

tes y gastos innecesarios corten de raíz procedimientos infructuosos.

**Art. 225.** Fuera de los casos espresados en el artículo anterior, no podrá pedir el demandante posiciones, informaciones de testigos ni ninguna otra diligencia de prueba; salvo cuando por edad avanzada de algún testigo, peligro inminente de su vida, proximidad de una ausencia á punto con el cual sean difíciles ó tardías las comunicaciones, ú otro motivo poderoso, pueda esponerse el actor á perder su derecho por falta de justificación, en cuyo caso podrá pedir, y el Juez decretará, que sea examinado el testigo ó testigos que esten en las circunstancias referidas, verificándose su exámen del modo que se previene en los artículos 506 y siguientes de esta Ley.

Sentada en el *art. 222* una regla tasativa de los casos, en que pueden intentarse diligencias preparatorias para entablar las demandas, y especificadas aquellas con la claridad y precisión convenientes, no fuera menester que el *art. 223* consignara á lo menos la prohibición que comprende la primera parte; pero ya que lo ha hecho, nos detendremos únicamente lo necesario en dar algunas esplicaciones sobre varios particulares de que hace mencion específica.

*No podrá pedir el demandante.* Pudiera entenderse que lo que no es lícito al demandante se permite al demandado; y por consiguiente, que este antes de contestar á la demanda, puede este pedir que aquel evacue posiciones, ó que se le admitan informaciones de testigos ú otras diligencias de prueba. Pero debe tenerse entendido, que el *art. 223* hace únicamente mencion del demandante, porque, tratándose de la preparacion de la demanda, seria oficioso nombrar siquiera al demandado. Sin embargo, aprovecharemos esta ocasion para manifestar que, lo que no se permite al uno, tampoco debe consentirse al otro por identidad de razon. La ley no ha podido ni debido tolerar que antes del término de prueba se practiquen diligencias referentes á ella, y esa justísima prohibición debe ser comun á ambos litigantes.

*Posiciones.* Uno de los casos especiales de que hace mérito el *art. 223*, es el de la declaracion de la parte, que en el idioma del foro se denomina *posicion*, por eausa de la forma en que se

redacta la pregunta. Al tratar de la prueba por confesion en juicio, enumerada en el *art. 279*, espondremos con la latitud conveniente la doctrina relativa á las llamadas posiciones; por hoy nos limitaremos á decir, que la *Ley de enjuiciamiento* ha reproducido la legislacion sancionada por *D. Alonso el Sábio*; en esta materia, no obstante lo que la viciosa interpretacion práctica habia hecho comprender á algunos jurisconsultos, no podian presentarse posiciones antes de formalizar la demanda, ó de dar el reo la contestacion. Anteriormente indicamos que en esta parte la *Ley de enjuiciamiento* ha hecho una declaracion importante, porque evita la discordancia entre los juzgados, y ahora decimos que esa declaracion no es una novedad. "De tales preguntas como estas se pueden facer despues que el pleito es comenzado por demanda é por respuesta, é non ante," dice una ley de Partida.

Tambien las leyes recopiladas, aunque no de una manera espresa, indican el mismo pensamiento, porque siempre que hablan de posiciones y dictan reglas acerca del modo de evacuarlas, parten del supuesto de que el pleito se haya comenzado. La razon en que se fundaron aquellas leyes, que es la misma que ha tenido presente la de *enjuiciamiento*, es la que manifestamos en las *observaciones* espuestas al principio de esta *seccion*. Sin embargo, las *leyes de la Nov. Recop.*, permiten que la parte pueda pedir el reconocimiento del vale privado para preparar la accion ejecutiva.

*Informaciones de testigos.* La prueba testifical necesita ir acompañada de ciertas condiciones que no seria fácil llenar antes de contestar á la demanda para merecer crédito legal. Mas, aunque no se tuviese en cuenta esta razon, bastaria la poderosísima de que se invertiria la marcha natural del juicio, si se admitiesen antes de formalizar la demanda ó de contestar el demandado. Ambos, en ese caso, podrian modificar y sujetar sus acciones ó escepciones á lo que se desprendiese de la prueba, y con armas ya preparadas entrarian en el debate.

No creemos que será inoportuno llamar la atencion de los jueces hácia esta materia; hemos tenido ocasion de lamentar descuidos trascendentales en esta parte; hemos visto muchos expedientes en los cuales despues de reconocer crecido número de fojas, no se conocia la indole del asunto, porque la tolerancia ile-

gal habia permitido la práctica de diligencias encaminadas maliciosa, pero sagazmente, á preparar una accion de éxito seguro, supuesto habian cerrado el camino á toda clase de defensas. Los jueces no deben tolerarlas; deben no oír á los que comparecen solicitando la práctica de actuaciones que pueden dar por resultado la determinacion de una accion civil, acordando que no há lugar, ó lo que se solicita, ó que la parte pida con arreglo á derecho, *ley 2.<sup>a</sup>, tit. 16, Part. 3.<sup>a</sup>*

Pero es preciso no confundir las especies, á fin de no incurrir en errores que pueden ser irremediables. Sabido es, que de ciertos hechos nacen una accion civil y otra criminal: y no es menos cierto y notorio que antes de formalizar acusacion formal, en la que se proponga ya la accion criminal, se justifica por informaciones testificales, ya la existencia del hecho penable, ya la responsabilidad de su autor. Pues bien, como pudiera acontecer que se pidiese la práctica de aquellas para justificar un hecho y entablar despues la accion procedente, acaso un juez estricto observador de la ley se negara á admitirlas, lo cual seria en sumo grado pernicioso, porque diera tal vez ocasion á que quedase impune un delito, que en otro caso se probara. Para evitar estos inconvenientes, las partes cuidarán de espresar en sus escritos el objeto que se proponen al pedir que se les permita dar la informacion, y si no lo hicieren, los jueces la desestimarán; mas cuando espresen que quieren preparar la accion criminal, deberán admitirlas.

Esceptuáanse varios casos de la prohibicion mencionada, se permite pedir, y los jueces tienen que acordar, y recibir declaracion al testigo ó testigos que se hallen en ciertas circunstancias. El *art. 223* especifica algunas, y concluye sentando la regla general, *ú otro motivo poderoso*. Quisiéramos que jamás tuviesen las leyes que verse en la necesidad de establecer esas reglas que, aunque calificadas por alguna circunstancia que indique su estension, al cabo dejan á la arbitrariedad paso franco, porque la responsabilidad judicial no debe alcanzar á los casos en que el acierto depende del mejor criterio en la apreciacion. Sin embargo, alguna vez, como en la de que se trata, no puede prescindirse de fijar aquella regla indeterminada, so pena de que el rigorismo de ciertas teorías elevadas á leyes valgan mas que

la realidad, sin correr el riesgo de que por evitar males eventuales y de menor trascendencia se caiga en otros positivos por la fuerza de los acontecimientos, y tal vez mayores que los otros por sus funestas consecuencias.

Prescribiendo la *Ley de enjuiciamiento* los casos en que pueden examinarse los testigos antes de comenzar el pleito por demanda, reproduce, reasumidas, las reglas y los casos consignados en la *ley 2.<sup>a</sup>, tit. 16, Part. 3.<sup>a</sup>* Prohibe esta que se admitan informaciones en aquel estado del negocio, salvo cuando sean las cosas de tal naturaleza que, si antes no se recibieran, pudiera ser que el demandado ó el demandante perdiesen su derecho, que es lo mismo que se dá como causa justificativa de la escepcion del *artículo 223*.

*Edad avanzada del testigo.* Si fuesen viejos los testigos, dice la ley citada de Partida; pero no determina la edad, como tampoco la de *enjuiciamiento*. La prudencia del juez la fijará.

*Peligro inminente de su vida.* Varias pueden ser las causas que produzcan el peligro inminente, supuesto no basta el ordinario, en que está siempre el hombre, de morir. La ley de Partida señala como causas del peligro, la enfermedad del testigo, el hallarse aparejado para ir en hueste, ó en romería, y estos sin duda son los casos que se comprenden en la causa arriba trascrita del *art. 223*, supuesto que es inminente el peligro.

*Proximidad de ausencia á punto en el cual sean dificiles las comunicaciones, etc.* En nuestra opinion este es el mismo caso que en el último lugar menciona la ley citada. Pero si bien en todo lo referido caminan de conformidad ambas leyes, necesitamos averiguar si otros espresados en las de *D. Alonso*, se hallan comprendidos en la de *enjuiciamiento*, supuesto que caso negativo no pertenecerian ya á la jurisprudencia vigente.

*U otro motivo poderoso.* Estas palabras aisladas dirian tanto que nada significaran; mas como la misma ley que las usa indica mas adelante las consecuencias que aquel llevaria en pos de sí y que trata de evitar, se concibe que será motivo para admitir con anterioridad á la demanda informacion testifical, aquel que impidiera ó dificultara la práctica de la prueba testifical, en términos que por falta de esta hubiere de perder su derecho el que quisiere utilizarlas. Y como los sucesos son tan complicados y

suelen ocurrir algunos tan inesperados y extraordinarios que la imaginacion no los preve, el juez será el que los califique cuando ocurran; y si observa que puede realizarse el temor de la Ley, debe admitir y hacer practicar las informaciones que se intentaren.

Y se comprenderán en esa regla genérica de la *Ley de enjuiciamiento*, el caso de adopción, v. gr., de que hace mérito la *ley 4, tit. 16, Part. 3.*, cuando el padre adoptivo hubiese hecho al hijo alguna dádiva, ó prometido alguna heredad, ó señalado algunas rentas, si sobre ello quisiese hacer informacion para asegurar su derecho en lo futuro? ¿Se comprenderá el dealzada de que trata la *ley 5, del mismo título y Partida*, cuando quisiese hacer justificacion de que la hizo antes de presentarse ante el Superior que de ella haya de conocer? No son estas ciertamente circunstancias ó motivos de temor de la pérdida del derecho, ni análogos á los citados en la *ley 2.* y en la de *enjuiciamiento*; lo primero, porque el temor que en efecto puede existir, es el mismo que es de recelar siempre que se trate de derechos futuros, no justificados por títulos perpétuos; y lo segundo, porque mas que una informacion testifical, lo que se pretende en esos casos es la confeccion de un instrumento estrajudicial, pero autorizado, no para demandar por entonces, sino para constituir y poseer un instrumento público y solemne que sirva de título otro dia para probar un derecho.

Concluye el *art. 223* mandando que, cuando por las causas indicadas sea admisible la informacion, la haga practicar el juez con las formalidades que prescriben el *art. 306 y siguientes*. Claro es que debe ser así, porque tratándose de que la justificacion testifical que se ha de practicar anticipada y fuera del término único que la ley concede sirva para probar en los pleitos, se tendrán que llenar los requisitos que para merecer crédito las pruebas, son necesarios ya que se dispense la época.

## SECCION SEGUNDA.

## DE LA DEMANDA Y ENPLAZAMIENTO.

## Observaciones.

El objeto de las disposiciones que encierra la *seccion 2.ª del título 7.º* es de los mas interesantes que corresponden á la *Ley de enjuiciamiento*: trátase en ella de las demandas, y con solo proferir esta palabra, cualquiera que conozca prácticamente los asuntos forenses, se deliene y comprende cuanto hay que saber, y cuanto que estudiar y meditar para cumplir honrosamente con los deberes del patronato.

Nuestros lectores nos habrán de permitir que, reconociendo las dificultades que se tocan á cada paso, para colocar en una posicion conveniente y perfecta el edificio que se va á construir, llamemos su atencion, para rogar á todos que, antes de decidirse á obrar, mediten con detenimiento y escrupulosidad lo que van á hacer. De la buena ó mala eleccion en la demanda; de la legalidad relativa de esta; de la conformidad de las pruebas que se posean con lo que se pida en esa gestion fundamental del juicio, depende ordinariamente el éxito favorable ó adverso, porque la sentencia tiene que ser conforme con la demanda, y si la accion que procede no es la entablada; si pudiendo utilizarse dos, se escoge la menos favorable, la menos útil, la mas espuesta á las contingencias desfavorables de los negocios, ya que no civil, moralmente será responsable la que eligio; y su fama, su reputacion científica correrán grave riesgo por culpa propia, por impremeditacion censurable. El que por ejemplo en representacion del dueño entabla la accion petitoria cuando podia proponer la posesoria, por indiscrecion compromete el porvenir de su cliente; porque voluntariamente abandona una accion que podia deducirse en juicio en primer término, á reserva de promover la otra si resultase vencido en aquel. El que pudiendo utilizar una demanda alternativa, la propone desde luego determinada; el que elige la accion civil en vez de la criminal, cuando puede serle esta mas provechosa y de facil justificacion, como v. g., en caso de falsedad de un instrumento público ó