

miento aun queda expuesto á que le disputen el dominio de ella.

Sin embargo, si elegida la via de prueba creyese el actor que la otra le era mas ventajosa, puede dejar aquella, y elegir la de asentamiento aun cuando litigue contra menor: segun dispone la ley 3.^a tit. 11. lib. 4.^o de la Nuev. recop., ó ley 3.^a tit. 5.^o lib. 11. de la Novis.

Vistas las diligencias que se deben hacer cuando el reo es contumaz; veamos las que se deben hacer cuando el actor lo es; y son que si no se presenta el actor en el término señalado al reo, se le condena en las costas y no se le admite á otra citacion, sino da fianzas de estar al juicio ó seguirle; y si citado no comparece se sigue adelante en la causa hasta la sentencia definitiva. *Cap. 3.^o de dolo et contum.* Si su rebeldia naciese despues de la contestacion, se le cita á él, ó su procurador si le tiene, y sino le tiene ó está ausente, se le cita por edictos fijándoles en su casa, y se sigue con la causa contra el contumaz.

De la oposicion á contestar, ó proposicion de obstáculos á entrar en juicio, llamados excepciones dilatorias.

Si el demandante trata de comparecer ante el juez que le emplaza, deberá antes de entrar en el juicio, examinar si en la persona del juez ó del demandante, en la cosa que se le pide, en el modo, tiempo, y lugar para que se le cita, hay ó concurren todas las circunstancias, que hemos dicho ser necesarias, para que el

juicio sea metódico, válido, util, y lo menos gravoso que sea posible, y si hallase que falta alguna de ellas, deberá negarse á entrar en lid hasta que se supla, por que cualquiera que falte es un verdadero obstáculo para litigar.

Para proponer estos obstáculos se conceden al reo 9 dias por la ley 1.^a tit. 5.^o lib. 4.^o de la N. recop., ó ley 1.^a tit. 7. lib. 11.^o de la Novis, contados segun la práctica de los tribunales, desde el dia del emplazamiento exclusive, cuando reside dentro de la jurisdiccion del juez que le emplazó; y si reside fuera de ella, contados desde el siguiente al último y perentorio término que el juez con consideracion á la distancia le asignó para comparecer.

Siendo la falta de estas circunstancias un obstáculo para litigar, es claro que se deberán proponer antes de contestar á la demanda, todas las que se adviertan conforme á los principios ya indicados; y que los obstáculos ó defectos que nazcan despues de la contestacion se deberán oponer luego que se omitan las circunstancias de cuya omission nacen.

Sin embargo no faltan autores, que fundados en la ley 10. tit. 17. lib. 4.^o de la nuev. recop. ó ley 2.^a tit. 16. lib. 11 de la novis., que manda que en la decision de las causas solo se atienda á la verdad, jurando no haber tenido noticia de ellas ni obrar maliciosamente, opinan que estos obstáculos nacidos, y que se han podido conocer antes de la contestacion, se pueden proponer aun despues de ella. Y entre ellos el señor Cobarrubias enseña, que la recusacion del juez puede proponerse aun despues de la conclusion de la causa.

Pract. quest. cap. 26 num. 2; y en este caso serviria para suspender el juicio comenzado, como hubiera impedido la entrada en él, si se hubiera opuesto en tiempo oportuno.

Donde quiera que nazcan estos obstáculos, y se opongan, no se puede pasar adelante sin examinarlos; y este examen es un pequeño juicio independiente del principal, y que forma en él un parentesis verdadero; v. g. la incompetencia del juez declarándose este por competente si el reo apelase al tribunal superior de esta sentencia ó declaracion, y el tribunal superior la confirmase, se habria formado y decidido en primera y segunda instancia un pequeño pleito, y asi como pendiente este no se pudiera dar un paso en el principal, asi concluido se entra en él, y se sigue como si no hubiera ocurrido tal incidente. De aqui se infiere con cuanta impropiedad han dado los autores á estos obstáculos el nombre de excepciones dilatorias.

La palabra excepcion, significa la exclusion de una regla general, que por razones particulares deja de comprender á ciertos casos; asi pues aunque por regla general el que mata á otro debe morir por ello, la razon particular que da á cada uno derecho de defenderse, exceptua de esta pena al que mata en defensa propia y hace que en este caso no tenga efecto la ley; y será una verdadera excepcion. Pero los obstáculos de que hablamos no se dirigen á impedir el efecto de las leyes ó acciones que estas conceden, sino á que se entre en juicio sin las solemnidades légitimas.

De la contestacion, réplica y contrarreplica, con la que queda fijado el estado de la cuestion.

Si el reo no tuviese que oponer obstáculo alguno á entrar en juicio, ó fuesen vencidos los que hubiese puesto, y trata de defenderse, habrá de hacerlo precisamente ó negando el hecho que sirve de fundamento á la accion, ó confesando el hecho y la accion, pero oponiendo contra ella alguna razon que la quite toda su fuerza, es decir, alguna excepcion. Y he aqui lo que verdaderamente merece nombre de tal.

Con todo, como los juristas llaman excepciones á los obstáculos referidos, distinguen dos clases de ellas; á saber *dilatorias*, y *perentorias*.

Cuenta por dilatorias, á las que solo dilatan la entrada en el juicio, y por perentorias á las que destruyen la accion del actor; y á las que solo conviene la definicion que ellos mismos dan de las excepciones, diciendo que son *exclusion de la accion*.

Como hay algunas excepciones que opuestas antes de contestar á la demanda, impiden entrar en el pleito hasta que se ventilen, y opuestas despues enervan y destruyen la accion, han llamado á estas *anomalas*, ó *mistas*, por que participan de la naturaleza de dilatorias y perentorias.

Como se opongan por dilatorias, se debe expresar en el pedimento, diciendo que se oponen en clase de tales y que de su previo anterior pronunciamiento se forma artículo.

Si el juez no las estima, ó desprecia el artículo de

no contestar que por ellas se forme, solo servirán para dilatar la entrada en el juicio; pero si las estima justas, impedirán el ingreso del pleito, y acaban por consiguiente la disputa; y por eso sin duda las llaman algunos excepciones *litis finitæ*.

Los autores refieren á las de esta clase, las de transaccion, cosa juzgada, paga, finiquito prescripcion y todas las que acreditan que el demandante produce su accion no habiéndola tenido, ó no teniéndola ya; feb. ref. part. 2ª. lib. 3º cap. 1º § 4º num. 175. Pero debe decirse y sentarse por principio que son mistas, todas las que proceden de la cosa por ser incapaz de litigarse, y no otras.

Si estas excepciones se oponen como dilatorias se deben oponer en el término señalado por ellas, que es de 9 dias, y si se oponen como perentorias, deben proponerse en el de 20, que es el término que las leyes tienen prescrito para alegar: ley 1ª. tit. 5. lib. 4º de la nuev. recop., ó ley 1ª. tit. 7º lib. 11 de la Novis.

En estos 20 dias segun feb, no se comprenden los 9 señalados para contestar, y oponer las excepciones, dilatorias, pero parece mas conforme al espíritu de las leyes lo contrario. En la Práctica siempre puede salir el resultado mismo á causa de que ademas de los 20 dias, en que debieran alegarse unas y otras excepciones, se añaden los 9 dias para acusar las tres rebeldias; y ademas extienden los autores la facultad de prorogar este término siempre que hayan nacido de una nueva causa, ó que el reo jure que han llegado nuevamente á su noticia; y cuando no alegue causa para excusar su ignorancia, con solo condenarle á satisfa-

er al actor las costas de la retardacion del juicio, cavalario enseña comp. de las inst. canónicas part. 3ª. cap. 17 que las excepciones perentorias se pueden oponer en cualquier tiempo antes de la sentencia, y las que llaman *litis finitæ* aun despues de esta en la accion *judicati*, citando en su apoyo las leyes 4ª. y 8ª. del cod. tit. 36. de excep. y á Cujacio in cap. ext. de test. et atestat.

Quando el reo niega el hecho ó hechos, que sirven de fundamento á la accion, que el actor intenta, habrá quedado fijada la cuestion. Pero si confesando el hecho opone alguna circunstancia de él, ú otro hecho posterior, que destruya la accion que nacia del primero, la disputa no versará sobre el hecho anterior, sino sobre el posterior.

Si el actor niega este, se establecerá tambien el estado de la cuestion: mas si le confiesa y alega otro alguna circunstancia que le quite toda su fuerza, se dará de nuevo traslado al reo, el que podrá ó negarle ó debilitarle con alguna excepcion. El medio que toma el reo para defenderse de la peticion del actor cuando confiesa el hecho con que la funda, se llama excepcion: la impugnacion que el actor hace de esta se llama *réplica*; y la que á esta opone el reo, tiene en la Práctica el nombre de *súplica*: nombre muy impropio, y que pudiera con igual razon aplicarse al segundo pedimento del actor, por lo que siendo impugnacion de la réplica, se llamará con mas propiedad *contrarreplica*. Aun pudiera el actor impugnar esta sin negarla, y darse lugar por consiguiente á nuevas excepciones. Pero las leyes han creído que basta la réplica y contrarre-

plica para que las partes aleguen todas las que les favorezcan, y para fijar el estado de la cuestion, lo que ademas en un caso muy raro podrán hacer en el término que se dé para probar, y asi han prohibido que se admitan mas excepciones. Ley 2ª. tit. 5. lib. 4º de la nuev. recop.; ó ley 3ª. tit. 7. lib. 11. de la Novis. A no ser que el que las presente jure no haber llegado estas á su noticia.

Si el reo que es emplazado tiene algun derecho contra el demandante, puede pedirlo ante el mismo juez ante quien ha sido citado, aunque no sea competente para el actor con tal que la materia sobre que le demande sea de la propia atribucion de este, y no perteneciente á juez por quien á instancia de dicho demandador ha sido citado, y esto se llama *reconvencion, ó mutua peticion.*

El término para proponer la reconvencion es el de 20 dias desde que se notificó la demanda. Ley 1ª. tit. 5. lib. 4º. de la Nuev. recop., ó ley 1ª. tit. 7º. lib. 11 de la Novis. En ella como se ve, es actor el reo de la primera demanda, y el actor de esta el reo. Asi la mutua peticion debe entablarse del mismo modo que la demanda. Debe notificarse y darse traslado de ella al actor de la primera, se le debe emplazar, acusar y declarar por rebelde por los mismos plazos, que á otro reo cualquiera: competen contra él los mismos remedios, caso que incurra en rebeldia, y puede oponer en su defensa las mismas excepciones que otro cualquiera demandado. La misma peticion ó reconvencion y la causa principal deben tratarse en un mismo juicio, aunque nazcan de causas muy diversas: providencia

sabia de las leyes, para que de este modo acaben de una vez las controversias que los ciudadanos puedan tener entre sí. Cavalario parte 3ª. cap. 17 de except. et mut. petition. § 5.

De la prueba principal, sus plazos y medios diferentes de darla, y primero de la vista ocular por el juez, y asociados.

Fijado por la contestacion ó excepciones el punto de cuestion, se sigue dar las pruebas para convencer al juez de los hechos dudosos que es la segunda parte del juicio.

Prueba no es otra cosa que averiguamiento que se hace en juicio en razon de alguna cosa que es dudosa, ó mas bien un acto judicial en que se convence al juez por medio de argumentos oportunos de la verdad de los hechos controvertidos. *Caval. comp. de las Instit. Can. p. 3. cap. 20.*

Los intérpretes dividen las pruebas en plenas y semi-plenas. Llamanse plenas, á aquellos argumentos que demuestran sin dejar duda alguna la verdad del hecho controvertido, y por consiguiente instruyen bastante al juez, para que por ellas solas pueda dar la sentencia. *Sala lib. 3ª. tit. 6º. § 1º.*

Como todo ciudadano se presume inocente y en justa posesion de sus derechos interin no se pruebe lo contrario, de hay es que el reo siempre tiene la presuncion á su favor; y como el que la tiene no está obligado á probar, regla general que es siempre que el reo niega el hecho en que se funda la demanda, no

está obligado á probar los fundamentos de su negacion. *Ley 2.^a Dig. de prob. cap. 23. § 4.^o ext. de elect. ley 2.^o tit. 14 part. 3.^a*

Si el actor no probase los de su afirmacion, deberá darse por libre de la demanda al reo. Y no solo debe probar el actor los hechos, en que funda su peticion; sino tambien la no existencia de otros nuevos hechos si la funda en esta negacion: v. g. si pide la herencia un sustituto por que el heredero instituido no la ha aceptado.

La no existencia de los hechos ó las proposiciones negativas no se pueden probar directamente, pero si, indirectamente atendiendo á las circunstancias del tiempo y lugar.

Ley 13 idem de probat. cap. 11 y sig. extra de probat.

Cuando el reo no niega los hechos que presenta el actor, sino que pone alguna excepcion debe probar los hechos en que la funda. *Ley 9.^o de prob.* y lo mismo sucede cuando la negacion que hace incluye en sí alguna afirmacion, y aunque no la incluya cuando la presuncion de la ley está á favor del actor. Asi cuando el reo opone á uno que no puede ser juez, abogado ó testigo, porque se lo prohíbe la ley, ó impide algun hecho, deberá probar la existencia de la ley ó del hecho, porque ademas de estar la presuncion á favor del juez, abogado, etc. esta es una excepcion que aunque parece negatoria, contiene una verdadera afirmacion. Asimismo como todos los bienes que se hallan en el matrimonio se presumen comunes, si se halla dinero ó ropa en poder de la muger (y debiera añadir Sala en poder del marido) y pidiéndolo los herederos de su difunto marido, negase ella ser de la herencia

lo habria de entregar si no probare que es suyo. Igualmente si un heredero en virtud de un testamento en que estaba instituido pidiese la herencia, y otro lo contradijese diciendo que es nulo el testamento porque no estaba en su juicio el testador cuando le otorgó, deberá este contradictor probar la falta que alega, aunque lo haga por modo de negacion porque la ley presume que todo hombre cuando testa se halla en su entero juicio.

Estos tres ejemplos pone la *ley 2.^a tit. 14. part. 3.^a* como casos en la negacion que contiene una verdadera afirmacion.

Por razon de la presuncion añade un cuarto ejemplo diciendo: que si un padre dejando á un hijo suyo cuanto le permitan las leyes, declarase en su testamento que pagasen al tal hijo cierta deuda, no deberian pagarsela los coherederos, si la negasen, á menos que el tal hijo probase ser cierta y legítima, sin duda porque no se tiene por bastante el testimonio del padre para dar por cierta la tal deuda, y se recela que con este socolor le quiere mejorar en mas de lo que la ley le permite.

Visto lo que es prueba y lo que por regla general toca al actor probar, veamos ahora cuales y cuantas son sus excepciones. Como toda obligacion nace precisamente de algun hecho ejecutado ó por el mismo demandado ó por ambos á dos, ó por algun antecesor suyo, en cuyos derechos hayan sucedido, es claro que los medios de probar ó de averiguar la verdad en el juicio, serán los mismos que se deben usar para averiguar la verdad de los hechos que pasan actualmente, ó que han sucedido en otro tiempo. De los primeros nos con-

venceremos ó por nuestra propia vista y demas sentidos, ó por el testimonio del que lo ha ejecutado, si este testimonio es en perjuicio suyo, ó por el testimonio de los que lo hayan presenciado.

De los segundos, esto es, de los que hayan sucedido en otro tiempo, nos habrémos de informar ó por los monumentos en que se consignó la memoria, ó por la tradicion que la conserva.

Segun esto los medios de prueba serán precisamente *inspeccion del juez*, ó solo, ó acompañado de peritos: la *confesion de la parte* sencillamente ó con juramento: la *deposicion de testigos* que han visto ú oído el hecho. Y finalmente los monumentos en que se conserva la memoria de él.

Estas son las especies de prueba, y á ellas se reducen las que los autores cuentan como diferentes.

Hemos contado por primera la inspeccion del juez. Esta se debe usar cuando se trata de probar hechos sujetos á los sentidos, como sucede en la denuncia de nueva obra en los pleitos en que es preciso hacer deslinde ó apeo de terrenos, reconocimiento de edificios, y en muchas causas criminales.

Si la cosa ó hecho que se trata de examinar es de un conocimiento vulgar, debe hacerlo el juez acompañado de dos testigos abonados, del escribano y las partes, y hecho el reconocimiento debe ponerlo por diligencia el escribano y firmarlo las partes y testigos.

Pero si exige para su reconocimiento la inteligencia de algun arte ú oficio particular, debe el juez valerse de personas instruidas y prácticas en él.

Cuando el reconocimiento es urgente, por ejemplo,

si se trata de reconocer el cadaver de un hombre muerto violentamente y no se hallasen prontos los peritos, debe el juez valerse del escribano y testigos, y practicar desde luego las diligencias que no piden conocimiento especial, como recoger el cadaver y el instrumento con que se hizo el homicidio, si se halla, depositar uno y otro, y ponerlo todo por diligencia el escribano, reservando para despues el reconocimiento del facultativo.

Del reconocimiento de peritos.

Los testigos que acompañan al juez cuando la inspeccion no pide conocimientos facultativos, puede nombrarlos el mismo, aunque seria mas util que las mismas partes los nombrasen. Pero cuando necesita acompañarse de peritos deben nombrarlos las partes cada una de por sí el suyo.

Los conocimientos que deben poseer los peritos han de ser conformes á la naturaleza del reconocimiento que se les encarga; y muchas veces necesitan reunir conocimientos de varias clases v. g. Trata uno de vindicar una heredad que sus mayores poseyeron cien años, que linda por un lado con el arroyo A, y por los otros con las tierras de B, C, D, que tiene tantas medidas de sembradura, y está situada en el Valle E, pagó F, y á la sazón posee el vecino G.

Supongamos que el tal demandante teniendo instrumentos para acreditar que la tal heredad fue verdaderamente poseida por sus mayores, no halla otros para averiguar la serie de sucesiones ó hechos por donde ha pasado á la posesion de G.