondo de la cuestion, en la sesion inmediata: solo podrá hacerlo en lo sucesivo acordándolo el congreso. Si un diputado quisiera hablar en defensa de un ausento aludido, se preguntará al congreso, el que acordará si debe ó no usarse al efecte de la palabra (2). Los diputados que se hallen ausentes al tiempo de tomarse una resolucion, podrán adherirse á ella (3). Ultimamente, si durante la legislatura algun diputado tuviere necesidad de ausentarse por mas de ocho dias, deberá pedir licencia al congreso, esponiendo por escrito los motivos y señalando el tiempo que necesite, á fin de que el cuerpo colegislador acuerde lo que estime conveniente, bajo el supuesto de que no se dan licencias á lo mas sino á la tercera parte del número escedente al que se exige de presentes para la formacion de las leyes (4).

Lo dicho es suficiente para formar idea exacta de lo que se observa respecto á la ausencia de senadores y diputados.

§. 2.° *Ausencia de funcionarios del órden administrativo.*

Vasta y cumplida es la esfera en que obra la administracion; mucho y en muchas partes lo que está sometido á su cuidado, por eso necesita de una gerarquía completa de

(1) Art. 12 del reglamento para el gobierno interior del Senado de 10 de marzo de 1847.
(2) Art. 17.
(3) Art. 23.
(4) Art. 50.
(5) Art. 118.
(6) Art. 45 del reglamento del Congreso de los Diputados de 4 de mayo de 1847.

(1) Art. 77.
(2) Arts. 139 y 140.
(3) Art. 180.
(4) Arts 197 y 198.

Lorenzo Arrazola

numerosos grados, y ramificada al estremo. Pero aun se necesita mas: que la accion administrativa sea previsora, vigilante sin cesar; que se haga sentir continuamente: que sea infatigable por deberlo así. Si los que están llamados á mantener y desarrollar esta accion, no comprendiendo su índole, se descuidan y abandonan, si prescinden de velar asiduamente sobre lo que solo en fuerza de una vigilancia perentoria puede dar un resultado favorable, destrúyense los elementos indispensables de toda la institucion. De aquí se deduce, que todos los funcionarios que componen la dilatada escala administrativa tienen un deber altamente importante, y de que no pueden eximirse por elevada que sea la categoría en que se hallen colocados: este deber es el de no abandonar el punto donde se les ha encargado el desempeño de sus funciones y mucho menos el territorio, el distrito cuya vigilancia y direccion les ha sido encomendada. El que se ausenta infringe este deber de residencia; por eso la regla general es que las autoridades administrativas, que los funcionarios del poder ejecutivo en general no pueden ausentarse del lugar en que han de ejercer sus respectivos cargos; la regla, sin embargo, no es inflexible, no debia serlo; hay casos que forman escepcion; entonces la ausencia está autorizada por la ley, y esta dicta las disposiciones conducentes para que se evite en cuanto sea posible la paralizacion de los negocios que deben proseguir su curso, y la cesacion de actos que han de verificarse. Sentados estos principios, hagamos alguna aplicacion de ellos á varios casos que ofrece nuestro derecho.

Comenzando por los *ministros*, fácilmente se conoce que su residencia natural y ordinaria es en Madrid como que son los consejeros de la corona, y los gefes de corporaciones y oficinas generales que en Madrid se hallan establecidas. No pueden por tanto ausentarse de la capital de la monarquía á no mediar causa urgente y poderosa, nacida, ó del interés del Estado, ó de un interés personal imposible de desatender; tal seria, por ejemplo, la falta de salud. Mas en todas aquellas ocasiones en que el rey se ausenta de la capital, necesario es que cerca de él haya siempre uno ó mas ministros que cubran con su responsabilidad la irresponsabilidad del monarca, al mismo tiempo que no se interrumpa la marcha de la parte de la administracion confiada especialmente á los ministros que le acompañan. En tales casos el consejo de ministros acuerda con la aprobacion real el modo de llenar cumplidamente tales objetos: acerca de esto no pueden darse reglas seguras ó inflexibles: en todos los casos los ministros que acompañen al rey se encargan de presentarle al despacho los actos de los demas ministerios que deben ponerse en conocimiento y requieren la aprobacion espresa del monarca: mas respecto á la direccion de las dependencias de los ministros cuando están ausentes, en cada caso se establecen reglas particulares, ya encargándose del despacho otro de los ministros que permanecen en Madrid, ya autorizando al subsecretario, director ú oficial mas caracterizado del ministerio respectivo, ya por último, si las circunstancias lo aconsejan y la distancia lo permite, reservándose el ministro el despacho de todos los negocios. Mas cuando fuera de este caso se ausente de la corte un ministro con la correspondiente venia del monarca, entonces ó se confia el despacho de su ministerio á otro ministro, ó se autoriza al subsecretario para el despacho, ó se nombra un ministro interino, lo que se hace en real decreto, como todos los actos que se refieren al ejercicio de las dichas funciones de consejero responsable de la corona.

Tambien deben residir en Madrid los *consejeros reales*, como se infiere de la naturaleza de sus funciones. Y por lo tocante á la ausencia de las sesiones, se han dictado las siguientes reglas. Si no concurre al consejo pleno ningun ministro de la corona, tiene la presidencia el consejero ordinario á quien se haya conferido el cargo de vicepresidente (1), y si no se encontrase allí

(1) Art. 3.° de la ley de 6 de julio de 1845.

le reemplaza accidentalmente en todas sus funciones el vice-presidente de mayor edad de entre los de seccion, cuando se trata de asuntos consultivos (1); pero reunido el Consejo para asuntos contenciosos, tiene la sustitucion el vice-presidente de la seccion de lo contencioso, y en defecto de este entran los de las demas secciones por el órden de su precedencia (2). Los consejeros ordinarios de las secciones, son los que reemplazan por el órden de edad á los vicepresidentes de cada una de ellas (3). Por lo que hace á los consejeros, tanto ordinarios como estraordinarios cuando no puedan asistir á la seccion deberán ponerlo en conocimiento del presidente (4). Hállanse tambien previstos en el reglamento del Consejo Real algunos casos que conviene consignar aquí: los consejeros que no hayan asistido á la vista pública de un negocio contencioso no pueden tomar parte en su deliberacion y votacion; ni tampoco votarán los que habiendo asistido á la vista no estén presentes al tiempo de deliberar y votar el consejo, á no estar enfermos ó tener otro impedimento legítimo y no quedar el número competente de consejeros para votar (5). Cuando empezado á ver un negocio ó visto ya y no votado, se inhabilitare alguno de los vocales concurrentes, no se suspenderá la vista si quedare el número suficiente; en otro caso, y no pudiendo el impedido asistir á la votacion, se procederá á nueva vista ó votacion en su caso, citando á los que hubieren faltado á la vista anterior (6).

Creados modernamente los *gobernadores de provincia* nada se ha dispuesto en el decreto de su creacion ni con posterioridad relativamente á sus ausencias: sin embargo, hay reglas que les comprenden y son las mismas establecidas antes respecto á los gefes políticos sus antecesores, pues que no existe en esta parte motivo alguno para dejar de igualar las antiguas á las modernas autoridades encargadas del gobierno de las provincias. Así es que los gobernadores están rigurosamente obligados á no ausentarse de su provincia, permaneciendo ordinariamente en la capital. Siendo estos funcionarios las personas en quien el gobierno deposita su confianza especial para la buena administracion, y el buen órden interior del Estado y los que, en consideracion á la importancia de su cargo, deben dar el mas esmerado ejemplo de vigilancia, no es estraño que se les haya unido con vínculos muy estrechos de residencia á la capital de la provincia, cuyo gobierno desempeñan, y que por regla general ni aun por motivos de interés de sus administrados, ni por causa del ejercicio de sus funciones, les sea permitido trasladarse á otro punto aunque sea dentro de la provincia: disposiciones rigurosas; pero que guardan conformidad y consecuencia con la índole de sus cargos administrativos. No pueden por lo tanto los gobernadores de provincia ausentarse de la capital para enterarse del estado de los pueblos que gobiernen, de las necesidades que les aquejan, del buen desempeño de los cargos municipales, de la ejecucion y observancia de las medidas tomadas para el buen gobierno de la provincia, del estado de la opinion pública: todos estos objetos son ciertamente muy justos y atendibles, decimos mas, constituyen otras tantas obligaciones para la autoridad superior provincial, razon por la que está en el deber de girar visitas por todo el territorio de su mando; pero nunca serán bastantes para que deje su residencia de la capital sin consultar préviamente al gobierno y obtener el correspondiente é indispensable permiso. Con todo: si se presentara en algun punto de la provincia uno de esos sucesos inesperados y de tal gravedad y trascendencia, que exigiera la presencia del gobernador, entonces no habrá de detenerse en dirigir al gobierno peticion de licencia, ni aguardar á que éste enterado de los motivos, se la conceda, porque en el tiempo que todos estos trámites exigen puede haber

(1) Arts. 54 y 55 del reglamento de 27 de julio de 1848.
(2) Art. 6.° del reglamento de 30 de diciembre de 1846.
(3) Art. 59 del reglamento de 27 de julio de 1848.
(4) Arts. 2.°, 5.° y 7.° del reglamento de 27 de julio de 1848.
(5) Art. 208 del reglamento de 30 diciembre de 1845.
(6) Arts. 210 y 211 del citado reglamento.

tomado, por ejemplo, inmenso incremento una epidemia ó adquirido grandes proporciones un motin, sino que desde luego acudirá al punto en que exista el peligro, poniendo activa y enérgicamente todos los medios necesarios para hacerlo cesar, de lo que deberá dar cuenta al gobierno (1). Si fuera de asuntos del servicio público exigiera su ausencia alguna causa personal y de su interés particular, acudirá al gobierno, á fin de que se le conceda la licencia correspondiente (2).

Acerca de la persona que ha de encargarse de las funciones de mando, ausente el gobernador de la capital de la provincia, son distintos casos los que pueden ocurrir, segun que aquella autoridad quede dentro del territorio de su mando, ó marche fuera de él. En el primer caso no hay propiamente reemplazo del gobernador, puesto que este sigue funcionando, si bien su secretario despachará y firmará los negocios que le dejase encargados, entendiéndose directamente con el gobierno solo en un caso estraordinario y apremiante (3). Pero cuando el gobernador sale de la provincia, lo será interino quien el gobierno designe, ó no habiendo esta designacion, el vice-presidente del Consejo provincial (4). En la parte económica los gobernadores son reemplazados en sus ausencias por los administradores de contribuciones directas, los de indirectas y los contadores de Hacienda pública por el órden mencionado. Y en sus funciones de subdelegados de rentas les sustituyen los asesores de la subdelegacion (5). De este modo la provincia nunca queda desamparada de autoridad que la gobierne y proteja.

Por lo tocante á los *Consejos provinciales*, hay que considerar, que no estando presente á sus sesiones el gobernador de la provincia, presidente nato, toma la presidencia el vice-presidente que al efecto tiene nombrado el gobierno (1). Si este tampoco se hallase presente, le reemplazará el vocal al efecto designado por el gobernador (2). Digna es aquí de mencionarse la conexion que con esta materia tiene la institucion de los consejeros provinciales supernumerarios: como los consejeros propietarios son en corto número, y pudiera sentirse entorpecimiento en el curso de los negocios, si alguno ó algunos se ausentasen ó se imposibilitaren de otro modo, la ley ha llevado su prevision á estos casos, y dispuesto para cuando ocurran, que haya nombrados quienes los reemplacen, cuyo número puede llegar al de los propietarios. Faltando, pues, estos, entran aquellos á reemplazarles con voz y voto (3).

Conferida la presidencia de las *Diputaciones provinciales*, cuando estos cuerpos se organizaron en el año de 1845, al gefe político, se dispuso que en falta de este le reemplazase el intendente, y en su defecto el diputado de mas edad (4); pero como quiera que posteriormente se reunieran las intendencias á las gefaturas políticas, confundiéndose ambos cargos en el de gobernador de provincia, á este corresponde hoy dia la presidencia de la diputacion, y cuando no asista, entrará á reemplazarle el diputado de mas edad. Los diputados tienen obligacion de acudir á las sesiones: cuando no concurren por haberse ausentado con permiso concedido por el gobernador mediante un justo motivo, no esperimentan ningun perjuicio; pero si convocados por la autoridad se niegan á presentarse, entonces la ley despliega todo su rigor contra ellos, facultando al gobernador para imponer en caso necesario una multa de 500 á 2000 rs. á los desobedientes (5); rigor justo y merecido por parte de aquel que habiendo sido elegido para un cargo en interés de la provincia, cargo obligatorio que no exige ocupaciones contínuas, se resiste abiertamente á cumplir los deberes que trae consigo.

(1) Real órden de 4 de noviembre de 1846.
(2) Real órden de 29 de junio de 1835 y R. D. de 23 de febrero de 1848.
(3) Real órden de 2 de noviembre de 1846.
(4) Art. 3.° de la ley de 2 de abril de 1845.
(5) Art. 48 de la Instruccion de 23 de mayo de 1845 y real órden de 22 de mayo de 1851.

(1) Art. 2.° de la ley de 2 de abril de 1845.
(2) Art. 47 del reglamento de 1.° de octubre de 1845.
(3) Art. 4.° de la ley de 2 de abril de 1845.
(4) Art. 40 de la ley de 8 de enero de 1845.
(5) Art. 42 y 43 de la ley de 8 de enero de 1845.

La ley ha querido tambien precaver, todavia con mas severidad, el caso posible de que la mayoría de diputados provinciales se negara á asistir á la sesion; califica á los que asi obran de refractarios; les impone el máximo de la multa, á la tercera amonestacion que desoigan; autoriza á la minoría presente para despachar los negocios mas urgentes, y exige del gobernador que lo ponga inmediatamente en conocimiento del gobierno, á fin de que este dicte la resolucion que convenga (1). Estas disposiciones tan rigurosas como estraordinarias, se esplican perfectamente por el espíritu que presidió en la formacion de la ley que las contiene: se ha querido quitar á las diputaciones todo carácter político, cortar toda tendencia en este sentido y evitar á toda costa que susciten embarazos á la marcha del gobierno, y que protesten contra sus actos. La retirada de la mayoría de una diputacion envuelve bien claramente semejante protesta, y por eso se han adoptado medios duros y escepcionales á fin de desvirtuarla, y de evitar la repeticion de esos actos intimidando á los diputados. Tal ha sido sin duda el pensamiento del legislador.

Antes de pasar á esponer las disposiciones que actualmente rigen en lo tocante á la ausencia de las autoridades municipales creemos oportuno llamar la atencion hácia el título 3 del libro 7 de la Nov. Rec., el cual bajo el epígrafe «de los diputados ó procuradores de los concejos para negocios de los pueblos» contiene leyes muy importantes para el estudio de la organizacion administrativa de España en los tiempos anteriores. Muy imperfecta en lo antiguo esta organizacion, con grandes derechos y prerogativas los concejos, con el ejercicio simultáneo del poder administrativo y judicial el rey, y sin haber una escala gradual y sucesiva de autoridades, por cuyo medio aquellos se entendieran con este acerca de sus pretensiones y negocios, fácil es comprender el gran uso que hacian los pueblos de enviados, procuradores ó diputados á la corte del monarca. Pero como á pretesto de procurar los intereses y negocios de los pueblos comenzasen muchos diputados á procurar los suyos propios y aprovechándose de su estancia en la corte, se ocupasen en llevar á cabo sus pretensiones absorviendo en ellas el tiempo que debian dedicar esclusivamente á los asuntos que les habian encomendado, se hicieron necesarias medidas represivas de un abuso tan escandaloso, y que estaban en el interés de desarraigar asi los reyes como los pueblos: los reyes porque su corte se veia embarazada con multitud de molestos pretendientes; y los concejos porque sobre ser defraudadas sus esperanzas y abandonados sus negocios, eran gravados con el pago de los salarios que de su cuenta debian abonar á sus diputados. He aquí el espíritu de las leyes del título citado de la Novísima Recopilacion; no podemos descender á un detenido exámen de su contenido, pero sí dejaremos hecha mencion especial del que nos ofrece la tercera, dada por D. Felipe II en las Córtes de Madrid de 1563, porque ella nos convence de lo que apuntamos en la seccion anterior, acerca de los requisitos de la ausencia por causa de la república, y del interés que han tenido nuestros antiguos legisladores en que los cargos públicos no sean abandonados por ausencias solamente provechosas al individuo que los desempeñe. Prohíbese, pues, en la ley á que nos referimos que se nombrasen para venir á la corte ó á Audiencias á negocios de sus pueblos, los regidores ó jurados que en ellas tuvieran pleitos ó negocios propios bajo pena de que los tales regidores ó jurados devolvieran los salarios al pueblo que los hubiera enviado y pagasen otro tanto á la Cámara, y se renueva la obligacion que ya tenian impuesta de presentar sus instrucciones en el Consejo. A pesar de que tanto esta ley como la 5.ª del mismo título y libro, comprensiva de otras precauciones dirigidas á igual objeto, fueron mandadas observar por la real órden de 25 de mayo de 1818, hoy solo tienen un interés histórico, y en este concep-

(1) Art. 44 de la ley de id. id.

to nos hemos hecho cargo de ellas. Ni podria ser otra cosa cambiada como lo ha sido posteriormente la administracion municipal por reformas radicales que reconocen bases y principios capitalmente distintos de los que antes regian en la materia.

Concluida esta digresion histórica, digamos algo de los alcaldes, y en general de los concejales. Los *alcaldes* tienen el deber de la residencia comun á los funcionarios todos de la gerarquía administrativa, y cuando por justas causas han obtenido licencia del gobernador de la provincia para ausentarse, son reemplazados en sus funciones por los tenientes de alcalde que á su vez lo son por los concejales segun su órden (1). Al alcalde pedáneo suple en su ausencia el elector que mas contribuya en la poblacion, hasta tanto que determina el alcalde del distrito municipal en que se halle aquella incluida (2).

Los *individuos de ayuntamiento* tienen obligacion de asistir á sus sesiones siempre que sean legítimamente convocados: la ley sin embargo les permite una ausencia corta que no llegue á ocho dias; pero cuando esceda de este término deberá el concejal dar préviamente conocimiento al alcalde, como presidente del ayuntamiento. La misma ley orgánica de estas corporaciones ha previsto el caso de que la mayoría de los concejales insista en no concurrir á las sesiones, disponiendo que los presentes despachen los negocios de mayor urgencia, y todavia por si alguna vez sucediera que ningun individuo asistiera á la sesion, ha autorizado al alcalde para resolver por sí; debiendo tanto en este como en el supuesto anterior darse cuenta al gobierno para que dicte la disposicion que corresponda (3).

Pasaremos ahora á hacer algunas indicaciones sobre diferentes clases de personas constituidas en categorías ó empleos que ó pertenecen á la gerarquía administrativa, ó tienen mas conexion con esta que con la judicial: en cuyo supuesto espondremos lo mas digno de mencion acerca de los agentes diplomáticos, de los altos funcionarios de Hacienda y de las direcciones, de los gefes y catedráticos de universidad y últimamente de los militares.

Gran responsabilidad echarian sobre sí los *agentes diplomáticos* que se permitieran ausencias inmotivadas del punto en donde deben residir para el desempeño de su legacion; responsabilidad que se agravaría hasta rayar en un delito público, si la ausencia aparecia con circunstancias tales, que supusieran abandono de la mision diplomática. Pero cuando el agente diplomático se ausenta por causas suficientes y legítimas, con objeto de que no se entorpezca el curso de los negocios se encarga de ellos con carácter interino el secretario de la legacion. Como se ve, este reemplazo tiene lugar solo para proveer á una necesidad, para ocurrir á dilaciones y á los perjuicios que de ellas provendrian; asi es que bajo ningun concepto asciende el suplente en categoría ni disfruta de otro concepto que el de secretario, á no ser que recibiere credenciales elevando su rango, lo que sucede frecuentemente si es larga la ausencia del propietario.

Por lo que hace á los *funcionarios* de cierta categoría *en el ramo de Hacienda y en las direcciones* no podemos descender á una descripcion detallada, esplicando quiénes sustituyan en sus ausencias á cada uno de ellos; dariamos una estension inmoderada, é inoportuna ademas, á esta parte del artículo. Baste indicar que faltando aquellos funcionarios por motivo bastante, se ha atendido para su reemplazo, segun se infiere de los reglamentos é instrucciones, al órden gerárquico, al de antigüedad y al ejercicio de funciones análogas en los empleados que forman ciertas oficinas ó dependencias. Citaremos, y solo por via de ejemplos, algunos casos de sustitucion en algunas de estas. En la Direccion general de la contabilidad de la Hacienda pública, ausente el director le sustituye el contador mas antiguo; los contadores recíprocramente los

(1) Art. 51 al 60 y 63 de la ley de 8 de enero de 1845.
(2) Art. 93 del reglamento de 16 de setiembre de 1843.
(3) Art 63 y 64 de la ley de 8 de enero de 1845.

unos á los otros por órden de antigüedad; al secretario y tenedor de libros, los oficiales mas graduados de su seccion, y el mas antiguo si fuesen de una misma clase en la escala general de Hacienda (1). En la Direccion de lo contencioso, las ausencias del director se suplen por el primer sub-director; las de los sub-directores por los gefes de seccion mas antiguos en las distintas divisiones que aquellos tienen á su cargo. Los gefes de seccion se sustituyen mútuamente haciendo en su caso la designacion el director (2). En la Junta directiva de la deuda del Estado, al director general presidente le sustituye el contador general, y á falta de este el gefe de emision ó de liquidacion por el órden de antigüedad: al fiscal como individuo de la junta sustituye el individuo que nombre el gobierno, y en lo demas el abogado fiscal (3). En el Consejo del ministerio de Hacienda entran los sub-directores á reemplazar á sus respectivos directores; y el contador mas antiguo al de la contabilidad. Al subsecretario del ministerio de Hacienda, que tambien forma parte del Consejo, sustituye el que S. M. elija entre los directores ú otros gefes de igual ó mayor categoría, hállense ó no en activo servicio: respecto á la presidencia del Consejo, cuando el ministro no estuviera presente la tiene el subsecretario, y á falta de este el director general mas antiguo (4).

Respecto á los *gefes y catedráticos de las universidades* y demas establecimientos de enseñanza hállase establecido que en ausencia de los rectores entran á sustituir los vice-rectores que el gobierno nombre (5) y en la de los decanos los catedráticos especialmente designados por los rectores (6). Los directores de escuelas no agregadas á universidad podrán ausentarse por un mes con permiso del rector del distrito; para licencia mas dilatada ó para venir á Madrid necesitan estar autorizados por la superioridad: durante sus ausencias les reemplazará un vice-director que al efecto nombrará el gobierno (1). En cuanto á los catedráticos no pueden ausentarse ni un solo dia del punto de su residencia sin autorizacion del gefe del establecimiento, quien podrá darla hasta quince dias para el distrito universitario (2); durante el tiempo de vacaciones podrán los catedráticos ausentarse participando al gefe del establecimiento el punto á donde fuesen, no siendo para la córte y el estranjero, en cuyos dos casos necesitarán licencia del gobierno (3). Si un catedrático se ausentase del estableci miento sin la competente licencia ó no hubiese regresado al concluir esta, el gefe dará parte al gobierno (4).

Ultimamente, por lo tocante á la ausencia de los *militares* hay disposiciones en las Ordenanzas generales y en las especiales de algunos cuerpos; asimismo en ciertas ocasiones se han dado reglas, pero por lo general transitorias sobre la misma materia. Dedúcese de todas esas disposiciones y reglas que no es lícita la ausencia como no esté oportunamente autorizada por los gefes ó por el gobierno segun la diferente graduacion de los militares de que se trate. Severas son las penas en que incurre quien ó se ausentára sin licencia, ó escediera la concedida; pero severas con justicia, porque si todos los funcionarios y empleados del Estado están ligados con el vínculo de la residencia, mucho mas deben estarlo los que forman la clase militar, como que de otro modo se originarian consecuencias peligrosas, y se relajaria entre ellos la obediencia que tan necesario es conservar íntegramente.

Antes de concluir este párrafo nos haremos cargo de lo que se haya dispuesto acerca de los *funcionarios del órden administrativo en Indias*. Los gobernadores, corregidores y alcaldes mayores no se pueden au-

(1) Art. 6.° de la instruccion de 20 de junio de 1850.
(2) Art 17 y 30 del reglamento de 15 de febrero de 1850.
(3) Art. 32 y 60 de la instruccion de 31 de diciembre de 1851.
(4) Arts. 8.° y 9.° del R. D. de 21 de junio de 1850.
(5) Art. 13 del Reglamento de 10 de setiembre de 1851.
(6) Art. 21.

(1) Art. 24.
(2) Arts. 12, 25 y 252.
(3) Art. 254.
(4) Art. 255.

sentar sin real licencia, con causa necesaria y limitacion de tiempo, á no estar ocupados en la visita; al gobernador que de otro modo se ausentare no le serán pagados sus salarios desde el dia de la ausencia, y si los oficiales de la real Hacienda los adelantaren no se les recibirán en cuenta (1). Los alcaldes ordinarios son reemplazados en sus ausencias hasta que se haga eleccion por el regidor mas antiguo (2). Los oficiales de la real Hacienda no pueden ser provistos en oficios, ni encargados en ocupaciones que les obliguen á faltar á sus cargos (3). Los catedráticos no pueden ausentarse mas de dos meses en tiempo que sea lectivo ni aun con licencia del rector; una vez trascurridos y sin necesidad de citacion se les esperará quince dias para que propongan escusa. Esta se verá por el rector y claustro convocado al efecto y se votará; pareciendo justa se podrá permitir mas tiempo de dilacion, de lo contrario quedará vacante la cátedra, si bien el ausente no escluido de la nueva oposicion. Esceptúanse los que por servicio real hubieren obtenido licencia de la autoridad superior, y los ausentes por utilidad de la misma universidad ó por enfermedad, casos en que el rector y el claustro podrán dar licencia por mas de dos meses (4). Finalmente á ningun militar puede darse licencia para ausentarse de su compañía en los viajes de mar: y el que en tierra de España la necesitára la pedirá al capitan general de Andalucía, anotándose en los libros del veedor y contador de la armada (5).

§. 3.° *Ausencia de los funcionarios del órden judicial.*

Si la residencia de los funcionarios del órden administrativo se funda en razones poderosas, como hemos indicado en el párrafo que antecede, tambien son de mucho peso y valor las que recomiendan eficazmente el mismo principio respecto á los que son llamados al ejercicio de los cargos judiciales y á las altas funciones de la magistratura. La administracion de justicia no es en verdad tan activa y tan rápida como la administracion en general; pero se desarrolla en una accion constante, continua, que no admite paralizaciones ni intérvalos de descanso. La ley no los tiene sino que incesantemente á todas horas, en todos los momentos está protegiendo las personas, las propiedades, los derechos todos de los asociados: su imperio es inalterable, y no hay en él la mas pequeña interrupcion. Pero esa proteccion de la ley, ese saludable imperio que ejerce, se sienten, se realizan en la vida práctica de las sociedades por la vigilancia, por el celo, por la perseverancia de los jueces y magistrados. Y ya se comprende con la mera enunciacion de esta verdad cuánto han de resaltar aquellas cualidades en las personas á quienes la sociedad tiene confiada la aplicacion de las leyes en los negocios civiles y criminales. No es necesario entrar en mas consideraciones, apelar á principios mas elevados para comprender con cuánta razon nuestro derecho ha exigido una presencia asídua á los funcionarios del órden judicial: este principio combinado con la justa atencion que merecen ciertos motivos que concurran en aquellos funcionarios, son las bases sobre que giran las disposiciones vigentes en esta materia y de que pasamos á dar una idea.

Los ministros del *Supremo Tribunal de Justicia*, deben cumplir su deber de residencia en Madrid y de asistencia al tribunal con la exactitud y puntualidad esmeradas que corresponden á la superior categoría que ocupan en la magistratura. Los ministros y subalternos que tengan legítima razon para escusarse de la asistencia al tribunal, deberán hacerlo presente al presidente quien recibirá en tribunal pleno estas escusas (1). El presidente cuando haya de

(1) Leyes 34 y 35 del tit 2.°, lib. 5.° de la Recopilacion de Indias.
(2) Ley 13, tit. 3 lib. 5.°
(3) Ley 29, tit, 2.°. lib. 5. id.
(4) Ley 43, tit. 23, lib. 1.° id.
(5) Ley 70, tit 15, lib. 9.° id.

(1) Art. 95 del reglamento del tribunal de 17 de octubre de 1835.

ausentarse de Madrid, mediante suficiente causa deberá solicitar licencia de S. M. por conducto del ministerio correspondiente (1). Durante su ausencia le reemplazaba, hasta hace poco tiempo, en el ejercicio de sus funciones, el presidente de la sala primera, ó en su defecto los de las demas en que se divide el tribunal, guardándose el órden de su numeracion (2); pero en la actualidad, toca la sustitucion al mas antiguo de los presidentes de sala (3). Por lo que hace á la ausencia de los ministros y subalternos, el presidente está facultado para conceder la oportuna licencia hasta un mes á los primeros, y hasta dos á los segundos, siempre que estime suficiente y justa la causa que unos ú otros le espongan en apoyo de su pretension. Si la licencia que en uso de sus facultades conceda fuese para mas de ocho dias, deberá poner esta concesion en conocimiento del Gobierno (4). Puede suceder tambien que el que solicita permiso para ausentarse, necesite un tiempo mayor del que puede conceder el presidente; entonces por conducto de este dirigirá solicitud á S. M. para obtener real licencia (5). Ultimamente diremos que ausente alguno de los escribanos de cámara que tiene el tribunal, podrá este, si lo cree conveniente, autorizar al oficial mayor para que despache interinamente la escribanía (6). Fuera de las reglas sobredichas, las demas que se necesitasen para resolver casos no mencionados anteriormente, serán análogas á las que se observen para las audiencias, puesto que la organizacion de estas conviene en muchos puntos con la del Supremo Tribunal de Justicia.

En el *Tribunal supremo de Guerra y Marina* hay una particularidad que suscita dificultades en la práctica. El fiscal es sustituido por uno de los ministros; y siendo corto el número de estos y sucediendo á las veces que dos ó mas intervienen como fiscales en un negocio, resulta que en tal caso no queda completo el número necesario para componer el tribunal, lo que obliga á llamar individuos que no corresponden á su planta.

Tambien merece observarse en el *tribunal especial de las Ordenes Militares* que en ausencia de alguno de sus Ministros entra á reemplazarle el Procurador general.

Pasamos á ocuparnos de los *ministros de las Audiencias*, para los que fuera de la obligacion de no apartarse del pueblo en que se hallen aquellas establecidas, rigen principios especiales. Y siendo estos ademas en cierto modo complicados, los espondremos considerando sucesivamente los regentes, los ministros, los fiscales y los abogados fiscales. Los regentes están autorizados para ausentarse del punto donde resida la audiencia, mediante justa y bastante causa, y por un término que no esceda de ocho dias sin dar cuenta á superior alguno; si la ausencia fuese para mas de ocho dias, pero sin pasar de quince, bastará que lo pongan en conocimiento del Gobierno; tanto en este como en el caso anterior, avisando préviamente á la Audiencia: últimamente para ausentarse por mas de quince dias necesitan acudir á S. M. pidiendo el oportuno permiso (1). Mientras durare su ausencia en cualquiera de estos casos, ejercerá sus funciones el mas antiguo de los presidentes de sala; pero sin disfrutar los honores y atribuciones concedidos á los regentes (2). Y para evitar dilaciones en este reemplazo interino, está prevenido al regente que antes de comenzar á usar de la facultad de ausentarse dé el correspondiente aviso, á quien toque suplirle, y á la audiencia en general para su conocimiento (3).

Los ministros de la audiencia cuando por un impedimento legítimo no puedan asistir á ella deben avisarlo al regente, quien recibirá la escusa en tribunal pleno. (4) Si

(1) Art. 23 del reglamento del tribunal.
(2) Art. 3.° del R. D. de 9 de diciembre de 1843.
(3) Reales decretos de 4 de marzo de 1850 y 12 de diciembre de 1851.
(4) Art. 29 citado.
(5) Art. 23 citado.
(6) Art. 69 del mismo reglamento.

(1) Art. 8.° de las ordenanzas de las Audiencias, de 20 de diciembre de 1835.
(2) Art. 82 de las Ordenes y Reales Decretos de 4 de marzo de 1850 y 12 de diciembre de 1851.
(3) Art. 8 y 71 de las Ordenanzas de las Audiencias.
(4) Art. 7 y 76 de las dichas Ordenanzas.

tuviesen que ausentarse por justa y bastante causa por tiempo que no esceda de quince dias, les basta la licencia del regente, quien si la concede por mas de ocho, lo pondrá en noticia del gobierno (1); pero si el término que necesitaren los ministros escediese de quince dias, habrán de elevar instancia para obtener real licencia (2). Y para sustituir á los ministros ausentes la junta gubernativa de las audiencias cuenta entre sus obligaciones la de designar al gobierno al fin de cada año los magistrados y jueces cesantes, y los letrados de marcada reputacion y probidad que puedan servir para el objeto (3). Pero á fin de que los regentes no usen de la facultad que dejamos espuesta para conceder licencias de modo que se resienta la administracion de justicia, se les ha encargado modernamente entre otras cosas que conciliando la urgencia de los interesados con el mejor servicio, de acuerdo con ellos si fuese posible y en todo caso oyéndolos tengan consideracion: 1.° A la mayor urgencia. 2.° En igualdad de circunstancias á la mayor antigüedad de la concesion. 3.° A que nunca falten del tribunal en uso de licencias mas de la cuarta parte de los magistrados del mismo, no computándose en este número el regente y fiscal de S. M. Y 4.°; á que los magistrados que hayan de usar simultáneamente de licencia, no sean todos de la misma sala; y muy especialmente á que nunca falte una sala entera. En las licencias por motivos de salud de aquellos que se concretan á una época especial del año, se preferirá siempre en igualdad de urgencia, á los que necesitándola no la hubiesen obtenido, ó no hubieren podido usarla en el año anterior sobre los que la usaren para dicho fin ó dejaron de hacerlo por causa voluntaria (4).

Hasta hace poco tiempo las ausencias de los *fiscales de S. M. en las Audiencias* se sujetaban á las mismas reglas que antes hemos espuesto, con aplicacion á los magistrados (1). Pero la última disposicion que se ha dado acerca de este punto ha trasladado al fiscal del Supremo Tribunal de Justicia la facultad que tenian los regentes de conceder licencia por quince dias, ampliando este término hasta un mes (2). Al hacer esta innovacion no se ha espresado si los fiscales del Supremo Tribunal habrán de dar cuenta al Gobierno de la concesion de licencia por mas de ocho dias, como antes tenian obligacion de darla los regentes; por nuestra parte en el silencio del real decreto y siguiendo una interpretacion conforme á su espíritu, nos inclinamos á creer que con efecto tendrán la obligacion de dar cuenta, pero no cuando esceda de ocho, sino de quince dias la licencia concedida. Si los fiscales de S. M. solicitasen esta licencia por término que escediese del que puede concedérseles por el fiscal del Tribunal Supremo, creemos asimismo que, á la manera que antes se practicaba deberán acudir á S. M. para que les otorgue la gracia que solicitan. Interin se halla ausente el fiscal de S. M. hace sus veces el abogado fiscal mas antiguo, con cuyo carácter interino tendrá tambien entrada en la junta gubernativa de la audiencia (3).

Ultimamente los *abogados-fiscales de las Audiencias*, segun se deduce de la Real Orden á que hemos aludido anteriormente, deberán dirigirse para obtener licencia al fiscal del Tribunal Supremo, quedando derogada la facultad que los de las audiencias tenian para conceder hasta quince dias, y ampliando este término hasta el de un mes (4); para mas tiempo necesitan real licencia que pedirán asimismo por conducto del fiscal del Supremo Tribunal (5). Los abogados-fiscales se suplen mútuamente en sus ausencias, segun se deduce de las ordenanzas de las Audiencias (6).

Antes de pasar á tratar de los jueces y promotores fiscales debemos hacer algunas advertencias. Si no hemos hablado de los

(1) Art. 76 de id.
(2) Art. 8.° id.
(3) Núm. 11 del art. 2.° del Real Decreto de 5 de enero de 1844.
(4) Disposicion 12 de la Real Orden de 11 de julio de 1849.

(1) Art. 8 y 76 de las ordenanzas de las autoridades.
(2) Real Orden de 1.° de octubre de 1851.
(3) Regla 7.ª de la Real Ord. de 1.° de mayo de 1844.
(4) Real Orden de 1.° de octubre de 1851.
(5) Real Orden citada.
(6) Art. 93.

presidentes de sala en el Supremo Tribunal y en las Audiencias, ha sido en atencion á la organizacion que actualmente tienen, segun la cual reciben su nombramiento en términos absolutos, adscribiéndoseles á sala determinada por reales órdenes especiales: solo, pues, debemos decir acerca de ellos que en cada tribunal guardarán el órden de antigüedad, en razon á la fecha de su nombramiento (1). Acerca de la ausencia de los ministros de las audiencias en general es digno de notar que les está prohibido, incluso al Regente, ausentarse en todo caso antes de votar los pleitos que tuvieren vistos, escepto cuando se concediere licencia para escribir en derecho (2).

Los *Auditores de Guerra* que mencionamos aquí por hallarse en la misma categoría que los magistrados de las audiencias, son sustituidos en sus ausencias por el letrado que nombre el capitan general (3). Del mismo modo y por razon de analogía, ausente el auditor de un ejército, podrá nombrar letrado el general en gefe.

Si la residencia de los magistrados es de alto interés para el pronto y exacto desempeño de la administracion de justicia, aun se hace mas precisa para los *jueces de primera instancia*: la omision y el descuido de estos, particularmente en lo criminal, acarrearia no ya solo el retardo en el despacho de los negocios ni su mala direccion, sino que llegaria á producir perjuicios irreparables y á inferir daños radicales en la misma administracion de justicia; por esto se ha prescrito y encargado repetidas veces á los jueces de primera instancia la presencia constante en la demarcacion, cuya vigilancia les está cometida. Ya una antigua ley recopilada (4) prohibió que los alcaldes nombrados por el rey ó por los pueblos pudieran poner sustitutos para juzgar en su lugar si no estuviesen enfermos, en servicio real ó de su concejo, ó tuviesen que ir á sus bodas ó á visitar por necesidad á sus parientes ú otra justa escusa, debiendo nombrar en estos casos hombres buenos, aptos y que juraran haber derecho. La presencia de los jueces de primera instancia es de otra índole que la de los magistrados de los tribunales superiores: llamados estos á conocer de pleitos y de causas ya instruidos, y aun fallados, en ellos y sin necesidad de salir del punto de su residencia, hacen el estudio suficiente, y toman los conocimientos oportunos para pronunciar acertada é ilustradamente sus sentencias; pero los jueces de primera instancia, por el contrario, como que son los que han de comenzar los negocios é instruir las primeras diligencias, así cuando se trata de la reclamacion de un derecho, como de la denuncia de un crímen, se encuentran frecuentemente en la necesidad de ausentarse de la cabeza de su partido á algun otro punto de su jurisdiccion donde su presencia y celo se requieran. Esta ausencia es por tanto inherente al buen desempeño del cargo; es de interés público; es la vigilancia y no la omision, y así se esplica fácilmente porque el juez que haya de salir á algun lugar de su jurisdiccion para asuntos del servicio, no necesita pedir licencia con este objeto.

No concurriendo las circunstancias estraordinarias que hemos mencionado, los jueces de primera instancia tienen señalada su residencia en la cabeza del partido, y no pueden, segun se ha declarado modernamente, pernoctar fuera de ella sin licencias salvo por razon del servicio ó por motivos muy urgentes, dando cuenta siempre con espresion de causa al regente de la Audiencia (1).

Para salir los jueces de su partido han de alegar una causa suficiente, y solicitar la oportuna licencia. Esta se les concede por el regente de la Audiencia á que corresponda su partido, siempre que el término no esceda de un mes, teniendo aquel obligacion de dar cuenta al gobierno, si concediere mas de ocho dias.

Las licencias para ausencia que pase de

(1) Reales Disposiciones de 4 de marzo de 1850 y 19 de diciembre de 1851.
(2) Art. 8.° de las ordenanzas.
(3) Real Orden de 17 de enero de 1761.
(4) Tit. 1, lib. 11.

(1) Disposicion 3.ª de la R. O. de 14 de julio de 1848

un mes, se conceden por S. M. (1). Con objeto de que la administracion de justicia no sufra perjuicio por la ausencia de los jueces, se ha concedido á las juntas de gobierno de las Audiencias la facultad de proveer en comision las interinidades que resultaren en los juzgados de su territorio por aquel concepto (2). Si la junta no usase de esta facultad sustituirán al juez ausente los demas jueces de primera instancia que hubiere en el pueblo, y si fuera el único, los alcaldes y sus tenientes, teniendo siempre prelacion los que reunan la circunstancia de letrados (3).

Ademas de estas reglas deben tenerse presentes las que ha venido á establecer una disposicion reciente. Al concederse á un juez de primera instancia licencia para ausentarse del juzgado se nombrará por el ministerio de Gracia y Justicia, si lo cree necesario, el que haya de sustituirle. Asimismo las licencias que se concedan á los jueces por causa de enfermedad serán cuando mas de tres meses y las prórogas de dos. Los regentes de las audiencias antes de dar curso á las solicitudes que al efecto se hagan y de informar sobre ellas, se asegurarán de la certeza de la causa (4).

Pero no es suficiente que los reglamentos hayan designado las personas que sustituyen en sus casos respectivos á los jueces, si no se tomaban precauciones mas inmediatas que no dejáran intérvalo entre la ausencia de estos y el reemplazo de aquellas. Con este fin está mandado que en las salidas por motivos perentorios ó del servicio, avisen los jueces por escrito al que ha de quedar regentando la jurisdiccion (5), si bien para ejercer tan solo los actos de simple sustanciacion; y que respecto á las ausencias del partido avise del mismo modo al que deba sustituirle, sin ausentarse hasta que tenga contestacion de este de quedar encargado de la jurisdiccion, y haber avisado ambos oficialmente á la junta de gobierno de la audiencia respectiva (1).

Igualmente que á los jueces de primera instancia, está encargada la residencia en la cabeza de partido á los *promotores fiscales* (2); igualmente no pueden pernoctar sin licencia fuera de ella salvo por razon del servicio ó por motivos muy urgentes; dando cuenta siempre con espresion de causa al fiscal de S. M. (3). Unicamente advertiremos un encargo especial hecho á los promotores, que resulta de su categoría inferior á la de los jueces, y es el de darles cuenta así como al fiscal de S. M. cuando saliesen de su residencia aun por motivos de su cargo (4). Por lo demas en lo tocante á sus ausencias del territorio del juzgado se ha mandado recientemente que los fiscales del Tribunal Supremo puedan prorogar hasta treinta dias, los quince que están facultados para concederles los fiscales de las audiencias (5). Para mayor tiempo necesitarán real permiso.

Tambien se ha hecho una innovacion, á nuestro entender oportuna y ventajosa. En vez de proveerse por la junta gubernativa de la audiencia á la sustitucion del promotor ausente, á propuesta del juez como antes se practicaba, mándase ahora que los fiscales de las audiencias procedan desde luego á nombrar en cada cabeza de partido un abogado con los requisitos necesarios para que sustituya al promotor, de cuyo nombramiento se dé cuenta á los regentes y jueces respectivos, quienes exijan el juramento debido (6). Hacia poco que se habia encargado á los fiscales de S. M. nombrasen oportunamente, en caso de conceptuarlo necesario y dando cuenta al ministerio, letrados de su confianza que sustituyeran á los promotores fiscales de su

(1) Art. 8.° y 76 de las ordenanzas de las Audiencias.
(2) Núm. 6.° del art. 2.° del R. D. de 5 de enero de 1844.
(3) R. O. de 7 de marzo de 1840 y RR. OO. de 19 de mayo de 1844.
(4) R. O. de 9 de enero de 1852.
(5) Disposicion 5.ª de la R. O. de 14 de julio de 1849.

(1) Arts. 14 y 14 del reglamento de juzgados de 1.° de mayo de 1844.
(2) Art. 29 del mismo reglamento.
(3) Disposicion 8.ª de la R. O. de 14 de julio de 1849.
(4) Art. 29 del reglamento de juzgados.
(5) R. O. de 1.° de octubre de 1851.
(6) R. O. de 1.° octubre de 1851.

territorio (1); esto solo era un pensamiento, si se quiere un principio de reforma, que no se ha desenvuelto y fijado hasta la publicacion de la última real órden de que hemos hablado anteriormente.

Habiendo espuesto lo mas notable que debe tenerse presente respecto á ausencias de los funcionarios principales que constituyen el órden judicial, y que en él intervienen, todavia nos queda que presentar algunas disposiciones, reservadas espresamente y de propósito para concluir esta materia, por no haber podido tener lugar antes segun el método que hemos adoptado para tratarla con la posible claridad. La licencia ó permiso que pueden conceder lor regentes y fiscales es la de un mes ó quince dias en cada año continuados ó interrumpidos, no computándose en ellos los feriados que puedan coincidir con dicho término. Si la ausencia no hubiese de esceder de dos dias bastará dar conocimiento por escrito al regente ó fiscal en sus casos respectivos, y no contradiciéndolo se supone concedida la licencia (2). Hállase tambien prevenido que ningun subalterno ni tampoco los abogados de pobres puedan ausentarse sin dejar encargado el desempeño de su destino, y que el encargo de los *procuradores* en cuanto al seguimiento de pleitos y causas será por sustitucion del poder, á cuyo fin procurarán que siempre se les otorgue el poder con esta cláusula (3). Pero en cuanto á esto, la práctica, en cuyo exámen no entramos ahora, tiene establecido que al solicitar los procuradores la licencia para ausentarse designan dos ó tres del número para que les reemplacen. Los magistrados, fiscales, jueces ó subalternos siempre que tuvieren que ausentarse por motivos perentorios, sin poder pedir ni esperar la licencia oportuna, darán parte por escrito y con espresion de causa al que hubiese de concedérsela, y este usará de sus atribuciones segun la naturaleza del caso, poniéndolo siempre en conocimiento del gobierno (1). Asimismo se ha tratado de contener la multiplicidad de solicitudes de licencias y prórogas sin motivos evidentes y fundados por parte de los funcionarios del órden judicial, mandando se repute como nota desfavorable en sus espedientes (2).

Ultimamente habiéndose establecido vacaciones para los tribunales, se han dictado diferentes disposiciones que hacen relacion á la ausencia de los individuos que los componen. No corresponde á este lugar su esposicion y exámen que haremos en el artículo donde se trate de aquella reforma. Lo único que aquí manifestaremos es que en su consecuencia se ha debido restringir la concesion de licencias á los funcionarios de los tribunales; y con efecto se ha establecido por regla general que los magistrados, representantes y agentes del ministerio público y demas funcionarios de los tribunales no obtengan licencia fuera de las vacaciones sino por causa muy grave y cumplidamente justificada (3).

Por lo tocante á los *funcionarios del órden judicial en Ultramar* está mandado de antiguo que los oidores, fiscales y oficiales reales no sean provistos en gobiernos, corregimientos ni otros oficios en que hayan de hacer ausencia de sus plazas (4), y que los oficiales públicos y reales no se ausenten sin licencia del presidente y oidores, so pena de perder sus oficios (5). Respecto á los alcaldes ordinarios ya digimos en el párrafo anterior, por quienes son reemplazados en sus ausencias. Contiénense tambien en la Recopilacion de Indias varias leyes sobre ausencia del presidente y jueces de la casa de contratacion de Sevilla, como tambien del prior y cónsules (6), que ya ofrecen hoy dia escaso interés. Finalmente, de los magistrados y fiscales de las audiencias de Filipinas y de las Antillas españo-

(1) Art. 3.° de la R. O. de 2 de febrero de 1851.
(2) Disposicion 2.ª de la R. O. de 14 de julio de 1819.
(3) Disposicion 4.ª de la misma R. O.

(1) Disposicion 5.ª
(2) Disposicion 15 de la R. O. citada.
(3) Art. 4.° del R. D. de 9 de mayo de 1851.
(4) Ley 21, tit. 2, lib. 3 de la Recopilacion de Indias.
(5) Ley 24 id.
(6) Leyes 22 y 23 del tit. 2.°, 39, 40 y 41 del tit. 6.°, lib. 9.°

las, solo la cuarta parte puede usar simultáneamente de licencia para ausentarse (1).

§. 4.° *De la escusa y terminacion de cargos públicos por razon de ausencia.*

Hemos considerado la ausencia en los dos párrafos que anteceden como una circunstancia que puede ocurrir durante el desempeño de los cargos administrativos y judiciales, pero que no altera el desempeño y posesion del cargo ni por la voluntad del que le tiene, ni por disposicion del derecho, de suerte que se trasfiera á otra persona con carácter de propiedad. Al presente vamos á considerarla bajo este aspecto en aquellos casos en que sirve de fundamento para no aceptar ó seguir desempeñando un cargo, y en los en que, por contrariar al derecho, constituye una causa para impedir al funcionario la continuacion en su destino, quedando este en consecuencia vacante.

Es indudable que la ausencia puede llegar á ser una escusa para no admitir un cargo, ó dejar el que se estaba desempeñando; pero es bien difícil poner en claro cómo y en qué casos se alegará tal escusa de suerte que produzca efecto. Nuestro derecho, bajo el cual comprendemos ahora no solo las leyes, sino los decretos, ordenanzas, reglamentos y demas disposiciones emanadas del poder ejecutivo, al tratar de los diferentes cargos, si bien en alguna otra ocasion hace espresion de la ausencia (2), no suministra reglas segun las que podamos comprender el verdadero y exacto valor de las escusas por semejante concepto. Ni tampoco es posible deducirlas de doctrinas generales, de los principios que dominan en la materia, porque son tantos y tan varios los cargos que se conocen, tantas y tan diferentes las causas y circunstancias de la ausencia, que apenas cabe una mediana abstraccion de los casos y situaciones que la práctica ofrece, cada cual con su aspecto particular. Tenemos por tanto que renunciar á un conjunto ordenado de reglas seguras é inflexibles, y dejar á la prudencia é ilustracion de las autoridades ó tribunales ante quienes se propongan las escusas, su apreciacion y su fallo. Tan solo haremos una observacion capital é importante encaminada al mejor estudio de los casos distintos que puedan ocurrir.

Considerando en general los cargos cuyo desempeño puede corresponder á los ciudadanos, echamos de ver desde luego que unos son deseados y apetecidos, tienen una retribucion, y dejan la libertad completa de aceptarlos y de proseguir en ellos, mientras que por el contrario otros se rehuyen por lo general, son gratuitos ú ofrecen una corta utilidad, al paso que se han de sobrellevar forzosamente por los que gozan de derechos y ventajas en concepto de ciudadanos ó vecinos, imponiéndoseles su aceptacion y desempeño como una obligacion. Ahora bien; esta diferencia que se observa tan claramente es de grandes resultados y puede dar mucha luz para apreciar las escusas fundadas en la ausencia. Si los cargos de que tratase fueran de los primeros que hemos indicado, aquellos que son apetecidos, retribuidos y voluntarios ¿qué inconveniente puede haber en autorizar desde luego la escusa por ausencia, sin consideracion al aprecio que esta merezca, y solo por ser escusa? Siempre, pues, que no aparezca punible ó intempestiva la ausencia, aprovechará á quien la alegue: no cabe en ésto duda alguna. Pero si se trata de cargos que gravan mas bien que producen lucro, que están declarados gratuitos y obligatorios, entonces habrá de procederse con mucho pulso antes de autorizar la escusa por ausencia. La presuncion que se origina respecto al que la propone, es de por sí desfavorable: naturalmente se sospecha que quien tiene un gravámen, desea libertarse de él. Por esto es que habrá de tomarse en cuenta la época en que ocurre la ausencia, los motivos

(1) R. O. de 25 de junio de 1839.
(2) Asi sucede respecto al cargo de perito repartidor de la contribucion de inmuebles, cultivo y ganaderia, del cual se escusa segun el art. 15 del R. D. de 20 de mayo de 1845, el que se halla domiciliado a mas de una legua de distancia del pueblo y el que tiene que hacer un viaje largo ó ausentarse por mas de dos meses y á mayor distancia que la de tres leguas.

en que se funda, el carácter que presenta, el valor que le da el derecho, los antecedentes de quien la alega, y en fin otras muchas circunstancias que concurran á apreciar con exactitud y seguridad qué concepto prepondera, si la obligacion de servir el cargo, ó la necesidad de la ausencia; y solo cuando esta sea la preferente y se haya podido conocer que no se trata de eludir las cargas públicas, será cuando aproveche la escusa. Hemos tenido que apelar á estas consideraciones generales porque no podiamos deducir otras mas concretas de nuestras leyes.

Pudiéramos aquí ocuparnos de las consecuencias que acarrea á los nombrados para cargos ó empleos el no presentarse en el término señalado por el derecho á tomar posesion de ellos; sin duda que á esta omision puede darse el concepto de ausencia y ausencia perjudicial; pero propiamente no lo es de funcionarios públicos, que son de los que aquí hemos de hablar porque no ejerce en realidad funciones públicas el que todavia no ha llenado aquella esencial formalidad.

La ausencia arbitraria é ilegítima de los verdaderos funcionarios puede acarrearles la pérdida de su destino, y esto sucede cuando abusan de la facultad que las leyes y reglamentos les conceden, ya omitiendo formalidades esenciales, ya prorogando arbitrariamente su licencia. No presentándose los funcionarios administrativos al tiempo en que espira el término de esta, se dá cuenta por los gefes al gobierno para que pueda proceder á otro nombramiento, y sin nueva habilitacion por real órden (1) no se les dará posesion de sus empleos. Con respecto á los funcionarios judiciales, está asimismo mandado que si se ausentan sin cumplir con los requisitos que en su lugar espusimos, ó esceden del término de la licencia, no se les permita á su regreso encargarse del destino sin prévia resolucion de S. M. (2). Estas son las reglas que han de seguirse en tiempos normales: cuando han ocurrido circunstancias estraordinarias ó temídose peligros, se han dictado disposiciones dirigidas á la presentacion de los empleados ausentes con licencia en un término perentorio, bajo pena de perder sus empleos: estas disposiciones escepcionales duran lo que las circunstancias, bajo cuyo imperio se dictan: son transitorias, y si bien suspenden, nunca llegan á derogar las reglas ordinarias y comunes.

Nada mas necesitariamos decir sobre la materia, ni habria para qué prolongar este párrafo si la tutela no tuviera el carácter de cargo público, y no hubieran tratado las leyes patrias de la ausencia que de ella puede escusar. Pero consignados en nuestro derecho estos principios, hemos creido que en atencion á su importancia debiamos reservar un lugar para su exámen y dilucidacion.

Bajo dos conceptos puede la ausencia ser una escusa para la aceptacion de la tutela: ó se trata del que se ausenta por una causa privilegiada, como el servicio del Estado, ó de aquel que tiene un domicilio distante del lugar donde deberia administrar la tutela. El derecho romano comprende con toda distincion ambas especies de escusa. Y sin detenernos en esplicar la primera de que tratan varias disposiciones del Digesto (1) de las instituciones (2) y del Código (3), espondremos cómo fué admitida la segunda. No es ciertamente fácil deducir doctrina general y segura de los diferentes testos que respecto á ella encontramos. Por una parte se concede al tutor testamentario derecho de eximirse de la administracion de los bienes del pupilo situados en diferente provincia (4): por otra se reconoce que los tutores y curadores que tienen su domicilio en Italia deben ser libertados de la administracion de los bienes provinciales (5). Concédese tambien al tutor

(1) Real órden de 29 de junio de 1835 y regla 5.ª del Real decreto de 23 de febrero de 1848.
(2) La disposicion 6.ª de la Real órden de 14 de julio de 1849.

(1) Pr. y párr. 1, 2 y 3 de la ley 10.—Párr. 2 de la 41.—Pr. y párr. 1 de la 45.—Tit. 1, lib. 27.
(2) Párr. 2, tit. 25, lib. 1.
(3) Tit. 64 del lib. 5.
(4) Párr. 4 de la ley 10.—Título 1, lib 27 del decreto y ley 11, tit. 62, lib. 5 del Código.
(5) Ley 19 del Decreto, y 2 del Código, títulos y libros citados.

escusa del desempeño de la tutela á mayor distancia de cien millas, á no ser que esté en la misma provincia el patrimonio del pupilo (1). Ademas se dispensa de seguir en el cuidado de la tutela á los tutores ó curadores que trasladaron á otra parte su domicilio por concesion del Emperador que sabia el cargo que desempeñaban (2). Ultimamente, se dice en general, que es una escusa el no tener el domicilio en el lugar donde se debe administrar la tutela (3). Como se vé, estas diferentes leyes si bien conformes en que hay una escusa por razon de la distancia de lugares, la presentan, ya en un sentido mas lato, ya en un sentido mas restringido: por nuestra parte creemos suficiente haber presentado sus disposiciones, y no queriendo traspasar los límites de este artículo, no entramos á investigar el modo de uniformar su inteligencia.

Nuestra verdadera tarea está reducida á manifestar hasta qué punto ha admitido nuestro derecho cada una de las dos clases de escusa ya espresadas, acudiendo para el efecto á la legislacion de Partidas, única que ha organizado y arreglado la importante materia de las tutelas.

Y comenzando por la escusa que produce la ausencia por causa pública, digamos quiénes la disfrutan. Estos son los que tienen que trasladarse á otro punto para desempeñar un encargo ó comision que se les haya dado en servicio del Estado ó del pueblo, provincia ó distrito de su residencia: asi lo dice la ley 2 del título 17 de la Partida 6, única que debemos tomar como base en este punto, puesto que los peregrinos de que habla la 13, título 16 de la misma Partida, no serian hoy favorecidos en este punto como lo eran en la edad media. Exígese por la citada ley 2 que los ausentes á quienes alude, lo sean á parte «muy lueñe»; pero el rigor que estas palabras encierran, que no se halla en el derecho romano, debe á nuestro entender mitigarse considerablemente en la práctica, no por ampliar el privilegio que concede la ley, sino antes bien por no desvirtuar su pensamiento, su razon, que no pudo ser sino el del buen desempeño, asi de la comision que recibe el ausente, como el de la misma tutela. Por lo demas no necesitamos notar cómo los ausentes en servicio de un pueblo ó de una provincia disfrutan igual proteccion que los ausentes en servicio del Estado, y cómo unos y otros no podrian alegar con éxito escusa, si mas que la utilidad pública se propusieran promover la propia: de todo esto hemos hablado en la seccion primera á la cual nos remitimos. Solo diremos que para los efectos de la ley debe considerarse del mismo modo al que tiene una comision, en cuyo cumplimiento ha de ausentarse; ningun provecho traeria, antes por el contrario mucho daño, el encargar al último una tutela que bien en breve habria de abandonar. Asimismo conviene advertir que cuando se trate de la ausencia, como escusa de la tutela, debe entenderse de la que sea de alguna duracion, no de aquella á que obliga una comision ó encargo de pronto y fácil desempeño, y en punto no muy lejano.

Cuán justamente se ha introducido por nuestro derecho la escusa que acabamos de presentar, fácilmente se demuestra. Interesa al Estado que sus cargos sean exactamente desempeñados, que las personas de que se vale tengan interés y celo en el fomento de la utilidad general, y con este objeto ha querido desembarazarlas de otras ocupaciones y gravámenes, y proporcionarlas un estímulo que las indujera al servicio público. Agrégase á esto que siendo tambien el Estado el guardador supremo de los huérfanos, y habiendo elevado la institucion de la tutela á la categoría de cargo público, ha debido apelar á los medios mas oportunos para que las personas puestas bajo su amparo no sean desatendidas, para que el cargo público que ha instituido sea cumplido con la mas exacta vigilancia: fines importantes y trascendentales á que no podia servir un ausente, y un ausente sobre quien pesan otras atenciones imprescindibles. Util es por lo tanto la escusa de

(1) Párr. 2 de la ley 21, tít. citado del Digesto.
(2) Párr. 1 de la ley 12 del Dig.
(3) Párr. 2 ley última Dig.

que hablamos al tutor, al pupilo y al Estado: apenas podrá presentarse otra mas justa y admisible.

Señalemos sus límites y sus efectos verdaderos. Para ello hay que distinguir entre la tutela que ya tenga aceptada el ausente, y la que se le quiera confiar á su regreso; distincion que produce muy diversas consecuencias, como que en el primer caso podemos decir que no hay propiamente escusa, sino mas bien una suspension de la tutela por parte del que se ausenta, y solo por el tiempo que se ausenta. Asi es, que entonces no es lícito al tutor dejar la tutela, sino que al punto que habiendo desempeñado su encargo regrese, puede ser obligado á proseguir en su administracion. Y aunque nuestro derecho no ha aceptado la escepcion que de este principio habia hecho el romano, en el caso de que la ausencia fuera á Ultramar (1), sin embargo, creemos que debe sobreentenderse en la práctica por iguales razones de equidad, mucho mas cuando las dominios de Ultramar son hoy infinitamente mas estensos y distantes, y mucho mas dilatados, por lo tanto, los viajes que á ellos se hagan. Pero volviendo á la esposicion de la regla, de que no es lícito dejar una tutela ya recibida sin causa, ¿quién se encargará de esta en el intermedio de la ausencia? ¿otro tutor, ó un curador? Segun los principios de derecho que no permiten dar tutor al que ya le tiene, segun las reglas que hay para acudir á la tutela dativa, facil es conocer que en el caso propuesto, solo puede admitirse un curador. La tutela está suspendida, pero no por una de esas suspensiones que autorizan la tutela dativa, sino por otro distinto concepto y de modo diferente; propiamente está interrumpida. Y no solo los principios apoyan nuestro modo de decidir, sino que lo prescribe el derecho, como puede verse en la ley 13 del tit. 16 de la Part. 6, á que en nuestro concepto debe acudirse para fijar las palabras ambiguas, «pero debe dexar los moços é sus bienes *en guarda*,» de que se vale la ley 2 del tit. 17 de la misma Partida. Segun esta combinacion de leyes, creemos que el tutor que necesite ausentarse por servicio del Estado, con el objeto de dejar bien administrada la tutela, y para que quede salva su responsabilidad deberá acudir al juez esponiéndole el motivo legítimo de su ausencia, y proponiéndole una persona de su confianza y bajo las garantías oportunas, la cual se encargue en concepto de curador de la persona y bienes del huérfano que él se vé precisado a abandonar. De todos modos, y en caso de que no hallára persona hábil y segura que proponer, siempre deberá presentar su escusa ó causa de suspension de la tutela ante la autoridad judicial. Puede tambien suceder que ademas del tutor que se ausente, haya otros contutores del mismo huérfano que tengan dividida la tutela por regiones, entonces creemos lo mas conveniente á sus intereses, que otro contutor se encargue de la parte de administracion que tocaba al que ha de partir en servicio del Estado, medio sencillo y que evitará dilaciones, nunca beneficiosas al pupilo. Pero en el caso de que no tengan dividida por regiones la administracion de la tutela, sino que uno administre y los demas sean tutores honorarios, el que de estos se encargue del pupilo en ausencia de aquel, deberá dar las suficientes garantías para entrar en la administracion.

Pero la verdadera escusa que tienen los ausentes por causa de la república, el verdadero favor que les ha dispensado el derecho, es la exencion de las nuevas tutelas, de aquellas que habrian de recibir á su vuelta. A pesar de esto, no se entienda que tal escusa es absoluta y de estension indefinida; segun se deduce de las disposiciones de nuestro derecho, el ausente por causa pública no está obligado á aceptar la nueva tutela en el espacio de un año á contar desde su regreso, año denominado por los romanos «de vacacion.» En la computacion de este año no se debe seguir una interpretacion estensiva, ni tampoco ha de hacerse con un estremo rigor: asi es que por una

(1) Párr. 2, ley 11, tit. 4, lib. 4 del D.

parte se entiende que es un año natural, computándose por consiguiente así los dias feriados como los no feriados, y que es un año improrogable, mientras que por otra no se cuenta desde que cesó la comision ó encargo público, que es desde cuando en realidad deja el que le desempeñaba de ser ausente por causa pública, sino que comienza desde que ha regresado, atendiéndose al tiempo necesario para hacer el camino, ó si no ha querido regresar sin detencion, desde que pasó este término, esto es, desde que cómodamente pudo volver. Y ¿qué razon, podria ahora preguntarse, qué razon hay para que se conceda el año de vacacion al ausente respecto á las tutelas nuevas, y que se le obligue á tomar sin intérvalo, sin descanso, las antiguas? ¿En qué puede consistir semejante diferencia tratándose de unos mismos ausentes y de un mismo cargo? Aunque así las leyes españolas como las romanas, consignan la diferencia sin motivarla, no por eso la juzgamos arbitraria é infundada, antes bien encontramos que es de fácil esplicacion, esplicacion que no estriba ciertamente en la conveniencia de dar un cierto descanso al que ha estado consagrado al servicio de su pais, porque si así fuera, tanto lo mereceria el que no desempeñaba, como el que tenia una tutela antes de ausentarse: la ausencia de ambos es igual, motivada por las mismas causas, y laboriosa del mismo modo. Ha debido, por lo tanto, ser otro el pensamiento que guió á los legisladores; y consiste, á nuestro modo de ver, primeramente en que el que ya se hallaba funcionando como tutor, se halla ya ligado con fuerte vínculo al desempeño de su cargo obligatorio, vínculo que por esto mismo no debe relajarse fácilmente, y despues en que el trabajo mas difícil y pesado de la tutela está en su principio, al encargarse de ella; entonces es cuando ocurren muchas formalidades con que cumplir, muchos cuidados á que atender. Nada estraño es en vista de estas consideraciones tan sencillas y exactas, que se haya concedido un término al que partió sin haberse mezclado en la tutela, y no al que ya la estaba desempeñando, que la tenia conocida y arreglada al plan que se hubiera formado para su mejor administracion.

Esplicada una de las escusas á que dá márgen la ausencia, diremos algo de la otra que indicamos, á saber, la que pudiera alegarse por quien tuviera su domicilio distante del lugar donde debe administrarse la tutela. Esta escusa no puede menos de considerarse como justa y apoyada en muy atendibles razones de equidad y de conveniencia. En buen hora que el derecho haya erigido la tutela en cargo público y obligatorio, cuyo gravámen no sea lícito declinar por leve causa; pero de esto á compeler á alguno á cuidar de la persona y bienes de un pupilo que se halla en punto separado por una larga distancia, hay grande diferencia; es añadir á una carga de por sí pesada, otra mas pesada todavia, es poner al tutor en el conflicto de abandonar sus intereses ó los del huérfano que se le confia, conflicto que debe cuidar la ley de no provocar, porque no ha de presumirse ni exigirse una abnegacion en virtud de la que se posponga la utilidad propia á la agena, cuando son incompatibles. Por esto los romanos con gran prevision y prudencia evitaron llevar el rigor de los principios á tan peligroso estremo, y admitieron la escusa por distancia y mutacion del domicilio, como hemos visto anteriormente. Sin embargo, no hemos podido hallar entre nuestras leyes, alguna en que fundarla, silencio lamentable ciertamente, pero que no nos permite presentar como legítima y autorizada semejante escusa, lo que nos mueve á prescindir de esta materia dejándola encomendada al prudente arbitrio del juez; la equidad prescribe admitir aquellas causas tan poderosas que se fundan quizás en una verdadera imposibilidad.

Hemos concluido la esposicion de lo que ofrece nuestro derecho acerca de las escusas que respecto á la tutela pueden provenir de la ausencia; y para completarla debemos advertir que cuanto hemos dicho de la tutela debe entenderse igualmente de la curaduría: el interés y proteccion de los

pupilos y de los menores é imposibilitados de administrar sus negocios, están del mismo modo bajo la salvaguardia del Estado, y tanto el que de los unos como de los otros cuida, desempeña un cargo público, respecto á cuya exencion rigen idénticos principios y sirven reglas análogas.

Antes de terminar esta materia nos haremos cargo de lo que sobre ella se ha dispuesto por el proyecto de Código civil que hace poco se ha publicado oficialmente. Respecto á la ausencia por causa pública, que ahora distinguen nuestras leyes de otras razones de servicio del Estado, análogas pero no idénticas á aquella, el proyecto de Código guarda silencio al hablar de las escusas de la tutela y protutela, estensivas á la curaduría. Parece á primera vista que esta omision se ha hecho de propósito y que se ha incluido la ausencia de que hablamos en la disposicion genérica del párrafo 2.° del artículo 210 en que se da por causados á «los que individual ó colectivamente ejerzan en cualquiera de los ramos de la administracion pública una autoridad que dependa inmediatamente del gobierno.» Pero si bien se considera la estension de estas palabras, se hallará que sin hacerles violencia no comprenden á muchas clases de ausentes por causa pública. ¡Por ventura el que recibe una comision sin carácter de autoridad, un encargo, un negocio especial del gobierno, ó de un pueblo ó de una provincia, el que es enviado á promover ciertos asuntos, á tomar determinadas noticias, á hacer especiales investigaciones que interesan al pais, el que va encargado de reunir datos indispensables al gobierno para el buen régimen de la nacion, todos estos ¿pueden estar incluidos en el citado artículo? ¿qué autoridad ejercen dependiente inmediatamente del gobierno? Sus servicios por estimables é importantes que sean, por mas que merezcan mayor consideracion que los de quienes ejercen autoridad, por mas que exijan mayor trabajo y vigilancia, no se toman en cuenta en el proyecto. Hay por tanto una omision grave, omision que se salvaria fácilmente siguiendo el ejemplo que nos presentan Códigos de otros paises, los que si no mencionan especialmente la ausencia por causa pública establecen otras escusas en términos generales y colectivos, de suerte que la comprenden en sí naturalmente: así el Código francés no escusa á los ausentes por causa de la república; pero escusa á los ciudadanos que ejercen una «funcion pública» en otro departamento que el de la tutela ó una «mision del rey» fuera del territorio del reino (1). Si el proyecto de Código llegara en esta parte á sancionarse tal cual se encuentra, se habria suprimido á nuestro juicio una escusa de tutela que hoy se halla establecida oportunamente y apoyada en razones muy justas y poderosas.

Tampoco se reconoce escusa fundada en la distancia del domicilio del tutor. Creemos haber demostrado anteriormente su conveniencia. No aplaudimos por lo tanto en el proyecto una omision que censuramos en nuestro derecho actual; y aun nos adelantamos á asegurar que no guarda conformidad con ciertas disposiciones del mismo proyecto. Con efecto, tratándose del consejo de familia, institucion nueva en nuestro pais, se propone (2) que cuando los parientes mas cercanos del menor tengan su domicilio en un pueblo que diste mas de seis leguas del domicilio del huérfano «no se les podrá compeler contra su voluntad á la aceptacion del cargo de vocal del consejo de familia.» Y por ventura el cargo de tutor ¿no es de mas importancia, no exije mas inmediata vigilancia, no lleva consigo mas cuidados y obligaciones, no reclama un contacto mas íntimo y continuado con la persona del pupilo? Así es ciertamente; pero á pesar de todo, el proyecto del Código ha rechazado la escusa que admite al vocal del consejo de familia cuando se trata del tutor, prefiriendo imitar en esto mas bien el silencio del derecho francés que la disposicion equitativa del romano.

Creemos en atencion á lo que dejamos

(1) Arts. 427 y 428.
(2) Art. 1954

Lorenzo Arrazola

espuesto, que nuestro derecho actual, en medio de su imperfeccion, es todavia mas completo que el que tiende á introducir el proyecto de Código.

SECCION IV.

DE LA AUSENCIA CON RELACION A LOS BENEFICIOS Y DIGNIDADES ECLESIASTICAS.

Desde los primeros tiempos de la Iglesia, desde que aparece consolidada en la sociedad cristiana la gerarquía eclesiástica, se observa una cualidad fundamental y característica en los llamados á funcionar en los distintos grados del ministerio sacerdotal, la vigilancia mas esquisita y asidua sobre los fieles, el escrupuloso desempeño de los negocios concernientes á la iglesia. Esta vigilancia, que en su principio se ejercía indistintamente por todos los pastores en toda la grey, que era por decirlo así solidaria, mudó de forma, pero no de índole cuando se hizo division de territorios. Deslindáronse los cargos eclesiásticos y se señalaron los límites dentro de los que se contenia cada cual, pero esta variacion hecha en interés del mejor gobierno y de la mas ordenada administracion de la sociedad eclesiástica, no podia en manera alguna desvirtuar, antes bien tenia que concentrar el celo de los prelados y sacerdotes. De aquí la necesidad indeclinable que les obliga á no apartarse de aquel lugar donde han de ejercer su ministerio; de aquí la residencia como elemento inseparable del desempeño de todo cargo eclesiástico. Principio es este que nunca debe perderse de vista, que siempre se ha proclamado y repetido desde los tiempos mas antiguos, y que ha atravesado incólume por las diversas vicisitudes que ha sufrido el gobierno de la Iglesia: los abusos á que han dado lugar las pasiones humanas y la calamidad de las épocas, solo han servido para que los concilios, los pontífices, los santos padres y los escritores eclesiásticos hayan empleado su autoridad, su celo y su doctrina en consolidar su observancia, en demostrar su conveniencia. Es, pues, regla general que todo aquel que tiene un cargo eclesiástico ha de residir donde deba desempeñarle, y que su ausencia no es lícita. Menester es sin embargo comprender la estension y límites del principio, y para este efecto nos proponemos esponer lo conducente al conocimiento de la ausencia en los cargos eclesiásticos. Consultando la mayor utilidad y aplicacion de la doctrina que desenvolvamos, consagraremos particular atencion á lo que aparece mas importante para la sociedad eclesiástica, y lo que mas interesa conocer atendida la legislacion canónica española. Esto supuesto, trataremos con separacion: 1.° de los obispos: 2.° de los demas eclesiásticos.

§. 1.° *Ausencia de los obispos.*

Bajo la denominacion genérica de obispos comprendemos en este lugar á los metropolitanos, por no ser menester hacer distincion entre los unos y los otros en este punto. Cuanto se diga pues de los obispos debe ser aplicado á los arzobispos: estos tienen su diócesis particular, y residiendo en ella, necesariamente han de residir en la metrópoli, dentro de la cual se comprende. Notaremos por lo tanto solamente aquellas diferencias que algunas veces no puede menos de establecer el derecho entre los unos y los otros.

Para desenvolver la materia que este párrafo comprende, partiremos de una base fija é indudable, á saber, que la residencia de los obispos es tan esencial que sin ella no se comprende el alto cargo que son llamados á desempeñar. Esto supuesto, dejamos á un lado la cuestion que há tiempo se agita con empeño sobre si la residencia está prescrita por derecho divino ó solo por el derecho positivo eclesiástico, el exámen de las bases en que apoya su necesidad la ley de Partida (1), apenas aplicables en nuestra época; y con mayor razon la medida del pecado de que se hacen reos los

(1) V. la 29, tit. 5, P. 1.

que la infringen. Solo nos corresponde dar una idea de la legislacion eclesiástica, suficiente para conocer cuándo y cómo podrán los obispos ausentarse lícitamente de su diócesis.

La disciplina antigua era en este punto muy rigorosa; distinguíase por una severidad saludable que suponia las virtudes cristianas de los prelados de los antiguos tiempos. Mucho era su celo, y apenas habia abusos que deplorar. Los cánones que por entonces se dieron acerca de la residencia se refieren principalmente al caso en que los obispos tuvieran que ir á la corte imperial, y tomar precauciones para que se economizase esta ausencia, salvos los principios de la obediencia al emperador y del augusto deber que entonces tenian los obispos de interponer su proteccion y valimiento en favor de las personas pobres, desgraciadas ó injustamente oprimidas. Y para escusar citas nos referiremos únicamente á los cánones 7.° y 8.° del concilio de Sárdica, que muestran el espíritu de la antigua disciplina: mándase en el primero que ningun obispo vaya á la corte del emperador, sino es enviado á llamar por órden especial; y en el otro que cuando tengan necesidad urgente de pedir al emperador gracia para los desvalidos comisionen con este objeto á los diáconos, para que ellos no desatiendan su cargo pastoral. Pero tras de los buenos siglos de la Iglesia vinieron otros muy fecundos en abusos, y en los que desgraciadamente no habia tanta moralidad ni saber, ni era tan atendido el exacto cumplimiento de las leyes eclesiásticas. La edad media con sus grandes trastornos, causó multiplicadas heridas á la disciplina, é hizo ilusoria frecuentemente la residencia de los obispos: estos con el servicio de los reyes, y el desempeño de cargos y negocios políticos, con su carácter de señores feudales, con los continuos viajes á Roma, con la pasion por las sagradas peregrinaciones, con el fanastimo por las cruzadas, no se ocupaban ya tanto en dirigir personalmente sus ovejas, creyendo que podian cumplir su ministerio por medio de vicarios, y no reparando en el inmenso daño que venia á sus iglesias y á los fieles con estas delegaciones abusivas. Sentíanse, pues, muchos males que exigieron represion; y con efecto, no faltaron Pontífices que dictaron medidas para conseguirla. En España tambien hubo reyes que se asociaron al espíritu de la Silla Romana, asociacion que si en otros puntos no trajo tan buenos resultados, en el de que se trata, es acreedora á alabanza. Echemos una ojéada por lo tanto sobre las decretales y las leyes de Partida.

En las decretales, título de *clericis non residentibus*, 4.° del libro 3.°, se hallan varios capítulos, cuyo espíritu tiende á estirpar los abusos lamentables que se habian introducido en la residencia de los obispos. Despues de renovar la prohibicion del concilio de Sárdica de no pasar á otra ciudad (1), condena la pluralidad de dignidades eclesiásticas que algunos reunian llevados de una avaricia ilimitada (2) con lo que habian de desatender su desempeño personal. Y no se contentaron los Pontífices con la observancia de estas disposiciones, sino que llegaron á consignar el principio de que una ausencia larga del obispo debia ser castigada, cuando este persistiera en su abandono, con la pérdida del obispado, nombrándosele sucesor: así lo espresa el capítulo 9 del título citado, comprensivo de una decretal de Inocencio III, respecto á un arzobispo que en cuatro años no habia vuelto á su Iglesia. Todavia se necesitaban reglas mas completas y generales que las que acabamos de esponer; pero su omision halla disculpa en la calamidad de la época.

Las leyes de Partidas, que no son un mero código, sino mas bien una enciclopedia razonada y erudita de todos los derechos que componen el general de una nacion, esplican cómo debe entenderse y limitarse la residencia á que están obligados los obispos. Tratóse de afirmar esta obligacion, de dar cabida á ciertas causas atendibles de ausencia, y ademas de evitar que durante

(1) Cap. 1.
(2) Cap. 3.

esta los obispos consumiesen las rentas de su Iglesia: dispúsose al efecto que una vez ligados con el vínculo indisoluble de la consagracion no pudieran ausentarse sin justa causa: y habiéndola, todavía con licencia del superior y no por mas de un año: el obispo que faltare á estos requisitos, habia de perder las rentas, á no ser que el Papa le tuviera ocupado en la corte de Roma. Así entendidas las escepciones de la residencia, todavía se espresó una que reclamaba el estado de nuestra nacion en el siglo XIII, autorizándose al obispo para pasar á otra Iglesia sin licencia del superior, en el caso de que el territorio donde tenia la suya cayese en poder de los enemigos de la fé é interin fuese reconquistado por los cristianos. A estas disposiciones de la ley 29 del título 5 de la Partida 1, deben agregarse las contenidas en la 8 del título 16 de la misma Partida, conforme á las que no daña al obispo la ausencia que hiciese á la corte de Roma por causa necesaria, como el obtener la absolucion de alguna pena en que hubiera incurrido, ó el ser enviado á llamar por el romano Pontífice.

Pero aun despues de las leyes de Partida y de las decretales, no se llegó á consolidar la residencia, antes bien vino á hacerse de todo punto ilusoria, sobreviniendo á las iglesias todo aquel cúmulo de males que trae consigo el abandono de una obligacion tan importante. La causa principal que á ello contribuyó fué el cisma profundo y duradero que afligió á la Iglesia occidental: el desórden de la cabeza se estendió á los miembros: prodigábanse sin causa ni medida las dispensas de no residir, y tampoco se cuidaba de que esperimentaran el rigor de la disciplina los que no residian sin dispensa, de suerte que legitimado el abuso, y en inobservancia las leyes de la Iglesia, estaba de todo punto al arbitrio de los obispos el deber sagrado de la residencia. Así es que cuando en el siglo XVI se reunió el concilio de Trento, tuvo que dedicar su atencion á este punto capital de la disciplina: sentáronse en él las bases del derecho eclesiástico hoy vigente, razon por la que debemos entrar en el exámen de sus disposiciones, tales cuales se hallan consignadas en los capítulos primeros de *reformatione* de las sesiones 6.ª y 23.

El concilio de Trento encontró arraigados graves y funestos abusos, cuya descripcion nos dejó trazados con dolorosa verdad: hallábanse desatendidas las reglas eclesiásticas, relajadas las costumbres del clero y pueblo cristianos: muchos obispos olvidados de su propia salvacion posponian lo divino á lo terrenal y condenaban sus ovejas. Fué, pues, preciso á los padres tridentinos recordar que por precepto divino está mandado que el pastor conozca á sus ovejas y procure personalmente su salud y direccion; cuán estrecha vigilancia recomienda el Apóstol; y qué grave responsabilidad acarrea el encargar el ministerio eclesiástico á manos mercenarias. La residencia fué de este modo presentada en toda su verdad, en toda su necesidad; y fué recomendada é inculcada principalmente á los obispos, á los que ocupan las mas altas dignidades eclesiásticas, porque su elevado puesto es un motivo de mayor solicitud y de dar mejor ejemplo «*integritas enim præsidentium salus est subditorum.*» Respecto al punto de la diócesis en que el obispo debe permanecer, se deduce del mismo concilio que ha de ser aquel donde se halle la Iglesia catedral: esta es, pues, la residencia ordinaria de que no debe faltar, á no ser por causas del mejor gobierno de la diócesis, como sucede en la visita. Así lo entendió la Iglesia antigua, segun lo prueba el cánon 5 del Concilio 5 de Cartago, que prohibe á los obispos, que dejando su catedral, se trasladen á otra Iglesia de su diócesis; así lo dicta la misma organizacion de esta; así lo ha confirmado la costumbre; así por último lo han entendido los canonistas que reputan ausente al obispo que no se encuentra en su palacio episcopal.

Espuesto el principio de la residencia, toca ahora señalar las limitaciones que no han podido menos de admitirse por motivos poderosos, ya en interés de la Iglesia y del Estado, ya en el interés bien entendido de

los mismos obispos. Entre estas causas legítimas de ausencia, hay unas espresadas en el concilio de Trento, causas que no tienen duracion determinada, aunque no sean arbitrarias ni ilimitadas; al paso que otras se dejan á la conciencia del obispo, y por lo mismo tienen fijado un máximum. Trataremos con separacion, asi de estas como de aquellas, con arreglo á los cánones tridentinos, procurando darlas su verdadera y recta inteligencia. Cuatro son los casos en que el concilio de Trento declara lícita la ausencia del obispo, á saber: la caridad cristiana, la necesidad urgente, la obediencia debida, y la utilidad evidente ya de la Iglesia, ya del Estado: solo la enunciacion de estos motivos hace resaltar su justicia y su pureza; y asi es, que ni fueron jamás desatendidos por los canones antiguos tan solícitos del buen régimen eclesiástico y de la obediencia á las potestades de la tierra, ni podian ser tampoco omitidos, antes bien quedaron consignados y autorizados por los padres tridentinos que con tanto celo emprendieron la reforma de los abusos, y el restablecimiento de la disciplina. Sin embargo, estando concebidas en términos generales, y por lo tanto con cierta vaguedad, como no podian menos de designarse para ocurrir á las múltiples necesidades de la práctica, conviene precisar las ideas y los fines que en sí encierran.

Bien se comprende cuándo habrá motivos de caridad cristiana que obliguen al obispo á dejar su residencia: siempre que los fieles se hallen en tal situacion que necesiten los auxilios, los consuelos, el apoyo paternal de sus pastores. Si la heregía los ha desviado de la senda de la verdadera doctrina, si el cisma los ha dividido y enconado entre sí, si la armonía que debe unir á los que profesan las mismas creencias y los mismos principios de la fraternidad cristiana, se ha turbado de un modo peligroso, entonces la necesidad de mantener la pureza del dogma, la unidad de las iglesias, la paz de los fieles, es una necesidad superior á la de la residencia: la caridad cristiana se interesa, y ante ella debe cesar toda otra consideracion. Pero si los fieles de la propia diócesis estuvieran tambien desunidos y contaminados, si la presencia de su pastor fuera indispensable, entonces las razones de caridad cristiana fortificarian la necesidad absoluta de la residencia, porque antes es poner á salvo el rebaño propio, que concurrir al remedio de los males que aquejan á los demas.

Respecto á la necesidad urgente, se refiere á motivos que afectan directa é inmediatamente á la persona del obispo, como lo prueba el haberse separado aquella causa de las otras tres que miran al interés general. Sin embargo, creemos que es muy interesante distinguir entre aquellos casos que afectan á la persona del obispo únicamente, aunque de un modo directo, y los que afectan á la vez á los fieles de la diócesis. El bien y conservacion de esta, reclaman tal diferencia; y recomiendan distintas resoluciones. Es acometido el obispo de una enfermedad que se agrava hasta el punto de poner en peligro su vida, pero que puede ceder y mitigarse con el cambio de clima y temperatura: suscítale su celo y su cuidado pastoral una persecucion considerable que le amenaza con peligros inminentes que no alcanzan á sus diocesanos, de la cual puede ponerse á cubierto fuera de su diócesis. En estas y semejantes circunstancias el prelado se eximirá de la residencia. Pero invade el territorio un contagio, se desarrolla una peste, su vida tambien corre riesgo; á pesar de esto la de sus fieles, la de los sacerdotes, está del mismo modo amenazada; á la propagacion de la epidemia se reune un terror pánico: la afliccion, el terror de semejante azote se hace general, ¿deberá el obispo, el principal pastor, abandonar á sus fieles en situacion tan triste; cuando mas falta hacen los consuelos de la religion y los ejemplos de abnegacion, y el cambio de lo divino por lo humano? ¿podrá el prelado dejar su diócesis, ponerse en fuga para declinar peligros que debe ser el primero en arrostrar, para no ver lágrimas que debe ser el primero en enjugar, aumentando así el sobresalto y el

temor? Si las autoridades de una provincia, si los médicos de los hospitales no pueden prescindir de hacer frente á las calamidades públicas de este género, siendo sus deberes solo relativos á cosas terrenas y perecederas, ¿en qué razon, en qué pretesto siquiera se fundaria la ausencia de aquellos á quienes Dios ha constituido para el gobierno de su Iglesia, para el cuidado de las ovejas? No queremos siquiera ocuparnos de la distincion que algunos han sostenido, haciendo lícita la ausencia del obispo en caso de peste, cuando queden los suficientes párrocos para administrar los sacramentos, y obligándole á residir si faltáran sacerdotes, porque esta distincion se acomoda perfectamente á las consideraciones é ideas de las asociaciones que se proponen fines terrenos, puramente humanos; pero es rechazada por el carácter sublime y especial de la sociedad de los fieles, tendiendo á falsear la índole de la divina y paternal institucion del episcopado. Las razones que dejamos espuestas para no disimular la residencia en caso de peste, se hacen mas poderosas y decisivas cuando se presentara el de la persecucion de la fé; seria una cobardía indigna, no ya de un obispo, sino de un verdadero cristiano, el posponer á la seguridad propia los intereses, el dogma de la religion; no hay duda, no puede haberla de que cuando esta peligra, el buen pastor debe redoblar su vigilancia y sus esfuerzos, debe hacer sacrificios, aunque sea el de su existencia; que harto se lo demuestra el ejemplo de Jesucristo, y la sangre de los mártires.

La razon de obediencia debida comprende la ausencia que se ve obligado á hacer el obispo en virtud de algun precepto de la autoridad superior eclesiástica; la mente del concilio no pudo ser otra que la de fortificar la conexion y mútua dependencia de los grados superiores de la gerarquía eclesiástica, que debe mantenerse íntegra é ilesa mas que la de toda otra sociedad. Se han previsto bajo la designacion de obediencia debida los casos en que los metropolitanos necesiten de la cooperacion de sus sufragáneos para algun negocio de interés de la metrópoli, y en que el papa dé alguna comision á unos ú otros por utilidad de la Iglesia universal. Asi creemos que deba entenderse la causa que espresa el concilio de que al presente nos ocupamos; porque el interés especial de la iglesia romana ó de los Estados Pontificios, ó de la diócesis particular del arzobispo son motivos que no pueden llegar á preponderar sobre la necesidad de la residencia, ni suficientes á destruir el fuerte y estrecho vínculo que esta constituye. Si ocurriera que el Romano Pontífice agraciara á algun obispo con el cargo de penitenciario, canciller ú otros de la curia romana, entonces ó los obispos nombrados renunciarian el obispado, ó el papa podria dispensarles la residencia; en nuestra opinion no debe vacilarse en optar por el primer medio, como que verdaderamente existe una incompatibilidad entre tener á su cargo una diócesis en España y cumplir con un empleo en Roma, á lo cual se agrega que las dispensas deben siempre economizarse y usarse en muy raros y urgentes casos por lo mucho que desvirtuan las leyes canónicas generales. Y ya que tratamos de la obediencia debida bueno será resolver y dejar bien aclarada una dificultad importante que puede presentarse. De tiempo antiguo viene incluido entre los capítulos del juramento que los obispos prestan al tiempo de su consagracion uno relativo á la obligacion que estos tienen impuesta de visitar dentro de cierto tiempo (que era el de tres años, y despues el de cuatro para los obispos españoles segun la bula «*Romanus Pontifex*» dada por Sisto V en 20 de diciembre de 1585) los sepulcros de los apóstoles y al romano pontífice para dar cuenta á este de todos los negocios del obispado, visita que ha de ser personal, y solo por un enviado existiendo impedimento legítimo que se acredite en debida forma. Este juramento que inculcado por Gregorio VII ha sido confirmado y renovado por los pontífices posteriores, hasta por Benedicto XIV, dándole gran amplitud respecto á las noticias que se han de comunicar al papa, y

garantiéndole con severas penas, ¿podrá llegar á ser un caso de obediencia debida, una causa legítima de ausencia? Para nosotros es indudable que semejante disposicion en nada rebaja el deber de la residencia. Podríamos fundar esta opinion en razones poderosas poniendo en parangon la naturaleza y necesidad de esta con las tendencias y el contenido del juramento; pero prescindiendo de raciocinios que nos llevarian mas allá de nuestro propósito observaremos sencillamente que el concilio de Trento al paso que inculca y recomienda con la mayor eficacia la residencia de los obispos, no menciona el juramento de visitar personalmente la silla apostólica entre las causas de ausencia, que pudo y debió mencionar como causa verdadera, necesaria y periódica, si su mente hubiera sido el admitirla: que los reyes de España protectores del concilio no han admitido las bulas de Sisto V y otros papas posteriores que han renovado el juramento y amenazado con penas á los que no le cumplieran: que la costumbre de la iglesia española, aun en el caso de que hubieran sido admitidas, ha derogado la necesidad de la visita personal á los sepulcros de los apóstoles y al papa; y últimamente, que en todo caso ningun obispo por sí podria cumplir á su arbitrio el juramento, puesto que para pasar á Roma, para salir del reino habria de obtener préviamente la vénia del monarca. Resulta por lo tanto que la obligacion del mencionado artículo del juramento por mas que hoy dia subsista formulariamente en el que hacen los obispos, en nada afecta a la residencia, y bajo concepto alguno puede constituir causa legítima para ausentarse.

Resta examinar como última causa de las que el concilio de Trento señala para la ausencia legítima de los obispos, la evidente utilidad de la Iglesia y del Estado, motivos ambos fáciles de comprender. Respecto á la utilidad de la Iglesia, una vez que el concilio ha designado separadamente la caridad cristiana y la obediencia debida, no puede referirse sino á aquellos casos en que los prelados están en el cumplimiento de los deberes que les prescriben los cánones; así el haber de acudir á cierto punto á defender los derechos de la Iglesia que gobiernan, el ser convocados para concilios generales, nacionales ó provinciales, el recorrer la diócesis para enterarse del estado de su clero y pueblo, todas estas serán causas legítimas para que los obispos dejen momentáneamente su residencia en la catedral ó para que salgan de sus territorios respectivos. Por lo que hace á la utilidad del Estado, esta, segun la letra del concilio ha de ser evidente, advertencia oportuna tratándose de una obligacion estrecha y necesaria como es la residencia. Si el monarca echa mano de prelados para ciertos altos cargos del Estado en que sean necesarias sus luces y esperiencia, la Iglesia no ha podido oponerse, nunca se ha opuesto á esta facultad que ejercitada con prudencia y parsimonia, tiende al mejor gobierno de la nacion, á la felicidad de todos. En España tal ha sido la práctica y la costumbre antigua; tal es la actual, de que es buena prueba la capacidad consignada en la Constitucion de la monarquía á favor de los arzobispos y obispos para ser nombrados senadores (1). Conceptúanse estos casos como de evidente utilidad del Estado, y por ellos lícitamente ausentes de sus diócesis los prelados, derecho justamente establecido y acerca del cual solo puede temerse á veces que el deseo de dar honores y consideraciones en el órden político á los obispos pueda producir pretestos de utilidad escasa, en vez de razones de ulilidad evidente para dejar su residencia los prelados; pero derecho que no por eso es menos aceptable, porque se supone la prudencia de los monarcas y de los gobiernos de una nacion católica. No han faltado quienes llevados de un celo exagerado por la independencia de la Iglesia han puesto en duda, y hasta han negado que por el nombramiento de los obispos para un cargo ó funcion pública estén dispensados de la residencia, porque los reyes, han dicho, no tienen jurisdiccion alguna sobre los eclesiásticos, ni interven-

(1) Art. 15.

cion la mas pequeña en materias puramente espirituales: algunos por gran fervor, y como si creyeran sostener todavia una opinion avanzada, han concedido la legitimidad de la ausencia, mediante privilegio del papa, y así han venido á traer la cuestion á un terreno peregrino, á saber: si los reyes de España tienen tal privilegio, y si en el supuesto de tenerlo ha sido revocado ó no por una bula de Pio IV. Por nuestra parte creemos que se ha tomado como un asunto árduo y grave lo que en realidad es bien sencillo; no se trata en verdad de atribuir á los monarcas jurisdiccion ni participacion en lo eclesiástico, ni interesa el averiguar qué privilegios hayan concedido á los reyes de España los pontífices romanos; solo se trata de la aplicacion natural de un principio consignado en el concilio de Trento. Y con solo tener ante la vista lo que este claramente espresa, á saber: que es causa para no residir la utilidad evidente del Estado, no solo se habrian resuelto cualesquiera cuestiones, sino que todas se hubieran evitado. El monarca, regulador de lo que al Estado conviene, conceptúa como de utilidad evidente que un obispo desempeñe determinada funcion pública, y el concilio de Trento declara que los obispos pueden dejar de residir por esa evidente utilidad: he aquí pues dos principios que lejos de estar en pugna guardan entre sí la mas estrecha armonía y correlacion. Con tal uniformidad de fines en los intereses del Estado con las prescripciones de los cánones, no hay para que suscitar objeciones ni dificultades de ningun género.

Esplicadas las causas de legítima ausencia que el concilio de Trento ha designado, debe observarse como comun á todas ellas que no dan por su mera existencia derecho para ausentarse, sino que guardándose el órden de respeto y dependencia que trae consigo la gerarquía, se requiere segun el testo terminante del capítulo tridentino, licencia escrita en la cual consten y se aprueben los motivos: esceptúanse aquellos casos en que reclamase la ausencia el desempeño de un cargo ó funcion pública inherente al misnisterio episcopal, porque entonces son notorios los motivos y no suele caber dilacion. Esprésase tambien por el concilio que el dar la licencia de que hablamos corresponde «al pontífice ó al metropolitano, y en ausencia de este al obispo sufragáneo mas antiguo que resida, el cual será tambien quien deba aprobar la del metropolitano;» reglas que no ofrecen dificultad; la única que puediera suscitarse seria la disyuntiva del principio «el pontífice ó el metropolitano»; pero á poco que se pare la consideracion en el testo, cuyas palabras hemos trascrito, se comprenderá que ni para obispos ni metropolitanos se ha tratado de exigir licencia del pontífice. Esta consideracion es patente hasta la evidencia; el venir hablando los padres tridentinos de dignidades eclesiásticas de categoría superior, como los cardenales, esplica que se aludió á la licencia del pontífice como reservada esclusivamente á ellas, bastando para los obispos y arzobispos, de que nos ocupamos en este párrafo, la de los metropolitanos y obispos mas antiguos de la metrópoli. Por lo demas resérvase en el concilio de Trento á los sínodos provinciales el conocimiento de las licencias concedidas por el metropolitano ó sus sufragáneos, y recuerda á los prelados que legítimamente se ausenten procuren poner todos los medios adecuados para que no venga en su ausencia daño alguno á sus ovejas.

Aparte de las causas de ausencia hasta aquí mencionadas, hay otras que pueden tambien escusar de residir, y que el concilio no enumera, contentándose con recomendar á los obispos que sean justas, sobre cuya apreciacion fia en su conciencia religiosa y timorata, recordándoles que han de dar cuenta á Dios. Pero por lo mismo que estas causas han sido reconocidas, pero no designadas, fué preciso al concilio marcar para ellas un tiempo determinado de ausencia á diferencia de los casos arriba espresados, respecto á los que no se hizo semejante señalamiento. En un principio concedieron los padres tridentinos

seis meses para aquellas ausencias que podemos decir indeterminadas (1), pero conceptuando despues que habian usado de demasiada indulgencia restringieron el plazo á dos ó cuando mas á tres meses en cada año, espacio que ya continuado ó interrumpido no es susceplible de próroga por ningun concepto, y que por su brevedad, por la necesidad del pronto regreso, no puede decirse propiamente que constituya ausencia formal. Ha habido quienes han mirado esta disposicion del concilio de Trento como dirigida á dar á los obispos un descanso, una distraccion del ánimo, creyendo que podrian ausentarse con conciencia tranquila para recrearse honestamente. Cierto es que el obispado es una carga pesada, hasta para hombros de ángeles, como el concilio mismo reconoce «*angelicis humeris formidandum*;» pero como á pesar de esto sea tan grave y tan necesaria la residencia, y la ausencia de estrecha interpretacion, creemos preferible mirar la concesion del concilio de Trento, no como autorizando un descanso, ni dirigida al recreo, sino como comprensiva de aquellas causas de interés personal, si bien interés atendible del obispo, pero que sin embargo no rayen en la necesidad urgente que figura entre las causas espresamente marcadas por el concilio. Los dos ó tres meses, que este permite, no son una vacacion, sino un plazo prudentemente establecido para que los prelados puedan atender á sus negocios particulares, ó á los de su familia, pero siempre de mas monta que los de solazar el ánimo. Y esta creemos que sea la mas probable y segura inteligencia de la disposicion del concilio de Trento. Los autores que la han esplicado, se han ocupado tambien en averiguar si era lícito á los obispos juntar los meses de un año con los de otro, de suerte que resultarán hasta seis, á saber: los tres últimos del primer año, con los tres primeros del segundo: en este punto ha habido divergencia de opiniones, pronunciándose unos por la negativa, otros absolutamente por la afirmativa, y algunos tambien por esta; pero cuando fueran muy graves los motivos de la ausencia. Fúndanse los que admiten como legítima la union de los meses, en que sobre no ser mas perjudicial, antes bien quizá preferible una ausencia seguida de seis meses en dos años, que dos de tres meses separados, el concilio no rechazó espresamente la union; pero una disposicion del pontífice Benedicto XIV, de que haremos mencion en breve, decide esta duda á favor de la prohibicion de unir los meses de un año con los del otro, de modo que no dá lugar á las interpretaciones y á las dudas que antes se suscitaron.

Para completar el conocimiento é inteligencia de los cánones tridentinos correspondientes á la ausencia de los obispos, resta saber á qué penas se hacen acreedores los que la prolongan de una manera ilegítima. El concilio de Trento estableció primeramente (1) una graduacion de penas contra los ausentes, en esta forma: por ausencia de seis meses sin justa causa, se incurria en la pérdida de la cuarta parte de frutos de un año; por otros seis meses de ausencia inmotivada, se imponia tambien la misma pena; y si todavia eran contumaces los obispos ó los metropolitanos, el sufragáneo mas antiguo respecto á estos, y el metropolitano respecto á los obispos, debia dar cuenta en término de tres meses, que el concilio señalaba, al romano pontífice á fin de que este los castigase segun su mayor ó menor contumacia, y pudiese proveer á las iglesias de pastores mas útiles. Pero habiéndose vuelto á ocupar el concilio posteriormente de la residencia, renovó entonces (2) las penas sobredichas, añadiendo la pérdida de frutos proporcionalmente al tiempo de la ausencia en favor de de la fábrica de la Iglesia ó los pobres de la diócesis, con la prohibicion terminante de poderlos percibir bajo título de convenio ó composicion ú otro cualquiera. Así queda-

(1) Ses. 6.ª, cap. 1.º de reform.

(1) Ses. 6.ª, cap. 1.º de reform.
(2) Ses. 23, cap. 1.º de reform.

ron restringidas las ausencias ilegítimas de los obispos por el concilio de Trento.

Posteriormente á la celebracion de este, los casos que la práctica hubo de ir presentando, los abusos que sin duda volvieron á renovarse bajo especiosos pretestos, y las torcidas interpretaciones que inventára el interés personal en daño de la residencia, obligaron á los Pontífices á estrechar mas y mas el lazo que une á los prelados con sus iglesias, formándose una jurisprudencia restrictiva de las ausencias. En la imposibilidad de hacernos cargo completa y sucesivamente de las numerosas declaraciones pontificias que en el espacio de cerca de tres siglos se han dictado sobre la materia, nos contentaremos con dejar consignadas las mas importantes de Urbano VIII y Benedicto XIV. El primero de estos Papas creó una congregacion con el objeto de que tuviera á su cargo las causas de ausencia de los obispos; y Benedicto XIV exigió licencia impetrada en debida forma del Pontífice por motivos de enfermedad ó convalecencia, declaró que aun para ausentarse los tres meses que el concilio permite eran precisas causas justas, y prohibió que pudieran unirse los meses de un año con los de otro. Disposiciones todas, no las únicas, pero sí las mas capitales que deben tenerse presentes para la aplicacion de los cánones Tridentinos, y de que no hemos querido prescindir en la esposicion del derecho eclesiástico que rige acerca de ausencias de los arzobispos y obispos.

En cuanto á Ultramar se mandó en conformidad á un breve de Gregorio XIII de 1568, que no se den frutos á los obispos electos de las Indias que estando en los reinos de Castilla no pasen á sus iglesias á la primera ocasion. Los frutos vencidos que hasta que vayan á residir les dieren los deanes y cabildos se cobrarán de sus bienes (1). Ademas de esto, los arzobispos y obispos de Indias no pueden venir en manera alguna á la Península sin espresa licencia concedida por el Rey (2).

(1) Ley 2, tit. 7, lib. 1 de la Recop.
(2) Ley 36, id., id.

§. 2.° *Ausencia de los demas eclesiásticos.*

Si consideramos la naturaleza general de los beneficios eclesiásticos, no podremos menos de comprender cuán necesaria es la residencia, y con cuanta razon los cánones y las leyes civiles se han dirigido de consuno á evitar y reprimir las ausencias arbitrarias de aquellos que de distintos modos sirven á la Iglesia ejerciendo funciones del ministerio eclesiástico. Principio constante y claro es de que los beneficios se dan por el oficio, de lo cual se deduce que ningun clérigo puede desentenderse de la asiduidad y del servicio personal que aquel le impone. Pero si es cierto que todo beneficiado está obligado en conciencia y en derecho á residir, no lo es menos que en esta parte se han esperimentado grandes y frecuentes abusos, tan generales á veces por desgracia, que han dejado marcada huella, y empañado algun tanto la pureza de la disciplina. Esa frecuencia y multitud de abusos debida á diversas causas, y hasta cierto punto inevitable en una clase tan numerosa como la de los clérigos, ha motivado multitud de disposiciones encaminadas á cortar males de funestas consecuencias, como que redundan inmediatamente en daño de los fieles y en mengua del buen servicio del culto y de la Iglesia. Y para dar á conocer nosotros los casos en que se ha mirado la ausencia de los beneficiados de un modo favorable ó desfavorable, recorreremos con separacion los cánones, las leyes civiles españolas y las disposiciones eclesiástico-seculares. Todas estas ramas de nuestro derecho eclesiástico son idénticas en su espíritu y en su fin; varias en su desarrollo y en los medios de que se han valido.

Desde los tiempos en que la Iglesia comenzó á regularizar su organizacion, se condenó ya la ausencia de los clérigos que dejaban desamparados los lugares á que estaban adscritos para el cumplimiento de su ministerio. El concilio primero general dice de todos los presbíteros, diáconos ó cualesquiera que están sujetos á regla canónica, que al ausentarse sin motivo se

conducen peligrosamente, sin temor á Dios, y con olvido de la índole de la regla eclesiástica, y en su consecuencia prohibe sean recibidos en otra iglesia, castigando su contumacia con la privacion de la comunion (1). Otros documentos posteriores podrian citarse conformes con el que acabamos de mostrar: baste decir que la disciplina antigua fué inexorable en materia de tanto interés, y vengamos á otra época no tan feliz de la historia eclesiástica; pero mas fecunda en disposiciones canónicas.

Aludimos á las Decretales, en las que se recopilaron muchas disposiciones concernientes á residencia y ausencia de los beneficiados, consagrándose un título especial (2) á tratar de los clérigos que no residen en su iglesia ó prebenda. Pártese en él de un principio capital, que se inculca repetidas veces y al que se da diferentes aplicaciones y se fortifica con sanciones penales: «*Cum Ecclesia vel Ecclesiasticum ministerium committi debuerit, talis ad hoc persona quæratur, quæ residere in loco, et curam ejus per seipsam valeat exercere.*» Añádese que el que no haya de residir no es acreedor á beneficio eclesiástico; su ausencia le perjudicará, le hará indigno de su obtencion ó retencion (3). El clérigo que deje su diócesis, no será admitido en otra si no va provisto de las cartas comendaticias del propio obispo, ó aquel, á cuya diócesis pasa, no ha recibido mandato pontificio (4). Ni en fin, podrá alegarse que el beneficio es de renta mezquina para dejar de residir; si es suficiente, si dá lo necesario para el sustento del clérigo, no podrá este disolver el vínculo que le une á su iglesia (5), decision altamente conforme á la buena disciplina, y que demuestra cuanto celo tuvieron algunos pontífices por hacer de la residencia un deber rigoroso y ageno de toda mira interesada.

A pesar de esto debieron admitirse, y con efecto se admitieron, algunas causas suficientes por su justicia y significacion á eximir temporalmente de la residencia; dióse tambien cabida á dispensas por otros motivos no tan laudables que hubieron despues de coartarse y restringirse. Las ausencias que se hacen mediante licencia de los prelados á que están subordinados los clérigos, para dedicarse al estudio, ausencias á que se daba mucho favor en medio de la ignorancia de la época, ó por otros motivos igualmente honestos, son legítimas (1), porque suponen necesidades de que no puede prescindir el beneficiado, ó una utilidad que ha de redundar en mejor cumplimiento del beneficio. Asimismo son considerados legítimamente ausentes los que no residen por tener que cuidar de la defensa de los derechos de la iglesia á que sirven, ó por haber de pasar á Roma á dar cuenta al pontífice de próximas elecciones, porque en estos casos se trata de promover la utilidad de la Iglesia, y este motivo es tan favorecido por el derecho que supone residente al que en realidad no reside (2). Todas estas causas han sido justamente introducidas, y se fundan en razones de conveniencia muy atendibles; la disciplina eclesiástica las ha respetado, con efecto en todas épocas, y en su espíritu se han fundado despues los pontífices para legitimar la ausencia de aquellos beneficiados que tienen cargo de auditores de la Rota, de colectores apostólicos ú otro empleo en la corte romana que redunde en utilidad de la Iglesia. Sin embargo, no se limitaron los papas de la edad media á autorizar ausencias por las citadas justas causas ú otras análogas, sino que bien por una indulgencia estremada, bien porque se les presentaban por los clérigos las pretensiones de muy distinto modo del que eran en la realidad, concedieron por leves motivos y hasta sin ellos, licencias y permisos para no residir, ó lo que es lo mismo, para que los clérigos disfrutasen ausentes las ventajas que solo á los presentes se conceden. Cuanto seria el

(1) Can. 16 del Conc. Nicen.
(2) El 4 del libro 3.
(3) Capítulos 3 y 4, títulos citados.
(4) Cap. 5 id.
(5) Cap. 6 id.

(1) Cap. 4 del lib. 3, tit. 4 de las Decret.
(2) Cap. 13 del tit. 4, lib. 3 de las Decret., y 20 del tit. 6, lib. 1 del 6.°

daño y el escándalo que de estas dispensas concedidas sin tasa, se siguiera, se comprende con solo decir que hubo pontífices que se lamentaron de sus propias concesiones, y que asustados de la obra trataron de reformarla (1).

De nada hubiera servido inculcar el precepto fundamental de la residencia, señalar las justas causas que de ella eximen, y anular las dispensas injustamente concedidas, si no se hubieran impuesto penas á los beneficiados ausentes. Como regla general y ordinaria puede decirse, que la pena del clérigo ausente indebidamente, es la pérdida de los frutos de su beneficio: dedúcese así con toda claridad de los capítulos de las Decretales anteriormente citados. Pero esta pena puede cambiarse y ser reemplazada con otra mas dura, con la privacion del mismo beneficio. Esto se verifica cuando se halla el clérigo ausente por tiempo considerable, y advertido por su prelado del deber de la residencia, persiste en su abandono, y no quiere restituirse á su iglesia (2), entonces se considera que se ha renunciado el beneficio, y este como vacante, se confiere á otro clérigo que cumpla con los deberes que impone. La formacion de espediente canónico con citacion del ausente es esencial para que la privacion sea válida; si no se supiera el paradero del clérigo, se hacen publicar tres edictos; y el término de ausencia que se considera bastante para la imposicion de aquella pena, es el de seis meses (3). Comun opinion es entre los canonistas y conforme con ella la práctica de la cancelaría, que las citaciones ó moniciones prévias se deben hacer de dos en dos meses, de suerte que hasta un año no surte todo su efecto la privacion del beneficio ni este queda propiamente vacante. En fin disponen las Decretales muy oportunamente como un medio de proveer á las necesidades de las iglesias y como un estímulo al clérigo ausente, que si llamado este por el obispo no viniese se inviertan los frutos del beneficio en dotar á un vicario que levante las cargas de aquel y lo restante se emplee en utilidad de la Iglesia (1).

Tales son las disposiciones que se hallan recopiladas en las Decretales, disposiciones que estrechan algun tanto á los beneficiados en su obligacion de residir. Sin embargo conjuráronse varias causas, unas que ya venian haciendo sentir su funesta influencia de antiguo, otras que se suscitaron con posterioridad, para que no surtieran todo el fruto que de él hubiera debido prometerse la Iglesia. La época era desgraciada de por sí; las costumbres llegaron á un deplorable estado de relajacion; todas las clases de la sociedad estaban inficionadas del contagio general que por desgrácia alcanzó tambien al clero; los prelados superiores eran menos celosos de sus deberes y mas entregados á los intereses mundanos de lo que correspondia á su alto ministerio: el mal ejemplo cundió á los demas clérigos, que ni eran vigilados ni corregidos cual hubiera sido conveniente. La mayor importancia que tomaban los estados, la concentracion de la autoridad en los monarcas, la centralizacion de todos los asuntos mas interesantes al clero en la capital del mundo cristiano aumentaban naturalmente las ausencias de los beneficiados. En efecto, en Roma se resolvian todos los negocios de interés; allí se concedia gracias y dispensas; allí se sancionaba la validez ó nulidad de las elecciones; allí se sentenciaban definitivamente los litigios; allí en fin se daban los beneficios, ¿qué estraño es que se abandonase la residencia y que bastantes clérigos cuidasen de lo que mas escitaba sus afanes, de promover sus pretensiones, de proseguir sus negocios en Roma? Agrégase á esto que las reservas que tanto auge llegaron á tomar, entre los innumerables daños que produjeron, no fué el menor el de fomentar la no residencia. En fin los cismas que acabaron de alterar toda la disciplina eclesiástica, contribuyeron de una manera poderosa á que se descuidase y abandonase

(1) Cap. 15 del tit. 4, lib. 1 del 6.°
(2) Cap. 8, 10 y 17 del tit. 4, lib. 3 de las Decret.
(3) Cap. 11 del tit. y lib. citados.

(1) Cap. 16, tit. y lib. citados.

la residencia á que obliga el beneficio.

Todas estas circunstancias reunidas arraigaron y estendieron de tal modo los abusos, que por mucho celo que fuera el de los gefes de la Iglesia, por fuertes medidas que estos dictaran, no era posible corregirlos por completo. El concilio de Trento puso en esta parte especial empeño para restablecer, cuanto era dable, la disciplina. Prescindiendo de los medios indirectos de que se valió, tales como condenar la pluralidad de beneficios, y prohibir las encomiendas, hállanse en él disposiciones que terminantemente se dirigen á sostener el principio de la residencia forzosa de todo beneficiado. Así lo convence la obligacion impuesta á todos los canónigos y dignidades de las iglesias catedrales, á todos los que obtienen beneficios que llevan aneja cura de almas de prometer y jurar que no se ausentarán de su iglesia ó beneficio (1). Así tambien el encargo que se hace á los ordinarios de emplear los medios oportunos para que se cumpla por todos los beneficiados la residencia personal á que les obligue el derecho ó la costumbre, y la anulacion de todo privilegio ó indulto perpétuo de no residir ó de percibir los frutos durante la ausencia (2). Cierto es que todavia admite el concilio indulgencias y dispensas, pero sobre no derogar el precepto general, exige al mismo tiempo que sean temporales, y tan solo por causas verdaderas y razonables que deben probarse legítimamente ante el ordinario (3). No es cierto por lo tanto que el concilio de Trento exigiese solo la residencia á los obispos, canónigos y párrocos; si bien se ocupa con mas especialidad y detencion de estos cargos, de suyo mas importantes, tambien como hemos visto la exige á los demas beneficiados y les prohibe ausencias arbitrarias ó fundadas en motivos insuficientes, manteniendo así el espíritu de los cánones antiguos, guardándose de derogarlos y de disimular su observancia. Sin embargo menester es confesar que por razones que entonces serian poderosas no se cortó el mal de raiz, lo que dió lugar despues á abusos lamentables; admite la distincion de beneficios en residenciales y no residenciales (1); puesto que al permitir la reunion de dos beneficios en un solo clérigo, cuando uno no le baste á la honesta sustentacion, se vale de las palabras «*dummodó utrumque personalem residentiam non requirat.* Debe sin embargo no perderse de vista las disposiciones que en restriccion de semejante principio hemos ya citado y otras semejantes que se hallan en el mismo concilio, tales como la de que nadie se ordene sin adscribirse á la Iglesia ó al lugar del beneficio, y que si el clérigo abandona su residencia sin licencia del obispo sea privado del ministerio sagrado (2). De suerte que puede en toda verdad decirse con un ilustrado espositor del derecho canónico, que los padres tridentinos no conservaron sino mas bien toleraron la disciplina que ya estaba admitida hacia tiempo acerca de la no necesidad de la residencia en los beneficios simples. Por lo demas cuando ocurra el caso de ausencia legítima del beneficiado, dispónense en el concilio que los obispos provean á que de ningun modo se desatienda la cura de almas escogiendo al efecto vicarios idóneos con asignacion de la cóngrua porcion de frutos, sin que en esto aproveche á nadie privilegio ó exencion de ningun género (3). Y quizás para conseguir mejor que queden sin efecto esas exenciones ó privilegios espresa el mismo concilio que en esta parte tengan los obispos el concepto de delegados de la silla apostólica.

Habiendo espuesto las disposiciones mas notables de los cánones generales de la Iglesia, necesarias para conocer cuando y de qué manera es lícita la ausencia de los beneficiados en general, debemos ahora dar una idea de las leyes de España relativas á la materia que tratamos. Obsérvase en ellas, que nuestros monarcas, celosos siempre por la pureza de la religion cató-

(1) Ses. 24, cap. 12 de reformat.
(2) Ses. 6.ª, cap. 2.º de reform.
(3) Ses. y cap. citados.

(1) Ses. 24, cap. 17 de reform.
(2) Ses. 23, cap. 16 de reform.
(3) Ses. 6, cap. 2 de reform.

lica, y por el lustre del clero, han sancionado, en su carácter de protectores y defensores de la disciplina de la Iglesia, la obligacion impuesta por la misma á los que tienen beneficios de residir personalmente en el lugar donde deban ser servidos. Obligacion que de este modo ha venido á tener un doble motivo de necesidad; el de obedecer los clérigos como tales, á los cánones de la Iglesia, y el de obedecer en su carácter de ciudadanos á las leyes civiles del pais. Al fin que nos proponemos será suficiente dirigir una rápida ojeada sobre las disposiciones de las Partidas y de la Recopilacion.

En las Partidas se encuentra conformidad con el derecho de decretales: recomiéndase espresamente la necesidad de la residencia como comun á todos los clérigos que disfrutan dignidades, canongías, curatos ó cualquier otro beneficio, prohibiéndose el tránsito de una diócesis á otra sin licencia del obispo (1): exígese el uso de las cartas comendaticias (2); prescríbese que para ausentarse el clérigo del lugar de su beneficio necesita licencia del obispo, y que no obteniendo esta ó dejando pasar el término por que se concedió, ó no mediándo un tiempo prudente desde que fuese amonestado á volver, puede ser privado del beneficio (3); admítese la costumbre de retenerlo por ausencia de duracion discrecional á arbitrio del beneficiado, si bien, caso de ser citado y no venir, se invertirán sus rentas en asignacion de vicario y utilidad de la Iglesia (4); consígnase la triple monicion canónica cuando no se puede hallar al ausente, y que se dejen pasar despues seis meses para la privacion del beneficio (5): y últimamente se hace enumeracion de varios casos en que es legítima la ausencia, tales como la peregrinacion, los estudios, el servicio del obispo y el de la Iglesia (6).

En la Novísima Recopilacion se hallan disposiciones de otra especie, dirigidas á cortar los muchos abusos que habian introducido en la residencia el descuido y la ambicion de algunos clérigos: diéronlas nuestros reyes con el carácter de protectores de los cánones, y algunas de ellas ademas con el de supremos patronos de los beneficios eclesiásticos. Daremos una idea de lo mas notable que contienen. Los estranjeros con carta de naturaleza para obtener beneficio la pierden si trascurridos ocho meses desde su provision no vienen á residir personalmente (1). Habiéndose reunido en la corte con motivo del concordato de 1753 crecido número de clérigos á pretender prebendas y beneficios eclesiásticos, y habiendo continuado posteriormente y bajo especiosos pretestos el abuso de abandonar los clérigos sus iglesias, por activar en la corte sus solicitudes, y promover sus negocios particulares, fue preciso dictar medidas especiales para descargar á la corte de tantos importunos pretendientes, mandando se restituyesen á sus iglesias y diócesis, sin que por eso fuese visto que se desatendian sus méritos y circunstancias (2). Y no se contentaron los monarcas españoles con encargar en estos casos especiales, de nombramiento de estranjeros y de ausencia á la corte, la residencia en los beneficios; sino que la hicieron general y obligatoria para todos, dando prueba del alto concepto que les merecia esta obligacion. Así es que tenemos consignado en nuestras leyes, que el decir no ser precisa la residencia en muchos oficios y títulos eclesiásticos de España es error nacido de la desidia de sus posecdores: que tienen los arzobispos, obispos y demas coladores inferiores el mas estrecho encargo de imponer á los beneficiados la precisa calidad de residir: que es intolerable la costumbre contraria é inadmisibles las escusas y pretestos de que intenten prevalerse los provistos en beneficios para faltar á tan sagrado deber. Y que á los ausentes por mas tiempo que el concedido por el derecho, se les apremie con todo ri-

(1) Leyes 33 del tit. 6 y 2 del tit 16 de la Part. 1.
(2) Ley 15. tit. 16 de la misma Part.
(3) Leyes 16 y 17 del tit. y Part. citados.
(4) Ley 16 citada.
(5) Ley 17 citada.
(6) Ley 19 del mismo tit. y Part.

(1) Ley 1. tit. 15. lib. 1 de la Nov. Recop.
(2) Leyes 5 á 8 del título y libro citados.

gor hasta privarles de los beneficios (1).

Ultimamente para que se conozca cuan mal vista es la ausencia, segun las leyes patrias, es digno de notarse que está espresamente prevenido no se consulte para obispados, prelacías y otras piezas eclesiásticas á quienes no se hallen residiendo en su beneficio ó ministerio, ó á quienes teniendo alguna concesion no la hayan evacuado y residido despues seis meses, ó un año si aquella era en la corte (2). De todo lo cual puede deducirse el principio de que por la disciplina de la Iglesia de España no hay en realidad beneficio que autorice á su poseedor á ausencia arbitraria é ilimitada, antes bien en este punto no existe mas tolerancia que la que concede la disciplina general de la Iglesia.

Posteriormente á las leyes recopiladas se han dictado varias disposiciones que han renovado el espíritu en que aquellas se hallan concebidas, y á veces han usado todavia de mas rigor en cuanto al abandono de la residencia, por haberse querido mezclar muchos clérigos en los negocios políticos durante las épocas de trastornos, abusando de su investidura y ministerio para suscitar obstáculos al gobierno del pais. Pero como quiera que las disposiciones á que hemos aludido (3) ó ya no tienen interés mediante á haber cesado las circunstancias que las motivaron ó se concretan á confirmar y restablecer la observancia de lo que previenen los cánones y leyes anteriores, no hay para qué nos detengamos en la esposicion y exámen de su contenido.

Segun digimos al principio de este párrafo no solo la disciplina general de la Iglesia, y las leyes civiles concernientes á España, han encargado la residencia á todo beneficiado en general, sino tambien el derecho establecido de mútuo acuerdo entre las potestades eclesiástica y secular. Y en efecto, el Concordato de 5 de setiembre de 1851 entre S. S. y S. M. Católica consagra uno de sus artículos al arreglo de esta materia. Hállase convenido (1) que no se conferirá ninguna dignidad, canongía ó beneficio de los que exijan personal residencia á los que por razon de cualquier otro cargo ó comision esten obligados á residir continuamente en otra parte. Recíprocamente á ningun beneficiado de la clase indicada se conferirá ninguno de aquellos cargos ó comisiones, á no ser que renuncien uno de dichos cargos ó beneficios. Consignada de este modo la regla se han espresado ciertos casos de escepcion en que es lícita la ausencia, estableciéndose en honor de la Real Capilla que pueda haber en ella hasta seis prebendados de las iglesias catedrales de la Península; pero nunca los que ocupan las primeras sillas, canónigos de oficio, los que tienen cura de almas, ni dos de una misma Iglesia. Respecto de los que por breve pontifical se hallaren en posesion de dos ó mas beneficios, cargos ó comisiones, se promete arreglar su situacion á lo prevenido anteriormente, segun las necesidades de la Iglesia y la variedad de los casos.

Tales son las disposiciones en el concordato contenidas: no es de este lugar el ocuparse de su análisis detenido: baste observar que aun cuando se dán por admitidos en España beneficios no residenciales, sin embargo, pocos podrán tener este concepto segun los cánones de la Iglesia y la disciplina de nuestra nacion, como ya queda indicado. Conviene ademas tener presente que la disciplina general y las leyes civiles subsistentes antes del convenio han quedado en pie en todo lo que no derogue las bases en él sentadas; y asi todavia habrá otras ausencias legítimas de los beneficiados á mas de la reconocida por el concordato.

A poco de haberse publicado este se dió un real decreto (en 14 de noviembre de 1851) en el que señalándose un término para llevar á efecto lo prescrito por el artículo de que hemos hablado, se esceptúa de la obligacion de restituirse á sus

(1) Ley 3 del mismo título y libro.
(2) Ley 4, tit. 15, lib. 1 de la Nov. Recop.
(3) Decretos de 25 de setiembre de 1836, 21 de febrero de 1837, 18 de diciembre de 1839 y 5 de setiembre de 1841.

(1) Art. 19.

iglesias á los auditores de la Rota romana; al auditor, asesor y abreviador de la Nunciatura; á los jueces, auditores y fiscal de la Rota española; al comisario general de los santos lugares de Jerusalen, y á los sumilleres de cortina, capellanes de honor y demas eclesiásticos que sirven en la real capilla plazas de número con sueldo. Todos estos, aunque no mencionados en el concordato, se hallan sin embargo esceptuados de residir en sus beneficios é iglesias, y su ausencia, como legítima, no puede serles perjudicial.

La ausencia de los *prebendados de las iglesias metropolitanas, catedrales y colegiales*, debe examinarse con separacion bajo los dos principales conceptos que en sí encierra. Como una especie particular de beneficiados, y como sirviendo determinado oficio eclesiástico en una iglesia, deben residir en el lugar donde esta se halla erigida. Como miembros del cabildo, de una corporacion, tienen el derecho de tomar parte en las elecciones y actos capitulares que les corresponden. Hablaremos por lo tanto, primero de la ausencia de los canónigos como escepcion ó contravencion á la regla de que deben residir en la iglesia, y segundo de su ausencia del cabildo reunido cuando se trata de las elecciones.

La ausencia, aun bajo el primero de estos dos aspectos, puede considerarse de dos modos diferentes, á saber: ó meramente del coro, quedando el canónigo en la poblacion, ó de esta. Al que hallándose en la poblacion deja de asistir á los oficios divinos, imponen los cánones la pérdida de las distribuciones, pena que se desprende de la naturaleza de estas, como que fueron instituidas á fin de que tuvieran los canónigos un estímulo siquiera puramente temporal para acudir al culto que se debe desempeñar en el coro. Los que á este falten no perciben las distribuciones; y estas acrecen á los presentes, segun la regla del derecho admitida generalmente por todos los canonistas. Y tanto se ha querido confirmar el principio ya espuesto de la pérdida de las distribuciones por los ausentes, que se ha declarado de ningun valor cualquier estatuto que para lo contrario se hiciera, cualquier costumbre que se introdujera; el canónigo que en virtud de estos títulos reprobados llegara á percibir las distribuciones no adquiriria su dominio y quedaria obligado á la restitucion (1).

Dicho esto, ocupémonos de los prebendados ausentes del punto donde se halla la iglesia. Desde que se crearon los cabildos siempre se recomendó y encargó á sus individuos el deber de residencia. El Concilio de Trento al renovarle no quiso hacerle de tal modo rigoroso que la misma dificultad de cumplirle le desvirtuase dejándole escrito en los cánones y desatendido en la práctica: al efecto marcó un cierto término en el que la ausencia fuese lícita y tolerada por derecho. Hé aquí sus disposiciones. Los que obtengan dignidades, canongías, prebendas ó porciones en iglesia catedral ó colegiata no podrán, ni por estatuto ó costumbre, estar ausentes de sus iglesias mas de tres meses al año, si bien quedan subsistentes los estatutos restrictivos de este término. El que quebrante la regla, en el primer año será privado de la mitad de los frutos de la prebenda; si de nuevo incurriese en negligencia perderá la totalidad de frutos del año; y una contumacia mayor le hace acreedor al procedimiento canónico. Tal es la doctrina y penalidad que consigna el Concilio Tridentino (2), sobre cuya esplicacion no serán ociosas algunas palabras.

En primer lugar el término señalado es un máximum, y un máximum inalterable, que no puede recibir ensanche por ningun protesto, ni siquiera por estatuto ó costumbre legítimos. Es decir, que cualquier estatuto ó costumbre que en este sentido se observaran antes del Concilio han quedado sin valor y eficacia, una vez admitidos y publicados sus cánones, como lo han sido en España. De esta reflexion sencilla parecia desprenderse que la cláusula de la fundacion de

(1) Cap. único del tit. 3, lib. 3 del 6 de Decret., y ses. 24, cap. 12 de reform. del Conc. Trident.
(2) Ses. 24, cap. 12 de reform.

las iglesias de Granada, Málaga, Antequera y otras, en virtud de la que exigiéndose como de precisa residencia solo ocho meses del año, se toleraban cuatro de ausencia ó de *recles*, como se han solido llamar en España, quedó implícitamente variada y restringida desde el momento en que fue admitido el Concilio de Trento. A pesar de esto la cámara á principios del siglo pasado dió un decreto en el que se consigna abiertamente que la residencia de los canónigos de las iglesias á que antes se ha aludido y de las de Almería, Baza, Guadix y Canarias, no llega en rigor sino á ocho meses, decreto que se halla inserto en la Novísima Recopilacion (1). De notar es que las iglesias que quedan mencionadas corresponden al patronato real llamado absoluto, respecto del cual son mas estensos los derechos de nuestros reyes. Todavia es preciso insistir en la concesion que hace el Concilio Tridentino de los tres meses al año, para desvanecer la falsa idea que algunos han formado de ella en gracia de la libertad de los prebendados. Esos tres meses no son un descanso que el Concilio concede, no un derecho que otorga para ausentarse, no una vacacion que establece, sino por el contrario, son únicamente el permiso, la tolerancia, la mera exencion de pena Y tal es la inteligencia que demuestran las mismas palabras del testo del Concilio, el cual en vez de estar concebido en un sentido afirmativo, lo está en el negativo y con restricciones: en lugar de conceder tres meses de ausencia, prohibe que esta esceda de tres, cuando mas, y añade la limitacion altamente significativa de que seran válidas las constituciones de las iglesias que restrinjan ese máximum, cuando acababa de anular aquellas por la que se admitia otro mas ámplio. A vista de todo esto no puede menos de conocerse que el Concilio no ha dado una facultad á los prebendados, sino que les ha disimulado una ausencia. Respecto á la penalidad que establece para los que escedieren del término permitido, tiene, como se ha espuesto, tres grados, segun se aumenta la negligencia, segun se prolonga la ausencia indebidamente. Los dos primeros consisten en privacion de frutos, el tercero dá lugar á que se proceda segun los cánones contra el ausente, es decir, completando la idea que aquí solo indicó el Concilio, á que se llegue hasta la privacion de la misma prebenda, segun ya se dijo anteriormente. Escusado parece decir que antes de que el obispo imponga al prebendado cualquiera de esas penas, será preciso que cumpla las formalidades prévias, particularmente la de la citacion segun pueda hacerse, formalidades que el derecho prescribe como indispensables.

Dos dudas pueden ocurrir respecto á la ausencia de los prebendados dentro de los tres meses que espresa el Concilio: ¿se necesitará causa y licencia? El prebendado ausente ¿ganará las distribuciones cotidianas? En cuanto al primer punto le creemos de no difícil resolucion: el Concilio de Trento no requiere causa, no prescribe licencia para ausentarse, luego ni la una ni la otra son necesarias en el derecho: sin embargo, en cuanto á la primera tengan presente los prebendados aquella advertencia que respecto á la conciencia de los que se ausentan hacen en otra ocasion análoga los padres tridentinos «*religiosam et timoratam fore, cum Deo corda pateant,*» y en cuanto á la segunda, natural parece que cuando se marchen ó vuelvan tomen la bendicion del prelado, y que den cuenta al dean. A pesar de todo, dicen algunos canonistas que en casos escepcionales será necesaria la licencia del obispo, y que este podrá negarla si, por ejemplo, hay ya muchos prebendados ausentes, ó si hacen falta para dar mayor solemnidad á ciertas funciones del culto: fundan esta opinion, que no nos desagrada, en un testo de las Decretales (1), é invocan el principio de que no se sobreentiende concesion cuando esta pueda redundar en detrimento del culto divino. Por lo que hace á la segunda cuestion, si el canónigo

(1) Nota 7 del tit. 15 del lib. 1.

(1) Cap. 16, tit. 4, lib. 3.

ausente dentro de los tres meses gana ó no las distribuciones, se presentan razones de peso en pró de una ú otra resolucion. Por una parte la índole de las distribuciones cotidianas, es la de estar introducidas y reservadas solo á favor de los que asisten á los oficios, de los presentes en el coro; de tal suerte, que aunque estén dentro de la ciudad dejan de hacerlas suyas: el 6.° de Decretales contiene una disposicion terminante y renovada por el Tridentino (1), y ademas la equidad dicta que se haga sentir por el derecho la diferencia entre el que permanece asistente á los oficios divinos á pesar de que se le toleraria la ausencia de tres meses, y el que falta en este tiempo y quizás por leve motivo. Segun esto, parece conforme á justicia y á los cánones que en la ausencia contenida dentro del plazo canónico, el prebendado, si bien conserve los frutos, habrá de dejar de percibir las distribuciones. Pero por otra parte el citado trimestre se ha concedido con el objeto de que no sientan pena los que en él se ausentan, y una ausencia legítima no debe ser gravosa y desfavorecida por el derecho, á lo cual se agrega que si el prebendado que se ausenta ilegitimamente, esto es, por mas de los tres meses, sin tener causa suficiente no sufre la privacion de la mitad de los frutos hasta un año, ha de ganar las distribuciones el ausente legítimamente, porque de lo contrario igualados en su privacion el ausente de once meses y el de menos de tres ¿de qué serviria que el Concilio de Trento hubiese tolerado este último plazo? Estas razones, en verdad no desatendibles, aducen los que conceden las distribuciones. Y puestas en parangon con las en que se funda la opinion contraria, se hace difícil resolver el punto dudoso. Sin embargo nos parecen mas convincentes las de los que no admiten la percepcion de distribuciones, y por lo tanto adoptamos su parecer creyendo no desviarnos del espíritu de los cánones, que no ha podido ser otro que el de estimular la completa residencia.

Pero no solo es lícita la ausencia en el caso que hasta aquí hemos examinado: fácilmente se comprende que hay ciertos motivos poderosos que obliguen á los prebendados á permanecer en otra parte que en su iglesia, motivos que en tanto en cuanto sean reconocidos por el derecho, justificarán la ausencia, y en lo general sin asignacion de tiempo determinado. Diremos algo de esas justas causas de la ausencia de los prebendados, que no ha derogado, aunque guarde silencio acerca de ellas, el Concilio de Trento en el capítulo que hemos examinado ya. La principal y mas importante es sin duda la de mediar la utilidad, la evidente utilidad de la Iglesia; el prebendado que se ocupa en su servicio, aunque no se halle en la catedral, aunque no asista al coro, debe ser considerado con el mismo favor que los que asisten: ausente, es reputado como presente. Así es que percibe las distribuciones cotidianas, punto que si bien parece algo dudoso en las palabras de una de nuestras leyes de Partida (1), se halla terminantemente decidido en el Derecho canónico (2). Pero para evitar que un motivo tan noble y recomendable como el de la evidente utilidad de la Iglesia, sea invocado como un pretesto de ausencias en realidad injustas, creemos sin vacilar que el prebendado no puede dejar su residencia, porque á él le parezca gratuitamente que va á servir á su Iglesia, sino que ésta ha de ser estimada verdadera y suficiente por el ordinario, siendo necesaria su licencia. Nuestras leyes han consignado tambien ciertos requisitos como indispensables para que á título de diputacion por sus iglesias, no vengan á la corte los prebendados con fines muy distintos de servirlas, y tienen prohibido que ni por aquella ni por otra razon se ausenten los canónigos ó prebendados de oficio ó que tengan á su cargo cura de almas, gobierno ó jurisdiccion eclesiástica (3).

(1) Cap. 1, tit. 5, lib. 3 del 6.° y Conc. Trid., ses. 24, cap. 12 de reform.

(1) La 19 del tit. 16 de la Part. 1.
(2) Cap. unic. tit. 3, lib. 3 del 6.
(3) Véanse las leyes y notas 7 y 8 del tít. 15, lib. 1 de la Nov. Recop.

El servicio del Papa, considerado como jefe de la Iglesia, no en los otros conceptos que puede tener, es tambien una causa justa y bastante para legitimar la ausencia de los prebendados. Hállase reconocido en el Derecho, que estos sigan percibiendo los frutos de su prebenda, á pesar de que no asistan á la catedral, habiéndose con esto tratado de evitar que no sea dañosa una ausencia lícita, y sobre todo que quedasen los prebendados que sirven al Papa en condicion inferior á los que lo hacen al obispo, los cuales perciben los frutos durante su servicio (1).

Segun acabamos de indicar, cuéntase asi mismo entre las justas causas de ausencia el servicio del obispo; pero con una limitacion que no debe pasar desapercibida, y es, que solo le es permitido emplear dos canónigos con aquel objeto (2). Indudable es que estos dos canónigos perciben los frutos de sus prebendas durante la ausencia. Pero ¿y las distribuciones cotidianas? Muchas razones pueden alegarse en favor de la afirmativa: en primer lugar el servicio del obispo apenas se distingue del servicio de la iglesia episcopal, á no entender aquel de un modo que le redujera á motivos de interés privado, que el derecho no debe considerar con preferencia, y sabido es que los ausentes por utilidad de la Iglesia ganan las distribuciones; por otra parte, los canónigos ausentes por servicio del obispo se conceptúan presentes (3), y como tales no deben ser privados de lo que á los demas presentes se concede. Conocemos la fuerza de estos raciocinios; sin embargo, no podemos ceder á ellos cuando terminantemente los testos del Derecho los escluyen de semejantes utilidades, ya hablando únicamente de la percepcion de frutos á pesar de establecerse al mismo tiempo la ficcion de la presencia (4), ya mencionando la privacion de las distribuciones con toda claridad (5); sabemos que los cánones lo mismo que las leyes admiten interpretacion, y que su espíritu no debe contrariarse por atenerse á la letra; pero sabemos tambien que interpretar un cánon nunca puede ser destruirle y mudar lo que establece sin ambigüedad ni duda de ningun género, sustituyéndole otra disposicion contraria, por mas que esta sea mas fundada y sostenible en razon y equidad. Fieles por lo tanto al derecho constituido sostenemos como cierto que los canónigos que el obispo tenga en su servicio, percibirán los frutos de sus prebendas, pero no las distribuciones; inteligencia no solo cierta por el Derecho de Decretales, sino consignada ademas en el de Partidas (1).

El estudio de la teología ó de los cánones escusa, como los motivos ya indicados, de la residencia á los prebendados, y les dá derecho á la percepcion de los frutos, siempre que no se cometa fraude ó se escoja la razon de estudiar como pretesto (2). Al efecto, los prebendados que vayan á estudiar pedirán la licencia oportuna al obispo, el cual, atendiendo á las circunstancias de los peticionarios, y á la mayor ó menor necesidad de su presencia, deberá concedérsela siempre que sea posible, pues semejante causa redunda en beneficio positivo de la Iglesia, dándola clérigos ilustrados y aptos para el desempeño de sus funciones.

Ultimamente hay otras varias causas que autorizan la ausencia de los prebendados, ya nacidas de la misma obligacion de los cargos que desempeñan, ya de enfermedad ó inhabilidad corporal, ya de otras razones atendibles que, aunque no consignadas espresamente en el Derecho, se pueden deducir de su espíritu. Pero para que estas causas, salvo las nacidas del desempeño del mismo cargo, produzcan una ausencia legítima, es preciso que sean examinadas y aprobadas por el ordinario, quien ya aplicando el derecho, ya supliéndole con su prudente arbitrio, concederá la oportuna licencia. Y es de advertir que, tanto los que

(1) Cap. 14 del tit. 4, lib. 3 de las Decret.
(2) Caps. 7 y 15 del tit. 4 del lib. 3 de las Decret.
(3) Citado cap. 15.
(4) El mismo cap. 15.
(5) El Cap. 7 antes citado.

(1) Ley 19 del tit. 16 de la Part. 1.
(2) Cap. 12 del tit. 4, lib. 3 y 3 del tit. 5, lib. 5 de las Decret.; y Conc. Trid. ses. 5, cap. 1 de reform.

se ausentan en cumplimiento de un deber eclesiástico, como los que tienen una imposibilidad física, se hallan enfermos, ó son ancianos y decrépitos (1), no solo conservan los frutos, sino que ganan las distribuciones.

Los prebendados de las iglesias de Indias no pueden ausentarse ni salir á visitas ú otros negocios sin causa muy urgente; los ausentes sin licencia ó que escedan la que se les concedió, pierden sus prebendas ó beneficios. No se les debe conceder licencia para venir á la Península, y los que sin ella vinierén sufren igual pena. Si fuera necesario que algun prebendado pasase á la Península á seguir negocios graves de su Iglesia, se pedirá Real licencia. Asimismo cuando hubiese verdadera necesidad de que algunos prebendados se ocupen en la instruccion de los indios, en visitarlos ó decirlos misa, podrán los prelados y cabildos darles licencia, y aquellos percibir frutos y emolumentos como si residieran. Cuando haya causa necesaria para ausentarse, podrá el prelado dar licencia á los prebendados y beneficiados, pero con parecer del cabildo. Si no hubiese conformidad, el virey, presidente ó gobernador del distrito se juntará con el prelado y cabildo para determinar la diferencia (2).

Pasamos ahora á considerar la ausencia de los canónigos en cuanto á las elecciones que les corresponden reunidos en cabildo. No es en verdad tan interesante y tan frecuente esta materia como en aquellas épocas en que los cabildos tenian el derecho de elegir los prelados de sus iglesias; sin embargo, aun hoy dia pueden tener aplicacion las reglas acerca de ausencia de electores, puesto que los cabildos, si bien perdieron aquel considerable derecho, aun tienen el de hacer otros nombramientos sobre cuya legalidad pueden suscitarse cuestiones que exijan la aplicacion de los principios contenidos en el cuerpo del derecho canónico. Es fundamental entre estos que cuando haya de verificarse eleccion, se tenga especial cuidado en convocar á cuantos tengan voto, ya sean presentes, ya ausentes. El llamamiento de estos últimos con la limitacion que despues espresaremos es de toda necesidad, y no solo se desprende su importancia de la mera idea de lo que es la eleccion, sino que está prescrito é inculcado en el Derecho. Habrá pues de citarse personalmente á los ausentes cuya morada se conoce, y respecto á aquellos cuyo paradero se ignore, no cabe otro medio que el de publicar edictos en que conste el lugar, dia y hora en que deba verificarse la eleccion. Si convocados en la forma que acabamos de decir, los electores no pudieran ó no quisieran concurrir, la eleccion bajo este aspecto está á cubierto de toda impugnacion; su validéz no debe ser afectada por causas que son imputables, ó por lo menos esclusivamente peculiares al elector; pero los que no fueron oportunamente citados, tienen el derecho de tachar de nula la eleccion, y con efecto se anulará acreditada que sea la no convocacion. Hasta tal punto es esto importante, que se halla declarado por el Derecho, que daña en esta parte mas la no convocacion de un ausente que la contradiccion de muchos presentes: *plus in talibus consueverit contemptus unius obesse, quam multorum contradictio in præsenti;* todo lo cual, si bien confirma cuán precisa sea la convocacion, dá asimismo á entender que la falta de esta formalidad respecto á los electores ausentes no anula por sí sola la eleccion; es preciso para esto que se reclame: de lo contrario, el acto adquirirá completa subsistencia por el silencio y mucho mas por el consentimiento posterior de los no convocados, si es que no se cometió otra infraccion. En una palabra, la eleccion en estos casos no es nula, sino capaz de anularse, ó como se espresa Fagnani con algo de sutileza: «*Absentium vocatio non est de substantiâ electionis, sed tantum de justiciâ.*» Solo un caso puede presentarse en el cual el ausente no convocado no tenga facultad de oponerse á la eleccion hecha sin su conocimiento, y esta surte desde luego todos sus efectos, á

(1) Cap. únic. tit. 3, lib. 3 del 6.
(2) Leyes 1 y 2, tit. 11, lib. 1 de la Recop.

saber, el de la costumbre de la Iglesia particular de que se trate: semejante costumbre parece que no es muy conforme con los buenos principios en la materia, y pudiera prestarse á fundadas objeciones; pero es lo cierto que hace ley toda costumbre legítimamente introducida, y que la de que hablamos se halla prevista como válida en el derecho. La doctrina hasta aquí espuesta se halla consignada en las Decretales de Gregorio IX (1) y en el Sexto Decretales (2).

Digimos antes que era una regla capital la convocacion de los ausentes, pero con cierta limitacion. En efecto, desde luego se conoce que no es posible que prescriba el derecho que todo prebendado ausente, por distante que esté el punto donde se halle, debe ser convocado: si tal necesidad existiera, si se observara tan estremado rigor se prolongaría demasiado el acto de la eleccion, dilatacion que debe siempre reducirse todo lo dable, y lo que es mas, llegaría á hacerse imposible, puesto que hay elecciones que como la del obispo, tienen un término fijo, dentro del que han de concluirse, el cual sería insuficiente, pequeño y hasta ilusorio si hubiera de aguardarse á todo ausente. Por esto el mismo derecho canónico no exige que sean llamados sino los que cómodamente puedan llamarse *si commodè fieri valeat* (3), y autoriza la omision de aquellos que estuvieren en parte muy lejana (4). Pero á pesar de estas indicaciones todavia puede preguntarse, ¿quiénes son los ausentes que han de ser convocados, y cuáles aquellos cuya convocacion puede ser omitida? ¿Hay alguna regla á qué atenerse en este punto? Parece que la hay en efecto, puesto que de un capítulo de las Decretales se deduce claramente que basta la convocacion de los ausentes que se hallen en la provincia (5). Respecto á la significacion de la palabra *provincia*, no admite duda á nuestro juicio que se refiere á todo el territorio de un arzobispado, a toda arquidiócesis cuando se trata de lo eclesiástico. Esta regla que consignan las Decretales en nada se opone á la costumbre que puedan tener algunas iglesias particulares respecto á convocacion de ausentes, y solo en defecto de esta es cuando aquella habrá de observarse. Esta es la mayor estension que puede darse á la palabra ausente en materia de elecciones; cual es su mas estrecha significacion facilmente se comprende: el que aunque presente en la ciudad, en la proximidad del edificio de la iglesia, dentro del mismo no se halla en el sitio de la eleccion, en la sala capitular, ya se cuenta como ausente; por esto los canonistas se valen de la frase «*modo separent parietes*» para denotar los ausentes en materia de eleccion. Y en este punto debe tenerse presente una especialidad del derecho respecto á la ausencia del obispo, dimanada de la alta categoría que disfruta y de su concepto de presidente del cabildo, y consiste en que cuando no asista á la eleccion, en cuyo caso presidirá el dean, debe pasar una comision del cabildo á recibir sus votos (1).

Como puede suceder que haya prebendados ausentes que á pesar de ser convocados no puedan concurrir á la eleccion por justos impedimentos, el derecho no ha querido privarles de la participacion en acto tan importante, ni pronunciar una esclusion bajo ningun concepto merecida. Ha admitido por lo tanto el uso de procuradores; pero tomando precauciones y prescribiendo reglas, asi sobre los casos y la forma en que se hayan de nombrar, como sobre la manera en que ellos han de desempeñar su mandato. Preciso es para que pueda el ausente delegar sus veces que se halle en lugar en donde deba ser convocado, esto es, que tenga derecho reconocido de concurrir á la eleccion, y al mismo tiempo que se encuentre detenido por un impedimento legítimo, sobre lo que en caso necesario tendrá que prestar juramento (2). Al

(1) Caps. 28, 35 y 36 del tit 6, lib. 1.
(2) Cap. 33 del tit. 4, lib. 3.
(3) Cap. 35, tit. 4, lib. 3 y el 6.
(4) Cap. 18, tit. 6, lib. 1 de las Decret.
(5) Cap. 35 del tit. 6, lib. 1.

(1) Art. 14 del Concordato de 5 de setiembre de 1851.
(2) Cap. 1. del 43, tit. 6, lib. 1 de las Decret.

efecto puede nombrar no solo una, sino varias personas que le representen, pero con tal que á cada uno dé facultad de elegir *in solidum* (1). Pero está absolutamente prohibido al ausente que envie su voto por cartas, porque de otro modo se desvirtuaría la naturaleza de la eleccion, en la que cada elector debe ir dando su voto secretamente (2), y asi el ausente si no quiere perder su derecho de elegir ha de aceptar como único medio legítimo el de nombrar procurador: aun mas, si por ventura no le fuera posible encontrarle, todavia no le seria permitido adoptar otra forma alguna, pues que el derecho no la tiene reconocida.

En cuanto á la capacidad del procurador, este ha de ser un individuo del cabildo, limitacion que tiene su fundamento en el principio de que á los canónigos y solo á ellos está reservada la eleccion; á pesar de lo cual se ha establecido en favor del ausente que este pueda ser representado por un estraño, pero con aprobacion del cabildo (3). Hállase tambien establecido que el procurador que acepta un mandato general no pueda elegir un candidato por sí y otro por su poderdante, lo cual podrá hacer en el caso de que se le encargue por este que elija persona determinada (4). En el caso de que fueran varios los procuradores, pero el ausente á ninguno hubiera conferido facultad *in solidum* como hemos dicho, no serán admitidos, perjuicio de que no tendrá motivo de quejarse el que infringió lo mandado en el Derecho (5). Mas si no cometió esta infraccion, para evitar los conflictos que pudieran suscitarse del nombramiento diferente que hiciera cada cual de los varios procuradores representantes de un solo elector, se observarán las siguientes reglas. Si alguno se anticipó á presentar su mandato, él será preferido: si concurren al mismo tiempo dos y ambos quieren ser admitidos, lo será el que escoja el cabildo ó la mayor parte de él; y en el caso de que no puedan ponerse de acuerdo los capitulares, se preferirá al que aparezca designado en primer lugar en el documento ó cartas del mandato (1). No es peculiar de este artículo estenderse mas en la doctrina de procuradores, de la cual solo hemos indicado los fundamentos principales, por exigirlo asi su íntimo enlace con la ausencia del elector.

Pasemos ahora á tratar de los párrocos cuyas funciones son tan graves é importantes. Si los canónigos tienen el cargo de auxiliares de los obispos, si los obispos son los pastores superiores, los párrocos, aunque colocados en mas humilde gerarquía, son los pastores inmediatos del pueblo cristiano, los pastores de los rebaños pequeños y por lo mismo necesitan gran celo, gran vigilancia y asiduidad para llenar su difícil ministerio, de modo que no sobrevenga daño á las almas puestas bajo su direccion. Inmensos serían los perjuicios que su negligencia causaría, y muy trascendentales las malas consecuencias de una delegacion imprudente en sustitutos mas cuidadosos de su provecho que del buen régimen de los feligreses. De aquí la necesidad de su residencia personal, residencia que bien considerada, aparte de si dimana ó no del derecho Divino, no dejará nunca de ser un deber esencial y rigoroso.

Pero por mas que desde la misma institucion de las parroquias la Iglesia haya legislado constantemente en este espíritu, por mas que los Cánones y las Decretales de la edad media contengan disposiciones con igual fin, todavia habia abusos perniciosos que atajar cuando se reunió el Concilio de Trento para asegurar la fé y reformar la disciplina. Esta asamblea despues de establecer sus prescripciones acerca de la residencia de los prelados, y de haber señalado penas á su ausencia ilegítima, pasa inmediatamente á ocuparse de los párrocos, y en general de cuantos tuvieran beneficios con cura de almas. Y queriendo mostrar

(1) Cap. 46, tit. 6, lib. 1 del 6.
(2) Cap. 3 del citado.
(3) Párr. 1 del cap. 42, tit. 6, lib. 1. de las Decretales y parr. 3 del 46 id., id. del 6.
(4) Párr. 2 del citado cap 46.
(5) Párr. 1 del mismo capit.

(1) Cap. 46 ya citado.

cuanto valor daba al desempeño personal del cargo parroquial, antes de espresar disposiciones especiales, declara que la ausencia ilegítima de aquellos beneficiados les hace incurrir en la misma penalidad ya en el foro interno, ya en el esterno, que alcanza á los obispos y prelados superiores (1). A esta declaracion general siguen otras particularmente dirigidas á fijar la disciplina en punto á la ausencia de los párrocos, de las que no podemos prescindir de ocuparnos con la detencion que merece punto tan interesante.

Siempre que acontezca tener que ausentarse los párrocos, se requiere la existencia de una causa conocida y aprobada préviamente por el obispo: tal es el principio fundamental, la regla ordinaria en la materia que vamos á desenvolver. Su inteligencia no ofrece duda alguna si se examina bien, pero encierra en sí muchas é importantes deducciones. En primer lugar el derecho eclesiástico no reconoce ninguna ausencia sin la sancion meditada y prévia del superior; el párroco no puede separarse por poco ni mucho tiempo de sus feligreses, ni por motivo de mas ó menos valor, sin aguardar la autorizacion del Ordinario. Este tiene facultad de darla, pero no una facultad omnímoda é ilimitada; puede dispensar, pero no del todo á su arbitrio; si asi no fuera, en vano se exigiria que mediara causa, en vano que esta causa fuera conocida y examinada, cosas que significan que hay algun límite al arbitrio episcopal, y que este arbitrio ha de sujetarse á la prudencia y á la ilustracion. Y sobre todo siempre el obispo esta interesado en obrar con parsimonia por no gravar su conciencia con autorizaciones que pudieran venir á ser nocivas á los mismos súbditos de su diócesis.

Una vez que el párraco haya de ausentarse en los términos sobredichos, menester es que deje en su Iglesia una persona capaz de hacer su falta lo menos sensible que ser pueda. El constante afan de la Iglesia cuando se ha visto precisada á autorizar la ausencia do los beneficiados que tienen cura de almas, ha sido que en manera alguna se desatienda esta elevada mision del sacerdocio; y tal es tambien el encargo que hacen los padres del Tridentino (1). De aquí se deduce que si se admite en reemplazo del párroco un vicario, no es porque se crea que el servicio de este es en manera alguna tan útil y fecundo como el de aquel; no porque se conceptúe indiferente el desempeño del cargo pastoral por sí ó por medio de otra persona; todo al contrario, la Iglesia tiene desechado y desaprobado este principio, sino porque cuando razones justas y poderosas obligan á tolerar la ausencia del que tiene el beneficio curado, no hay otro medio á qué acudir. Solo, pues, en casos de necesidad se tolera semejante sustitucion de los párrocos, *si legitime impediti fuerint*, para usar las palabras del mismo Concilio (2). Por lo demas el vicario ha de ser idóneo, y no queda su nombramiento al juicio esclusivo del párroco; requiérese ademas la aprobacion del obispo, como garantía del mejor acierto. En fin, el servicio que el nombrado preste merece ser remunerado; y habrá de hacerse al efecto la debida asignacion de merced.

Veamos ahora en qué términos se ha de conceder la licencia al párraco para que pueda lícitamente ausentarse. El Concilio fija como requisitos: *in scriptis, gratisque*; y ambos revelan su prevision y prudencia; el primero, porque no de otro modo se ocurre á las inteligencias torcidas é interesadas que pudieran darse á otra especie de licencia y se aleja la incertidumbre; el segundo, porque no se trata de conceder una gracia al párroco, sino de reconocer un motivo fundado que le llama fuera de su parroquia, y porque la exaccion de derechos pudiera ocasionar que el concedente se inclinara á cierta amplitud en una materia de por sí rigorosa, caso que no debe presumirse, pero que puede realizarse. Ahora

(1) Ses. 23, cap 1° de reform.

(1) Ses. 6, cap. 2 de reform.
(2) Ses. 5, cap. 2 de reform.

bien, conocidos estos requisitos de la licencia, ocioso es no ya debatir, sino ni aun proponer la cuestion de si mediando justa causa será suficiente licencia oral; á nuestro entender es de todo punto inútil ponderar la justicia del motivo de la ausencia, y rebajar el valor de la escritura diciendo que semejante solemnidad es solo para el fuero esterno: porque como canonistas, no como teólogos, como espositores, no como innovadores del Concilio de Trento, es imposible abrir la puerta á aquella benigna opinion. Igualmente no admitimos la duda de si al párroco á quien asiste causa verdaderamente justa le bastará pedir, y no necesitará aguardar la obtencion de la licencia. ¿De qué serviria entonces esta? ¿Puede omitirse un requisito que tiene el carácter de esencial? ¿Habria en ese caso conocimiento y aprobacion de la causa por el obispo? Ciertamente que no; y si el párroco sufriera una denegacion injusta, ni aun entonces podria lícitamente ausentarse; sino que solo procederia el recurso al superior, que no niega el derecho á los que son objeto de un gravámen contra equidad y contra ley.

Veamos ahora cuánto es el tiempo por el que se tolera la ausencia de los párrocos. Generalmente se espone en esta parte el testo del Concilio Tridentino en el siguiente sentido: solo es lícita la ausencia mediando causa grave y sin esceder el término de dos meses; asi, hay quien traduce las palabras del Concilio del siguiente modo: «Ni obtengan (los párrocos) la licencia de ausentarse, que se ha de conceder por escrito y de gracia, sino por grave causa, y no mas que por el tiempo de dos meses (1).» Pero esta traduccion ¿es fiel y exacta? Las palabras latinas son: «*Discedendi autem licentiam in scriptis, gratisque concedendam ultra bimestre tempus, nisi ex gravi causa, non obtineant.*» Lo cual traducido literalmente quiere decir: «Pero no obtengan licencia de ausentarse, que se ha de conceder por escrito y gratuitamente, fuera del tiempo de dos meses, á no ser por grave causa.» Esta traduccion, como se vé, difiere esencialmente de la que anteriormente dejamos copiada; por esto el sentido que se da al testo del Concilio sobre que el párroco no puede estar ausente mas que dos meses y mediante causa grave, es errado á nuestro juicio. Lo que se establece en el Concilio es, segun opinamos, lo siguiente: como regla, que la licencia no puede esceder de dos meses, sobreentendiéndose la existencia de una causa conocida y aprobada por el obispo, segun esplicamos arriba; como escepcion, que la licencia puede esceder de dos meses mediante una causa grave, sobreentendiéndose del mismo modo su conocimiento y aprobacion por el obispo. En una palabra, reasumiendo con toda la claridad que nos es posible, para dejar fijado tan importante punto, el Concilio distingue la mera causa, que nosotros llamariamos causa suficiente, de la causa grave, y al paso que no permite por la primera sino dos meses, autoriza mas tiempo por la segunda. Y esta inteligencia sobre ser la verdadera aparece al mismo tiempo mas equitativa que la que hemos combatido, porque aprecia de distinto modo los motivos de ausencia que son de distinto valor.

En este supuesto diremos algo sobre la aplicacion de la regla y de la escepcion prefijadas en el Concilio Tridentino sobre el tiempo de la ausencia. Respecto al señalamiento de los dos meses, ¿necesitará licencia el párroco para ausentarse? Segun lo que ya dijimos al hablar del conocimiento y aprobacion de causa por el obispo, segun las palabras terminantes del Concilio que hace poco citamos, es de todo punto indudable la afirmativa; y no hay para qué ocuparse de cavilosidades con que se pretendiera falsear la letra y espíritu del derecho constituido. Para cualquier ausencia, pues, que no pase de dos meses, salvo si fuera insignificante, el párroco necesita ser autorizado debidamente por el Ordinario. Lo mismo y con mayor razon es aplicable á una ausencia mas duradera: al permitirla

(1) Diccionario de derecho canónico del abate Andrés traducido por D. Isidro de la Pastora y Nieto. Tomo 4, pág. 281, col. 1.ª

el Concilio por causa grave no ha relevado al párraco de la necesidad de obtener licencia; en primer lugar porque precisamente se trata de la concesion de esta por mas de dos meses; en segundo porque no es de presumir quedara al arbitrio del interesado la calificacion de la gravedad del motivo de su ausencia. Al obispo y solo á él toca decidir sobre esto; para lo cual no pueden darse reglas, como que se ha de atender á la naturaleza de cada caso y á las circunstancias que los acompañen.

Examinemos, sin embargo, por via de ejemplos que concluyan de aclarar la materia de legitimidad de la ausencia, ciertas causas atendibles cuando se trata de otros beneficiados, y veamos hasta qué punto son aplicables á los párrocos. El Concilio, como ya se ha espuesto, no designa especialmente ninguna como bastante para dispensar de la residencia al párroco; pero este silencio no significa la esclusion de todas, sino la estimacion que de todas se reserva al prudente arbitrio episcopal. Cuando concurran fuertes razones de equidad, merecerá ser autorizada la ausencia; así si se tratára de la defensa que el párroco tuviera que hacer del derecho que en su beneficio le corresponde, mucho mas si la utilidad de la misma iglesia parroquial necesitase ser sostenida y vindicada, el obispo no solo no debería poner obstáculo á tales motivos, una vez acreditados, sino que tendria en conciencia obligacion de atender á quien los alegara.

La razon de estudios no merece ser tan favorecida relativamente á la ausencia de los párrocos, de que vamos tratando. Cierto es que el derecho comun atendia con interés á los beneficiados que estudiaban y enseñaban la Teología, consintiendo á este fin una ausencia de cinco años (1); cierto es tambien que especialmente á los que tuvieran iglesias parroquiales concedia hasta siete años para que se dedicaran á estudios, dilatando por aquel término su promocion al presbiterado, y el deber de residencia (2):

(1) Cap. 5. tit. 5. lib. 5 de las Decret.
(2) Cap. 34, tit. 6, lib. 1 del 6.

pero ni hoy dia subsisten las razones que produjeron esas disposiciones, y que las hacian dignas de elogio, ni por otra parte es compatible su fuerza de obligar atendidos los Cánones de la disciplina posterior. Los papas que ocupaban el sólio pontificio en los poco ilustrados siglos medios, merecieron bien de la Iglesia y del Estado acometiendo la empresa de hacer pastores instruidos que sobresalieran y brillaran en las tinieblas de la época; luego que estas se disiparon, que la ilustracion se buscaba sin necesidad de estímulos, que los estudios se generalizaron y difundieron, debieron quedar aquellas medidas tan solo como prueba del celo de los pontífices, como un recuerdo histórico consolador. Por otra parte el Concilio Tridentino habiendo establecido el concurso para la provision de Iglesias parroquiales y rechazado á los que no dieran pruebas indudables de capacidad y de saber, derogó implícitamente los cánones anteriores que estaban fundados en otros supuestos bien diferentes. Y aunque haya habido despues quienes, ya fundados en algunas declaraciones de la congregacion del Concilio, ya pretendiendo resucitar el vigor de los Cánones antiguos, sostuviesen que por razon de estudios se podia autorizar una ausencia considerable de los párrocos, estendiéndola unos á siete años, restringiéndola otros á cinco, nosotros creemos que su opinion no es admisible, ni debe en manera alguna prevalecer en la práctica, faltando no solo razones poderosas con que defenderla, sino términos hábiles en que fundarla. Sin embargo, á nuestro entender, todavia si un párroco aplicado y acreedor á consideracion tratára de ampliar sus estudios, opinamos benignamente que el obispo podria concederle un término para que ausentándose volviera despues con mas aptitud y dotes que aprovechar en el acertado desempeño de sus funciones. La práctica con efecto no se ha mostrado severa con esta opinion.

Otra cosa seria si se tratara de estender á los párrocos la facultad que tiene el obispo de elegir dos canónigos para su servicio

y el de la diócesis. En vano seria invocar razones de analogía, en vano buscar sutilezas para establecer paridad de casos que son bien diferentes. Los cánones hablan de canónigos y no de párrocos: y si en aquellos puede encontrar el obispo personas dotadas de las suficientes cualidades para el desempeño de ciertos cargos y comisiones, si en aquellos sobresale el concepto de ausiliares de los diocesanos ¿qué necesidad hay de emplear al efecto beneficiados con cura de almas? Lejos de esto, la hay, y grande, de no separar al párroco del lado de sus feligreses, de no entregar la cura de almas á vicarios ó sustitutos, no favorecidos por los cánones. No puede por lo tanto ser bastante motivo para la ausencia de los párrocos, el privilegio que los canónigos tienen de que no les sea perjudicial la que practiquen en servicio del obispo.

Espuestas y amplificadas las reglas que para distinguir la ausencia lícita de la ilícita establece el Concilio Tridentino, veamos qué penas establece sobre los que se hacen reos de esta última. Dispone que el párroco ausente sea citado por edicto, no habiendo necesidad de que lo sea personalmente; y si no se restituyera á la residencia de su iglesia, faculta al ordinario para proceder por medio de censuras eclesiásticas, de secuestro y privacion de frutos y demas remedios de derecho hasta la privacion del beneficio, penas cuya ejecucion no puede detenerse por privilegio, familiaridad, estatuto confirmado por juramento, ni por cualquier otro motivo aunque sea el de costumbre inmemorial ó apelacion ó inhibicion aun en la curia romana. Tal severidad desplegó el concilio contra los párrocos ausentes indebidamente. Por lo tocante á las diversas penas que fulmina, suscribimos á la interpretacion que hacen varios prácticos, reducida á que no se trató de fijarlas inalterablemente por el órden con que se encuentran espresadas; así parecen indicarlo las palabras de que el Concilio usa: «*liberum esse vult ordinariis per censuras*, etc.» Lo único que en este punto aconseja la prudencia y el espíritu mismo de los cánones, es que no se llegue á la privacion del beneficio sin consideracion y precipitadamente.

Como que está admitido en España el Concilio Tridentino, gozando de este modo, fuerza, no solo de cánon, sino de ley civil, á él habrá que atenerse respecto á las penas establecidas contra los párrocos no residentes; y con arreglo á él entenderse las leyes que en nuestros códigos se encuentran dictadas por el celo de nuestros monarcas, como la que en términos generales dieron D. Cárlos y Doña Juana, á fin de que los clérigos que teniendo beneficios curados no residan en ellos, no ganen sus frutos (1).

Por lo que dejamos esplicado acerca de la ausencia de los párrocos, fácil es venir en conocimiento de que el derecho la ha señalado límites mas estrechos que á la de los demas beneficiados. Ya se atienda al tiempo durante el cual se permite, ya á las precauciones y restricciones con respecto á ella adoptadas, ya, en fin, á lo relativo á la penalidad establecida, resulta el hecho manifiesto que dejamos indicado. Sin duda por esto las declaraciones que han emanado de la congregacion de intérpretes del Concilio de Trento, se hallan concebidas en sentido estrecho y restrictivo. En prueba de este aserto, citaremos algunas de las mas dignas de tenerse presentes. El obispo, por regla general, no puede dispensar la residencia á que están obligados los párrocos, como puede hacerlo respecto de los canónigos, á no ser que aquellos fueran en su parroquia blanco de enemistades que pusieran su vida en peligro, en cuyo caso podrá concederles un año de ausencia, debiéndole aconsejar que renuncien, si no se encuentra medio de que concluyan pronto aquellas enemistades. Tambien podrá el obispo conceder tres ó cuatro meses al párroco enfermo cuyo restablecimiento exija que salga de la parroquia, requisito esencial, pues que el enfermo de otro modo no tiene derecho de ausentarse. Por lo demas no les escusa de la residencia ni su edad

(1) Ley 2, tit. 18, lib. 1 de la Nov. Recop.

avanzada, ni la insalubridad del aire.

Para terminar esta materia añadiremos lo que las leyes de Indias tienen dispuesto acerca de los sacerdotes doctrineros de Indias, que si bien en realidad no pueden tener el concepto de párrocos ni beneficiados con cura de almas, sin embargo las funciones que les están encomendadas son análogas á las de estos y no menos importantes. Con objeto de reprimir sus ausencias arbitrarias se mandó que no se pagaran los estipendios á los clérigos doctrineros de Indias por el tiempo que dejaren de residir (1), determinacion que despues se hizo estensiva en iguales términos á los religiosos que tuvieran el mismo cargo de doctrineros (2).

SECCION V.

DE LA AUSENCIA CON RELACION AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS POLITICOS Y EN GENERAL DE LOS CIVILES.

Los derechos de que gozan las personas, ya en virtud de la ley fundamental, ya en virtud de la civil pueden ser, y de hecho son modificados, suspendidos y hasta estinguidos en ciertas ocasiones á causa de la ausencia. Es por lo tanto conveniente fijar algunas ideas acerca del modo con que esta influye en los derechos políticos, echando tambien una ojeada general sobre los civiles, puesto que estos últimos serán considerados con especialidad en las siguientes secciones. Pero como quiera que la materia de la presente merezca ser tratada con distincion en el caso de que la ausencia sea dentro ó fuera del reino, conceptos de que no se derivan iguales consecuencias, consagraremos á cada uno de ellos párrafo separado.

§. 1.° *Ausencia dentro del reino.*

La idea de ausencia dentro del reino está íntimamente ligada con otra correlativa, á saber, la del domicilio. Todo individuo elige un lugar en que fija su residencia, en que se establece con su familia, en que adquiere propiedades, en que se dedica á sus ocupaciones científicas ó industriales; y en este sentido todo individuo tiene un domicilio, es vecino de un pueblo, cuya cualidad le faculta para derechos, y le impone obligaciones, de que no participa quien no ha arraigado su habitacion de igual modo. Ahora bien: considerada bajo este aspecto la ausencia, como alejamiento de la vecindad á otro lugar que está dentro de la nacion, ¿cómo y hasta qué punto afecta al individuo? Tal es la cuestion á que puede reducirse la materia de este párrafo.

Y esta cuestion no se puede resolver con acierto si se prescinde de ciertos datos que le son esenciales, y preliminares indispensables. Si el que se ausenta del lugar de su residencia se propone viajar ó atender á un negocio determinado que le llama á otra parte, si tiene ánimo de regresar al punto de su vecindad, y no ha borrado las señales que la caracterizan, entonces á semejante individuo puede llamarse con toda propiedad ausente de su domicilio, porque no le ha abandonado, y en otro punto cualquiera por donde pasa ó donde ha permanecido no tiene otro carácter que el de transeunte, de forastero. Pero supongamos ahora que el vecino que se ha apartado de su domicilio ha declarado que lo abandonaba, y conforme á esto ha trasladado su habitacion y hecho ánimo de permanecer en otro punto; ó, aun cuando no haya mediado esta declaracion espresa, se observan actos, se descubren circunstancias que no dejan duda de que á un domicilio se ha sustituido otro nuevo. En este caso solo en un sentido lato podria considerársele como ausente; estinguido su antiguo domicilio, este ya nada significa, no tiene para él mas valor, mas importancia que otro punto cualquiera; no puede por lo tanto decírsele ausente en el sentido estricto de la palabra. Verdad es que todavia en razon al domicilio abandonado puede tener derechos y obligaciones; como sucederia si en él tuviera casa abierta, labor y propiedades, en cuya

(1) Ley 16, tit. 7, lib. 1 de la Recop.
(2) Ley 16, tit. 15 del libro citado.

virtud se le exigieran impuestos vecinales, y pudiera disfrutar de los aprovechamientos comunes. Pero en igual situacion se hallaria respecto á otro cualquier lugar que no fuera el de su antiguo domicilio, porque no de este, sino del mero hecho de tener casa abierta y propiedades derivan aquellos derechos y obligaciones. Y hemos insistido en estas ideas, sencillas de por sí, á fin de que no se confundan dos cosas distintas por su naturaleza, la mera ausencia y la mutacion de domicilio. Esta, aunque ha tenido su principio en la ausencia, está acompañada de circunstancias y produce resultados que no se encuentran en aquella, motivo por el cual no nos detenemos en su exámen.

Pasamos á considerar la verdadera ausencia del domicilio. Esta causa modificaciones en los derechos civiles: el padre que se ha ausentado de su familia, el contratante que ha partido de su residencia dejando un compromiso pendiente, el heredero que no se halla en el punto donde han de entablarse reclamaciones contra él; todas estas personas y otras muchas que pudieran citarse, por el hecho de estar ausentes, aunque dentro del reino, dan lugar á circunstancias particulares que afectan así á sus derechos como á los de los demas que buscan su presencia. No corresponde á este lugar desarrollar semejante materia: baste solo hacer una observacion, y es, que los derechos civiles en la clase de ausencia que consideramos pueden ser modificados y sufrir vicisitudes; pero que por lo general no llegan á producir cambios profundos y radicales, y menos el de su estincion; las variaciones notables suelen ser producidas por la ausencia incierta, ausencia que no es lo mas frecuente llegue á realizarse en el supuesto de que hablamos, esto es, dentro del reino. En la época actual, perfeccionados como están los medios de investigacion de que la administracion dispone, y con las formalidades que se exigen á quienes quieren trasladarse de un lugar á otro, raros serán los casos en que no pueda encontrarse el paradero de una persona que se ausentó de su domicilio, pero que se encuentra dentro del territorio de la monarquía.

Dicho esto acerca del influjo de la ausencia en el ejercicio de los derechos civiles en general, consideremos el que causa en el de los políticos, esto es, en aquellos que otorga la ley fundamental, ó por mejor decir que reconoce y garantiza. Obsérvase desde luego que en muchos de estos derechos políticos poca ó ninguna alteracion produce la ausencia de dentro del reino. ¿Qué importa en efecto que el ciudadano se halle en su domicilio ó fuera de él para gozar de su seguridad personal y real, para que no sea detenido ni preso, ni su casa allanada, ni procesado y sentenciado, ni privado de su propiedad sino en los casos y en la forma que la ley establece, ó para que use de la libertad de imprenta, ó para que pueda dirigir peticiones al poder supremo? Todas estas garantías siempre permanecen intactas, invulnerables para el español, hállese en esta ó en la otra parte de la nacion, presente ó ausente en su domicilio: no sufren ningun menoscabo, la mas pequeña diminucion. Y no podria ser nunca de otro modo; porque por estos hechos no pierde su carácter de ciudadano, no queda fuera de la ley. La ausencia, acto libre y no prohibido, la ausencia aun cuando fuera guiada por motivos censurables, producirá efectos mas ó menos perjudiciales al ausente en otras materias: en estas nunca debe producirlos, nunca realmente los produce.

Sin embargo, por mas que el principio espuesto sea aplicable á gran número de derechos políticos, hay algunos de estos que se resienten de la ausencia de los que están llamados á ejercerlos, tales como los que se refieren á las elecciones de los cargos populares, cuyos derechos si bien no se estinguen, al menos se modifican, segun vamos á indicar. Respecto á la elegibilidad que gozan los ciudadanos adornados de las cualidades exigidas por las leyes, permanece íntegra á pesar de la ausencia, ya respecto al cargo de diputado á Córtes, ya al de concejal, ya al de diputado provincial;

para el primero nada importa la ausencia del ciudadano; para los segundos á pesar de que se requiere residencia ó vecindad, esta circunstancia no obsta á que pueda ser elegible el ausente, porque si su ausencia es accidental del domicilio, sigue conceptuándose residente y vecino en este, y si llevá envuelta en sí mutacion de vecindad, goza de capacidad igual en su nuevo domicilio.

No sucede asi en lo tocante al derecho de elejir segun se halla organizado por las leyes; la ausencia le modifica de una manera ostensible, ó por mejor decir, le suspende y aun le estingue mientras dura. Tanto en las elecciones para diputados á Córtes, como en las de diputados provinciales y en las de individuos de ayuntamiento, solo tienen entrada en los colegios electorales los electores, y solo se admiten los votos de estos cuando concurren personalmente á emitirlos: lo único que se permite en este punto es el escribirse por mano agena la papeleta del elector, y aun esto ha de ser por otro elector y á presencia del presidente de la mesa, lo cual significa bien claramente que no se admite delegacion ni representacion para el acto de votar por cumplidas y lejítimas que fueran. Asi es que los que están ausentes del distrito electoral en que se hallan domiciliados, ó en general de aquel en cuyas listas fueron incluidos, se ven imposibilitados por aquella vez de ejercer el derecho de emitir su sufragio: en el distrito de que están ausentes tienen esta imposibilidad, porque como hemos visto, el derecho electoral no admite delegacion; y en el distrito en que accidentalmente se encuentren, tienen el mismo impedimento, porque ni en él se hallan domiciliados, ni están incluidos en la lista de electores. Hé aqui, por lo tanto, cómo puede llegar á ser la ausencia dentro del reino una causa que paralice y aun estinga temporalmente el ejercicio del derecho importante del ciudadano, á participar en la eleccion de los cargos populares. Pero esta paralizacion ni es censurable, ni tampoco coarta el derecho electoral: que no se admita procurador ni delegado en la votacion, que solo tengan entrada en los colegios los electores, son consecuencias lógicas del método adoptado para elegir por distritos, y del deseo de no dar lugar á que venga á falsearse la eleccion con fraudes, ya temibles y frecuentes por otros conceptos; que el derecho del elector ausente no se ataca en lo mas mínimo, lo convence el reconocimiento espreso que de él se hace con la inclusion en las listas, y la convocatoria para la eleccion hecha con la anticipacion necesaria para que puedan acudir cómodamente á su respectivo distrito los electores ausentes dentro de la Península. Infiriése por estas consideraciones que el no poder ejercitar su derecho el ausente, por una parte es precaucion justa, por otra una renuncia tácita del mismo elector. La doctrina que acabamos de esponer guarda fiel conformidad, no solo con las reglas que ocurren á la sana razon, sino con las disposiciones de las leyes electorales vigentes en España. Ni creemos que en lo mas mínimo pueden considerarse modificados estos principios por una real órden (de 16 de enero de 1846) que en su parte no dispositiva, redactada en términos ambiguos y oscuros, pudiera dar lugar á dudas: esta real órden que no tiene por objeto corregir, modificar, ni alterar en lo mas mínimo el sistema electoral, ni ninguna de sus disposiciones, solo puede ser entendida de un modo que guarde completa armonía con las leyes.

Digamos ahora algo acerca del ejercicio de las funciones públicas. En la seccion III de este artículo espusimos, que todos los que están encargados de ellas habian de desempeñarlas personalmente en el lugar de su residencia, del que no les era lícito apartarse sino en los casos autorizados por las leyes y reglamentos. Ahora debemos añadir otro principio derivado de estar limitado el ejercicio de las funciones públicas á determinados territorios, distritos ó partidos creados para su mejor desempeño, con independencia completa entre sí, principio que puede formularse sencillamente diciendo, que toda autoridad, todo funcio-

nario ó empleado que tiene asignado cierto territorio, en el que ejerce sus funciones, no puede fuera de él tener carácter público que le faculte á seguir desempeñándolas, no ya para los subordinados á otra autoridad en otro distrito, pero ni aun para los propios subordinados en el suyo. Lo primero sería una verdadera usurpacion de funciones ó jurisdiccion que constituiría un acto punible, lo segundo una estension indebida de las propias funciones que entorpecería y adulteraría el servicio público, estension que las leyes han rechazado sin duda en el mero hecho de proveer en todo caso y sin escepcion al reemplazo y sustitucion de todo funcionario que se ausenta del territorio en que ejerce su autoridad ó jurisdiccion.

Igual principio observamos en el derecho eclesiástico, si bien son algun tanto diversas sus aplicaciones por la naturaleza especial del carácter inherente á los que desempeñan oficios eclesiásticos. Para dar idea de esta materia nos ceñiremos á los obispos, no tanto porque son los pastores superiores en la gerarquía de derecho divino, como porque las leyes patrias contienen alguna disposicion notable acerca de ellos. Examinemos, pues, cual es la situacion en que se encuentran cuando están ausentes de sus diócesis.

Para bien del mismo gobierno de la Iglesia, y pasadas las circunstancias especiales de los primeros tiempos del cristianismo, se creyó necesario reducir á determinados límites territoriales la potestad universal que antes ejercian *in solidum*, todos y cada uno de los obispos, solidaridad que tenia graves inconvenientes, resfriada algun tanto la caridad y celo de los pastores. A este efecto se hizo la circunscripcion de diócesis, y la Iglesia dirigió en adelante sus designios á que esta circunscripcion no se turbara ni se suscitáran los males que habia tratado de precaver. Asi es que con arreglo al espíritu de los Cánones, tanto antiguos como modernos, se prohibió al obispo estando fuera de su diócesis, todo acto, todo ejercicio de su potestad que pudiera perturbar la que otro obispo disfruta privativamente en su territorio. Y en este sentido no solo le está vedado el intrusarse en los actos reservados al obispo, en cuya diócesis se encuentra, sino que ni puede libremente ejercitar la propia potestad sobre sus súbditos. Para poder hacerlo necesita se le conceda espresa licencia por el obispo de la diócesis, ó de otro modo será *ipso jure* suspendido del ejercicio de pontificales, de que abusó (1). Resulta, pues, que el obispo ausente está privado de ejercer respecto á los súbditos de su diócesis todo acto que requiera el uso de pontificales, ó en general, y segun tienen admitido los canonistas, todo acto que en lo mas mínimo pueda causar perturbacion en las funciones del obispo, en cuya diócesis se halla. Respecto á si puede ó no el obispo que esté fuera de su diócesis escomulgar á sus diocesanos, hablaremos en otro lugar. V. **OBISPO.**

Podriamos antes de concluir este párrafo añadir algunas reglas que sirvieran para decidir las cuestiones que con respecto al ejercicio de los derechos civiles presenta la ausencia cuando es de una provincia regida por una ley á otra provincia en que rige ley diferente, siendo ambas provincias de la monarquía. Este conflicto entre dos legislaciones diferentes, es frecuente entre nosotros en que hay tantos territorios regidos por leyes y costumbres especiales por consecuencia, ya de la anarquía y de la desorganizacion y falta de unidad de la edad media, ya de la diversidad de monarquías que vinieron á formar la poderosa de Cárlos V. Sin embargo, como en estos casos el español ausente vendría á encontrarse en una situacion exactamente semejante á la del que abandona lo que hoy es el reino de España y se halla en el estranjero, no es necesario decir sino que tambien serán aplicables los principios que en este caso rigen, y que espondremos en el párrafo siguiente.

(1) Conc. Trident. Ses. 6, cap. 5, de Reform.

§ 2.° *Ausencia fuera del reino.*

La ausencia fuera del reino presenta mas dificultades, graves y delicadas cuestiones que la que hasta aquí hemos examinado. El acto de salir de España para una nacion estranjera ha sido considerado por nuestro derecho de muy distinto modo que el de pasar de una provincia á otra, de un domicilio á otro, ambos en la monarquía. Por otra parte facilmente se conoce que el español que se encuentra en el estranjero, es decir, en un pais que tiene distintas leyes y costumbres, como no puede prescindir de las relaciones de la vida social que el derecho regula y toma bajo su proteccion, ha de dar lugar á dudas y conflictos acerca de las leyes á que ha de estar sujeto en cada clase de negocio. Preciso es por lo tanto manifestar los principios capitales en que se funda tan interesante materia, de los cuales pueda deducirse la decision de los diferentes casos y dudas que se originen en la práctica.

Desde luego ocurre una cuestion en primer término. ¿Es lícito á un español ausentarse de su patria? Esta cuestion no solo se refiere á las disposiciones de nuestro derecho, sino á los principios de la ciencia. Entre las facultades naturales al hombre y que la sociedad, ni ha creado ni puede suprimir, sino que debe garantizar, se cuenta la de residir en un paraje, ir ó venir desde él á otro cualquiera, la de trasladarse de una parte á otra segun se lo dicten la necesidad, la utilidad, el recreo y hasta el capricho. Solo en circunstancias dadas puede ser el hombre privado de esa facultad, ó suspendido en su ejercicio; asi sucede con el delincuente que se ha hecho acreedor á la restriccion ó privacion de estos derechos; asi con aquel ciudadano cuya presencia puede ser peligrosa en un lugar determinado: no creemos que sea justo poner otras restricciones al derecho importante y respetable de la locomocion. Importante y respetable hemos dicho, sin temor de que haya quien contradiga estas calificaciones á poco que se detenga á examinarle: hágasele desaparecer y el hombre quedará subyugado, esclavizado en el ejercicio de sus derechos mas necesarios y esenciales, privado de satisfacer los fines que tiene que realizar, como ser racional, libre y social, castigado sin delito, en una palabra, habrá perdido su dignidad de hombre para pasar á la categoría de las cosas inanimadas que yacen y se mantienen allí donde quiere el capricho de quien las maneja. Desde el momento que el hombre pueda ser reducido á la triste condicion de vegetar en límites fijos, ¿cómo podrá proveer al acrecentamiento de su instruccion, al cuidado de sus negocios, al ejercicio de su profesion, á la educacion de sus hijos, á la conservacion de su salud, á la proteccion de su seguridad personal? Segun se estrechen los límites de la residencia del ser humano, otro tanto se estrechan los de su desarrollo físico, intelectual y moral, y se menoscaba y mengua su personalidad.

Haciendo aplicacion de estas verdades de sentimiento, que asi pueden llamarse mas que verdades de la ciencia del derecho, de llana resolucion, se presenta la duda de si un súbdito ha de poder ausentarse de su patria por derecho propio, ó por merced del soberano. Porque los derechos esenciales del ciudadano radican en su misma naturaleza y no son mayores ó menores, ni subsisten ó dejan de poseerse, porque el territorio sea de grande ó corta estension, ó porque tenga la denominacion de domicilio ó nacionalidad, de pueblo, de provincia ó de reino. Si el hombre no puede ser encerrado en su domicilio, tampoco puede serlo en la nacion; las fronteras de un pais son de gran significacion, pero no para encadenar á los que viven dentro de ellas: los ciudadanos están asociados y reunidos en determinada nacion para procurar su felicidad, y no son criminales arrastrados á espiar sus culpas en una vasta penitenciaría, ni tampoco «el reino es como huerta e el pueblo como árboles, e el Rey es Señor de ella.» Esta alegoría que las Partidas tomaron del filósofo Aristóteles, afortunadamente se halla desmentida por la filosofía del derecho

y por el derecho público; los ciudadanos son algo mas que árboles; el Estado es algo mas que huerta; el rey es algo menos que el señor de ella.

A pesar de todo, no faltan publicistas y publicistas de innegable ilustracion y celebridad, que no han reparado en preconizar como obligacion de los súbditos la de no salir de su patria para establecerse en el estranjero, y en consecuencia el derecho del soberano á prohibir tales ausencias y espatriaciones. Ponderan al efecto cuan estrechamente ligan los vínculos de la patria, y cuan esencial es el derecho de conservacion de los Estados. No sabemos si con estas razones se trata de combatir tan solamente el cambio de nacionalidad, ó se hacen estensivas á la ausencia simple de la patria, y no es estraño el echar de menos una marcada distincion entre dos cosas que tan de cerca se tocan, que tienen un enlace, punto menos que inseparable. Por este motivo, aunque en el presente artículo no corresponde hablar de lo que especialmente concierne á la mutacion de nacionalidad, adelantaremos algunas ideas sobre los fundamentos que se han tratado de dar á la prohibicion de salir del reino.

No seremos nosotros quienes tratemos de desvirtuar en lo mas mínimo ese noble sentimiento del patriotismo, ni aflojar, por poco que sea los vínculos del ciudadano con la nacion en que ha nacido, en que se ha establecido, en la que conserva tantas relaciones. Creemos todo lo contrario; pero á nuestro juicio, confúndense cuando se trata de hacer aplicacion de tan saludables principios á la materia de que tratamos, dos cosas distintas, de muy diverso carácter. Una es que el ciudadano mientras conserva este caracter, mientras es miembro de una nacion, tiene deberes para con ella de que no puede eximirse, de que si se tratara de eximir podria ser compelido á observarlos. Otra es que no pueda el ciudadano dejar de serlo, y renunciar á este caracter. Lo primero es indudable; lo segundo es dudoso, para nosotros inadmisible; como que aquello es obligar á cumplir un deber perfecto, y esto tiende á establecer igual cumplimiento de un deber meramente imperfecto. En una palabra, no comprendemos que quien no ha perdido todavía su investidura de ciudadano quiera conservar las prerogativas que ella le dá y faltar impúnemente á las exigencias que le impone; pero comprendemos perfectamente que quien renuncia, como puede, á los derechos, no debe ser inducido al cumplimiento de las obligaciones: faltará este último á la gratitud hácia su patria, desconocerá cuánto la debe, hará mal en prescindir de los antecedentes; todo ello, sin embargo, no constituye un delito, sopena de confundir la moral y el derecho. Ahora bien: si el ciudadano no tiene obligacion civil de permanecer siempre en su patria, claro es que tampoco el Estado puede, á pretesto de cumplir con su conservacion, tener derecho á prohibirle que pase á establecerse al estranjero.

Hay mas todavía: la prohibicion de ausentarse no solo no influye en la conservacion del Estado, sino que la contraría, ya respecto á lo interior, ya respecto á lo esterior. Si el Estado ha escogido medios oportunos y beneficiosos para el desarrollo de los fines sociales, si ha conseguido establecer la prosperidad general, y dar garantías sólidas y eficaces á los derechos individuales, todo este bien es por sí solo la mas segura prohibicion para que los naturales salgan de su patria á buscar en otra ventajas que ya disfrutan, que quizás fueran allí menos positivas, al paso que es el estímulo mas poderoso para atraer á los estranjeros á que vengan á establecerse en el pais que así haya perfeccionado su administracion. Por el contrario, ¿qué bien reporta el Estado atendiendo como medio de conservacion á no permitir la salida de su territorio? Desde luego la prohibicion, y una prohibicion de este género, escita tanto mas el deseo de ausentarse: los ciudadanos permanecerán, si tal es el empeño del soberano, en su patria; pero retenidos por medios violentos, disgustados de la coartacion de su libertad, ya no tendrán

aquella aficion, aquella fé en su patria que en tanto es útil al Estado, en cuanto es voluntaria, espontánea, inspirada por los sentimientos de la propia conviccion; y por otra parte los estranjeros no se inclinarán ciertamente á venir á un pais donde se retiene á sus habitantes por el temor, y de donde, si ellos llegaran á establecerse, se les habria cerrado ya para siempre la salida.

Nos hemos detenido algun tanto en fijar los principios que creemos mas aceptables en punto al derecho de ausentarse del reino, y aun de establecerse en el estranjero, no tanto por pagar el tributo que se merece el interés de una cuestion tan grave, sino porque los principios prohibitivos han preocupado durante mucho tiempo á los hombres científicos, y lo que es mas sensible todavia, han sido acogidos por los hombres políticos, quienes amalgamándolos con otros no menos erróneos, consiguieron introducir en las leyes y en los Códigos lo que se habia ido haciendo opinion corriente y aceptable. Muchos ejemplos pudiéramos presentar de tan lamentable estravío, si fuera nuestro ánimo recorrer las legislaciones estranjeras; pero baste por todos el que dió la de Francia bajo el reinado del célebre monarca Luis XIV: el edicto de agosto de 1669 prohibia salir de Francia para establecerse en el estranjero bajo severas penas, y daba por razones de la severidad que desplegaba «que los lazos del naci»miento que unen á los súbditos con su so»berano y su patria son los mas estrechos »é indisolubles de la socidad civil; que la »obligacion del servicio que todos le deben »está profundamente grabada en el corazon »de las naciones menos cultas, y reconocida »universalmente como el primero y mas »indispensable de los deberes del hombre.»

Tambien invadió á nuestra nacion ese espíritu restrictivo, y tambien cundió en nuestro derecho. Felipe IV, uno de los últimos monarcas de la dinastía austriaca, y con esto se comprende que hablamos de una época calamitosa de nuestra historia, en su pragmática de 1623, convencido de que «la poblacion y número de gente es el »único y principal fundamento de las re»públicas,» y deseoso de atajar la disminucion de los habitantes, que de dia en dia tomaba incremento, mandó que ninguna persona de cualquier estado ó condicion pudiera salir de España con casa y familia sin real licencia, sopena de perder los bienes que en el reino dejare, encargando á las justicias y ministros de los puertos mucho cuidado de saber si alguno salia, y castigando su negligencia con privacion de oficio. Esta ley revela, por lo menos, la ignorancia mas completa en los buenos principios de legislacion, y en la economía política; y es hoy dia de todo punto injustificable, ya en atencion á lo que arriba dejamos espuesto, ya como fundada en el supuesto falso de que la prosperidad de una nacion es tanto mayor cuanto mas crecido el número de habitantes que contiene, suposicion errónea que la ciencia económica ha condenado ya como merecia. El hecho, contra el que en vano trataba de luchar Felipe IV, era por desgracia patente y ostensible: la poblacion descendia; la España se iba enflaqueciendo y aniquilando, habia muchas emigraciones, pero ellas no eran la causa ni la raiz del mal; este tenia orígenes mas ocultos, que eran á los que debia haber buscado y combatido directamente el legislador, el que bien lejos de hacerlo, los dejó intactos. Así fueron inútiles las precauciones, ineficaces las leyes, vanos é irrealizables los deseos de reforma.

Por otra parte, el hecho de salir del reino era uno de aquellos que no solo no deben, sino que no pueden ser erigidos en delito, porque escapan á la sancion penal del legislador. La intencion de ausentarse del reino no es conocida, y aunque lo fuera nadie es justiciable por ella; verificada la ausencia, es decir, cuando el delito existe, el delincuente se halla fuera del alcance de quien habria de castigarle. Toda pena sobre su persona, sobre lo que con ella llevó al estranjero, seria ridícula é ilusoria, y en en esta parte la ley de Felipe IV, escogió, ó mejor dicho, acogió la única que parecia menos ineficaz: la confiscacion de los bienes

que dejó el ausente. Sin embargo, fácil es alcanzar de cuantos medios puede valerse para eludirla el que ha concebido el pensamiento de dejar el pais y medita préviamente la manera de que su ausencia le irrogue los menores perjuicios de los que le amenazan.

Pero no hay para qué estenderse en poner de manifiesto toda la injusticia, toda la inutilidad de la ley de Felipe IV, porque hoy no es ya mas que el recuerdo de un grave error de los tiempos pasados. Verdad es que se insertó sin ningun escrúpulo en la Novísima Recopilacion (1); pero no es menos verdad que habiendo cesado las causas que la motivaron, y cambiados completamente los principios en que descansaba, no le queda valor alguno. Actualmente la poblacion de España, y no ciertamente por las medidas de Felipe IV, ha duplicado los siete millones que escasamente contaba al espirar la dinastía austriaca. Y ademas tampoco se arroga el gobierno la facultad de mpedir á los ciudadanos la salida del reino siempre que cumplan los requisitos prescritos en los reglamentos de la administracion, al paso que nuestra ley fundamental admite espresamente el derecho que todo español tiene á cambiar su nacionalidad y establecerse en el estranjero.

Puesto ya en claro que es lícito á todo español el ausentarse del reino, debemos ahora hacernos cargo de otro punto importante, pero de mas fácil resolucion. Refiérese este punto á deslindar cuando el español que salió de su patria merecerá propiamente la calificacion de ausente, y cuando no le podrá ser aplicable con exactitud. Es indudable que hasta tanto que no conste positivamente que el que salió del reino ha renunciado á su nacionalidad, ya tomándola en el estranjero, ya por actos que envuelvan tácitamente igual renuncia, merece el nombre de ausente, por lo mismo que aun es español; despues ya será un mero estranjero, y ni con propiedad prodria llamársele ausente, ni tampoco esta denominacion representaria idea alguna para los efectos jurídicos. Dedúcese de esta regla sencilla que nada interesa en la materia la duracion del tiempo que el que se ausentó de España haya podido permanecer en el estranjero: á veces un corto tiempo será suficiente para que el ausente pierda este concepto y el de español; á veces por mucho que trascurra le conservará: hállase por ejemplo en el primer caso el que parte de España, y así que llega al estranjero acepta en él un empleo del gobierno de aquel pais sin licencia del monarca español; hállase en el segundo el que ha salido de España con objeto de hacer un largo viaje y recorre muchos paises sin fijar su residencia, sin naturalizarse en ninguno de ellos.

Dejaremos á un lado por lo tanto á los que de españoles pasaron á ser estranjeros, y nos ocuparemos de los que conservando íntegros los vínculos que á su patria les unen se hallan ausentes fuera de ella, examinando de qué modo influye esta ausencia en el ejercicio de sus derechos políticos y civiles.

Cada nacion en uso de su poder soberano ha establecido diferentes leyes y tolerado diferentes prácticas en las materias civiles, estrictamente dichas, y en las criminales y judiciarias que en este lugar comprendemos en general bajo la denominacion de materias civiles. Y de aquí nace la necesidad de averiguar como se modifica el ejercicio de los derechos civiles del natural de un pais que reside en nacion estraña, ó concretándonos al caso que á nosotros interesa, de un español ausente en el estranjero. Si fuera dable que esta ausencia no llevara consigo mas que una permanencia pasiva, digámoslo así, en nacion estraña, si el ausente no tuviera que ejercer acto alguno, ni en él concurrieran circunstancias que le hicieran objeto de la aplicacion de las leyes, no se presentaria dificultad ni duda alguna acerca del ejercicio de sus derechos civiles, porque este ejercicio no manifestado en el pais estranjero, seguiria conservado y regido por las leyes del propio. Pero semejante

(1) Ley 8, tit. 26, lib. 7.

supuesto raras veces se realiza, porque en el estranjero lo mismo que en la nacion originaria, las necesidades, los deseos, los proyectos del individuo le obligan á manifestar su actividad para satisfacerlos y realizarlos, y por otra parte son inevitables las ocasiones que aun contra su voluntad se presentan y que contra su voluntad le atraen dentro de la esfera jurídica; á lo cual se agrega la mayor intimidad y amplitud que con la progresiva civilizacion de las naciones han adquirido las relaciones de ciudadanos de un orígen con los de otro. Así sucede frecuentemente que en su patria y en el estranjero es una misma persona objeto de las prescripciones del derecho, por varios conceptos y razones que en ella concurren. Un español, por ejemplo, dejando en España bienes, dejando obligaciones y derechos pendientes de cumplimiento, se ausenta á Francia donde verifica otros contratos, pasa despues á Inglaterra donde celebra matrimonio, y últimamente á su regreso por Portugal comete un delito. Cada uno de estos paises tiene su derecho peculiar y diverso. ¿Cuál de ellos le será aplicable? ¿Uno solo para todos los actos que hemos mencionado, ó todos respectivamente? En el primer caso ¿cuál será el que merezca la preferencia? En el segundo ¿en qué proporcion le afectan? He aquí muchas dudas, ó, como dice la ciencia, muchos conflictos que la ausencia en el estranjero, y el tránsito por territorios de distintas leyes traen consigo.

Estos conflictos serian bien sencillos de resolver si se adoptasen principios universales, absolutos é inflexibles cual parece exigirlos el rigor del derecho público. Segun este tiene reconocido, las naciones son mútuamente independientes, de suerte que al paso que dentro de sus límites tienen el arbitrio de reglar cuanto concierne á las personas sean de la procedencia que quieran, y á los bienes, estén poseidos por tales ó cuales individuos, no pueden ser obligadas por la misma razon á reconocer en su territorio fuerza de obligar en las leyes de otro país. Desde el momento que un Estado fuera precisado á aplicar un derecho estranjero ó á consentir que por él se rigieran personas que se hallaran dentro de su territorio, habria perdido su soberanía, su independencia, y quedado supeditado á aquel otro en cuyo obsequio se hacia la aplicacion del derecho. Segun estos principios incontrovertibles, un español que pasase á otra nacion quedaria sujeto en todo cuanto ejecutase en ella á las leyes del soberano estranjero. Pero supongamos que se admita una renuncia mútua de las independencias nacionales y que sobre esta base se quiera buscar otra regla tambien única, universal: la reciprocidad concede ó prohibe al estranjero lo que al nacional se concede ó prohibe en la nacion de aquel; entonces un español, por ejemplo, seria tratado en Francia como un frances en España.

No han admitido sin embargo las naciones de Europa el principio absoluto y á ciegas de su independencia, rechazando todo efecto de las leyes estranjeras, ni tampoco por eso han convenido en una completa reciprocidad. Lo primero, como demasiado riguroso, ha sido abandonado por todas ellas: lo segundo, ofreciendo muchas complicaciones en medio de su aparente sencillez, solo ha sido adoptado por algunas. A lo que se ha apelado generalmente es al mútuo consentimiento y concordia en aquellas reglas que consultaran mejor la conveniencia y utilidad recíproca entre las naciones; y por esta razon para decidir los casos de conflicto emanados de la ausencia en el estranjero, habrá de atenderse en primer y principal lugar á los tratados y convenios especiales que hayan celebrado las naciones entre sí, ó sea á su consentimiento espreso; en segundo lugar á aquellos usos que la práctica haya ido introduciendo y arraigando, como tambien á aquellos principios reconocidos y profesados por los publicistas de las diferentes naciones, ó sea al consentimiento tácito que no puede menos de suponerse y deducirse de aquella conformidad. En España hay varios tratados en que se arreglan mas ó menos esplícitamen-

te algunos casos de conflicto que pudieran ocurrir; pero como estén de acuerdo con los principios que la práctica y opinion comun de los publicistas han admitido, prescindiremos del contenido de aquellos para esponer estos con la mayor precision y sencillez que sea posible, y de modo que se comprenda el ejercicio de los derechos civiles de un español ausente en el estranjero.

A este efecto partiremos del principio fundamental segun el que es preciso distinguir y clasificar las diferentes especies de leyes, con arreglo al objeto sobre que recaen. Esas especies pueden reducirse á tres; en la una se reunen todas aquellas leyes que se refieren al estado, á la capacidad de la persona, á lo que á esta es inherente; en la otra entran las leyes que establecen reglas acerca de los bienes en cuanto están adheridos á un territorio con un vínculo que no liga á las personas; últimamente la tercera especie se compone de las leyes que se dirigen á réglar las solemnidades, la forma con que esteriormente se revisten los actos del hombre. Todas juntas forman el derecho general de una nacion: no se consideran separadas en cuanto al interior, sino para tratarlas con mas método y comodidad, pero necesariamente han de distinguirse, porque surten diferentes efectos, cuando se trata de las relaciones del individuo con un Estado al que no pertenece, y en que ha residido mas ó menos tiempo. Designanse todas con los nombres de *estatutos*, palabra de orígen latino, adoptada en la edad media, y que se aplicaba al distinto derecho de una ciudad ó de un territorio, y generalizada hoy dia sin haber variado su sentido y con sola la diferencia de aplicarse á territorios mas estensos, á las naciones: le adoptamos, porque ademas de ser unívoca y facilitar por lo tanto la aplicacion evitando inoportunas perífrasis, es la adoptada generalmente en el idioma científico, si bien conocemos que sin ella podriamos dar tambien una idea exacta de la doctrina que vamos á desenvolver. Estos estatutos se llaman *personal, real y formal*, segun que comprenden cada una de las clases antes mencionadas, si bien la denominacion del último no es tan antigua ni usada como las de los otros dos. Cuanto mejor se conozca la índole de cada una de ellos, la estension y límites en que respectivamente se contienen, cuanto mejor se deslinden los efectos que surten, tanto mas fácil y seguramente podrá dicidirse el conflicto de las leyes de las naciones respecto al ausente fuera de su reino. Si considerásemos superficialmente esta materia, incurririamos en graves errores ó en una completa confusion, porque los actos del hombre se enlazan con los derechos de su personalidad y de su estado, y unos y otros tienen tambien contacto con el ejercicio del derecho de propiedad. Ofuscarse con esta semejanza y analogía seria renunciar á decidir cada caso conforme su índole lo requiriese, y á comprender cuál es la verdadera situacion del español ausente en pais estranjero. Por esto y siguiendo los pasos de los autores mas acreditados, vamos á esponer lo que especialmente abarca cada estatuto y los efectos que produce.

Comencemos por el estatuto personal. Este comprende todo cuanto hace relacion directa y principalmente al Estado, á la condicion, á la capacidad, á las cualidades de un individuo. Hemos dicho que la relacion ha de ser directa y principal, porque hay leyes que afectan á la persona á la vez que á los bienes; y entónces para clasificarlas es preciso atender al concepto que prepondera, y solo cuando sea este el inherente á la persona, y el otro le esté subordinado, podrán clasificarse en el estatuto personal. Es, pues, preciso que la accion de la ley obre directamente y no por consecuencia accesoria ó mediata, sobre el estado de la persona, estableciéndole, cambiándole ó modificándole. Las dudas que puedan ocurrir sobre si el ausente es regnícola ó estranjero, noble ó plebeyo, domiciliado ó transeunte, sobre la capacidad para contraer matrimonios, las relaciones que origine entre los cónyuges, el modo de disolverse aquel, sobre la legitimidad y la legitimacion de los hijos, las relaciones

que tienen con sus padres y su emancipacion, sobre la mayor edad y la vénia ó concesion especial de ella, sobre el nombramiento, atribuciones y remocion del tutor, sobre el derecho de restitucion *in integrum*, sobre la capacidad de testar y de contratar, todas estas dudas se deben decidir por las reglas del estatuto personal, como que recaen sobre puntos que están comprendidos en la esfera de este estatuto.

Manifestada la estension á que llega el estatuto personal, veamos el efecto que produce sobre el ausente en pais estranjero. La regla es que este ausente queda bajo la influencia y la jurisdiccion de las leyes de su nacion; estas le siguen, le acompañan á cualquier otro pais á que vaya, y le mantienen estraño á las leyes estranjeras: así el español se casará, se emancipará, cumplirá la mayor edad, saldrá de la tutela, etc., como lo dispongan las leyes españolas, y en esta parte en nada le obliga el derecho del territorio en que resida. Así lo tienen admitido las naciones, con pocos casos de escepcion: casi todas ellas han renunciado en esta parte á su rigorosa independencia, y han consentido que los estranjeros guarden sus propias leyes en todo aquello que sea objeto del estatuto personal.

Y la adopcion de este principio se funda en motivos de conveniencia y muy conformes á la razon. Se ha querido por una parte guardar una deferencia, muy natural por cierto, á las leyes del estranjero que le han acogido y han formado su estado y capacidad desde que nació ó eligió su patria; y por otra parte se ha querido evitar la instabilidad y vicisitudes chocantes, y sobre todo perjudiciales, que habrian de resultar forzosamente si el estranjero quedara sujeto á las leyes personales del pais ó paises en los que sucesivamente permaneciera, de suerte que, por ejemplo, un español que se ausentara á los veinte años, se haria mayor á los veinte y uno en Francia, volveria á ser menor llegando antes de los veinte y tres en Holanda, al residir en Nápoles quedaria como en Francia mayor de edad, y regresando á España todavia pudiera ser menor como antes de su viaje, y así habríase cambiado cuatro veces en corto tiempo el estado de aquel individuo. Todo esto se ha evitado con conceder al estatuto personal los efectos que anteriormente hemos dicho.

Apreciemos ahora la índole del estatuto real. Abraza cuanto se refiere directa y principalmente á las cosas, dándolas, por decirlo así, una cualidad, una condicion en este ó en el otro sentido. Cierto es que todas las leyes que versan acerca de los bienes afectan á la persona, como que los bienes son el patrimonio de ella; pero tal influencia puede sentirse inmediata, directamente sobre los bienes y reflejar en la persona, ó inmediatamente en esta y solo como consecuencia en aquellos: en el primer caso se presentará el estatuto real, en el segundo, conforme á lo que antes esplicamos, se manifiesta el personal. Lo relativo á la clasificacion y distincion de los bienes, á la ocupacion, la prescripcion, la tradicion y los modos de adquirir, trasmitir, perder el dominio, á las herencias, cantidad de legítimas, requisitos para las donaciones, celebracion de ventas, arrendamientos, hipotecas y derecho de retracto, todo esto entra bajo el dominio del estatuto real.

Este estatuto surte otros efectos muy diferentes que el personal. Donde quiera que los bienes estén situados, allí les comprende de lleno la ley del territorio; poco importa que el poseedor ó el dueño tengan esta ó la otra nacionalidad, que sean regnícolas ó estranjeros; á lo único que se atiende es á la situacion. Así es que el español fuera del reino estará sujeto á las leyes patrias por los bienes situados en España, al paso que si ha adquirido otros que lo estén en el estranjero, estará sometido á las leyes estranjeras, resida ó no en aquel pais donde radican. Y al admitir unánimemente esta regla las naciones no han renunciado en manera alguna á su independencia, como vimos que lo habian hecho por mútua conveniencia en el estatuto personal; antes por el contrario, lo que han hecho es conservarla en toda su plenitud, no proceder á

limitarla ó restringirla, no desprenderse de la facultad soberana de reglar cuanto se encuentra ó se verifica dentro de sus fronteras. Por el estatuto personal las leyes patrias seguian á la persona donde quiera que fuesen; por el estatuto real las leyes patrias permanecen constantemente fijas sobre los bienes del territorio.

Este principio en que descansa el estatuto real se justifica tambien por razones análogas al en que descansa el personal. ¿Qué cosa mas sencilla y mas indicada por el buen sentido y por los principios de equidad que lo que está unido al terreno, al suelo de la nacion, se gobierne por las leyes de esta misma nacion? Hacer distincion al efecto entre nacionales y estranjeros, lejos de conducir á la utilidad general de las naciones no serviria sino para entorpecerla creando nuevas dudas y nuevos conflictos sin razon alguna plausible. Nacen dos consecuencias importantes de los principios y razones en que se justifica el estatuto real. Es la primera que las cosas muebles no le son propiamente peculiares, puesto que por su índole no están, no suelen estar adheridas, fijas en un punto determinado, antes bien se presumen mas adheridas á la persona y siguiendo á esta en sus ausencias; natural es por tanto, que así como la persona, se rijan por el estatuto personal. Esta regla general reconocida en la práctica, solo admite por escepcion aquellos casos en que ya por disputarse la propiedad de las cosas, ó por estar dadas en prenda, ó prohibida su enagenacion ó esportacion, ó por otros motivos semejantes no sea posible hacer valer la ficcion de que están con la persona: como en este caso se ha destruido el vínculo que con la persona las unia, las será aplicable el estatuto real, esto es, el derecho del territorio en el que verdaderamente se hallen. La segunda consecuencia á que aludiamos es que en caso de duda entre la preferencia del estatuto personal ó del real, se debe estar en favor de este, como que á las razones de conveniencia que le abonan se reune la de no ser como aquel, restrictivo de la independencia de las naciones: no queremos decir con esto que baste una duda aparente, esto es, una dificultad; preciso es que el conflicto se presente de manera tan complicada, que tanto la ley pueda pertenecer al uno cuanto al otro estatuto.

Ultimamente, el estatuto que hace relacion á los actos del individuo llamado, no sin impropiedad, formal por algunos, es aquel que comprende las solemnidades, las formas estrínsecas, esteriores de aquellos actos que celebra el individuo. Si se tratase de las solemnidades intrínsecas, esto es, de la materia misma del acto, entonces, segun lo espuesto, seria aplicable, ya el estatuto personal, ya el estatuto real. Así es que el formal solo se concreta á la esterioridad, á los requisitos ostensibles, formularios de los actos. Si se trata de las solemnidades de la adopcion ó de la emancipacion, de los testigos y protocolizacion de un testamento, del modo de otorgar un contrato ó de hacer una cesion, de la manera de estender una letra de cambio, y de otros casos análogos, todos serán materia del estatuto formal.

Sencillo es el efecto que este estatuto produce: el de someter al estranjero á la observancia de las leyes del pais en que el acto se celebra. Las aplicaciones de este estatuto á los casos particulares suele sin embargo presentar grandes dificultades; y es preciso por lo tanto examinar en cada uno de ellos sus circunstancias y lo que sobre el acto de que se trata disponen las leyes del pais á que pertenece el ausente, y las de aquel en que se encuentra como estranjero; así sucede muchas veces que la regla enunciada sufre bastantes escepciones, ya porque es preciso aplicar los estatutos real ó personal, ya por las disposiciones especiales del derecho de una nacion que considera ciertas formalidades con distinto carácter y efecto que el de la otra de que se trata.

Mas aparte de los obstáculos que la práctica suscita, la regla no puede menos de ser considerada como prudente y conforme á la conveniencia de las naciones. Exigir que las formas de los actos pasados en el

estranjero por un ausente de su pais, se arreglasen á las leyes del territorio en que el acto habia de surtir efecto, seria poner grandes trabas al estranjero, á los que habian de estender los documentos, en una palabra, imposibilitar la celebracion del acto ó hacerle ineficaz. Estos perjuicios han querido alejar las naciones por su mútua utilidad admitiendo la eficacia del estatuto formal.

La doctrina que queda espuesta acerca de los estatutos personal, real y formal está reconocida en el proyecto de Código civil español, que la formula sencilla y claramente. Basta para demostrarlo trascribir sus mismas palabras. «Las leyes concer»nientes al estado y capacidad de las perso»nas obligan á los españoles, aunque resi»dan en pais estranjero. Los bienes inmue»bles, aunque estén poseidos por estranje»ros, se rigen por las leyes españolas. Los »derechos y obligaciones relativas á bienes »muebles, se rigen por las leyes del pais en »que su dueño está domiciliado. Las for»mas y solemnidades de los contratos, tes»tamentos y de todo instrumento público, »se regirán por las leyes del pais en que se »hubiere otorgado (1).»

Esplicados los diferentes estatutos en cuanto lo permite la índole de este artículo, haremos alguna indicacion sobre las leyes penales y de seguridad y policía, para acabar de dar á conocer la situacion del ausente fuera del reino. Dos casos principales pueden ocurrir; que el que ha cometido un delito en España se ausente al estranjero; ó que delinca estando ya en este. En el primero podrá haber lugar á la estradicion para ser procesado y castigado en España; si ya se hubiere notificado la sentencia no prescribe la pena segun dispone nuestro Código penal (2). En el segundo caso el delincuente puede ser castigado en el estranjero, porque ha violado las leyes del pais en que residia, y tambien puede ser justiciable en España, si hubiera leyes ó tratados que así lo autorizaran. Respecto á los reglamentos de seguridad y policía del pais estranjero en que el español resida, no cabe duda que le obligan por lo mismo que de ellos recibe su proteccion.

Hemos hablado hasta ahora del ejercicio de los derechos civiles del español ausente del reino: falta examinar cómo se modifica el de los políticos, sobre los que hay bien poco que decir, despues de lo que ya indicamos en el párrafo anterior. De ellos unos quedan en suspenso por el hecho mismo de su ausencia, como son el de tomar parte en elecciones, el de no ser allanada su casa, etc.; otros que no exigen la presencia, permanecen íntegros. Por lo demas escusado es manifestar que el español ausente, como que en cualquiera otra nacion tiene el concepto de estranjero, no es admitido á la participacion de los derechos políticos que en ella puedan reconocerse.

SECCION VI.

DE LA AUSENCIA CONSIDERADA EN CUANTO A LAS RELACIONES DE FAMILIA.

En las secciones anteriores hemos hablado de la ausencia en general, y fijado algunos principios peculiares, ya al derecho público, ya al administrativo, ya al eclesiástico. Solo por incidencia y por no destruir el enlace y conexion de la materia, hemos tocado puntos del derecho civil; pero ahora es tiempo ya de que entremos en la esfera de este con algun detenimiento, y que indaguemos cómo influye la ausencia de la persona en las grandes instituciones que dentro de sí comprende. Entre ellas figura en primera línea la familia, la sociedad generadora del Estado, cuya unidad y desarrollo se mantienen y adelantan merced á los vínculos de union, de proteccion y de subordinacion: aparecen primero los cónyuges, despues de estos los hijos, y cuando los hijos quedan huérfanos, reemplázase el amparo paternal en cuanto puede reemplazarse por personas que, si bien á veces son en rigor estrañas á la familia, no pueden me-

(1) Art. 7 á 11.
(2) Art. 127.

Lorenzo Arrazola

nos de ser consideradas en el derecho como parte armónica de ella en su mecanismo. Hé aquí la razon porque, debiendo apreciar la ausencia en cuanto á las relaciones á que dá lugar la familia, hemos dividido la materia de esta seccion del artículo en tres párrafos distintos, segun que la ausencia se mire: 1.° Con respecto á los cónyuges: 2.° Con respecto á padres é hijos: y 3.° Con respecto á guardadores y huérfanos.

§ 1.° *Ausencia de los cónyuges.*

Como lo indica el epígrafe de este párrafo, corresponde manifestar en él los efectos de la ausencia de las personas que se hallan unidas con el vínculo del matrimonio: sin embargo, si llevados de una nimia parsimonia nos concretásemos puramente á lo que en estos límites se contiene, dejaríamos en el conjunto de la materia vacíos muy notables y omitiríamos cuestiones importantes á que puede dar lugar la ausencia, si no de los cónyuges, al menos de aquellas personas que tienen resuelto unirse con los lazos del matrimonio, y están próximas á contraerlo. En este supuesto, habremos de ocuparnos de los esponsales y del acto de la celebracion del matrimonio, en lo que directa y principalmente se refiera á la ausencia, y despues pasaremos á examinar la de los cónyuges que propiamente constituye el fondo de este párrafo.

Ninguna duda puede caber en que por derecho romano los esponsales podian celebrarse, ausentes los que querian ligarse con ellos: siempre que ambas partes tuvieran cabal conocimiento del acto que iban á consumar, no se exigia la presencia, sino que bastaba el nudo consentimiento espresado por procurador, por cartas ó por otro medio que hiciera constar la voluntad del ausente (1). Este principio evidente en el derecho romano, y que tampoco repugnaba al canónico, no pudo menos de hallar favorable acogida en las leyes de Partidas. Autorizanse en ellas los desposorios entre ausentes como si estuvieran presentes, y se les dá perfecta validez, á no ser que el poderdante se arrepintiera antes de que el apoderado consintiese en su nombre. La ley (1) que así lo establece pudiera suscitar algunas dudas atendidos los términos poco espresivos de su redaccion; pero como quiera que en ella misma se haga estensiva su declaracion, así á los esponsales como al matrimonio, aplazaremos para cuando tratemos de este, el modo de interpretarla y de suplirla. Por lo demas, la conformidad de todos los derechos en cuanto al principio, se esplica bien fácilmente: hánse mirado los esponsales como una mútua promesa, como un contrato, en el que se atiende principalmente al mero consentimiento, y siempre se ha reputado á los ausentes hábiles para celebrar entre sí esta clase de convenciones. Si por derecho patrio ha querido fortificarse la de que hablamos, exigiendo como requisito indispensable y esencial la intervencion de escritura pública, esta garantía en nada ha afectado al principio que dejamos espuesto, y que domina hoy sin dificultad en la práctica: lo único que se sobreentenderá en este supuesto es, que el apoderado del ausente habrá de celebrar con la persona que designare el poder, la escritura pública que prescribe el derecho Novísimo español.

Efecto notable y muy digno de exámen es el que produce la ausencia disolviendo los esponsales; esta materia ha sido objeto de diferentes disposiciones del Derecho romano, ha sido tambien considerada en el canónico, y ha motivado una resolucion muy importante en las leyes de Partidas. Tratada por otra parte con especial predileccion por los intérpretes y pudiendo suscitar dificultades en la práctica, no podemos prescindir de tratar de ella en toda la estension que abarca. Comencemos por el Derecho romano: al tratarse en el Digesto de los esponsales, entre las justas causas que pueden retardar su cumplimiento, se cuentan las peregrinaciones que se hacen por

(1) Leyes 4, 5 y 18, tit. 1, libro 23 del D.

(1) Ley 1, tit. 1, Part. 4.

necesidad (1), lo cual significa claramente que ni la ausencia ni la necesaria como la voluntaria no podia eximir al esposo de cumplir su compromiso sin que la otra parte contratante quisiera tambien romperle; pero como la ausencia necesaria mereciera cierto favor, se autorizó por ella, no la disolucion, sino la dilacion de los esponsales. De muy distinto género son las disposiciones que hallamos en el Código de Justiniano; por una parte se establece que cuando el varon desposado dejase pasar dos años habitando en la misma provincia, sin efectuar el casamiento convenido, pudiera la esposa sin fraude ni obstáculo verificar otro matrimonio (2); y por otra que pudiera hacer lo mismo á los tres años de peregrinacion de su esposo (3). Como se ve estas leyes hablan ya de disolucion de los esponsales por razon de ausencia, y distinguen en esta la que se aproxima á la presencia y la que se hace por peregrinacion á mayor distancia; pero fuera de esta pequeña diferencia las dos disposiciones se fundan, como su mismo contesto lo convence, en igual razon, á saber: el de que la muger no sea condenada á dejar pasar el tiempo en que tiene proporciones de verificar su enlace: *ne opportunum nubendi tempus amittat.* Por esto no se concede al varon facultad de separarse de los esponsales contraidos por ausencia de la muger: por esto, y en beneficio de ella misma, no se señalan los términos de dos ó tres años para que una vez cumplidos queden disueltos los esponsales, sino que, el valor de estos está pendiente, y solo se estingue cuando efectúa su enlace la desposada: hasta entonces no queda libre su esposo.

Veamos ahora lo que establecieron las Decretales: redúcese á que cuando los que, mediante juramento, se obligaron á unirse con una muger se ausentaran de aquel territorio, pueda esta libremente unirse con nuevos vínculos, si bien quedando sujeta á la penitencia del perjurio, en el caso de que por causa de ella no se haya llegado á efectuar el matrimonio (1). Esta disposicion es á nuestro juicio demasiado absoluta y al mismo tiempo muy incompleta. No hace distincion de ausencias, sino que toma el supuesto de la ausencia en general; y sobre todo incurre en una grave omision, cual es la de no fijar tiempo corto ni largo en que se dé la facultad para separarse de los esponsales. Así es que los glosadores de las Decretales han tratado de restringir, de precisar la vaga y genérica disposicion del papa Alejandro III, y se han esforzado en sostener que por ella no debian entenderse derogadas las leyes del Código de Justiniano de que antes hemos hecho mérito; no nos toca tomar parte en esta cuestion, siendo suficiente á nuestro objeto hacer notar que el espíritu que predomina en la Decretal mencionada no puede negarse que es exactamente el mismo que presidió á las leyes del Código; el favor, el privilegio de la muger, cuyos enlaces se quisieron facilitar.

Sentados estos antecedentes entremos en el exámen de nuestro derecho, en el cual no se encuentra otra disposicion sobre la materia que la que consignan las Partidas. Hízose en estas, como acostumbraban sus autores, una fusion del Derecho romano y del canónico; pero en esta parte fué el legislador bastante feliz, mucho mas si se repara en la originalidad que demuestra; de suerte que quedó establecida una regla mas cierta, completa y plausible que las contenidas en los Códigos romanos y canónicos. Tratándose de las razones porque se disuelven los esponsales (2) enumérase entre ellas la ausencia de uno de los esposos, de suerte que se ignore su paradero, que no se sepa donde buscarle, porque entonces el otro debe aguardar hasta tres años, trascurridos los cuales sin que el ausente regrese, podrá pedir licencia para casarse, la cual deberá serle concedida haciendo penitencia por el juramento con que se hu-

(1) Ley 17, tit. 1, lib. 23 del Dig.
(2) Ley 2, tit. 1, lib. 5 del Cód.
(3) Ley 2, tit. 17 id.

(1) Cap. 5, tit. 1, lib. 4 de las Decretales.
(2) Ley 8, tit. 1, part. .

biere ligado en el caso de que el matrimonio no se haya verificado por su culpa. Hé aquí llenos varios vacíos que se notaban en el derecho hasta entonces conocido: se estableció un plazo fijo; se tomó por base la ausencia mas digna de considerarse en la materia, la ausencia incierta, y de cuya mencion espresa se habia prescindido anteriormente; se equipararon el varon y la muger y se niveló el derecho que estaba indicado en favor de esta; se buscó un medio aunque formulario, decoroso para disolver un compromiso respetable; en fin, se tocó tambien el caso de la culpabilidad de alguno de los desposados. Sin embargo, aun pueden ocurrir algunas dudas para la completa inteligencia de esta ley. La ausencia cierta ¿qué efecto producirá en la subsistencia de los esponsales? Los tres años señalados para la incierta, ¿desde cuando comenzarán á contarse? Una vez trascurridos, ¿cómo y ante quién se habrá de pedir la licencia para el casamiento? En fin, ¿en qué sentido debe entenderse el cumplimiento de la penitencia? Aclararemos todos estos puntos que embarazan algun tanto á primera vista.

Como dejamos dicho, la ley de Partidas no cuenta entre los motivos de disolucion de los esponsales sino la ausencia incierta; este silencio que guarda respecto á toda otra ausencia, hace ver patentemente que ha sido el ánimo del legislador escluirle. El que se ausenta y consta su paradero puede ser buscado y reconvenido para que cumpla los esponsales que celebró, puesto que no son en suma sino un contrato que descansa en la voluntad de las dos personas que en él intervinieron, y no únicamente en la del ausente. Y en esta parte no nos desagrada la opinion que manifiesta Gregorio Lopez, apoyándola en la de otros intérpretes anteriores, segun la que conviene hacer distincion entre la ausencia necesaria y la voluntaria. Esta distincion produce los mismos efectos que indicamos al esponer antes la ley del Digesto: el ausente por causa necesaria, que en el presente caso creemos poder equiparar con el que lo está por causa pública, podria ser no considerado como libre de los esponsales, pero sí como colocado en una situacion en virtud de la que se dilatasen; lo cual no seria aplicable al ausente por causa voluntaria. Sin embargo, como quiera que estas reglas generales á pesar de su claridad y de su justicia aparentes no serian equitativas en la práctica algunas veces, ya que en el silencio de la ley admitamos la distincion sobredicha, creemos que debe conciliarse con el arbitrio prudente de los tribunales, los cuales con mas seguridad y acierto podrán decidir en cada caso á qué ausentes deberá otorgarse un plazo de dilacion para el cumplimiento del contrato de esponsales.

Da tambien lugar á dudar el cómputo del término de los tres años que la ley señala para que se aguarde al esposo ausente. ¿Han de comenzar desde que este partió de su domicilio, desde que emprendió su viaje, ó no empiezan á correr sino desde la última noticia que se recibió de su existencia y paradero? ó lo que es lo mismo, el plazo de los tres años, ¿comprende el tiempo de ausencia cierta y el de la incierta, ó solamente el de esta última? Nada podemos inferir de la letra de la ley, que dice únicamente que cuando alguno de los desposados «se va á otra tierra, é non lo pueden fallar»..... «debe el otro esperar fasta tres años;» pero lo que no espresan las palabras de este testo parece que se infiere de su espíritu. Quiso el legislador tratar y en efecto trató tan solo de la ausencia incierta, prescindiendo de la cierta y proponiéndose en esta parte que no se disolviese fácilmente el vínculo de los esponsales; pero adoptando la opinion de que el plazo comienza desde el dia de la salida podria fácilmente suceder que mas bien la ausencia cierta que la incierta fuera motivo de concluir el pacto esponsalicio, y que esta conclusion se verificara demasiado pronto: porque bastaria por ejemplo, que durante dos años y gran parte del tercero se conociese la residencia del ausente, si al final de este se ignoraba. A nuestro entender, pues, los tres años de-

berán contarse desde que se tuvo la última noticia del que salió de su domicilio, desde que pasó de ausente cierto á ausente incierto. Paréce que esta inteligencia produce un inconveniente, á saber, que es posible el caso de que el esposo tenga que aguardar al ausente demasiado tiempo, doble quizás que el de tres años por la ley señalados, haciéndose así para él muy duradero el vínculo de los esponsales y gravoso por lo tanto, puesto que podria tener ocasiones favorables de otros enlaces ventajosos en que no le seria lícito comprometerse. Sin embargo, aunque está en lo posible que así llegue á suceder, nunca será la dilacion imputable á la ley, ni consecuencia necesaria, inevitable de la inteligencia que la damos; lo será únicamente de la propia apatía. Quien ligado por el contrato de esponsales á otra persona la vé alejarse con indiferencia, sabe que reside en punto determinado y sin embargo no le reconviene al cumplimiento de su promesa, no puede culpar á nadie mas que á sí mismo de dilacion: su situacion será con efecto poco grata, pero nadie mas que él se la ha buscado. Por disposicion de la ley, y disposicion cuerda y prudente, solo tiene que aguardar los tres años de la ausencia incierta; todo otro tiempo de ausencia conocida, por largo que sea, mantiene eficaz la promesa, y queda al interés y al arbitrio de los promitentes el realizarla ó quedar libres de ella. No encontramos por tanto injusticia ni inconvenientes verdaderos para abandonar la interpretacion que dejamos indicada acerca del cómputo del tiempo de ausencia por el que los esponsales se disuelven.

Pero la ley de Partidas no ha fijado el término trienal para que produzca *ipso jure* la disolucion del contrato; preciso es para esto que se llene una formalidad, cual es que el esposo abandonado pida licencia para celebrar matrimonio distinto del contratado: formalidad púramente nominal, puesto que la ley añade que esa licencia debe ser concedida. A propósito de ella ocurre preguntar si está vigente todavia esta ley, y si en caso de estarlo ha de ser exigido su cumplimiento ante la autoridad civil ó ante la eclesiástica. Sencilla es la solucion de estas dudas. La licencia á que la ley alude es claro que está vigente, y aunque no se hubiera espresado, su peticion se hallaria implícitamente incluida entre las demas formalidades que tiene que cumplir préviamente el que quiere contraer matrimonio. Para que este se autorice, menester es que conste que no tiene impedimento alguno el que va á celebrarlo; y en el caso presente buen cuidado tendrá el que se halla libre de los esponsales de alegar su disolucion para que se allane toda dificultad á su enlace, lo cual no pasará tampoco desapercibido, aunque por su parte no se alegara. La peticion y concesion de la licencia no son cosas especiales, sino uno de tantos requisitos prévios, uno de tantos trámites preliminares que anteceden á la celebracion del matrimonio. Por lo demas no cabe duda acerca de la autoridad ante la que habrá de solicitarse y obtenerse la licencia; no se trata ya de la mera disolucion del contrato público y civil de los esponsales, cuya disolucion declara la ley; trátase, sentado este supuesto, de proceder sobre él á celebrar un matrimonio, y esto es sin disputa del resorte esclusivo de la autoridad eclesiástica.

En cuanto á la penitencia de que habla tambien la ley de Partida respecto al esposo que por ausencia del otro quiere contraer matrimonio en el caso de que el anteriormente pactado no se efectuase por su culpa, es punto que no nos corresponde tratar con detencion. Sea suficiente indicar que no serán frecuentes los casos en que aparezca culpable uno de los desposados y en que trate de eludir la obligacion cuando el otro se ausenta sin reclamar fraude, sin manifestar sospecha alguna. Aun prescindiendo de esto, es de reparar que la ley, siguiendo la decretal de Alejandro III, de que hicimos mencion, procede en el supuesto, no de la celebracion de meros esponsales, sino de esponsales en que intervino juramento; solo existiendo este y

como pena del perjuicio procederia la imposicion de penitencia al desposado culpable. Pero repetimos que no es de interés estenderse en esta materia, la cual sobre ofrecer escasa aplicacion, es mas bien propia del foro interno que del esterno.

De los esponsales pasemos al matrimonio, y comencemos por averiguar si puede celebrarse entre ausentes. Por derecho romano estaba admitido este principio sin dificultad; sin embargo, tenia cierta particularidad su aplicacion. Era si no necesaria, al menos frecuente y generalizada la entrada de la muger en la casa del marido (*deductio in domum mariti*) cuando se celebraba el matrimonio en señal de la union de los cónyuges, y de la absorcion de la personalidad de la muger por la del gefe de la familia: de aquí resultaba que el varon ausente podia contraer nupcias por medio de cartas ó de enviado, lo cual no era permitido á la muger ausente (1), segun espresa con suma concision el jurisconsulto Paulo, cuando dice: *Vir absens uxorem ducere potest; femina absens nubere non potest* (2). Por lo demas, era tan válido, tan verdadero el matrimonio que el varon ausente contraia, que caso de morir antes de reunirse á su muger debia ser llorado por esta, con lo que podia darse la anomalía de que una doncella tuviera dote y accion para repetirla (3).

A imitacion de los romanos admitió el derecho canónico y el derecho civil español el matrimonio entre ausentes, si bien ya no podemos en ellos señalar la distincion enunciada, como que la faltaron los principios característicos y especiales que dominaban en el pueblo-rey. Las Decretales y nuestras leyes de Partidas hacen mencion y autorizan la celebracion del matrimonio por procurador. Pero como quiera que el Concilio de Trento posterior á unas y á otras haya prescrito como solemnidad indeclinable para la validez del matrimonio la presencia del párroco, y declarado absolutamente inhábiles á los que de otro modo le contraigan, preciso es poner en claro si por esta disposicion se ha quitado la capacidad á los ausentes, si se ha prohibido la intervencion de procurador que les represente en un acto tan solemne é importante. Nada ha estado mas lejano de la mente de los padres tridentinos. Estos sin mezclarse en la forma bajo que se habia de prestar el consentimiento, exigieron únicamente que fuera espresado á presencia del párroco y de testigos: su objeto fué estirpar los matrimonios clandestinos, anulando todos cuantos se celebrasen sin aquella publicidad. Y ¿por ventura se defraudan tales objetos porque sea un procurador el que provisto de un poder suficiente haga cuanto se exigiria al poderdante? ¿Se deja de espresar un verdadero consentimiento, se sustraen los contratantes á la autoridad del propio párroco, se elude la presencia de este y de los testigos, se disminuye en lo mas mínimo la publicidad del acto? No ciertamente: hecha de ese modo la celebracion del matimonio, queda tan ajustada á las prescripciones del Concilio Tridentino, se hace tan conocida y manifiesta como sucederia si no se hubiera enviado procurador, y el poderdante hubiera concurrido personalmente. No ha derogado por lo tanto el Concilio de Trento el matrimonio por procurador, y si para convencerse de ello no bastaran las razones que dejamos espuestas, ni la opinion general de los intér pretes del derecho canónico y del civil, invocariamos la práctica de la Iglesia, que en el largo periodo transcurrido hasta nuestros dias, no solo ha consentido, sino que ni ha mirado desfavorablemente los matrimonios entre ausentes; y lejos de reputarlos nulos les ha dado los mismos efectos y consecuencias que los contraidos por presentes. La rectificacion posterior en nada altera estos principios.

Subsisten por lo tanto vigentes las disposiciones canónicas y civiles que contienen la forma en que los ausentes pueden contraer matrimonio; y por lo tanto debemos tratar del exámen de tan importante

(1) Ley 5, tit. 2, lib. 23 del Dig.
(2) Sentent. recept. lib. 2, tit. 19. párr. 8.
(3) Leyes 6 y 7, tit. 2, lib. 23 del Dig.

materia, á la que nos remitimos cuando anteriormente hablamos de la celebracion de los esponsales. Que los ausentes pueden contraer matrimonio por medio de personas que les representen, lo mismo que si estuviesen presentes, no arrepintiéndose el que envió el procurador antes que el otro á quien le envia haya consentido: tal es lo que disponen las leyes de Partidas (1). Mas esplícito el derecho canónico, tiene establecido que el procurador necesita poder especial para contraer matrimonio, cuyo poder no le será lícito delegar á no ser que á ello le facultara especialmente su poderdante; y que si antes que el procurador contrajese, el mandante hace revocacion, será de ningun valor el matrimonio que despues celebrara aquel, aun cuando ni él ni la otra parte contratante tuvieran el menor conocimiento de la revocacion (2). Esta Decretal de Bonifacio VIII, posterior á las leyes de Partidas, es la que debe servir para suplir las omisiones que en estas se advierten, y para fijar el sentido que parezca dudoso. No es esta interpretacion estraña ni arbitraria bajo ningun concepto; porque aunque sea cierto que el derecho canónico no tiene autoridad bastante para ser citado en la práctica en materias civiles, falla esta regla en las que al matrimonio se refieren, las cuales están sometidas á las disposiciones canónicas. Por esta razon combinando la ley de Partidas con la Decretal de Bonifacio VIII encontraremos bases sólidas sobre que desenvolver la doctrina del matrimonio entre ausentes, desarrollo en el que seguiremos las huellas de los espositores regnícolas de mas nota y criterio.

No bastará al ausente que trate de contraer matrimonio otorgar un poder general; sabido es que en el derecho es este insuficiente cuando se trata de actos y obligaciones de gravedad y de consecuencia que puedan llegar á ser perjudiciales al poderdante. El matrimonio es un compromiso de esta naturaleza: uniendo á los cónyuges para toda su vida, y llevando tras de sí deberes y cargas de mucha trascendencia, bien se concibe cuan necesario es que exija un poder especial, como ya establecieron los romanos (1). Aun puede decirse que ni siquiera es suficiente un poder especial, sino que se requiere que sea singular, especialísimo; porque nada conseguiria el ausente con encargar á un apoderado que contragese á su nombre matrimonio; semejante poder aunque dado para objeto determinado seria inadmisible, porque en virtud de él no constaria el verdadero consentimiento entre dos personas ciertas, sobre cuya base descansa el matrimonio; y así para que surta efecto el poder, el ausente tendrá que espresar primeramente su voluntad de celebrar matrimonio, y despues designar clara y especialmente la persona con la que quiera enlazarse, de suerte que no quede la menor duda sobre su eleccion espontánea.

Por lo que hace al procurador que representa la persona del ausente no puede sustituir su poder á no ser que tuviera para ello facultad especial, y en este caso determinada la persona. Es un asunto tan delicado, tan grave el de la celebracion del matrimonio, que no puede admitir la sustitucion libre del mandatario: supónese, y con razon, que en el mero hecho de haber sido este, y no otra persona, el designado por el ausente, en él se ha depositado una confianza particular, personalísima, de la que abusaria el favorecido si delegase sus facultades en quien quizás no fuera del agrado del ausente. Aseméjase este caso á aquellos en que se busca el talento, la habilidad, la industria, la probidad, la posicion de una persona, y no es por lo tanto estraño que se haya prohibido la sustitucion del poder. Por lo que se refiere al modo con que ha de contraer el matrimonio el procurador, baste decir, que ha de cumplir exacta y escrupulosamente el mandato recibido, y espresar cláramente que obra en virtud de este mandato. Nues-

(1) Leyes 15 del tit. 1 y 5 del tit. 2 de la Part. 4.
(2) Cap. 9, tit. 19, lib. 1 del 6 de Decretales.

(1) Ley 34, tit. 2, lib. 23 del Dig.

tros intérpretes aunque en último resultado se conforman con esta doctrina, aconsejan que el procurador adopte una fórmula en cuyas palabras haya un enlace mas íntimo con la persona del ausente que con la suya, y en que aparezca mas que como procurador como un mero enviado ó nuncio; así prefieren la fórma: «Antonio »te recibe por muger por medio de mí» á la de: «Yo te recibo por muger á nombre »de mi poderdante Antonio (1).» Aunque reconocemos y aplaudimos el deseo de exactitud y de escrupulosidad que ha promovido esta advertencia, no nos detenemos en ella por no ser muy interesante en la práctica.

Llegamos al punto mas importante que presenta la materia del matrimonio entre ausentes, ó sea á la regla segun la cual no surte valor alguno el matrimonio que el apoderado contrae cuando ha precedido arrepentimiento del ausente, por mas que este arrepentimiento no haya llegado á noticia del procurador ni de la persona con quien contrajo. Esto es una especialidad notable que se aparta de los principios generales, en virtud de los que carece de eficacia la revocacion del mandante cuando no ha llegado á conocimiento del mandatario, pero una especialidad que se esplica satisfactoriamente á poco que se considere la índole del acto de que se trata: el matrimonio es un contrato en que se atiende mas que en ningun otro al consentimiento, y de aquí el que los intérpretes hayan mirado al procurador en estas materias como un mensagero, como un mero instrumento y órgano, cuyas palabras son inútiles si al mismo tiempo en que se pronuncian falta el consentimiento que es el alma y la esencia del matrimonio; de suerte que este deriva su nulidad mas que de la revocacion, del mismo hecho de faltar voluntad de contraerle. Y basta reflexionar las consecuencias que seguirian de dejar en pie un enlace válido en apariencia, pero que desde su mismo orígen descansa en la voluntad de uno solo, enlace que ya repugna y pronto odiaria el ausente, para comprender con cuanta prudencia y acierto ha admitido el derecho el efecto de la revocacion con tal que preceda al acto de celebrarse el matrimonio y sin atender á ninguna otra circunstancia.

Este principio, y sobre todo el pensamiento que encierra, no debe pasar desapercibido si se ha de conocer su estension y las importantes consecuencias que de él se derivan. ¿De qué serviria, por ejemplo, que el poderdante se ligara con juramento á no hacer revocacion? Si despues, mas examinado el compromiso que iba á contraer, se convence de que debe separarse de él, si su voluntad es manifiestamente contraria al enlace que en un principio pudo parecerle conveniente, si espresa su arrepentimiento, no podrá obligársele á pasar por el acto á que procedió su procurador, siempre que haya sido anterior el cambio de voluntad. El juramento no puede surtir efecto en tales casos, porque entonces se incurriria en el absurdo de que daria eficacia á un acto que ni estaba perfecto ni consumado, sino solo pensado cuando se prestó. ¿No seria estraordinario y aun chocante que el hombre abdicara su libre albedrío, y se comprometiera á no mudar de voluntad cuando aun no ha hecho promesa alguna, cuando no ha contraido ninguna obligacion? El consentimiento en el matrimonio se exije al tiempo en que se celebra; y así como despues la falta de él no le anula, tampoco antes le puede hacer válido.

Tambien deducimos del principio que antes dejamos sentado, no ser necesaria la revocacion espresa del poder conferido para contraer matrimonio, sino que bastará que el ausente haya manifestado de cualquier modo, si bien cierto y positivo, su voluntad de desistir del enlace proyectado para que este sea nulo si con posterioridad hubiera llegado á efectuarse. Así, por ejemplo, si el ausente dió un segundo poder para casarse con otra persona, si llegó á enlazarse efectivamente, no puede caber duda de

(1) Gregorio Lopez en la glosa 8 de la ley 5, tit. 2, Part. 4, y Diego Covarruvias en su *Epitome in quartum Librum Decretalium* parte 2 cap. 6, núm. 8.

que esta revocacion, aunque tácita, es tan poderosa, quizás mas todavia que la que espresa y solemnemente hubiera podido hacerse. Tal es la doctrina generalmente seguida por los intérpretes, y que adopta tambien nuestro jurisconsulto Covarrubias (1), doctrina por otra parte que ha prevalecido en la práctica, y que tiene en su favor una constante jurisprudencia de los tribunales españoles, revelada por casos notables, algunos de los cuales cuentan no ya años, sino hasta siglos de antigüedad (2).

Pero puede suceder que á pesar de no haber habido revocacion espresa ó tácita por parte del ausente antes de la celebracion del matrimonio, existan dudas acerca de la validez de este, y dudas de bien difícil resolucion. Aludimos al caso que proponen tambien los intérpretes de que el ausente se volviera demente en el intermedio del otorgamiento del poder y de la celebracion del matrimonio. No faltan quienes suponen este matrimonio tan válido como si el ausente estuviera en cabal juicio, y aducen para probarlo ejemplos y razones. Así como el que quiere recibir el bautismo es bautizado aunque le sobrevenga demencia, así como el furioso retiene la posesion en cuanto al ánimo de poseer (1), así tambien subsiste el matrimonio del ausente. A lo cual añaden que no se requiere el consentimiento real y efectivo en el acto de la celebracion, sino que basta que exista virtualmente, como existe en el loco ausente, lo mismo que en el ausente ocupado ó dormido, á cuyo matrimonio nadie ha pensado en negar la validez. Insisten en fin en que el procurador es un mero órgano para espresar el verdadero consentimiento, esto es, el consentimiento que recibió cuando fué nombrado, que es al tiempo á que segun ellos se debe atender.

Tales son los argumentos que han discurrido varios intérpretes; pero si en otros puntos que anteriormente hemos tocado, les hemos seguido y adoptado su opinion y sus razones, en el que actualmente ventilamos tenemos una conviccion enteramente contraria. En primer lugar no vemos esa analogía que tan inoportunamente se quiere establecer entre el bautismo y el matrimonio; ambos son ciertamente sacramentos, pero separados por grandes diferencias entre las que descuella la de que el bautismo es un sacramento necesario para pertenecer al gremio de la Iglesia, lo cual por sí solo es bastante para destruir por su base la induccion que de él se hace al matrimonio. Y no es menos inadmisible e ejemplo tomado de las leyes romanas sobre

(1) En su obra citada núm. 11 de la misma parte y capítulo.

(2) A propósito de lo que esponemos, no será inoportuno referir un caso notable por las personas que en él intervinieron, por las circunstancias particulares que le acompañaron, y por la gravedad de su conjunto, todo lo cual contribuyó á darle celebridad é interés. Ocúpanse de él algunos antiguos jurisconsultos, y no creemos fuera de propósito darle lugar en nuestra Enciclopedia. Hé aquí como ocurrió el caso á que aludimos: el duque de Alba obligado por las reiteradas instancias y sugestiones de un hermano de su abuelo, dió poder para casarse con una hija del duque de Alcalá que se hallaba ausente. Desde el mismo momento del otorgamiento del poder, manifestó su disgusto bien á las claras; disgusto que aumentándose de dia en dia, le resolvió por fin á abandonar el cumplimiento del enlace á que estaba comprometido, y á contraer otro que fuera mas de su agrado. Resolvió pues casarse con una hija del duque del Infantado; y habiéndola pedido en matrimonio, quedó este pactado y resuelto. Con esta seguridad llamó el duque de Alba á su abogado para que redactara la revocacion espresa y solemne del mandato que antes otorgara; vino el letrado despues de haberse hecho aguardar toda la mañana, y por fin se estendió la solemne y formal revocacion. Pero en aquel mismo dia, y solo dos horas antes de la revocacion espresa, el procurador del duque de Alba habia celebrado el matrimonio con la hija del duque de Alcalá. Contrajolo tambien despues personalmente el duque de Alba con la del Infantado. De aquí surgió una grave cuestion iniciada por parte del duque de Alcalá: ¿era válido el matrimonio contraido por procurador, ó el contraido personalmente por el duque de Alba? Parecia por una parte que debia serlo el primero por ser anterior en tiempo, y por no hallarse aun revocado espresamente el poder del procurador; pero por otra parte parecia tambien que el segundo era válido por la voluntad decidida del duque, y por el disgusto y marcada repugnancia á cumplir con un poder que no muy á su gusto habia otorgado. El pleito comenzado se siguió por todos sus trámites y se dilucidó con gran escrupulosidad: los abogados hicieron alegaciones llenas de erudicion y de doctrina, en que tocaron todos los puntos de la cuestion, todas las circunstancias que en el caso concurrian: consultóse á los mas célebres jurisconsultos, en especial á los de Salamanca. Pero al cabo de todo, resultando plenamente probadas las influencias que habian ejercido en el ánimo del duque de Alba, y sobre todo, puesta en evidencia la revocacion tácita que con señales inequívocas habia hecho del poder, en última instancia se decidió la validez del matrimonio contraido entre el duque de Alba y la hija del duque del Infantado, y en consecuencia nulo el que se habia verificado á nombre de aquel con la de Alcalá. Así se consignó en la sentencia definitiva dictada en el año de 1593 en el Consejo del rey, por siete jueces apostólicos que habian sido electos por D. Felipe II, siendo muy de notar que la sentencia se pronunció por completa unanimidad. Esta relacion puede verse mas estensamente en el tratado *de Matrimonio* de Juan Gutierrez, canónigo de Ciudad-Rodrigo y abogado de Plasencia, que fué uno de los jueces del pleito (cap. 44); y en la obra de *Ritu nuptiarum* que escribió Francisco Molino, jurisconsulto de Lérida, el cual asegura haber visto las consultas del mismo pleito. (Lib. 1, comp. 25, núm. 25.)

(1) Ley 27, tit. 2 y párr. 4 de la 31, tit. 3 del lib. 41 del Digesto.

la retencion de la posesion. Ellas establecian que el que poseyendo comenzaba á estar demente no perdia la posesion, porque ni en un hecho ni tampoco en ninguna presuncion podia fundarse que queria abdicar la intencion de poseer; y si el derecho no hubiera adoptado ese principio, grandes perjuicios hubieran sobrevenido al que tuvo la desgracia de caer en demencia: de quitarle esa posesion hubiérale sido despues imposible el recuperarla. Pero ¿es esto lo que sucede respecto al matrimonio del ausente furioso? ¿Estaba ya casado, así como el otro demente estaba ya en posesion? ¿pueden sobrevenirle aquellos perjuicios, impidiéndole que cuando recupere la razon vuelva á casarse? Y sobre todo la incapacidad de prestar ó de revocar el consentimiento en la posesion, ¿puede entrar en parangon con esa incapacidad en el matrimonio? Cierto es que el dormido tampoco tiene su atencion al tiempo en que el apoderado contrae por él; pero el furioso sobre no tenerla, está incapacitado para ello; y entre ambas cosas hay una inmensa distancia que no se puede quitar sin incurrir en el absurdo. Ni se alegue que el procurador es un mero instrumento, un mero anuncio; porque de esto se deduce todo lo contrario de lo que pretenden los que parten de ese principio, á saber, que se atiende al tiempo de la celebracion para conocer el consentimiento y en manera alguna al tiempo del otorgamiento del poder. Hay mas todavia: los intérpretes á quienes combatimos han caido en una verdadera contradiccion: defienden por una parte que la revocacion espresa ó tácita del ausente, anterior al matrimonio, le invalida aunque no sea conocida, porque se fijan en la falta de consentimiento al tiempo de la celebracion, y prescinden del tiempo en que se dió el poder; al paso que por otra parte defienden la validez del matrimonio del ausente furioso, porque se fijan en la existencia del consentimiento al tiempo en que se dió el poder, y prescinden del tiempo de la celebracion.

En suma, nosotros vemos en la cuestion propuesta dos hechos innegables: uno que el consentimiento del ausente no ha sido revocado, otro que cuando el procurador está verificando el matrimonio el poderdante se halla inhábil para dar el consentimiento, que es la esencia de aquel acto, y ni siquiera puede comprender qué es lo que pasa á su nombre y se está haciendo, ni siquiera recordar lo que él hizo. No ya las leyes ni la equidad, sino el sentido comun se revelaria contra la validez de un acto en que exigiéndose dos voluntades, ni hay ni puede haber mas que una. Pero los intérpretes no solo cayeron en este error, sino que llegaron á hacer alarde de una opinion que aunque fuera conforme al derecho debieron abandonar como repugnante y que mengua la dignidad del hombre, la del contrato y la del sacramento. ¿Cómo podria nunca autorizarse la validez de un acto en virtud del cual el que unió su consentimiento al del procurador reciba en vez del esposo á que aguarda, un sér miserable que solo tenga de hombre la figura? ¿No seria esto dar mas fuerza á la ficcion que á la verdad? Demos el valor y la significacion que en sí tienen á los vínculos conyugales y abandonemos opiniones abortadas por el error y antipáticas á los buenos sentimientos de la humanidad.

Hemos ya esplicado el medio que el derecho reconoce y admite para que los ausentes puedan contraer matrimonio. Visto que este medio es de otorgar su poder especial, y cumpliéndose los demas requisitos que quedan manifestados, debemos ahora examinar si habrá otro medio análogo igualmente legítimo para efectuar el matrimonio de los ausentes. A nuestro entender no le hay: así el derecho canónico como el civil, no mencionan sino el de procurador. Hacer una interpretacion lata para idear otro medio seria inútil, arbitrario y peligroso; inútil, porque existiendo ya el medio válido del procurador al que ninguno está impedido de apelar, ¿á qué introducir otro que no podria dar resultado mas ventajoso? Arbitrario, porque á pretesto de interpretacion se induciria una verdadera novedad en que no pensó, ó que quiso re-

chazar el legislador; peligroso en fin porque el medio que se quisiera introducir en la práctica necesitaria reglas sobre su uso, como hemos visto que las necesita el de procurador, y esas reglas serian ilusorias, dado caso que se fijaran, y darian solo ocasion á las dudas sin término de los intérpretes. Por esto creemos que actualmente no sea válido el matrimonio por cartas que algunos conceptúan tan legítimo como el contraido por procurador: verdad es que el Derecho romano le tenia admitido, pero por lo mismo no es sostenible entre nosotros; aquel derecho hacia de él mencion espresa (1), al paso que el nuestro y el canónico guardan completo silencio; por otra parte es sabido que el Derecho romano no tiene autoridad sino en cuanto está adoptado por las leyes nacionales. Y aun los mismos autores que admiten la validez del matrimonio por cartas, se ven en la necesidad de confesar que es mas cuerdo y seguro contraerlo por procurador.

Terminada ya la materia de la celebracion del matrimonio entre ausentes, pasemos á considerar los efectos principales de la ausencia una vez verificado el matrimonio. No hay para qué detenerse en esplicar cuando existirá esta ausencia: fácilmente se comprende que se atiende al domicilio del marido, porque la muger desde que se casa no le puede tener por sí; siempre, pues, que el marido ó la muger estén en otra parte, serán reputados por ausentes.

Veamos primeramente como influye la ausencia en la percepcion y division de los gananciales. Conceptúanse como tales los bienes que el marido y la muger compraren ó ganaren *de consuno* (2) *estando en uno* (3), *estando de consuno* (4); estas palabras de que nuestras leyes se valen, indican ciertamente algo mas que la mera celebracion del matrimonio, porque si esto solo significaran serian una redundancia vana despues de hablarse de los cónyuges y calificarlos con los nombres de marido y muger, No pueden por lo tanto significar mas que la union de los cónyuges bajo un techo comun, su mútua cohabitacion, la coparticipacion de sus respectivas fortunas; interpretacion adoptada por los mas juiciosos intérpretes, tales como Covarruvias (4) y que se adapta perfectamente á los motivos y á la índole de la institucion de los gananciales. La ausencia, segun se deduce de lo que decimos, puede ser causa de que los frutos de los bienes de los cónyuges y las adquisiciones que hagan sean propiedad esclusiva de cada cual sin tener el concepto de gananciales, sin dividirse entre ambos. Pero es menester no partir de ligero, ni encerrarse en principios absolutos, no sea que á toda ausencia se atribuya la suspension de la sociedad de gananciales, cosa que á nuestro juicio seria un error que si en todo rigor podria hallar apoyo en la letra de la ley, falsearia por completo su espíritu y su razon.

Cuando aunque se ha contraido matrimonio los cónyuges están ausentes, y no se han reunido ni comunicado sus bienes, cuando los patrimonios de cada cual subsisten con la misma independencia que antes del casamiento, cuando tanto uno como otro viven esclusivamente por su cuenta, falta el motivo y el fundamento de los gananciales. Lo que produzcan los bienes será accesion de estos bienes; lo que uno ú otro compren, suyo será por completo; así pues la ausencia tiene en suspenso la sociedad legal, porque esta no es consecuencia de la mera celebracion del matrimonio, sino de la reunion de las personas y de los bienes.

Pero y en el caso de que, ya reunidos, se ausente alguno de ellos, ¿se volverá á suspender la percepcion y division de los gananciales? Entendiendo literalmente las frases «estando en uno, estando de consuno» parece que deberiamos sacar aquella consecuencia. Sin embargo este caso es esencialmente distinto del que anteriormente propusimos; ya las personas

(1) Ley 5, tit. 2, lib. 93 del Dig.
(2) Ley 1, tit. 3, lib. 3 del Fuero Real.
(3) Ley 205 del estilo.
(4) Ley 1, tit. 4, lib. 10 de la Nov. Recop.

(4) *Epitome quartum librum Decret.* parte 2, cap. párr. 1, num. 6.

de los cónyuges se reunieron, aunque despues se han separado momentáneamente; y sobre todo ya se comunicaron las fortunas, surtieron su efecto los pactos matrimoniales, y esa comunicacion, esos pactos no se alteran de modo alguno por la ausencia que despues sobrevenga. Así es como las palabras *estando de consuno*, de que el derecho se vale, ni son tan latas que se refieran á la mera cualidad de cónyuges, ni tampoco estrictas hasta tal punto que requieran para la existencia de los gananciales la union constante y nunca interrumpida de las personas. Adoptar esta última inteligencia seria á nuestro entender perjudicial é injusto; puesto que un cónyuge, sabiendo que ausentándose hacia esclusivamente suyo cuanto adquiriese, tenia el medio mas seguro de defraudar al otro, apartándose de su lado cuando estuviera próximo el feliz éxito de su industria ó especulaciones, y esta desigualdad seria contraria á la índole del matrimonio, produciria recelos continuos entre los cónyuges aflojando los vínculos que deben de unirlos, ademas de ser un manantial perenne de dificultades, de continuas vicisitudes é incertidumbres y de litigios odiosos.

Averiguado ya hasta qué punto influye en la sociedad legal la ausencia de uno de los cónyuges, veamos los efectos que surte la del marido, como gefe de la administracion de los bienes del matrimonio, y cabeza de la familia, ó lo que es lo mismo, veamos cómo varía la consideracion legal de la muger cuando su marido se ausenta. Si esta ausencia fuese corta y durante ella no ocurriera un negocio que interese concluir sin pérdida de tiempo, el marido, aunque ausente, es conceptuado como presente, y por lo tanto de tan insignificante ausencia, no se ha ocupado el derecho. Pero si no se esperase pronto el regreso del marido ó corriera peligro en aguardarle, el juez, con conocimiento de causa y averiguando su legitimidad, necesidad ó provecho, puede dar á la muger licencia para cuanto el marido tendria facultad de dárse-la, y lo que la muger hiciere autorizada de esta manera, será válido y subsistente (1). Hé aquí como nuestro derecho ha provisto á las necesidades y negocios del matrimonio, cuando falta el que hace cabeza en él, prueba elocuente que confunde á quienes pretenden rebajar la condicion de la muger y la creen incapaz de dirigir los negocios domésticos. El derecho español no ha admitido esa incapacidad: lo único que ha admitido, y esto debia admitirlo, es el principio de órden en el matrimonio, el cual exige la subordinacion y dependencia de la muger al marido; por esto, mientras este se halla presente, nada puede hacer aquella de lo que sea capaz de perjudicar á la sociedad legal, sin su licencia; por eso cuando se ausenta por largo tiempo, ó si hay razones de urgencia, aunque la ausencia sea breve, como que exigir su licencia seria perjudicial á veces, y siempre embarazoso, la ley ha dado al juez una intervencion protectora en la familia para que reemplace al marido y otorgue la licencia que él deberia otorgar, para que de este modo se precavan los daños y perjuicios que la paralizacion de los negocios traeria al matrimonio.

Es esta materia demasiado importante para que prescindamos de esclarecerla como conviene, y así penetraremos en el verdadero sentido de la ley de Toro ya citada, en que se contiene toda ella, fijando cuando comienza la facultad de otorgar la licencia que se concede al juez, cómo deberá usar de esa facultad, dentro de qué límites se contiene, y en fin, los efectos que produce la licencia en virtud de la que obre la muger.

Siempre que se trata de llevar á cabo contratos ú otros actos que interesa concluir con urgencia, y de cuya dilacion pudiera seguirse perjuicio, puede la muger acudir en solicitud de autorizacion al juez y el juez debe concedérsela; este es un caso en que no se ha de atender á la brevedad ó prolongacion de la ausencia: basta que

(1) Ley 15, tit. 1, lib. 10 de la Nov. Recop.

corra peligro en la tardanza y no esté presente el marido. Pero aparte de esto, la ley habla de las ausencias, en que no se espera un próximo regreso; lo cual puede suceder primeramente si se ignora el paradero del ausente, y no se tienen noticias de él, porque así como es posible que aparezca en su domicilio en breve, es tambien posible, y aun puede ser probable, que no se efectúe su regreso sino hasta despues de largo tiempo; y en esta incertidumbre, siempre resulta que no hay fundamento para aguardar una pronta vuelta. Aunque el paradero del ausente sea conocido, si á pesar de esto hubiera emprendido un largo viaje y se encontrara en punto muy distante, puede de la misma manera tener lugar la autorizacion de la muger, puesto que á proporcion de la distancia ha de ser larga la vuelta. En fin, aun en el caso de hallarse el marido ausente en parage cercano, tendria igual facultad la muger, puesto que pudiera suceder que el marido se hallara ocupado en asuntos de tardía conclusion que no le fuera posible desatender. Todo esto sin duda ha querido comprender la ley al mencionar al ausente que «no se espera de próximo venir.» Mientras tanto notemos, que este caso y el anteriormente mencionado del peligro en la tardanza, no se espresan en la ley de una manera copulativa, sino disyuntiva, observacion que ahorra de cuestiones impertinentes y supérfluas: de suerte que aun cuando no corra peligro en la tardanza, si no hay esperanza de pronto regreso, podrá y deberá la muger ser autorizada para administrar, contratar, etc.; y no podia menos de haber sido este el espíritu del legislador, pues de otro modo faltaria en el matrimonio una cabeza, un gefe, un administrador que velara por sus intereses y por la direccion de la familia.

Respecto á los negocios para cuyo seguimiento necesita la muger impetrar la autorizacion, parécenos evidente la inteligencia de la ley de Toro que estamos examinando, y la perfecta armonía que guarda con otras de la misma coleccion, referentes á la autorizacion de la muger por el marido. Para contraer obligaciones, hacer renuncias y transacciones, presentarse en juicio, en una palabra, para todo aquello que no podria hacer estando presente su marido sin obtener licencia de este, para todo eso necesitará la autorizacion judicial; y por el contrario, todo lo que ella podria hacer presente su marido, por sí y ante sí, porque no cabe perjuicio próximo ni remoto para el marido, ni para la sociedad conyugal, como por ejemplo, aceptar una herencia á beneficio de inventario, recibir donaciones, etc., todo esto podrá tambien hacerlo ausente el marido sin necesidad de recurrir al juez. Es esta doctrina cierta y segura, como que se funda en la misma ley que no ofrece duda alguna cuando dice, que el juez puede dar á la muger la licencia «que el marido le habia de dar.» Así, conformarse con las leyes que de esta hablan y comprenderlas en su espíritu, y sin embargo, no comprender igualmente la de que tratamos que tan estrecha conexion y correlacion guardan entre sí, es cosa inconcebible, á no dejarse llevar los que así proceden de un censurable prurito de presentar cuestiones y proponer dificultades infundadas y aéreas, con que confundir leyes claras de suyo con poco miramiento al legislador.

Tambien la ley ofrece pauta bastante segura al juez cuando se implore su oficio por la muger. Su principal cuidado ha de dirigirse escrupulosamente á que la informacion, base del otorgamiento de la licencia, comprenda todos los estremos necesarios y que estos estremos aparezcan suficientemente probados. Tanto por la naturaleza de estas autorizaciones, como por tratarse de ausentes, será muy conveniente, y así lo ha reconocido la práctica, que se cite al promotor fiscal y que se oiga el dictámen que este emita, como antes se hacia con los procuradores síndicos, garantía de mayor acierto en asuntos que tocan tan de cerca á las familias. La informacion, segun de la ley se infiere, habrá de versar primeramente sobre la certeza de la ausencia segun hemos esplicado esta, y despues sobre el conocimiento de causa verdadera que sea

legítima, necesaria ó provechosa á la muger; si ambos estremos, que á veces tienen tanto enlace que llegan á confundirse, aparecieren suficientemente probados, el juez procederá á otorgar la competente autorizacion, que tanto puede ser especial como general, segun la naturaleza del caso lo exija; si no apareciere esta prueba, será denegada la peticion de la muger. Algunos de nuestros intérpretes, como Palacios Rubias y Acevedo, hablan de la conveniencia ó necesidad de que el juez en ciertos casos, antes de conceder la autorizacion á la muger, requiera al marido para que la conceda, y que solo la otorgue si la denegacion es injusta; pero creemos que en esta parte se olvidan de que se trata de un acto de jurisdiccion voluntaria y de sumaria resolucion, y sobre todo de un negocio civil en el que el juez no puede proceder de oficio á dar pasos semejantes. Desde luego, y esto lo reconoce el mismo Acevedo, cuando hubiere peligro en la tardanza, ó cuando se ignorare el paradero del ausente, ó cuando la ausencia fuera á lugar lejano, seria imposible ó perjudicial por la dilacion que el juez requiriera al marido; y así procede únicamente que conceda ó deniegue simplemente la autorizacion, segun los méritos que la informacion y las circunstancias del caso requieran. Pero nosotros ni aun en el caso de que sin haber peligro en la tardanza no haya de regresar en breve el marido, admitimos la necesidad ni la conveniencia de que el juez haga á este intimacion alguna, antes por el contrario, creemos que esta seria un paso embarazoso que no cabe dentro de la ley ni es conciliable con el sistema que en la materia adoptaron las leyes de Toro. ¿Qué es la hipótesis que proponen los intérpretes, única á que se concretan y á que podian concretarse, sino el mismo supuesto de la ley que examinamos, esto es, la ausencia en que no se espera el pronto regreso aunque sea en paraje no lejano? Y por ventura, ¿hay alguna frase, alguna palabra en la ley que haga deducir el prévio requerimiento del marido? ¿Se habla de otra cosa sino del conocimiento de causa, en que ciertamente no entra ese requerimiento? Por otra parte, no fueron tan poco previsores los legisladores de Toro que pueda presumirse que dejaran de mencionar esa diligencia si la hubieran conceptuado conveniente, cuando en otra de sus leyes hablando del marido presente que se niega sin razon á dar la licencia, atribuyeron facultad al juez de otorgarla, y al efecto encargan que antes requiera y compela al marido. Ademas, aun en el supuesto de que fuera conveniente conocer antes la voluntad del marido, no seria al juez á quien corresponderia hacer esta indagacion, sino á la muger que es la directamente interesada, la cual si no obtenia la licencia acudiria al juez, y este entonces solo podria requerir al marido, no en virtud de una solicitud de licencia por parte de la muger, sino por consecuencia del recurso que esta entablara contra la denegacion injusta. Insistimos, pues, en que no es necesario ni oportuno que se haga intimacion alguna al marido, puesto que este es reemplazado por el juez durante su ausencia. Lo que sí creemos conveniente es que en caso de que se dude si la ausencia va á terminar pronto ó á dilatarse, y siempre en el supuesto de que no haya peligro en la tardanza, señale el juez un término prudencial para aguardar al marido, cuyo término fenecido, si siguiera ausente, conceda la licencia solicitada por la muger.

Hasta aquí hemos visto que la licencia del marido y la autorizacion del juez tienen gran semejanza, y que ambas, cada cual en su caso, se dirigen á igual objeto y recaen sobre igual materia. Sin embargo, tambien habrá podido notarse una diferencia, á saber, que á la licencia del juez debe preceder una informacion y un conocimiento de causa que no se necesitan cuando el marido autoriza. A esta diferencia, cuyo motivo no necesita esplicarse, porque desde luego se percibe, debemos añadir ahora otra mas interesante y trascendental. El marido puede ratificar lo que hizo la muger cuando debiendo obtener su licencia, obró sin ella;

pero el juez no puede ratificar lo que en ausencia del marido hiciera la muger sin autorizacion judicial. Así, pues, la autorizacion del juez está reducida á mas estrechos límites que la licencia del marido; de ello convence palpablemente no solo la letra, sino el espíritu de la ley. Esta no habla de ratificacion, sino solamente de licencia otorgada por el juez, prueba evidente de que aquella está escluida y prohibida por la ley; ademas, exigiéndose para que el juez dé la licencia conocimiento prévio de causa, requisito que la ley prescribe como esencial, no puede tener lugar la ratificacion porque versa sobre hechos consumados. Así los actos celebrados por la muger en ausencia de su marido, por este y por nadie mas son ratificables, lo cual es tanto mas justo cuanto que ya no se trata sino de un hecho verificado que ha de haberle sido ventajoso ó perjudicial, y cuya apreciacion queda reservada esclusivamente á su juicio; á él pues, toca decidir si pasa ó no por los actos que llevara á cabo su muger, si los ratifica ó quedan nulos.

Pero si en esto el marido es libre en aprobar ó desaprobar, no así respecto á los actos de la muger para que obtuvo la autorizacion judicial, los cuales adquirieron desde entonces tal validez y eficacia, que no pueden ser impugnadas ni por los que con ella contrataron, ni por otros estraños, ni por el mismo marido. Esplícita está la ley: dada la licencia por el juez «vala como si »el marido se la diese.» De suerte que la personalidad de la muger está completada é íntegra; y así como el marido cuando está presente, una vez dada su licencia no la puede revocar respecto á los casos verificados y tiene que pasar por ellos, lo mismo sucede cuando durante su ausencia el juez ha prestado autorizacion. Decimos mas: aun en el caso, no probable, atendida la informacion que debe preceder, de que un contrato celebrado por la muger autorizada por el juez resultara perjudicial, no podria ser rescindido ni desaprobado por el marido, porque lo mismo sucederia si él mismo hubiera dado su licencia. Esto es lo que se deduce del principio que la ley consigna.

Pero para evitar las cuestiones que con este motivo pudieran suscitarse, las dilaciones que son inevitables cuando se trata de recurrir al juez, las dudas que puede tener la muger acerca de la necesidad de la licencia judicial, y para precaver los muchos conflictos análogos que pudieran sobrevenir, parece lo mas conveniente y seguro que cuando el marido se ausente cuide la muger de proveerse de una autorizacion dada por este en términos generales, con la que desde luego quede hábil para proveer á las necesidades de la administracion de la sociedad conyugal, y al cuidado y prosecucion de los negocios que pueden surgir ó que están pendientes. Este medio sin duda es el mas provechoso, no tanto á la muger sino al marido.

Sobre la misma materia acerca de que versa la ley de Toro que dejamos esplicada, existe en el derecho aragonés una disposicion muy notable que debemos consignar. Cuando el marido se encuentre ausente, la muger conserva, administra y está al cuidado de sus bienes, á no ser que él hubiera dejado al efecto un procurador especial (1). No hay necesidad de entrar en esplicacion de una regla que se presenta con la suficiente claridad; segun de ella misma se deduce la muger no podria ser escluida de la administracion por el apoderado que hubiera dejado el marido provisto con un poder general; y tambien parece, aunque no se esprese, que la observancia aragonesa debe entenderse dada para el caso de una ausencia de alguna consideracion; pues que si fuera corta y transitoria el marido mas que ausente deberia suponerse que estaba presente, y no seria útil ni necesario que la muger tomara la administracion de los bienes del matrimonio. Asimismo es digna de tenerse presente una advertencia que han hecho los intérpretes y espositores del derecho de Aragon, reducida á que la autorizacion lata que á la muger se concede no

(1) Observ. 37 *Jure dotium*, tit. 4, lib. 5.

es estensiva á la adicion de una herencia que estuviera deferida al marido ausente, y para justificar esta escepcion suele darse por motivo, que los bienes en que consista la tal herencia, no son propiamente bienes del marido todavia, no forman aun su patrimonio, á cuyo patrimonio y bienes propios se circunscribe la facultad concedida á la muger segun la letra de la referida observancia. Comparando ahora la disposicion de Aragon con la de Castilla, nos agrada mas la primera como mas conforme á la dignidad de la muger y á la naturaleza del matrimonio. Indudablemente es preferible que, puesto que se parte de la capacidad de la muger, entre esta á administrar desde luego y por ministerio de la ley, que el que se la obligue á implorar la autorizacion del juez abriéndose una informacion prévia. El adoptar este segundo medio parece que envuelve cierta desconfianza, cierto recelo que no cuadran bien á la presuncion que debe tenerse en este punto, de que la muger sabrá corresponder á la posicion que ocupa en la familia, y mirar con celo y con acierto por los intereses del marido, que son los suyos propios y los de sus hijos. Pero necesario es confesar que la ley de Castilla tiene toda la amplitud y elasticidad que la de Aragon, aunque esta al parecer avanza mas, puesto que solo prescribe el conocimiento de causa necesaria, legítima ó provechosa á la muger, con lo cual el juez no tiene obstáculo para conceder una autorizacion general y que comprenda todos los actos de administracion, la misma que el marido pudiera haber concedido si estuviera presente. Así, pues, en la forma, no en el fondo, encontramos mas aceptable la legislacion aragonesa que la castellana.

Réstanos para concluir de tratar los efectos mas principales de la ausencia de los cónyuges, hacernos cargo de una cuestion de grande importancia: ¿habrá algun caso en que la ausencia de un cónyuge autorice al otro para volverse á casar? Si se admite ese caso, ¿qué efectos producirá el segundo matrimonio? Para tratar este punto con claridad examinaremos sucesivamente el Derecho romano, el canónico y el español, procurando despues fijar una opinion segura y apoyada en consideraciones exactas.

El Derecho romano ofrece en esta parte á la consideracion del que no se contenta con estudiar superficialmente, distintos periodos y con ellos distintos principios que deben distinguirse cuidadosamente, si bien por desgracia han sido generalmente confundidos. A nuestro entender deben separarse dos épocas, de las que una concluye y otra empieza en tiempo del emperador Justiniano. La primera, pues, comprende el derecho del Digesto, el del emperador Constantino, y el primer periodo del de Justiniano. La otra comprende el segundo periodo del Derecho justinianeo y una novela del emperador Leon. A nuestro juicio esta distincion es la mas oportuna para apreciar el verdadero espíritu y desarrollo del Derecho romano, porque creemos que la division de épocas, por lo menos en puntos determinados, no debe hacerse por la sucesion de reinados, ó por los cambios políticos: esto seria quizás mas simétrico, pero mas arbitrario: allí donde cambian y se renuevan los principios fundamentales de legislacion, donde un derecho cae para ser sustituido por otro de diferentes tendencias, allí están los puntos culminantes, las señales seguras para trazar en cada materia especial la division de épocas.

Consultando el Digesto, hallamos fragmentos que convencen del siguiente principio: el matrimonio se disuelve por el cautiverio de uno de los cónyuges; así la muger del cautivo aunque quiera contarse entre el número de las casadas, aunque permanezca en la casa del cautivo, no está ligada con el vínculo de las nupcias (1). Solo las consideraciones reverenciales que concurrian en el matrimonio del patrono con la liberta, hacian modificar aquel principio (2). Por lo demas la disolucion del matrimonio no se efectuaba por la simple

(1) Ley 1, tit. 2 y 56, tit. 3 del lib. 24, y párr. 4 de la ley 13, tit. 15, lib. 49 del Dig.
(2) Párr. 6 de la ley 45, tit. 2, lib. 23 del Dig.

desgracia de caer el cónyuge en cautiverio, de suerte que desde entonces pudiera el que quedaba libre pasar á unas segundas nupcias: ínterin sabia este que el cautivo vivia, no le era lícito dejar unos vínculos que estaban subsistentes; pero si habia incertidumbre sobre si era vivo ó muerto el cautivo, sin obstáculo podia contraerse el segundo matrimonio, luego que hubieran trascurrido cinco años, disposiciones que no solo se concretaban al caso del cautiverio de la muger, sino que tambien comprendian al marido cuando su muger caia en poder de los enemigos (1). La adopcion del cristianismo como religion del imperio parece que debia exigir el completo trastorno de todo este derecho, y adoptándose la base de la indisolubilidad del matrimonio, hacer de ella otras aplicaciones esencialmente distintas: mas no fue así; antes bien se conservó el antiguo principio aunque modificando su desarrollo, en lo que no hubo ninguna contradiccion, puesto que la potestad civil legisló entonces acerca del matrimonio en cuanto á su concepto de contrato, sin dependencia alguna de la potestad eclesiástica á la que corresponde bajo el concepto de sacramento. Así fue que el emperador Constantino, ya abrazada la religion cristiana, dió una constitucion en virtud de la cual podia la muger libertarse del matrimonio y pasar á contraer otro, en el caso de que hubieran transcurrido cuatro años sin tener noticia de la vida de su marido que partió á una espedicion militar, siempre que hubiera acudido con demanda al gefe del ejército, y su segundo enlace fuera público y manifiesto (2). Como se vé esta disposicion no afectó en nada al derecho que está consignado en el Digesto, puesto que aquella habla de los militares que se ausentan siguiendo sus banderas; y este hacia relacion al caso de cautiverio. Tal era el estado del Derecho romano cuando ocupó el sólio el emperador Justiniano, que afanoso de legislar no dejó de tocar á la materia que examinamos. Y en un principio siguió las huellas del derecho ya vigente, estableciendo respecto de los cautivos que ínterin fuera manifiesta al cónyuge su existencia no se disolvia el matrimonio, pero sí podia contraer un segundo cuando hubieran pasado cinco años sin haber recibido noticia de su vida ó de su muerte (1), todo lo cual ya se hallaba así anteriormente dispuesto, segun dejamos manifestado. Respecto á los ausentes por el servicio militar, hizo una innovacion en la constitucion de Constantino, porque si bien conservó la base en que descansaba, amplió á diez años el término de cuatro, que le pareció demasiado breve para que se considerara disuelto el primer matrimonio y pudiera contraerse legítimamente otro nuevo (2).

Pero no tardó Justiniano en innovar su propio derecho, adoptando acerca de la disolucion de los matrimonios por ausencia de un cónyuge principios muy distintos, y mejor diremos, opuestos diametralmente á los que hasta entonces venian rigiendo: entonces comenzó otra nueva época. No permitió que el matrimonio se disolviese por cualquier número de años que estuviera ausente el cónyuge en espedicion militar, no ya aunque se supiese que vivia, sino aun cuando hubiera completa incertidumbre de su existencia; y por mas que llegase á saber que habia muerto, todavia la muger debia acudir á los archiveros ú otros empleados análogos del ejército en que militaba su marido para obtener un testimonio jurado de su muerte, despues de todo lo cual aun debia dejar pasar un año hasta poder contraer nuevo matrimonio, pues de lo contrario incurria en adulterio. Y en el caso de que el testimonio resultase falso y se presentase el marido, este era libre en reunirse de nuevo á su muger (3). Así el derecho habia sufrido un cambio radical, una completa reforma: sin embargo, aun faltaba desarrollar en toda su estension la

(1) Ley 6, tit 2, lib. 24 del Dig.
(2) Ley 7, tit. 17, lib. 5 del Cod.

(1) Cap. 7 de la Novela 22.
(2) Cap. 14 de la Novela 22.
(3) Cap. 11 de la Novela 117.

nueva base, y aplicar á los cautivos lo que respecto á los ausentes en espedicion militar se habia establecido; y esto fué lo que hizo el emperador Leon, quien prohibió al cónyuge pasar á segundo matrimonio por mucho tiempo que trascurriera del cautiverio del otro cónyuge, á no tener una prueba fehaciente de que habia muerto, aplicando al caso de cautiverio las mismas disposiciones dictadas por Justiniano para el de espedicion militar (1). De esta manera el Derecho romano despues de varias vicisitudes vino á desechar, á estirpar el principio por mucho tiempo vigente de que la ausencia incierta podia llegar á disolver el matrimonio, y á autorizar la celebracion de otro nuevo.

Veamos ahora qué es lo establecido por el Derecho canónico. Desde luego se comprende su espíritu; no siendo otra su base que la consideracion del sacramento, y por tanto la indisolubilidad, ha debido rechazar, y con efecto ha rechazado, la conclusion del matrimonio por ausencia de uno de los cónyuges. Ya de antiguo lo sintieron así los padres de la Iglesia, y lo digeron con toda claridad: «aquella mujer cuyo marido »ha partido y no parece, si se une, antes »de haberse cerciorado de su muerte, á »otra persona, comete adulterio» (2). En esta máxima emanada directamente de la doctrina de Jesucristo, descansa tambien la legislacion canónica que nos muestran las Decretales. El matrimonio permanece subsistente por mucho que sea el tiempo trascurrido desde la ausencia del cónyuge y en el que no se tenga conocimiento de si vive ó ha muerto, cualquiera que sea la edad, el temperamento ó las circunstancias de las personas, y que solo cesa cuando conste la muerte de una manera cierta; pero como pudiera suceder que un cónyuge creyendo bastante fehacientes las noticias recibidas pasara á segundo enlace, y que ya ligado con este nuevo vínculo aun dudara de la subsistencia del primero, el Derecho canónico no reduciéndose en esta materia delicada á los límites del foro esterno, recomienda que el cónyuge otorgue, pero no pida á su consorte el débito conyugal. Y si celebrado el segundo matrimonio constase despues la vida del ausente que se creyó muerto, no cabe duda que el subsistente es el primer consorcio, quedando sin efecto el segundo que por la existencia del antiguo esposo, mas que un vínculo conyugal ha sido su lazo adulterino (1). Tal es la doctrina de la Iglesia y la constantemente profesada como consecuencia lógica, forzosa é indeclinable del carácter de sacramento que acompaña al matrimonio.

Y este es tambien sustancialmente el espíritu que prevalece en nuestro derecho: tampoco ha considerado el carácter de contrato, sino principalmente el de sacramento, cosa bien natural, siendo ese derecho el de una nacion tan apegada á la religion católica, y en la que casi siempre ha sido admitida como religion esclusiva del Estado. Si consultamos el Fuero Juzgo, encontraremos ya en él la huella del cristianismo profundamente trazada por los mas ilustrados prelados que contaba entonces la cristiandad: mándase que ninguna muger se case con otro marido cuando el suyo esté ausente, hasta que sepa ciertamente la muerte de este, cuyo conocimiento tambien debe tener quien con ella se case (2). Esta disposicion, como otras tantas del Código visogodo, se halla reproducida en el Fuero Real, si bien este insiste mas en que el que case con la muger del ausente apure cuantos medios estén á su alcance para obtener seguridad de la existencia ó de la muerte de aquel cuyo lugar va á ocupar (3). Quizás las leyes de Partidas no han exigido tan esplícita y rotundamente la importante garantía de la muerte del ausente: porque si bien no reconocen en manera alguna que sea suficiente motivo para arriesgarse á segundo

(1) Nov. 35 del emperador Leon.
(2) Can. 31 de la epistola canonica de San Basilio á Amphiloco.

(1) Cap. 19 del tit. 1 y 2 del tit. 21, lib. 4 de las Decretales.
(2) Ley 6, tit. 2, lib. 3 del Fuero Juzgo.
(3) Ley 11, tit. 1, lib. 3 de id.

matrimonio la incertidumbre, la duda de la vida del ausente, se contentan para eximir á la muger de la nota de adúltera con que esta tenga noticias de la muerte por alguna persona que merezca crédito (1). Las Ordenanzas reales de Castilla trascribieron sin variacion importante la ley del Fuero Real (2), y los Códigos posteriores no nos ofrecen disposicion alguna sobre segundo matrimonio por ausencia, sino que hablan en general de los que se casan sin haberse disuelto los primeros vínculos, esto es, de los adúlteros y de los bigamos.

Por la reseña que del derecho patrio dejamos trazada se ha podido notar que solo se ha concretado á legislar acerca del marido ausente; pero esto no es obstáculo á que se hagan estensivas sus disposiciones al caso en que la muger fuera la que se ausentara. La igualdad del matrimonio, el espíritu del legislador, y el testo de los Cánones que en tales materias gozan de autoridad, inducen á creerlo así. Por lo demas, aunque la base que el derecho español tiene adoptada es bien segura y evidente, tenemos aun que hacer algunas observaciones que conduzcan á la buena deduccion de sus consecuencias.

El punto principal que es como la llave de esta cuestion, se reduce á saber cuando existirá motivo suficiente para que un cónyuge crea fundadamente que está disuelto su matrimonio y que por lo tanto puede contraer otro nuevo; es decir, cuando habrá certeza de la muerte del ausente. Una sencilla consideracion nos debe hacer muy cautos y rigoristas, en cuanto á la facultad de proceder á un segundo enlace; supóngase el caso, tanto mas posible cuanto menos sean las seguridades de la muerte del ausente, que este viva y quiera volver á su antiguo hogar, ¿qué sucederia entonces? él creerá encontrar realizado un adulterio y de hecho verá ocupado su tálamo por otra persona; al paso que á sus hijos se habrán quizás reunido como hermanos otras personas para él estrañas: de aquí los mas graves conflictos, los mas fecundos gérmenes de discordias, la confusion en la familia, y en una palabra, la infelicidad así del nuevo consorte como del ausente y del presente. Reflexiónese bien en semejante situacion, y no podrá menos de admitirse en interés de las familias y de la sociedad entera la esclusion de todos aquellos medios que no conduzcan á la mas completa seguridad, á la evidencia. Los indicios, las presunciones, las probabilidades, todo esto, como que puede dejar todavia cierta duda y desconfianza, debe rechazarse y solo admitirse aquello que convenza, que deje satisfecho el ánimo, en una palabra, la prueba plena; y á nuestro entender, todo cuanto sea menos que prueba plena, por mas que se garantice y se combine, por mas que se invoque el prudente arbitrio judicial, es no solo insuficiente sino hasta peligroso, como que por ello quizás lo que en apariencia pasara por un segundo matrimonio, fuera en realidad la profanacion del primero, el adulterio. Si para actos de menos trascendencia se exige una prueba plena, contentarse con la semiplena en el matrimonio, seria un contrasentido, un caprichoso absurdo. Por esto desechamos la fama pública, la noticia de un solo testigo, el trascurso de cierto número de años por largo que sea sin recibirse noticias, y cuanto tenga semejante carácter de conjetura, de mera probabilidad.

De este modo nos parece sostener la doctrina mas segura y prudente: sin embargo, por fuertes que sean las razones que la recomiendan, por mas que el derecho canónico exija la completa certeza, por mas que esta certeza igualmente se requiera en nuestras leyes antiguas, todavia en las de Partida se dá á entender que con pruebas semiplenas puede un cónyuge pasar impúnemente á segundo matrimonio; porque aun que para estos casos creamos inaplicable la presuncion de muerte apoyada meramente en la fama pública al cabo de diez años (1), siempre queda en pié el principio

(1) Ley 8, tit. 9, Part. 4 y 5, tit. 17, Part. 7.
(2) Ley 7, tit. 6, lib. 8.

(1) Ley 14, tit. 14, Part. 3.

de ser suficiente al cónyuge la deposicion de una sola persona que asegure la muerte del ausente (1). Mas ya que no podamos menos de prestar acatamiento á esa disposicion espresa de nuestro derecho, corresponderá al juez, en todo cuanto á su arbitrio esté, reducirla á los mas estrechos límites, y no olvidar la necesidad de exigir grandes garantías cuando se trata de romper los vínculos del matrimonio.

Ultimamente, es muy de notar que como los medios con que el hombre forme su conviccion son falibles, como es imperfecta en realidad toda evidencia legal, podrá suceder que á pesar de una prueba plena en la que se haya fundado un segundo enlace, resulte despues que el primero no pudo disolverse porque vivia ausente. Cuando este, pues, aparezca y resucite de su supuesto sepulcro, reanuda los lazos que en un falso supuesto se rompieron, y queda anulado el nuevo matrimonio en consecuencia; pero con esta distincion, si los cónyuges del segundo enlace se unieron y mantuvieron su union de buena fé, esta les exime de pena y no imprime nota de ilegitimidad á los hijos que tuvieran; pero si sabiendo que el ausente vivia no quisieron separarse, su union les sujeta á los castigos del adulterio, y adulterina tambien será su prole. Esta disposicion que recomiendan los sanos principios ha encontrado cabida en el derecho canónico.

§ 2.° *Ausencia de padres é hijos.*

La naturaleza de la patria potestad produce estrechas y frecuentes relaciones que participan á la vez del afecto y de la subordinacion. Ni esta ni aquel se estingue en tésis general por la ausencia; pero fuera de esto no puede negarse que los vínculos de la patria potestad tienen que aflojarse en ciertas ocasiones, necesariamente cuando la ausencia separa al padre de sus hijos. Aquel y estos se encuentran en una situacion escepcional bajo cierto aspecto. Ha sido, pues, necesario que los legisladores tomaran en cuenta la ausencia, y que introdujeran ciertas modificaciones, ciertas escepciones en la patria potestad, á fin de que aquella no viniera á ser perjudicial á los hijos y en general á la familia: modificaciones y escepciones á que han tenido que rendir tributo los mas severos legisladores, y entre ellos los romanos. Interesa por esta razon conocer cómo y hasta qué punto cambian y toman nuevo aspecto las relaciones entre padres é hijos cuando unos ú otros se ausentan: y sobre esta materia vamos á hacer algunas indicaciones.

En las leyes de Partidas encontramos algunos principios especiales al caso de ausencia de los hijos. Estos, que como sometidos á potestad agena no podian, segun tácitamente se conoce, nombrar procuradores para pleitos, adquirian esta facultad, ya cuando por estudios ú otros motivos salian del hogar paterno, ya cuando quedando en él, era su padre el que se separaba de su lado (1). Así tambien la herencia adventicia que fuere dejada al hijo, y que él admitia ó rechazaba con independencia por mas que estuviera sometido á la patria potestad, podia ser aceptada por su padre y á su nombre cuando él se encontrara ausente (2). Hemos citado estas disposiciones, entre varias que pudieran sacarse de las leyes de Partidas, como ejemplos de que sus autores reconocieron en la ausencia una causa que producia efectos peculiares, ya dando cierta amplitud á los derechos del hijo, ya autorizando en sus falcultades esclusivas una intervencion dirijida á proteger sus intereses.

Pero todavia hay en nuestro derecho un principio altamente moral y equitativo admitido con el objeto de que los padres por un cálculo equivocado y por el estravio de su celo, no se prevalgan de la ausencia de sus hijos, imponiéndoles durante ella compromisos de grande trascendencia, y que una vez celebrados no les quedara ya me-

(1) Ley 5, tit. 17, Part. 7.

(1) Ley 2, tit. 5, Part. 3.
(2) Ley 13, tit. 6, Part. 6.

dio de declinar. Hablamos de la celebracion de los esponsales. Este es un contrato demasiado importante para que tanto las leyes canónicas como las civiles hayan prescindido de exigir siempre en ellos un libre y verdadero consentimiento, por esto el respeto, la obediencia y sumision que los hijos deben á sus padres no se pueden estender hasta el estremo de que tengan que recibir por esposos á los que no sean de su agrado. A fin de que esto no suceda en su ausencia, el derecho canónico dá eficacia á los esponsales que los padres á nombre de los hijos ausentes contrajeran, solamente en el caso de que estos, cuando lleguen á su noticia, los ratifiquen por su consentimiento espreso ó tácito; de otro modo, ni los hijos tienen obligacion alguna, ni se ven ligados con el impedimento de pública honestidad (1). Lo mismo sustancialmente se halla establecido en nuestro derecho: las leyes de Partida tienen por base de los esponsales el libre consentimiento de ambos contrayentes; y así aunque un padre por sí prometiera y aun jurara dar en matrimonio una de sus hijas, esta no queda obligada (2); y lo que se dice de las hijas, claro es que es igualmente aplicable á los hijos (3).

Dicho esto de la ausencia de los hijos, pasemos á considerar la de los padres, que sin duda es la que mas dudas ofrece, y la que produce efectos mas importantes. La ausencia de los padres, y este es el punto principal que ante todo merece ser examinado, ¿puede quitar á los hijos que nazcan en el estranjero el carácter de españoles? Segun los principios que en el párrafo segundo de la seccion IV dejamos espuestos, poca dificultad habrá en resolver esta cuestion. El domicilio, la nacionalidad, es una cualidad que sigue á la persona donde quiera que esta tenga el carácter de estranjero; entra, pues, en el estatuto personal: ahora bien, ¿qué otro domicilio, qué otra nacionalidad ha de tener el hijo cuando nace, mas que el domicilio y la nacionalidad de su padre? La circunstancia accidental de ver la luz por vez primera no es por lo tanto obstáculo, no puede serlo para que el hijo nacido en el estrajero sea español como su padre. Esta deduccion que la ciencia ha proclamado y la práctica de las naciones ha acogido unánimemente, es en España un principio en la ley fundamental; puesto que la Constitucion cuenta entre los españoles á «los hijos de padre ó madre es»pañoles, aunque hayan nacido fuera de »España (1);» y ha sido tambien el pensamiento de los autores del proyecto del Código civil español, quienes han trascrito literalmente el artículo constitucional (2). El principio de que hablamos no es bajo concepto alguno oneroso para el hijo, puesto que caso de que por haberse educado ó haber tenido otros motivos de aficion al pais en que nació, prefiriera este á su patria, puede renunciar su nacionalidad si ha llegado á tener capacidad para verificar esta clase de renuncias, es decir, si ha cumplido su mayor edad por las leyes de España. Tambien ha venido á reconocerse esta doctrina por el proyecto de Código, imponiendo á los hijos de padre ó madre española nacidos fuera de España, la obligacion de manifestar dentro del año siguiente á su mayor edad, ó emancipacion, si quieren gozar de la calidad de españoles; y entendiéndose que conservan esta cualidad mientras no renuncien espresamente á ella (3). Respecto á los hijos de padres que hallándose fuera de España hubieran perdido su cualidad de españoles, tampoco la disfrutarán, porque no son hijos de un ausente de España, son hijos de un estranjero; pero sin duda les corresponderán tambien los mismos medios que tuvieran sus padres para recobrar la antigua patria, como justamente establece el proyecto de Código civil español (4).

Habiendo visto como la ausencia de los padres influye en la nacionalidad de los hijos, digamos ahora qué efectos produce

(1) Párr. 2 del capit. 1, tit. 2, lib. 4 del Sexto de Dec.
(2) Ley 10, tit. 1, Part. 4.
(3) La ley siguiente á la citada.

(1) Núm. 2 del art. 1.
(2) Num. 2 del art. 18.
(3) Artículos 22 y 23.
(4) Art. 24.

en su legitimidad. Sabida es la presuncion que nuestro derecho establece reputando legítimo el hijo nacido desde el séptimo mes despues que se contrajo el matrimonio hasta el décimo contado desde la muerte del marido; presuncion necesaria y que en su fondo no puede menos de aceptarse por todo legislador. Sin embargo, ha de cesar naturalmente cuando se prueben ciertos hechos con los cuales no sea compatible; lo verosímil, lo presumible, tiene siempre que ceder á lo cierto y á lo que se ha realizado. Y una de las pruebas que atacan y destruyen aquella presuncion de legitimidad, es la ausencia de los cónyuges en término suficiente, para que la concepcion del hijo no pueda ser tenida por legítima. Así es que si la muger dá á luz pasados los diez meses desde la ausencia del marido, el parto no puede ser legítimo por la misma razon que el que nace pasado igual término desde la muerte, tampoco lo es: en esta parte la ausencia contínua no interrumpida se asimila á la muerte. Del mismo modo si el marido se ausentó y muere en la ausencia, tampoco podrá ser reputado legítimo el parto por mas que no hayan pasado los diez meses que la ley señala desde la muerte, con tal que hayan transcurrido desde la ausencia, porque el término de los diez meses es el máximum del embarazo, es el intermedio mas largo que á juicio de la ley puede existir entre la concepcion y el parto, y de consiguiente, toda ausencia que esceda, siquiera un dia de él, es una prueba acabada é indestructible de ilegitimidad. Todo lo cual se desprende de la ley (1), cuyas palabras manifiestan bien claramente que la legitimidad dentro de los plazos que establece, se sobreentiende siempre reunidas las personas de los cónyuges.

El ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones que emanan de la patria potestad, no sufre trastorno por la ausencia de los padres: el hijo indudablemente habrá por regla general de estar sujeto á los primeros, asi como tendrá facultad de aprovecharse de las segundas. Esta es la base capital en punto á ausencia de los padres é hijos; á la cual no quitan fuerza ciertas modificaciones que por la misma ausencia puedan sobrevenir. Si la madre se ausenta y el padre queda reunido con los hijos, no puede ser mas clara la aplicacion del principio que dejamos sentado: porque durante el matrimonio solamente al padre es á quien la ley confia la administracion del matrimonio, la direccion de la familia y los derechos de patria potestad. Aunque se suponga sin embargo el caso contrario, no pueden presentarse muchas dificultades: hemos dicho ya en el párrafo antecedente de esta misma seccion, que la madre puede ser autorizada por el juez, si no lo ha sido por el marido, para administrar en ausencia de este; y esto puede ser de gran ausilio para que, si por derecho no pasa á la madre la patria potestad, recaiga realmente en ella la parte principal de su ejercicio y los hijos no queden abandonados; ella mantendrá á los hijos, reprimirá sus faltas, cuidará de su aducacion, defenderá sus derechos, en una palabra, los vigilará como el padre mismo. Si por entonces se casára alguna hija, ella le constituirá su dote, y esta será profecticia, á no ser que claramente conste que la dió de sus propios bienes; porque en España la muger tiene reconocida por las leyes su capacidad, y reemplaza en virtud de lo que las mismas leyes previenen, la administracion del marido; y no sucede lo que en Roma, donde destruida casi completamente su personalidad, y mirada como incapaz mas que como subordinada, era natural que no ella, sino el pretor ó el presidente de la provincia, fueran quienes constituyeran dote á la hija cuando el padre habia sido hecho prisionero por los enemigos, ó caido en poder de ladrones (1).

Pero se nos ocurre en el mismo supuesto de la ausencia del padre una duda que no debe pasar desapercibida. ¿Puede causar

(1) Ley 4, tit. 23, part. 1.

(1) Párrafo 4, ley 5, tit. 3, libro 23 del Dig.

algun efecto en la necesidad que los hijos tienen de obtener el consentimiento paterno antes de cierta edad para contraer matrimonio? Habia sobre este punto una disposicion importante en el Derecho romano: el hijo de aquel que habia caido en cautiverio ó estaba ausente sin constar de su existencia, podia contraer legítimas nupcias con libertad, fuera varon ó hembra, luego que trascurrian tres años; y aun el jurisconsulto Juliano creia que podia hacerlo antes de este término, con tal que la persona que eligiera no hubiera de ser á su juicio, de desagrado para el padre (1). Entre nosotros, los hijos antes de los veinte y cinco años y las hijas antes de los veinte tres, necesitan el consentimiento del padre, «y en defecto de este» el de la madre, pero adquiriendo un año antes la libertad de casarse á su arbitrio (2). ¿Cómo interpretaremos las palabras de esta pragmática de Cárlos IV que es la vigente? ¿Entiéndese que la autoridad concedida á la madre es para el caso de la muerte solamente, ó tambien para el de la ausencia del marido? A nuestro entender, en el caso de que esta fuera incierta, no nos cabe duda de que la madre es la que habia reasumido en sí la facultad de prestar su consentimiento, y que los hijos á los veinte y cuatro y á los veinte y dos años respectivamente se casarian á su arbitrio. Pero cuando el paradero del padre sea conocido, no podria á nuestro juicio adoptarse igual resolucion, ni aun en el caso de que la madre hubiera quedado con poder, ya general, ya especial. Convéncelo así la mente de la ley, y la consideracion que nos parece indudable de que en esta parte la facultad del padre le es personalísima é intransmisible. Mas debe tenerse presente, que aun que debe pedirse y aguardarse por los hijos el consentimiento del padre ausente, siempre quedan libres para casarse á los veinte y cinco y veinte y tres años respectivamente.

En cuanto á la ausencia de ambos padres separándose de sus hijos menores de edad, ó cuando estos han perdido uno de ellos y el otro se ha ausentado, poco ocurre que decir. Dejar sin la proteccion paternal á séres que no puedan protegerse por sí, ya no seria una ausencia lícita, seria un abandono que reprobarian los sentimientos naturales, que las leyes tratarian de enmendar y de castigar. Pero si por circunstancias inculpables se ausentáran los padres y no pudiera saberse su paradero, la sociedad que tiene la sagrada obligacion de velar por la proteccion de quienes no pueden gobernarse por sí mismos, tomaria bajo su amparo la suerte de hijos abandonados que, no porque tuviesen padres dejarian de ser verdaderos huérfanos; y segun les hubieran quedado bienes ó no, proveeria al nombramiento de un tutor ó curador, ó les daria acogida en los establecimientos de Beneficencia. Pero por fortuna no son frecuentes esos casos en que una gran perversidad ó una gran desgracia produzca el abandono de los hijos por sus padres.

§ 3.° *Ausencia de los guardadores y menores.*

Corta será la estension del presente párrafo: pocas y sencillas las ideas que en él se desenvuelvan: habiéndose hablado ya en otro lugar del artículo de la ausencia del tutor, nuestra tarea es bien reducida y limitada.

El que habiendo sido nombrado guardador de un huérfano, sabido el nombramiento se oculta y busca medios para que no se le encuentre y se le compela á la administracion, ha sido justamente notado de sospechoso por la ley, y como tal acreedor á su remocion (1). La guarda de un huérfano es un cargo público, obligatorio, de interés general, y que la sociedad ha tenido necesidad de crear y mantener por un deber altamente moral y humanitario; y no dá buena idea de sí quien se niega á sufrir esta carga y trata de declinar una responsabilidad que la ley impone á todos los ciu-

(1) Párrafo 1 de la ley 9: leyes 10 y 11, tit. 2, libro 23, y párrafo 3 de la 13. tit. 15. lib. 45 del D.
(2) Ley 18, tit. 3, lib. 10 de la Nov. Recop.

(1) Ley 1, tit. 18, part. 6.

dadanos. Y en esta parte el juez necesita proceder con calma y pleno conocimiento de causa, no sea que la ausencia del guardador carezca de inculpabilidad y haya provenido de ignorancia del nombramiento, ó de alguna desgracia que le obliga á ausentarse y á ocultar el lugar de su ausencia.

Compréndese bien desde luego que debiendo el guardador asistir al huérfano con solícita vigilancia y proteccion, necesita estar á vista de él y no hacer ausencias durante las cuales pudiera ser perjudicada la persona que está puesta bajo su direccion, lo cual es tanto mas cierto respecto del tutor, cuanto que el pupilo por lo mismo que tiene mas corta edad, reclama una proteccion mas esmerada y constante. En todos aquellos actos en que así el pupilo como el menor pudieran hacer peor su condicion, necesitan de la presencia de su tutor ó curador: sin duda, aunque no por las razones especiales de los romanos, la autoridad y el consentimiento se han de prestar en el mismo acto del negocio y personalmente, no admitiéndose delegaciones, ni la espresion de la aprobacion ó desaprobacion por avisos ó cartas. Cuando son varios los tutores, dicen las leyes de Partida, puede cada uno presentarse en el pleito que se moviera acerca de los intereses del pupilo, por si y aunque los otros no se presenten siendo el pupilo menor de siete años. Pasada la infancia ya adquiere su personalidad otro carácter, ó mejor dicho, comienza á manifestarse, y así puede el pupilo tomar parte en el pleito bastándole la autoridad del tutor; pero si estuviera ausente, el tutor debe defenderle y administrar como si fuera menor de la infancia (1).

Escusado es advertir, y ya se indicó en otra parte que la presencia del guardador en los actos del menor no ha de ser material, sino que requiere el conocimiento, la atencion del ánimo, puesto que de otro modo se haria ilusoria. Así el acto á que el guardador asiste, pero retenido por la fuerza, ó dominado por el sueño ó la enfermedad que le incapacite no puede menos de ser nulo, y como tal se consideraba en el Derecho romano (1).

Tambien es digno de tenerse presente como consecuencia de la necesidad de ser ayudada la persona del pupilo con la autoridad del tutor, el que si aquel no le tuviera siempre seria reputado por ausente aunque se hallara en el lugar donde pasan los actos que pueden afectarle. En el párrafo 3.° de la seccion I de este artículo, puede verse la declaracion espresa que entonces trascribimos de una ley del Digesto y que sin ningun inconveniente es aplicable á nuestro derecho por mas que este no la formule del mismo modo.

Por lo tocante á la ausencia que los guardadores hagan durante el desempeño de su cargo, y cómo por este motivo puedan llegar á escusarse de él, remitimos al párrafo 4.° de la seccion III, donde hemos tratado de estas materias. Solo mencionaremos aquí una disposicion notable del Derecho romano á que entonces no dimos cabida y que aunque carece absolutamente de aplicacion en el nuestro, merece ser consignada como dato histórico y curioso. Trasmítenosla el célebre jurisconsulto Gayo en sus Instituciones. Era permitido por un senado-consulto á las mugeres pedir en lugar del tutor ausente otro nuevo; pero la liberta no tenia esta facultad en ausencia de su patrono. Basta hacer esta indicacion que puede verse con estension en la obra que dejamos citada (2).

SECCION VII.

DE LA AUSENCIA EN LO CONCERNIENTE A LA PROPIEDAD, SUCESIONES Y CONTRATOS.

La materia de la presente seccion comprende todos cuantos efectos principales produce la ausencia de las personas en su patrimonio, considerado este con latitud, esto es, como aquello en que se tiene un derecho actual, ó que se adquiere por su-

(1) Ley 17, tit. 16, Part. 6.

(1) Párr. 1 de la ley 1.ª, tit. 8, lib. 26 del Dig.
(2) Párr. 173 y siguientes del Compct. t.

cesion ó por consecuencia del mútuo consentimiento. Todo esto se presta perfectamente á la division de tres párrafos, cuyo epígrafe está indicado en el general de la seccion.

§ 1.° *Ausencia respecto á la propiedad.*

Bajo dos aspectos puede tratarse la ausencia respecto á la propiedad; ya en cuanto motiva ciertas disposiciones legislativas dirigidas á la proteccion y garantía de tan importante derecho, y ya en cuanto puede ser una circunstancia que alargue el plazo de uno de los modos de perderle, esto es, de la prescripcion. Ambos aspectos, aunque á primera vista parezcan encontrados, guardan armonía entre sí, porque los dos tienden á mantener el verdadero interés de la sociedad y de los particulares. Trataremos de ellos separada y sucesivamente.

Muchas serian las disposiciones que tendriamos que citar si nos propusiéramos demostrar detenidamente, que no solo por el Derecho romano, sino tambien por el nuestro, se ha procurado respetar la propiedad de los ausentes, y libertarla de perjuicios y menoscabos; las leyes aunque no los hayan designado especialmente, contienen medidas encaminadas en realidad á ese fin tan moral como justo. Pero nuestra tarea será bastante estensa aunque prescindamos de tales pormenores, y la reduzcamos á lo mas importante y capital, al cuidado y administracion de los bienes del que partió á paises lejanos ó de quien no se tienen noticias.

De dos modos puede proveerse á la conservacion y fomento de los bienes, cuyo dueño se ausentó sin dejarlos encomendados á una persona; ya por alguno que movido de buena voluntad ó de afecto al ausente los tome bajo su cuidado, ya, cuando esto no suceda, por el nombramiento de una persona á la que se encargue judicialmente la administracion. Del primer medio no corresponde tratar en este lugar: basta saber que no es mas que lo que se llama el cuasi contrato de la gestion de negocios: en el segundo debemos detenernos por ser materia tan importante como ligeramente tratada por casi todos los jurisconsultos.

El Derecho romano admitia el nombramiento de un curador, respecto á los que habian caido en poder de los enemigos, no para sus personas, esto hubiera sido absurdo, ó mejor dicho imposible, sino para sus bienes (1), lo cual se verificaba muy frecuentemente (2). Parece que era preciso que se tratara de cautivos cuya vuelta se esperase (3), y es indudable que habia de afianzar el nombrado para esta curaduría (4). Mas no solo el Derecho romano establece curador para los bienes del cautivo, sino tambien para los del ausente (5), disposicion súmamente equitativa, pues que consulta del mismo modo á los intereses de personas constituidas en igual situacion, esto es, *quia rebus suis superesse non possunt*, como dice en sus Instituciones el emperador Justiniano (6).

En nuestro derecho no hemos encontrado ley alguna en que claramente se establezca curador á los bienes del ausente en general. Hay sin embargo ciertas disposiciones de que puede deducirse. Hablando las leyes de Partidas de los cautivos, imponen especial obligacion de guardar sus bienes á los mas próximos parientes que inspiren confianza, y mandan que en defecto de ellos se nombren hombres buenos que los cuiden sin menoscabo; castigan la administracion fraudulenta así de unos como de otros, y se les encarga que hagan inventario, que cultiven y mejoren los bienes inmuebles, y de los muebles hagan porque se aproveche el cautivo; en fin, se les hace responsables de las pérdidas que con su culpa ocasionaren, y se les conmina con el pago del duplo por los desfalcos de que no dieren satisfaccion (7). Las mismas leyes de Partida tratando en otra parte del procedimiento, establecen que habiendo de presentarse

(1) Párr. 4 de la ley 6, tit. 1, lib. 26 y párr. 2 de la ley 6, tit. 4, lib. 49 del Dig.
(2) Párr. de la ley 15, tit. 6, lib. 4 del Dig.
(3) Párr. 4 de la ley 1, tit. 4, lib. 50 del Dig.
(4) Ley 3, tit. 51, lib. 8 del Cód.
(5) Párr. 1 de la ley 22, tit. 5, lib. 49 del Dig.
(6) Párr. 4, tit. 23, lib. 1.
(7) Ley 4, tit. 29, Part. 2.

demanda contra el cautivo ó ausente, dé el juez á los bienes un curador, ó varios si es mucho el patrimonio, cuyos curadores sigan el pleito á nombre del cautivo ó ausente, demandando y respondiendo (1). El derecho patrio, segun lo que acabamos de referir, no habla mas que de los ausentes por cautiverio, cuya existencia es conocida, segun demuestra el contesto de la ley citada, y de los ausentes en general solamente en el caso de que se les mueva un litigio. Y como fuera del cautiverio y del pleito hay otras muchas ocasiones en que las personas se ausentan á paises lejanos, y cuya existencia puede llegar á ser dudosa y problemática, quedando sus bienes desamparados, fácilmente se comprende que el derecho patrio en su tenor literal no basta á satisfacer todas las necesidades.

Sin embargo, lo que los legisladores redujeron á límites reducidos y estrechos, ha tomado un desarrollo en mas ancha esfera por los rectos principios de interpretacion y por los fallos de los tribunales. Y así tenia que suceder: porque cuando la ley calla respecto al arreglo de ciertas materias civiles, ó no ha llegado á ellas su prevision, las relaciones de los ciudadanos, la actividad y las exigencias de la vida de la sociedad no se detienen por eso; van tomando cada vez mas incremento y estension hasta el punto de hacerse irresistibles y llenar los vacios del derecho escrito, en cuya obra de progreso se ven precisados á tomar parte la ciencia y la jurisprudencia, los jurisconsultos y los tribunales; observacion cuya exactitud resalta particularmente en la materia de que tratamos. Los negocios particulares, las guerras, las investigaciones y otras mil causas han obligado á los individuos á dejar su domicilio y en él su fortuna; la necesidad unas veces y la indiferencia otras, han hecho que no nombraran personas que los representaran. Y en estos casos ¿qué suerte habia de correr el patrimonio? ¿Habia de quedar abandonado? Esto equivaldria á consentir en su progresivo menoscabo, hasta llegar á su pérdida. ¿Habria de tolerarse que cualquiera se alzara con él á pretesto de conservarle? Esto seria tanto como autorizar fraudes, dilapidaciones y la usurpacion. No hubo por lo tanto otro medio sino el de acudir con los sanos principios de la interpretacion á estender las disposiciones de las leyes de Partidas acerca de los cautivos, é invocar si no como obligatorio por autoridad, al menos como aceptable por equidad, las bases del Derecho romano y otras análogas. He aquí la tarea de los intérpretes y de los jurisconsultos. Pero como quiera que ni unos ni otros gozaran de poder para imponer sus opiniones á los particulares, dado caso que hubieran sido conformes las de todos, y como el error y el interés levantaron dudas, cuestiones y empeñados litigios, la obra de ilustracion y consejo de los jurisconsultos hubo de ser ausiliada por la obra de autoridad y decision de los tribunales. Pudieran encontrarse en los fallos antiguos y modernos que comprende la jurisprudencia española algunos en que se nombran curadores á los bienes de los ausentes (1); pero no entra en nuestro propósito el entrar en estas investigaciones que sobre ser difíciles darian escaso resultado.

Trataremos tan solo de indicar los fundamentos en que descansa la doctrina del curador de los bienes del ausente, adhiriéndonos á los principios generales del derecho, y aceptando gustosos algunas opiniones de los autores regnícolas. Bajo este supuesto nuestra tarea comprenderá los casos en que procede este nombramiento, á quién y en qué términos toca hacerle, qué persona deberá ser elegida y cuáles serán las obligaciones que sobre ella pesen.

El objeto del nombramiento del curador es la conservacion y cuidado de los bienes particulares abandonados. Deducimos de esta base que asentamos como segura, que no debe en manera alguna aguardarse á

(1) Ley 12. tit. 2. Part. 3.

(1) Son dignos de consultarse los casos de nombramiento de curador que dieron motivos á dos decisiones de la chancillería de Granada, y que refiere Valenzuela Velazquez: *Consiliorum sive responsorum Juris Liber primus pr. Con. XVII.*

que los bienes del ausente comiencen á perderse y se toque ya su destruccion, porque esto seria acudir á remediar el mal tardíamente y con poco éxito, siendo así que podia haberse precavido. Tampoco abogamos por una medida de proteccion demasiado prematura, de suerte que apenas se haya ausentado el dueño comience la curaduría; esta intervencion, aunque nacida de un buen celo, pudiera llegar á ser perjudicial. Creemos así, que sin que se descuide el amparo de los bienes, debe aguardarse á un término prudente dentro del que pueda caracterizarse y apreciarse debidamente la ausencia y descubrirse la necesidad que haya de nombrar el curador. En cuanto á la ausencia que se requiera para proceder á esta medida, no solo la incierta es la que debe dar lugar á la proteccion de la ley: tambien aunque se conozca la existencia del ausente y se sepa su residencia, si esta es en paises lejanos y si se cree fundadamente que no regresará pronto, debe atenderse á la administracion de sus bienes, porque estos pueden deteriorarse y dejar de producir en perjuicio del mismo ausente. De otro modo habria de adoptarse el remedio de intimar al ausente, cuyo paradero se ignora, que hiciera nombramiento de apoderado, lo cual causaria grandes dilaciones y hasta seria una intimacion demasiado oficiosa: en este caso existe respecto á él la misma razon que si se tratara de un ausente incierto.

¿Y á qué autoridad corresponderá dar el curador? ¿á la judicial ó la administrativa? No puede negarse que hasta cierto punto envuelve el nombramiento un objeto de interés general, porque toca á la sociedad que los bienes de los particulares se conserven y se hagan productivos; sin embargo de esto, el aspecto principal bajo que debe considerarse y que con efecto tiene, es el de un asunto civil, porque se trata de la proteccion de los derechos de propiedad y de la representacion de un ausente por otra persona que le defienda y contra la que se entablen reclamaciones: por eso no dudamos que la autoridad judicial es la única competente. Sucede en este caso lo que en los nombramientos de tutores y curadores que se hacen en otras ocasiones, los cuales, si bien nacen de la proteccion que á los menores é incapaces dispensa la sociedad, son del resorte de la autoridad judicial, porque se deciden por los principios del Derecho civil, y porque de este modo están mas garantizados los intereses individuales. Que esta autoridad haya de ser la que se ejerce en primera instancia, es asunto cuya sola enunciacion convence de su exactitud. Pero puede ocurrir la duda de si será competente el juez del domicilio último que tuvo el ausente, ó el del territorio en que los bienes están situados. Sabido es que se atiende por lo regular al domicilio; pero tambien hay escepciones de esta regla, y aunque entre ellas no ha contado la ley el nombramiento de que tratamos, creemos que como él debe considerarse. El curador es para los bienes y no para la persona; lo cual es tan cierto, que el Derecho romano, cuyas disposiciones dejamos ya citadas, no se valia de la espresion curador del ausente, sino curador para los bienes (*bonis, substantiæ*) del ausente: esto es lógico é indudable hasta el punto de que rigorosamente hablando la curaduría se concreta á los bienes y prescinde de la persona: esta ó se halla en paises muy lejanos ó quizás no consta su existencia. ¿Qué proteccion puede recibir de la ley? Bien escasa por cierto: y hé aquí la razon porque tratándose de una medida que tan directa é inmediatamente afecta á los bienes, debe reservarse al juez del lugar en que radican, que es el que mejor los puede conocer, y del que naturalmente ha de esperarse mayor proteccion por lo mismo que tiene mas motivos que otro alguno para conocer el estado en que se encuentra el patrimonio y para vigilar con mas éxito sobre la administracion.

No es difícil conocer cómo habrá de proceder el juez. Los particulares que tengan interés en la conservacion de los bienes del ausente, como los acreedores, los que tienen esperanza de sucederle á su muerte, y

diremos mas, hasta los que tenian relacion simplemente de amistad y cariño, están en el derecho de pedir que sea nombrado curador á los bienes. La medida de que tratamos es de una índole especialmente humanitaria y conservadora: por eso es grande el número de personas á que se concede el provocarla; y así no tememos asegurar que debe concederse como una accion popular: no hay peligro en ella, antes bien es provocar el celo de los particulares en interés de un conciudadano que á larga distancia y quizás temiendo por la suerte de su legítimo patrimonio, necesita de gran amparo y proteccion, en lo cual se interesa aun mas que la equidad la humanidad misma. Cuando á pesar de esta amplitud no hubiera quienes por ninguna clase de interés ni de afecto acudieran al juez, creemos que es deber de los promotores fiscales y de los síndicos de los pueblos provocar la autoridad judicial, y si no lo hicieran, somos de opinion que este no habria de permanecer igualmente impasible y apático: su mision es la de hacer sentir á los particulares la proteccion, los beneficios que las leyes dispensan ó que debe presumirse que quisieron dispensar; aunque no haya instancia ni reclamacion deberá proveer de oficio al nombramiento de un curador, siquiera por evitar la gran responsabilidad que sobre sí echaria, si en adelante los bienes del ausente llegaran á su ruina. Podemos por lo tanto sentar como regla que el juez, ya á peticion de los interesados, ya de representantes de intereses públicos, ya de oficio, puede y debe proveer á la administracion del patrimonio de los ausentes. De cualquier modo que á ello haya de proceder el juez, resolverá prévio conocimiento de causa; atenderá á si ha habido alguna persona que voluntariamente y movida de un celo benéfico, se haya encargado de los negocios del ausente, en cuyo caso se abstendrá de reemplazarla, porque está cumplido el fin que el nombramiento de curador tendria, y cumplido por un medio de que el derecho ha hecho una obligacion, un cuasi contrato. Mas caso de que no existiera esta gestion de negocios, el juez se hará cargo del estado en que los bienes del ausente se encuentran, el tiempo trascurrido desde que partió el dueño, y sobre todo será menester que obtenga por medios probatorios la seguridad de que la ausencia es suficiente para la intervencion de su autoridad, esto es, que el individuo se encuentra en remoto lugar ó que no hay noticias de su paradero ó de su existencia. Acreditados estos estremos en debida forma, en el espediente que se instruya, el juez procederá á hacer designacion de persona que administre.

Cuál haya de ser esta persona y con qué carácter entra en la administracion es lo que ahora nos corresponde examinar. En esta parte tenemos un apoyo en las mismas leyes españolas para decidirnos en favor del mas próximo consanguíneo, como generalmente lo han decidido tambien los interpretes. «E estos bienes, como quier que todos los omes, son tenidos de los guardar, mayormente conviene á sus parientes mas propincos.» Así se espresa la ley de Partidas (1) hablando del curador de los bienes del cautivo. Habiendo, pues, próximos parientes, que sean idóneos como despues espresa la ley, en ellos debe recaer el nombramiento. En su defecto se hace libre la facultad del juez para encargar la administracion á otra persona tambien idónea, cuyo encargo es sin duda obligatorio, y á su aceptacion puede compelerse como no se proponga y se pruebe una legítima escusa: así lo demuestra claramente el testo que acabamos de trascribir. Participa la curaduría del ausente de la índole de cargo público, y no puede declinarse voluntariamente.

Pero ¿con qué carácter entrará el pariente mas cercano? Hé aquí un punto que á nuestro modo de ver es sumamente claro, pero que ha sido mal comprendido por la generalidad de los intérpretes. Aseguran estos que, como el ausente que no ha dado y de quien no se han recibido noticias se repu-

(1) Ley 4, tit. 29, Part. 2.

ta al cabo de cierto tiempo como muerto, es natural que toque la administracion de los bienes al próximo pariente que está llamado á la sucesion legítima. De este modo han involucrado dos cuestiones distintas, y sobre involucrarlas han sentado una base que ellos mismos despues han contradicho. El tiempo al cabo del cual nace una presuncion de la muerte del ausente, nada tiene que ver con la necesidad de nombrar un curador: lo primero tiende á abrir una sucesion: lo segundo, á proveer á la administracion de bienes abandonados. En ambos casos se llamará á los mas próximos parientes, pero no con igual carácter. Por esto nosotros descartando al presente la disposicion de la ley de Partida que establece la presuncion de la muerte, y prescindiendo de los efectos que esta causa en la sucesion, puntos que examinaremos en su lugar oportuno, tratamos aquí como otro punto independiente lo relativo al nombramiento del curador, y tenemos la conviccion de con este carácter de curador, y no con el de heredero, entra á administrar el mas próximo pariente. El mismo vocablo de curador con que se le designa, la posibilidad y aun la necesidad de nombrarle antes de que trascurra el tiempo al cabo del cual se presume la muerte, las garantías especiales que se le exigen, las limitaciones que á sus facultades se ponen, todo esto convence que no se trata en manera alguna de un heredero, sino de un verdadero curador; y como el vocablo, la época del nombramiento, las garantías y limitacion de facultades han sido otras tantas cosas adoptadas y defendidas por los intérpretes, hé aquí por lo que decimos que han incurrido en una manifiesta contradiccion. Por nuestra parte procuraremos formular sencillamente nuestro parecer acerca del carácter y fundamento de la curaduría del ausente: dos clases pueden establecerse, la legítima y la dativa: la primera se confiere á los parientes segun su proximidad, porque siendo los herederos legítimos, ellos tendrán mas interés en la conservacion y fomento de los bienes, y por el principio tan sabido de que donde está el provecho de la herencia allí debe estar la carga de la curaduría: la segunda se dá á falta de la legítima y se confiere á una persona idónea. En esto se diferencian, pero convienen en que versan sobre igual clase de individuos, á saber, aquellos que por su ausencia no puedan cuidar de sus bienes; y principalmente en que solo dan la mera administracion, no la posesion ó el dominio.

Estas ideas nos servirán para deducir ciertas consecuencias con las que concluyamos de esponer lo mas principal que conviene tener presente en la materia. Quien quiera que sea la persona que tome la curaduría de los bienes del ausente, deberá formalizar un inventario en que se espresen cuántos entran en su poder, y deberá tambien garantizar con fianzas su buena y fiel administracion. Si á todo guardador se imponen estas obligaciones, con mayor razon á aquel que especialmente se da para los bienes; y ambas, en especial la del inventario, se deducen de todo el contesto de la ley de Partidas que ya tenemos citada. Sobre las facultades del curador han de tenerse en cuenta dos principios: libertad y amplitud en todo lo que tienda á conservar, mejorar y hacer productivos los bienes; restriccion y limitacion de aquello que disminuiria su valor, de lo que se dirigiera á desmembrarlas y perjudicar los derechos del ausente. Podrá tambien el curador acudir en juicio reclamando lo que á este pertenezca ó se deba, y contestar á los que dirijan reclamaciones contra el patrimonio que le está encomendado: en una palabra, pesan sobre el curador de los bienes del ausente las mismas obligaciones que las de todo otro curador, salvo aquello en que faltaran términos hábiles. Del mismo modo le corresponde percibir emolumentos por su administracion y trabajo; porque seria injusto, aun cuando se trate de ausentes, que se exigieran servicios diligentes y gratuitos.

Pudiera suceder que un menor se ausentara, y ausente en paises lejanos ó sin noticias de él, hubiera pasado el término de

su menor edad. ¿Podria en este caso compelerse al guardador á que siguiera encargado de la curaduría de los bienes del ausente? Por mas que la curaduría por menor edad y por ausencia sean muy análogas y se funden en principios semejantes, al cabo son distintas y no deben confundirse, mucho mas resultando gravada una persona, y prolongando sin término cierto una carga de suyo pesada mas del tiempo que la ley fija, y de lo que el guardador tenia fundadamente creido. Es por lo tanto conforme á la equidad y al derecho que luego que haya cesado el término de la menor edad, y que el guardador haya cumplido las obligaciones finales de su curaduría, pase esta al mas próximo consanguíneo del ausente, ó en todo caso á otra persona. Aconsejan algunos autores que deje ya á esta encargada de la administracion y asegurados en su poder los bienes, á fin de que nunca se le pueda culpar de negligencia, opinion que aceptamos gustosos, pues de un pequeño intérvalo que mediara entre la dejacion de uno y aceptacion de otro podrian originarse perjuicios que de este modo se precaven.

En la materia que acabamos de examinar encontramos una disposicion terminante, especial en el derecho de Aragon, que hace á este mas completo, mas fijo que el de Castilla. Se determina que los hermanos ó parientes del ausente de aquel reino por diez años, y que le sucederian conforme á fuero, tomen en administracion sus bienes, dando fiadores (*fidancia*) de no enagenar y de restitucion: cuya facultad tienen tan asegurada, que pasado aquel término puede ser compelido á dejar de administrar el procurador que hubiera constituido el ausente (1). La forma en que está concebida esta disposicion inclina á creer con algun fundamento, que á diferencia del derecho de Castilla, está fundada en la presuncion de muerte. Sin decidirnos á sostenerlo como indudable, solo nos referimos á los autores aragoneses, algunos de los cuales así lo defienden, creyendo que la presuncion de muerte es la que hace que los parientes entren en la administracion á pesar de existir procurador del ausente. De cualquier modo que sea, sin la mas completa violencia del fuero de Aragon no puede sostenerse que el pariente adquiere el concepto de heredero: ningun heredero tiene que dar fiadores para no enagenar, ni tiene la mera administracion de los bienes. En interpretacion del fuero advierten los autores que no puede tener lugar si de diez en diez años renovara el ausente su mandato al procurador; que los parientes que desempeñen la administracion pueden deducir espensas, y que si antes de ausentarse tuviera una persona curador judicial, no podria ser escluido por los parientes: la primera opinion la fundan en la falta de presuncion de muerte; la segunda en la equidad; y la tercera en una decision de los tribunales aragoneses en el siglo XVII.

Habiendo ya examinado lo tocante á la proteccion de la propiedad del ausente, hablaremos ahora del modo de perderla por prescripcion. Sin duda por el antiguo derecho romano era indiferente en la usucapion el estar el dueño presente ó ausente, puesto que ni de la presencia ni de la ausencia se hace mérito alguno, ni menos se indica que pudieran surtir distintos efectos. Simplemente se hallaba establecido en las leyes de las doce Tablas: *Usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus* (1) principio que con igual sencillez esponen Gayo (2) y Ulpiano (3). Pero al cabo de tiempo hubo de templarse esta dureza, y ya Justiniano no solo amplió tan reducidos términos, sino que mostró una particular y merecida consideracion á los ausentes, quedando ordenada la usucapion sobre los términos de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes respecto á las cosas inmuebles, y tres en las muebles (4).

Igual regla encontramos en nuestro derecho (5), y que como el romano, ha admi-

(1) Fuero *si fratres vel propinqui*, libro 2.

(1) Fragm. de la tabla 6.
(2) Párr. 48, Com. 2 de las Inst.
(3) Párr. 8, tit. 19 de los Fragm.
(4) Párr. del tit. 6, lib. 2 de las instruc. y ley única título 31, lib. 7 del Código.
(5) Leyes 9 y 18, tit. 29, Part. 3.

tido tambien prescripciones estraordinarias de treinta, de cuarenta y de cien años (1). Pero se observa que en las cosas muebles no se hace distincion de presentes y de ausentes, sin duda porque se ha considerado que esas cosas son un pequeño patrimonio, que sigue á la persona y es inherente á ella: y se nota asimismo que tampoco influye la ausencia en el término de las prescripciones estraordinarias, quizás porque estas tienen ya un plazo largo suficientemente beneficioso á los ausentes. Así es que solo en la prescripcion ordinaria de cosas inmuebles surte la ausencia el importante efecto de duplicar el plazo de diez años que entre presentes corresponde. En cuya materia lo mas difícil é interesante es apreciar la verdadera significacion de la ausencia, punto que dejamos pendiente en el párrafo primero de este artículo, y que ahora es ocasion de desenvolver con todo el detenimiento y reflexion que merece.

Al derecho de Partidas es al que únicamente podemos acudir para obtener alguna idea de la acepcion especial que ofrece la ausencia en punto á prescripcion. Dícese en una de sus leyes: «si fuera tenedor della »(de la cosa) diez años seyendo *en la tierra* »el señor de ella ó veynte seyendo en otra »parte (2).» Del mismo modo se espresa otra ley, pero con esta esplicacion: «E fuera »de la tierra seria el señor de la cosa, »quando non fuesse en toda aquella pro»vincia do la cosa era que se ganava por »tiempo. E en la tierra se entiende que era, »quando fuese en alguna partida de la pro»vincia, maguer non estuviesse en aquel »lugar do la cosa fuesse, quel ganavan por »tiempo (3).» Sabemos por lo tanto que la ausencia respecto á prescripcion se estima con relacion á toda una provincia; pero esta regla por mas que á primera vista parezca sencilla, no deja de ofrecer sus dificultades cuando se trata de traerla á aplicacion, siendo la principal la de saber qué se entendió en las Partidas, que es lo que hoy dia debe entenderse por provincia. Y no encontrándose en la ley nada que conduzca á la aclaracion de este punto, menester será acudir á la fuente de donde se sacó, y hacerse cargo de la inteligencia que se la ha dado mas generalmente.

La ley principal que en la materia nos ofrece el Código de Justiniano (1), si bien habla repetidas veces de provincias, no especifica qué territorios se comprenden bajo esta denominacion. No podia, sin embargo, caber duda acerca de ello: las provincias del imperio romano eran aquellas demarcaciones en que se ejercia la jurisdiccion de los magistrados llamados *præsides provinciæ*. En el tiempo en que se dieron las Partidas, tampoco parecia difícil saber cuáles eran las provincias, puesto que equiparándose en este Código (2) los adelantados de Castilla á los presidentes de las provincias de Roma, todo territorio sujeto á un adelantado se podia llamar propiamente provincia en la materia de que se trata. Ahora bien; existiendo actualmente en España diferentes provincias en lo político, en lo militar, en lo judicial y en lo eclesiástico, y no siendo comparables las autoridades judiciales que nosotros conocemos á las que se conocieron en la edad media, ¿á qué territorios deberá aplicarse la denominacion de provincias de que usa el Código de las Partidas?

Desde luego parece que debe prescindirse de las provincias creadas para otros fines distintos de la administracion de justicia, como en rigor lo son las divisiones políticas, militares ó eclesiásticas; así lo dicta el espíritu de la misma ley española y el de la romana; así sobre todo la índole de la materia, que es esencialmente civil. La duda verdadera que se presenta es la de si se ha de atender al territorio de las audiencias ó al de los juzgados de primera instancia para calificar á una demarcacion de provincia para la prescripcion.

Escriche en su Diccionario de jurisprudencia y legislacion, juzga que por provin-

(1) Leyes 19, 21, 26 y 27, tit. 29, Part. 3.
(2) Ley 18, tit. 29, Part. 3.
(3) Ley 19, tit. 29, Part. 3.

(1) Ley 12, tit. 33, lib. 7.
(2) Ley 22, tit. 9, Part. 2.

cia debe entenderse el territorio jurisdiccional de la audiencia, y se funda para sentar esta opinion en la deduccion siguiente: Se decia por derecho romano, y tambien lo admite Gregorio Lopez (1), que por presentes se conceptuaban los que se hallaban *sub uno præside*: los adelantados sucedieron á esos presidentes segun reconocen las mismas Partidas, y las audiencias han sido las sucesoras de la jurisdiccion de los adelantados; luego con razon puede inferirse que el territorio de cada audiencia forma una provincia respecto á la prescripcion. Este modo de raciocinar que parece fundado en deducciones legítimas, adolece, á nuestro entender, de alguna inexactitud, porque prescinde de la diferencia profunda, radical, que separa la organizacion judicial del imperio romano y la nuestra de la edad media, de la organizacion judicial moderna. Antiguamente las autoridades superiores tenian oscurecidas, por decirlo así, á las inferiores; en las primeras con el rey solia estar radicado el mismo conocimiento de los litigios de los particulares: no habia una gradacion rigorosa entre los magistrados, ni estaban tampoco bien deslindadas las diversas instancias por las que habia de pasar el procedimiento. Hoy dia á esa incertidumbre y confusion ha sucedido un sistema fijo y ordenado, y la jurisdiccion ordinaria en primera instancia nunca puede corresponder ni en la parte mas pequeña á los tribunales superiores, sino que en los negocios civiles toda se ha reservado esclusiva é íntegramente á juzgados de primera instancia. Hé aquí por lo que creemos aventurado hacer comparaciones y establecer paralelos entre dos épocas, cada una de las cuales es absolutamente distinta de la otra; y por lo que en vez de tomar á las audiencias en concepto de provincias, tal vez fuera mas oportuno referirse á los juzgados de primera instancia. Adoptada esta hipótesis, se dirian presentes para la prescripcion los que tuvieran su domicilio dentro del mismo juzgado, y ausentes los domiciliados en juzgados distintos. Esta opinion ofrece en efecto cierto aspecto de novedad; pero á pesar de todo encuéntrase corroborada por la mente de los mismos intérpretes.

Acursio en su glosa (1) ya indica que las ciudades que en aquel tiempo tenian un régimen particular propio, debian en su concepto ser consideradas como provincias, y ¿sería tan descaminado aplicar esta idea á los juzgados de hoy dia, cuando son independientes entre sí? Nuestro intérprete Gregorio Lopez decia tambien en su glosa anteriormente citada, que debian tenerse por presentes solo los que estaban en el territorio de un mismo presidente, por mas que todos estuviesen sujetos á un mismo monarca, y daba por razon que ambas partes, el poseedor y el dueño de la cosa, podian litigar ante el mismo presidente; aquí se observa como punto de Partida para calificar la ausencia ó la presencia, el tener ó no un juez comun ordinario desde luego que el pleito se comienza. Y ¿puede hoy dia decirse exactamente que tienen un juez comun los que están sujetos á distintos juzgados de primera instancia por mas que vengan á litigar ante la audiencia superior de ámbos en el caso de apelacion, apelacion que puede muy bien no suscitarse? No lo creemos. Por estas consideraciones parece que únicamente pueden decirse presentes los que tengan que llevar sus diferencias ante un mismo juez. Esta inteligencia puede todavia aparecer como la mas aceptable si atendemos á otra razon poderosa.

La prescripcion, si bien es una institucion que se halla consignada en todas las legislaciones y se apoya en razones importantes, de interés, de conveniencia pública y hasta de equidad, en último resultado es una privacion forzosa de la propiedad de los particulares, la estincion legal de la cosa para su antiguo dueño, y por lo tanto debe ser indudablemente de interpretacion estrecha y restrictiva. Segun este

(1) Glosa 8, á la ley 19, tit. 29, Part. 3.

(1) A la ley 12, tit 33, lib. 7 del Cód.

principio es preferible la opinion de los que por provincia entienden el partido judicial, á la de los que amplian la significacion de esa palabra al territorio de la audiencia; porque en el primer caso serán mucho menos que en el segundo los individuos que puedan decirse presentes, y mucho menos frecuentes en consecuencia las prescripciones de diez años, necesitándose doble tiempo como que se trata de ausentes. De este modo el propietario verá mas tarde pasar á otras manos su propiedad, y su espropiacion legal quedará reducida á límites mas estrechos.

Por lo que se ha espuesto nos inclinamos á creer que deben reputarse presentes los que residan en un mismo partido judicial, y ausentes los que residan en distintos, por mas que esten subordinados á una misma audiencia; pudiendo, sin incurrir en absurdo, sostenerse la interpretacion estricta de la palabra provincia que usan las Partidas sin otra esplicacion ulterior. No tratamos de dilucidar este punto de la disposicion del proyecto de Código civil, porque creemos que no es suficiente á inclinar á una opinion con preferencia á otra. Con efecto, dice así: «Repútase ausente para el efecto de prescribir el propietario que reside fuera de la provincia en que radica el inmueble (1).» Menciónase en este artículo la palabra provincia; pero como ha de hacer naturalmente relacion á las divisiones que se conozcan cuando el proyecto llegue á ser Código revestido de fuerza obligatoria, no puede aventurarse deduccion alguna sobre una base hasta ahora incierta y desconocida.

Pero sea cualquiera la inteligencia de la palabra provincia, aun queda por examinar de qué modo han de hallarse el dueño y el poseedor en el territorio que la constituya, y hasta qué punto se habrá de atender á la situacion de la cosa de cuya prescripcion se trata.

La ley de Partidas (2) se concreta á decir que se entenderá presente ó ausente el dueño «quando *non fuesse* en toda aquella provincia....» «quando *fuesse* en alguna partida de la provincia.» Estas locuciones son demasiado vagas y generales, de suerte que no bastan para dar una idea del carácter que ha de tener la permanencia en la provincia; si basta la mera estancia al tiempo de correr la prescripcion, ó si es menester la residencia habitual, el domicilio. Duda es esta que merece resolverse, porque hay gran diferencia entre adoptar uno ú otro estremo. Los autores en lo general han espuesto la doctrina de nuestra ley con su misma incertidumbre, y han usado indistintamente de palabras genéricas y de locuciones que encierran distinto sentido. Los que no residen, los que no están, los que no habitan, los que no se hallan en la provincia, de estos y otros modos semejantes esplican por lo general quiénes son ausentes para la computacion del término de prescribir. Por nuestra parte creemos que lo indeterminado, lo genérico de la ley debe reducirse á una regla concreta y cierta, usándose á este fin de la recta interpretacion, y que esta regla no puede ser otra que la que mira al domicilio, no á la mera residencia. Muévenos á pensar de esta manera la consideracion de que en caso de duda se debe presumir que el legislador atendió al domicilio con preferencia á la sola estancia, puesto que aquel es el que surte mas efectos, el que produce mas consecuencias en el Derecho civil; y sobre todo la redaccion clara y esplícita en esta parte de la ley del Código de Justiniano, modelo probablemente de la de Partidas que nos ocupa. En esta ley se establece terminantemente y se inculca hasta la saciedad que ha de atenderse al domicilio: «*tam petentis quam possidentis spectari domicilium*» de suerte que se reputan por ausentes los que están domiciliados en distintas provincias. Este y no otro es á nuestro juicio el verdadero sentido bajo que debe entenderse la ley de Partidas. La objecion que pudiera hacerse de que basta la mera residencia del propietario en la provincia para que sepa que sus bienes

(1) Art. 1994.
(2) Ley 19, tit. 29, Part. 3.

están poseyéndose y en camino de prescribirse por otra persona, no nos parece de fuerza suficiente para destruir las razones que acaban de esponerse, mucho mas cuando se trata de la pérdida del dominio, y por consiguiente de una materia en realidad odiosa y de interpretacion estrecha, como antes dejamos indicado.

Menos dificultad ofrece el averiguar hasta qué punto se ha de atender á la situacion de la cosa, objeto de la prescripcion; circunstancia importante y que necesariamente debe concurrir con las demas que hasta aquí hemos esplicado para distinguir con exactitud y fijeza la ausencia de la presencia relativamente al cómputo de la prescripcion. La ley romana mas de una vez citada (1), ateniéndose esclusivamente al domicilio tanto del dueño como del poseedor de la cosa, prescindia de la situacion de esta. «Hállense las cosas» dice Justiniano «en la misma provincia ó en otra distinta, no por eso dejarán las partes de poder »litigar acerca de ellas en el tribunal de la «provincia: ¿de qué podria aprovecharnos »hacer semejante distincion cuando el de«recho de vindicar es incorporal, y el do»minio de las cosas puede volver á su due»ño do quiera estén?» Asi es que por derecho romano inútil hubiera sido hablar de la situacion de la cosa.

No sucede esto ciertamente por derecho patrio, segun lo patentiza la letra de la ley (2) y lo convence su espíritu. Para demostrarlo trasladaremos aquí todavia á riesgo de que se nos acuse de hacer repeticiones molestas, la parte que conviene á nuestro propósito y que sirve de fundamento á la doctrina que vamos desenvolviendo. «E fuera de »la tierra seria el señor de la cosa» dice la «ley, quando non fuese en toda aquella Pro»vincia do la cosa era, que se ganava por »tiempo. E en la tierra se entiende que »era, quando fuesse en alguna partida de »la Provincia, maguer non estuviesse en »aquel lugar do la cosa fuesse, quel gana»van por tiempo.» Clara y espresamente se manifiesta en este testo que se llama al dueño ausente con relacion, no á la provincia en que pueda tener su domicilio el poseedor, sino á la provincia dentro de cuyo término radica la cosa. La consecuencia natural y precisa que el buen sentido por sí solo deduce de esta regla, es que el dueño se conceptuará presente cuando se halle domiciliado en la provincia, no ya del domicilio del poseedor, sino de la situacion de la cosa. Y así se entiende indudablemente la segunda parte de nuestro testo en que se esplica la presencia, por mas que no diga sino «en alguna partida de la Provincia» puesto que, acabando inmediatamente de hablar de aquella en donde se halle la cosa, de esta misma y no de otra, quiso hablar el legislador evitando repeticiones molestas é innecesarias.

Las palabras que siguen á las que acaban de citarse y que completan la segunda y última parte del testo, lejos de desvirtuar la esplicacion que damos y de producir duda alguna, vienen á redondear el sentido de la ley y á desenvolver la verdadera idea que tuvo presente el legislador. Aunque el dueño no se halle en el mismo lugar donde la cosa está, si se halla en la provincia no será ausente, sino presente. Será ausente material y gramaticalmente hablando, porque no está en el mismo punto donde la cosa, pero no será ausente en sentido jurídico. Esto es lo que quiso espresar y espresó exactamente la ley: la diferencia de la ausencia material á la ausencia legal; la equiparacion de aquella á la presencia. Interpretar el final del testo como alusivo á que no se atiende para nada la situacion de la cosa, aunque esta se halle en otra provincia, seria hacer la mas manifiesta violencia al sentido y redaccion que naturalmente tiene. El legislador si esto se hubiera propuesto lo hubiera dicho esplícitamente; pero antes bien queriendo alejar semejante torcida interpretacion, hizo una esmerada y escrupulosa eleccion de palabras que acaba de disipar cualquiera duda que pudiera suscitar la cavilosidad. Será presente el dueño cuando esté en la

(1) Ley 19, tit. 33, lib. 7 del Cód.
(2) Ley 19, tit. 29, Part. 3.

provincia aunque no en el *lugar* de la cosa: estas dos voces bien claramente indican el distinto significado en que se encuentran empleadas: la primera es el todo, el continente; la segunda la parte, el contenido.

Por esto es, que no puede decidirse absoluta é invariablemente si se atiende ó no á la situacion de la cosa, porque ambas decisiones á la vez son ciertas segun el aspecto que consideremos. En cuanto á que se requiere que la ausencia del dueño sea respecto de la provincia en donde se halla la cosa, es indudable que se mira á la situacion de esta, y que se trata de una circunstancia, no indiferente, sino esencial y de rigor como espresada en la ley. En cuanto á que no se exige que el dueño esté en el mismo lugar de la cosa, sino tan solo en cualquiera de los varios lugares que pertenecen á una provincia, sin decirse por eso que es ausente, claro es que no tiene ninguna importancia la situacion de la cosa. Con esto se conoce tambien que nuestro derecho, como queda advertido, se ha apartado radicalmente del romano, en el cual nada influia aquel requisito. Por esto es, en fin, que debemos ser precavidos al consultar muchos de nuestros espositores que, ya por su adhesion á la legislacion romana, ya por la torcida interpretacion de la nuestra, sientan principios que no caben en la verdadera mente y sentido genuino qûe á esta distinguen.

Y si es clara y patente la decision de la ley de Partidas, no es menos justificable y fácil de comprender la razon en que descansa. La prescripcion supone el descuido del dueño de una cosa que, sabiendo es poseida por otro, no la reclama ni trata de reducirla otra vez á su poder, dando así motivo á que se presuma que hace una renuncia de su propiedad: la ley ha combinado sus disposiciones de suerte, que la prescripcion no se consume precipitadamente en daño del dueño, que segun una conjetura razonable debia ignorar la posesion de su cosa por otra persona. Esta ignorancia es mucho mas fácil y posible en el que está ausente del territorio en que radica la finca, que en aquel que se encuentra á su vista ó próximo á ella; y el legislador cediendo á esta consideracion equitativa, tomando por base el territorio que forma una provincia, esplicó quiénes eran ausentes y quiénes presentes, exigiendo precisamente que esa provincia fuese la de la situacion de la cosa.

Para concluir de demarcar distintamente quiénes se dicen ausentes para la prescripcion, y de comprender con toda claridad la disposicion de nuestra ley de Partida, nos parece conveniente hacernos cargo de los diferentes casos que pueden presentarse para su aplicacion, resolviéndolos segun su contesto y espíritu. Esto acabará de aclarar la doctrina que dejamos espuesta, y la aproximará á la práctica en cuanto es posible en una obra de esta naturaleza. Cinco son los casos que se presentan á nuestra consideracion: que tanto el dueño como el poseedor se hallen domiciliados en la provincia de la situacion de la cosa; que uno y otro estén domiciliados en una misma provincia y la cosa situada en otra; que el dueño se halle domiciliado en la provincia donde se halle la cosa, y el poseedor no resida en ella; que el poseedor tenga su domicilio en la provincia donde la cosa se encuentra y el dueño en otra distinta; últimamente, que dueño y poseedor tengan cada cual su domicilio en provincia diferente y radique la cosa en una tercera.

En el primer caso ninguna duda se ofrece: todo pasa dentro de la provincia; no puede por lo tanto haber cuestion de ausencia: la prescripcion corre entre presentes.

Siendo dos las provincias, una donde se halla la cosa, otra donde están domiciliados los interesados, parece que debieran estos considerarse como presentes, puesto que tienen juez comun y pueden adquirir fácilmente noticias uno de otro. Sin embargo, si nos dejamos llevar de esta apariencia, incurriremos indudablemente en un error que rechaza nuestro derecho, y sacaremos una consecuencia falsa, infundada. Por mas que bajo aquel aspecto sea igual la posicion del dueño y del poseedor,

Lorenzo Arrazola

el primero no tiene bajo su inspeccion la cosa que se le va á prescribir, sino que se halla en distinta provincia. Segun el derecho romano y la opinion de los intérpretes que á él apelan, la prescripcion seria entre presentes; segun el derecho patrio y sus fieles espositores, la prescripcion tiene que correr entre ausentes.

Pero suponemos ahora que de esas dos provincias, en una está domiciliado el dueño y allí mismo situada la cosa; en la otra está domiciliado el poseedor que se halla en camino de prescribir. Sucede aquí lo contrario de lo que en el caso anterior: los domicilios son distintos, se hallan separados y bajo jurisdiccion diferente ambos individuos; á primera vista habrán de ser considerados como ausentes. Consecuencia cierta por la ley romana, inexacta é inadmisible por la española. El dueño tiene bajo su vigilancia la cosa en su misma provincia, y no puede menos de verificarse la prescripcion entre presentes.

Cambiemos ahora estos mismos datos y se obtendrá diferente resultado: de las dos provincias que acabamos de considerar, en una, en la del domicilio del poseedor, se halla situada la cosa: en la otra se encuentra domiciliado el dueño. Este por lo tanto separado de su finca, está conceptuado por la ley como ausente; y entre ausentes se habrá de llevar á cabo la prescripcion, decision que no solo por derecho patrio sino por el romano es exacta y arreglada á ley.

En el último caso la resolucion no puede ser mas fácil, mas sencilla. Están en diferentes provincias el dueño, el poseedor y la cosa. Atengámonos á cualquiera regla, miremos al domicilio, miremos á la situacion de la cosa, al dueño, ó al poseedor, no podremos menos de obtener el resultado de que una prescripcion con semejantes elementos es una prescripcion entre ausentes.

Esplicada ya la significacion especial que encierra la palabra *ausencia* para el cómputo del término de la prescripcion, réstanos solo hacer una observacion, que se deriva de la misma regla que ya queda esplicada. Segun ella, quien posee con los requisitos legales diez años entre presentes, ó veinte entre ausentes, adquiere el dominio. Esto significa que se ha considerado por el legislador que un año de presencia equivale á dos de ausencia: no puede de consiguiente ser dudosa ni difícil la computacion, cuando parte del tiempo de los diez años se poseyó en presencia y parte en ausencia; redúzcanse los años de esta á los de aquella y luego que lleguen á trascurrir diez, la prescripcion se habrá completado. De aquí la regla que dan las leyes y los autores, de que se cuente doblado el tiempo de la ausencia tomándose la base de diez años. Así lo estableció Justiniano (1) y fue admitido en las Partidas, las que ponen el ejemplo de presencia por cinco años, y ausencia de diez para demostrar que en este caso estaba perfecta la prescripcion (2).

Conviene tener aquí presente que ni por las leyes de Aragon (3) ni por las de Cataluña (4) se hace distincion entre presentes y ausentes, fijándose solo término de treinta años para prescribir los bienes inmuebles sin distincion alguna, y que las leyes de Navarra (5) señalan el término de veinte años entre presentes y treinta entre ausentes.

Antes de terminar este párrafo hablaremos ligeramente de la prescripcion de la posesion y de las servidumbres, que aunque son distintas de la propiedad, bien consideradas, la primera es una ficcion, y la segunda una desmembracion de ella. Conforme la Novísima Recopilacion con el Fuero Real y los municipales, y con la inteligencia que segun las leyes del Estilo se daba al Fuero Real, admitió que la posesion se prescribia por año y dia *en paz y en faz..... entrando y saliendo el demandador en la villa* (6).» Esta ley sugiere dos observaciones importantes, suficientes á fijar su

(1) Nov. 119. cap. 8.
(2) Ley 20. tit. 20. Part. 3.
(3) Fuero VI de prescrip., lib. 11.
(4) *Usage Omnes causæ.*
(5) Leyes 8 y 10, tit. 37, lib. 2, Nov. Recop. de Navarra.
(6) Ley 3, tit. 8, lib. 11

inteligencia: la primera que no admite prescripcion de posesion por ausencia; por eso no se fija sino un plazo constante é invariable; por eso se usan las palabras *en faz*, y por eso tambien la frase *entrando y saliendo* que indican ausencias insignificantes, y por tanto la presencia legal. La segunda observacion que ocurre, es que esta presencia no se exige en la provincia, sino en el territorio mas reducido que pueda darse: en el mismo recinto del pueblo ó de la ciudad: *en la villa*, como la ley dice. Difiere por lo tanto esencialmente la prescripcion de posesion de la de propiedad; como que no puede verificarse supuesta la ausencia y se concreta al lugar, á la villa dentro de que radica la finca.

Respecto á la pérdida de las servidumbres por el no uso, disponia el Derecho romano que si á la muger se habia legado el uso de una casa y se ausentaba á Ultramar, pero el marido seguia usando de ella, no la perjudicaba su ausencia aunque durante esta concluyera el tiempo por el que hubiera debido perder la servidumbre; lo cual era con mayor razon aplicable si fuere el ausente el marido legatario y dejara en la casa á la muger (1). Este caso, si entre nosotros se presentara, deberia sin duda ser resuelto del mismo modo, porque aunque no espreso en las leyes se apoya en razones de equidad muy conformes al espíritu de todo nuestro derecho.

§ 2.° *Ausencia en lo tocante á la sucesion testada é intestada.*

Gran celo han mostrado constantemente nuestros legisladores en que se cumplieran con toda integridad las últimas voluntades y disposiciones de los hombres, y porque no se defraudaran las justas esperanzas, ó mejor dicho, los legítimos derechos de los herederos, ya fuera que estos hubieran sido llamados en disposicion testamentaria, ya por ministerio de la ley. Al seguir esta equitativa conducta acreditaron cuanto respeto les merecia el ejercicio de derechos tan importantes. Ilusoria seria la testamentifaccion, ilusoria la misma sucesion por el derecho ordenada, si el legislador no hubiera convertido su vigilancia á hacer efectivas tanto la una como la otra, y si no hubiera señalado y reprimido los fraudes, los artificios, los pretestos que pudieran impedirlo. Cuando estos males son mas de temer y aparecen mas próximos, es en el caso de la ausencia de los herederos del lugar donde fallece el individuo, donde están situados los bienes que constituyeron su patrimonio; mas nuestras leyes abundan en disposiciones dirigidas á resguardar esa ausencia de todo atentado y usurpacion, lo cual sobre ser un mal causado injustamente al individuo, envolveria, caso de pasar desapercibido, una atrevida violacion del derecho público.

Citaremos pruebas en pró de este aserto. Segun las leyes de Partida, cuando muera un peregino sin última disposicion, el dueño de la casa que le habia dado el hospedaje debe llamar hombres buenos en cuya presencia formalicen por escrito inventario de los bienes; solo podrá tomar de estos lo que el peregrino le hubiere quedado á deber por el gasto que hizo: fuera de este caso toda ocultacion ó sustraccion será castigada con el triplo; y en fin, una vez cumplidos los requisitos prevenidos por la ley, debia poner los bienes en manos del obispo, á fin de que este llamara á los herederos legítimos y se los entregase (1). Otra disposicion análoga hay consignada en el Fuero Real, la cual fue incluida en la Novísima Recopilacion (2); mándase en ella á los alcaldes del lugar en que muriese un peregrino, que recojan y pongan á salvo sus bienes, saquen lo necesario para su entierro y guarden todo lo demas, dando aviso al rey para que mande proveer lo necesario. Hemos citado estas leyes que tratan de los peregrinos porque estos eran verdaderamente ausentes, en servicio de Dios, y que lejos de su familia y de su domicilio necesitaban proteccion que el le-

(1) Ley 22, tit. 4, lib. 7 del Dig.

(1) Ley 51, tit. 1, Part 6.
(2) Ley 5, tit. 30, lib. 1.

gislador les otorgaba con amplitud. El ausente por lo tanto podia morir con la seguridad consoladora de que si dejaba el patrimonio que él habia adquirido y conservado, la ley lo tomaba bajo su salvaguardia.

Con objeto de evitar otro funesto abuso, que ninguno se prevaliese de la ausencia del heredero para intrusarse en los bienes en que sucedia, se dió en lo antiguo una ley que se halla asimismo inserta en la Novísima Recopilacion (1). Conforme á ella nadie puede apoderarse de los bienes que por muerte de un individuo tocaren á los herederos á pretesto de que está vacante su posesion porque no se ha tomado corporalmente, bajo pena de perder el derecho que en ellos pudieran tener, ó no teniendo ninguno, de restituir lo que usurpasen con otro tanto ó su estimacion.

Pero donde era preciso acudir con remedios eficaces que cortaran la defraudacion, era en aquellos casos en que los herederos se hallasen ausentes á gran distancia del lugar donde se abria su sucesion; y con efecto, nuestros reyes dieron repetidas providencias dictando medidas encaminadas á que no salieran perjudicados los herederos de personas que morian en Indias; el gran espacio que de la España las separa podia dar lugar á considerables abusos, á los que se hizo frente con disposiciones radicales. Acudióse á la magistratura como la mas á propósito para proceder con acierto y justicia, y para inspirar respeto á los defraudadores; al efecto se mandó que de entre los oidores de Indias se nombrara sucesivamente uno cada año, encargándole de reunir y remitir los bienes de difuntos testados ó intestados á los herederos y legatarios ausentes en España ó en otra parte lejana. Del fallo del magistrado en las cuestiones que se suscitaran no se concedió otro recurso que á las audiencias reales, á cuya decision se dió carácter definitivo. (V. APELACION). El cargo anual, que despues se hizo bienal, de los magistrados, es uno de aquellos que exigen mas vigilancia y prudencia, y en su desempeño, cuando se trata de sucesiones testadas, debe servir de norma la voluntad del testador que ha de ser cumplida, exacta y literalmente. Y es tal el espíritu que presidió á la ley en esta materia, que está prohibido se distraigan los bienes á atenciones públicas, aunque sean urgentes; se mandó que á nadie se permitiera ausentarse de las Indias sin acreditar en debida forma que nada debia á los bienes de difuntos; se concedió accion popular para evitar toda ocultacion ó disminucion; y en fin, hasta se pensó en declarar á los fiscales protectores de los bienes de difuntos. Todo esto espone y amplifica detenidamente nuestro célebre letrado Solorzano Pereira (1), al cual remitimos á quien quiera conocer esta interesante materia.

Si como hemos visto, nuestras leyes protejen á los herederos en su ausencia para que no pierdan los derechos que legítimamente les competen, con mucha mas razon han de sentir igual proteccion los que al carácter de herederos reunen el de hijos del difunto. No pueden los hermanos perjudicarse unos á otros á pretesto de ausensencia, y por esto una ley del Fuero Real, tan moral como justa, dispone que cuando al fallecimiento de los padres ó abuelos algun hijo ó nieto se hallare ausente, el que estuviere presente que tome la herencia, no pueda negar á su hermano cuando regrese la parte que le corresponda, á pretesto de que él entró primero en la posesion; el presente y el ausente que regresó tendrán la herencia en comun, y despues cuando se haga la particion, cada cual sacará lo que le toca (2). Ha habido intérpretes que al hacerse cargo de esta ley han dado por supuesto que el hermano ausente cuando á su vuelta encuentra que el otro está poseyendo todos los bienes, puede entrar en esta posesion por propia autoridad; por nuestra parte, sin embargo, creemos

Ley 3, tit. 34, lib. 11.

(1) En el cap. 7, lib. 4 de su obra titulada: *De Indiarum jure*; tomo 2 (edicion de Madrid de 1639).
(2) Ley 8, tit. 6, lib. 3 del Fuero Real.

que en el caso, poco probable en verdad, de semejante usurpacion, el hermano perjudicado, por mas que tenga un derecho incontestable y sea víctima de una injusticia tan notoria como inesperada, deberá acudir al juez para que repare el atropello: á nadie debe ser lícito tomarse la justicia por su mano, porque esto induciria la anarquía, menoscabaria el respeto que se debe á las leyes y á los que están constituidos en autoridad para hacerlas obedecer, y produciria choques violentos y repugnantes, particularmente tratándose de personas tan allegadas y cercanas. Por otra parte en la ley, cuya disposicion hemos trascrito, no hay palabra que pueda indicar se haya tolerado el uso de la propia autoridad.

Hay casos en que los legatarios sufren perjuicio por su ausencia; no porque durante ella pueda serles arrebatado lo que en el testamento se les dejó, sino porque pierden ciertas ventajas y utilidades. A veces para el disfrute del legado se requiere un hecho propio, alguna demostracion, que ínterin se realiza deja en suspenso sus efectos. Así sucederia en el caso de que se hubiera legado el usufructo de alguna cosa: si el legatario ausente dejase de pedirlo por algun tiempo, no le perderia ciertamente; pero hasta tanto que le pidiese, que entrase en posesion de la finca y diese fianza, no percibiria ni tendria derecho á reclamar los frutos y utilidades que aquella hubiere redituado; porque el usufructo no es de aquellos legados que se trasfieren instantáneamente á la muerte del testador, y no dejan intérvalo alguno entre este y el legatario, sino que requiere ciertos hechos y formalidades, cuya omision perjudica.

Debemos hacer mencion en este lugar del efecto del inventario hallándose algunos legatarios ó acreedores ausentes. La doctrina de la ley de Partidas es que para hacerse el inventario deben ser llamados todos aquellos á quienes dejó el testador algo en su testamento; y que si algunos estuvieren ausentes ó presentes y no quieren venir cuando les llamaren, se deberá hacer el inventario ante tres testigos que sean hombres de buena fama y que conozcan á los herederos (1). La forma en que se espresa esta ley manifiesta que deben ser convocados así los presentes, esto es, los que se hallan en el lugar, como los ausentes. Pero estos, ¿de qué modo deben ser llamados? ¿Será precisa citacion individual, ó basta una citacion general? Parece la primera mas conforme al espíritu de la ley, pues que se trata de un acto que tan de cerca les afecta; y á esta opinion parecen inclinados los intérpretes cuando distinguen entre ausentes ciertos é inciertos, y para estos creen suficiente la convocacion general. En su consecuencia, si parte de los interesados fueron citados y otros no, estos no están obligados á pasar por el inventario que en su ausencia y sin su conocimiento se hiciera. Por lo demas la convocacion no tiene otro objeto, sino que se conozca el acto á que se va á proceder; por esto será suficiente una sola citacion, y esta no tiene carácter judicial. Basta á la ley que haya sido sabedor el interesado; si no asiste por cualquiera causa que sea, no por eso el acto debe suspenderse, ni causarse dilaciones: la misma ley tiene ya precavido el modo de suplir la ausencia, de suerte que no pueda impugnarse de clandestino ó fraudulento el inventario.

De notar es, y lo advierte Gregorio Lopez en su glosa, que solo se hace mencion de la citacion de los legatarios ausentes y no de los acreedores. Pero á pesar de este silencio, no pudo ser la intencion del legislador el escluir á estos últimos. Citándose á aquellos interesados que van á percibir algo de la herencia por título lucrativo, ¿cómo podria prescindirse de aquellos otros que no solo sostienen interés, sino que en vez de proponerse el adquirir lucro, tratan de que se les pague lo que se les está debiendo?

Hemos espuesto y tratado de fijar el sentido de la ley. La práctica, sin embargo, ha prescindido de la necesidad de citar,

(1) Ley 5, tit. 6, Part. 6.

tanto á los legatarios como á los acreedores, contentándose con la presencia de los herederos y del cónyuge sobreviviente: práctica que no merece ser tachada de perjudicial, puesto que los interesados en la herencia, aunque no sean citados, tienen salvo el derecho de hacer jurar al heredero y á los testigos que se hizo fiel enumeracion de los bienes, y en todo caso podrán tachar de diminuto el inventario y reclamar cualquiera ocultacion.

Las particiones, que siempre deben hacerse con toda escrupulosidad, la reclaman en mas alto grado cuando han de verificarse sin la presencia de alguno de los herederos. A fin de que á este no se le pueda defraudar ni perjudicar por los demas que tienen interés en la herencia, ha sido preciso dar á los actos de la particion una garantia segura, y por decirlo así pública, que demuestre su legalidad é imparcialidad. Por esto, siempre que hay herederos ausentes, las particiones no pueden hacerse privadamente, sino que son judiciales.

Tratándose de los efectos de la ausencia en punto á sucesiones, no podemos omitir lo que se halla determinado en el derecho para el caso en que habiendo querido un testador hacer su testamento por medio de comisario, la persona que para este encargo designase se encontrara ausente del lugar en que se ha conferido el poder. Entonces el plazo ordinario que se le concede para desempeñar su cargo ha de ampliarse proporcionalmente á la distancia de los lugares. De aquí es que si la ausencia del comisario es á punto dentro del reino, se le conceden seis meses, y si fuera del reino hasta un año (1). Comprendemos las razones de conveniencia que han movido á los legisladores para no señalar plazos demasiado largos; pero á pesar de esto creemos que el segundo de los mencionados es posible que en algunas ocasiones peque de mezquino é insuficiente, pues que quizás la persona designada se encuentre en muy remotos paises. Con esta observacion no pretendemos sostener la interpretacion estensiva de la ley: no puede hacerse sin infringirla, porque el legislador queriendo remover fraudes y dilaciones al señalar los términos del cumplimiento de la comision del testador, los ha declarado fatales é improrogables aun en el caso de que se alegase su ignorancia.

Lugar es este de hacer alguna indicacion acerca de la ley por la que se regirá la sucesion de un ausente en pais estranjero; porque aunque en el párrafo segundo de la seccion quinta de este artículo hicimos la oportuna distincion de estatutos y mencionamos los diferentes efectos que producen, se han suscitado muchas dudas acerca de cuál será aplicable á la sucesion á que es llamada una persona que se halla en el estranjero.

Si la sucesion es por título particular, ó si versa sobre bienes muebles, la resolucion es fácil, y sobre ella están de acuerdo la práctica y los autores. En el primer supuesto se siguen las reglas generales de los estatutos, segun la clase de bienes que se trasmitan: en el segundo al estatuto personal es al que hay que atenerse. Donde la cuestion existe y se debate es en la sucesion universal de bienes inmuebles. Por una parte el heredero representa la persona del difunto y continúa su personalidad, y así la sucesion debiera regirse por el estatuto personal; pero por otro lado los bienes inmuebles siguen la ley del territorio en que radican, es decir, han de estar sujetos al estatuto real. ¿Qué resolucion, pues, es la que debe adoptarse? Conocemos la fuerza de ambas bases, y ninguna puede ser absolutamente rechazada; conocemos tambien que ambas se oponen y se escluyen mútuamente en este caso; pero por esto mismo nos decidimos en favor del estatuto real. Este es el que mas favorece, ó mejor dicho, el que mantiene intacto el principio fundamental de la independencia y soberanía de las naciones; él es el que en caso de duda merece ser seguido como ya tenemos advertido en este mismo artículo. Y como ni la práctica de las naciones es uniforme ni tam-

(1) Ley 3, tit. 19, lib. 10 de la Nov. Recop.

poco es unánime la opinion de los autores, como existe una verdadera duda, nos parece lo mas acertado que la sucesion se rija por el estatuto real. Véase AUBANE.

Sin embargo, cuidemos de distinguir lo que se refiere propiamente á la sucesion de los bienes y la capacidad de la persona que á ella es llamada. Esta es una cualidad inherente á la persona, puramente esclusiva del heredero, y como tal está sujeta á los efectos del estatuto personal. Es muy importante tener esto en cuenta para no incurrir en errores y confundir cosas distintas entre sí.

§ 3.° *Ausencia en lo relativo á contratos.*

Vamos á tratar en este párrafo del influjo que la ausencia ejerce en las obligaciones con que se ligan las personas: materia de interés y de frecuente aplicacion, y que por lo tanto requiere una esposicion clara y metódica. Averiguar primeramente qué concepto, qué capacidad tienen los ausentes en el derecho para poder contraer, y examinar despues algunas obligaciones en que se tocan dificultades respecto á su subsistencia y requisitos; tales son los puntos que nos proponemos desenvolver.

Los romanos no fueron muy afectos á los contratos celebrados entre ausentes, y de esta verdad puede convencerse cualquiera que tenga un mediano conocimiento de su derecho. Cierto es que los ausentes no estaban incapacitados de proveer á sus mútuas necesidades por medio de convenciones; tal estremo ya no hubiera sido un principio de derecho, sino una pena, una interdiccion. Los ausentes podian verificar convenciones por carta, por mensagero ó por otro medio que escogieran, y su convencion era válida (1); sus pactos producian iguales efectos que los que verificaban los presentes; así, por ejemplo, el que se llamaba de *constitutâ pecuniâ* (2). No solamente los pactos, sino en general los contratos entre ausentes, estaban reconocidos por el Derecho romano; porque cuando se enumeran los requisitos de estos últimos no se requiere la presencia, antes bien se significa claramente que se admite la representacion del ausente. Pero la regla indudable de que el ausente podia pactar y aun contratar, tenia una escepcion muy significativa y estensa, como que comprendia aquella forma de obligacion mas solemne, mas importante y mas frecuente, la estipulacion. Requiriendo esta indispensablemente la concurrencia de la pregunta y la respuesta de los contratantes, era preciso que el que respondia hubiera oido la pregunta, es decir, hubiera estado presente: fuera de esto la estipulacion era nula, ó como decian los romanos, inútil. De aquí que los ausentes no podian estipular; de tal suerte, que si hecha la pregunta por el estipulante, no estaba ya presente cuando el prominente daba la respuesta, el acto era inútil é ineficaz y no habia estipulacion (1). Este principio era fundamental en el Derecho romano antiguo; le encontramos formulado en el Digesto y en las Instituciones de Gayo (2), y conservó su importancia posteriormente á pesar de las reformas radicales que hizo Justiniano, quien le consignó como indudable y reconocido (3), porque aunque en sus instituciones (4) alude á una de sus constituciones (5), en esta solo se propuso cortar los fraudes que algunos usaban para eludir el cumplimiento de sus obligaciones á pretesto de no haber estado presentes; probar la ausencia, pero sin atribuir á los ausentes facultad de estipular, tal fue el objeto de Justiniano.

Nuestro derecho de Partidas, olvidando los antecedentes del que existia en nuestra patria, siguió las huellas del de los romanos. Tomó de ellos la estipulacion bajo el nombre de *promission*, y exigió para su validez como requisito indispensable, que ambos contratantes estuviesen presentes (6).

(1) Ley 2. tit. 11. lib. 2 del Dig.
(2) Párrafo 5 de la ley 15, tit. 3, lib. 13 del Dig.

(1) Pr. y párr. 1 de la ley 1, tit. 1. lib. 45 del Dig.
(2) Párr. 138. com. 3.
(3) Ley 3, tit. 3b, lib. 8 del Cód. y párr. 12, tit. 19, lib. 3 de las Inst.
(4) Loco cit.
(5) Ley 14, tit. 38. lib. 8 del Cod.
(6) Ley 1, tit. 11. Part. 5.

Así se formó la regla á la que se pusieron varias escepciones (1). Dióseles grande importancia, y así al autorizar los esponsales y el matrimonio entre ausentes, como ya espusimos en su lugar oportuno, se tuvo buen cuidado de espresar que se concedia como escepcion. «E esto ha lugar *señaladamente* en los desposorios, é en los casamientos (2).» No trataremos nosotros de desenvolver la doctrina que encerraba el principio adoptado en las Partidas, porque, sobre estar hoy derogado, no tuvo un solo momento de vida en la práctica, y siempre permaneció estranjero en nuestros códigos.

En esto no puede haber duda, desde que D. Alonso XI al mismo tiempo que daba fuerza de obligar á las Partidas promulgó el célebre ordenamiento de Alcalá. Declaró en él que valiera toda obligacion en que de cualquier modo constara que hubo voluntad de obligarse, y que ninguno pudiera poner escepcion de que «fué hecho el contrato ú obligacion entre ausentes» ni de que se verificó «en nombre de otros entre ausentes.» Sea la que quiera la interpretacion que se adopte de esta ley, no podrá menos de convenirse que en la materia de que hablamos no dió la menor autoridad á los principios del Derecho romano que habian aceptado las Partidas, y que segun ella dominan otros enteramente contrarios, á saber, que los ausentes no tienen ninguna traba, ninguna restriccion para poder contratar del modo que mejor les parezca: si consta su consentimiento, si cumplen los requisitos del contrato en que quieran comprometerse, habrán verificado un acto tan válido, tan eficaz como lo hubiera sido si estuvieran presentes. Convéncelo así la idea dominante del legislador, que lo manifiesta sin ambigüedad, y las palabras de que se valió. Propúsose desterrar de las leyes y de la práctica la estipulacion, y solo la estipulacion era lo que embarazaba la obligacion entre ausentes; dejando intacta la ausencia y naturaleza que los diferentes contratos puedan encerrar, atacó y derogó todo lo que era de solemnidades y fórmulas, y estas eran los únicos obstáculos que quitaban la validez al mútuo consentimiento de los que se hallaban en distintos lugares. Y como si todavia no hubiera sido bastante la enunciacion clara de este pensamiento, descendió el legislador á pormenores y á ejemplos, siendo puntualmente uno de ellos la libertad de contraer de los ausentes.

Esto dicho, correspóndenos ahora considerar individualmente aquellos contratos en que la ausencia pueda modificar ó dificultar. Hay algunos que reciben uso mas frecuente y general de la ausencia, constituyendo medios por los cuales un individuo que, hallándose en un lugar, le conviene seguir residiendo en él, prosigue negocios y promueve sus intereses en otra parte distinta donde tendria que trasladarse. Así el derecho ha sido benéfico con los particulares y les ha concedido fácil proporcion de atender á su utilidad, de suplir su presencia cuando esta pudiera serles gravosa. Dos son los principales contratos á que aludimos: el mandato y la gestion de negocios. Escederiamos los límites de este artículo si de ellos tratásemos, mucho mas cuando tienen su debido lugar en esta obra: baste por lo tanto indicar aquí tan solo la grande analogía entre aquellas dos clases de obligaciones. Ambas se dirigen principalmente al interés de los ausentes; por ambas son representadas sus personas y se consulta su utilidad, y en fin, ambas pueden versar sobre la misma materia y se rigen por reglas semejantes: la diferencia que les separa, es que la una supone el consentimiento del ausente manifestado espresa ó tácitamente; y la otra descansa en el consentimiento presunto, conforme á la equidad y sentimientos de los hombres; de aquí que la primera, el mandato, es un verdadero contrato; y la segunda, la gestion de negocios, es un cuasi contrato.

Hecha esta ligera indicacion, fijémonos en un contrato en que la ausencia ofrezca alguna particularidad, tal como en

(1) Ley 3, tit. 11, Part. 5.
(2) Ley 1, tit. 1, Part. 4.

la obligacion del saneamiento, natural á todo vendedor, y en general á quien trasfiere una cosa por título oneroso. Dando por supuesto que el comprador á quien se mueve el pleito sobre la cosa comprada tiene que hacer la denuncia, esto es, dar aviso al vendedor, del cual ya no podia despues exigir el saneamiento si omite aquella formalidad, ocurre preguntar si perderá este derecho dado caso de que entonces se hallase ausente el vendedor. La ley de Partidas dice solamente «tenudo es el compra»dor, de fazerlo saber al que gela vendió (1),» de cuyas palabras nada puede deducirse para la cuestion: Gregorio Lopez que la propone, la resuelve diciendo que si el vendedor está ausente ó no puede ser hallado se tiene por hecha la denuncia; cita en apoyo de esta resolucion una ley del Digesto (2) y menciona la opinion de un intérprete que dice, que si el vendedor está ausente fuera de la provincia, no hay obligacion de denunciarle, y si no puede ser habido, se denuncie á su familia. Dejando nosotros á un lado la disposicion de la ley romana que se cita, y la distincion del ausente dentro ó fuera de la provincia, datos poco seguros á nuestro entender, diremos que parece conveniente y aun necesario hacer siempre la denuncia al vendedor ausente, en primer lugar porque la ley no hace distincion, y en segundo por evitar perjuicios inmerecidos á una persona que no aparece con mala fé, y que tal vez sabedora del pleito suscitado concurrirá á él y podrá presentar pruebas que aseguren al comprador en la posesion de lo que adquirió. Solo en los casos de que la ausencia del vendedor fuera incierta y no pudiera encontrarse su paradero, ó cuando se hallara en pais lejano, nos conformariamos con que se tuviera por hecha la denuncia, ó se hiciera á la familia que hubiera dejado el ausente, mas en el primer caso exigiriamos aun que se hiciera la denuncia por medio de los periódicos oficiales.

Pero lo que está fuera de duda, porque la ley lo espresa, es que hallándose ausente el vendedor, el comprador tiene que apelar de la sentencia que se diera sobre la cosa, perdiendo de lo contrario el derecho al saneamiento (1). Los intérpretes en su mayor parte concretan la disposicion de la ley al caso en que fuera injusta la sentencia, sosteniendo que si fuera justa ó dudosa no estaria obligado el comprador á apelar; nosotros sin embargo no podemos aceptar opiniones á que no se presta el contesto de la ley, ni hacer en ella distinciones cuando su disposicion es general.

Tambien la ausencia de un deudor puede producir, y de hecho produce efecto en el contrato de fianza anejo á la obligacion principal. El fiador está obligado á pagar lo que debe el deudor; pero solo en cuanto se averigüe que este no puede satisfacer á su acreedor, es decir, subsidiariamente. A este efecto el fiador goza del beneficio llamado de escusion. Ninguna duda puede ofrecer su uso en el caso de que así el deudor como el fiador se hallaran en el mismo lugar donde se reclama el cumplimiento de la obligacion; pero ¿y caso de no hallarse allí el deudor, habrá el fiador de pagar desde luego? Así parece que debiera ser para que el acreedor no se viera burlado por la ausencia del deudor, ausencia que no debe serle onerosa. Pero por otra parte la obligacion de pagar desde luego seria demasiado dura para el fiador; esto ha dado lugar á que las leyes hayan buscado un medio que concilia en lo posible opuestos intereses. Este medio está reducido á que cuando ausente el deudor, el fiador sea reconvenido al pago, puede pedir un cierto plazo para presentar á aquel, que se le debe conceder, y cuyo trascurso sin éxito le precisa á responder á la demanda entablada por el acreedor, y satisfacer la deuda (2). La ley misma espresa qué clase de ausencia debe ser esta: la ausencia del lugar donde pide el acreedor y el fiador se halla. Y respecto al plazo, aunque solo dice que puede el fiador pedirle y que le debe ser

(1) Ley 32, tit. 5, Part. 5.
(2) Parr. 4 de la ley 55, tit. 2, lib. 21 del Dig.

(1) Ley 36, tit. 5, Part. 5.
(2) Ley 9, tit. 11, Par. 5.

otorgado, esto debe entenderse solo en cuanto no está en el arbitrio del juez el exigir al punto la paga al fiador; pero no puede en manera alguna significar que si se pidiera un plazo escesivo, el juez no pueda reducirle, en consideracion á la distancia del lugar en donde se encuentre el deudor, y la mayor ó menor facilidad de encontrarle. La ley ha querido proteger al fiador, pero no concederle un pretesto para que eluda la responsabilidad que sobre él pesa.

Digamos ahora algo de la ausencia de los acreedores cuando á peticion del deudor celebran concurso de espera ó de quita. Para que el primero tenga lugar preciso es que sean todos convocados y reunidos (1), porque á todos interesa el plazo que se haya de conceder y que retarde el cobro de sus créditos. Habrán de ser citados los que estuvieren ausentes; de lo contrario no surtiria efecto la reunion de los demas, aun cuando estos constituyeran la mayoría de personas y de créditos; pero si citados no acudiesen, claro es que sin ellos puede celebrarse el concurso y que este subsiste, como que se presume fundadamente que el ausente que pudiendo venir, no vino, aprueba el acuerdo de los otros.

Hay algunas particularidades en el concurso de quita, particularidades que demuestran cuan benignas han sido nuestras leyes respecto de la suerte del deudor. Reunidos los acreedores, si acuerdan remitir alguna parte de la deuda, esta remision es válida, aunque alguno de los acreedores estuviera ausente: esta regla sufre dos escepciones, pues que el ausente podrá impugnar y obtener que no le dañe la rebaja acordada por los demas cuando la parte de su deuda sobrepuje á la que todos estos componen, ó si algunos bienes ó cosas del deudor le estuvieran especialmente hipotecados ó empeñados (2). Dos dudas pueden suscitarse respecto á la inteligencia de la ley, á saber: si es de absoluta necesidad que sean convocados todos los ausentes, y si lo que se dice de un ausente debe ser estensivo á varios ausentes, cuestiones de que hablaremos al tratar de este concurso.

Vamos ahora á hablar de un punto con el que daremos fin al presente párrafo: las donaciones entre ausentes. Acerca de ellas han discurrido los intérpretes con estrema latitud, como que era esta una de sus cuestiones predilectas; no les seguiremos nosotros por todo el ancho campo que recorrieron, antes bien, nos ceñiremos á esponer con toda sencillez los antecedentes y el principio fundamental de tan reñida controversia.

En el Derecho romano no tropezamos con dificultad alguna; á nuestro modo de ver no puede ser mas claro ni mas esplícito. Antes de Justiniano sabido es el carácter que la donacion tenia; era una de aquellas convenciones en que el derecho no reconocia causa civil de obligar, y por esto el ciudadano que queria desprenderse de una cosa en favor de otro, no tenia que elegir sino entre estos dos medios; ó hacer una estipulacion, en cuyo caso la donacion era del todo eficaz, no como donacion, sino como estipulacion, ó verificar la entrega de la cosa, cuya tradicion encerraba en sí todo el acto, puesto que no podia recurrirse á pacto alguno, á que la ley diera validez. De estos dos medios el primero estaba vedado entre ausentes, como ya hemos demostrado anteriormente; pero respecto del segundo, claro es hasta la evidencia que aprovechaba á los ausentes, puesto que no habia dificultad en que á nombre del donante entregara un individuo la cosa al donatario. Terminantes están los jurisconsultos romanos: «*Etiam per interpositam personam donatio consummari potest,*» dice Paulo (1), y en otro lugar: «*Absenti sive mittas qui férat, sive, quod ipse habeat, sibi habere eum jubeas, donari recte potest* (2).» Esto por lo que hace al derecho ante Justinianeo; en el Justinianeo, la donacion salió de la esfera reducida que antes tuvo, adquiriendo el concepto de pacto legítimo,

(1) Ley 5, tit. 15, Part. 5.
(2) Ley 6, tit. 15, Part. 5.

(1) Ley 4, tit. 5, lib. 39 del Dig.
(2) Ley 10 del tit. y libro citados.

pero esta variacion, lejos de derogar el principio de que habia donacion entre ausentes, le confirmó mas, porque estos podian pactar; así es que no vaciló el mismo Justinianeo en dar cabida en su Código á una constitucion de Diocleciano y Maximiano en que se decia: «*Nec ambigi oportet, donationes etiam inter absentes validas esse* (1).» El derecho romano por lo tanto siempre admitió la donacion entre ausentes.

Pasando al exámen del derecho patrio encontramos en las Partidas una ley que hablando de los modos por qué puede hacerse la donacion, se espresa así: «Cuando aquel que quiere fazer la donacion, es en otra tierra... non la puede fazer si non por carta ó por mensajero cierto, en que le embie á decir señaladamente lo que le da (2).» Conforme esta ley con el principio de que puede haber entre ausentes donacion, se concreta solamente á prescribir la forma, forma de que no será lícito al donante separarse. Gregorio Lopez dedica á esta parte de la ley citada una glosa llena de doctrina digna de consultarse, y en ella propone esta cuestion: ¿podrá hacerse donacion al ausente fuera de los requisitos de la ley de Partida, supuesta la célebre ley del ordenamiento de Alcalá (3)? y despues de decir que es este punto bastante dudoso se decide por la negativa. La razon principal que alega es que la mente de la ley del Ordenamiento no fué la de quitar la forma dada por el derecho á los contratos que se verifican por el consentimiento, pues entonces se seguiria el absurdo de que la venta hecha á un ausente que la ignorase seria válida, sino que solo se propuso quitar la forma antigua de la estipulacion, y dar vínculo á las obligaciones de cualquiera modo que uno quiera obligarse á otro. Creemos que en esta parte no es aceptable la opinion de Gregorio Lopez, ni exacto el fundamento en que la apoya. La ley del Ordenamiento no varió en nada los requisitos esenciales é intrínsecos de los contratos, esto es para nosotros indudable; pero decir que en cuanto á los estrínsecos solo tuvo por objeto destruir la estipulacion, nos parece inexacto y que estrecha mas de lo justo el espíritu y la letra de la ley. El legislador no quiso únicamente atacar la forma de la estipulacion, sino toda otra forma con la que se pretendiera reducir y coartar la espresion del consentimiento; por eso dice que valga la obligacion *en qualquier manera* que resulte la voluntad de obligarse, es decir, que se respetó el fondo de los contratos; pero se quitó la importancia, la necesidad de las formas. Y por ventura, si solo se quiso atacar la estipulacion, ¿podria entenderse la ley? No ciertamente, porque entonces ó habria de decirse que el legislador no sabia en qué consistia la estipulacion, ó espresó mucho mas de lo que se proponia: ¿no prohibe, por ejemplo, que se oponga la escepcion de no haberse celebrado el contrato ante escribano público? Y ¿quizás se necesitaba la intervencion de este funcionario en la estipulacion? Basta, pues, la simple lectura de la ley para convencerse de la inexactitud del aserto de Gregorio Lopez, aserto que él mismo parece desvirtuar en el curso de su glosa. Por otra parte juzgamos inoportuno el simil tomado de la compra-venta, porque por lo mismo que la ley del Ordenamiento no ha confundido la índole de cada contrato, aquella no puede dejar de ser bilateral, á diferencia de la donacion que es unilateral. Haciendo aplicacion de lo que dejamos dicho, si bien sostenemos que la donacion descansa en el mútuo consentimiento, y no la tenemos por irrevocable y consumada por la sola voluntad del donante, creemos se halla derogada actualmente la necesidad que á este imponia la ley de Partidas de valerse precisamente de carta ó mensajero cierto; y que bastará para la subsistencia de la donacion cualquiera otra forma á que se apele, siempre que conste el consentimiento.

Debemos prescindir de todas las demas cuestiones que los intérpretes agitan; porque unas son ociosas, mucho mas, despues

(1) Ley 6, tit. 54, lib. 8 del Cód.
(2) Ley 4, tit. 4, Part. 5.
(3) Ley 1, tit. 1, lib. 10 de la Nov. Recop.

de haberse introducido en nuestro derecho principios diferentes á los del romano; otras, aunque interesantes, son comunes no solo á las donaciones entre ausentes, sino tambien á las que puedan hacerse entre presentes. No queremos, pues, ni sobrecargar demasiadamente este artículo, ni esceder los límites á que está concretado.

SECCION VIII.

DE LA AUSENCIA CON RELACION A LOS JUICIOS.

En las tres secciones anteriores hemos considerado á la ausencia en lo que se refiere al ejercicio de los derechos civiles en general, á las relaciones de familia, á la propiedad, á los contratos y á las sucesiones; en esta vamos á considerarla con relacion á los procedimientos, medios para los cuales se hacen eficaces los derechos que la legislacion consagra. Seguimos en esto el método que ordinariamente adoptan los autores de hacer preceder las materias de derecho civil, á las que solo se refieren á la ritualidad y solemnidades de los juicios, ó para esplicarnos en el lenguaje espresivo de Bentham, las leyes sustantivas á las adjetivas. Para mas fácil inteligencia de las materias de esta seccion, la dividiremos en tres párrafos. En el primero trataremos de sus principios capitales, de las reglas que pueden considerarse como generales á toda clase de juicios: el segundo estará destinado á tratar especialmente de los juicios civiles, y de los criminales el tercero.

§ 1.° *Disposiciones comunes á las diferentes clases de juicios.*

La ausencia no es motivo para que uno pierda las acciones que legítimamente le correspondan, ni para eludir á su vez la responsabilidad á que esté sujeto por consecuencia de las que contra él pueden entablarse. No es tampoco, ni puede ser la ausencia, motivo para que se impida al que tiene derecho de acusar, el ejercicio de la facultad que le dá la ley, y mucho menos para que se defienda aquel á quien se imputan actos ú omisiones que la ley califica de delitos. Este es el principio capital en toda la materia de que tratamos, principio que se desenvolverá en los párrafos siguientes.

Mas conviene ante todas cosas fijar la palabra *ausencia* con relacion á los juicios. El Derecho romano (1) llama ausente al que no comparece ante el tribunal. Esta significacion, considerada ya la existencia de un juicio y el emplazamiento hecho al demandado ó acusado, es exacta y suficiente. Pero cuando se trata de las primeras diligencias que tienen lugar en las actuaciones civiles ó criminales, de aquellas que preceden al emplazamiento, la palabra *ausente* designa entonces al que no está en el lugar en que se sigue el juicio, bien sea por una causa independiente al ejercicio de la accion que contra él se entabla, bien sea porque con su ocultacion ó fuga ha tratado de eludir el responder á una demanda civil ó evitar las investigaciones y el castigo que espera por una causa criminal. Esto constituye diferentes clases de ausencia en el juicio: una anterior á la notificacion del emplazamiento que se refiere solo al caso de no hallarse el demandado en el pueblo en que se ha entablado contra él la demanda, ausencia que se presume inculpable aunque á las veces es maliciosa, y otra posterior á la notificacion ó publicacion del emplazamiento, que se presume maliciosa por llevar envuelta una desobediencia abierta ó presunta á los preceptos judiciales, si bien alguna vez es inocente por no haber llegado el emplazamiento á noticia del citado, ó por hallarse este imposibilitado de comparecer ante el tribunal que le emplazó. Esta diferencia de tiempos y de culpabilidad ó inculpabilidad de los ausentes, dá lugar á las diferencias de que hablaremos.

La ley, favorable de un modo estraordinario á algunos ausentes, ha querido eximirlos de la necesidad de presentarse á los

(1) Párrafo 5, ley 4, tit. 2, libro 50 del Dig.

tribunales por emplazamientos posteriores á su ausencia. Ha hecho mas: ha declarado que los jueces no tenian facultad para emplazarlos. En este sentido las leyes de Partida (1) establecieron que no pudieran ser emplazados los que en dia señalado tenian que hallarse con el rey ó con sus señores en una batalla, los que guardaban fortalezas ó castillos cuando se temia el peligro de que fueran atacados, los que se ocupaban en apaciguar al país en épocas de conmociones y bullicios, y los que defendian el territorio en tiempo de guerra. Estas esenciones concedidas ya por la crítica posicion en que se hallaban las personas á quienes se concedian, ya por los servicios públicos que prestaban, ya para que no se violaran los cánones de la disciplina militar, encuentran su esplicacion en la época en que se otorgaron y en la organizacion del servicio militar, tal como entonces se hallaba constituido. El servir hoy en la guerra, el contribuir á la tranquilidad del pais durante las conmociones intestinas, el guarnecer fuertes que puedan ser atacados por el enemigo, no son motivos bastantes para que no se haga el emplazamiento por la autoridad que tenga jurisdiccion propia sobre la persona á quien debe emplazarse.

Es verdad que el servicio público que prestan los que se hallan en semejantes circunstancias será causa poderosa unas veces para dilatar el emplazamiento, por la dificultad de que sea convenientemente notificado, y otras producirá un impedimento material para que el ausente pueda comparecer por sí ó por procurador á hacer valer en el tribunal que le cita el derecho que le asista: en estos casos es claro que no podrá parar perjuicio al que por semejantes motivos deja de comparecer; pero esto será, ya por consecuencia de la ignorancia del emplazamiento, ignorancia que no puede perjudicarles, ya porque una causa material les impida acudir al tribunal que los emplaza, no en virtud de un privilegio que hoy no gozan los que sirven al Estado con las armas en la mano.

En el párrafo 3.° de la seccion I de este artículo hablamos incidentalmente de algunos que hallándose en un pueblo eran reputados como ausentes de él para ciertos efectos: uno de estos efectos es para la comparecencia en juicio cuando son demandados por un tercero. Entre los que por esta consideracion se reputan ausentes, la ley cuenta como tales á aquellos que están aquejados de graves dolencias y los que se hallan heridos, de modo que no puedan concurrir al llamamiento judicial (1); el que se halla preso; el que se casa, en el dia de la boda; aquel en cuya casa fallece alguno, hasta que haya dado tierra al cadáver; el que asiste al entierro de un allegado ó pariente, hasta que vuelve del entierro; y por último el clérigo mientras celebra misa ó dice las horas en la iglesia (2). Respecto al enfermo debe entenderse la escepcion solo cuando la enfermedad dé esperanzas de pronto restablecimiento, porque en otro caso deberá nombrar procurador (3), lo mismo que debe hacer el preso, cuya escepcion, como indica Gregorio Lopez en su glosa, es méramente personal en todas aquellas ocasiones en que hay posibilidad de que le reemplace otra persona. Los demas casos que quedan referidos en que el presente es equiparado al ausente, causan de suyo tan poco retardo, que no pueden dar lugar á grandes entorpecimientos en la administracion de justicia; pero si á la sombra de semejantes escepciones pudiera resultar que se eludiera la ley evitando un juicio ó burlando sus consecuencias, nos parece fuera de toda duda que el juez no deberia paralizar ni por un solo momento el ejercicio de sus funciones. Así no habria lugar á considerar como ausente en el dia de su boda al que apareciera como sospechoso de haber perpetrado un delito cuyo castigo pudiera eludir con la fuga.

(1) Ley 2, tit. 7, Part. 3.

(1) Ley 2, tit. 3, lib. 2 del Fuero Real y ley 2, tit. 7, Part. 3.
(2) Dicha ley 2, Part. 3.
(3) Ley 11, tit. 7. Part. 3.

Previsora la ley en los casos en que hay verdadera ausencia, ha querido considerarla legítima aun cuando ya debiera haberse presentado la persona llamada á juicio, siempre que obstáculos naturales difíciles de superar, la fuerza material, un miedo de los que producen impresion en personas prudentes, ú otras causas semejantes impidiesen la concurrencia oportuna al llamamiento del juez. Así, se considerará como legítima la ausencia de aquel que no pudo asistir al emplazamiento en el dia en que se le señaló, si las crecidas de los rios, las grandes nieves ó los temporales le entorpecieron el viage: así será tambien legítima la ausencia del que no pudo ir sin inminente peligro de caer en manos de salteadores: así, por último, se considerará legítimamente ausente el que no pueda pasar por algun punto por el que precisamente deba ir para comparecer ante el juez, si sabe que allí le están armadas asechanzas; mas en este caso deberá reclamar el ausilio de la autoridad para que con su proteccion pueda obedecer al llamamiento judicial (1).

Hechas estas indicaciones generales que pueden considerarse comunes á toda la seccion, pasamos á hablar separadamente de la ausencia en los juicios civiles y en los criminales.

§ 2.° *Ausencia en los juicios civiles.*

El derecho primitivo de los romanos, en el rigor inexorable de sus fórmulas no permitia que uno representara en juicio la persona de otro ni en los actos de jurisdiccion contenciosa ni en los de la voluntaria. Este principio formulado en las precisas palabras *Nemo alieno nomine lege egere licet* (2). Consecuencia indeclinable de él era que ninguno se considerara como presente en el juicio, sino solo el que personalmente concurria á demandar, ó á contestar á la demanda que contra él se hubiera intentado. Este principio esclusivo no podia subsistir mucho tiempo sin modificarse. Cuando estendidos los límites de la dominacion romana iba el derecho tomando un carácter mas universal, cuando gradualmente se emancipaba del rigor de las fórmulas, cuando acomodándose á las necesidades nuevas consultaba á los intereses de los que no podian comparecer personalmente en la ciudad, tuvo que renunciar á mantener íntegro su primitivo principio. Estaba aun vigente el sistema de las acciones de la ley cuando se introdujeron cuatro escepciones que limitaron la disposicion antigua. Estas escepciones eran, como nos dice Justiniano (1), *pro populo*, *pro libertate*, *pro tutela* y *en el caso de la ley Hostilia*. *Pro populo*, cuando se entablaba una accion popular ó una acusacion pública; *pro libertate*, en que el *adsertor libertatis* en el juicio *liberale judicium* reclamaba la libertad del que estaba en esclavitud de hecho; *pro tutela*, en que el favor de los huérfanos hacia mitigar el rigor de los antiguos principios, y en el caso de la ley Hostilia que permitia establecer la accion de hurto en nombre de los que estaban en poder de los enemigos ó de los ausentes por causa de la república, ó de los que estuvieran en tutela de estos. Mas para usar de las mismas razones que espone Justiniano (2) siguiendo á Ulpiano (3), como la imposibilidad de entablar demanda ó presentar escepciones por otro en los demas casos ofrecia graves inconvenientes, se empezó á introducir el uso de litigar por medio de procuradores, porque la enfermedad, la edad, un viage necesario, ú otras muchas causas eran frecuentemente impedimento para que los litigantes siguieran los pleitos por sí mismos. Pero esta transicion de los principios y del carácter esclusivo del primitivo derecho á los que habian de prevalecer y ser admitidos en los pueblos modernos, no se hizo rápida y violentamente: muy al contrario, siguieron en esto los romanos su habitual conducta de ir lenta y sucesivamente mo-

(1) Ley 11, tit. 7, Part. 3.
(2) Párr. 82, com á de las Instituciones de Gayo párr. inicial del tit. 10, lib. 4 de las Instituciones de Justiniano y ley 123, tit. 17, lib. 50 del Dig.

(1) Párr. inic., tit. 10, lib. 4 de las Instituciones.
(2) Párr. inicial citado.
(3) Párr. 2, ley 1, tit. 3, lib. 3 del Dig.

dificando lo antiguo, conciliando de esta manera el respeto á las tradiciones con lo que las nuevas exigencias reclamaban. Así es que cuando al sistema de las acciones de ley reemplazó el formulario, todos ó bien trataran de demandar, ó bien de defenderse de las demandas contra ellos intentadas, tenian un medio espedito para ser representados en juicio. Al efecto el que queria que otra persona le reemplazara en el juicio, constituia á uno á quien se daba el nombre de *cognitor*, lo cual se verificaba por medio de fórmulas solemnes, sin que fuera preciso que entonces se hallara presente el designado. Este no se reputaba realmente como *cognitor*, sino despues de saber y aceptar el encargo que se le habia conferido (1). Hecha la aceptacion, el *cognitor* era considerado como la misma persona á quien representaba; sin embargo, esta innovacion que tanto se separó del derecho antiguo no fué suficiente: la representacion por el *cognitor* estaba sujeta á graves inconvenientes: no era el menor la dificultad y aun la imposibilidad que tenia á las veces de comparecer el ausente, que necesitaba litigar: por esto fueron admitiéndose en los juicios procuradores que solo estaban revestidos de la autorizacion que los interesados les conferian por un mandato; mas estos mandatarios ó procuradores no absorvian en sí la personalidad del que les nombraba, no se identificaban con él, y por lo tanto no se estinguia por su nombramiento la accion ó la escepcion que pudiera corresponder al representado. El procurador obraba de su cuenta y riesgo, y se decia que hacia suyo el pleito, que se constituia señor del litigio, *dominus litis*, en la concisa y enérgica espresion del derecho. Este procurador se constituia por un simple mandato, sin intervencion del magistrado y sin que estuviera presente el contrario, el cual tenia derecho de exigirle la caucion *rem ratam dominum habiturum* (2); caucion á que no estaba obligado el *cognitor*. Corriendo el tiempo se llegó á admitir en el juicio para que representara los intereses del demandante ó del demandado hasta un *mero negotiorum gestor*, que carecia de mandato con tal que diera la fianza de que acabamos de hacer indicacion, lo que es prueba de la alteracion grande y radical que el derecho antiguo habia esperimentado. No tardó mucho el procurador del presente, esto es, de aquel á quien el principalmente interesado habia presentado al pretor y le habia constituido en el mismo proceso, *apud acta* (1), aunque sin palabras solemnes, en ser equiparado al *cognitor*; esto sucedió en el imperio de Alejandro Severo: desde entonces se consideró solo sujeto á las reglas del procurador al que habia obtenido mandato del ausente, esto es, de aquel que no se habia presentado á constituir el procurador ante el magistrado. Este, y lo que es mas, el *negotiorum gestor*, se reputaban de igual condicion al antiguo *cognitor* despues que afianzaban que la persona, cuya causa sostenian, daria por bien hecho lo que ellos en el juicio practicaran (2). De este modo el rigor y hasta los vestigios del antiguo derecho fueron desapareciendo, y esto aun en tiempo de los jurisconsultos clásicos del tercer siglo de la era cristiana, hasta tal punto que vemos que ya Gayo (3) nos dice que el procurador puede ser constituido sin necesidad de palabras solemnes, ni de estar presente el contrario y aun sin que lo sepa; palabras que parodió el emperador Justiniano en sus Instituciones (4). Dice el citado jurisconsulto (5) que habia muchos que pensaban que debia considerarse como procurador al que carecia de mandato, con tal que apareciera que se presentaba en el pleito de buena fé y que prestara la caucion de que aquel cuyos intereses defendia ratificaria sus actos, dando por razon que algunas veces al principio del pleito no estaba claro el mandato, y que durante el litigio quedaba comprobado: *quia sæpè manda-*

(2) Párr. 83 de las Instituciones de Gayo.
(3) Párrs. 97 y 98, com. 4 de las Instituciones de Gayo.

(1) Párr. 317 de los fragmentos Vaticanos.
(2) Párrs. 1, 2 y 3, tit. 5, lib. 1 de las Sentencias de Paulo, y ley 36, tit. 1, lib. 5 del Dig.
(3) Párr. 84, com. 4 de sus Instituciones.
(4) Parr. 1, tit. 10, lib. 4.
(5) Párr. 84 citado.

Lorenzo Arrazola

tum initio litis in obscuro est, et posteá apud judicem ostenditur. En tiempo de Justiniano el procurador del ausente no debia dar tampoco caucion con tal que estuviera nombrado en un instrumento público.

El derecho español partiendo del principio general de que todas las personas pueden ser representadas en juicio, bien tengan el carácter de demandantes, bien el de demandados, deja espedito el ejercicio de sus acciones al que está ausente, y le da los medios que le faciliten sin graves inconvenientes, seguir el juicio cuando en él le toca el papel de demandado. Hay mas: una ley (1) publicada por los reyes católicos establece que solo por los que tengan el oficio de procuradores puedan ser presentadas las pretensiones de los litigantes; lo que supone la necesidad que tienen estos de valerse de ellos, al menos, cualquiera que fuera el espíritu del legislador, esta es la inteligencia que se le ha dado en la práctica. Y si bien la ley no habla de los demas tribunales superiores ni de los supremos, se ha hecho estensiva á todos lo que dice de las audiencias, y aun á los juzgados de primera instancia desde que se han creado procuradores en todos ellos. De aquí se infiere que la presencia en el juicio es hoy de muy distinta índole que lo era entre los romanos hasta el tiempo de Justiniano: llámase presente, no solo al que comparece personalmente, sino al que lo hace por procurador, y ausente al que no comparece de ningun modo, ó bien por ignorar que ha sido demandado, ó bien por eludir los preceptos judiciales. No es de este lugar el esponer los motivos que hay para exigir que intervenga en los negocios judiciales, tanto civiles como criminales, un procurador, aunque esté presente en el lugar del litigio ó de la causa la persona á quien se representa en juicio, ni de los casos en que basta un poder general ó se necesita uno especial, ni de lo que se requiere para su presentacion en juicio. (V. **PROCURADOR, PODER, BASTANTEO**). En los tribunales de comercio en que los comerciantes son árbitros de seguir sus litigios en nombre propio, ó de constituir por apoderados especiales para hacerlo á sus factores ó mancebos que tengan veinte y cinco años cumplidos, es circunstancia esencial para que aquellos litiguen por su propio derecho, ó estos en nombre ageno, que tengan el domicilio en el lugar en que se sigue el juicio: fuera de estos solo pueden valerse de los procuradores de los tribunales (1), es decir, que los ausentes aunque tengan los demas requisitos de la ley no pueden ser procuradores en los pleitos de comercio.

No puede uno presentarse á juicio en nombre del que está ausente si no manifiesta el correspondiente poder. En este punto nuestro derecho por regla general es mucho mas limitado que el romano que no rechazaba al que oficiosamente se ofrecia á sostener el litigio con tal que diera la fianza de que su principal ratificaria todo lo que él ejecutara. «*Ningun ome*, dice una ley de Partidas (2), *non puede tomar poder por si mismo para ser personero de otri, nin para fazer demanda por él en juizio, sin otorgamiento de aquel cuyo es el pleito*». Es decir que ni aunque se halle uno ausente, puede otro entrometerse por regla general á presentarse por él en juicio. La caucion de que el principal dará por bueno lo que el procurador haga, solo se exige á los procuradores cuyo poder es insuficiente (3).

La regla general que ninguno puede presentarse en juicio ejercitando los derechos del ausente sin estar autorizado por él no es inflexible. Escepciones establecen las leyes de que aquí vamos á hablar. Mas estas escepciones no son las mismas cuando se trata de entablar acciones á nombre del ausente, que cuando se pretende solo defenderle y hacer valer las escepciones que le competen. Filosófica es la razon que ha tenido la ley para introducir esta diferen-

(*) Ley 1, tit. 31, lib. 5 de la Nov. Recop.

(1) Arts. 34 y 35 de la ley de enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio.
(2) Ley 10, tit. 5, Part. 3.
(3) Ley 21, tit. 5, Part. 3.

cia: debe darse mayor latitud á la defensa que al ataque. Por esto el derecho de demandar sin poder en nombre ageno está limitado al marido en representacion de la muger, á los parientes por los parientes dentro del cuarto grado, á los afines por el suegro, yerno ó cuñado, y á los co-herederos y condueños en la herencia y cosa comun; la ley impone á todos estos la obligacion de presentar fiadores de que su principal dará por bien hecho lo que ellos gestionen, fianza que debe exigirse antes de la contestacion á la demanda, si el contrario la solicitare, porque despues de ella no están obligados á prestarla (1). Aunque la ley establece esta doctrina en general, no está admitido que el marido afiance; en efecto no puede equipararse este caso á los demas que quedan referidos: el marido no se presenta oficiosamente ejercitando un derecho ageno, sino que representante de la sociedad conyugal y de su muger tiene interés propio y ademas obligacion de defender á esta así en juicio como estrajudicialmente. De notar es que si bien la ley al dar la estension referida al derecho de demandar en nombre de otro sin poder, no espresa con palabras terminantes que se refiere al caso en que esté ausente la persona cuyos derechos se ejercitan, claramente se deduce de su contesto. En ella se leen estas palabras que limitan la facultad de demandar: «*fueras ende, si fuesse cierta cosa que él queria fazer demanda contra voluntad de aquel en cuyo nome demandaua*». De estas palabras se infiere que no es á nombre del presente por quien puede entablar la demanda el que no tiene poder: en efecto, el silencio del interesado, el no nombrar por su mandatario al amigo oficioso que se ofrece á demandar por él, es prueba suficiente de que no ha querido litigar. Parece que debe tener esto lugar aun en el caso de que la persona á cuyo nombre se ejercitan las acciones no esté en el pueblo, pero que no dista mucho de él. Agrégase á lo dicho que en los negocios civiles los tribunales por regla general no interponen su autoridad cuando hay un derecho violado, sino cuando la persona en cuyo perjuicio cede esta violacion, acude á implorar su oficio y pide que se le administre justicia: por esto es mas peligrosa en ellos la intrusion de una persona que carece de derecho propio para demandar, y afecta hacerlo para defender los intereses del que estando presente ni quiere defenderlos, ni quiere darle mision para que los defienda. Mas esplícitas y claras están las leyes cuando hablan de los casos en que el hijo constituido en patria potestad teniendo al padre ausente puede comparecer en juicio, ya por sí, ya en representacion del padre. Segun ellas el hijo que por razon de estudios ó por otra causa análoga ha salido de la casa paterna, puede entablar y contestar demandas por sí en ausencia de su padre, sin necesidad de dar fianza: mas por el contrario, si es el padre el que se ausenta de su domicilio y ocurriese motivo para suscitar un pleito, ó tuviera que contestarse á demanda entablada por otro, el hijo podria presentarse á juicio, si bien dando fianza de que el padre daria por firme y bien hecho lo que el hiciere (1). Pero debe tenerse presente que si bien la ley da el carácter de apoderados á los que sin mandato espreso en los casos referidos toman la defensa del ausente, no por eso los exime de dirigir sus respectivas gestiones por medio de los que tienen el oficio de procuradores de los tribunales.

Ya hemos hablado con la suficiente estension en el párrafo 1.° de la seccion VI de este artículo, de la autorizacion que el juez con conocimiento de causa legítima, ó necesaria, ó provechosa, puede dar á la muger para hacer todo lo que con consentimiento del marido podria hacer, y de consiguiente para litigar en el caso de que este se halle ausente, no se espere su pronto regreso y haya peligro en la tardanza.

Desembarazados ya de cuanto hace relacion á la representacion del ausente en juicio, vamos á examinar lo que se refiere

(1) Ley 10, tit. 5, Part. 3.

(1) Ley 2, tit. 5 Part. 3.

al mismo juicio, esto es, las modificaciones á que da lugar la ausencia en las actuaciones judiciales. Para esto debemos considerar la ausencia en los dos periodos de que antes hicimos indicacion: el anterior al emplazamiento, y el posterior á él: en el primero de ellos se entiende la ausencia con respecto al pueblo en que debe seguirse el juicio, en el segundo se llama ausente al que no comparece á defender su derecho cuando ha sido emplazado, ó á proseguir su accion cuando es el demandante, segun queda espuesto en el párrafo 1.° de esta seccion.

En el primero de estos dos periodos, cuando se trata de juicios civiles, es claro que solo puede hacerse referencia á la ausencia del demandado: el demandante se presenta él mismo ó por medio de otra persona al tribunal; si no se presenta, no puede por regla general sustanciarse el juicio, porque como decian los antiguos, las acciones se dan para que aquellos á quienes interese, puedan reivindicar lo que les corresponde, ó exigir el cumplimiento de lo que se les debe. Esto supuesto debemos considerar de diferente modo la ausencia de aquel á quien se demanda, cuando consta su existencia y paradero, de la de aquel cuyo paradero ó cuya existencia es ignorada. Respecto al primero necesario es adoptar todas las medidas que sean convenientes para que sepa el llamamiento á juicio por la notificacion personal que á él mismo se le haga; por lo que toca al segundo debe procurarse en cuanto sea posible que tenga noticia de la demanda que contra él se ha entablado, si no personalmente, al menos por los medios acostumbrados de publicacion.

Despues del emplazamiento puede el demandante dejar de concurrir al juicio, falta grave en el que lo provocó: la no comparecencia del demandado debe producir distintos efectos en el que personalmente supo el emplazamiento, y el que no se halla en este caso: el primero cuando no acude á defender su derecho, da prueba de la poca consideracion que le merecen los preceptos judiciales, induce la presuncion de que no obra de buena fé en el punto sometido á la accion judicial, y cuando es considerado como rebelde y contumaz no tiene por qué quejarse, sino que por el contrario debe á sí mismo imputar la calificacion que sobre él ha recaido. No sucede esto con aquel á quien no se hace personalmente el emplazamiento; este puede muy bien ignorar que ha sido demandado: no puede decirse de él que desprecia los autos judiciales, ni que voluntariamente se constituye en rebeldía; si no ha venido á juicio es por ignorancia de un hecho, ignorancia invencible, que no le es imputable. Y si bien la administracion de justicia no puede detenerse ante estas consideraciones, si bien el derecho de un tercero no ha de estar en suspenso indefinidamente hasta que comparezca aquel cuya existencia ó paradero se ignora, justo es tambien que el que por su voluntad no deja de comparecer ante el juez que le emplaza, el que no da ninguna muestra de vacilacion en su derecho, no sea tratado del mismo modo que el primero. Estos son los principios en que se funda lo que pasamos á esponer.

El primer paso preliminar para entablar una demanda, es por regla general la celebracion del juicio de conciliacion. Si el demandado no está en el pueblo de su residencia, que es el que surte competencia segun espusimos en el artículo **ALCALDE**, debe ser citado por medio de oficio que se dirija á la justicia de aquel en que accidentalmente se halla: si no acude al llamamiento, se le cita segunda vez á costa suya y conminándole con una multa de veinte á cien reales, segun las circunstancias del caso y de la persona; si aun así no compareciese, dará el juez por terminado el acto, franqueará al demandante certificacion de haberse intentado el juicio de conciliacion, y de no haber tenido efecto por culpa del demandado, y declarando á este incurso en la multa se le exigirá ó hará exigir desde luego (1). Prescindiendo de la mayor ó me-

(1) Art. 26 del reglamento provisional para la administracion de justicia.

nor conveniencia de emplear medios de coaccion para un acto que parece que debia ser espontáneo entre los que pensaran ó tuvieran propension á avenirse, desde luego se conoce que no es estensiva la pena pecuniaria de la ley á los que están ausentes, ignorándose su paradero ó quizá su existencia. Estos no pueden ser notificados, y tampoco penados, porque seria injusto que por un hecho inculpable se les castigara. Mas como nada dice la ley relativamente á ellos, puede dudarse si el juicio de conciliacion es ó no preliminar indispensable para demandarlos. Si se considera que el objeto de los juicios de conciliacion ha sido procurar la avenencia de los que estén dispuestos á llevar á los tribunales sus respectivas pretensiones en sentido opuesto, y que la conciliacion cuando no se sabe el paradero del demandado es imposible, parece que deberia estarse por la no necesidad del juicio. Aunque se dijera que al ausente se le nombrará un curador ó defensor que le representase, cosa que no encuentra ningun apoyo en la ley, tendriamos siempre que, ó á este le debiamos considerar en el caso de no poder transigir, y entonces careceria de objeto el juicio de conciliacion, ó tendria que suponerse al representante una facultad en cuyo ejercicio podria causar daños incalculables al ausente. Sin embargo nos parece mas seguro entablar el juicio, que el alcalde llame al ausente por edictos, y que no compareciendo dé el juicio por intentado, con lo cual ninguna dificultad podrá objetarse para introducir la demanda en los tribunales.

Pasemos al mismo juicio contencioso: desde luego aparece que en él no son iguales las circunstancias del demandante y las del demandado respecto á la comparecencia. El demandante se presenta voluntariamente provocando el juicio; este por lo tanto desde luego se presenta por sí o por procurador en el pueblo en que se ha de ventilar la cuestion que suscita. El demandado por el contrario, no sabe cuando ni á las veces con qué fundamento va á ser llamado ante los tribunales, y con frecuencia está ausente del lugar en que el pleito se sustancia. Como el litigio debe seguirse con su audiencia, es menester citarle, y por medios capaces de producir el efecto apetecido, esto es, que llegue á su noticia la demanda. La circunstancia de saberse ó no su paradero, produce, como no puede menos, diferencia en el modo de verificar esta notificacion; porque en el primer caso puede hacérsele saber en persona la demanda, y en el segundo es necesario apelar á medios supletorios, y entre ellos á los que mas eficaces se consideren para que pueda saber el llamamiento judicial. Ilé aquí el fundamento del derecho en la diferencia del modo de hacer á uno ú á otro la citacion. Mas puede suceder tambien que el presente no comparezca, porque dolosamente quiera eludir la accion judicial, viniendo asi bajo cierto aspecto á considerarse como ausente, y si bien esta mala fé no puede favorecerle y perjudicar al demandante, da lugar á disposiciones particulares de que debemos hacer ligera indicacion. Podemos por lo tanto considerar tres diferentes ausencias en este caso: 1.° Cuando no es hallado el demandado que está en el pueblo. 2.° Cuando se sabe que el demandado está en pueblo diferente. 3.° Cuando se ignora el paradero del demandado. Cada una de estas ausencias se rige por reglas diferentes.

Cuando no es hallado personalmente el demandado que está en el pueblo, aconsejan algunos que antes de pasar á hacer la notificacion de otra manera, se le busque tres veces en distintos dias y á diferentes horas, y que solo cuando así no pudiera ser hallado se proceda á emplazarle por cédula. No nos parece esto conforme con la ley (1); sus palabras testuales son: *la notificacion por cédula se hará á la primera diligencia en busca sin necesidad de mandato judicial, escepto en los emplazamientos, ó traslados de demanda y las notificaciones de estado y citaciones de remate en los juicios ejecutivos.* A nuestro modo de entender las palabras *escepto en los emplazamientos* y siguientes, se

(1) Art 3 de la ley de 4 de junio de 1837.

refieren á la cláusula *sin necesidad de mandato judicial*, y no á las en que espresa el legislador que la notificacion por cédula debe hacerse á la primera diligencia, es decir, que en los emplazamientos, notificaciones de estado y citacion de remate cuando no se encuentra el demandado á la primera diligencia en busca, es necesario mandamiento judicial para hacerla por cédula, lo que no es obstáculo para que el juez mande que antes de hacer la citacion de esta manera, se repita una ó dos veces la diligencia de buscar al demandado, ó le señale dia y hora en que espere al escribano que va á emplazarle, lo que pende del prudente arbitrio judicial, atendidas las circunstancias del caso y la importancia de semejantes notificaciones. La cédula debe estar estendida en los términos que espondremos en su oportuno lugar. V. **NOTIFICACION.**

En los negocios de comercio, en el caso de que el alguacil á quien se entrega la cédula de citacion no encuentre á la persona á quien va dirigida, debe dejarla en su domicilio á su muger, pariente, criados ó vecinos, haciendo relacion ante el escribano del juzgado de haberlo así practicado, y del nombre y apellido de la persona que hubiere recibido la cédula (1).

Basta esto por lo que respecta al emplazamiento del demandado que está en el pueblo, y que por medios mas ó menos maliciosos, ó inocentes quizá alguna vez, no recibe personalmente la citacion para comparecer en juicio.

Pasemos al caso segundo, esto es, cuando se sabe que el demandado está en pueblo diferente. Esto puede desde luego espresarlo el que entabla la demanda, ó bien resultar al ir á hacer el escribano la diligencia del emplazamiento personal. En este último caso pondrá el escribano diligencia de no haber sido hallada la persona, así como tambien del punto en que se le haya manifestado que se halla domiciliada ó residente. Igualado de este modo un caso con otro, ambos siguen las mismas reglas. A peticion del demandante, si el demandado se hallase en el territorio de la demarcacion del juez, se oficiará al alcalde del pueblo en que este resida para que le mande comparecer en el juzgado con objeto de que se le haga la notificacion: si se hallare en jurisdiccion de otro juez, pero dentro del territorio de la misma audiencia, se espedirá un exhorto con la espresion necesaria para que el juez del partido en que se halle, le mande emplazar y comparecer á evacuar el traslado de la demanda (1). Mas cuando el juez en cuya jurisdiccion se hallase el ausente, estuviese en territorio de diferente audiencia que el exhortante, deberá este remitir el exhorto al regente de la audiencia de aquel, que deberá cuidar de su pronto cumplimiento. De lo que deben contener los exhortos para el emplazamiento hablaremos en el lugar conveniente. V. **EXHORTO, EMPLAZAMIENTO.**

En los negocios de comercio cuando la demanda se dirige contra persona que siendo de ageno domicilio no reside de presente en el lugar del juicio, se pasa exhorto requisitorio al tribunal de comercio, ó en su defecto al juzgado de la vecindad del demandado, para que se le haga el emplazamiento, lo que se verifica siempre por medio de cédula, como por regla general previenen las leyes mercantiles en toda clase de emplazamientos: en este exhorto el tribunal fija con relacion á la distancia del pueblo en que resida el demandado el término en que el emplazado debe comparecer (2). La persona á quien no se conozca domicilio ni lo haya espresado en ninguno de los documentos que acompañan á la demanda, será emplazada en cualquier punto donde resida (3).

En el tercer caso de los tres que antes enumeramos, esto es, cuando se ignora el paradero del demandado, y de consiguiente sea ineficaz la citacion personal ó por cé-

(1) Art. 112 de la ley de enjuiciamiento de 21 de julio de 1850.

(1) Ley 59, tit. 4, lib. 11 de la Nov. Recop.
(2) Art. 113 de la ley de Enjuiciamiento.
(3) Arts. 114 de la ley de Enjuiciamiento.

dula, debe hacerse por medio de pregones y edictos que se fijen en los lugares acostumbrados de los pueblos en que es de presumir llegue á su noticia la citacion, y en los periódicos oficiales. Esto mismo tiene lugar cuando las personas á que se cita son inciertas, ó aunque ciertas sean tantas que no puedan ser facilmente habidas ó conocidas para hacerles la citacion. En los negocios de comercio cuando no se puede descubrir el paradero de la persona demandada, debe hacerse la citacion dirigiéndola al juzgado, en cuyo territorio tuvo su última vecindad, entregándose la cédula de emplazamiento al alcalde para que la haga fijar en las casas consistoriales; otra igual se fija en los estrados del tribunal donde pende el juicio, publicándose tambien en el Boletin oficial de la provincia (1).

Esplicado ya cuanto es conveniente respecto á la ausencia considerada antes del emplazamiento, pasemos á tratar de la posterior á él. La ley no ha podido considerar bajo el mismo punto de vista la no presencia en el juicio de aquellos que teniendo noticia de las providencias judiciales las desprecian y no comparecen á sostener sus respectivas acciones ó escepciones, y la de los que dejan de comparecer porque no saben que han sido emplazados. Por esto, al paso que califica á los primeros de contumaces y determina que en su ausencia y rebeldía se sigan los pleitos y que les pare perjuicio su irregular conducta, protege á los segundos, nombrando personas que los reemplacen en el cuidado de los intereses acerca de que versa el pleito que contra ellos se suscita. En lugares mas oportunos tratamos de los contumaces (V. AUSENTAMIENTO, CONTUMACIA, REBELDIA), y examinamos la condicion del actor que promoviendo el juicio se ausenta de él, y la del reo que ó no se presenta al emplazamiento del juez, que ha llegado á su noticia, ó que abandona el juicio en que una vez se empeñó. Aquí solo vamos á hacer algunas indicaciones respecto al emplazado, á cuya noticia, ó no llegó el emplazamiento, ó al menos no consta que llegara. A este una ley de Partida (1) le equipara con el cautivo, y á uno y á otro con los herederos inciertos. Segun la espresada ley el que quiere demandar al ausente debe acudir al juez para que nombre persona que guarde los intereses del demandado en el pleito que se le va á promover: hecho esto puede entablar su demanda y seguirla por todos los trámites con la persona que el juez hubiere nombrado, de tal manera, que en cuanto así se ejecutare con buena fé y sin fraude, la defensa que hiciere la persona en quien hubiera recaido la eleccion del juez surtirá iguales efectos que la que pudiera producir la verificada por el ausente si hubiera comparecido. Gregorio Lopez en su comentario á las Partidas da á este guardador judicial de los intereses del ausente el nombre genérico de curador: la práctica, sin embargo, le aplica el de defensor del ausente. Cualquiera cosa que se hiciere antes del nombramiento del defensor será nula; no dejan ninguna duda de ello las terminantes y esplícitas palabras de la ley de Partida «*E cuando tal guardador fuere dado, puede entrar en juyzio con él, é todo cuanto razonare ó fiziere por el derechamente, é sin engaño será valedero tan bien, como si estuviese delante aquel cuyos fuesen los bienes. Ca de otra guisa non vendria la demanda que fiziesse.*» Solorzano dice que del mismo modo que se da al ausente incierto quien le defienda cuando se suscita contra él un litigio, así debe practicarse tambien con el que ha marchado á las Indias. Esta opinion podrá ser sostenible, y aun nos parece bien, cuando se trate de cuestiones que por su índole exigen una pronta resolucion aunque lenga el carácter de interina ó provisional: asi por ejemplo, sucederá en la causa de alimentos y en otras de naturaleza semejante: mas no somos de opinion que esto deba ser estensivo á los pleitos que no tienen un carácter apremiante. Fundamonos para esto en que por

(1) Art. 111 de la ley de Enjuiciamiento.

(1) Ley 12, tit. 2, Part. 3.

diligente que consideremos al defensor, no es fácil que sobre el punto acerca de que versa el litigio pueda reunir el conjunto de datos y antecedentes que probablemente podria suministrar el que es demandado, si por si ó por persona que él mismo nombrara se presentase en juicio. Enhorabuena que en la imposibilidad que hay de citar á aquel cuya existencia ó paradero se ignora, se nombre quien en juicio le represente, pero esta medida necesaria para no paralizar indefinidamente la administracion de justicia no debe estenderse con imprudencia á mas casos que á los prescritos por la ley, ó á otros que requieran una resolucion urgente, del momento. La opinion de Solorzano es hoy tanto menos admisible, cuanto que los mayores medios y la rapidez de las comunicaciones no hacen temer las largas dilaciones que el emplazamiento del verdadero interesado causaria en otros tiempos. En este punto, sin embargo, creemos que debe dejarse latitud al prudente arbitrio del juez, el que en atencion á las distancias, al estado de paz ó de guerra, á la facilidad, interceptacion ó carencia absoluta de comunicaciones deberá resolver en cada caso lo que sea mas equitativo.

Larga seria nuestra tarea en este lugar si tuviéramos que descender á todos y á cada uno de los puntos en que la ausencia puede producir alguna modificacion en los actos judiciales. Esto no podriamos hacerlo sin el inconveniente de repetir aquí lo que ya se ha dicho ó tiene lugar mas oportuno en otros artículos de la obra. Omitimos por lo tanto hablar de la ausencia con relacion á la apelacion y á los arbitros (V. APELACION, ARBITROS), y á lo que se refiere á la sentencia, al juicio ejecutivo, á la competencia del tribunal respecto al español que se halla fuera de su patria, y al modo de dirigir á pais estranjero los exhortos y los emplazamientos. De la restitucion por ausencia hablamos en la seccion siguiente.

Al concluir este párrafo debemos hacer mencion de una anomalía singular á que da lugar la ausencia. Por regla general nadie puede ser obligado á demandar civilmente: al contrario, el no hacerlo, es á las veces reputado como un acto de generosidad digno de alabanza. Mas la ley ha debido precaver que á la sombra de esta facultad que tienen los particulares de dilatar la deduccion de las acciones en juicio, se diera lugar á perjuicios indebidos, perjuicios que ocasionaria á las veces el ánimo dañado de los demandantes. Así sucede en el caso de que uno sabiendo que otro se preparaba para viajar, intentara dolosamente moverle demanda con el objeto de presentarle obstáculos en la ocasion crítica de marcharse. De este caso habla especialmente una ley de Partida (1) poniendo por ejemplo la demanda con que se pretende detener á los mercaderes cuando van á emprender su viage por mar ó por tierra, pero haciendo estensiva su determinacion á cualquiera otro que no sea mercader. Para cohibir la malicia de los demandantes establece que pueda la persona que tema semejante proceder acudir al juez, pidiéndole que apremie al que lo acecha que le ponga luego su demanda, y si no la pusiere, que no le oiga hasta que vuelva de su viage, á lo que debe acceder el juez. De este modo se concilian con los intereses de justicia las consideraciones que se deben á las personas, y se refrena la mala fé de los que, aun suponiendo que tengan un derecho, esperan para deducirlo en juicio el momento en que mas pueden perjudicar á sus contrarios.

§ 3.° *Ausencia en los juicios criminales.*

No es menos interesante la ausencia del acusador, del acusado y del reo presunto en las causas criminales que la del demandante ó demandado en las civiles. A las consideraciones que son comunes á unas y otras causas se agrega en las criminales el mayor interés público de que sean castigados los delincuentes, para que el ejemplo saludable de la pena retraiga á los demas

(1) Ley 47, tit. 2, Part. 3.

de la perpetracion de hechos á que las leyes han impuesto una sancion penal. Hablaremos con separacion de la ausencia del acusador y del acusado. Mas aquí debemos advertir lo que antes de ahora hemos espuesto respecto á la acepcion de la palabra *ausencia* en lo que á los juicios se refiere. Antes de acudir ó ser citado á juicio, considérase como ausente al que se halla fuera del pueblo en que este debe seguirse y despues al que aunque está presente no acude al tribunal, ó para hacer valer el derecho que le asiste para la persecucion del delito ó para defenderse de los cargos que resulten contra él en el proceso instaurado.

Menos interesante es en las causas criminales la ausencia del acusador que la del acusado. La falta de un particular que acusa, ó el desistimiento del que habiendo acusado no quiere proseguir la acusacion ó desampara el juicio, no produce las funestas consecuencias que la ausencia del reo contra quien se dirigen los procedimientos, porque en los delitos públicos siempre es parte el ministerio fiscal, y la accion de la justicia queda en ellos suficientemente promovida. Así es que vemos que las disposiciones que se refieren á la presencia ó á la ausencia del acusador en el juicio tienen por objeto el derecho que corresponde á los acusadores y la garantía que es justo que se dé á los acusados de que caprichosamente no deben moverse acusaciones contra ellos, mas bien que atender á motivos de conveniencia pública.

Parte de lo que pudiera decirse en este lugar respecto de los acusadores está ya espuesto al hablar de la acusacion (V. ACUSACION). Completaremos aquí lo que no se espresó en el referido artículo. Las personas que tienen el derecho de acusar pueden desde el momento en que saben que se ha perpetrado el delito acudir á los tribunales competentes mostrándose parte y persiguiendo á los criminales. Ademas de esto, se notifica á los que tienen un interés mas inmediato en la persecucion del hecho criminal despues de la confesion con cargos y antes de entregarse los autos al ministerio fiscal, para que si tienen á bien se muestren parte. En su arbitrio está hacerlo ó no, pero ni su ausencia ni su presencia altera en lo mas mínimo, ni introduce modificacion en el órden de los procedimientos. Hay sin embargo una diferencia digna de consideracion entre el que se presentó espontáneamente como acusador y el que compareció en juicio acusando despues de la citacion que el juez le hizo para que se mostrara parte. Este último puede desistir cuando y como quiera de la acusacion sin que por esto sufra el menor perjuicio. No sucede así con el que se presentó como acusador, pues si lo hubiera hecho de un delito de los que solo pueden ser perseguidos por el agraviado, y no prosigue la accion ni alega justos motivos para desistir de ella, debe ser condenado á pagar los gastos, las costas del juicio, los perjuicios que hubiera ocasionado y una multa (1), á no ser que hiciese el desistimiento dentro de treinta dias, y que el juez graduara que no habia procedido á entablar la acusacion con malicia, sino por error (2). Aunque la ley dice que en este último caso puede el acusador desistir de la acusacion sin pena, esto no debe entenderse de las costas y gastos del juicio ni de la indemnizacion de los perjuicios que se originasen al acusado, porque seria una cosa injusta que recayese esto sobre aquel á quien se imputó un delito que no se le probó; y es mucho mas equitativo que le sufra el que con indebida ligereza promovió el juicio. Mas ni aun en el caso referido podria el acusador abandonar la acusacion cuando procedió con malicia ó cuando no se conformó el procesado que estuvo ya reducido á prision (3). Todo lo cual se entiende sin perjuicio del derecho que tiene el acusado ó denunciado de entablar en su caso una accion criminal si la acusacion ó denuncia hubiera sido declarada calumniosa por sentencia ejecutoriada (4).

Mas complicado es el derecho respecto á

(1) Ley 17, tit. 1, Part. 7.
(2) Ley 19, tit 1, Part. 7.
(3) Dicha ley 19.
(4) Art. 348 del Código penal.

la ausencia del reo. Este punto debe ser examinado á la luz de la historia: consideremos al efecto cual fue el derecho romano en los tres diferentes períodos en que puede dividirse su procedimiento criminal, comprendiendo en el primero desde la fundacion de la ciudad hasta la introduccion de las cuestiones perpétuas, el segundo hasta Augusto, y el tercero hasta finalizar el imperio de Justiniano; division de períodos la mas á propósito á nuestro juicio para comprender bien el procedimiento criminal de los romanos.

En el primer período, esto es, desde la fundacion de Roma hasta la introduccion de las cuestiones perpétuas, tres eran los motivos que podian dar lugar á que no compareciera en juicio el acusado: primero, el haberse él desterrado voluntariamente; segundo, el no comparecer sin esplicar los motivos; tercero, el manifestar escusas para no presentarse. Cuando el acusado habia marchado voluntariamente al destierro y sus parientes ó amigos así lo manifestaban, el destierro era confirmado por el pueblo que solia pronunciar contra el desterrado la interdiccion del agua y del fuego: no por esto dejaban de exigirse las cantidades que habian sido prometidas para garantir su comparecencia (1). Cuando el acusado dejaba simplemente de comparecer, se votaba la condenacion; mas algunas veces se fijaba un término antes de señalar la pena: despues de la sentencia se procedia á la confiscacion de los bienes del que habia sido condenado, confiscacion aplicable tambien al caso del que voluntariamente se desterraba, si iba á un lugar en que no debiera residir. Cuando, por último, el acusado manifestaba motivos que le impedian comparecer, con objeto de retardar el juicio, estos debian ser tomados en consideracion por el magistrado que acusaba (2).

En el segundo período que como hemos dicho comprende desde la introduccion de las cuestiones perpétuas hasta Augusto, cuando no comparecia el acusado por haberse él mismo desterrado, sucedia lo que hemos dicho en el anterior, el destierro era confirmado por el tribunal y se pronunciaba contra el reo la interdiccion del agua y del fuego: pero si la ausencia provenia de otra causa y no daba una escusa digna de admitirse, pronunciaba el tribunal la pena correspondiente al delito causa del juicio, si bien esperaba hasta la tarde para hacerlo (1). Cuando el reo por medio de sus parientes ó amigos manifestaba las causas para no comparecer, el tribunal declaraba si eran ó no suficientes, aplazando el exámen de la causa para otro dia en caso de serlo, y en otro imponiendo al reo la pena correspondiente al delito.

En el tercer período, que comprende, como hemos dicho, hasta el fin del imperio de Justiniano, podia el acusado hacer constar por cualquier ciudadano los motivos que le impedian comparecer: si estos eran reputados como suficientes se le concedia un plazo; en el caso contrario ó en el que no presentase razones para no acudir á juicio, se seguian los procedimientos en su contumacia. Se comenzaba entonces apoderándose desde luego de sus bienes, y al mismo tiempo el tribunal le requeria por escrito para que compareciera, y se dirigia una requisicion á las autoridades del lugar en que se hallaba el acusado para que le vigilaran, procuraran su captura y le remitieran al punto donde debian juzgarlo (2). Pasado un año del requerimiento sin que el acusado hubiera comparecido ó alegado los motivos admisibles que le impidieron hacerlo, si el delito era de poca gravedad se le condenaba simplemente; mas si el crímen llevaba consigo una pena capital ú otra grave, como por ejemplo la condenacion á minas, no se pronunciaba contra el ausente (3), si bien los bienes que como hemos dicho, habian sido ocupados antes, eran confiscados, confiscacion que

(1) Dion. Halic. X, 8, Tit. Liv. III, 13.
(2) Tit. liv. 38, 52.

(1) Cic. in Verr. 2, 47.
(2) Párrs. 1 y 2, ley 1, tit. 17, lib. 48 del Dig.
(3) Párr. único de la ley 1, tit. 17, párr. único de la ley 5, tit. 19, lib. 48 del Dig., ley 1, tit. 40, lib. 9 del Cod.

subsistia aunque despues se presentara. Presentándose comenzaba de nuevo el proceso, y si se le encontraba culpable se le imponia la pena fijada por la ley, absolviéndole en otro caso; pero esta absolucion no daba lugar á que la confiscacion se revocara (1). Aun en algunas causas habia lugar á la condenacion del reo ausente cuando se trataba de penas graves: así se halla espresamente ordenado respecto á los que eran acusados en virtud de la ley Cornelia por homicidio, envenenamiento ó castracion (2), así tambien se ordenó respecto á los dependientes de justicia, *apparitores*, que por venalidad faltaban á sus deberes (3). Escriche si bien se hace cargo de estas últimas disposiciones del derecho romano, dice que en los demas casos no se atrevian los romanos á juzgar á los ausentes, porque en su opinion la equidad no permitia condenar á uno sin oirle. Alega en su apoyo una ley que hemos citado (4): las palabras en que se funda son: «*Divi severi et Antonini Magni rescriptum est, ne quis absens puniatur: et hoc jure utimur ne absentes damnentur; neque enim inaudita causa quemquam damnari æquitatis ratio patitur.*» Todo lo que de la parte de la ley que trascribe puede inferirse, es que los ausentes ni pueden ser condenados ni penados, no el que no tenga lugar la tramitacion del juicio en su contumacia: y aun esto no es tan absoluto como se supone, porque segun dejamos espuesto, procedia la condenacion siempre que se trataba de delitos que no fueran muy graves, y respecto de los graves habia las escepciones que dejamos espuestas.

Pasemos á nuestro derecho. La ley 4, tít. 3, lib. 2 del Fuero Real habla del modo con que deben proceder los jueces contra el que fuere acusado de muerte ó de otro delito que mereciese pena capital y no compareciere al juicio: despues de establecer que el juez debe emplazar al acusado para que comparezca ante él en el término de nueve dias si tuviere bienes raices, y que si no los tuviere de fianzas, diferencia que se fundó sin duda en la presuncion de que el que tiene bienes no huye por regla general, añade que si el emplazado que tuviera bienes raices no compareciere en el término prefijado, debe procederse al embargo de sus bienes muebles y raices, y á emplazarle dentro de otros nueve dias: si en este segundo término comparece, debe pagar las costas, y por el *despreciamiento* una pena pecuniaria de cantidad proporcionada sin duda en el reinado de D. Alonso X, pero insignificante hoy atendida la gran diferencia que tiene el valor de la moneda. Mas si á este segundo plazo no comparece, incurre en la pena del homecillo y es emplazado por tercera vez y por otros nueve dias, pasado cuyo tiempo si se presenta ha de ser oido respecto al delito que se le imputa, pero no con relacion á la pena en que cayó por su culpa por no obedecer á los llamamientos judiciales: en el caso que no comparezca, se le reputa como presente. Reglas semejantes establece la ley cuando el acusado no está en el territorio del juez. Debe llamársele por pregones y notificársele en la casa en que moraba, para que comparezca dentro de un mes, y si no lo hace se le embargan sus bienes: cuando no comparece se dan segundos pregones y de nuevo se hace la notificacion dicha, fijándole el término de otro mes: si comparece en este segundo plazo debe pagar las costas y la pena del desprez, y si no comparece incurre en la pena del homicillo; se dan pregones por tercera vez, y si entonces se presenta debe ser oido respecto á la acusacion, mas no acerca de la pena en que ha incurrido por contumacia. Pero la ley se hace cargo al propio tiempo de las personas que por enfermedad, por carecer de libertad ó por cualquiera otro impedimento no han podido comparecer, estableciendo que si lo probaren no sufran perjuicios por ello. No nos parece exacta la inteligencia que da Escriche á esta ley del Fuero Real, cuando

(1) Ley 2, tit. 40, lib. 9 del Cód.
(2) Porr. 2, ley 4, tit. 8, lib. 48 del Dig.
(3) Ley 21, tit 47, lib 9 del Cód.
(4) Ley 1, tit. 17, lib. 48 del Dig.

supone que su disposicion es que si al tercer plazo no compareciere el acusado se le dé y declare por autor del delito que se le atribuye. Basta para convencernos de esto el leer las palabras de que usa la ley al hablar de la no presentacion del que por tercera vez ha sido citado ó pregonado: «*é si no viniere denlo por fecho:*» y mas adelante *é si á este plazo tercero no viniere, denle por fecho:*» es decir, que á pesar de su ausencia siga adelante el procedimiento. Así lo entendió tambien el célebre jurisconsulto del siglo XV Alonso Diaz de Montalvo. Las leyes del Estilo, que como es sabido esplican y completan el Fuero Real, establecieron reglas que debian observarse en la sustanciacion de las causas contra ausentes (1).

Las leyes de Partidas adoptaron un sistema parecido al del Fuero Real, si bien no se limitaron á los delitos capitales, sino que hablaron en general de todos. Segun ellas (2) si el delicuente huia ó se ocultaba, debia ser citado por pregones en el pueblo de su domicilio, y no teniendo domicilio, en el lugar en que cometia el delito. Si no comparecia en el término que se le señalaba se le citaba por un segundo pregon, señalándole treinta dias para que compareciera, y conminándole con apoderarse de sus bienes. En caso que el reo no compareciera se hacia inventario y embargo de todos sus bienes, y se procedia de nuevo á pregonarlo hasta por tercera vez por término de treinta dias cada uno, pasados los cuales si no comparecia dentro de un año y manifestaba justas causas que le escusasen, sus bienes eran confiscados, salvo el derecho que tuviere á ellos su muger ó cualquiera otra persona. Si comparecia dentro del año ofreciendo dar caucion de estar á derecho, recuperaba sus bienes y era oido, sin mas pena que la en que hubiera incurrido por no comparecer á un emplazamiento en pleito civil. Si muriere dentro del referido año, sus herederos recuperaban los bienes sin satisfacer nada por la contumacia, á no ser que se persiguiera un delito de los que podian ser condenados despues de la muerte del perpetrador. Por último, si el reo comparecia despues de trascurrido el año y quisiera defenderse, deberia ser oido acerca de la pena, pero no en cuanto á la confiscacion.

El Ordenamiento Real (1) reprodujo la ley del Fuero que queda citada, é inserta otra (2) dada por D. Juan I en Bribiesca, año de 1380, en que estableció que si alguno fuere condenado á muerte ó á perdimiento de miembro por no comparecer en los plazos señalados sin recibir informacion por la que pudiera ser puesto á tormento, se le oyera en el caso de que se presentara ó fuera reducido á prision, absolviéndole si le hallaran sin culpa, ó imponiéndole la pena que correspondiera, pero sin que fuera oido respecto á los emplazamientos, costas y homicillo.

Pero la ley que debe considerarse hoy como base del procedimiento criminal contra ausentes es la que los reyes católicos establecieron en las Ordenanzas de Alcalá en el año de 1505, ley reproducida por D. Felipe II en 1566 y que está entre las recopiladas (3). Ordénase en ella que cuando no fuese habido aquel contra quien debe procederse criminalmente y el delito sea de aquellos en que deban secuestrarse los bienes, se haga el secuestro sin necesidad de ningun pregon; que el juez emplace tres veces de nueve en nueve dias al reo ausente, sin hacer diferencia de que esté dentro ó fuera de la jurisdiccion; emplazamiento que debe hacerse por pregones, notificaciones en su casa si la tuviere y fijando edictos en los sitios públicos; que en el emplazamiento se haga relacion del delito, del término, pregones y rebeldías acusadas. Cuando el llamado por edictos no comparece al primer plazo, acusada que sea la rebeldía, es condenado á la pena del desprez: si se presenta en el segundo plazo, paga el desprez y las costas, y es

(1) Leyes 47, 48, 66, 119, 140 y 148 del Estilo.
(2) Ley, 7, tit. 8, Part. 3.

(1) Ley 9, tit. 2, lib. 3.
(2) Ley 15 del mismo tit. y lib.
(3) Ley 1, tit. 37, lib. 12 de la Nov. Rec.

oido; si no se presenta, acusada que le sea la segunda rebeldía, si el delito es de muerte, ó tal que merezca muerte, debe ser condenado en la pena del homecillo: si se presenta al tercer plazo, pagadas las penas del desprez, del homecillo y costas, es oido. Cuando el emplazado no comparece en el tercer plazo, acusada que le sea la rebeldía, manda el juez que le pongan la acusacion y que responda á ella dentro de tres dias: si en este término no se presenta, acusada la rebeldía, se tiene el pleito por concluso y se recibe la causa á prueba por un término que no puede esceder del ordinario: en él se examinan los testigos que puedan deponer de la culpabilidad ó inocencia del procesado, y así continúa el pleito hasta pronunciarse la sentencia. En el caso que el procesado sea preso antes de la sentencia definitiva, es oido, pagando costas, despreces y homicillos; lo mismo sucede cuando su presentacion ante el juez es posterior á la sentencia, con tal que sea dentro del año despues que se pronunció. Pasado el año se ejecutan las penas pecuniarias, respecto á las cuales no puede ser oido el que no se presentó, aunque sí en cuanto á las corporales. Cuando el acusado moria dentro del año, en los casos en que con arreglo á la legislacion antigua la acusacion no se estinguia por la muerte, debian ser oidos los herederos respecto á las penas pecuniarias. Por último, declara la misma ley que no se guarde la 7, tít. 8, Part. 3, en la parte que dispone que el rebelde pierda todos sus bienes, y ordena que hecho el secuestro, si el reo no comparece á los treinta dias, el juez haga vender en pública almoneda los bienes secuestrados que no pudieren conservarse sin deterioro, con pregones de tres en tres dias, y adjudicándolos en el último pregon á quien mas diere por ellos.

Hemos concluido con la esposicion de la parte legislativa que se refiere al procedimiento criminal contra reos ausentes. Antes de pasar á considerar esta materia en el terreno de la práctica, y de esponer las modificaciones que la introduccion de disposiciones generales modernas ha ocasionado, nos parece oportuno defender los principios en que se funda nuestro derecho de los ataques que ha recibido.

Muy lejos está de nosotros querer que se persiga á la inocencia, querer que se ejecute una pena en el hombre que no ha sido oido, aunque sea porque huya del rigor de la justicia; pero no queremos tampoco que á la sombra de esto se den tales dilaciones al juicio criminal que se borren los vestigios del delito y la posibilidad de convencer de su crímen al delincuente. Por esto al mismo tiempo que vemos con placer que la práctica de los tribunales ha venido á dejar sin efecto una ley (1) recopilada que establecia que los bandidos y salteadores sentenciados en rebeldía, cuando fueran aprehendidos sufrieran la pena sin que se les diera audiencia, aplaudimos los principios en que se funda nuestro derecho y práctica vigentes, principios que concilian los intereses permanentes de la justicia con la defensa que no puede rehusarse á los que gimen bajo el peso de una acusacion. Esto nos hace vindicar al procedimiento en rebeldía de las tachas de bárbaro é inútil, con que ha habido quien haya pretendido combatirle. No es *bárbaro* en el sentido de deber su orígen á las naciones que derogaron el poderoso imperio de Occidente, porque, como hemos visto, data de época muy lejana en Roma el seguimiento y fallo de las causas contra ausentes; no es tampoco *bárbaro* por la injusticia que envuelve, porque lejos de suponer que el que no se presenta es el autor del delito, no considera como prueba ni aun como presuncion de delincuencia á la fuga, ó á la ocultacion del que es perseguido como reo; al contrario, ni atenúa ni agrava los cargos que sobre él pesan, la justicia los pondera en su fiel balanza por lo que de sí mismos arrojan: si no se oyen las esculpaciones del procesado es porque él se niega á darlas, es porque ó no puede, ó no quiere manifestar todos los hechos, todas las cir-

(1) Ley 1, tit. 17, lib. 12 de la Nov. Rec.

cunstancias que conduzcan al esclarecimiento de la verdad. En esto guarda analogía el Código penal con los procedimientos, puesto que al que se fuga de la prision mientras están pendientes las actuaciones no le impone pena, considerando que obedece al estímulo irresistible de su libertad, y que debe imputarse su evasion á los que no emplearon las medidas que debian para su custodia. No es tampoco *inútil* el procedimiento contra los reos ausentes: si se omitiera inmediatamente que se comete ó se sabe la perpetracion de un delito la práctica de las diligencias mas necesarias para acreditarlo y para descubrir á sus autores, desaparecerian casi siempre los vestigios del delito, y seria imposible en todo tiempo la reunion de datos que hubieran de servir en su dia para condenar al delincuente, lo que daria por resultado que la fuga, que la mala fé del que huia de comparecer ante los jueces que pedian, que deseaban oirle, seria causa de su impunidad y del escándalo universal. Agrégase á esto que el enjuiciamiento criminal en rebeldía produce á favor del delincuente la ventaja de poder saber la estension é intension de los cargos que se le hacen, y que sucede no pocas veces que el que por temor de una pena grave no ha comparecido, cuando ve que se le ha castigado con menos severidad de lo que creia, se resuelve á comparecer para poner término á las angustias que una vida errante y de persecuciones trae consigo.

Defendidos así los principios en que se funda nuestro sistema criminal de enjuiciar cuando hay reos que desobedecen á los llamamientos judiciales, pasemos á esponer las reglas que se siguen en la práctica, ya conforme al tenor literal de las leyes, ya supliendo el silencio ó poca espresion de estas, ya acomodándolas á las variaciones que otras disposiciones generales han introducido en el modo de seguir las causas criminales. Sentaremos como bases el principio de que los procedimientos que se siguen en rebeldía de los encausados no cambian ni modifican el órden del juicio. Redúcense solo á fijar las reglas que deben seguirse para el llamamiento de los fugados, y á introducir la ficcion de que están presentes los ausentes, los cuales son representados por los estrados del tribunal. Mas esta ficcion en nada altera las garantías del juicio, en nada atenta al principio de que ninguno debe sufrir una pena sin ser oido, porque en cualquier tiempo que comparezca la persona contra quien se dirigen los procedimientos, es oida y tratada del mismo modo que si nunca hubiera huido de la accion de la justicia.

Inmediatamente que el juez fundado en motivos suficientes cree á alguno autor del delito que persigue, aun en el caso de que este haya huido, antes de acudir á medios de publicidad que conocidos por el fugado le darian ocasion y facilidad de burlar las pesquisas judiciales, adopta con sigilo cuantas medidas le sugiere su prudencia y su sagacidad para procurar la captura del reo. Estas medidas varian segun la naturaleza de cada caso, porque ya el juez personalmente y con sus dependientes acude á los sitios en que cree que puede verificar la sorpresa del criminal, ya manda á estos que la verifiquen con arreglo á las instrucciones que les dá, ya invoca el ausilio de los agentes de la administracion encargados especialmente de vigilar por la captura de los criminales, ya dirige requisitorias á las autoridades de los pueblos á donde crea que pueda haberse acogido el delincuente, teniendo cuidado en todos los casos de espresar en sus instrucciones, oficios y exhortos las señas personales que de él haya, las de los vestidos que lleve, la del carruage ó de la caballería en que se sepa ó presuma que emprendió la fuga, y cualesquiera otras que puedan conducir á la aprehension del reo á quien se busca.

Solo despues de practicadas con el secreto posible estas diligencias, que deben hacerse constar en los autos, es cuando ó bien de oficio, ó bien á peticion del ministerio fiscal debe proceder al emplazamiento por pregones y edictos que se fijan en los

lugares de costumbre, por tres veces consecutivamente de nueve dias cada plazo, en cumplimiento de lo que previene la ley recopilada (1). Estos edictos y pregones deben contener el nombre del juez que hace el emplazamiento, la autoridad que ejerce, la escribanía por la que se sigue el proceso, el delito que ha dado lugar á él, los términos que han corrido en el caso de que sea segundo ó tercer emplazamiento, el lugar donde debe presentarse el procesado, la invitacion para que comparezca con objeto de ser oido y dár sus descargos, el apercibimiento de que en caso de no verificarlo se seguirá la causa en su ausencia y rebeldía, entendiéndose las diligencias con los estrados y parándole el perjuicio que hubiere lugar, y por último, la fecha, para que sepa el fugado que desde ella empieza á correr el término del emplazamiento (2). Los edictos se insertan ademas en el Boletin oficial de la respectiva provincia, en los diarios de avisos ó cualquiera otro periódico que hubiere destinado esclusivamente á anuncios y en que suelen insertarse los oficiales.

Algunos son de opinion que los edictos no deben fijarse hasta que esté del todo terminado el sumario: este modo de pensar es bajo cierto aspecto favorable al secreto del sumario; sin embargo no está admitido en la práctica, que en el particular nos parece fundada, porque rara, muy rara vez sucederá que el delincuente que es buscado por diferentes medios y no encontrado, deje de traspirar, si es que no lo sabe de un modo positivo, que es objeto de investigaciones judiciales, y porque poniéndose los edictos durante el sumario se acelera el curso del proceso, cosa muy útil para el esclarecimiento de la verdad en las causas criminales. De la publicacion de los pregones y edictos, se pone diligencia suficientemente espresiva en los autos. Concluido el término de cada uno de los edictos, debe el juez mandar que se requiera al alcaide de la cárcel si se mandó comparecer en ella al emplazado, ó á aquel á cuyo cuidado estuviere cualquier otro lugar en que el acusado debió presentarse, para que manifiesten si este ha obedecido al llamamiento judicial: no es necesario que el ministerio fiscal acuse la rebeldía; antes por el contrario, es preferible que el juez lo haga sin su audiencia, porque ninguna utilidad produce el continuo pase de diligencias al fiscal, y dá ocasion á complicar mas el proceso con actuaciones innecesarias. Las penas del desprez y de homicillo, de 60 mrs. la primera, y de 600 la segunda, en que, segun hemos visto, incurria el emplazado que no acudia al llamamiento judicial, están en completo desuso. En su lugar tiene recibido la práctica que incurra el emplazado en las costas á que han dado lugar las diligencias para su captura ó comparecencia. Pero no debe detenerse el curso del sumario por las diligencias del llamamiento por edictos, que pueden y deben seguirse simultáneamente: lo contrario daria lugar á que se perdiera muchas veces la oportunidad de descubrir al delincuente. Concluido que sea el último término de los pregones y puesta la diligencia de no haber comparecido el reo en el sitio para que se le citó, le declara el juez rebelde y contumaz, previniendo que se continúe la causa en su ausencia y rebeldía y que se entiendan con los estrados del tribunal las providencias y diligencias que se practiquen. Respecto á los bienes del ausente que se hubieran secuestrado, está vigente la citada ley de los Reyes Católicos (1), que establece, como hemos visto, que en el caso de que no comparezca el emplazado dentro de los treinta dias, se vendan en subasta pública los bienes que no puedan conservarse sin deterioro, y que se ponga en secuestro el dinero que produjeren.

Cuando el sumario se halla concluido y está hecha la declaracion de contumacia, se pasan los autos al acusador privado en

(1) Ley 1, tit 37, lib 12. de la Nov. Recop.
(2) La misma ley 1

(1) Ley 1 citada.

su caso y al ministerio fiscal, para que pidan lo que á su representacion corresponda; despues de oidos estos, cuando solo resulta justificado un hecho que no dá lugar á pena correccional ó aflictiva, sino solo á alguna leve, el juez sobreseerá en la causa del mismo modo que lo haria si estuviera presente el procesado (1), pero con la calidad de oir al ausente siempre que fuere habido ó que se presentare. Hay quienes suponen que cuando se sobresee no debe hacerse semejante reserva; alegan como fundamento de su opinion que á los presentes no se les oye en igualdad de circunstancias: pero se olvidan de una diferencia que no debe pasar desapercibida, á saber: que el presente ha sido oido cuando ha prestado sus declaraciones y confesion, y que no puede decirse otro tanto del ausente; si se admitiera como corriente la opinion que sostienen, vendria á pararse en el absurdo de que uno fuera condenado aunque á pena leve, sin ser oido, cosa insostenible en el derecho. Remitido por el juez el auto de sobreseimiento en consulta á la audiencia del respectivo territorio, si esta reputa al acusado acreedor á una pena correccional ó aflictiva, ó halla que por cualquier otro motivo ha debido continuarse el proceso, devuelve los autos al inferior, revocando la providencia consultada y mandando seguir la causa por todos sus trámites, en cuyo caso se observan las reglas de que hablaremos mas adelante. Pero si la audiencia confirma la providencia de sobreseimiento ó bien en los mismos términos en que la pronunció el juez inferior, ó bien modificándola y el reo despues comparece, se le oye tomándole en el mismo acto la declaracion indagatoria y la confesion con cargos, y evacuando por su resultado cualquiera diligencia, ó examinando cualquier testigo que pueda convenir al esclarecimiento del hecho que dió lugar á la causa. Verificado esto, es de nuevo oido el ministerio fiscal, y el juez en virtud de lo alegado y probado, ya decreta otra vez el sobreseimiento consultándolo con el tribunal superior, ya acuerda la continuacion de la causa por todos sus trámites.

Cuando la causa arroja contra el procesado ausente motivos para la imposicion de una pena aflictiva, ó correccional, se continúa en su rebeldía siguiendo los mismos trámites y las mismas formalidades que si el reo hubiera comparecido. Concluido el sumario y hecha la declaracion de rebeldía, proponen el acusador privado si le hay, y el ministerio fiscal despues, lo que estiman conveniente á su respectivo derecho y á los intereses de la justicia, mas al pedir la pena contra los ausentes deben limitarse á solicitarla en su ausencia y rebeldía, y sin perjuicio de que se les oiga en cualquier tiempo en que sean habidos, ó se presenten. Del escrito ó escritos de contestacion se dá traslado al ausente por el término ordinario, notificacion que se hace en los estrados, y que en la práctica es una mera fórmula que se pone por diligencia en los autos.

No tiene lugar respecto á los ausentes la omision de la ratificacion de los testigos examinados en el sumario, omision que puede hacerse en las causas en que están presentes los procesados cuando ellos y los acusadores están conformes con la renuncia de esta formalidad. En efecto, la ley exige la renuncia espresa de la ratificacion para que esta se tenga por practicada, y el ausente no puede consentir espresamente, y lo que es mas, ni aun tácitamente, porque no puede inferirse de la ausencia que el prófugo consienta en aquello mismo que ignora, y mucho menos cuando le es perjudicial. Es verdad que resultará á las veces una doble ratificacion, como sucederá siempre que el procesado se presente ó sea habido, y abierto nuevamente el juicio manifieste que no se conforma con las declaraciones de los testigos que en sumario depusieron; pero no por esto puede decirse que es inútil la diligencia de ratificacion, practicada durante su rebeldia, porque ademas de que por las rectificaciones, aclaraciones ó adiciones que hagan los tes-

(1) Dispo-ic. 4 del art. 51 del reglamento provisional para la administracion de justicia.

tigos darán tal vez mayor luz á la causa, y mas prendas de acierto para el fallo, puede muy bien suceder que en el intermedio que pase desde el plenario en ausencia y el que en presencia se siga, acaezca el fallecimiento de alguno de los testigos, en cuyo caso quedaria sin llenarse la solemnidad de la ratificacion necesaria siempre que sea posible si los interesados no renuncian espresamente á ella. A este acto de la ratificacion tienen derecho de asistir el acusador privado y el ministerio público, los que en su caso pueden hacer las preguntas que estimen convenientes en los mismos términos que si el procesado se hallara presente en el juicio. La providencia del juez mandando hacer la ratificacion se notifica como todas las demas en los estrados del tribunal, segun queda manifestado.

Cuando el término de prueba ha concluido, el juez pronuncia la sentencia: notificada al acusador privado, si le hay, al fiscal y al ausente en estrados con citacion y emplazamiento en la forma ordinaria, es remitida la causa á la audiencia en consulta, ó en apelacion cuando esta se hubiere interpuesto, en donde se sigue del mismo modo tambien que si estuviera el reo presente. Tanto en la sentencia pronunciada en el juzgado inferior como en la del tribunal superior se pone la cláusula de *sin perjuicio de oir al ausente en cualquier tiempo en que se presente ó sea habido*, y se notifican todas las providencias judiciales en los estrados. Confirmada ó revocada la sentencia se devuelven los autos al juzgado inferior. Esta sentencia es ejecutiva en el caso de ser absuelto el ausente procesado.

Si aquel contra quien se siguió la causa en rebeldía, llegare á comparecer ó á ser aprehendido durante el proceso ó despues de terminado no habiendo obtenido la absolucion, se abren nuevamente los autos reponiéndose al estado de sumario, ó al que tenian cuando desapareció ó se fugó el reo que se halló en un principio presente al juicio, siguiéndose por todos los trámites ordinarios.

¿Y qué sucederá si no comparece el que ha sido condenado en rebeldía? Hemos dicho antes, que atendido el rigor de una ley recopilada (1), si bien no se podian ejecutar las penas personales que se le hubieran impuesto, pasado el año desde el dia en que se habia publicado la sentencia debian llevarse á efecto las pecuniarias. Algunos sin embargo suponen que debe considerarse derogada dicha ley por el reglamento provisional para la administracion de justicia (2), el cual ordena espresamente que á ningun procesado se le imponga pena alguna sin que antes sea oido y juzgado con arreglo á derecho. Este argumento si se admitiera iria sin duda mas allá de la intencion de sus autores, porque supondria que el juez no podia imponer en rebeldía la pena en ningun caso, interpretacion que no sabemos haya sido dada por ninguno, y que tampoco está conforme con la práctica de los tribunales, que imponen la pena en rebeldía, aunque no la ejecutan en el caso en que sea habido el ausente, sino que abren de nuevo el proceso. Mas aunque admitiéramos la opinion de que la pena pecuniaria en virtud del reglamento provisional no debiera llevarse á efecto pasado el año desde el pronunciamiento de la sentencia; nunca creemos que deberia ser esto estensivo á la indemnizacion civil que se hubiera concedido al agraviado, ni al resarcimiento de los gastos del juicio que debiera hacérsele, porque lo contrario daria ocasion á que el ausente, tras de eludir la pena, pudiera indefinidamente causar nuevos daños por su no comparecencia á aquel que ya habia sido antes su víctima.

Otra cuestion mas grave se suscita en la materia respecto al caso en que el reo ausente despues que supo la sentencia compareciere ó fuere aprehendido y manifestare su conformidad en sufrir la pena que se le ha impuesto; puede entonces dudarse si deberá llevarse á efecto la sentencia pro-

(1) Ley 4, tit. 37, lib. 12 de la Nov. Recop.
(2) Art. 12.

nunciada en rebeldía, ó si deberá de nuevo abrirse la causa. Escriche y los reformadores del Febrero entre otros, son de opinion de que por la conformidad del sentenciado queda ejecutoriada la sentencia y que debe llevarse á cumplido efecto: mas todos convienen en que si por la sentencia dictada en contumacia, se impusiere la pena capital, no bastaria la conformidad del procesado. No dan razon legal bastante poderosa á nuestro juicio que justifique la diferencia que proponen: lo que sientan respecto á la pena de muerte parece que debiera ser estensivo á otras penas de gran gravedad y trascendencia, á lo que se agrega que lo que se dice de las penas graves con relacion á los delitos graves, es aplicable á las penas correccionales cuando se trata de delitos menos graves. Basta para conocer esto fijarnos en las razones que se dan generalmente para separar la pena de muerte de las demas penas: estas son que no se espone al condenado á muerte al peligro de que se le castigue con otra pena mayor, y que regularmente se tendrá que remitir esta y condenarle á otra menor en razon de sus escepciones y defensas, y de quedar desvanecido con su presencia el indicio que resultaba en su rebeldía, indicio que quizá se tomó en cuenta para completar las probanzas. Si al que es condenado por un delito cuya pena en su grado máximo era la capital, se le impone esta pena, es cierto que no corre el peligro de que se le imponga otra mayor; pero tampoco se espone al riesgo que se le aumente la pena aquel que fué sentenciado á cadena perpétua por un delito cuyo máximum sea esta pena. La otra razon alcanza á toda clase de delincuentes, puesto que la presencia y la sumision voluntaria á la autoridad podrá ser un motivo para que desvanezca en parte las presunciones á que pudo dar lugar su ocultacion ó su fuga. Mas nosotros no profesamos la doctrina de que sea ejecutoria la pena por la conformidad del que fué juzgado en rebeldía: creemos por el contrario que no debe ser ejecutada por mas que el reo se someta voluntariamente á cumplirla: perjuicios podrian resultar de ello á la causa pública, y tambien á los que fueron condenados; perjuicios que la ley no ha podido querer que sufrieran. La causa pública se perjudicaria, porque la declaracion y la confesion del reo y su presencia durante todos y cada uno de los actos judiciales, y especialmente los del sumario, da facilidad para pruebas que su fuga hace imposibles: así sucede, por ejemplo, con el que al tiempo de verificar un robo ó cometer un asesinato recibe una herida, la que en aquellos momentos y la cicatriz despues puede contribuir á comprobar ó á rastrear al menos su delincuencia, y que por falta de este medio de prueba y de los demas que á consecuencia de él pudieran haberse intentado, haya podido eludir en rebeldía la pena que mereciera, siendo esta sustituida por otra muy inferior; si en este caso admitiéramos la doctrina que supone que la conformidad con la pena debe hacer ejecutoria la sentencia pronunciada en rebeldia, tendriamos que el que con su fuga habia evitado el descubrimiento del delito y que el que así se burló de la accion de la justicia, la escarneceria de nuevo aparentando sujetarse á su fallo. Tambien podria resultar un perjuicio al procesado contra la intencion de la ley. No sirve decir que ninguno puede ser mejor juez de sí mismo ni apreciar mas su interés que el reo que se sujeta á la sentencia, porque no basta que uno sin ser oido se someta á sufrir una pena personal, es necesario ademas que despues de oirle resulte que la pena es justa. La persona que huyendo de la justicia ha tenido que pasar por los horrores de una vida errante y aventurera, puede llegar á aborrecer su libertad y hasta su existencia, puede, aun sin llegar á este estremo, equivocarse en la estension del derecho que le corresponde para ser oido, puede por último hacer su sumision llevado por promesas, por seducciones, por artificios ó por asechanzas en que caiga á pesar suyo, y ni será justo prevalerse de estas circunstancias, ni dar lugar á que el procesado tuviera que arrepentirse aun-

que tardíamente, y cuando ya el mal era irremediable, de su espontánea sumision á la sentencia. Al que no quiere defenderse hallándose presente al juicio, se le nombra de oficio un defensor, y esto despues de haberle oido en la declaracion indagatoria y en la confesion; contradictorio seria á esto considerar como ejecutoria la sentencia pronunciada en rebeldía porque no quisiera responder y defenderse aquel contra quien se pronunció.

La última cuestion que en este lugar debemos examinar es la de si podrá ó no admitirse en las causas que se siguen en rebeldía al que se presente con poder del procesado para defenderle. No hay disposicion general espresa en nuestro derecho acerca de este punto: pero hay una (1) especial en las causas que eran de hermandad, que prohibe la admision de procuradores de los que rehuyen la accion de la justicia. La práctica ha hecho estensiva esta determinacion á todas las causas, y con razon á nuestro juicio, porque no hay ningun motivo de diferencia que pueda justificar que no sean admitidos los procuradores en las causas de hermandad y sí en las otras. Ni creemos que esta práctica sea dura é inhumana y digna por lo tanto de desterrarse del foro, como en un arrebato de noble filantropía decia Gutierrez en su Práctica criminal. Enhorabuena que no sea peor la condicion del reo ausente que la del que se halla presente en la causa; pero tampoco es justo hacerle de condicion mejor concediéndole los mismos medios de defensa, cuando está libre de los rigores de la prision, de las molestias del juicio, de las pruebas que su indagatoria, su confesion y su presencia podian acumular en su daño, y sobre todo en punible franquía de burlar la pena que se le imponga. Admitir la opinion contraria traeria el inconveniente de que una misma persona estuviera presente y ausente en el juicio. No se opone á la doctrina que sentamos la ley recopilada (2) que previene que el juez de oficio debe informarse de la verdad de los hechos por todos los medios posibles, porque esto se refiere á las pruebas, y quiere decir que deben ser del mismo modo tomadas en cuenta las que sean favorables, que las que perjudiquen al procesado, pruebas que debe el juez cuidar de que queden consignadas en los autos, porque de otro modo probablemente desaparecerian con perjuicio del esclarecimiento de los hechos; pero de esta ley nunca podrá sacarse la consecuencia de que deba permitirse que se defienda por medio de otro el que es rebelde á la voz de la justicia. Tampoco puede deducirse nada á favor de la opinion contraria de una ley de Partidas (1) que permite que los parientes de aquel á quien se impone una pena grave apelen de la sentencia, porque esto lo hacen por derecho propio, y no en representacion del condenado, ni de otra ley (2) que admite procurador al procesado por graves delitos que está ausente, porque como espresa la misma ley, los oficios de este procurador se limitan á escusar al procesado por no haber comparecido, y son notables las siguientes palabras: «mas como quier que pueda esto fazer, en razon de escusar al acusado, contodo esso non podria demandar, nin defender tal pleyto por él en ninguna otra manera, así como personero».

Al terminar este párrafo debemos advertir que en el caso de haber sido procesados por una misma causa diferentes reos, de los cuales unos se hallen presentes y otros ausentes, los procedimientos deberán seguirse juntamente contra todos, á no ser que estando completo el sumario de los reos presentes no hubieran transcurrido aun, ó no estuvieren para concluir los plazos concedidos para la comparecencia. En este caso deberá formarse pieza separada respecto á los ausentes con testimonio de las diligencias del sumario que sean conducentes á probar el delito, y su cooperacion ó complicidad, medio con el cual se evitan dilaciones respecto á los presentes.

(1) Ley 8, tit. 35, lib. 12 de la Nov. Recop.
(2) Ley 4, tit. 37, lib. 12 de la Nov. Recop.

(1) Ley 6, tit. 23, Part. 3.
(2) Ley 12, tit. 5, Part 3.

En cuanto á los que se fugan á pais estranjero (V. **ASILO ESTRANJERO, ESTRADICION.**

SECCION IX.

RESTITUCION POR AUSENCIA.

En las secciones anteriores se nos han presentado muchos motivos para conocer cuánto favor han dispensado las leyes españolas á los ausentes. Ahora vamos á confirmarnos mas en esta idea, habiendo reservado esclusivamente para la actual seccion del artículo la restitucion por ausencia, materia que por su carácter de generalidad era preciso ocupara un lugar aparte. Entre los diferentes puntos de que trataremos se encontrarán tal vez algunos que en todo rigor no pueden decirse corresponden á la restitucion «*in integrum*» pero nos mueve á darles cabida la grande analogía que á aquella institucion los acerca.

Por mucho tiempo ha pasado como un axioma jurídico la necesidad de conceder á los ausentes completa restitucion; axioma que indujo á los legisladores á aceptar y organizar este remedio, y á los jurisconsultos y hombres científicos á analizarle y ponderarle. Hoy las ideas han cambiado; y se ha comenzado á dudar acerca de la necesidad y conveniencia, no solo de aquella, sino de las demas restituciones, sin que por esto se haya desconocido de ningun modo la equidad de la proteccion de las personas en quienes recaen. Interesante y grave es la dilucidacion de las cuestiones que con este motivo se han originado modernamente en la ciencia; pero en el presente artículo no nos es dado abordarlas. Ni siquiera podemos reducirnos á examinar si la restitucion por ausencia es ó no conveniente y provechosa, porque no podriamos esponer en este lugar los datos fundamentales y los principios que dominan toda la materia de restitucion, sin los que fuera aventurado todo cuanto dijéramos. Habremos por lo tanto de contentarnos con reconocer que nuestro derecho actual ha consignado entre sus disposiciones la restitucion por ausencia, y sobre este hecho basar nuestras observaciones y la esposicion de la materia.

El Derecho romano ademas de la restitucion de los menores, admitia varias causas en virtud de las que podian obtenerla los mayores de edad, y entre ellas figuraba la ausencia (1). Mucho desarrollo recibió esta materia en aquel derecho; pero no pudiendo nosotros esponerla tan completa y ramificada como en sí era, y conceptuando de poco provecho cualquier resúmen que ensayáramos, remitimos á nuestros lectores al tratado de Derecho romano de Savigny (2) donde la restitucion por ausencia está tratada con la profundidad y el método que distinguen al célebre jurisconsulto aleman. Nuestro derecho patrio está lejos de ser tan completo como el romano; aceptando el principio, parece que ha temido consignarle con franqueza, puesto que si bien presenta algunas disposiciones que muestran bien cuán convencido de él se hallaba el legislador, ni guardan entre sí conexion, ni son bastantes á formar un sistema que pueda satisfacer á las necesidades de la práctica. Por esto nos proponemos ante todo dar algunas ideas generales sobre la restitucion por ausencia, y despues descenderemos á esponer lo que hemos hallado establecido en nuestros Códigos, conciliando así el conocimiento de los principios y el de los casos especialmente decididos en las leyes.

Desvanezcamos en primer lugar un error que puede tener toda la apariencia de la verdad. Una misma razon de equidad hace que tanto al menor como al ausente se conceda la restitucion, porque uno y otro se hallan, aunque por distintas causas, en una misma situacion, la de no poder cuidar de sus negocios y vigilar por la conservacion de sus derechos; mas si esto es cierto, no lo es igualmente que ambas restituciones tengan la misma estension. Dis-

(1) Véanse particularmente el tit. 6 del lib. 4 del Dig. y los títulos 51 y 54 del lib. 2 del Cód.
(2) Párrafos 393 á 350, cap. 4, lib. 2 en el tomo 7 de la traduccion de Guenau.

putaron acerca de este punto los intérpretes, y no faltaron quienes llegaran á creer mas ámplia y favorable la segunda: alegaban varios testos á que daban una interpretacion arbitraria, y citaban el hecho de que la ley ó estatuto que escluia al menor de la restitucion, no se consideraba que escluia al mayor. Otros hubo que se encontraron perplejos; y sin atreverse á formar su opinion terminante, conceptuaron una ú otra restitucion mas favorable segun la diversidad de casos. A nosotros nos parece que llevaban la mejor parte en esta controversia los que creian que la restitucion por ausencia no era tan ámplia como la que se da por la menor edad. Esta opinion cuenta entre sus partidarios al célebre Savigny, el cual la justifica con una razon tan precisa y tan clara que no creemos pueda ser rebatida, como que es una abstraccion por decirlo así de los casos en que las leyes favorecen á los ausentes. La restitucion por ausencia, dice, es mucho mas limitada que la de los menores; porque al paso que aquella no tiene aplicacion sino á las omisiones perjudiciales, esta ademas de las omisiones comprende todos los actos que pueden causar perjuicio. En efecto no puede haber una distincion mas convincente y decisiva.

Aparte de la materia sobre que recaen, todavia se distinguen ambas restituciones. Basta al menor alegar la lesion para que pueda ser restituido, al paso que el ausente tiene algo mas que hacer. Porque de nada le aprovecharia que aprobase su perjuicio, si no hiciera constar que ademas habia estado ausente, y que su ausencia era suficiente causa para ser restituido. Resulta por lo tanto que el ausente tiene que llenar mas requisitos. Por esto puede sostenerse con verdad que la ausencia es de por sí un motivo de restitucion, puesto que sin ella no seria la lesion causa bastante, á cuya doctrina no obsta el principio que tenemos espuesto en este artículo de que los ausentes por justas causas se reputan presentes. Las ficciones que el derecho ha introducido en beneficio de los individuos, no pueden convertirse en daño suyo. El ausente se reputa presente, pero cuando se trata de su utilidad; así por ejemplo el canónigo para ganar las distribuciones cotidianas; y ¿no seria absurdo deducir por esto que se le debe negar la restitucion? entonces ¿qué ausencia la produciria? Sin duda la menos digna y justa, la que el derecho rechaza porque en ella no se admite aquella ficcion. Es indudable de consiguiente que por la ausencia justificada y la lesion probada tiene lugar el beneficio de la restitucion. Sigamos deslindando este beneficio.

Una regla que no debe olvidarse para hacer exactas aplicaciones, y con la que podrán decidirse cuestiones que de otro modo parecerian dificultosas, es que la restitucion por ausencia no se dirige á reportar lucro, sino á evitar daño. Si de otro modo lo hubiera estimado la ley, su proteccion seria escesiva, y mas que todo perjudicial. El ausente no puede en justicia aspirar sino á que sus derechos sean protegidos y resguardados; darle otros nuevos seria una concesion inmotivada, y lo inmotivado en las leyes es injusto. Por otra parte la restitucion es un remedio odioso que no debe llevarse mas allá de lo que exija la necesidad y la conveniencia; y si el legislador debe su proteccion á los ausentes, tambien son acreedores los presentes á que no se la haga salir de sus límites naturales y se les irroguen perjuicios inmerecidos. El ausente pidiendo reparaciones de daños que no pudo precaver, de omisiones que no le sean imputables, deberá ser atendido; pero si se queja de que no adquirió derechos, de que no percibió utilidades, de que á otro se ha conferido un cargo que él solicitaba, de que un contrato que celebró no le ha sido ventajoso y de otras cosas semejantes, todo esto le será denegado porque está ya fuera de la esfera de la restitucion. Por esto decia el jurisconsulto Paulo: *sciendum est, quod in his casibus restitutionis auxilium majoribus damus, in quibus rei duntaxat persequendæ gratiâ queruntur, non cum et lucri faciendi ex alterius pœnâ, vel*

damno auxilium sibi impertiri desiderant (1).

Con los preliminares que hemos sentado puede ya comprenderse cual es el fundamento y el carácter distintivo de la restitucion por ausencia. Estriba esencialmente en la existencia de una lesion, y solo puede hacerse valer en tanto en cuanto exista lesion que no hemos podido precaver ni remediar á su tiempo porque el obstáculo de la ausencia lo impidió. Esas lesiones pueden ser de muy distinto género; su enumeracion, su exámen separado y completo seria imposible de realizar; pero considerando los casos mas frecuentes todos vienen á parar á una misma idea; todos caracterizan de igual modo el perjuicio que ha de dar motivo á la restitucion; á saber: la pérdida de un derecho. Hé aquí la verdadera lesion, la que es suficiente para que el remedio de la restitucion pueda ser fundado y usado con buen éxito.

Pero aun cuando hubiera pérdida de derecho y verdadera lesion, nada podrá pedir el ausente si no provienen esclusivamente de la ausencia; porque esta es su causa esencial indispensable. Así no corresponderá la restitucion al ausente que á estar presente hubiera tambien sufrido el perjuicio. Una vez que el daño tenia que realizarse, y ya no cabia recurso contra él, lo mismo significa la presencia que la ausencia del individuo, porque si durante esta ha disminuido sus derechos, la misma diminucion habria esperimentado durante aquella. Puede servir de ejemplo el compromiso á que se hubiera ligado una persona de condonar cierta cantidad, de renunciar á una ventaja desde un dia determinado, que se cumple ya ausente el que hizo la promesa. Igualmente si el dueño de un campo se ausentó, y á su regreso encuentra que parte de él ha sido desmembrado por aluvion, infundado y hasta ridículo seria que pretendiera restitucion por este daño. No cabe por lo tanto duda en que no basta la lesion por sí ni la ausencia, ni aun la mera concurrencia de ambas; preciso es que haya correlacion que las una, y que aquella sea el efecto, la consecuencia de esta.

Casos habrá en que el ausente no pueda reclamar restitucion, porque se oponen á ella la naturaleza de los actos de que le haya sobrevenido algun daño. No es que entonces se niega la restitucion, es que esta no puede tener orígen, es imposible: el favor otorgado á los ausentes tiene límites que nunca ha permitido traspasar la ley, que ha querido hacer irrevocables y de un efecto inalterable algunos actos. Así es que los términos fatales escluyen la restitucion por ausencia por lo mismo que escluyen toda otra: de lo contrario dejarian de ser propiamente términos fatales; aunque cuando la ley que los establece no escluya espresamente la restitucion, debe sobreentenderse escluida. Escogeremos para ilustrar este punto dos casos que el Derecho español nos presenta, y merecen ser examinados en esta ocasion, á saber: el testamento por comisario y el retracto. Si el testador encargó á una persona que hiciera por ella su testamento, y el nombrado se halla ausente del lugar, conceden las leyes españolas seis meses, si la ausencia es dentro del reino, y un año si en el estranjero, para que se cumpla la voluntad del testador: pero como á pesar de estos plazos, pudiera muy bien suceder que el ausente no recibiera dentro de ellos la noticia del poder que se le confiara, ó aunque la recibiera le fuera imposible cumplir su cometido, de aquí la duda de si justificados estos estremos podrá pedir restitucion por el término que trascurrió. No han faltado intérpretes que se han decidido por la afirmativa, creyéndola equitativa y admisible; pero su opinion es á todas luces inadmisible. En primer lugar haciendo ya la ley de antemano distincion entre presentes y ausentes, y concediendo en favor de estos unos plazos mas ámplios que los que á aquellos otorga, no puede añadirse sin desentenderse de la mente del legislador y contrariar abiertamente su disposicion, un nuevo favor, una nueva prolongacion del

(1) Ley 18, tit. 6, lib. 4 del Dig.

término máximo fijado. Si á esto se agrega que el derecho que reclamase el ausente no seria dirigido á su propia utilidad, sino principalmente á la de quien le confiriera el poder, y que su privacion no le hace sentir directamente ningun daño, que no puede alegar haber recibido lesion, nos convenceremos mas y mas del ningun fundamento que asiste á la opinion de los que se esfuerzan en sostener que procede la restitucion en estos casos. Hasta aquí hemos hablado en principios; afortunadamente la resolucion que hemos deducido como cierta tiene su apoyo, ó mejor diremos, está consignada espresamente en la ley, consideracion que debió retraer á los intérpretes á que antes hemos aludido, si no de esponer su opinion, al menos de pretender atribuirla el mas pequeño valor en la práctica. Bastarian á cortar toda cuestion las palabras que encontramos: «no tenga ni dure su poder mas de seis meses,»..... «tenga término de un año y no mas» espresiones que demuestran la fatalidad de los plazos que se fijaban. Pero como si el legislador hubiera adivinado lo necesario que era insistir en dejar esta fatalidad de términos claramente marcada, y quitar todo pretesto de dudas, añadió: «los quales términos mandados, que corran al tal comisario, aunque diga y alegue, que nunca »vino á su noticia, que el tal poder le habia sido dado (1).» Ni en la teoría, ni en la práctica puede por lo tanto sostenerse con el mas ligero apoyo que el nombrado comisario tenga por su ausencia restitucion contra el término dentro de que debe hacer el testamento que se le encargó.

Esto mismo sucede en el retracto; la ley del Fuero Real trascrita en la Novísima Recopilacion (2) dispone que si hecha la venta de una heredad viniera á retraerla el pariente mas cercano, la tuviera para sí cuando se presentó antes de trascurrir nueve dias: compréndese con toda claridad que este término debe correr contra los ausentes por las palabras que se encuentran mas adelante: «y si el mas propinquo no fuere »en el lugar, puédala demandar otro de su »linage,» lo cual significa indudablemente que el derecho del ausente se estingue y caduca. Pero á pesar de esto todavia se suscitaron grandes pleitos y dudas, porque al cabo de largo tiempo de hecha la venta, y cuando el comprador ya habia mejorado y aumentado el valor de la heredad, acudian pidiéndola como de su patrimonio ó abolengo los parientes del vendedor, alegando entre otros pretestos, que no pudieron reclamar hasta entonces por hallarse ausentes, y pidiendo en consecuencia restitucion del término ya hacía tiempo trascurrido. D. Enrique IV haciéndose cargo de estas dudas que se suscitaban, creyó que en justicia y en conciencia no debian consentirse semejantes restituciones, y que rescindir las ventas verificadas, era «cosa muy inhu»mana y agra, y muy sujeta á fraude y á »pecado;» en su virtud declaró espresamente que el término de los nueve dias para usar del retracto corria contra los ausentes, y que «no les sea otorgado sobre »esto restitucion ni rescision del tiempo, »salvo que á la letra se guarde la dicha ley »del Fuero. (1)» La inteligencia de la ley del Fuero Real no puede ser mas positiva y auténtica: sobre ella no puede suscitarse la mas pequeña dificultad, y es por otra parte conforme á los principios de equidad y de moral, como lo decia el preámbulo de la citada declaracion de D. Enrique IV en Nieva.

Si como acabamos de ver, no pueden los ausentes ser restituidos de los términos fatales, otro tanto sucede cuando el perjuicio que han esperimentado ha provenido de un acto nulo de por sí, ó que puede ser rescindido por la accion que el derecho tenga ya establecida. La restitucion por ausencia es por una parte de estrecha interpretacion, y por otra un remedio estraordinario, escepcional para revocar actos que de otro modo habrian de ser eficaces y sub-

(1) Ley 3, tit. 19, lib. 10 de la Nov. Recop.
(2) Ley 1, tit. 13 del lib. 10.

(1) Ley 2, tit. y lib. citados de la Nov. Recop.

sistentes. Por esto, si las leyes requieren el espreso consentimiento, la presencia de una persona para que otra pueda ejecutar alguna cosa, y esta se ha prevalido de la ausencia, el perjudicado puede entablar accion de nulidad: si se le ha causado otro daño y tiene una accion ordinaria contra el que se lo infirió, y no hay obstáculo para que la use, ¿á qué acudir á medios escepcionales cuando ya los hay comunes para conseguir el mismo fin? Solo, pues, á falta de toda otra accion contra un perjuicio, podrá pedir el ausente restitucion. La práctica no autoriza ciertamente optar entre una ú otra, pero ha consentido que cuando la accion ordinaria se entabla pueda proponerse subsidiariamente la restitucion.

Habiendo ya examinado los casos en que procede la restitucion por ausencia, debemos ahora decir á qué personas se otorga. Son tantas las clases de ausentes que pueden distinguirse, y tan varias las circunstancias que en ellos concurran, que no es posible fijar reglas seguras y constantes en virtud de las que se conceda ó se deniegue el remedio de la restitucion. Pretender encerrar esta materia dentro de límites fijos, y clasificarla por principios aplicables en todas ocasiones, podria parecer á primera vista muy completo y metódico, pero ofreceria motivos de grande desigualdad é injusticias en la práctica. No hay, á nuestro entender, otro recurso que el de confiar en el prudente arbitrio de los tribunales, dejándoles toda la amplitud, toda la libertad que la necesidad exige. Por esta razon solo apuntaremos algunas ideas generales y deducidas del espíritu del derecho; no porque sean las únicas que comprendan lo relativo á los ausentes que han de gozar de restitucion, sino solo con el objeto de que sirvan de guia para el estudio y aplicaciones de la materia.

La restitucion es un privilegio que la ley concede; se funda en que el ausente no conoció ó no pudo preservarse de los perjuicios que durante su ausencia se le han ocasionado. ¿Cómo, pues, habrá de ser esta ausencia? En primer lugar una ausencia que haya hecho el individuo por razones que no podia desatender, nacidas ya del cumplimiento de un deber, ya de la urgencia de un interés importante, es decir, ha de haber una especie de necesidad. No queremos decir con esto que precisamente ha de ser la ausencia necesaria nacida de un impedimento que la ley ó la fuerza pongan al individuo para trasladarse de un punto á otro; seria esto ya dar una regla invariable y limitativa, regla que restringiria demasiado la restitucion. Aludimos á tantas otras causas como producen los vínculos y las relaciones sociales y domésticas y que inducen al individuo á dirigir su conducta en uno ú otro sentido. Esta necesidad llega á ser tan atendible y poderosa, que no podemos menos de creerla bastante para la restitucion. Ademas otro principio debe tenerse muy en cuenta: que el ausente no parta de su residencia por motivos ilícitos, ni tampoco se proponga fines reprobados respecto al punto donde se dirige, en los términos que despues ampliaremos. Esto viene á ser una consecuencia legítima de lo que acabamos de decir; no puede haber motivos de necesidad, de imprescindible interés á los ojos de la ley cuando se trata de actos injustos é inmorales, y quien por ellos se mueva no es acreedor á la proteccion que en su virtud reclamara. Deducimos por lo tanto que para conceder la restitucion por ausencia, deben concurrir dos circunstancias esenciales; una la necesidad, la urgencia; otra la inculpabilidad, la sana intencion.

Y por lo mismo que ambos caractéres sobresalen tan de lleno en los ausentes por servicio público, las leyes les han concedido, sin vacilar, la restitucion con toda amplitud; siempre han figurado, ya en los códigos, ya en las obras de los intérpretes, en primera línea. Con efecto, los que de este modo se ausentan, se someten al deber que todo ciudadano tiene de contribuir al bien de su pais: el interés de este es el que se proponen, y á veces con detrimento del suyo particular. No hay duda, nunca la ha habido, de que se les concede restitucion, y

tan lata como puede concederse. Por esta razon los autores siempre han propendido á interpretar estensivamente en su favor los testos legales, y de tal modo que aun han llegado á hacer ciertas escepciones de los principios generales, que como hemos visto coartan en ciertos límites la restitucion por ausencia; así han dicho que la ausencia del que sirve al Estado, no solo no debe serle perjucial, sino que debe serle provechosa; que estos ausentes han de ser restituidos por todas las ventajas que hubieran adquirido estando presentes; en una palabra, que pueden ser restituidos no sólo por los derechos que perdieron, sino por los que dejaron de adquirir; no ya por la lesion, sino aun para obtener lucro. Sin duda que tales ampliaciones han sido propuestas en atencion á un pensamiento laudable y en su fondo cierto, cual es que se debe estimular las ausencias que interesan al Estado, y dispensarse por ellas tal proteccion que ninguno recele partir de su residencia, ni tema sentir el mas pequeño perjuicio: á pesar de esto seamos cautos en dar demasiado ensanche á una materia que en último resultado siempre trae consigo la rescision de un acto válido por el que ya se crearon derechos.

Así como ninguna duda ofrece que son acreedores á restitucion los ausentes por el servicio público, de la misma manera no puede haberla en que son escluidos del beneficio de la ley aquellos que se ausentan por un motivo ilícito y reprobado. Es preciso por lo tanto que la causa de la ausencia sea laudable, ó por lo menos honesta; si hay un fin vituperable, si hay mala fé, si hay fraude, la ley nunca puede transigir con tales motivos: los reprueba, é impide que por ellos se reporte ventaja alguna. Pero hay aquí que desvanecer una dificultad, una contradiccion aparente: el desterrado, ú otra persona que está sufriendo una condena, debe sin duda ser restituido por aquellas lesiones ocurridas en los derechos que no han sufrido diminucion ni suspension á pesar de la pena, lo cual no parece conciliable con el principio, segun el cual la restitucion exige una causa de ausencia laudable, ó por lo menos no vituperable. Y ¿qué causa mas vituperable que el delito? Fácilmente se disipa esta confusion: es preciso distinguir la causa mediata y la inmediata que ha producido la ausencia; y en el caso de delito, no es este el que induce al criminal á ausentarse, es la pena que al delito corresponde. No se trata de una sutileza, sino de una distincion fundada y que sirve para dar claridad á la materia. Nadie duda que la persona es responsable por el delito que cometiera; se le puede imputar: revela una intencion dañada, punible; pero la ausencia, nacida de la necesidad de permanecer en el establecimiento penal ó en el punto de la condena, ¿puede imputársele igualmente? ¿Es responsable, es digno de vituperio porque no se halle en su antigua residencia donde le interesaria estar? No en verdad; el motivo de su ausencia, el motivo directo, inmediato, próximo, que es el que debe considerarse, es sino laudable, al menos no vituperable, y hasta cierto punto nos atreveriamos á decir, honesto, porque el criminal está cumpliendo su condena, que es lo que exige la ley, el buen ejemplo, y el interés de la sociedad. Si ese mismo criminal, temeroso de la accion de la justicia, se hubiera ocultado, ó fugado, ó escapádose de la cárcel, entonces no mereceria la restitucion, y no por el delito, sino porque ya le seria imputable la causa de su ausencia, y esta seria ilícita é ilegal. Es, pues, completamente exacta la idea que enunciamos; no se concede restitucion cuando la causa de la ausencia es vituperable, pero entendiendo esta causa como la inmediata, la que de por sí induce á ausentarse.

Y ya que tratamos de las personas que tienen derecho á la restitucion, debe advertirse que es preciso que hayan hecho lo posible por conservar los derechos de cuya diminucion ó pérdida se quejan. Si por su parte hubo descuido ó negligencia, imputense á sí mismos la lesion, y no al obstáculo de la ausencia; el ausente descuidado se halla en igual caso que el presente que

tiene igual descuido; la ley es protectora y trata de remediar los males que no pudieron evitarse, pero no es la encargada de los negocios de cada ciudadano, y mucho menos cuando este los descuida. *Non enim*, decia el jurisconsulto Paulo, *negligentibus subvenitur sed necessitate rerum impeditis* (1).

Llegamos ahora á una cuestion que ha sido muy debatida, en la que se han sustentado las mas distantes opiniones, y que de suyo es bastante complicada, á saber: si la restitucion se ha de conceder ó negar, segun que el ausente dejara ó no procurador. El Derecho romano no habia dado reglas seguras para poder decidirla; en sus leyes se encontraban fundamentos para sostener distintas opiniones, y los intérpretes se han visto embarazados en su conciliacion. El Derecho español, ya de por sí escaso en la materia de restitucion por ausencia, contiene disposiciones de que pudieran deducirse algunas reglas, pero no generales, sino solo para determinados casos. Algunos autores fundados en que solo una ley de Partidas distingue el caso de dejar ó no procurador, y en el favor que á los ausentes se dispensa en nuestro derecho, creen que indistintamente debe concederse la restitucion. Por nuestra parte prescindiremos de las dificultades y conciliacion del Derecho romano, porque al fin no tiene autoridad entre nosotros, y no es con arreglo á sus disposiciones como se ha de fallar en la práctica; tambien dejaremos á un lado las leyes patrias que hablan de casos especiales, y que tienen lugar peculiar en que esplicarse; y reduciremos al presente nuestra tarea á fijar la teoría general que nos parece mas aceptable y justificada. Consideraremos para esto distintos supuestos que pueden realizarse: que el ausente dejara procurador y que este le defendiera sus derechos con inteligencia y celo; que fuera negligente ó poco diestro; que habiendo dejado el ausente procurador, este se inutilizara; en fin, que no le hubiera dejado.

El primer supuesto no ofrece en realidad la menor duda: ¿qué perjuicio ha de haber padecido el ausente habiendo dejado un celoso y exacto representante de su persona? Solo aquellos que él mismo á haber estado presente no hubiera podido evitar; pero por estos sabido es que no cabe restitucion. Los que han sostenido que era indiferente la representacion del procurador sin duda no habrán querido hacer entensiva su opinion al caso de que hablamos, porque no podria hallarse para ello el mas leve fundamento: nosotros no vemos la diferencia de estar presente ó ausente una persona que es cumplidamente representada.

Mas duda puede caber en el caso de que el procurador fuera tan negligente ó infiel que dejara de promover los intereses del ausente, ó tan inesperto y poco inteligente que los promoviera mal. Parece que entonces no podria negarse con justicia la restitucion del ausente; sin embargo, no creemos exacta esta opinion, á primera vista tan aceptable y equitativa. Admitimos el principio de que el ausente no debe ser perjudicado por la mala fé, por la torpeza ó la negligencia de su apoderado: esto no podria negarse sin sostener una manifiesta injusticia. Pero ¿hemos de deducir de ahí que es necesario se conceda restitucion? De ningun modo: en primer lugar algo de culpa pudiera achacarse al ausente que habiendo de dejar encomendados sus negocios, no buscó para ello una persona de su confianza, y que reuniera las dotes necesarias. Pero dejando á un lado esta consideracion, porque no siempre es completa la prevision humana, y porque á veces salen fallidos los cálculos mas meditados, espondremos otra que en nuestro concepto es decisiva. El ausente que dejó procurador celebró un contrato espresa ó tácitamente, el cual está garantido por las leyes: de su fiel cumplimiento ninguna de las partes puede eximirse, y el perjuicio que una de ellas cause dá derecho á la otra de pedir y conseguir su resarcimiento. Si el apoderado, pues, no promovió los intereses que se le encomendaron, ó los promovió desacertadamen-

(1) Ley 16, tit. 6, lib. 4 del Dig.

te, el ausente podra reclamar de él la reparacion del menoscabo que sufriera por la accion de mandato, accion ordinaria, y que tiene espedita. No hay de consiguiente lugar al remedio estraordinario de la restitucion. Parécenos de todo punto cierta esta opinion, y no somos los únicos que la profesamos; pero algunos, si bien conformes con ella, creen que debe hacerse una escepcion cuando el procurador no fuese solvente, porque en este caso no teniendo el ausente ya medio de resarcir el daño que ha padecido, justo es que se le admita el remedio estraordinario de la restitucion. Sin embargo, ni aun entonces nos parece que deberá otorgarse: ¿debe estar sujeto por ventura á esas contingencias el resultado y subsistencia de un negocio válido? ¿debe pender del buen ó mal éxito de una accion que se entabló? No nos parece que pueda esto admitirse; la insolvencia del procurador será un daño para el ausente; pero un daño casual, una desgracia que debe soportar. Cuando se llega á un estremo semejante la ley nada puede hacer, nada debe hacer por aquel á quien ya concedió los medios de proteccion que á su alcance estaban.

Suponiendo ahora que el procurador que fué dejado por el ausente no promovió sus intereses ni conservó sus derechos, no porque no supiera ó quisiera, sino por un impedimento natural, ó un obstáculo que él no pudiera vencer, sin duda el ausente tendrá derecho á restitucion. ¿A quién podria atribuirse ese impedimento ó ese obstáculo? Ni al mandante ni al mandatario; no hay aquí por lo tanto falta por ninguna de las partes, y á pesar de esto ha sobrevenido una lesion que no puede repararse por ningun medio, por ninguna accion ordinaria; es, pues, justo conceder la restitucion. Así sucederia si el procurador hubiera fallecido.

Falta considerar aquellos ausentes que no dejaron procurador. Respecto de estos no creemos que indistintamente deba concedérseles restitucion por mas que aparezcan perjudicados y sin haber tenido quien á su nombre lo evitara. El hecho de no dejar procurador puede provenir de muy diversos motivos, y solo en atencion á estos habrá de calificarse suficiente ó no para que haya lugar á la restitucion: una ausencia precipitada, urgente, que despues se prolonga, justificará en quien hubo de hacerla la falta de nombramiento de persona á quien dejara encargados sus negocios; esta falta no perjudicará tampoco á quien no podia preveer los perjuicios que despues han sobrevenido. Lo contrario sucederá cuando por descuido no se ha dejado procurador, porque ya lo hemos dicho, no hay restitucion para los negligentes. El que pudiendo y debiendo dejar procurador omitió este requisito, cúlpese de su imprevision ó abandono; la ley no otorga restitucion sino á aquel que aparezca no podia preveer que lo necesitaria, ó aunque lo previese, las circustancias de su ausencia le impidieron tomar las precauciones suficientes.

Dicho lo mas importante acerca de las personas á quienes compete restitucion por ausencia, convendrá indicar dentro de qué término pueden usar de su derecho. Aunque despues de la lesion continúe ausente el perjudicado, el tiempo de su ausencia no debe computarse para el término, porque es muy probable que durante él, ó aun no sepa el perjuicio, ó aunque lo sepa no le permita su situacion reclamar. Por esto el término deberá correr desde que la ausencia cesó, desde que el ausente volvió á su antiguo hogar y se halla en estado de conocer cual es la situacion de sus negocios y las vicisitudes por que han pasado. Hasta donde debe alcanzar ese término, es cosa que pende de la decision del legislador y en que no cabe teoría alguna: solo debe recomendarse que no sea muy largo, sino solo el preciso, en atencion á ser materia odiosa la de restitucion. Por esto y fundados en las disposiciones del Derecho romano, y en las que el nuestro nos ofrece, creemos que el ausente podrá reclamar durante cuatro años desde que regresó; de suerte que encontramos grande analogía respecto á este punto entre la restitucion de los menores de edad y la de los ausentes,

puesto que ambas dejan pasar todo el período de la incapacidad, cuentan su término propio desde que esta cesa, y concluyen al mismo tiempo; pudiendo asegurarse, segun las palabras de Justiniano: *non absimilis sit in hac parte minorum et majorum restitutio* (1).

Aunque la restitucion de que tratamos sea esencialmente por ausencia, no quiere decir esto que solo los ausentes pueden pedirla, y que en el mero hecho de cesar la ausencia, cesa la restitucion, lo cual seria injusto y hasta absurdo. Esta accion no es de aquellas personalísimas en que se trata de la vindicta del propio interés, y que se estinguen con la persona; hace relacion á una lesion en el patrimonio, y de consiguiente debe pasar á los herederos, principio ya reconocido entre los romanos, puesto que Ulpiano dice: *Non solum minoris, verum eorum quoque qui reipúblicæ causâ abfuerunt: item omnium, qui ipsi potuerunt restitui in integrum, successores in integrum restitui possunt* (2): principio de que tambien han hecho aplicacion las leyes patrias. Pero naturalmente esta trasmision de la restitucion está sujeta á ciertas limitaciones bien fáciles de esplicar, y nacidas de que no debe pasar al sucesor mas derecho del que tuviera el causante. No se ha consumado por ejemplo la lesion, ó se ha consumado; pero queda plazo para reclamar contra ella, ó hay una accion ordinaria; entonces no podrá concederse al heredero una restitucion que aun no ha comenzado ó que no puede tener lugar. Y lo mismo sucederia si habiendo ya regresado el ausente muere despues que trascurrió el término que tenia para haber entablado la restitucion.

Antes de terminar la esposicion de ideas generales que hemos ido desarrollando, debemos hacer una advertencia importante, á saber: que la restitucion por ausencia ofrece dos conceptos distintos y que no podrian confundirse sin grave error. No solo el ausente tiene restitucion contra el presente, sino asimismo este contra aquel. El fundamento de este doble concepto es equitativo, porque el presente puede haberse visto precisado á omitir el ejercicio de algun derecho, es decir, puede haber sufrido una lesion por la ausencia de otra persona; así es que las mismas razones que justifican la restitucion del ausente justifican igualmente la de los presentes: siempre hay un obstáculo esterior que impide la conservacion de un derecho. Los principios que tenemos espuestos con aplicacion á la primera, pueden servir para esplicar la segunda: que no haya negligencia, que la lesion tenga los requisitos necesarios, que no se trate de adquirir lucro, que falte una accion ordinaria, todo esto es comun á ambas restituciones. Sin embargo, siempre habrán de admitirse algunas diferencias entre ellas, por ejemplo, la calificacion de la ausencia, claro es que no puede tener la misma importancia si es el ausente, que si es el presente quien pide la restitucion; lejos de esto habrá una proporcion contraria: cuanto mas sea desfavorecida la ausencia por el derecho, tanto mas espedita será la restitucion del presente. No nos detendremos por lo tanto en esplanar los principios en que descansa esta restitucion, porque ó son comunes con la de los ausentes, ó las diferencias son sencillas y evidentes de deducir.

Hasta aquí hemos dado una idea general en globo de la restitucion por causa de ausencia, y hemos tratado de fijar los puntos principales que ofrece arreglando nuestras observaciones al espíritu del derecho civil, á la índole peculiar de la institucion, y á la mente así del Derecho romano como del patrio. Debemos ahora convertir nuestra atencion á las disposiciones particulares que este último nos presenta, y que segun hemos dicho anteriormente son escasas para situaciones especiales, y están lejos de formar un sistema; pero no podemos prescindir de su exámen, para no dejar incompleta la materia. Sin tratar de las disposiciones protectoras de los ausentes que ya

(1) Párr. 1 de la ley 7, tit. 33, lib. 2 del Cod.
(2) Ley 6, tit. 1, lib. 4 del Dig.

hallamos esplicado, veamos qué se contiene en las leyes de Partidas y de la Recopilacion.

Frecuente el cautiverio en la época del primero de estos códigos, y generalizadas por entonces las ideas filantrópicas y caballerescas, era natural que se pusiese por los legisladores especial cuidado en conservar los derechos de aquellos que tenian la desgracia de ser retenidos en poder de los enemigos. Uno de los medios que al efecto se emplearon fué el privilegio de la restitucion contra la prescripcion que se consumara durante el cautiverio. La ley que acerca de este punto encontramos en las Partidas es en su línea completa y clara; espresa la justicia de la restitucion, el tiempo que hay para pedirla, y el modo de computarle. No debe correr el plazo legal en daño de los bienes y derechos del cautivo: si no vale ni la venta, ni el cambio, ni la donacion en perjuicio suyo, ¿cómo ha de valer lo que algunos quisieran adquirir de lo suyo por prescripcion? Así es que si al regresar del cautiverio hallase que se habia prescrito alguna de sus cosas podria demandarla por espacio de cuatro años contados desde el tercer dia que regresó. Si dejara pasar este plazo espira su derecho, á no ser que fuera menor, en cuyo caso por todo el tiempo de esta y cuatro años mas podria entablar restitucion (1). Aunque la ley está terminante al designar desde cuando debe correr el cuadrienio concedido al cautivo, puesto que dice: «E estos »años se deven comenzar á contar, del dia »tercero que llegassen á sus casas,» sin embargo ha habido intérpretes que han creido que el cómputo no debia comenzar sino desde que el ausente tuviera conocimiento de la lesion: á ella se adhiere nuestro célebre Gregorio Lopez, quien cita en su favor las palabras de que la misma ley se vale: «si el captivo.... fallasse alguna de sus co»sas en poderío de otro.» No podemos admitirla, tanto porque nos lo impide el espreso testo de la ley, como porque daria-

(1) Ley 5, tit. 29, Part. 2.

mos estension á un privilegio estraordinario y rescisorio.

Lo que se habia establecido en favor de los cautivos era igualmente aplicable á varios ausentes, favorecidos por el derecho, y de la misma manera imposibilitados de atender á sus negocios; y he aquí lo que se consigna en otra ley de Partidas, muy notable por ser de las pocas que hablan especialmente de la ausencia (1). Concede la restitucion á los ausentes por razon de servicio militar, por el del rey ó del comun del Concejo, por estudios y por peregrinacion; pero no limitativamente, sino por via de demostracion ó ejemplo, puesto que despues de enumerarse aquellas causas se añade «ó por otra razon semejante destas» palabras que nos revelan que el legislador no queria, haciendo un alarde de prevision que á veces es imposible, privar del beneficio de la ley á quienes lo merecieran segun las circunstancias de que se vieron rodeados. De las palabras de la ley se deduce que concede la restitucion contra una prescripcion comenzada; pero debe entenderse que cuando se pida aquel remedio, la prescripcion esté completa, pues de otro modo bastaria al ausente para no perder sus cosas interrumpir la posesion de quien las tuviera, como espresa oportunamente Gregorio Lopez. Propone este tambien la cuestion de si se dará restitucion por prescripcion comenzada en ausencia y completada en presencia, y se decide porque puede haber restitucion del tiempo que trascurrió en ausencia; por mas que esta opinion es defendible, atendido el tenor literal de la ley, creemos que se presta á razonadas impugnaciones, particularmente si el ausente regresó bastante tiempo antes de que la prescripcion se completase, puesto que habria fundamento para presumirle negligente, y á los negligentes no se concede la restitucion; por esto mas bien que decidirnos por una opinion absoluta, creemos preferible que en cada caso se falle por las circunstancias que medien. La restitucion de que tratamos

(1) Ley 28, tit. 29, Part. 3.

puede pedirse en el término de cuatro años contados desde que el ausente regresó, «despues de su venida» «despues que el viniere» dice terminantemente la ley, en lo cual encontramos una diferencia con la que anteriormente hemos mencionado que solo se hacia comenzar el cómputo desde el tercer dia; diferencia que puede ser de algun interés, y diremos mas, ocasion de algun conflicto, puesto que tambien entre las causas de ausencia de que se habla en esta ley se menciona el cautiverio. Puede por lo tanto asegurarse que respecto al dia desde que se cuenta la restitucion del cautivo hay una verdadera contradiccion en las leyes de Partidas; sin embargo, si algun caso se presentara en la práctica, no dudariamos en adoptar el término que comienza desde el tercer dia, porque en caso de duda y ambigüedad debe estarse á lo mas favorable á la persona protegida por el derecho. En la misma ley se dice que el heredero del que muere ausente, puede tambien pedir la restitucion en el mismo término de cuatro años. Pero entonces ¿desde cuándo comenzarán estos á correr? Con poca meditacion se ha dicho por algunos que desde la muerte del ausente, aserto que hemos encontrado en el mismo Escriche, tan exacto en otras ocasiones. No es desde el dia de la muerte cuando comienza el cuadrienio en beneficio del heredero; sino desde aquel en que haya este tenido noticia de la muerte, lo cual es bastante distinto. Y es tanto mas reparable que se haya cometido un error ó un descuido de esta naturaleza, cuanto que la misma ley dice terminantemente hablando del heredero, que puede pedir al juez la resticion hasta cuatro años «desdel dia que supiesse que »era muerto.... aquel á quien deve here»dar.» Por lo demas toda la ley que acabamos de esplicar se funda en un principio justo, que viene á reducirse á una ficcion, la de que el presente que en realidad completó el tiempo de la prescripcion, no ha prescrito, no ha ganado el dominio de la cosa del ausente; ha trascurrido todo el tiempo necesario, pero se supone que aun no ha espirado el término legal.

Con respecto á la venta de la prenda presentan otro caso de restitucion las leyes de Partida. Segun estas, los ausentes por romería, cruzada, servicio del rey, de su concejo, ó estudios, ó por otra causa semejante, durante cuya ausencia vendió el acreedor la prenda que de ellos tenia, podrán á su regreso y en término de cuatro años, contados desde que este tuvo lugar, rescatarla del comprador pagando el valor de la deuda porque fué empeñada (1). Las dos dudas que pudieran suscitarse sobre si la disposicion es estensiva á cualquier venta, y al caso de haber mediado pacto de vender la prenda no pagando en dia determinado, son á nuestro entender de sencilla resolucion; la parte de la ley relativa á los ausentes, que es la mencionada, está á continuacion de la que habla de igual caso de restitucion en los menores de edad, y se enlaza á ella con las significativas palabras: «Esso mismo dezimos.» Ahora bien, exigiéndose para la restitucion del menor que pueda este probar que la venta se hizo en su daño; y suponiéndose tambien en la ley que el menor empeñó alguna cosa bajo condicion de que si no la redimiera hasta cierto dia pueda venderla el acreedor, lo mismo debe sobreentenderse de la restitucion del ausente. Y tanto la primera como la segunda de ambas resoluciones se justifican fácilmente. La venta que se trate de rescindir ha de haber sido gravosa; porque si no hubiera habido lesion, la restitucion careceria de su base principal. En cuanto al pacto que el ausente celebrara con el acreedor, se han dividido los intérpretes, y algunos han sostenido que entonces no puede concederse la restitucion porque esta no procede contra el propio contrato; pero Gregorio Lopez cree fundadamente que es mas segura la opinion contraria, y que descansa en sólidos fundamentos, puesto que por una parte si el ausente no hubiera estado ocupado por las atenciones de su au-

(1) Ley 47, tit. 13, Part. 5.

sencia, naturalmente es de presumir que hubiera pagado la deuda y rescatado su cosa, y por otra parte, caso de venderse esta, hallándose presente, el precio hubiera sido mayor. Hay por lo tanto verdadera lesion; y el ausente que en ella se funde, y reclame contra una venta que le damnificó debe ser restituido.

Mencionadas las disposiciones de las leyes de Partida, no podemos pasar en silencio una bastante notable que se halla incluida en la Recopilacion. Redúcese á mandar que ninguna persona, cualquiera que sea su estado y preeminencia, se atreva á ocupar de hecho las propiedades de los que continúen y sigan el servicio del rey. Si lo contrario hicieren se tomará enmienda y satisfaccion de los bienes del usurpador, y en su defecto serán responsables los parciales que favorecieron la usurpacion con su ayuda ó consejo; y si todavia no se pudieran haber bienes de las personas sobredichas, el rey tomará á su cargo la satisfaccion (1). Basta enunciar el contenido de esta ley para que se comprenda cuán evidente é indudable es el principio de equidad y de rigurosa justicia que sanciona: no hubiera sido necesario que se consignara en nuestros códigos para que en la práctica se hubiera reconocido y aplicado; el derecho privado y el derecho público de consuno estaban interesados en que no sufriera el mas pequeño menoscabo. Pero á pesar de esto, la calamidad de los siglos medios llegó á hacer por desgracia demasiado frecuentes y demasiado graves las pretensiones anárquicas de los súbditos poderosos de la monarquía. Estas pretensiones y las turbulencias que les eran anejas no se habian estinguido en el siglo XV, todavia daban que sentir á nuestros reyes, y exigian de ellos una firme resistencia, que así tenian que demostrar con las armas como con las leyes; y hé aquí porque D. Juan II tuvo que hacer la declaracion que hemos mencionado, y demostrar que no le era indiferente la suerte de aquellos súbditos fieles que ponian su lealtad y sus servicios en defensa de los reyes. Los daños que les atrajera su conducta noble y honrosa exigian una reparacion á costa de los culpables, y en todo caso á costa del mismo rey, á quien daban el auxilio de sus constantes servicios; de otro modo lo que era digno de recompensa hubiera sufrido la suerte de lo que merece pena, y no solo se habria disgustado á los servidores del monarca, sino que se retraerian los demas de prestar servicios que lejos de ser protegidos eran causa de la ruina del patrimonio. Todo esto quiso evitar prudentemente D. Juan II de Castilla, y por eso concluyó su ley manifestando daba restitucion á los perjudicados «porque aquellos que nos sirven no sean »damnificados y otros hayan voluntad de »nos seguir y servir.» Como se ve por estas palabras y se deduce del contesto de la ley, y del espíritu de aquella época, era mas bien un objeto político, que no civil, el que se proponia al legislador; pero siempre demuestra cuán atendida y protegida ha sido en nuestro derecho la ausencia en servicio del Estado.

(1) Ley 4, tit. 31, lib. 11 de la Nov. Recop.

SECCION X.

PRESUNCIONES A QUE DA LUGAR LA AUSENCIA.

Quedaria incompleto el presente artículo y la esposicion que en él vamos haciendo de nuestro derecho relativamente á la ausencia, si no manifestáramos las presunciones de que esta puede ser á la vez sugeto y objeto; materia que participa, como la de restitucion, de un carácter general, y exigia por lo mismo la seccion separada que la destinamos. Entre las varias clases de presunciones que se suscitan con motivo de la ausencia, nos detendremos especialmente en la de muerte.

La ausencia es uno de aquellos hechos que no pertenecen á la esfera de lo que mas generalmente sucede; lo mas comun es que cada cual resida en el domicilio que ha escogido y en el que está arraigado. Por esta razon se debe suponer que el individuo ha

estado presente en donde interesaba; ó lo que es lo mismo, la ausencia no se presume, y de consiguiente ha de probarse. Esta regla es segura cuando alguno reclama un derecho fundado en su ausencia, como demuestran los principios capitales del derecho. Así la persona que reclamara contra la venta hecha, contra la prescripcion consumada ó contra otra cualquiera lesion ocurrida en su ausencia, deberá acreditar la existencia de este hecho, como que es el fundamento de su pretension. Lo que decimos es aplicable así en materia civil, como en la criminal; el acusado que pretenda probar su inocencia y eximirse de pena, alegando que no se hallaba en el lugar de la perpetracion del delito en el momento que este se verificó, no es reputado ausente hasta tanto que justifique su coartada. Estos y otros ejemplos que fueran fáciles de aducir, nos convencen de que por regla general la ausencia no se presume.

Pero cuando la presencia de una persona en determinado lugar consta de una manera fehaciente, entonces el interesado que quiera desmentirla habrá de acreditar su ausencia de un modo mas fehaciente todavia, ó tanto por lo menos, pues que ya no se trata de un hecho que la ley no presume, sino que está en oposicion con una prueba legal. Este es el fundamento de las leyes de Partidas cuando establecen que existiendo un instrumento que demuestra la presencia de los otorgantes, debe ser creido, y si alguno de ellos alegara que el dia del contrato estaba á tal distancia que fuera imposible haberse hallado en el lugar del otorgamiento, será preciso que así lo pruebe por cuatro testigos idóneos contra un documento público; ó por dos solamente contra el instrumento privado (1). Los límites de este artículo solo nos permiten la indicacion que hemos hecho, y no nos es posible detenernos á esplanarla y analizarla.

Hablemos ahora de la ausencia, no como objeto, sino como motivo de presuncion. En general toda ausencia se presume justa á no ser que se pruebe lo contrario. Así lo convencen los principios del derecho, segun los cuales no se supone mala fé, ni hecho desfavorable ó ilícito, á no ser que aparezca claramente. Aunque los fraudes y los pensamientos dañados sean por desgracia muy frecuentes, con todo las leyes no los consideran, no deben considerarlos como actos ordinarios y normales, ni como las inclinaciones naturales de los hombres. Pero á pesar de ser esta la regla, casos hay en que no se puede presumir la ausencia justa y en que se exige su prueba. Esto sucede, por ejemplo, cuando se reclama el beneficio de restitucion, puesto que no siendo esta concedida por cualquiera ausencia indistintamente, es preciso que el reclamante justifique que la suya tiene los requisitos que las leyes exigen. Tambien hay ocasiones en que la ausencia se presume injusta; puede ser tal la situacion de una persona, que su ausencia aparezca como un recurso para eludir el cumplimiento de obligaciones que sobre él pesan, para sustraerse de cargas que debe soportar, ó para librarse de males legítimos y á que se haya hecho acreedor por su conducta; entonces la ausencia puede decirse que es intempestiva y fraudulenta. Una presuncion de esta especie concurre en el criminal que se ausenta de España; acto semejante revela con bastante claridad el designio de rehuir, ó mejor, de hacer ineficaz la accion de la justicia, poniéndose fuera del alcance de las autoridades y de los tribunales del reino; y por esto es que esa clase de ausencia nunca da derecho á la prescripcion de la pena, como dice el Código penal y tenemos indicado en la seccion quinta del presente artículo.

Nace tambien de la ausencia la presuncion de ignorancia de los hechos, y muy justamente por cierto. El ausente que ha abandonado el lugar donde antes estuvo, no tiene medios fáciles y seguros para cerciorarse de lo que allí suceda, ya le perjudique ó le favorezca, y no seria equitativo creerle sabedor. Por una parte la distancia

(1) Ley 117, tit. 18, Part. 3.

á que se encuentra el ausente, y por otra el suponerse naturalmente que su ausencia es motivada por alguna ocupacion, son las razones inductivas de la presuncion de ignorancia de que hablamos. Escusado es decir que esta presuncion se hace mas vehemente á proporcion de la mayor distancia entre el lugar de la ausencia, y aquel en que se verifica un negocio, ú ocurre un hecho. Algunos autores citan á este propósito unas palabras de San Bernardo: *Ubi enim certior ac facilior notio, ibi decisio tutior, expeditiórque esse potest*; pero ciertamente no hubieran necesitado acudir á este testo del santo Doctor para confirmar una idea tan sencilla que se justifica por su mera enunciacion.

Conviene tambien advertir que la ausencia no hace presumir la vida del ausente, cuando alguna otra persona reclama á su nombre, en su interés, ó en su daño un derecho ó lucro. Por esto tratándose del cobro de una pension, de un salario, de un sueldo que correspondan al ausente, será necesario acreditar que este vivia en el tiempo en que los devengó. Esto nace de un principio inconcuso, aplicable, así al caso de ausencia, como á otros infinitos, á saber: que todo aquel que afirma un hecho, base de un derecho, debe probarle. Y tanto es así que igual prueba se necesitará aun cuando no haya trascurrido el tiempo al cabo del cual se presume la muerte del ausente, porque de lo contrario se tocaria la dificultad de que se aseguraba el goce de un derecho sin tenerse certeza de que existia su principal fundamento.

De todas las presunciones que de la ausencia pueden originarse, y en cuyo exámen no continuamos porque se conciben fácilmente, segun los casos que se presentan, la mas interesante, y la mas grave es la presuncion de muerte. Que esta presuncion, prescindiendo ahora de la manera en que se establezca, deba admitirse en los códigos, es cosa que se demuestra por poderosas razones de justicia y de interés público. Cuando ha pasado largo tiempo de duda acerca de la existencia de un individuo y su ausencia se prolonga, la ley no puede menos de dictar algunas reglas á fin de que esa situacion incierta desaparezca en lo posible, tanto en interés de los presentes, como del mismo ausente. No autorizar hasta tanto que la muerte de este constara plenamente ninguna medida, no deducir ningun raciocinio, seria una desviacion del órden natural de los sucesos y de nuestras ideas; mucho mas cuando aquella prueba puede prolongarse demasiado y aun quizás no llegará á obtenerse. De aquí la necesidad de una presuncion de muerte. Pero al establecerse, ni ha de ser demasiado prematura, ni darla efectos universales; así es que ha de tener sus garantías, es decir, fundarse en una induccion verosimil, al paso que ha de limitarse respecto de ciertos puntos, y aun en algunos ser declarada insuficiente, como por ejemplo, para pasar á segundo matrimonio, segun vimos en el párrafo primero de la seccion VI de este artículo. Esto supuesto, interesa esplicar la presuncion de muerte, haciéndose cargo así de lo dispuesto en las leyes, como de las opiniones é interpretaciones de los autores, de suerte que se determine su verdadero valor y carácter.

Examinemos qué disposiciones contenia el Derecho romano: manifiesta el jurisconsulto Gayo las dudas suscitadas acerca de si deberia concederse accion á los individuos de un municipio para reclamar un usufructo á que tuvieran derecho, y despues de decir que triunfó la opinion afirmativa, espone una cuestion que de esto nacia; ¿hasta cuándo habia de durar aquel usufructo? y contesta el jurisconsulto: *Et placuit, centum annis tuendos esse municipes*; y para justificar esta decision añade inmediatamente: *quia is finis vitæ longævi hominis est* (1). En otra de las obras propone igual cuestion, y la resuelve casi con las mismas palabras: *unde centum annos observandos esse constat; qui finis vitæ longissimus est* (2). Como puede verse por estos testos, el término máxi-

(1) Ley 56. tit. 1. lib. 7 del Dig.
(2) Ley 8, tit. 2, lib. 38 del Dig.

mo que se asignaba á la vida del hombre no era especialmente discurrido para la cuestion del usufructo concedido al municipio, sino un principio consignado en términos generales, del cual dándole por corriente y ya admitido, se sacaba una razon para justificar el modo de decidir aquellas dudas. Convéncenos de esto una ley que encontramos en el Código. Llevado el emperador Justiniano de su celo por la religion cristiana, tratando de las herencias, legados y enagenaciones en favor de las iglesias y otros establecimientos ó fines piadosos, manifiesta su intencion de haber establecido que la accion para reclamar lo de aquel modo enagenado, no tuviera nunca término, y sigue diciendo: *sed ne videamur in infinitum hanc estendere, longissimæ vitæ hominum tempus eligimus, et non aliter eam actionem finiri concedimus, nisi centum annorum curricula excesserint*; idea que repite despues: *et supradictis omnibus unum tantum modo terminúm humanæ vitæ imponimus, id est, centum metas annorum* (1). Sin embargo de esto, el derecho romano, ó no quiso hacer del principio una presuncion á los cien años, ó de otro modo, la contradijo en ciertas ocasiones con motivo de puntos en que era interesante calcular hasta donde llega la vida del hombre. Así tratándose de la computacion para los alimentos nos demuestra un fragmento del jurisconsulto Emilio Macer que, segun Ulpiano, se hacian los cálculos de probabilidad de la vida desde varias edades, siendo la última de que se habla la de sesenta años; y añade despues: *Solitum est tamen á primâ ætate usque ad annum trigesimum computationem annorum triginta fieri; ab annis verò triginta, tot annorum computationem inire, quod ad annum sexagesimum deesse videntur; numquàm ergò amplius quàm triginta annorum computatio initur.* Todo esto revela ciertamente otra base mas reducida que la presuncion de vida por cien años. A lo cual podemos añadir los breves términos que así en el derecho antiguo como en el Justinianeo mismo se habian declarado suficientes para que ausente un cónyuge, el otro pudiera pasar á segundo enlace, autorizacion que no hubieran concedido las leyes, si no hubieran creido que al cabo de aquel tiempo se reputaba por muerto al ausente. En vista de estas disposiciones, las únicas que nosotros hemos encontrado en relacion con el punto que nos ocupa, es preciso confesar que no puede asegurarse que los romanos tuviesen admitida con fijeza y fundamentalmente una regla segura de la presuncion de la muerte del ausente.

Pero es lo cierto que los intérpretes antiguos y aun los autores modernos se han fijado con preferencia en las leyes romanas relativas al usufructo, sin duda por ser las mas espresas y directas en la materia de que hablamos, y de ellas han deducido la presuncion de muerte de un individuo á los cien años trascurridos desde su nacimiento. Y en verdad que esa deduccion no carece de lógica ni de exactitud. Si hay una época señalada como el término mayor de la vida, antes de él no puede en realidad suponerse la muerte; así como luego que llega debe naturalmente comenzar esta presuncion. Sin embargo, no han faltado tambien otros intérpretes y autores que han pretendido reducir el término de cien años al de sesenta ó setenta; para probar esta opinion han acudido á la esperiencia, á la observancia de lo que generalmente sucede. Se ven casos, dicen, de llegar la vida de algunas personas á un siglo, y aun pasar de esta longevidad; sin embargo, mucho mas hay edades de ochenta y noventa años; pero por lo general el término de la vida humana es de sesenta ó setenta; luego estos casos, y no los estraordinarios y raros deben tomarse por base de la presuncion: *nam ad eam potiùs debet aptari jus quæ et frequentér, et facilé, quàm quæ perraro eveniunt* (1). Este argumento hacian los que combatian la presuncion del siglo de vida. Y como si no les fuera suficiente, aun despues de haber acumulado otros va-

(1) Pr. y párr. 1 de la ley 23, tit. 2, lib. 1 del Código.

(1) Ley 5, tit. 3, lib. 1 del Dig.

rios, y de haber hecho infinitas citas de autores y de leyes, acudieron á la sagrada escritura, y la escudriñaron, y sacaron de ella testos para su controversia, como si se tratara de algun punto teológico ó moral. Alegaban un psalmo en que se dice: *Dies annorum nostrorum in ipsis, septuaginta anni. Si autem in potentantibus octoginta anni et amplius eorum labor et dolor* (1). Los contrarios no se convencieron por esta autoridad, antes bien presentaban otra, segun la que la presuncion de cien años era nada mas que moderada, lo que Dios dijo: *Non permanebit spiritus meus in homine in æternum, quia caro est: eruntque dies illius centum viginti annorum* (2); ni se olvidaron de citar los ejemplos de los patriarcas primitivos, aunque no hicieron mencion espresa de los novecientos sesenta y nueve años que vivió Matusalen.

No podemos nosotros detenernos á esponer por completo cuanto se alegó por unos y otros en esta controversia, ni tampoco irnos haciendo cargo de las opiniones sustentadas por los diferentes autores. Pero no nos es posible dejar de hacer mérito particular del célebre Menochio (3). Este es quien ha combatido con mas razones y valentía la presuncion de los cien años de vida: cifra su principal argumento en un dilema; ó esa presuncion se hace de ley ó de hombre; si se la dá el primer concepto incurrimos en un error manifiesto, porque faltando, como en este caso falta, la declaracion terminante y esplícita del derecho, no puede haber presuncion de ley; si suponemos que la presuncion es de hombre, asimismo padecemos equivocacion evidente, porque el juez no debe presumir lo que repugna á la esperiencia, al curso ordinario de las cosas, ateniéndose á lo que solo sucede raras veces: luego no puede darse fundamento alguno á la presuncion de cien años. Combate despues otras diferentes opiniones, y concluye diciendo que esta materia conviene que se deje al prudente arbitrio del juez, el cual teniendo en consideracion la edad, la salud y otras cualidades del ausente, el punto á donde este se dirigia, el camino que emprendió y demas circunstancias, podrá fallar, segun ellas, con mas acierto que si hubiera de sujetarse á una regla general de la ley. Nosotros no profesamos esta opinion; nos parece mas conveniente que se fije en los códigos un término para una presuncion tan importante como es la de que se trata, y que trae consigo graves y considerables consecuencias; creemos tambien que por esto mismo, á pesar de que no es lo comun llegar á cien años de edad, basta que tengamos ejemplos, no tan estraordinarios como se quiere suponer; y que las leyes se hayan de formar para diferentes climas y para toda clase de individuos, á fin de que no se establezca un término mezquino, ni se forme tanto empeño en rebajar de los cien años diez ó veinte, que seria lo mas que pudiera hacerse. Por esto no nos parece mal establecido el siglo de vida á que aludieron los romanos; en este punto el detenimiento, la escrupulosidad, la latitud de la presuncion de vida no acarrea perjuicios, no se opone á la equidad por mas que parezca desviarse algun tanto del carácter que tienen las demas presunciones del derecho, y esto mismo se ha establecido en el proyecto de código civil español, como veremos en el lugar correspondiente de la seccion próxima.

Pero entremos ya con los antecedentes que quedan espuestos en el exámen de nuestro derecho vigente en la actualidad, y veamos en qué forma se ha aceptado en él la presuncion de la muerte del ausente. Respecto del siglo de vida tenemos una ley de Partidas que se espresa como las romanas, hablando del usufructo otorgado á alguna ciudad ó villa. Dícese en ella que no habiéndose fijado tiempo cuando se constituyó, no debe durar mas de cien años; porque ese usufructo se pierde por la muerte de todos los de la villa ó ciudad. «E asmaron los sábios que en el tiempo de los cien

(1) Psalmo 89, vers. 10.
(2) Génesis, cap. 6, vers. 3.
(3) De præsumptionibus, conjecturis, signis et indiciis commentaria. Lib. 6, Præs. 49.

»años pueden ser muertos, quantos eran »nascidos el dia que fuesse otorgado el uso»fruto (1).» Estas palabras no son mas que una traduccion de las que se valia el jurisconsulto Gayo, y que anteriormente hemos trascrito. No creemos por lo tanto sostener una opinion aventurada, deduciendo de semejante testo que hay verdaderamente en nuestro derecho presuncion de muerte á los cien años; tanto mas cuanto no tocamos las divergencias con otras leyes que hablen de términos menores, único motivo que pudiera originar dudas acerca de la regla. Pero de otra presuncion de muerte de muy distinto carácter se ocupa espresamente y de propósito nuestro derecho; en ella es en la que propiamente debemos detenernos.

Dudándose si es vivo ó muerto un ausente que marchó á paises lejanos, su próximo pariente podrá recibir la herencia si han pasado diez años por lo menos, y si entre todos los del lugar es fama que murió el ausente; pero si hubiera trascurrido corto tiempo desde la partida, ó esta fue á tierra en que se puede saber la verdad, entonces se necesitará la prueba de la muerte por testigos que vieran el cadáver y el acto de enterrarle. Esto dice una notable ley del código de las Partidas (2): trátase, segun ella demuestra, de una verdadera presuncion de muerte al cabo de diez años de ausencia, y de ausencia incierta como la ley tambien espresa: ha habido quienes han tachado de demasiado breve este plazo, y con ello tácitamente han dirigido una acusacion al legislador, y tachado de injusta su disposicion; pero han procedido con demasiada ligereza ó no han reparado bastante en el contesto de la ley. Con efecto las Partidas han estado muy lejos de autorizar ninguna presuncion por el mero trascurso de diez años, esto hubiera sido prematuro, perjudicial é injusto; han exigido otras varias circunstancias concomitantes que con los diez años dan sobrado fundamento á la presuncion de muerte. Es necesario que la ausencia sea á pais lejano «en »estraña é luenga tierra» y sobre todo debe haber en el lugar donde se reclama la herencia fama de que el ausente murió; aun mas, esa fama ha de ser pública, y tan conteste, tan general y estendida que el legislador en esta parte llega á exigir «que públicamente digan todos que es muerto;» en fin, esta fama se ha de probar, de suerte que no quede duda de su realidad. Ahora bien, fama de esta naturaleza tratándose de una persona en paises remotos y aun desconocidos, de la que nada se ha sabido en diez años, ¿no es suficiente á hacer presumir la muerte? Indudablemente lo es y aun la misma ley dá el motivo de conceder entonces la herencia: «ca non podria »ome tan lijeramente aver testigos, para »provar fecho que oviesse contecido en tan »luenga tierra, é de tan gran tiempo; é »mayormente que lo oviessen visto muerto, «ó soterrar.» Pero ahora pudiera ocurrir la duda de la conciliacion de esta presuncion de los diez años espresamente consignada en nuestro derecho, con la de cien años que anteriormente hemos deducido de otra ley de Partidas. ¿No es esto una contradiccion? ó por lo menos, admitida una presuncion, ¿no ha de ser inútil la otra? A nosotros nos parece que ambas presunciones pueden coexistir y recibir aplicacion, puesto que cada cual tiene su esfera distinta en que producir sus efectos. Convienen ciertamente en que así la una como la otra han de recaer necesariamente en un ausente, incierto, de cuya existencia se dude; tambien son las dos de las que se llaman presunciones *juris tantum*, porque puede llegar á constar la muerte del ausente, ó presentarse este ó dar noticias de su persona; pero por lo demas la presuncion de diez años se ha de fundar en la ausencia lejana y principalmente en la fama pública, al paso que la de cien años descansa únicamente en el trascurso de un tiempo tan largo. Creemos que no de otro modo pueden entenderse las dos presunciones, y en este supuesto no hay repugnancia ni

(1) Ley 26, tit. 31, Part. 3.
(2) Ley 14, tit. 14, Part. 3.

oposicion entre ellas; son medios distintos que conspiran á un mismo fin.

Salvada esta dificultad con que pudiera tropezarse, veamos el efecto que produce la presuncion de la muerte del ausente al cabo de diez años, que era de la que estábamos tratando. Bien claramente espresa la ley, que se abre la sucesion; porque dá al juez reglas para presumir muerto al ausente cuando los parientes traten de «heredar lo suyo.» Pero equiparar el derecho de estos parientes cuando han recibido los bienes en virtud de la presuncion al que tendria otro heredero cualquiera, seria un verdadero absurdo que no podria justificarse por principios de derecho, y que sin duda no ha querido admitir la ley de Partidas por mas que omita toda esplicacion acerca de este punto. El ausente así como puede morir, y constando su muerte asegurarse el derecho de los herederos, puede tambien acreditar su existencia y reclamar de ellos sus bienes. Esta reclamacion es esencialmente de equidad; el ausente que la hace no ha perdido el dominio por su ausencia; no ha podido ser reemplazado en sus derechos, interin vive; lo contrario seria, no una sucesion, sino una usurpacion odiosa é injustificable. Resulta por estas sencillas consideraciones, que los derechos del heredero del ausente son por su naturaleza revocables; que si se ha abierto en su favor la sucesion no ha podido ser definitiva, sino provisionalmente; en una palabra, que no entra en la herencia á título de dominio. Otra consecuencia deducimos de la posibilidad del regreso del ausente, y es que debiendo el heredero quedar sujeto á restitucion de los bienes, habrá de formalizar inventario, y lo que es mas importante, dar fianza que asegure aquella restitucion íntegra y completamente. Todo esto no lo espresa la ley; pero si no se quieren conculcar los mas sagrados derechos, y violar los principios mas inconcusos de la equidad, es preciso admitirlo como indudable y seguro.

Así lo han reconocido los autores regnícolas; pero han querido al mismo tiempo dar tal estension á aquellas limitaciones que reclama la proteccion del ausente y el respeto de sus derechos que, á nuestro modo de ver, han llegado á sostener opiniones infundadas y opuestas abiertamente al espíritu de la ley. Han creido que los parientes que reciben los bienes del ausente no tienen otro concepto que el de curadores, y que si el ausente se presentara, no solo habrian de restituirle su patrimonio, sino ademas los frutos que por él percibieran durante todo el tiempo de la ausencia. Y esto ha constituido una opinion general, casi unánime, de la que parece participar entre tantos Gregorio Lopez, quien glosando la ley de que hablamos, dice sin vacilar: *et debent tales propinquiores recipere, ut curatores bonorum.* Por nuestra parte no nos es posible admitir esta opinion, aunque conozcamos que se halla muy estendida, y aunque la encontremos aceptada por Escriche. Basta leer la ley de Partidas para convencerse de que se trata, no de dar la mera administracion, la mera curaduría de los bienes del ausente, sino de abrir la sucesion de este, de establecer herederos por mas que no sea irrevocable y definitivamente. De otro modo ¿qué objeto tendria la presuncion de muerte que con tantos requisitos ha organizado el legislador? Seria preciso convenir que aquella y estos eran inútiles, puesto que no producirian ninguna consecuencia. Para que á los bienes del ausente se dé un curador, no es necesaria la presuncion de muerte, ni el lapso de diez años; mucho antes de que estos se completen, puede y debe darse persona que cuide de la administracion de un patrimonio abandonado, como ya dejamos puesto en claro en el párrafo 1.° de la seccion VII de este artículo. Por esto creemos que la inteligencia verdadera y fiel de la ley de Partida, es que se concedan al que recibe los bienes en virtud de la presuncion de muerte, los mismos derechos que á otro heredero, salvo la fianza y la obligacion de restituir, si se probase la existencia del ausente. Nuestros jurisconsultos ó han prescindido de la ley

de Partidas, ó si la han tenido presente la han desvirtuado del todo, ofuscados por el Derecho romano, que menos previsor en esta parte que el español, solo estableció el nombramiento del curador á los bienes del ausente. Y en verdad que no ha sido de esos intérpretes Gregorio Lopez; antes bien constituye entre ellos una escepcion honrosa, y que acredita su buen criterio. Dice terminantemente que los parientes son admitidos como curadores; pero examínese el supuesto de que habla, el lugar que ocupa su glosa, y cualquiera se convencerá de que profesa una opinion idéntica á la que nosotros sustentamos. La ley dice que el que pretende la herencia, y se funda en la muerte del ausente, ha de probar la fama pública. Y Gregorio Lopez comienza su glosa á esta parte del testo con las siguientes palabras: *¿Quid si hoc non probet, sed nescitur de vitâ alicujus jamdiù absentis?* Entonces y solo en este caso, esto es, cuando no puede haber presuncion, es cuando dice que la costumbre está porque sean admitidos los parientes como curadores. Con lo cual dá claramente á entender que si se prueba la fama pública, si hay presuncion, no serán ya admitidos en este único concepto.

A una duda importante puede dar lugar la ley: como que esta se concreta á hablar de parientes que hayan de heredar, ocurre naturalmente preguntar, cuál ha de ser la suerte de los herederos testamentarios. El silencio de la ley ¿debe intepretarse como una esclusion? No nos parece; en esta parte nos hallamos conformes con varios de nuestros intérpretes, que admiten á los herederos testamentarios y que autorizan, mediante la presuncion de muerte, la apertura del testamento cerrado del ausente. Desde el momento en que, como mas de una vez hemos dicho, la ley abre la sucesion, y llama á los parientes mas que por este concepto por el de herederos legítimos, no podria hallarse una razon que escluyera á los testamentarios. Antes por el contrario, es de necesidad conocer cuáles son estos, porque ellos merecerán la preferencia, puesto que sabido es que la ley no dá herederos sino á falta de la voluntad del testador. Pero aun cuando se admita con preferencia á los herederos testamentarios, escusado es decir que estos quedarán sujetos á las mismas obligaciones que dijimos pesaban sobre los legítimos.

Terminaríamos aquí esta materia, si no creyéramos de interés hacer indicacion de algunas cosas especiales, respecto de Aragon y de la jurisprudencia de Cataluña y de Valencia. Hablando algunos espositores del derecho aragonés del fuero *ut fratres vel propinqui*, en el cual se determina que pasados diez años de ausencia, se provea á la administracion de los bienes del ausente, como hemos espuesto en el párrafo 1.° de la seccion VII, dicen que ese plazo de diez años se tomó como otras varias disposiciones, del Derecho longobardo, segun el que al cabo de ese tiempo se presume la muerte del ausente (1). Respecto de Cataluña, segun una declaracion hecha por la audiencia en 1616, se reputaron muertas dos personas de que no se tenian noticias hacia cinco años, y en su consecuencia se adjudicó una herencia al presente. Y en Valencia habia ya declarado en 1609, que se presumia muerto cierto individuo ausente mas de treinta años de la ciudad y reino de Valencia, sin constar su vida ni su muerte, y que en virtud de esa presuncion se adjudicaran sus bienes á sus mas próximos parientes, á los cuales con efecto, fueron adjudicados, con esclusion del curador que los tenia en administracion (2).

SECCION XI.

EXAMEN DEL TITULO 11 «DE LOS AUSENTES» LIBRO 1.° DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

Con las secciones anteriores, en que hemos reunido lo mas importante que sobre

(1) Franco de Villalva en su obra: «*Fororum atque observantiarum Aragonæ compilatio*» al tratar del Fuero *ut fratres vel propinqui*, libro 2.

(2) Espone é impugna ambas declaraciones el jurisconsulto catalan Fontanella en su obra *de pactis nuptialibus*, Cláusu 7, Glos. 3, Part. 1, Núms. 33 á 46.

ausencia nos presenta el derecho pátrio vigente, pudiéramos dar por terminado el presente artículo; sin embargo, un acontecimiento reciente nos ha impulsado á prolongar nuestro trabajo. Aludimos á la publicacion del proyecto de Código civil español, en el que un título completo está consagrado á tratar «de los ausentes.» Trabajado este proyecto por jurisconsultos de conocida reputacion, aguardado con impaciencia, arreglado al designio de ordenar y reformar por completo todo el derecho civil de nuestro pais, y sobre todo dado al público por el gobierno, con el objeto de conocer la opinion de las personas facultativas, no solo creemos conveniente, sino hasta una deuda de honor, corresponder de este modo, tanto á una invitacion respetable, como al objeto de la presente obra. Por estas razones vamos á manifestar con toda ingenuidad el juicio que del citado proyecto en la parte relativa á los ausentes hemos formado; y al mismo tiempo trataremos de fijar el verdadero espíritu y sentido de las disposiciones que contiene. En esta tarea ha venido á darnos una importante base la obra que con el título de «Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español» comienza á dar á luz uno de los individuos de la comision de códigos, el señor García Goyena. Nuestras observaciones recaerán primeramente sobre el conjunto del título, y despues sobre cada uno de los capítulos en que se divide.

§ 1.° *Observaciones generales.*

La legislacion que se ha mostrado siempre favorable respecto á los que en general están ausentes de su habitual residencia, debe hacer sentir mas proteccion cuando se trata de aquellos ausentes cuyo paradero se ignora. El ausente conocido es al cabo una persona cuya existencia consta, y por tanto á él toca dirigir sus negocios y proveer á su ausencia; en todo caso puede hacérsele saber lo que le sea interesante. Mas el ausente de cuya existencia se duda, se halla en muy distinta posicion; no puede saberse por qué ha desatendido sus intereses, por qué no dá á conocer su paradero; hay una incertidumbre de si vive ó ha muerto. Esta incertidumbre no debe ser indiferente para el legislador, sino que debe estimularle á que tome medidas y precauciones; en lo cual no tanto habrá de mirar por los derechos y la fortuna del ausente, cuanto por los intereses y esperanzas de los presentes. Pero á esta proteccion justa de los particulares se añade la necesidad de evitar la disipacion y la pérdida de las propiedades, la de no dejarlas abandonadas, y la de que se cumplan las obligaciones de los ausentes. Resulta por lo tanto que las leyes deben ocuparse con detencion y madurez, respecto á aquellos cuyo paradero se ignore, en su obsequio primeramente, despues en el de los presentes que tengan relaciones con ellos, y últimamente por motivos de pública utilidad. Estas verdades han debido ser de todos los tiempos; pero en los actuales han llamado mas poderosamente que nunca la atencion de los legisladores, y les han movido á formular los principios necesarios para su aplicacion. En nuestra época hemos salido de aquel aislamiento y concentracion en que vivieron las sociedades antiguas; el mundo ha mostrado sus anchos límites; los medios de comunicacion se han estendido y facilitado; la curiosidad, el deseo de estudio y adelanto mueven á los hombres á emprender viajes á paises lejanos; otras veces las revoluciones y las guerras les alejan de su patria. Todas estas causas pueden llegar á producir la incertidumbre de la existencia y del paradero de las personas, y se han hecho ya sentir lo bastante para que la legislacion las tome en cuenta.

Por esto es que en el proyecto de Código civil se han sentado las bases y desarrollado los principios de tan interesante materia. No han podido sin embargo sus redactores acudir á nuestro derecho vigente, ni encontrar en él las ideas necesarias para llevar á cabo su trabajo. Solo una que otra ley tenemos que se ocupe de la ausencia

sobre que era preciso legislar; de algunas pueden sacarse ciertas deducciones, pero á pesar de esto por grandes esfuerzos que se hubieran hecho, no habria sido posible llegar á fijar principios exactos y homogéneos, y mucho menos arreglar un sistema, que es lo que se ha propuesto, y muy acertadamente la comision de códigos. Ni aun quedaba el recurso de encontrar elementos en el Derecho romano; porque este, completo y previsor en tantas otras materias, dejó casi intacta la de que hablamos. Habia, pues, tanto en nuestra legislacion como en la romana, un gran vacio, fácil de esplicar, por lo que dejamos dicho anteriormente.

Si se querian tener en cuenta algunos datos y antecedentes, y conocer lo que ya se habia pensado en punto á los ausentes inciertos, era necesario acudir á las legislaciones estranjeras modernas. Casi todas ellas con efecto nos presentan principios y sistemas dignos de estudio y de meditacion, y que sin duda se han consultado para la formacion de nuestro proyecto; á veces están bien distantes unas de otras: así en Baviera por ejemplo, todo el pensamiento del legislador se reduce á que se nombre un curador al ausente durante el tiempo que tarde en regresar. Pero otros códigos, no teniendo por conveniente esta sencillez, han dado diferentes efectos al tiempo de la ausencia segun este vaya siendo mas dilatado, y han considerado en consecuencia varios períodos; sobre esta base descansan casi todos los códigos modernos. Sin embargo, las aplicaciones han sido mas ó menos estensas y progresivas, mas ó menos esplícitas. Algunos han admitido solamente dos períodos; otros, aunque á primera vista no fijan mas que dos, admiten en realidad tres. Y en fin, ha habido códigos que claramente se han fijado en este número.

Para nosotros el último sistema es el mas admisible. Trátase de los ausentes desconocidos, es decir, tómase por punto de partida la incertidumbre, y esta incertidumbre, segun trascurre mas ó menos tiempo, dá lugar á distintas presunciones, á las que tambien deben corresponder distintos efectos. ¿Cómo admitir el sistema del código de Baviera, segun el cual, ya pasen pocos ya muchos años, constantemente administra un curador con las mismas facultades? ¿Se halla por ventura en igual caso la ausencia incierta que dura dos años y la que se ha prolongado cuarenta? No ciertamente; la razon autoriza distintas conjeturas en un supuesto ó en otro. Mas lógicos han sido sin duda los códigos que han admitido dos períodos, fundándose en que la incertidumbre, cualquiera que sea el tiempo de la ausencia, en realidad hace presumir, ó que existe, ó que ha muerto el ausente sin que haya término medio. A pesar de esto nosotros, como hemos indicado, estamos por el sistema inaugurado por el código francés y seguido en otros paises, segun el que se establecen ó distinguen hasta tres períodos; porque á nuestro entender cuanto mas progresivas y mas sucesivamente graduadas sean las medidas legislativas, cuanto mas se conformen sus efectos con el trascurso creciente del tiempo por el que se prolonga la ausencia, tanto mas será completo y exacto el sistema que resulte, si bien mas complicado y difícil.

El proyecto de código civil español ha adoptado el sistema general del código francés, y no increparemos por ello á sus autores. Habiendo de llenar el gran vacío que se nota en nuestro derecho y en nuestra jurisprudencia, habiendo de consultar los códigos estranjeros, ha tomado por base aquel que presenta con mas acierto el sistema de ausencia. La eleccion ha sido, pues, acertada y oportuna. No aparecerá ciertamente original en esta parte nuestro código civil, no se fundará en nuestras tradiciones; pero téngase presente que los esfuerzos de originalidad muchas veces no producen mas que una vana ostentacion de ingenio, y que pueden ser motivo de principios escéntricos y erróneos.

Fijémonos ahora en general en el sistema adoptado. Una persona se aleja del lugar de su domicilio; aunque no haya dejado quien le represente, aunque se desconozca su

existencia, si es corto tiempo el que ha trascurrido, el proyecto mira al ausente como vivo; mas que la incertidumbre, considera la suposicion de la existencia; así solo provee á lo que la necesidad exija, satisface el justo y legítimo interés de quienes tengan ciertos derechos, y todo esto lo deja al arbitrio de los tribunales. Pero pasa aquel tiempo, y nada se sabe del ausente, entonces ya se caracteriza una verdadera incertidumbre, y comienza la duda legal de si existirá ó no aquella persona; no se le supone, pues, ni vivo ni muerto, sino rigurosamente ausente, es decir, una persona cuya existencia es dudosa, y por esto son muy distintas sus disposiciones de las del caso anterior: los bienes del ausente se entregan á quienes deban tenerlos conforme á las presunciones de la ley y del individuo, pero no en propiedad ni en usufructo, sino solo en administracion. En fin, transcurren muchos mas años de incertidumbre respecto á la existencia del individuo, entonces se le reputa como muerto, y el proyecto conformándose á esta nueva faz de la ausencia, tambien cambia sus disposiciones, y convierte la administracion, la posesion provisional que antes diera, en una posesion definitiva, en una especie de dominio. Hé aquí, pues, los tres períodos que el lapso de tiempo va sucesivamente presentando: la ausencia propiamente dicha consiste en la incertidumbre, y forma el segundo período; antes no hay sino presuncion de ausencia, y este es el primero; despues hay presuncion de muerte, y este es el tercero.

Fáciles de comprender son estas bases, pero su desarrollo y aplicacion es punto difícil y delicado: por una parte las presunciones que en cada período dominan, particularmente la de muerte, no pueden ser absolutas, sino que exigen restricciones, porque en rigor todas se resuelven en una incertidumbre mayor ó menor; por otra parte hay muchos pormenores, muchos casos que pueden ocurrir, y que el legislador no debe prescindir de arreglar; tales como la situacion del cónyuge presente, las reclamaciones que hagan los hijos de que no se tuviera conocimiento, los derechos que puedan corresponder al ausente á su regreso, y otras cosas semejantes. Sin embargo, el proyecto de código civil español ha metodizado con bastante regularidad todas las situaciones á que puede dar lugar la ausencia, refiriendo los pormenores á una division fundamental: primeramente trata de las medidas que anteceden á la ausencia propiamente dicha (cap. 1.°); despues de la declaracion de ausencias y sus efectos (cap. 2.° y 3.°); en seguida de la presuncion de muerte (cap. 4.°), y en fin, considerando aparte la regulacion de los derechos que pueden tocar á alguno durante su ausencia (cap. 5.°), concluye con algunas disposiciones generales (cap. 6.°)

Por lo que queda dicho se habrá podido conocer que por el proyecto de código se dá una significacion especial que hasta aquí no habia tenido la palabra «*ausente*,» es decir, que esta palabra se hace técnica. No serán en rigor ausentes los que no se hallen en su domicilio ó en el lugar donde interese, sino aquellos cuyo paradero se ignore, cuya existencia no consta de un modo positivo. Esta sin duda ha sido la intencion de los redactores del proyecto, ya porque en otros lugares no han prodigado el uso de la palabra, ya porque han puesto simplemente al título 11 del libro 1.° el epígrafe «de los ausentes.» Toda otra persona á la que no comprendan las disposiciones de este título será rigorosamente «no presente,» y solo se le podrá dar el dictado de *ausente* por estension impropia de la palabra, ó porque así lo esprese la misma ley tratándose de algun punto, de alguna institucion determinada, como sucede en la prescripcion. Esta observacion es una consecuencia importante del sistema seguido en el proyecto, y aunque á primera vista parezca encerrar una cuestion de palabras, tiende á la mayor claridad y exactitud. Si siempre es importante fijar el sentido de los vocablos porque significan cada cual distinta idea, lo es mucho mas en el derecho que requiere un lenguaje exacto el

inequívoco. Y es tan cierto lo que decimos, que si bien se consideran las disposiciones contenidas en el título 11 del libro 1.° del proyecto, la voz ausente es aplicable á una persona, cuya condicion, cuyo estado se ha modificado notablemente, por lo que nos atrevemos á asegurar que, así como distinguimos los vecinos de los no vecinos, á los padres de los hijos, á los menores de los mayores de edad, así debemos distinguir cuidadosamente á los presentes y á los no presentes, de los ausentes.

Acerca del método seguido para la colocacion y distribucion de las diferentes especies que comprende la materia de ausencia, discrepa algun tanto del que han adoptado los códigos de otras naciones, y descubre cierta originalidad. No por esto, sin embargo, puede hacerse ninguna inculpacion á los redactores del proyecto, antes bien creemos que han acreditado todavia mas espíritu de claridad y de órden que el que se revela en los otros códigos estranjeros. En cambio hay en el proyecto artículos que se prestan á fundada objecion, como haremos ver en sus respectivos lugares.

Tambien diremos algo acerca del lugar que se ha dado en el código al título de la ausencia. En otros códigos se ha colocado al principio del tratado de las personas; así sucede por ejemplo en el de Francia, en el que despues de establecer lo tocante al goce y privacion de los derechos civiles, al registro del estado civil y al domicilio, se trata de la ausencia con preferencia á las demas situaciones en que pueden hallarse las personas. Por el contrario en el proyecto de código civil español, se ha puesto en último lugar despues de las materias de matrimonios, patria potestad, tutela, etc. Aunque esta diferencia de colocacion no sea un punto de gran importancia en que debamos detenernos, creemos sin embargo mas acertado el método del proyecto, no tanto porque la ausencia carece del carácter de necesidad y de frecuencia que las demas modificaciones del estado de las personas, cuanto porque conocidas y esplicadas estas préviamente, parece mas comprensible y fácil la materia de la ausencia, y se ahorrán remisiones á puntos aun no tratados.

Dejando á parte las observaciones á que puede dar lugar el proyecto del código en sus pormenores, hemos visto hasta aquí que en él se ha comprendido perfectamente la necesidad de completar nuestro derecho, tratando en particular de la ausencia, y que se recomienda por la adopcion de un buen sistema, de una ámplia generalizacion y de exactitud de método. La tarea quizá mas difícil y grave que habia en el proyecto ha sido felizmente desempeñada.

Pero así como abrigamos esta conviccion, no podemos dispensarnos de manifestar nuestro juicio acerca de ciertas omisiones que encontramos en el título de ausencia. Al tiempo de discutirse el proyecto se han previsto algunas cuestiones que *probablemente* habrian de suscitarse en la aplicacion del código, y sin embargo sus autores han prescindido de resolverlas en el testo del proyecto, limitándose á recomendar la obra que simultáneamente con el código fué formando el señor García Goyena, individuo de la comision (1), en cuya obra se contienen las resoluciones de aquellas cuestiones, prévia discusion y con aprobacion de los mismos autores del proyecto. Dejando á un lado si estas interpretaciones podrán considerarse como auténticas, segun pretenden los redactores del proyecto, vemos inconvenientes de grave consideracion que debian á nuestro juicio haber evitado diligentemente. Parécenos que previstas cuestiones importantes y probables en la práctica, no cabia mejor medio de cortarlas, ó mejor dicho, de evitarlas, que el haber dispuesto la redaccion de suerte que las hiciera ociosas. El testo y la autoridad de un código siempre están á mucha mayor altura que la interpretacion y opiniones de un escritor por autorizado que sea: lo primero es la ley, es el precepto garantido

(1) Así lo dice la seccion del código civil de la comision de códigos en la comunicacion con que acompañó su proyecto al ministerio de Gracia y Justicia, que está impresa al frente de la obra.

por la sancion pública; lo segundo es la esplicacion que hace y aconseja el jurisconsulto. Y á no dar á este igual autoridad que al legislador, y á su obra la misma fuerza de obligar que al código, estremo absurdo en verdad, siempre existirán en pié las cuestiones; siempre quedarán vacios tanto mas sensibles, cuanto que fueron reconocidos y previstos, mas no satisfechos y llenados por quienes recibieron el encargo de formar un código completo y acabado. Ocasion encontraremos de tropezar con este inconveniente en el título de ausencia.

Habiendo ya hablado de él en general pasaremos á examinar cada uno de sus capítulos. No seremos difusos en nuestro trabajo, porque como es una materia nueva é intacta por decirlo así, y que está aun por plantearse, no se conoce por esperiencia ninguno de los resultados que dará. En este supuesto no conviene suscitar á cada paso dudas, mover cuestiones y rebuscar dificultades, esto solo produciria desaliento, desconfianza y recelos, y tenderia á embarazar la aplicacion del sistema; lo que únicamente y en la actualidad puede ser útil es ceñirse á esponer el recto sentido que encierran las disposiciones del proyecto y el juicio que merecen.

§ 2.° *De las medidas provisionales en caso de ausencia.* (cap. 1.°)

El capítulo primero del título «de los ausentes» comprende el período que comienza desde la desaparicion y llega hasta cuatro años, sin que en ese término haya apoderado ni noticias del individuo. Propiamente no es período de la ausencia en el sentido legal que el proyecto del código dá á la palabra *ausente*, sino un período anterior á ella, que dá lugar á presumir que llegue á haberla: no se funda en la conjetura de la muerte, ni en la incertidumbre de la existencia del que se alejó de su domicilio, sino en la de que todavia vive. Las precauciones que se adoptan durante él no son ordinarias ni normales, se arreglan á la necesidad. Partiendo de esta base se han formulado los tres artículos de que consta el capítulo.

Pero el epígrafe que á todos ellos comprende es á nuestro modo de ver equívoco é inexacto. Lo primero, porque parece dar á entender que solo las medidas contenidas en este capítulo tienen el carácter de provisionales, lo que no es cierto, porque tambien las hay provisionales de la declaracion de ausencia; las de que habla este capítulo primero son mas bien prévias, preliminares. Es tambien inexacto el epígrafe, porque se dice que las medidas que comprende son «en caso de ausencia,» siendo así que esta en realidad no ha comenzado todavia, como lo dá á entender bien claramente el mismo proyecto cuando en el capítulo siguiente habla de la «declaracion de ausencia.» Hubiera sido mas propio por lo tanto valerse de las palabras «presuncion de ausencia» que otros códigos han empleado para representar la misma idea, y comprender el mismo período preliminar á que el nuestro se refiere. Pero entremos en el exámen de cada uno de sus artículos.

El primero que es el 310 dice así: «Cuando una persona desaparece del lugar de «su domicilio sin dejar apoderado, y se ignora su paradero, podrá el tribunal, en «caso de urgencia, y á instancia de parte «interesada ó del ministerio fiscal, nombrar «persona que la represente, en todo aquello que se considere necesario.—Esto «mismo se observará, cuando en iguales «circunstancias caduque el poder conferido «por el ausente.»

Obsérvase en este artículo mucha vaguedad, y por él queda gran latitud al arbitrio del juez; pero pueden ser tantas y tan varias las circunstancias que se presenten, tan diversas y desiguales las reclamaciones que ocurran, que la ley ha tenido que confiar en la ilustracion y equidad de los tribunales, dándoles tan solo una idea que nunca deben olvidar, á saber, que únicamente procedan en caso de urgencia y para aquello que sea necesario. El medio que

hubiera podido utilizarse para evitar esa incertidumbre es el que han adoptado, y no desacertadamente, varios códigos estranjeros, que consiste en nombrar siempre un curador durante el primer período, ó sea el de la presuncion de ausencia. De todos modos hubiera sido de desear que aun para solo los casos de urgencia se hubiera encargado, no el nombramiento de persona que represente al ausente, lo cual puede prestarse á cavilaciones y dudas, sino mas sencilla y claramente el nombramiento de un curador, lo cual hubiera estado mas en consonancia con lo que se establece en el artículo 312 que luego espondremos.

En el de que vamos hablando no deben pasar desapercibidas la copulativa y disyuntiva que se usan en dos puntos importantes. No basta que el ausente no haya dejado apoderado, ni que su paradero se ignore: cada una de estas circunstancias son de por sí insuficientes y necesitan reunirse y concurrir para que tenga lugar la disposicion del artículo. Por el contrario, bastará por sí sola la instancia de parte interesada ó la del ministerio fiscal, segun se deduce del modo con que está redactado el testo; sin embargo creemos que esto debe entenderse de suerte que basta la instancia del ministerio fiscal; porque en cuanto á la que hiciera la parte interesada siempre deberá comunicarse á aquel para que sea oido sobre ella, y la acepte ó la impugne, deduccion que parece fuera de duda á vista del artículo 333.

Tambien es digno de notarse que el tribunal no puede proveer de oficio para representar al ausente, sino solo á instancia de parte interesada ó del ministerio fiscal. No parece que pudiera suscitarse en esto dificultad alguna cuando está terminante el artículo; pero el comentador del proyecto supone que puede haber algunos casos en que lo haga de oficio el juez, y cita por ejemplo el caso de una ley de la Novísima Recopilacion (1), segun la que los dueños y administradores de casas en Madrid no las deben tener sin uso y cerradas, y pueden ser compelidos á arrendarlas. No nos parece fundada la interpretacion: el artículo no admite que el juez proceda de oficio en ningun caso: sosten er otra cosa es contrariar á su letra y á su espíritu. Pero hay otras consideraciones no menos interesantes que nos mueven á no seguir la opinion que combatimos. La ley que cita el comentador, no está vigente, se halla derogada (1); pero en la hipótesis de que la consideraramos vigente, no seria necesario para que tuviera cumplimiento acudir á la infraccion del artículo que examinamos ó á hacer en él una escepcion. Separadas hoy las atribuciones de las autoridades administrativas y judiciales, es claro que á aquellas y solo á aquellas corresponderia graduar la necesidad y conveniencia pública de obligar á los dueños de las casas á que las arrendaran, punto en que sin duda debe de estar conforme el comentador cuando dice que la prohibicion de tenerlas sin uso es de policía y buen gobierno. Esto supuesto, si la autoridad administrativa encontrara entre las casas cerradas la del que se habia ausentado, no dejando representacion legítima, no podria menos en nombre de los intereses públicos, es decir, como parte interesada, de escitar al tribunal competente para que nombrara persona que representara al ausente, persona que hiciera el arrendamiento ó que pudiera ser compelida á efectuarlo. En este caso tendriamos que habia una escitacion que hacia que el juez no procediera de oficio, y creemos que entonces deberia oir al ministerio fiscal que tiene el doble deber de representar los intereses públicos y vigilar por los del ausente. Y sobre todo, suponiendo que aun en este caso, único que se cita, el juez procediera de oficio, seria en virtud de una ley especial; lo cual no significaria que en otros casos y por el código pudiera hacerse lo mismo á pretesto de analogía, porque la interpretacion tiene sus límites inviolables en las disposiciones espresas del legislador.

(1) Ley 8, tit. 10, lib. 10.

(1) Art. 4 de la ley de 9 de abril de 1842.

En lo que pueden caber dudas fundadas y darse motivo á competencias y litigios es en la inteligencia del tribunal á que corresponde el nombramiento de representante del ausente. En este nombramiento se comprende indudablemente el cuidado de los bienes cuando sea necesario; y entonces ¿qué tribunal será competente, el del lugar de la cosa ó el del domicilio que dejó el ausente? Esta misma cuestion se suscitó en la discusion del Código civil francés, y allí se convino por fin en una resolucion adaptable á los dos aspectos diferentes que presentaba, pues se decidió que al tribunal del domicilio que debia tener mas conocimiento de la persona del ausente, corresponderia fallar sobre la presuncion de ausencia; y que al tribunal en cuya demarcacion se hallaran situados los bienes, tocaria establecer el modo de proveer á su administracion. Esta resolucion, que solo por inadvertencia dejó de espresarse en el Código civil francés, como ya han observado algunos (1), puede defenderse con muy buenas razones, y hubiera podido aceptarse sin inconveniente por los redactores de nuestro Código. Pero otra debe haber sido la opinion que entre los primeros haya predominado, cuando Goyena al comentar el art. 3.° dice espresamente, y en términos absolutos, que en toda la materia del título se estimará competente el tribunal del domicilio del ausente, porque puede apreciar mejor que ningun otro todos los motivos y circunstancias de la ausencia.

A otra duda no menos grave se prestan las palabras de «parte interesada» de que se vale el artículo que estamos examinando. ¿Qué interés será suficiente para motivar una instancia al tribunal á fin de que se nombre representante del ausente? Desde luego ha de ser un interés legal, no simplemente el de la simpatía, ó el de la beneficencia, el de la amistad ó del parentesco. Entre los que tienen este interés legal figuran en primer término aquellos que gozan de derechos existentes y efectivos á que la ausencia puede afectar: esto es indudable. Pero ¿le tienen asimismo los herederos presuntivos del ausente? ¿pueden ser admitidos á provocar el nombramiento de representante, como partes interesadas? Parécenos que sí: porque si bien no pueden pretender en este mismo período preparatorio de la ausencia derecho alguno á los bienes del que desapareció de su domicilio, tienen una esperanza, una probabilidad próxima de un derecho. No solo aguardan por su carácter de herederos que aquellos bienes les han de corresponder en pleno dominio, si el ausente muriera, esto no seria bastante; sino que tienen motivos para presumir y muy fundadamente, que siguiendo la incertidumbre de la existencia del ausente, muy en breve van á entrar en posesion de su fortuna en el concepto de administradores legales, cuyo concepto remonta á la época de la desaparicion y de las últimas noticias (véase el art. 318). Aunque no les competa en la actualidad un derecho, tienen grandes motivos para escitar medidas protectoras y conservadoras de los bienes que no están quizá muy distantes de recaer en su posesion provisional. Esto no es en manera alguna una sugestion directa que por ser un término tan corto el del primer período, tenga visos de codicia, como indica el comentario; porque en primer lugar la misma circunstancia de faltar poco tiempo para la declaracion de ausencia, hace que concurra un verdadero interés, un interés legal muy atendible; y en segundo lugar la latitud del artículo de que tratamos, deja al tribunal en completa libertad acerca de la eleccion de persona que administre la fortuna del ausente. Si los herederos presuntivos dejaran traslucir su codicia y trataran de alzarse con la administracion y con la representacion del ausente, podria y deberia el tribunal rechazar sus inmoderadas pretensiones; pero de esto á impodirles que tomen la iniciativa en medidas en que tienen interés hay una distancia inmensa. Ni la letra, ni la mente del artículo,

(1) Entre otros Locré y Dalloz.

ni el temor de ningun inconveniente debe impedir que se considere para sus efectos á los herederos presuntivos como partes interesadas.

El artículo siguiente, el 311, dice: «En el »caso del artículo anterior el cónyuge que »se ausenta será representado por el que »está presente.» La duda única que aquí pudiera ocurrir seria la de saber cual es la referencia exacta de las primeras palábras «en el caso del artículo anterior,» porque este comprende diversos estremos, tales como la falta de apoderado y de noticia del paradero del ausente, el caso de urgencia, la instancia de parte interesada ó del ministerio fiscal. Pero si se atiende á la forma directa é inmediata en que se autoriza al cónyuge presente, y al espíritu que ha predominado en la redaccion del artículo, tal cual lo espone el comentario, se conocerá sin grande esfuerzo que no se necesita que medie urgencia, ni que se acuda por instancia de otra parte interesada al tribunal. Basta sin duda la desaparicion del marido, y que no se tengan noticias de él, á no ser que haya dejado apoderado, escepcion que á nuestro juicio debe sobreentenderse. Si por el contrario es la muger la ausente, haya dejado ó no apoderado, no cabe la menor duda en que el marido sigue administrando sus bienes y siendo su representante; puesto que no hay razon para que se altere en nada el carácter de superioridad que tiene en el matrimonio.

Así entendemos nosotros el art. 311: y á su contenido no puede hacerse ninguna objecion que tenga fundamento; porque descansa en la misma consideracion que tienen respectivamente los cónyuges. Ausente uno de ellos nadie mejor que el que queda presente conoce sus negocios y su fortuna, ni pudiera tener el celo y el interés que él pondrá de su parte para desempeñar la administracion que la ley le confia, del modo mas esmerado y beneficioso en interés del ausente, que es en último resultado el suyo propio y el del matrimonio.

El último artículo del capítulo, que es el 312 del proyecto advierte que: «Siem»pre que el tribunal nombre un represen»tante del ausente, dictará las providen»cias oportunas para asegurar los derechos »ó intereses de este, así como las faculta»des, obligaciones y remuneracion del pri»mero; regulándolas segun las circunstan»cias, por lo que está prescrito de los cu»radores» Sencillo es esto y no necesita esplicarse: ya que la ley no podia tener la suficiente fuerza de prevision y generalizacion que abarcase todos los casos y situaciones susceptibles de presentarse en la práctica, era menester que al menos trazara alguna pauta á la conducta de los tribunales, respecto á la persona que eligieran para dirigir los negocios y administrar los bienes del ausente. Esta pauta se ha tomado de lo establecido respecto á los curadores; y difícil, si no imposible, hubiera sido hallarla en otra parte, porque ya lo tenemos indicado, y ahora es ocasion de repetirlo; el nombrado por el tribunal en el período de la presuncion de ausencia es verdaderamente un curador judicial; y de esta denominacion debiera haberse usado en el capítulo, en vez de la de representante, en gracia de la sencillez y de la claridad.

§ 3.° *De la declaracion de ausencia.* (cap. 2.°)

Pasado un plazo no muy largo desde que uno desapareció de su domicilio sin haber de él noticia, la suposicion de que vive se va disminuyendo y debilitando hasta nivelarse con la presuncion contraria de que ha muerto. De esta mútua contradiccion nace en el intermedio el estado de duda, la completa incertidumbre acerca de la existencia, y entonces es cuando la ausencia comienza propiamente: antes solo se habia presumido, ahora ya se declara. Por esto el epígrafe del capítulo nos anuncia que va á tratarse «de la declaracion de ausencia;» espresiones que han empleado con propiedad varios códigos estranjeros, y que el de Friburgo ha sustituido por otras que aun parecen mas claras, como son «declaracion

de incertidumbre de la existencia de una persona.» Nosotros sin embargo aceptamos el epígrafe de nuestro proyecto, y aun lo aceptariamos de mejor voluntad, si al capítulo anterior se hubiera puesto el de «presuncion de ausencia;» porque este contraste y el que hubiera formado el del cap. 4.° habrian hecho percibir á un golpe de vista y con toda fijeza la idea general del sistema.

Sea de esto lo que quiera, el cap. 2.° se dirige á esplicar cuándo, de qué modo y con qué formalidades se llega á hacer la declaracion de ausencia. Háse fijado el término al cabo del cual esta declaracion puede solicitarse; término no susceptible de reduccion, pero sí de ampliacion por consideracion ya al ausente, ya al cónyuge presente, ya á las circunstancias particulares de la ausencia. Fuera de esto, se reserva á ciertas personas el derecho de provocar la declaracion, y se establecen para ella requisitos prévios que siempre é invariablemente deberán ser guardados. Veamos cómo se han desarrollado todos estos particulares.

Art. 313. «Pasados cuatro años sin haber »tenido noticia del ausente, podrá declarar»rse la ausencia. Esta accion solo pue»de intentarse por los herederos presunti»vos legítimos ó instituidos en testamento »abierto, y por cualquiera otro que tenga »sobre sus bienes algun derecho subordina»do á la condicion de su muerte.» El término que este artículo señala parece prudentemente establecido: ni es demasiado largo, de suerte que la fortuna del ausente se resienta por falta de una administracion normal y continuada, ni tampoco tiene una prematura brevedad que no dé lugar a que el mismo ausente pueda llegar á conocer las importantes medidas que van á decretarse. Este término, segun espresa el artículo, comienza á correr desde que dejaron de tenerse noticias del ausente.

Una vez trascurrido se podrá «declarar la ausencia;» comprendemos la idea de los redactores, pero á nuestro entender no está bien espresada, porque no son cuatro, sino cinco años al menos con arreglo al artículo 317 los que se requieren para que se pueda hacer la declaracion, y en esto conviene tambien el comentador del proyecto: con mas propiedad y precision estaria redactado el artículo usando de la frase: *podrá pedirse la declaracion de ausencia*, ú otra análoga que no diera á entender que bastan cuatro años para la declaracion, sino que al cabo de ellos hay términos hábiles para pedirla. Mas dejando esto á un lado, observemos cómo el artículo no prescribe al tribunal una obligacion, sino que confia una facultad á su prudente arbitrio. Disposicion es esta muy fácil de justificar; el que se ha separado de su domicilio puede dejar de dar noticias por cuatro años, y sin embargo no ser justo ni equitativo declarar su ausencia; si al ausentarse manifestó que se dilataria su regreso mas de aquel tiempo, si ha emprendido un viaje á paises muy lejanos, si se han cortado las comunicaciones por guerra ú otra causa entre el punto donde se halla y aquel en que se intenta la declaracion, ¿no deben tomarse en cuenta estas circunstancias por el tribunal, ya que la ley no ha podido fijar todas las que caben, y diferirse mas allá del término de cuatro años la declaracion de ausencia? Sin duda que debe ser así, y que otra cosa ademas de pecar contra la equidad, hubiera falseado en un todo el sistema adoptado por el proyecto, porque el segundo período está caracterizado por la incertidumbre, por la pugna y equilibrio de las conjeturas de la vida y de la muerte; y en los casos de los ejemplos anteriores no existe esta duda, sino mas bien la suposicion de que aun vive el ausente. Por esto debe seguir corriendo el primer período, en una palabra, tratarse de la ampliacion del capítulo primero, no del segundo, del título de la ausencia. Así es que la primera escepcion de la regla de que bastan cuatro años es justa y motivada; el tribunal no «deberá,» sino que «podrá» proceder á la declaracion de ausencia.

Y ¿á quienes se ha de conceder el derecho de provocar la declaracion? Desde

luego á aquellas personas á quienes la ley dá una esperanza de suceder en los bienes del ausente cuando este muera, y asimismo á aquellas otras que derivan igual esperanza de la voluntad manifiesta del testador, en una palabra, á los herederos presuntivos del ausente. A unos y á otros comprende el artículo, porque aun cuando no ha llegado el caso de que adquieran por completo y con verdadero dominio la sucesion, tomarán la posesion provisional, la administracion legal cuando se verifique la declaracion de ausencia (§ 2 del art. 318); están pues directamente interesados en solicitar esta declaracion.

En cuanto á los herederos legítimos presuntivos, los hay de distinto grado de parentesco: todos tienen una fundada esperanza, al menos respectivamente subsidiaria, de la sucesion y de la posesion provisional; ¿podrá, pues, cualquiera de ellos provocar la declaracion? Indudablemente; pero en la inteligencia de que los de grado mas remoto solo lo podrán ejercer cuando sean negligentes los mas próximos; interpretacion que nos parece lógica y fundada. Por lo que hace á los herederos presuntivos testamentarios, claro es que no todos, sino solo los que lo son en virtud de testamento abierto, tienen facultad de pedir la declaracion. Así lo espresa testualmente el artículo que examinamos; los herederos presuntivos por testamento cerrado, hasta ahora serán desconocidos; porque estos testamentos no se abren hasta que ya se ha declarado la ausencia (§ 1.° del artículo 318.)

Por las mismas razones que se ha concedido esta facultad á los herederos presuntivos, ha debido concederse á los que tienen sobre los bienes del ausente algun derecho subordinado á la condicion de su muerte: su situacion es de todo punto igual y deben aprovecharse de unas mismas consecuencias. Mas adelante tendremos lugar de convencernos de su asimilacion.

Pero fuera de las personas hasta aquí mencionadas, á nadie mas compete la facultad de provocar la declaracion; el artículo es limitativo y tenia que serlo. Los acreedores, los sócios, todos los demas que tenian negocios pendientes con el ausente, ni son perjudicados por no ser admitidos, ni podrian alegar título alguno para su admision. La declaracion de ausencia no les aprovecha, no promueve sus intereses; si por sus negocios han de entablar alguna reclamacion, pedir el pago de sus deudas, exigir otro cualquier derecho, lo mismo pueden hacerlo dure el período de la presuncion de ausencia, ó haya comenzado el de la declaracion: en el primero solicitarán del tribunal las medidas oportunas (art. 310); en el segundo se dirigirán al que tenga la posesion provisional (art. 331). Mucho menos convenia dar al ministerio fiscal iniciativa alguna en este punto: su mision es representar el interés público, y velar por el del ausente. El primero en nada se afecta por la declaracion de ausencia; esta es de interés particular de aquellos que la ley designa: el segundo lejos de existir y de reclamar la aceleracion de ella, concurre para que se retarde. Indudablemente el ministerio fiscal ha de tomar una gran parte y muy activa en la materia del capítulo que examinamos; pero ya veremos que esto proviene de muy distintos motivos, con muy distintas miras y con otros fines diametralmente opuestos que los que encierra la demanda de que habla el artículo. Pasemos al siguiente.

Art. 314. «El cónyuge presente podrá »impedir la declaracion de ausencia del »otro cónyuge, ó ejercitar, despues de he»cha la declaracion de ausencia, los dere»chos subordinados á la condicion de la »muerte del ausente.» Comparando este artículo con el 311, observamos como varia la condicion del cónyuge presente segun que subsiste la presuncion de ausencia, ó se ha entrado en el período de su declaracion; en el primero tiene obligacion de administrar y representar al ausente, lo cual no sucede en el segundo caso. Esta diversidad de resultados se cifra en que tambien ha cambiado el concepto que la ley dá al cónyuge ausente; cuando se supone que este

vive, cuando no es mas que un presunto ausente, ¿por qué título se dejaria á voluntad del presente el cuidár ó no de sus bienes y de sus negocios? Si la ley no duda todavia de la existencia del vínculo del matrimonio, ¿cómo un cónyuge seria árbitro de eximirse de las mas nobles é importantes obligaciones que impone? ¿cómo autorizarle para que se desentendiera de la solicitud, de los cuidados, de la vigilancia que imponen el afecto y el vínculo legal entre los consortes? Pero cuando ya comienza la incertidumbre completa de la vida del ausente, el proyecto obra con mucha cordura en dejar libre la determinacion del presente; va á tomar importantes medidas, va á disponer sobre la administracion y posesion ordinaria y normal de los bienes, y no hubiera sido nada equitativo despreciar la voluntad del cónyuge, y obligarle á pasar por ciertos resultados en cualquiera sentido que se ordenasen. Si el cónyuge presente, que mejor que nadie ha de conocer el estado de los negocios del ausente y su interés propio, calcula que no le favorece seguir administrando, la ley no debia forzarle á tomar un encargo que repugna, que desempeñará poco celosamente, y sobre todo que quizás le será calamitoso. Pero aun hubiera tenido mas inconvenientes el caso contrario; esto es, el de dar á las personas designadas la posesion de los bienes, vedándosela al cónyuge presente. Los respetables lazos que á este unen y que él quiera hacer valer, el interés de que los bienes aportados al matrimonio, sean conservados y mejorados, son razones muy poderosas para su preferencia sobre los estraños, ó mejor para que estos no le escluyan. Muy triste seria que tras del aislamiento en que queda el cónyuge por la ausencia del otro, se encontrara tambien despojado de la posesion y administracion de sus bienes. Por tales, consideraciones el artículo del proyecto ha recurrido al medio que aconsejaba la equidad y la conveniencia, dando al cónyuge presente opcion á impedir ó á conformarse con la declaracion de ausencia.

Fácilmente se comprende lo que sucederá en cada uno de estos supuestos. Si el cónyuge impide la declaracion de ausencia, sigue administrando y representando al ausente como sucedia en el período de la presuncion, el cual en este caso se prolonga indeterminadamente; pero nunca mas allá del tiempo en que comienza la presuncion de muerte. Y hé aquí una segunda escepcion de la regla general de que á los cuatro años puede declararse la ausencia. Si por el contrario el cónyuge no se opone á la declaracion de ausencia, surte esta todos sus efectos, si bien en ellos tendrá participacion. Cuando los herederos presuntivos ya legítimos, ya testamentarios, cuando todos aquellos que tienen derechos subordinados á la muerte del ausente entran en posesion provisional, luego que se declara la ausencia, el cónyuge debe seguir igual suerte. La circunstancia de haber consentido esta declaracion en uso de su derecho, no debe serle perjudicial, si tiene derechos subordinados á la muerte del otro cónyuge, y así lo ha establecido espresamente el proyecto de código. Reasumiendo: la opcion que establece este es entre la situacion del artículo 311 y la del 318.

El artículo siguiente, que es el 315, dice: »En el caso de que el ausente haya dejado »apoderado para la administracion de sus »bienes, no podrán los parientes hacer esta »reclamacion hasta pasados diez años des»pues de su desaparicion, y haberse reci»bido las últimas noticias. Encontramos en este artículo la tercera escepcion del principio que dá por bastantes cuatro años para la declaracion de la ausencia. Las razones en que se funda son de gran peso y valor: entre el que desaparece de su domicilo habiendo dejado apoderado, y el que lo hace sin haber tomado esta precaucion, hay una gran diferencia, por mas que tanto de uno como de otro no se hayan tenido noticias. Esta falta en realidad es menos de estrañar en el primero; ha dejado quien cuide de sus negocios, quien administre sus bienes, quien le represente en lo que

durante su ausencia pudiera ocurrir, y descansando en su prevision es posible que no se interese porque sepan de él y que no acelere su regreso. Todo esto concurre para que en un período mayor que el de los cuatro años se crea fundadamente que vive; para que no se pueda admitir tan pronto la incertidumbre completa en que descansa la declaracion de ausencia. Esta base, unida á la mayor consideracion que tiene que dispensar la ley al que administra por voluntad del ausente, que al que ella designa para representarle, ha motivado la prolongacion del segundo período de la ausencia. Y aunque hay algun código que como el de la Luisiana fija siete años, nos parecen muy oportuno los diez que el proyecto señala, tanto porque constituyen un doble de los cinco que por regla general han de pasar hasta que llega á declararse la ausencia, como porque tienen un antecedente en el derecho pátrio, en los fueros de Aragon, segun dejamos dicho en el párrafo primero de la seccion VII. Por lo demas, á pesar de que la prolongacion consiste solo en diez años, no quiere significarse con esto que al punto que trascurran tendrá efecto la declaracion de ausencia: la letra y la mente del artículo prescriben que se deje pasar el año marcado para estos casos (art. 317).

Pero puede darse el supuesto de que el apoderado cesase antes de los diez años: ¿á qué tiempo podrá entonces declararse la ausencia? Cuando suceda que el poder haya espirado antes de este tiempo, ó que haya muerto ó se haya imposibilitado el apoderado; cuando, en una palabra, el ausente queda sin representacion y no han trascurrido los diez años, no por eso creemos que se abrevia este término, ni que se anticipa la declaracion de ausencia. Las razones que la ley ha debido tener para fijarle, subsisten en cualquiera de esas hipótesis; y por otra parte la letra del artículo no dá lugar á duda, puesto que solo exige que el ausente «haya dejado apoderado» sin distinguir si este seguirá por tal ó cual tiempo representando al ausente. El párr. 2.° del art. 310, que asimila al ausente cuyo apoderado ha cesado con aquel que no le dejó, debe en nuestro entender ser comprendido, de suerte que guarde armonía con el artículo que estamos examinando; esto es, como poniendo al ausente bajo el imperio del cap. 1.° del título de ausencia, en tanto en cuanto se aguarde para la declaracion el término de los diez años. Nos valdremos de un ejemplo para demostrar esto: desaparece una persona del lugar de su domicilio, sin que se tengan despues noticias de él: el apoderado que deja muere al año: el ausente desde entonces será representado en caso de urgencia en todo lo necesario, pidiéndolo una parte interesada; es un presunto ausente como el que no dejó apoderado: pero se trata de que se declare la ausencia; entonces ya no tendrá igual consideracion; no podrá ser declarado ausente por los artículos 313 y 317 á los cinco años de haber caducado el poder, ó sea á los seis desde la desaparicion, sino que habrá de aguardarse el término del art. 315 que ahora estamos examinando.

Preciso es tambien averiguar si para los efectos de este se entenderá apoderado del ausente aquel que voluntariamente se prestó á dirigir sus negocios y á cuidar de sus bienes, tomando sobre sí la representacion del ausente, por cuya suerte tenia motivos de interesarse. Creemos que no: la gestion voluntaria de esa persona podrá á lo sumo ahorrar las medidas provisionales de que trata el cap. 1.° del título de la ausencia; pero no debe ser bastante para impedir á los interesados provocar con éxito la declaracion. La gestion voluntaria si bien aprovecha al ausente, no revela su prevision, ni su resolucion de prolongar el regreso, ni esplica del mismo modo la carencia de noticias; y así faltan los motivos que sirven de base á la disposicion del artículo de que tratamos. El hecho voluntario del gestor á que se ha movido sin tener la menor indicacion de la voluntad del ausente, no puede detener el curso de la incertidumbre que al cabo

de los cuatro años se hace completa. Aunque el gestor de negocios sea en realidad un apoderado, quizás mas, no lo «ha dejado el ausente» como el proyecto de Código requiere; está escluido por consiguiente de su disposicion.

Hemos visto aquí que el término de los diez años no puede reducirse; ¿podrá ampliarse? ó en otros términos, si el poder conferido por el ausente subsiste por voluntad de este mas de los diez años, ¿habrá de aguardarse á que caduque para que pueda pedirse la declaracion de ausencia? El artículo fija invariablemente el decenio, y de aquí parece que él es bastante en el caso propuesto, á fin de que haya términos hábiles para pedir la declaracion: cuando en todo ese tiempo el ausente no ha dado de sí noticias, y aunque ha dejado un apoderado, ni aun á este al cabo de tanto tiempo ha revelado su existencia, esta es muy incierta, lo bastante para que se esté en el caso de que se declare la ausencia. Sin embargo, á pesar de esta resolucion, que creemos cierta por punto general, aun podria ocurrir algun caso en que, siendo dado para mas de diez años un poder, resultara haberse movido á ello el ausente por la imposibilidad de regresar hasta la dilatada época que fijó, y aun la dificultad que tendria de dar noticias de su persona. En estos casos raros y escepcionales creemos que seria arriesgado establecer la incertidumbre completa de la existencia; antes bien parece que prepondera la suposicion de la vida, y á nuestro entender pudiera entonces dilatarse la declaracion de ausencia mas de los diez años, por el prudente arbitrio del tribunal; lo cual no seria contrario á la mente del artículo, ni del sistema desarrollado en el proyecto. El término de los diez años es muy de notar que guarda íntima semejanza con el de los cuatro fijados como regla general; ni uno ni otro pueden reducirse; pero así como el segundo puede dilatarse, segun hemos visto al esponer el art. 313, creemos que pueda tambien serlo el primero.

Tal vez se dude acerca de si el término de los diez años aprovecha al menor que se ausenta, y del que no hay noticias. No está seguramente comprendido el menor en la letra del artículo, el cual exige que el ausente «haya dejado apoderado;» pero debe estarlo en su espíritu. El menor no necesita dejar apoderado: ¿qué mejor apoderado que el tutor que le representa y administra sus bienes? ¿en quién mejor que en él puede descansar su confianza, y tranquilo con ella no cuidarse de si se sabe ó se ignora su existencia? Es en consecuencia indudable que los intersados deben aguardar el término de los diez años cuando pidan la declaracion de ausencia de un menor. Pero no siempre, porque si cuando este se ausentó, estaba ya próximo á su mayor edad, no se puede presumir en él igual indiferencia y confianza: sabia ó debia saber que si bien quedaba representándole su tutor, en breve se estinguiria esta representacion, y así quizás ni sean cuatro ni diez los años que deban trascurrir para la declaracion de ausencia: en todo casó el tribunal lo graduará haciendo uso de las facultades discrecionales que le confiere el art. 313.

Márcase tambien la época desde que han de contarse los diez años, con estas palabras: «despues de su desaparicion, y ha»berse recibido las últimas noticias,» cuya parte del artículo se halla, á lo que creemos, redactada con incorreccion. Debe atribuirse á error el uso de la conjuncion copulativa en vez de la disyuntiva, si no se quiere hacer imposible el sentido y la aplicacion del artículo, y con efecto los artículos análogos de los códigos estranjeros, de donde ha sido tomado, corroboran esta observacion. Dos casos pueden ocurrir: que desde que salió de su domicilio el ausente no haya habido noticias de él; ó que hayan cesado si en un principio las hubo: en el primero solo se atiende, solo se puede atender al tiempo de la desaparicion; en el segundo al de haberse recibido las noticias, y la desaparicion entonces nada representa.

Otra equivocacion no menos grave aun advertimos en el artículo, y que como la

anterior, no podrá menos de notarse y corregirse si el proyecto pasa á ser ley, aun cuando en el fondo no sufra alteracion alguna. Aludimos á las palabras «no podrán los parientes hacer esta reclamacion:» prescindiendo de lo conveniente que seria evitar el empleo del pronombre demostrativo que el artículo anterior aleja demasiado, nos ceñiremos á observar la impropiedad de la palabra «parientes,» pues que parece deducirse de ella, que en el supuesto de que se trata solo á los parientes, y no á los herederos presuntivos estraños, ni á los que tienen derechos subordinados á la condicion de la muerte del ausente, se impide reclamar la declaracion de ausencia, lo cual sin duda ha estado bien lejos del pensamiento de los autores del proyecto, segun pone en claro el art. 313. Verdad es que en el art. 121 del Código francés, de donde el nuestro ha sido tomado, se usa de las palabras «herederos presuntivos;» pero ni esto es sinónimo de «parientes» ni podia aludirse en nuestro Código solamente á aquellos, porque el art. 313 ya citado, espresa que otras personas tambien tienen derecho de intentar la declaracion de ausencia. Así el artículo comprende á todos aquellos de que habla el 313.

Falta saber cuáles son los trámites que han de preceder á la declaracion de ausencia, y este es el objeto de los artículos restantes del capítulo. El art. 316 dice: «Si el juez encuentra fundada la reclama-«cion, remitirá al gobierno un testimonio «de ella, para que se anuncie en los pape-«les oficiales, y se la dé la conveniente «publicidad.» Obvias son las razones que justifican este artículo; como que se trata de disponer de la posesion provisional de los bienes del ausente, y los que á esta tienen derecho, son los mismos que están facultados para pedir que se declare la ausencia, ha sido menester evitar que triunfasen sin obstáculo las pruebas astutas y artificiosas á que aquellos pudieran acudir con objeto de demostrar que no hay noticia alguna del ausente. Este es un gran inconveniente muy temible, porque radica en la codicia de los hombres, que va por encima de las consideraciones de la equidad, de la humanidad y hasta del parentesco; por esto hubiéramos deseado la redaccion del artículo en términos mas esplícitos, y aun que hiciera mera indicacion, ya que otra cosa no fuese posible, de diferentes medios á que deberá apelarse, de varias diligencias que se tuvieran que practicar para reunir, no solo el mayor cúmulo de datos, de documentos, de noticas, de testimonios, en fin de toda clase de pruebas, sino para que estas trajeran la procedencia mas verídica y desinteresada. Tambien hubiera sido muy oportuno, como lo han hecho otros códigos, demostrar, no taxativamente, sino con varios ejemplos, que era precisa una gran publicidad general y multiplicada.

A pesar de que ha sido algun tanto escasa la espresion del artículo, no hay duda que la mente de los autores del proyecto ha debido ser ámplia prueba y publicidad; lo cual deberán tener muy presente los jueces y el gobierno en la esfera á que se concretan las atribuciones de cada cual. Así los primeros deben abrir una informacion lata y cumplida en que demuestren el mas esquisito celo para obtener la conviccion de que es fundada la demanda de declaracion de ausencia; en la cual no solo les será útil, sino necesario oir al ministerio fiscal, que tiene el encargo especial de velar por los intereses del ausente, y con quien debe contarse para acreditar la ausencia (art. 333). El gobierno por su parte debe poner cuantos medios crea oportunos para que la demanda, cuyo testimonio le pasa el juez, obtenga la mayor publicidad, y en virtud de ella puedan acudir las personas con quienes tenia trato y relaciones el ausente, á deponer lo que sepan acerca de su paradero, ó quizás él mismo, si ha llegado á su noticia la demanda entablada.

La hipótesis sobre que procede el artículo, que se contiene en las palabras, «si el »juez encuentra fundada la reclamacion» debiera haberse omitido á juicio del co-

mentador, quien opina que es tan peligroso como impropio dar ó suponer en el juez la facultad vaga de no admitir ó de detener el curso de una demanda de esta especie. Sin que nosotros nos mezclemos en la oportunidad de esta censura, y sin que nos propongamos defender las palabras en cuestion, creemos que estas pueden recibir una interpretacion menos desfavorable. Para averiguar si la reclamacion de los interesados en la declaracion de ausencia, es fundada, no basta la mera lectura de la demanda y de sus motivos, á no ser que estos fueran tan fútiles que demostraran evidente injusticia y revelaran la codicia de quien los proponia. Será menester que se intenten medios probatorios, y si de ellos apareciera que hay razones poderosas para creer que el ausente vive, si resultara que se han recibido noticias, haria muy bien el juez de desechar la reclamacion; y no encontrándola fundada, ¿qué objeto tendria pasar testimonio de ella al gobierno, darla publicidad, llenar, en una palabra, las formalidades prévias de la declaracion de ausencia, si esta no procedia? Verdad es que se dá gran latitud al arbitrio judicial; pero fuera de que la ley debe presumir su buen uso, ya hemos tenido ocasiones, y todavia se presentarán en lo sucesivo, de convencernos que en esta materia de ausencia, los códigos tienen que abandonar la prevision de muchos casos, y fiar en la prudencia y buen criterio de los tribunales.

El siguiente artículo concluye la materia del anterior, y dice: Art. 317. «La declaracion de ausencia no podrá decretarse »hasta pasado un año, desde que se anuncie su reclamacion en el papel oficial del »gobierno: decretada que sea, se la dará »igual publicidad que a la reclamacion.» Este intérvalo se esplica naturalmente: de nada hubiera servido la insercion de la demanda en los papeles oficiales, si no se aguardara á que estos circularan, á que se difundiera su conocimiento y llegando á saberse por los amigos y conocidos del ausente, tal vez por él mismo, y unos ú otros acudieran á declarar ante el tribunal. Todo esto necesita algun tiempo, y no es ciertamente escesivo el que se ha designado, ni desacertada la época desde que debe contarse.

Por lo demas, advierte oportunamente Goyena, que ninguna otra dilacion se prescribe como necesaria entre la declaracion de ausencia y el auto de posesion provisional; y avanza hasta decir, que ambos estremos podrán comprenderse en una misma sentencia. No hay obstáculo efectivamente en que pueda hacerse; si bien parece conveniente que medie un pequeño plazo, en el que quizás venga una declaracion, una noticia que cambie la situacion legal del ausente. Pero si una vez declarada la ausencia comienza á surtir sus efectos, ¿á qué darla igual publicidad que á la reclamacion, como establece el artículo? No es inútil esta precaucion, porque aunque no se dirige á que se aplace el efecto de la declaracion, puede conducir á que se conozca el paradero y la existencia del ausente, con lo cual cesarian sus consecuencias y se disiparia la incertidumbre que la sirve de base. La ley no ha economizado, no debia economizar toda garantía que sin perjudicar los derechos de un tercero, favorezca al ausente.

§ 4.º *De los efectos de la declaracion de ausencia* (cap. 3.º).

Prosíguese en este capítulo la materia del anterior. Esplicados todos los requisitos y formalidades que deben preceder á la declaracion de ausencia, faltaba conocer cuales son los efectos que se siguen de ella. Los bienes del ausente van á ser administrados y poseidos de un modo normal: quienes disfrutaran de esa posesion, cuáles serán sus derechos y obligaciones, sea que la ausencia continúe ó que se ponga en claro la existencia del ausente; tales son los objetos que comprenden los artículos que ahora debemos examinar.

Art. 318: «Declarada la ausencia, si exis»te un testamento cerrado, se abrirá á ins-

»tancia de cualquiera que crea tener de»recho en él. Los herederos testamentarios, »y en su defecto los legítimos del ausente »al tiempo de la desaparicion ó de sus úl»timas noticias, serán puestos en posesion »provisional de sus bienes, dando fianza »que asegure las resultas de la administra»cion. Los legatarios, donatarios y todos »los que tengan sobre los bienes del ausen»te derechos subordinados á la condicion »de su muerte, podrán tambien ejercitar»los dando fianza.» Cuando el ausente desaparece de su domicilio, y no se sabe donde reside, la ley no se mezcla en la administracion de sus bienes, y permanece impasible, escepto en casos de urgencia; esta conducta observa por espacio de cinco años, pero cuando estos pasan, y ni aun entonces se tiene noticia del ausente, cuando en nada se aclara su existencia, á pesar de las indagaciones y de la publicidad de los avisos, hay ya motivo bastante para que la ley provea á tomar medidas eficaces, dirigidas por una parte á satisfacer la esperanza de aquellas personas á que habia de reportar ventaja la muerte del ausente, y por otra á evitar que los bienes, faltos del cuidado continuo é incesante de un individuo interesado, vayan desmejorándose y paren en una completa ruina. Estas miras de solicitud y proteccion por parte del legislador, han de producir dos hechos, dos consecuencias capitales; primero, que es preciso poner en administracion los bienes del ausente, y segundo, que esa administracion á ningunos otros debe confiarse mejor que á aquellos en quienes concurre una preferencia por parte del mismo ausente ó de la ley; esto es, los herederos presuntivos. Ellos son los que están naturalmente indicados para poseer los bienes que se presume han de pertenecerles en propiedad, y que por este motivo conservarán y mejorarán, ya por la simpatía y afecto hácia la persona, por cuyo intermedio les vienen, ya por su propio interés y provecho. Hé aquí la base en que descansa el artículo del proyecto; si se considera atentamente, se verá que llegada la declaracion de ausencia, puede decirse que se abre la sucesion; no porque se traspase el dominio, ni otro derecho irrevocable, lo cual solo puede proceder del hecho acreditado de la muerte, sino en cuanto á que pasa la posesion provisional á todos aquellos á quienes aprovecharia definitivamente la muerte del ausente.

Por esto lo primero que dispone el artículo tan luego como la ausencia está declarada, es que se abra el testamento del ausente, á fin de que sean conocidas las personas que él designara para sucederle ó concederles algun derecho. Pero ¿no parece esta escepcion una contradiccion con la saludable regla de que solo debe abrirse el testamento del que efectivamente ha muerto? ¿Tan poco respeto se merece la voluntad de quien ha querido otorgar un acto y conservarlo oculto hasta que deje de existir? ¿Es justo dar un paso de tal gravedad solo por la mera incertidumbre de la existencia del testador, y cuándo ni siquiera se ha llegado á presumir la muerte? Tales son las objeciones que ocurren á primera vista; pero que considerado atentamente el sistema de la ley, no son de grave fundamento. Si, como acabamos de manifestar, la sucesion se considera abierta, aunque de un modo provisional, ¿por qué limitarla solamente á los herederos presuntivos legítimos ó á los instituidos en testamento abierto. Si fuera verdad que el testamento no debe ser ejecutado de modo alguno hasta la muerte del que lo otorgó, tampoco de modo alguno podria darse derecho á los parientes, á los legatarios, etc. en los bienes del ausente. Sin embargo admitidos estos al ejercicio provisional de sus derechos no habria razon para prescindir de aquellos. Aun mas: de no abrirse el testamento se destruia todo el sistema de la ausencia; porque ¿cómo dar la posesion á los herederos presuntivos legítimos ó de testamento abierto con la seguridad posible, y en virtud de fundadas conjeturas? ¿no puede suceder que no sean ellos los nombrados en el testamento cerrado? Preciso es, pues, abrir este para que en el disfrute

de los bienes se prefiera aquella persona en que pensó el ausente, y se respete su voluntad. Esto ciertamente es muy natural y entra en los principios del derecho que no camina á ciegas é inflexiblemente, antes bien cede á poderosas razones de conveniencia. Severo se mostró en este punto el Derecho romano, y sin embargo ya hizo la escepcion casi del mismo modo bajo el que se establece en el artículo: el célebre jurisconsulto Ulpiano nos dice: «*Si dubite»tur, utrum vivat an decesserit is, cujus »quis, quod ad causam testamenti pertinet »inspici describique postulat: dicendum est, »prætorem causâ cognitâ statuere id debe»bere* (1).» Apoyados en tan respetable autoridad, en las razones sobredichas y en el ejemplo de otros códigos, no nos repugna la disposicion que el proyecto contiene.

Acerca de la época en que deberá abrirse el testamento, el artículo que examinamos corta toda cuestion: así que se declara la ausencia, y antes de que nadie sea puesto en posesion provisional. Respecto á las personas que tengan derecho á reclamar la apertura, el artículo dá una regla general, la misma que se observaria si hubiera fallecido el ausente; cualquiera que crea que se le deja algo: sin embargo, parece que en el caso de que habla el artículo seria conveniente que en defecto de los interesados pudiera pedir la apertura del testamento el ministerio fiscal; en efecto sucede frecuentemente que no se traspira la disposicion de los que para que su voluntad esté oculta hacen testamento cerrado, y faltan por lo tanto personas que pidan la apertura del testamento; si sabiéndose, pues, que el ausente hizo testamento cerrado, y por falta de persona legítima que solicite su apertura, se dá la posesion provisional de los bienes á los herederos legítimos, ó á los que fueron instituidos en un testamento anterior abierto, tendremos el inconveniente de que se reputen como herederos presuntivos los que no lo son, porque solo pueden considerarse como tales los que se supone que están escritos en el testamento cerrado. Por esto quisiéramos que el proyecto estuviera adicionado en este sentido.

Practicada la apertura del testamento, y teniéndose presente el abierto que haya podido dejar otorgado el ausente, á ellos habrá que atenerse para conceder la posesion provisional, la cual obtendrán los que aparezcan instituidos herederos: el artículo lo espresa terminantemente, porque los menciona en primer lugar, y solo «en su defecto» admite á los legítimos. Pero interesa saber el tiempo en que los herederos han de tener este concepto de legítimos: parecia natural que se atendiera al de la declaracion de la ausencia, como que en virtud de ella se recibe la posesion provisional; pero no lo dispone así el artículo, el cual se ha atenido al tiempo de la desaparicion ó de las últimas noticias; es decir que se retrotrae la calidad de heredero mucho antes de cuando ha comenzado la ausencia, retroaccion que no nos parece del todo inoportuna. De lo cual se infiere que el que tenga la cualidad de heredero presuntivo al tiempo de la desaparicion ó de las últimas noticias, será preferido al que la tenga solo al tiempo de la declaracion; por esto el comentario advierte oportunamente que el heredero presuntivo en la primera de aquellas épocas, y que no lo sea en la segunda, será preferido ó concurrirá con el que lo es al tiempo de la declaracion, cuyo supuesto esplica con un ejemplo.

Pero el término á que se atiende para que aproveche la cualidad de heredero, no está claramente espresado en este artículo; porque al decir «al tiempo de la desapa»ricion ó de sus últimas noticias» no demuestra si estas se han de estimar por el tiempo en que se dieron ó por el en que se recibieron. Hay fundamentos bastante fuertes para decidirse por una ú otra opinion; pero nosotros no nos detendremos á discutirlos, ni aun á esponerlos, porque creemos que la oscuridad del artículo que examinamos se desvanece por el contesto

(1) Párrafo 4 de la ley 3, tit. 3, lib. 29 del Dig.

de otros contenidos en el mismo título de los ausentes. Con efecto: al hablar del caso de haberse dejado apoderado vimos (artículo 315) que se empleaba la frase «haberse recibido las últimas noticias,» así como veremos mas adelante que para declarar la presuncion de muerte se exige cierto tiempo «desde que se recibieron las últimas noticias (art. 322);» todo lo cual nos induce á creer que debemos dar la misma inteligencia al artículo de que tratamos, que sin embargo hubiéramos deseado que hiciera igual espresion.

Mencionaremos ahora un caso que puede ocurrir, y que no parece se ha previsto en el artículo, aunque á nuestro entender no ofrece gran dificultad. Suponemos que habiéndose presentado á pedir la posesion provisional un pariente, como heredero presuntivo, la ha obtenido y la está disfrutando: pero viene despues otro pariente de quien no se tenia conocimiento y con la misma calidad de heredero presuntivo, pero de grado mas próximo, pide para sí la posesion; ¿deberá concedérsele? ó ¿la sentencia en favor del primero ha de seguir surtiendo sus efectos? A nuestro entender no tiene la sentencia tal eficacia, la proximidad de grado no debe ser perjudicada por la posesion que tiene otro pariente mas lejano. Así se establece en el código sardo, segun el cual (art. 92) el reclamante puede escluir de la posesion al que la disfruta ó asociarse á él. En el silencio que sobre la materia guarda el proyecto creemos que cabe adoptar una opinion análoga.

La declaracion de ausencia no solo aprovecha á los herederos presuntivos, así testamentarios como legítimos, sino á todas aquellas personas que tienen derechos subordinados á la condicion de la muerte del ausente. Quienes sean estos no hay para que detenerse á esplicarlo, por sí mismo se comprende; aquellos que si se hubiera abierto realmente la sucesion del ausente, percibirian algo de ella, ó adquiririan un derecho en su virtud. Pueden verse algunos ejemplos en el comentario, que respecto á los donatarios mencionados en el testo advierte que se alude al caso en que el donante se reservara el usufructo de la cosa donada, lo cual es indispensable, porque si ya tuviera el donatario, así el usufructo como la propiedad, ¿en qué habria de quedarle derecho subordinado á la condicion de la muerte del donante?

Las personas de que hablamos, justamente han sido llamadas al ejercicio provisional de sus derechos. Compréndeles las mismas razones que justifican la posesion de los herederos; la voluntad presunta del ausente, la esperanza que abrigan, el interés en la conservacion de las cosas, todo hace igual su situacion. ¿Qué razon habria, ni qué inconveniente se opondria á que abierta provisionalmente la sucesion del ausente entraran en el disfrute de los bienes los herederos, y se escluyera á los demas que tienen derechos provenientes de igual origen? Esta, pues, es, á nuestro entender, la razon fundamental de la disposicion del artículo; la que se dá alegando que la administracion de los bienes de los legatarios, donatarios, etc, seria onerosa para los herederos, quienes tendrian que restituirlos en todo caso á la presentacion de aquellos ó del ausente, no nos parece tan convincente y sólida.

Pero ocurre una duda que debemos desvanecer: ¿cuándo serán admitidos al ejercicio provisional de sus derechos las personas á que se refiere el párrafo último del artículo? ¿inmediatamente que esté declarada la ausencia, ó despues que los herederos presuntivos hayan tomado la posesion provisional? Parécenos esto segundo lo mas probable, porque así habrá naturalmente quienes estén mas interesados en combatir cualquier defecto ó exageracion de las pretensiones particulares de los legatarios, donatarios, etc.: esto constituiria un órden mas regular y mas análogo al que se observa cuando la sucesion se abriese definitiva é irrevocablemente. Así sucederá por lo comun; pero como puede darse el caso de que no hubiera reclamacion de la posesion por parte de los herederos presuntivos,

ya por negligencia, ya por sospecha de que habia legatarios de grandes cantidades que absorvieran la mayor parte de los bienes del ausente; semejante omision, sea cualquiera su motivo, no constituirá un obstáculo ni una dilacion para los que tengan derechos subordinados á la condicion de la muerte del ausente, cuyo ejercicio provisional les deberá dar el juez en justa aplicacion de la ley. La interpretacion que dejamos enunciada parece conforme al sentido en que se halla redactado el artículo.

Hubiérase dejado sin completar la idea de la ley, si no se impusiera así á los herederos presuntivos como á las demas personas que obtengan la posesion provisional, la obligacion de dar fianza. Sin esta no seria eficaz la obligacion de restituir, y al regresar encontraria á las veces el ausente sus bienes, no protegidos, sino abandonados por la ley. Era, pues, esencial establecer la responsabilidad de aquellos á quienes se concede la posesion provisional. Sin embargo, hubieramos deseado que esta garantía fuera más eficaz en sus efectos que lo que el proyecto establece. En efecto, segun su artículo 1768, siempre que, como en el caso presente, haya que darse fiador por disposicion de la ley, este debe tener las cualidades prescritas en el 1740; entre ellas se cuenta la de poseer bienes inmuebles que no estén en litigio, bastantes para cubrir la deuda, y situados en la provincia donde se dé la fianza: pero no quedando hipotecados los inmuebles del fiador en la parte necesaria á responder de la obligacion que contrae, sucederá con frecuencia que pasando los bienes á otras manos quede insolvente el que antes no lo era, y que de este modo sea burlada la ley y defraudados los intereses del ausente.

El artículo 319 dice así: «Si no pudiere »ser dada la fianza requerida en el artículo »anterior, podrá el tribunal, segun las cir»cunstancias, exigir la garantía que tenga »por conveniente:» Como habrá con frecuencia alguna persona comprendida en el artículo anterior que no encuentre fianza con todos los requisitos que esta necesita para ser admitida, ha debido presentarse la cuestion que resuelve el presente artículo. ¿Qué temperamento adoptar con un heredero presuntivo que por su pobreza ú otra causa no puede hallar fiador? Por una parte cuando se trata de confiar en administracion los bienes del ausente, es decir, de una persona que la ley protege, y que puede regresar pidiendo su patrimonio, se debe asegurar una garantía eficaz y positiva; por otra parte el que sumido en la indigencia y la desgracia reclama con legítimo título la posesion de unos bienes que han de ser suyos quizás dentro de poco, merece alguna escepcion humanitaria y compasiva en su favor. Los autores del proyecto han adoptado la segunda idea, sin desechar por completo la primera, presumiendo la prudencia de los tribunales, su conducta arreglada á la proteccion de los intereses del ausente, y confiando sobre todo en el celo y diligencia del ministerio fiscal. Nosotros hubiéramos aplaudido menos lenidad, porque vemos en primer término la necesidad de una responsabilidad completa por parte del poseedor provisional, el interés del ausente y el estricto deber en que está constituido el legislador de evitar cuanto esté de su parte todo riesgo, todo perjuicio á sus legítimos derechos. Hubiéramos por lo tanto exigido indispensablemente en defecto de la fianza una prenda ó hipoteca, conforme á lo dispuesto en el artículo 1769 del mismo proyecto de código; sin estas garantías no nos parece conveniente confiar á nadie la posesion del patrimonio del ausente.

Art. 320: «Los derechos y obligaciones »del que ha obtenido la posesion provisional »de los bienes del ausente, se regulan por »los del curador de los bienes del incapaz, »supliéndose la intervencion del consejo de »familia por la aprobacion judicial.» Nos hallamos conformes con la determinacion de este artículo; dos medios se presentan naturalmente para regular los derechos del poseedor provisional: ó comprenderlos todos en un código esplicándolos en particular, ó dar un tipo de asimilacion del posee-

dor con otra persona cuyas facultades y obligaciones sean análogas á las suyas. El primer medio se ha abandonado justamente por embarazoso y mas que todo por incompleto: se hubiera podido consignar que el poseedor estuviera autorizado para vender en caso necesario los bienes muebles, que emplease su producto en beneficio del patrimonio del ausente, que lo mismo hiciera con las rentas, que no pudiera vender los inmuebles, ni tampoco hipotecarlos, en fin hubieran podido enumerarse diferentes casos; pero aun así se hubieran omitido muchos que llegarian á ser otros tantos motivos de dudas y de conflictos.

Se ha preferido en consecuencia dar un tipo de asimilacion; y ¿cuál habia de ser este? ¿El usufructuario, el depositario, el mandatario, el administrador voluntario? El código francés (art. 125) ha tomado el tipo de depósito; pero esta asimilacion encuentra muchas contradicciones y escepciones en otros artículos del mismo código y del mismo título de la ausencia, que detenida y decisivamente han puesto de manifiesto los espositores del derecho y la jurisprudencia de aquel pais, los cuales entre si tampoco han podido convenir en el verdadero carácter y denominacion propia que debia darse al poseedor provisional. El código holandés (art. 570) le dá el carácter de usufructuario; pero ademas de que tiene que hacer bastantes escepciones á esta asimilacion, no podia de ningun modo ser imitado por el proyecto de código que ha reglado la ausencia por un sistema bastante distinto. Con efecto, el carácter de usufructuario que en el proyecto hubiera sido tachado con razon de inoportuno y exagerado, no lo es tanto en el código holandés, que despues del período de la presuncion de ausencia, hace suceder el de la presuncion de muerte, y omite el de la declaracion de ausencia, que es puntualmente el que estamos aquí examinando. El proyecto se ha fijado con preferencia en los derechos y obligaciones del curador, y no puede negarse que entre este y el poseedor provisional, hay mas puntos de contacto que con otra persona que hubiera podido designarse.

Pero entiéndase que lo que se establece, no es una igualdad, sino solo una analogía, una semejanza, una regulacion, como dice el proyecto; y por lo tanto que aun han de encontrarse bastantes puntos de diferencia del curador al poseedor provisional, que el juez apreciará en su buen criterio. Desde luego, como advierte exactamente el comentador, la administracion de los bienes del ausente puede llegar á durar hasta los treinta años, ó sea el término máximo del período de la delaracion, y pueden ocurrir casos que escedan la esfera de la simple administracion; como la enagenacion de inmuebles por absoluta necesidad ó evidente utilidad; en tales casos hubiera sido inoportuno dar intervencion al consejo de familia, y con razon se le ha sustituido por la aprobacion del juez, á la que deberá preceder el dictámen que emita el ministerio fiscal, y las diligencias que su celo le sugiera.

La diferencia capital que separa al poseedor provisional del curador, es que aquel tiene un interés mas directo é infinitamente mayor, y de este concepto parten multitud de diferencias secundarias. De donde se infiere que muchos artículos del proyecto, relativos á los curadores, deben entenderse modificados é inaplicables en el título de ausencia. Así, por ejemplo, el art. 293, dice que «el consejo de fami»lia nombrará en todos los casos de cura»duría un curador adjunto;» y ciertamente no habria razon para que esto se verificara, respecto al poseedor provisional, por mas que se le repute como curador, y que la intervencion del consejo de familia sea reemplazada por la aprobacion judicial; así tambien por el art. 309, el curador no tiene derecho á ser relevado de la curaduría hasta pasados diez años desde que se encargó de ella, lo cual en manera alguna puede entenderse del mismo modo respecto al que disfruta la posesion provisional, porque este no desempeña un cargo público; aunque por su intermedio recibe

proteccion el ausente, su posesion, mas que una carga, es un derecho al cual no hay duda podrá renunciar cuando lo crea oportuno. Y sin detenernos en enumerar otras diferencias, examinemos una muy notable que se deduce del artículo siguiente.

Art. 321: «Si el ausente se presenta ó se »prueba su existencia antes de declararse »la presuncion de su muerte, le serán en»tregados sus bienes con deduccion del »quinto de sus frutos y rentas, que queda»rá á beneficio del que ha tenido la pose»sion provisional.» Comprende este artículo un caso en que desaparece la completa incertidumbre que se tenia del ausente, y en que cesa la declaracion de ausencia, ó mejor dicho, se ha concluido la ausencia. De aquí surge una cuestion grave y de no poca dificultad: el poseedor provisional que estaba administrando, ¿qué parte de frutos y rentas ha de hacer suyas cuando entregue los bienes al ausente? No hablamos de las dos resoluciones estremas que pudieran adoptarse: que el poseedor provisional tuviera que restituirlo todo, ó que hiciera por el contrario suyos todos los frutos y rentas; la primera seria injusta y absurda; con razon no se ha pensado en ella: ¿quién tiene obligacion de administrar sin el mas pequeño lucro? ni ¿quién se encargaria de una administracion puramente gratuita? Tampoco la segunda puede aceptarse en este período de la ausencia; no se cree tal vez que viva y pueda aparecer el ausente, pero tampoco se puede aun presumir su muerte: reina una completa incertidumbre; y ¿podria sobre esta base autorizar la ley el percibo íntegro de todos los frutos y rentas? Entonces, si se presentara el ausente, recobraria, es verdad, la propiedad de sus bienes, pero esta tal vez por sí sola, le seria inútil é ilusoria; no podria atender á las mas urgentes necesidades, y se veria en la precision de desmembrarla, con lo cual no quedaria muy satisfecho de la proteccion de la ley durante su ausencia. Desechados estos estremos, la cuestion se reduce á la proporcion mayor ó menor en que debe percibir el poseedor provisional. La quinta parte que el proyecto le concede, ¿es suficiente, ó debiera haberse establecido una cantidad mas crecida? Esta es la cuestion.

Goyena la resuelve absoluta y fácilmente. Despues de esponer las disposiciones de varios códigos estranjeros, en que se concede mas del quinto, y se disminuye la cantidad restituible á proporcion del mayor tiempo que dura lo posesion provisional, dice que la única razon que se dá para justificar esta graduacion, á saber, que el peso de la administracion se hará mas gravoso á medida que se lleve por mas tiempo, no satisface; para probarlo observa que el que administra ha pedido esa carga, como interesado en la conservacion y fomento de los bienes; y despues comparando al poseedor con el tutor, hace resaltar el lucro que á aquel dá el proyecto, al lado del que dá á este, que solo puede percibir el 8 por 100, y eso que nada espera de los bienes del menor, y la tutela es carga mas pesada y recae sobre él sin pedirla. Procuremos examinar el valor que esto tiene realmente.

Partamos del principio de que debe ofrecerse á los herederos presuntivos una recompensa no mezquina que les estimule, que les decida á tomar en administracion los bienes del ausente. Esta será desempeñada con tanto mas cuidado y mas celosamente, cuanto mas ventajas actuales, positivas se concedan al que de ella se haya encargado. Verdad es que ve la probabilidad de que á él vengan á parar los bienes; pero esta es una esperanza que ha de tardar bastante, quizá mucho tiempo, en realizarse; ademas, puede suceder que salga fallida, porque cuando llegue á abrirse definitivamente la sucesion del ausente, ¿no pueden haber ocurrido cambios que echen por tierra toda aquella esperanza? ¿no pueden haber aparecido hijos del ausente? Aun fuera de este caso, ¿no puede haber él instituido otros herederos que vengan á reclamar del que ha tenido la posesion provisional los derechos que les ha dado el testador? Por esto

la esperanza remota, la esperanza que puede resultar fallida, quizás no fuera bastante para empeñarse en una administracion de suyo difícil, y es menester añadir una recompensa de actualidad positiva é irrevocable. Ni se ha de escatimar esta de suerte que baste para comprometerse á administrar; es preciso que sea bastante lucrativa para que sepa el poseedor provisional cuánto le interesa acrecentar los productos de los bienes.

Poner en esta parte al poseedor provisional en parangon con el tutor, no lo creemos exacto; no siendo forzosa la administracion del ausente, deben buscarse mayores estímulos para ella: ni ¿cómo poner á un mismo nivel al que administra los bienes de una persona cuya existencia se duda, cuya sucesion se ha dado, aunque provisionalmente, y cuyo testamento se ha abierto, con el que cuida del menor, que por su edad no puede defenderse, pero que existe, y que aunque en tutela, está presenciando su administracion? En el punto de que tratamos, creemos que hay una distancia inmensa entre el poseedor provisional y el tutor; entre el menor y el ausente: de modo que pudiéramos aplicar á la cuestion las palabras de que se valia el orador francés Mr. Huguet, cuando presentó en nombre del Tribunado el título de ausencia del código francés: «No deben »compararse los ausentes á los menores; »estos se hallan incapacitados de obrar y »defender sus derechos por la debilidad de »su edad, por la misma naturaleza, y con»tra semejantes obstáculos no pueden pre»caverse. La ausencia por el contrario es »voluntaria generalmente; y así los ausen»tes merecen menos favor que los pri»meros.»

No es sin embargo un tipo invariable el que han adoptado casi todos los códigos modernos. Al contrario, han establecido la base de graduacion con arreglo á la mayor duracion de la ausencia: han considerado que cuanto mas se acomoda la ley al sucesivo desarrollo de la ausencia, tanto mas perfecta es, y han creido que la influencia del tiempo, que como ya hemos dicho con otro motivo, se siente á cada paso, debia ser apreciado principalmente en las cuestiones de ausencia; á lo que se agrega la dificultad que va aumentándose con el mayor trascurso de tiempo para hacer el reintegro de los frutos y rentas que se hayan percibido. No se ha introducido por lo tanto la gradacion solo porque la carga de la administracion se haga mas pesada y sensible cuanto mas se dilate; esto será una razon mas ó menos sólida en favor de la gradacion, pero no la única, como asegura el comentador, aludiendo á la discusion del código francés. Cualquiera que examine con detencion los varios informes que se dieron, los discursos de los jurisconsultos, los debates que se suscitaron, y aun las observaciones que los tribunales hicieron, se convencerá de que no se vino á establecer en Francia solo por este motivo el art. 127 del código civil.

Por lo demas el artículo demuestra bien claramente dos casos que pueden dar lugar á la cesacion de la declaracion de ausencia; cuando el ausente se presenta, ó cuando se prueba su existencia. En ambos dice que deberán ser entregados los bienes; pero ¿qué deberá hacerse en el intermedio que hay en el segundo caso, desde que se sabe la existencia del ausente hasta que este se presenta? Entendemos que desde el momento en que desaparece la incertidumbre que motiva la declaracion de ausencia, debe esta quedar sin efecto, y que los herederos presuntivos no podrán tener otro carácter que el que señala el art. 310, aunque este hable solo de ausentes inciertos; es opinion que fundamos solo en lo que dicta la equidad.

Antes de concluir nuestras observaciones sobre este capítulo del proyecto, debemos advertir que aparece incompleto en cuanto que se habla en él de la cesacion de la ausencia por presentarse el ausente ó constar de su existencia, y sin embargo, nada se dice del otro caso contrario en que asimismo concluyen los efectos de la declaracion, quando se pruebe la muerte del au-

sente. Este es un caso notable que puede ocurrir en el segundo período de la ausencia; pero no trataremos de él, refiriéndonos al art. 324, el cual aunque colocado en lo relativo al período de la presuncion de muerte, es sin duda igualmente aplicable al de que trata este capítulo.

§ 3.° *De la presuncion de la muerte del ausente* (cap. 4.°).

Llegamos al tercer y último período de los que comprende el sistema de ausencia adoptado en el proyecto. Pasado largo tiempo de incertidumbre de la existencia del ausente, puede y debe presumirse que ha muerto: si en treinta años por lo menos no han recibido noticias ni sus amigos, ni sus parientes, si no ha provisto de manera alguna á la administracion de sus bienes, ni á los asuntos que mas de cerca le afectan, puede conjeturarse que es porque ha dejado de existir. La ley no le declara, pero le presume muerto; y en consecuencia de tal presuncion reduce sus derechos, al paso que amplia los de los presentes; no se le priva de sus bienes, pero se dá su posesion bajo una forma que se asemeja mucho al dominio. Como que lo menos probable es que viva, la ley lleva al último estremo que la equidad permite su intervencion en favor de los presentes. Tal es la idea que domina en el tercer período de la ausencia: el proyecto le destina un capítulo por separado, al que pone el epígrafe de «presuncion de muerte,» en lo cual, aunque se ha separado del método de otros códigos, encontramos mas lógica, mas exactitud y claridad. Designar los casos en que puede declararse esa presuncion; quiénes pueden provocarla; cuáles son sus efectos; determinar para el caso de cesacion de la ausencia y asegurar los derechos de los descendientes del ausente, hé aquí los puntos que desenvuelve el capítulo de que vamos á tratar.

Art. 322. «Pasados treinta años desde »la desaparicion del ausente, y desde que »se recibieron las últimas noticias de él, ó »ciento desde su nacimiento, el tribunal, »á instancia de las partes interesadas, de»clarará la presuncion de muerte.» Establécense aquí dos medios que conducen á idéntico resultado; nadie se presume que descuida por el largo tiempo de treinta años toda relacion con las personas que mas aprecia y ha tratado; nadie se presume que tiene mas de ciento de edad, y ambos deben ser considerados del mismo modo ante la ley, esto es, como si no vivieran. Son presunciones de igual valor; en una y otra, especialmente en la primera, predomina una consideracion de órden público: que las propiedades no estén inciertas, que entren en el comercio, que no se amorticen. Pero examinémoslas por separado.

Acerca de la que ocupa el primer lugar en el artículo, diremos algo solamente respecto del tiempo desde que se computa, á saber, el de la desaparicion, ó de las últimas noticias; es decir, desde que ha principiado la presuncion de ausencia: van incluidos, por lo tanto, en el período de los treinta años los cinco que han de trascurrir hasta la declaracion. Otros códigos hacen el cómputo aparte del primer período, y se han fijado como punto de partida en el tiempo en que se dá la posesion provisional, de suerte que por lo menos resultan treinta y cinco años para que se pueda hacer la declaracion de presuncion de muerte. Verdad es que las razones que se dan para justificar ese término, justifican igualmente el de treinta, como observa el comentario: sin embargo, hubiera sido tal vez preferible establecer el primero, porque consulta mas el beneficio del ausente: por otra parte creemos que puede tropezarse con un inconveniente de consideracion fijando el término, cualquiera que sea, desde la época en que comienza la presuncion de la ausencia; y es que se ponen á un mismo nivel el ausente que dejó y el que no dejó apoderado; de suerte que su presuncion de muerte no se resiente de la diferencia de los diez años que dilatan la declaracion de ausencia cuando se trata del primero, cosa bastante irregular. A parte de esto, observamos en el ar-

ticulo que se usa de la conjuncion copulativa al decir «desde la desaparicion del ausente »y desde que se recibieron las últimas noti»cias» siendo así que debió emplearse la disyuntiva, por las razones que espusimos al hablar del artículo 315: confírmanos en la exactitud de esta observancion la redaccion del 323, que luego espondremos.

Sobre la presuncion que nace del lapso de cien años desde el nacimiento, nos parece fundada: hemos hablado de ella en la seccion anterior, por lo cual ahora no necesitamos detenernos en este punto. Solo añadiremos á lo que entonces dijimos, que los códigos estranjeros presentan bastante divergencia acerca del número de años. El holandés autoriza la reclamacion para declarar la presuncion de muerte pasados cinco años (art. 523); el prusiano á los diez (art. 823); el de Austria á los 80 (artículo 24, párr. 1) y á los 90 el de Friburgo (artículo 393); pero el de Francia (art. 129) y los que le siguen, llegan hasta los cien años, como el Proyecto; de este término no se ha escedido en ningun código. Notemos de paso que los cien años se señalan en el artículo absolutamente y sin escepcion; así, aunque concurran conjeturas que induzcan á sospechar que el ausente ha muerto antes, no por eso el tribunal estaria autorizado para anticipar la declaracion de presuncion de muerte.

Y ¿quiénes pueden provocar esa declaracion? Dícese en el artículo que «las partes »interesadas.» Si no tuviéramos el siguiente, que dá luz sobre este punto, habríamos de perdernos en un laberinto de cuestiones acerca de la verdadera inteligencia de una frase tan vaga y genérica. Pero creemos sin vacilar que no pueden pedir la declaracion de presuncion de muerte sino los herederos presuntivos, ya testamentarios, ya legítimos, los legatarios, donatarios, etc.: en una palabra, todos y ninguno mas de los que pueden pedir la declaracion de ausencia; así deberia sencillamente haberse espresado y se hubiera evitado una oscuridad, aunque fácil de desvanecer, mucho mas cuando, á pesar de estar clara la mente de las leyes, sus espresiones vagas pueden ser el efugio de la mala fé y de la injusticia.

Observamos que el artículo dice que, mediante instancia, el tribunal «declarará» la presuncion de muerte, redaccion que contrasta con la que emplea el artículo 313, segun el cual pasados cuatro años el tribunal «podrá declarar la ausencia.» Estas distintas locuciones son muy importantes, y sin duda alguna han sido usadas con intencion de espresar distintas ideas. Motivos de equidad y de conveniencia vimos que concurrian para que el tribunal pudiera aplazar la declaracion de ausencia; mas esos motivos no pueden existir pasado tan largo período, como el de treinta años, y por esto, con razon, no se deja igual arbitrio al tribunal, antes bien se le prescribe como necesario, que en virtud de la instancia declare la presuncion de muerte.

Nada dice este artículo acerca de si en este período tendrá el cónyuge presente una opcion semejante á la que vimos le concedia el artículo 314; pero á pesar de tal silencio, no podrá suscitarse en esta parte ninguna duda. Dominan aquí distintos principios que al declararse la ausencia; por una parte media la consideracion social y de interés público, en virtud de la cual los bienes del ausente deben ya entrar en circulacion; por otra, la incertidumbre, la perplejidad sobre la existencia del ausente ha cedido, y predomina la presuncion de la muerte: lo primero dá por consecuencia, que el cónyuge presente no pueda impedir la declaracion de la presuncion de muerte; lo segundo, que si tenia la administracion provisional de los bienes, haya de dejarlos á los herederos presuntivos y contentarse con el ejercicio definitivo de los derechos que tuviera subordinados á la condicion de la muerte.

El art. 323 acaba de completar el modo de constituirse el tercer período de la ausencia; dice así: «Hecha la declaracion de »que trata el artículo anterior, se publicará »el testamento del ausente, si no estuviere »ya publicado, á virtud de lo dispuesto en

»el artículo 313; se dará la posesion definitiva de los bienes á sus herederos presuntivos al tiempo de la desaparicion, ó de las últimas noticias, sin fianza; y quedará cancelada la que se hubiere dado á virtud del artículo 318. Tambien se dará la posesion á los demas interesados comprendidos en el art. 318.» El caso de que trata este artículo acerca de la apertura del testamento del ausente, se presentará muy frecuentemente, pues teniéndose noticia de haberse otorgado testamento, no habrá faltado quien durante el período de la declaracion de ausencia, ó al comenzar este, haya pedido se abriera, cuando sabia que si en él se le concedia algun derecho, habia de entrar en su ejercicio provisional. De todos modos resulta, que si no ha llegado á abrirse el testamento, será abierto una vez que se declare la presuncion de muerte, y lo será sin que nadie lo pida: así lo dá á entender claramente el testo del artículo y lo convence el principio dominante en este período de la ausencia.

Los que disfrutarán la posesion definitiva se hallan designados con claridad en el artículo, y son exactamente los que vimos tenian derecho á la posesion provisional; su capacidad se computará del mismo modo, atendiéndose al tiempo de la desaparicion del ausente ó al de haberse recibido las últimas noticias, lo cual creemos cierto por el contesto de otros artículos, aunque el presente solo diga «ó de las últimas noticias. ¿Y será obstáculo para que un heredero presuntivo reciba la posesion definitiva, el que no haya obtenido anteriormente la provisional? El artículo no se espresa sobre este caso; pero parece inferirse que no habrá tal obstáculo: puede suceder muy bien que haya sido ignorante ó negligente en el segundo período, quien reclama ser admitido en el tercero, y no debe ser privado por eso del beneficio que indistintamente concede el artículo del Proyecto; ademas no ha tenido obligacion, sino derecho, de pedir la declaracion de ausencia y la posesion provisional; si no ha usado del primero, no tiene incapacidad para ejercitar la declaracion de presuncion de muerte y reclamar la posesion definitiva, que es otro derecho independiente, á pesar de la analogía de ambos.

Llámase definitiva á esta posesion que se concede en virtud de la declaracion de presuncion de muerte, porque trascurra el tiempo que quiera de ausencia, la ley no pasa adelante en sus disposiciones: habrá variaciones y cambios si llega á constar la existencia ó la muerte del ausente; pero siguiendo la ausencia no puede haber ninguno. La posesion definitiva difiere capitalmente de la provisional; esta era en último resultado una administracion privilegiada; aquella es mas que administracion, es una posesion, diremos mas, un dominio, si bien con el carácter de revocable. Esta idea recibirá su demostracion en el curso del presente párrafo; por ahora tenemos un hecho que demuestra que la administracion ha cesado en realidad: la posesion definitiva se dá sin fianza, ó cancelando la que se hubiera prestado, efecto muy notable é importante. Así lo prescribe el artículo, como una consecuencia del principio dominante en este tercer período de la ausencia. Cómo se haya de entender la cancelacion de la fianza; si verificada por la ley al punto que fenece el período de la declaracion de ausencia, ó aguardándose al auto de deliberacion que el tribunal pronuncie al dar la posesion definitiva, es cosa que no resuelve claramente el artículo; lo segundo aparece á primera vista como cierto, porque despues de espresar que se dará la posesion definitiva, dice: «y quedará »cancelada la fianza;» pero nosotros damos otra esplicacion á esta frase; creemos que, atendiendo al conjunto del párrafo del artículo, á su misma ortografía, aquellas palabras encierran uno de los tres efectos distintos de la declaracion de presuncion de muerte, de que se comienza hablando; por lo tanto entendemos que «hecha la declara»cion..... quedará cancelada la fianza;» y de consiguiente, que por ministerio de la ley cesa así que se declara la presuncion de muerte. Comprendemos el inconvenien-

te que ofrece esta interpretacion en medio de ser mas benigna que la otra que hemos desechado; es muy posible que la declaracion de presuncion de muerte tarde en pedirse, y aunque no sea así, siempre habrá dilacion para hacerla; de lo cual resultará un verdadero gravámen para el poseedor provisional que, á pesar de los treinta ó los cien años no estará libre de su obligacion: quizás no habrá estado tal cosa en la mente de los autores del proyecto; pero es lo cierto que se deduce legítimamente de las palabras del artículo. Veamos el siguiente.

Art. 324. «Cuando se pruebe la muerte »del ausente, se deferirá su herencia á los »que debieron heredarle en aquella época: »el poseedor de los bienes hereditarios de»berá restituirlos, reservando el quinto de »los frutos correspondientes á la época de »la posesion provisional; y el todo de ellos »desde que obtuvo la posesion definitiva.» Trátase propiamente en este artículo, no de la ausencia, sino de su cesacion: porque probada la muerte, la incertidumbre, la duda no puede tener lugar; la presuncion de muerte cesa ante la realidad; lo que antes era probable, ha pasado ya á ser cierto. Este cambio ha debido ser apreciado por el proyecto de código, y lo ha sido con efecto de un modo que no tiene nada de escepcional; en aquella fecha en que consta haber muerto el ausente, en aquella se abre su sucesion; y sirve para arreglar la capacidad de los sucesores. No hay necesidad en este caso de retrotraer: si era necesario cuando se trataba de una persona cuya existencia se dudaba, ahora seria inútil é injustificable. Este principio es evidente y ni siquiera hubiera sido menester anunciarlo en el título de la ausencia, sino es porque puede dar un resultado irregular hasta cierto punto: así, á pesar de que sean herederos presuntivos los que tengan la posesion, quizá al tiempo de la muerte del ausente no sean los herederos verdaderos; entre este tiempo y el de la desaparicion ó cesacion de noticias hay un largo intérvalo en que pueden haber ocurrido vicisitudes que hacen diferente el órden de tomar la posesion y el órden de suceder, y hé aquí lo que comprende principalmente el artículo, lo cual demuestra con ejemplos el comentario.

Hay códigos que como el sardo (art. 94) espresan, que probada la muerte del ausente entran á sucederle los herederos testamentarios ó legítimos, ó sus sucesores; pero aunque el proyecto no sea tan minucioso, no cabe duda en que ha comprendido a todos en sus palabras, «los que debieron heredarle.» Estos herederos, acreditada la muerte del ausente, de la que derivan su derecho, han de obtener del poseedor los bienes en que la herencia consiste.

Pero no podrán reclamar juntamente con ellos todos los frutos y rentas que el poseedor haya percibido, sino solo aquellos que este no pudo hacer suyos por la disposicion de la ley, esto es, solo las cuatro quintas partes por la época de la posesion provisional. En razon de la posesion definitiva nada restituye; el motivo es evidente: el poseedor definitivo es un propietario, cuyo derecho de propiedad puede revocarse; ha ganado por lo tanto como un verdadero dueño todos los frutos y rentas, aunque deba restituir la propiedad; una decision semejante encontraremos en el artículo siguiente.

Ultimamente, el actual, si bien colocado en este capítulo, se refiere á la materia de los anteriores, á la declaracion de ausencia; es decir, que probada la muerte del ausente, acaecida en el período de esta, tambien se ajusta la sucesion á igual época, y en consecuencia, el poseedor provisional en la forma que el artículo establece, y el cónyuge presente que estuviera administrando, restituirán los bienes al heredero. Y que el artículo comprenda á ambos períodos de la ausencia, lo demuestra su contesto, la identidad de razon, y el comentario.

Art. 325. «Si el ausente se presenta, ó »se prueba su existencia, recobrará sus »bienes en el estado que tengan, el precio »de los enagenados ó los adquiridos con el

»mismo ; pero no podrá reclamar frutos ni »rentas.» Este artículo abraza el caso contrario al que se esplicó en el anterior ; la cesacion de la ausencia por presentarse el ausente ó probarse su existencia ; pero no comprende sino lo relativo al tercer período, porque en el segundo ha de regir el artículo 321 que en su lugar espusimos. Por las disposiciones en él contenidas acabaremos de comprender perfectamente cuáles son los derechos, el carácter de la posesion definitiva ; y habiendo ya visto que no requiere fianza y que dá la completa percepcion de todos los frutos y rentas, ahora deducimos que el poseedor definitivo puede variar el estado de los bienes, imponer en ellos servidumbres, hipotecarlos, venderlos, en una palabra, puede obrar como un verdadero propietario. Con la aparicion del ausente sus bienes han de salir de manos del poseedor definitivo : lo contrario hubiera sido una privacion injustificable del respetable derecho de propiedad, un despojo arbitrario no menos odioso, porque lo estableciera la ley ; pero por otra parte la presentacion del ausente no era justo que tragera consigo el trastorno de todos los derechos adquiridos, de todos los hechos consumados durante su ausencia Poner en armonía ambos principios, hacerlos compatibles y limitarlos uno con otro, era lo que tocaba preveer al legislador ; lo que ha regulado el artículo del proyecto que examinamos. Se respeta lo que ha hecho el poseedor definitivo ; pero este hace devolucion de la propiedad.

Aunque el proyecto de código ha fijado con toda claridad la regla general que debe presidir á esta devolucion, con todo fácilmente se comprende cuán delicada es la materia, y cuantas dificultades y dudas ha de suscitar en la práctica. Muchas pudieran proponerse, pero nosotros nos ceñiremos á las que presentan mayor gravedad, partiendo del principio de que lo que interesa mas que proponer gran número de casos, es fijarse en algunos, en los que mas conduzcan á la claridad de las bases que contiene el proyecto.

El ausente recobrará sus bienes «en el »estado que tengan.» Estas palabras son bien significativas ; ha convertido, por ejemplo, una huerta en un jardin, ha derribado una casa para hacer distinto empleo del terreno, ha constituido en los campos una servidumbre, ha dejado perder una cosecha por su negligencia ; todo esto ocasionará con efecto daños positivos, pero no están sujetos á indemnizacion alguna : que el poseedor haya usado ó abusado nada significa para dar derecho alguno al ausente. Pero ¿qué sucederá en el caso contrario, cuando en lugar de disminuir el valor de los bienes del ausente y deteriorarse, ha habido reparaciones, mejoras y útiles reformas? A pesar de esto el ausente nada tendrá que abonar, por lo mismo que en el caso contrario nada le es lícito pedir. El objeto del artículo es evidente, y terminante su modo de espresarse ; el poseedor no tiene responsabilidad por el modo con que administró los bienes, y el ausente tampoco por el modo en que los recibe ; atiéndese únicamente al estado en que se encuentran, y este estado tanto puede ser próspero como desfavorable.

Respecto á las enagenaciones, aunque en manera alguna sufren alteracion, era preciso idear el medio de proteger los intereses y derechos del ausente, respetando los del poseedor ; así se ha establecido que éste haya de restituir el precio de lo enagenado ó lo que adquirió con él. Como se ve, la obligacion que aquí se le impone es alternativa ; devolverá el precio ó lo adquirido con él, segun lo crea mas conveniente, el ausente no podrá compelerle á uno ú otro estremo : la eleccion queda al arbitrio del poseedor, como que es el deudor, pero de ningun modo tendrá este facultad de devolver parte del precio y parte de los bienes ; así se deduce claramente del artículo 1031 del proyecto de código. Claro es tambien que el artículo que examinamos es indistintamente aplicable al caso en que el poseedor deba el precio ó lo haya ya pagado ; la enagenacion de todos modos está verificada, y por lo tanto no há lugar á esa distincion.

Del principio que hay que respetar los actos que, como si fuera propietario, hizo el poseedor, y que la obligacion de restituir es relativa á lo enagenado cuando ha mediado precio, se deduce que las enagenaciones hechas por título lucrativo son válidas, y que respecto á ellas nada puede reclamar el ausente. Una donacion que el poseedor hubiera hecho es válida, y solo queda á aquel el recurso de impugnarla, cuando resulte ser simulada, y que encierre una enagenacion por título oneroso. Y si el poseedor dotó á quien tenia obligacion con los bienes del ausente, ¿se conceptuará esto como una donacion? No ciertamente; mas que donar, lo que hizo fué pagar una deuda con dinero ageno; y así estará obligado á la devolucion de una cantidad igual, y esta es tambien la opinion del comentarista.

Pudiéramos continuar presentando cuestiones de aplicacion, reglas y escepciones acerca del artículo que tratamos; pero como ha de entrar por mucho en esta parte la equidad y el arbitrio judicial, nos contentaremos con consignar una regla que un autor francés ha dado para la inteligencia del artículo 132 del código de su nacion, que es igual al del proyecto. La regla es la siguiente «En la restitucion que ha de hacer el que »ha tenido la posesion definitiva, no debe su»frir ninguna pérdida, ni reportar ventaja »proveniente de los capitales del ausente.» Esta regla si bien no podrá siempre decidir todas las dudas, tiene la ventaja de formular de un modo sencillo y exacto lo que ha exigido la equidad y la mente del legislador.

La última parte del artículo no ofrece duda alguna: el poseedor ha ganado todos los frutos y rentas. Pero como implícitamente comprende no solo el caso en que el ausente se presenta, sino el de que haga constar su existencia, puede resultar un intérvalo entre la cesacion de la posesion definitiva y la presentacion del ausente: entonces se seguirá una decision análoga á la que dimos al mismo supuesto en el artículo 321, y á que tambien se inclina el comentario; en su consecuencia los frutos desde el momento en que conste la existencia del ausente son de éste, pues ha concluido ya la posesion definitiva.

Art. 326. «La prescripcion de la accion »hereditaria de los hijos y descendientes »del ausente no corre sino desde el dia »en que recae la declaracion de que tra»ta el artículo 322.» Se habrá quizás estrañado que nada se haya dicho hasta ahora de los hijos en el título de los ausentes; pero no habia en verdad motivo para tratar especialmente de ellos; si el ausente dejó descendencia, si la ley llama á la posesion provisional y definitiva á los herederos presuntivos ¿cómo se dudará que los hijos habrán podido reclamar esa posesion? Era esta una aplicacion natural y evidente de los principios en que descansa el título, y hubiera sido supérfluo el consignarla especialmente. Esto mismo nos esplica que el artículo ha de entenderse forzosamente en el caso de que la descendencia del ausente sea desconocida, y despues, una vez dada la posesion definitiva, se presente reclamando los bienes de su ascendiente.

¿Qué debia entonces hacer el legislador? Escluirlos absolutamente hubiera sido injusto. Verdad es que ya se presume muerto el ascendiente, que sus bienes se hallan en poder de los herederos presuntivos, casi como en su dominio; pero es tambien cierto que sean cualesquiera estos herederos, los hijos siempre tienen un título mas preferente que el suyo, y que si algo significa la familia y el vínculo de padres é hijos, no pueden ser estos escluidos de su patrimonio por llevar hasta el rigor una presuncion y por favorecer á otros parientes. Adoptar el estremo contrario y declarar que los hijos en cualquier tiempo que se presentaran habian de recuperar los bienes que en época remotísima fueron de su padre, hubiera pecado tambien de injusticia por otro aspecto. Por esto creemos sumamente oportuno el medio adoptado por el proyecto, que admite el derecho de los hijos á reclamar, y que al mismo tiempo le señala el límite de treinta años, es decir, el mas

ámplio que podia, pues el proyecto de código no admite prescripcion mas prolongada.

El término desde el que ha de empezar á contarse esta prescripcion, era el único que lógicamente podia admitirse. Antes del tercer período no era de temer ninguna prescripcion: cualquiera que hasta entonces tenga los bienes, será en concepto de administrador; pero desde que la presuncion de muerte se declara, y los herederos presuntivos en virtud de su posesion definitiva, adquieren facultades de enagenar, y estas enagenaciones son válidas y los bienes entran en circulacion, desde entonces ha debido comenzar la prevision del legislador; desde entonces sienten los hijos su proteccion. Si á pesar de esto no reclaman en treinta años, su accion queda escluida, y no podrán por ello quejarse fundadamente. Justo es que al cabo de sesenta años de ausencia de su padre, la ley haya dado tranquilidad á los herederos presuntivos. En caso de que el padre hubiera muerto antes de la posesion definitiva, el artículo tendrá exacta aplicacion; por la muerte del ausente, la propiedad ha pasado á los hijos, y que estos ó aquel sean los propietarios, no altera en nada el carácter de administradores que tienen los poseedores provisionales, y que es la razon por la que no puede contarse la prescripcion sino desde la posesion definitiva.

Recordando aquí lo que consigna el artículo 324, tendremos ocasion de observar los dos distintos caractéres con que pueden presentarse los hijos del ausente antes desconocidos. Si vienen provistos de la prueba de la muerte de su padre, recibe su aplicacion el artículo 324, pues que habla de «cuando se pruebe la muerte del ausente.» Por lo mismo, este requisito nada supone para el artículo de que tratamos, en que la ley les atiende, no precisamente como á herederos, sino como á hijos del ausente. Cuando estos se presentan antes de espirar los treinta años, claro es, como advierte el comentador, que están comprendidos en las disposiciones del art. 325 que antes esplicamos.

Ningun otro artículo hay en el presente capítulo del proyecto, ni en todo el título de ausencia, que nos indique si la presuncion de muerte produce el efecto de legitimar un segundo matrimonio del cónyuge presente. Algunos códigos atribuyen esta consecuencia á la presuncion de muerte; el de la Luisiana (art. 81) llega á permitir nuevo enlace trascurridos diez años sin noticias; el código francés parte del supuesto de que no es válido (art. 139). El proyecto calla sobre este punto, y su silencio no es un descuido ciertamente; bastábale haber ya consignado que «el matrimonio válido »no se disuelve sino por la muerte de uno »de los cónyuges, y segun las leyes de la »Iglesia (art. 89),» para escusar aquí toda declaracion: la presuncion de muerte no es bastante para disolver el matrimonio.

§. 6.° *De los efectos de la ausencia relativamente á los derechos eventuales del ausente* (cap. 5.°).

Hasta aquí todos los capítulos del título de los ausentes han considerado á estos como gozando de derechos, en cuya posesion estaban al tiempo en que desaparecieron de su domicilio ó se dejó de recibir noticia de ellos; esto es, cuando comenzó su ausencia. Pero esos ausentes son capaces de derechos y pueden indudablemente abrirse en su favor despues que han entrado en estado de ausencia: era, pues, necesario para completar el título, fijar la suerte que habian de esperimentar tales derechos. A esto se dirige el presente capítulo; y de aquí su epígrafe de los «derechos eventua»les» en contraposicion á los «derechos ac»tuales» que tenia el ausente al desaparecer de su domicilio. Afecta esta materia á todos los períodos de la ausencia; y así muy oportunamente se le ha dedicado un capítulo por separado, lo cual hace mas perfecto el método del proyecto que el de otros códigos estranjeros. El principio que domina en la materia es el mismo que acerca de la ausencia en general tenemos ya inculcado repetidas veces, pero modificado

algun tanto; pártese de la incertidumbre del ausente, pero ya no es preciso entrar á examinar si esa incertidumbre se inclina mas á la probabilidad de la vida ó á la de la muerte; considérase en general la incertidumbre, la duda, contrapuestas á la existencia ó á la muerte acreditadas. La ley no podia despojar al ausente del patrimonio y de los derechos que dejó al tiempo de su partida, sino que tomando por base su conservacion, debia conciliar el interés del ausente con el de los presentes; mas cuando los bienes y derechos vienen ya despues de ausente, la ley dudando de su existencia sigue un camino distinto, y sin pronunciar una esclusion irrevocable dá preferencia clara y decidida á los presentes, ¿y cómo censurar esta idea de la ley? Para ser heredero, legatario, donatario, etc., se necesita manifestacion de voluntad, se necesitan ciertos actos y solemnidades en que tome parte directa el favorecido, y nada de esto puede hacer el ausente, ni siquiera dar á entender su voluntad, y sobre todo preciso es no olvidar que se trata de una persona cuya existencia no está averiguada, y en la cual por consecuencia no pueden radicar derechos que tengan orígen en semejantes circunstancias, mientras no conste positivamente que vive. Sentada esta base comprenderemos sin dificultad los artículos de que el capítulo consta.

Art. 327. «Cualquiera que reclame un »derecho perteneciente á una persona, cuya »existencia no esté reconocida, deberá pro»bar que este individuo existia en el tiem»po en que era necesaria su existencia para »adquirirlo.» Este artículo contiene una máxima general y de continuo uso en todo el derecho, y que tiene gran aplicacion respecto de los ausentes: todo el que afirma es el que tiene obligacion de probar: se trata del ausente: su existencia es incierta; luego aquel que dice y pretende fundar su interés en que ha correspondido un derecho á este individuo, debe probar que vivia, porque un muerto es incapaz de adquirir. Así, por ejemplo, un acreedor alega que su deudor ausente no es insolvente, porque ha heredado de otra persona; si la época en que esta sucesion se ha abierto es posterior á la ausencia, el acreedor deberá probar que en ella vivia su deudor.

Las palabras «una persona cuya existen»cia no esté reconocida» no dejan de estrañarnos. En el código francés se emplean en igual caso (art. 133); pero habia para ello una razon que debieron tener en cuenta los autores del proyecto. Los redactores del código francés, colocando la materia de que tratamos como parte del que ellos han intitulado «de los efectos de la ausencia,» y habiendo designado á los que desaparacen de su domicilio en el primer período con la denominacion de «presuntos ausentes» tropezaron con la dificultad del modo de redactar el artículo análogo al del proyecto de que hablamos, para que fuese estensivo así al ausente declarado como al presunto, y no pudiendo valerse de la palabra «ausente» porque en rigor, y segun su modo de hablar, no hubiera comprendido sino al segundo, buscaron una frase genérica, y dijeron: «un individuo, cuya existencia no esté reconocida.» Pero los autores del proyecto, no habiendo adoptado la denominacion de *ausente presunto*, antes bien habiendo dado al que así llaman los franceses el mero nombre de «ausente» (V. el art. 312) ya que creyeran deber acomodar al proyecto el art. 135 del código francés, debieron haber abandonado el rodeo á que este se vió precisado.

Por lo demas, ya hemos indicado que el artículo es aplicable así á los ausentes declarados tales como á los presuntos. Esto no implica contradiccion alguna en el sistema del título; porque aunque en aquellos domina la presuncion de vida, esto es, en cuanto á los derechos actuales, que á pretesto de incertidumbre no pueden ser desatendidos por la ley; pero no es aplicable á los eventuales, porque para adquirir un derecho es menester que conste la vida y no basta que se presuma: hay, pues, y debe haber una grande diferencia cuando se trata ya de conservar, ya de adquirir derechos el ausente. Por lo tanto, si recayera

un derecho en el ausente durante el primer período, y alguno entonces tratara de fundar en él su pretension, no se apelaria á las medidas provisionales del capítulo primero, y se nombraria un representante que pudiera adquirir para el ausente, sino que al interesado perteneceria probar la existencia de esta persona. Debe, sin embargo, en este punto recomendarse una escepcion al arbitrio del tribunal, porque está fundada en la equidad; si ha pasado corto tiempo desde que un ausente desapareció de su domicilio, no bastará que fundándose en esta desaparicion y en la falta de noticias, se comprenda á los interesados y al ausente en el artículo que examinamos, y que se obligue desde luego á aquellos á la prueba y á este se dé por incapaz de adquirir el derecho de que se trate; menester es que se calcule si han podido recibirse noticias en el tiempo trascurrido, cuáles son las circunstancias de la ausencia, en una palabra, que haya una duda fundada y razonable de la existencia del que se ausentó. Hasta tanto debe el tribunal aplazar un fallo definitivo, y si hay urgencia, proveer como se dice en el capítulo primero de este título. Si no se admitiera esta escepcion, seria peligroso á un individuo salir de su domicilio.

Art. 328. «Si se abre una herencia, á »la que sea llamado un individuo cuya »existencia no está reconocida, entrarán »esclusivamente en ella los que debian ser »coherederos del ausente, ó suceder por su »falta; pero deberán hacer inventario de »los bienes que reciban, debidamente ci»tado el ministerio fiscal.» Hállase este artículo íntimamente enlazado con el anterior; no constando la vida del ausente, la herencia no puede serle conferida por la ley: ¿á quién deberá pasar? El artículo lo espresa comprendiendo los dos casos que pueden ocurrir: si hay coherederos, á ellos acrece la parte que al ausente correspondia; si este era único heredero, el que le sigue, el que hubiera sucedido por su falta, es quien toma la herencia. No es necesario detenerse en justificar cuan natural es todo esto; compréndese sin esfuerzo que las personas á que se llama deben ser las preferidas. Para ellas viene á surtir la incertidumbre del ausente los mismos resultados que si este hubiera muerto. Por lo demas, la disposicion del artículo es indudablemente aplicable, así al ausente presunto, como al declarado.

Aunque el artículo usa la forma imperativa diciendo que «entrarán» esclusivamente los coherederos, mas que una obligacion, es un derecho al que pueden renunciar, así espresa como tácitamente, por ejemplo, si admiten en las particiones al ausente. Entonces este será heredero, porque la esclusion que la ley pronuncia contra él no se funda en una verdadera incapacidad, sino en el provecho de los presentes interesados, los cuales no reclamando quitan el único obstáculo que impide al ausente disfrutar de la herencia.

Pero para adquirir los coherederos ú otras personas los derechos eventuales del ausente, claro es que no necesitan hacer ninguna prueba; ellos nada afirman, antes, por el contrario, niegan la existencia del ausente, y se aprovechan de la falta de prueba que otros interesados habrian de haber producido para sus pretensiones. El carácter legal de los coherederos es difícil de fijar: desde luego no son meros administradores, ni solamente poseedores provisionales; tampoco se les puede asimilar con los curadores como á estos; y ademas no dan caucion, como luego veremos, al paso que hacen suyos los frutos, como tambien se dirá. Por otra parte, no tienen una verdadera propiedad, puesto que el ausente puede reclamar sus bienes en el término legal. Así es que participan mas del concepto de poseedores definitivos que del de provisionales.

Los coherederos no pueden ser escluidos por el cónyuge presente; este podrá administrar, ó ejercitar las facultades que la ley le concede con respecto á los derechos actuales del ausente; de los eventuales no participa, salvo si probare que en la época en que se abrieron vivia este. Pero ¿serán escluidos los coherederos por los hijos del

heredero ausente en la parte que á este tocaba? ó lo que es lo mismo, ¿el derecho de representacion tiene lugar en este caso? Razones de no escaso valor pudieran aducirse para negarlo: no se sabe la voluntad del ausente; quizás hubiera reclamado la herencia; por lo menos no la ha admitido: tambien puede vivir el ausente y no hay derecho de representacion cuando vive el ascendiente. Pero en cambio de estos argumentos, la equidad y la mente de los autores del proyecto parecen favorables á la admision de los descendientes del ausente, porque estos merecen mucha consideracion en comparacion de toda otra persona, y porque, como ya hemos dicho, no domina en la regulacion de los derechos eventuales la presuncion de vida, sino una incertidumbre general, que para los presentes viene á surtir los efectos que la muerte. Lo cual es opinion del comentador, quien asegura sin vacilar, que si quedaron hijos ó descendientes del ausente, heredarán con el tio al abuelo, por derecho de representacion. Ha habido códigos que como el sardo (art. 100) para quitar toda duda han espresado que los descendientes del ausente serán admitidos á representarle como si realmente hubiera muerto.

A pesar de que los artículos del código francés han servido de tipo á los de este capítulo, nos complace ver en el que examinamos una garantía que no se halla en aquel, y de cuya omision se lamentan los autores franceses. Con efecto, justo es que los que recojan la herencia del ausente hagan inventario de los bienes que reciban, con citacion del ministerio fiscal; puede suceder que por la aparicion del ausente, hayan de restituir estos bienes, como veremos en el artículo siguiente; y ¿cómo podria entonces estar seguro el ausente de que recibia todo lo que le corresponde? ¿cómo podria argüir de mala fé al coheredero? ¿cómo reclamar lo que se hubiera ocultado ó sustraido? Por esto algunas legislaciones han avanzado hasta el punto de exigir caucion para asegurar la restitucion, si llega á ser necesaria; así lo encontramos establecido en el código del Canton de Vaud (art. 57), y del mismo modo en el de Friburgo (artículo 399). Y en verdad que no nos hubiera disgustado ver seguido el ejemplo de estos códigos en el proyecto.

Art. 329. «Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, se entiende sin perjuicio »de las acciones de peticion de herencia y de »otros derechos de que podrán usar el au»sente ó sus representantes ó causa-habien»tes, y no se estinguirán sino por el lapso »del tiempo fijado para la prescripcion.» Dura hubiera sido la condicion del ausente si la herencia ú otros derechos á su favor fueran adquiridos por los presentes interesados de una manera irrevocable y absoluta. Para evitar este rigor injusto é inmotivado el ausente puede reclamar en el término legal, como determina el artículo, el cual al mismo tiempo que garantiza al ausente, nos hace entender indirectamente cuánta diferencia hay entre los poseedores, ya provisionales, ya definitivos, de los bienes que el ausente poseía al tiempo de su desaparicion, y los que adquieren sus derechos eventuales. Los primeros no pueden nunca prescribir contra el ausente; al paso que los segundos tienen una posesion á título de dominio, puesto que corre á su favor el tiempo de la prescripcion.

Es digno de repararse en el artículo que no solo puede hacer valer sus derechos el ausente, sino tambien sus representantes y causahabientes, bajo cuya palabra se comprenden, segun observa el comentador, los legatarios y acreedores para el pago de sus mandas y créditos, probando la existencia del ausente al abrirse la sucesion. En cuanto al tiempo no es estraño que no se fije ninguno, porque aunque se habla especialmente de la peticion de la herencia que dura treinta años, se alude despues en general á otros derechos que se pueden reclamar, los cuales tienen su plazo respectivo para prescribirse: hé aquí por lo que el artículo se concreta á decir «el lapso del tiempo fijado para la prescripcion.» Tampoco, en fin, habia que esplicar desde cuando comienza esta, pues se sobrentiende

que es desde que se adquirieron los derechos eventuales.

Art. 330. «Los que hayan entrado en la »herencia harán suyos los frutos percibi»dos de buena fé, mientras que el ausente »no comparezca, ó que sus acciones no sean »ejercidas por sus representantes ó causa»habientes.» Era interesante completar con este artículo la materia de los efectos de la ausencia en lo tocante a los derechos eventuales del ausente: protegido por el artículo anterior el derecho de éste, pudiera tal vez creerse que con la propiedad tenia tambien facultad de pedir los frutos correspondientes al tiempo pasado. Esta inteligencia errónea es la que ha tratado de evitarse, considerando al que recibió la herencia y al que tiene que restituirla como un poseedor de buena fé, al que no se pueden exigir los frutos que produjo la cosa que tuvo en su poder; nueva diferencia que observamos entre él y el poseedor provisional, puesto que, segun anteriormente esplicamos, éste solo hace suyos una parte de los frutos, mas que como poseedor de buena fé, como remuneracion y estímulo en concepto de administrador.

Y repárese bien que el artículo habla de frutos «percibidos» no de los consumidos. El Derecho romano habia establecido otra base distinta; segun él, el poseedor de buena fé cierto es que hacia suyos los frutos por la percepcion, pero con una propiedad revocable, es decir, tenia que restituirlos si el verdadero propietario se presentaba; y solo no podia ser inquietado por este respecto de los frutos consumidos, pues que en el hecho de consumirlos se habia hecho irrevocable el dominio (1). El proyecto de código ha abandonado en esta parte al Derecho romano, pues claramente dice que el poseedor hace irrevocablemente suyos los frutos desde su percepcion; sin embargo, ha habido códigos que no han consignado la regla del proyecto, segun la cual no puede el ausente ó su representante reclamar los frutos anteriores: tenemos por ejemplo el código holandés que ordena para estos casos que si el ausente se presenta, puede reclamar del que recibió su herencia los frutos en la misma proporcion que se pueden pedir al que ha estado poseyendo provisionalmente (art. 548). No nos agradan semejantes disposiciones; tenemos en muy diverso concepto al poseedor provisional de los bienes dejados por el ausente, y al que ha recibido los que posteriormente pudieron corresponderle; ya lo hemos dicho, el primero participa mas de administrador, el segundo es una especie de dueño, un poseedor de buena fe; en el primer caso domina una incertidumbre tal que solo se posee á nombre del ausente; en el segundo la incertidumbre trae consecuencias semejantes á la muerte, y hace que se posea á nombre propio, sin que por esto se despoje al ausente. Preferimos por lo tanto que la disposicion del artículo se haya tomado del código francés, mas bien que del holandés.

Pero si no hay duda de que el poseedor hace suyos los frutos percibidos, y que no tiene obligacion de restituirlos al ausente, puede haberla en si tendrá derecho á pedir las impensas en las cosas hereditarias. Ya que se le priva de la propiedad que esperaba conservar y adquirir irrevocablemente, parece que debe dejársele el recurso de que le sean abonados aquellos gastos y mejoras á beneficio de los que el ausente recibe conservado y aumentado lo que le corresponde. Sin embargo de esta apariencia de equidad, hay otra razon mas fuerte que milita en contra; si el poseedor hace suyos todos los frutos, y no tiene que rendir cuenta alguna de ellos, es natural que soporte esclusivamente los gastos que hiciera, como que puede decirse que son cargo que afecta á los mismos frutos. Si ha sentido las ventajas y el lucro, justo es que ademas no le sea lícito sacar los gravámenes y las reparaciones que hiciera; solo en el caso de que estas fueran cuantiosas y muy considerables podria hacerse una escepcion, á fin de que el ausente no se enriqueciera á su costa. Pero fuera de esto,

(1) Párr. 38 del tit. 1, lib. 2 de las Ins.

nos parece que debe estarse á la regla general de que hemos hablado.

Cuánto tiempo dura la buena fé del poseedor es punto que conviene dejar en claro, tanto porque es interesante para la aplicacion del artículo, como porque este, segun la forma en que se halla redactado, pudiera prestarse á torcida interpretacion. Como los frutos se conceden al que entró en la herencia, «mientras que el ausente no comparezca ó que sus acciones no sean ejercidas,» esto es, ejercitadas, parece deducirse que habrá buena fé ínterin se haga reclamacion, por mas que antes de ella conste al poseedor la existencia del ausente. Nada sin embargo, ha debido estar mas distante de la intencion de los redactores del artículo. Porque ¿cómo habrian de querer autorizar la percepcion de frutos en favor del que, no ya sospecha, sino sabe á ciencia cierta que los bienes que retiene no son suyos? Esto seria lastimar los principios mas fundamentales del derecho. La buena fé es la creencia de ser dueño; y no puede menos de cesar desde que se sabe que las cosas son de otro. Es esto tan evidente que escusa toda demostracion; y si se quisiera buscar alguna autoridad en que apoyarse, el Derecho romano nos suministraria una bien respetable: el jurisconsulto Ulpiano proponiéndose un caso idéntico, responde sin vacilar, y afirma que el poseedor ha comenzado á tener mala fé, desde el momento en que supo que no le pertenecia la herencia (2). Creemos por lo tanto fuera de toda duda que en este sentido debe entenderse el artículo del proyecto.

§ 7.° *Disposiciones generales* (cap. 6.)

Habiendo ya arreglado el proyecto de código lo relativo á los diferentes períodos de la ausencia y á los derechos eventuales del ausente, parece que debiera haberse dado por completo el título de los ausentes. Mas no es así; habia algunos puntos que fijar, y se ha añadido un capítulo destinado, segun su epígrafe, á disposiciones generales. Bien examinados los artículos que en él se encuentran incluidos, quizás fuera fácil demostrar que sin gran violencia hubieran podido acomodarse en los capítulos anteriores, haciéndose el sacrificio de algunas repeticiones, que en todo caso servirian para mayor claridad. A nuestro entender deben economizarse en los códigos esas secciones de disposiciones generales, atendida la importancia que actualmente se dá al método y á la clasificacion, porque se prestan á falsas interpretaciones y á una aplicacion errónea, al paso que personas demasiado escrupulosas pueden hallar una dislocacion, mas que un punto de vista general. Pero sea de esto lo que quiera, segun revelan los artículos que hemos de examinar, é indica su verdadera inteligencia, es para nosotros cierto que las disposiciones llamadas «generales» que se contienen en el último capítulo del título de los ausentes, no se han de tomar como comunes y aplicables á todas las materias tratadas en los anteriores capítulos, sino solo como relativas á varias de ellas; no correspondiendo esclusivamente á un capítulo determinado, se ha creido sin duda conveniente ponerlas con separacion. Estas disposiciones generales se dirigen á dar representacion, garantías y proteccion, ya por medio de los presentes interesados, ya por medio del ministerio fiscal, y á establecer la vigilancia de los hijos del ausente. Veamos como se han satisfecho objetos de tanta importancia.

Dice el artículo 331: «Los que obtengan »la administracion ó posesion de los bienes »del ausente provisional ó definitivamente, »formarán inventario, y le representarán »en juicio y fuera de él, como demandante »y demandado.» Dos puntos principales contiene este artículo: la formacion de inventario y la representacion del ausente.

La formacion de inventario era una garantía de que la ley no podia prescindir.

(1) Pár. 11 de la ley 20, tit. 3, lib. 5 del Dig.

Estaba en el interés del que tiene por cualquier título bienes que no le pertenecen, y principalmente en la seguridad del ausente. Sea él quien llegue á presentarse, sea un tercero que reclame preferencia sobre los administradores ó poseedores, es evidente que estos pueden llegar á ser obligados á restituir y á veces aun á dar cuentas. Y ¿cómo hubiera sido esta restitucion y este rendimiento de cuentas, una cosa efectiva y cierta, sin haber hecho constar préviamente cuáles eran los bienes del ausente que se confiaban á manos distintas de las suyas? Eran de temer, ó por lo menos eran posibles la negligencia, la ocultacion, el abuso de confianza, todo lo cual no puede probarse y demostrarse de otro modo que por el inventario.

Del objeto del inventario se infiere qué personas estarán obligadas á formarle: en rigor todos los que tengan bienes que estén sujetos á restitucion; así el esposo que administra, los poseedores provisionales y los definitivos y los que entran en el ejercicio de derechos subordinados á la condicion de la muerte: esta es regla evidente de suyo, y que el artículo espresa con toda claridad. En vano se pretenderia eximir de semejante obligacion á los que han obtenido la posesion definitiva; cierto es que se les releva de fianza, que ejercen los derechos de propietarios; pero tambien es innegable que habrán de restituir íntegramente los bienes del ausente, si éste llega á presentarse, y que aunque cumplen con devolverlos en el estado que se encuentren, no se toleran fraudes ni ocultaciones; por otra parte el testo del artículo está terminante y esplícito. La regla que acabamos de consignar siempre es exacta, y no tiene escepcion en principios; mas quizás se den casos en la práctica en que sea indiferente é insignificante su aplicacion, y en que no haya necesidad de seguirla. Así sucederia, si habiendo sido puestos en posesion provisional ó definitiva los herederos presuntivos, y entrado estos en la administracion general de todos los bienes, se presentasen otros interesados á reclamar el ejercicio de derechos que tuvieran subordinados á la condicion de la muerte del ausente; por ejemplo los legatarios. Si estos entran en el ejercicio de sus derechos podria dispensárseles sin inconveniente de la formacion del inventario, porque ya lo deben haber formalizado los herederos presuntivos, que son los que deben responder al ausente. Por lo demas parece indudable que obtenida por una persona la posesion provisional ó definitiva, si despues se presenta otra á reclamarla para sí y le es concedida, deberá proceder á formalizar nuevo inventario ó al menos á la confrontacion y rectificacion del que ya se hubiere hecho.

El inventario debe sujetarse á la misma forma que si se hiciera por muerte del ausente y se tratara de su efectiva sucesion; la mente de los autores del proyecto no puede haber sido dispensar ninguna solemnidad ni requisito en acto tan importante; pero es de notar una especialidad: como que se trata de un ausente á que la ley protege y defiende de todo aquello que en daño y desventaja suya pudieran hacer los presentes, será menester que intervenga el ministerio fiscal encargado de velar por los intereses de aquel, segun veremos mas adelante; así lo ha espresado tambien el proyecto de código (art. 328) respecto á los que entran en los derechos eventuales del ausente, é indudablemente está sobreentendido en este artículo. Y ¿de cuenta de quién habrán de ser los gastos que se ocasionen con la formacion del inventario? No dice sobre esto el artículo; pero su silencio en nuestro concepto es fácil de suplir. El inventario se hace principalmente en interés del ausente; por su medio recibe una garantía no despreciable y se le asegura su propiedad, no puede ser mas justo que sean de su cargo los gastos que se originen. Si á esto agregamos que no es una precaucion potestativa la que toma el administrador ó poseedor, sino una obligacion indeclinable que se le impone, y de que no puede eximirse, nos convenceremos de que esa resolucion se encuentra plenamente justificada.

Natural es que los herederos presuntivos ó las demas personas que tomen la administracion general de los bienes del ausente representen á este cuando sea necesario, ya en interés del mismo ausente, ya en el de los terceros que hayan de hacer valer sus pretensiones, lo cual ya se hallaba tácita ó espresamente consignado en los capítulos anteriores del título de los ausentes respecto del primero y segundo período de la ausencia; antes de la declaracion de este el nombrado por el tribunal en caso de urgencia es precisamente para representar al ausente (art. 310), y despues el que obtenga la posesion provisional tiene las obligaciones que el curador (art. 320) entre las que se cuenta la de representar al que está bajo curaduría. Pero nada se habia dicho del cónyuge presente que tiene la administracion cuando impide la declaracion de ausencia, ni del que ha obtenido la posesion definitiva; y aunque no podia haber motivo de duda, en que tambien debieran representar al ausente, con todo ha querido el proyecto de código dejar sentada una regla general que comprendiera á todos los que quedan espresados. Esta regla es de una aplicacion universal y absoluta: los que administren ó posean los bienes del ausente, le representarán en todos conceptos y en todas ocasiones; es decir, ya como demandantes, ya como demandados, ya en juicio, ya fuera de él. En virtud de esta representacion queda muy reducida, sino escluida del todo, la intervencion de ministerio fiscal; lo que no trae perjuicio alguno, antes bien es consecuencia natural del principio espuesto: el especial encargo del ministerio público es el de defender al ausente y velar por sus intereses, y ¿quién lo hará mejor que el que tiene sus bienes en administracion, y á quién es ventajoso evitar los perjuicios que un tercero pudiera irrogarle? por otra parte ¿no se le obliga á sostener su completa representacion? Poco, pues, tendrá que hacer el ministerio fiscal en aquellos períodos de la ausencia en que hay un administrador ó poseedor provisional ó definitivo. Sin embargo, no deberá prescindir de toda vigilancia, porque en ciertos casos aun tendrá que tomar parte por los intereses verdaderos del ausente: cierto es que los administradores ó poseedores están interesados en rechazar el perjuicio que de fuera pueda venir; pero su codicia, su negligencia pueden hacerlos á ellos mismos causa de otros perjuicios; y aun fuera de esto, pudiera llegar á suceder que se rompiese la armonía entre su interés y el del ausente, y se pusiesen en pugna. Entonces no cabe duda que seria injustificable la apatía del ministerio fiscal.

Y ¿qué diremos del caso, que en verdad no será muy comun, de que no se pidiera la posesion provisional ó definitiva, ó si tambien ocurriese que haya un intérvalo entre la declaracion de ausencia y la posesion provisional, ó entre la declaracion de presuncion de muerte y la posesion definitiva? Entonces no podrá ciertamente tener aplicacion el artículo que examinamos; mas no por eso el ausente quedará perjudicado, ni habrá de faltar quien se oponga y satisfaga á las reclamaciones que contra él se dirijan; y así, no pudiendo menos de presumirse que este ha sido el espíritu de los autores del proyecto, creemos que aunque en realidad ha pasado ya el primer período de la ausencia, serán aplicables las medidas provisionales de que habla el cap. 1.° de este título; y esto nos parece demasiado claro, para detenernos á demostrarlo.

Art. 332: «Pasados seis meses despues »de la desaparicion del padre ausente, sin »haberse recibido noticias suyas, se pro»verá de tutor á sus hijos menores cuan»do no exista su madre.» Lo primero que ocurre preguntar acerca de este artículo es ¿qué razon ha podido mover á los autores del proyecto á no establecer cosa alguna acerca del cuidado y vigilancia de los hijos menores hasta que trascurran seis meses? Una razon muy poderosa, y que nos manifiesta el comentador: se ha querido evitar el tomar prematura y precipitadamente una medida tan grave como la de nombrar

tutor, dando entrada á un estraño en la familia tan luego como el padre ha salido del hogar doméstico; era preciso señalar un término de espectativa, digámoslo así, en el que se adquiera la probabilidad de que efectivamente se está en el caso de ausencia y de que el padre no volverá tan pronto á reunirse con sus hijos y dispensarles su proteccion; por esto se han fijado seis meses, término que no podria ser tachado de demasiado largo. Los seis meses no siempre habrán de contarse desde la desaparicion, porque podrá suceder que verificada esta, antes de espirar el término se reciban noticias, en cuyo caso estas serán las que sirvan para el principio del plazo, como dice terminantemente el artículo.

El término de los seis meses está pues justamente señalado; pero aun pudiera hacerse la objecion de que, de cualquier modo que sea, siempre los hijos han de quedar durante él abandonados, lo cual no ha podido ser jamas la intencion de los autores del proyecto. Creemos que no se dará lugar en la práctica á que se realice semejante abandono: lo mas natural será que ya los amigos, ya los parientes mas allegados al ausente tomen bajo su proteccion á los menores; y si así no fuera el tribunal al proveer sobre la administracion de los bienes dictará las medidas oportunas que tambien podrá provocar el ministerio fiscal, cumpliendo con la confianza que la ley deposita en él; en todo caso el alcalde del domicilio deberá sin duda proveer interinamente al cuidado de la persona de los menores. Todo esto espresa el comentador al hablar del artículo; pero hubiera sido de desear encontrar este mas esplícito consignando alguna precaucion como la que adopta por ejemplo el código sardo cuando dispone (art. 104) que aun antes de espirar el término de los seis meses el consejo de familia podrá en caso de urgencia proveer á la proteccion de los hijos menores.

Dicho esto acerca del plazo que el artículo fija como base de sus disposiciones pasemos á examinar estas, para cuya exacta y clara inteligencia convendrá distinguir diferentes situaciones en que pueden encontrarse los hijos menores por la desaparicion del padre, á saber: quedar presente la madre, y seguir presente todo el tiempo de la minoría; no existir ya; ausentarse ó en fin dejar de existir.

Del primero no se habla en el artículo; pero sin embargo está resuelto implícitamente; porque diciendo que se nombrará su tutor á los hijos «cuando no exista su madre» no puede ser mas claro que existiendo ella, sigue con el cuidado y vigilancia de la familia. Seria entonces aplicable, segun advierte el comentador, el art. 164 del proyecto, que dispone que la madre sucede al padre en la patria potestad con todos sus derechos y obligaciones.

El segundo caso, que no exista la madre al tiempo de ausentarse el padre, es el de mas sencilla resolucion, y el que comprende de lleno la disposicion del artículo. Entonces se aguardan los seis meses que este prescribe; y si pasados no se han recibido noticias del padre, se procede á nombramiento de tutor.

El tercer caso parece á primera vista de dudosa resolucion; se ausentó el padre, y la madre, por aquel tiempo presente, se ausenta despues, ¿será aplicable la disposicion del artículo? Si lo es ¿en qué términos? A nuestro entender aunque no se hace mencion del caso propuesto, está implícitamente resuelto: las palabras «cuando no »exista su madre» no deben entenderse tan restringidamente que escluyan el caso de ausencia, sino por el contrario, interpretadas latamente como lo exige el interés de los menores; el mismo cuidado, la misma solicitud reclaman estos cuando no viva su madre que cuando se haya ausentado sin saberse dónde existe, ni si existe. Esto nos induce á creer que si la madre presente desaparece, y no se reciben de ella noticias, se podrá proveer de tutor á los hijos; ó mejor dicho se deberá hacer este nombramiento; y llevamos mas adelante nuestra opinion. Creemos que habrá que esperar seis meses desde la desaparicion de la

madre, sin consideracion á que esta haya ocurrido antes ó despues del mismo término de seis meses que ha empezado á correr desde la desaparicion del padre. En una palabra; para nosotros el caso de la ausencia de la madre posterior á la del padre debe gobernarse por las mismas reglas que la de este; en primer lugar porque su fundamento sigue inalterable; en segundo porque por la ausencia del padre la madre le sucedió en sus derechos y obligaciones y tiene el mismo carácter ante la ley.

Resta hablar del último supuesto que propusimos, á saber; el de que muera la madre que quedó presente á la desaparicion del padre. Entonces claro es que deberá proveerse de tutor á los hijos menores. Pero no adoptaremos ciertamente la opinion que respecto al plazo en que puede verificarse hemos consignado en el supuesto anterior, sino que haremos la siguiente distincion. Si la madre murió antes de que espiraran seis meses desde la desaparicion del padre, habrá de aguardarse á que trascurran; de otro modo se infringiria abiertam ente el artículo que examinamos; mas si la muerte de la madre ocurrió posteriormente á los seis meses, entonces el nombramiento de tutor será inmediato: en cuanto á la ausencia del padre está satisfecha la mente de la ley, y ha espirado el plazo de la espectativa: la madre está en muy distante caso que si se hubiera ausentado; no puede ya esperarse que vuelva á reunirse con sus hijos.

Hasta aquí se habrá podido observar que hemos hablado de la ausencia del padre y solo de la de la madre cuando se ha efectuado posteriormente; y en efecto no caben otros supuestos en el artículo. ¿Qué razon puede haber motivado ese silencio respecto á la ausencia de la madre? Se dirá que esta ausencia nada significa, como que el padre tiene por la ley ordinariamente la administracion de la persona y bienes de hijos; esto sin embargo no nos dá la resolucion, sino del supuesto de que quede presente el padre; pero pueden realizarse otros tres análogos á los que antes consideramos: que la madre viuda se ausente; que el padre que quedó presente se ausente despues, ó que muera. ¿Qué se habrá de hacer en estas circunstancias? Preciso es suplir de algun modo el silencio del proyecto, y á nosotros nos parece que pueden admitirse resoluciones semejantes á las que dimos hace poco; y así la desaparicion de una madre viuda sin que se reciban noticias producirá el nombramiento de tutor despues de los seis meses, la ausencia del padre que quedó presente dará igual resultado; y en fin la muerte del padre, en virtud de la que la madre le sucede en la patria potestad, si se verifica antes de los seis meses de la ausencia de aquella, producirá al cabo de este término el nombramiento de tutor, y si se verifica despues lo producirá inmediatamente. Pero repetimos que no nos conduce á estas resoluciones el contenido del artículo, sino la induccion lógica fundada en el espíritu del proyecto.

Tambien encontramos completo silencio acerca de los efectos de la ausencia del que deja hijos de un matrimonio anterior; en este caso sea el padre ó la madre el que se ausentara creemos con el comentador que habrá lugar á la disposicion del artículo, porque aunque queden presentes el padrastro ó la madrastra, no tienen sobre aquellos hijos patria potestad, ni son llamados á su tutela.

Art. 333: «El ministerio fiscal velará por »los intereses del ausente, y será oido en »todos los juicios que tengan relacion con »él, así como tambien para acreditar la »ausencia.» Fácilmente se comprende cuán acreedor es el ausente á que la ley se muestre tan propicia para con él; muchos perjuicios pudieran sobrevenirle en su fortuna y en sus derechos si su ausencia fuera indiferente para el legislador; quizás nadie se decidiera á tomar su proteccion ni su defensa, ó si la tomaban algunas personas, buscarian despues el medio de lucrarse á su costa; por otra parte no fuera estraño que aquellos que tuvieran intereses opuestos se prevaliesen de situacion tan favorable para

ellos; y así muy justamente la ley, segun espresion del comentador, dá una prueba de solicitud casi paternal hácia el ausente.

Por lo demas el presente artículo, aunque colocado el último en el título de los ausentes, tiene á cada paso aplicacion, y nosotros nos hemos valido de él con frecuencia en las diversas cuestiones que hemos examinado; por lo que no nos detendremos ahora á esplanarle, ni analizarle especialmente. Bastará por lo tanto que llamemos la atencion hácia las dos especies de intervencion que se dá al ministerio fiscal; una de ellas es la vigilancia por los intereses del ausente; otra la intervencion necesaria en todos los juicios á él relativos. Bajo el primer concepto puede y debe proponer al tribunal todas las medidas que su celo le sugiera, y será admitido á obrar directamente en nombre del ausente; bajo el segundo emitirá su dictámen sobre lo que haga y se pida en el juicio entablado, conciliando la justicia y el interés de la sociedad con la proteccion y el favor del ausente; y especialmente deberá ser oido, segun el artículo previene, siempre que se trate de acreditar la ausencia, porque de aquí es de donde puede resultar mas perjuicio para el ausente, y mas ventajas á los presentes. Todo esto es altamente benéfico para el ausente, equitativo para los presentes y honroso para el legislador; y con su consignacion esplícita se cierra dignamente el título de los ausentes del proyecto de código civil.

§ 8.° *Conclusion.*

Terminado el artículo de ausencia, no podemos prescindir de una advertencia importante. A pesar de su estension, no es en verdad un artículo completo. La materia sobre que versa comprende gran número de puntos del derecho; en la imposibilidad de tratarlos todos, y no queriendo al mismo tiempo reducir los límites de suerte que nuestro trabajo careciera de interés y de utilidad, nos propusimos hacernos cargo de aquellas materias en que la ausencia apareciera en primer término, y en tanto en cuanto se refirieran á ella. De aquí el habernos contentado á veces con meras indicaciones; reservando la mayor esplanacion para artículos especiales. Esta advertencia con que terminamos el artículo nos ahorra el haber hecho continuas remisiones, que en otro caso hubieran sido indispensables.

FIN DEL TOMO CUARTO.