

principal; lo cual nos parece demasiado riguroso (1) (V. sobre esta delicada materia las sentencias citadas por M. Devilleneuve, y sus observaciones, art. 1850, part. II, pág. 1). Por lo demás tendremos que volver sobre este punto cuando tratemos del incidente para que se declare una pieza falsa.

256. El argumento á contrario que se puede pretender deducir contra nuestra opinion, del testo del art. 252, es tanto mas débil, cuanto que este artículo tiene otro objeto, el de reproducir una disposicion de la ordenanza (tit. XX, art. 2.º), que fué en 1667 una innovacion conveniente. Hasta esta época, los litigantes se notificaban las informaciones, réplicas y dúplicas, hasta ponerse de acuerdo respecto de los hechos que habia que probar. Este abuso se suprimió entonces. De aquí el simple escrito de conclusion sin escrituras ni reclamacion, de que trata el Código de procedimiento, escrito que segun la idea de los redactores, no se opone á una notificacion en que no pensaban, sino mas bien á una reclamacion desarrollada, la cual rechaza el Código, en cuanto no se pondria en cuenta (tarifa, art. 71). No se trata en último resultado sino de una cuestion de tarifa, y no de una nulidad. Esta articulacion de los hechos no es mas que la ejecucion del principio sentado por Beaumanoir (loc. cit.), sobre que la parte que quiere hacer oír testigos, debe advertir á los oidores los artículos sobre los cuales quiere que se oiga á aquellos. «La parte contraria debe igualmente con una simple acta ó escrito (sent. cit. 252) denegar ó reconocer los hechos en tres dias. Se cree generalmente, segun lo ha juzgado el tribunal de Colmar en 6 de junio de 1822, que este término no es fatal, y que se puede denegar mientras que el contrario no ha tomado acta del silencio del que no deniega. Además, la articulacion de los hechos anticipadamente no se prescribe bajo pena de caducidad, salvo pedir la parte contraria, cuando se han articulado los hechos en la barra, un término para explicarse (cas. 21 de junio de 1837; Colmar 24 de noviembre de 1857).

Si no hay denegacion, pueden considerarse los hechos, dice la ley, por confesados ó verídicos. De aquí debe deducirse, no tan solo, lo cual es evidente, que en los casos en que no hace prueba la confesion, como en las cuestiones de separacion de cuerpos, de-

(1) En el caso de la ley *si contendat*, hay que observar que no se obliga al acreedor á obrar, sino solamente á dividir la accion intentada por él.

berá mandarse siempre que se proceda á la informacion; pero en todo caso el juez estará autorizado para apreciar los motivos del silencio del procurador por ejemplo, la falta de poderes ó la ausencia de su cliente, y para concederle un nuevo término.

257. Suponiendo que se nieguen los hechos, no se debe recibir la prueba (art. 353, *ibid.*), sino con dos condiciones: primera, que sean admisibles, es decir, concluyentes y verosímiles en sí mismos, segun hemos explicado en nuestras nociones generales sobre la marcha de la prueba; segunda, que la ley no prohiba su prueba, bien sea porque prohiba la revelacion del hecho mismo, como si se tratase de una filiacion incestuosa ó adulterina, bien porque prohiba solamente la prueba por testigos, como en los numerosos casos en que hemos visto que no se admite esta prueba. La primera de estas condiciones, la referente á la admisibilidad de los hechos, se deja á la apreciacion del juez (sent. deneg. de 21 de junio de 1827) (1). Solo la segunda condicion, la concerniente á la estension de las prohibiciones legales, puede dar lugar á un recurso de casacion. Por lo demás, el tribunal, al conformarse con las mismas restricciones, tiene siempre la facultad de ordenar la prueba de oficio (art. 254, *ibid.*). Por el contrario, no está obligado á ordenarla, por el solo hecho de reclamarlo una parte, aun suponiendo que concurren todas las condiciones exigidas, si los demás documentos de la causa bastan para ilustrarle (sent. deneg. de 9 de noviembre de 1814 y de 18 de agosto de 1836).

La prueba contraria es de derecho (art. 256, *ibid.*). Pero no debe confundirse la contra-informacion en que se recibe esta prueba contraria, con la informacion igualmente principal, que se dirige á acreditar hechos diferentes, y no tan solo á contradecir las acciones del demandante. Así, si se hiciera una informacion para acreditar en contra mia la existencia de un crédito de ciento cincuenta francos á lo mas, podria, por mi parte, sin haber hecho reserva alguna en el juicio contradictorio, citar testigos para justificar que jamás habia contraido semejante deuda. Pero si sostuviera que hubo pago ó remision, alegaria un hecho nuevo, respecto del cual

(1) Es preciso, no obstante, que el juez especifique los motivos de la no admisibilidad de los hechos. No habria, pues, lugar al recurso de casacion por falta de motivos, si se limitase la sentencia á declarar la *prueba de tal ó cual hecho no admisible por testigos* (cas. 21 de agosto de 1840).

necesitaria obtener autorizacion especial para hacer prueba por testigos. Esta segunda informacion podria dar lugar á su vez á una contra-informacion de parte del demandante primitivo.

Si la contra-informacion no puede dirigirse sobre hechos que no son la negacion directa de los que alega el demandante, ¿podrá éste hacer dirigir la informacion sobre puntos que no han sido consignados en la providencia, donde están espresados los hechos que hay que probar? (art. 255, *ibid.*). Nadie duda que el juez comisario puede negarse á oír las declaraciones que se salieren del círculo trazado por el tribunal. Pero si de hecho se han recibido semejantes declaraciones, se pregunta si se permitirá á los jueces hacerse cargo de ellas para motivar su decision. En favor de la afirmativa, admitida por sentencia denegatoria de 4 de febrero de 1856, se dice, que al articular el tribunal los hechos sobre que debe dirigirse la informacion, quiere sujetar á las partes, mas no sujetarse él mismo; que con tal que él estime verdaderos en su conciencia los puntos que resultan de la informacion, poco importa que estos puntos figuren anticipadamente en tal ó cual acta. Encontramos mas conforme con el espíritu de la ley una sentencia de 6 de julio de 1840, en que el tribunal de Burdeos rehusó al demandante la facultad de hacer oír testigos sobre hechos nuevos, por temor de que esta facultad llegara á ser un lazo para el demandado, si, reducido á tan cortos plazos, no pudiera contradecir alegaciones enteramente imprevistas. Esta doctrina respeta mas el principio de la libertad de la defensa que exige una completa igualdad de posicion entre ambas partes (1). En último resultado no se compromete la independencia del juez, puesto que puede siempre ordenar una segunda informacion, si en la primera ha tomado una nueva fase el litigio.

258. Por temor de no dar demasiada facilidad para seducir á los testigos, nuestro Código de procedimiento, así como el de Austria (Cód. de 1782, §. 210), se ha separado aquí de la latitud concedida de ordinario á las partes para la ejecucion de las providen-

(1) Pero es avanzar demasiado en nuestro juicio, decidir con el tribunal de Burdeos (sent. de 16 de junio de 1830) que no puede dirigirse la prueba sobre hechos nuevos, aun con el consentimiento de la parte contraria. Entonces no hay ya lazo alguno que temer. Por eso hemos reconocido que es admisible la prueba testimonial en caso de avenirse á ello las partes interesadas (núm. 177).

cias interlocutorias, estableciendo plazos de ocho dias, el uno para abrir y el otro para terminar la informacion.

El primero de estos plazos (Cód. de proc., art. 257) corre respecto de las sentencias contradictorias, desde la notificacion al procurador y respecto de los juicios en rebeldía no susceptibles de oposicion (*ibid.*, art. 155), á contar desde la notificacion personal ó á domicilio. «Si la sentencia es susceptible de oposicion, añade el art. 257, el plazo correrá desde el dia en que espiren los plazos de la oposicion.» No hay dificultad alguna si se trata de un juicio en rebeldía por falta de conclusiones. Los ocho dias para la informacion comienzan despues que espira el primer plazo de ocho dias, contado desde la notificacion al procurador, plazo durante el cual es admisible la oposicion (*ibid.*, art. 157). Si se trata de rebeldía por falta de comparecencia, la oposicion segun los términos del art. 158, es admisible hasta la ejecucion de la sentencia. Pero esta es la apertura misma de la informacion. Si, pues, esta ejecucion fuese el punto de partida del plazo de ocho dias establecido por el art. 257, seria preciso decir que la ley concede ocho dias para hacer la informacion, á contar desde que se abre la informacion, lo cual implica contradiccion evidentemente. La opinion mas justa que ha puesto perfectamente en claro Boitard (comentario sobre este art. 257), consiste en suponer que el legislador no ha tenido presente la distincion que habia introducido, contraria á la ordenanza de 1667, entre las dos clases de rebeldía; y que en su consecuencia, tanto en el segundo caso como en el primero, los plazos de la oposicion deben entenderse, como en otro tiempo, de un plazo de ocho dias, contado desde la notificacion de la sentencia. En último resultado se trata de examinar, no hasta cuando es admisible la oposicion, porque lo es efectivamente hasta la apertura de la informacion, sino durante qué plazo la facultad de formar la oposicion suspende la ejecucion de la sentencia. Pues bien, este plazo es aquí como en cualquiera otra parte (*ibid.*, art. 155), de ocho dias, contados desde la notificacion. Los *plazos de la oposicion* no son, pues, otros que los plazos durante los cuales se suspende la ejecucion de la sentencia, por razon de la facultad de la oposicion. Estos plazos se confunden con los de la oposicion, en el caso de rebeldía por falta de concluir; al contrario, en el caso de rebeldía por falta de comparecer, el plazo de ocho dias no tiene otro efecto que el de suspender la ejecucion, permaneciendo la oposicion admisible en

los ocho dias siguientes, mientras no se ejecute la informacion.

El plazo para interponer apelacion no es suspensivo (Orleans 5 de mayo de 1849); pero interpuesta la apelacion y lo mismo, formada la oposicion, producen su efecto ordinario en sentido contrario á lo que tenia lugar por la ordenanza de 1667, tít. XXII, artículo 2.º)

Sin atenerse al adagio: *Nadie se escluye á si mismo*, adagio que aplicaba la ordenanza de 1667, la ley, por causa de celeridad y de economía, quiere que la notificacion de la sentencia haga correr los plazos para abrir la informacion, no solamente contra la parte adversaria, sino tambien contra aquella misma que ha hecho notificar la sentencia.

259. En cuanto á las nulidades que pueden resultar, ya de la inobservancia de estos plazos, ya de la irregularidad de las notificaciones hechas á las partes y á los testigos, seria salirnos de nuestro asunto detenernos en ellas; puede el lector acudir á las obras especiales sobre el procedimiento. Observemos solamente, que el punto de partida de estos plazos tan rigurosos es una notificacion que puede tardar en hacerse, y que tarda con frecuencia en la práctica. Se puede, pues, en el intervalo, sondear á los testigos y la brevedad del tiempo que la sigue no es mas que un remedio ilusorio (1). Vamos á ver que no es esta contradiccion la única que ofrece el sistema de la ley.

260. La ordenanza de 1667 (tít. XXII, art. 2) quiso que la informacion se abriera efectivamente en los ocho dias siguientes á la notificacion. Contando desde esta, comenzaba el segundo plazo de ocho dias, en el cual debia terminarse la informacion. Así, salvo que se prorogara por justas causas, todo debia terminarse en los quince dias siguientes á la notificacion. El negocio debia, pues, marchar con extrema rapidez; mas por desgracia este sistema era frecuentemente impracticable. Como en él no se tenia cuenta de la distancia de los testigos, sucedia frecuentemente que el juez no tenia ningun testigo presente que oír en los ocho dias siguientes á la notificacion, y entonces se ejecutaba la ley de un modo irrisorio,

(1) No esplicándose la ley sobre la tardanza en hacer la notificacion, seria una cosa arbitraria que la parte contraria quisiera hacer pronunciar la caducidad del derecho de provocar la informacion; ella es quien debe notificar para hacer correr los plazos (Burgos 19 de marzo de 1851).

citando á la primera persona que habia acudido, la cual declaraba no saber nada sobre los hechos alegados.

El plazo de ocho dias contados desde esta declaracion ficticia, llegaba á ser á su vez insuficiente, y era preciso de toda necesidad obtener una próroga. El Código de procedimiento, convirtiendo en ley un espediente imaginado por los prácticos, no ha querido exigir, lo cual es frecuentemente imposible en un corto plazo, la apertura real de la informacion. «La informacion, dice el art. 259, «se considera comenzada, para cada una de las partes respectivamente, por la ordenanza que obtiene del juez comisario, al efecto de citar á los testigos en el dia y hora por él indicados.» Pero el punto de partida del segundo plazo de ocho dias, que se dá para acabar la informacion, no está fijado como en otro tiempo. «La informacion, dice el art. 278, terminará respectivamente en los ocho dias, contados desde el en que se oiga á los primeros testigos.» El dia de este exámen, es decir, de la apertura real de la informacion, se deja á discrecion del juez, que debe combinar los plazos de las citaciones, de suerte que puedan los testigos mas remotos hacer su declaracion antes de espirar el tiempo fijado, salvo la próroga mandada en la sentencia interlocutoria, sea anticipadamente, sea á peticion de las partes durante los plazos (*ibid*, artículos 278 y 279). Las palabras *terminará respectivamente* se entienden, segun las observaciones del Tribunal, en el sentido de que la informacion y la contra-informacion puede tener cada una su punto de partida especial, con tal que cada una de ellas no absorba mas de ocho dias, comprendiéndose en ellos el del exámen de los primeros testigos. Véase, pues, que hay un segundo intervalo indefinido entre la apertura ficticia de la informacion por la entrega de la ordenanza del juez comisario y la apertura real que tiene lugar cuando se oye la primera declaracion. Estamos lejos de criticar la modificacion racional que ha experimentado el sistema de la Ordenanza; ¿pero qué llega á ser entonces esa extrema aceleracion del procedimiento que se supone necesario para prevenir el soborno? No es necesario tanto tiempo para seducir á un testigo que no pueda conseguirse cuando se tiene para ello dos intervalos indefinidos, unidos á dos plazos de ocho dias. Pero no es esto todo. La ordenanza exigia que se prosiguiera la informacion, no obstante oposicion ó apelacion, lo cual era riguroso pero perfectamente consecutivo. Habiendo abandonado el Código de procedimiento este

sistema, es claro que se puede procurar un espacio de tiempo considerable por la vía de la oposicion ó de la apelacion y frustrar de esta suerte todas las combinaciones del legislador. Despues de esto, ¿qué se debe pensar de las decisiones judiciales (V. especialmente una sentencia del tribunal de Pau de 28 de noviembre de 1837), que no conceden, despues de la notificacion de la providencia confirmatoria, mas que la parte del plazo para hacer la informacion que restaba que trascurrir cuando se interpuso la apelacion? ¿De suerte que si hubiera tenido lugar la apelacion, á contar desde la notificacion de la sentencia de primera instancia, solo quedaria á lo mas un dia para abrir la informacion, contando desde la notificacion de la sentencia confirmatoria? ¿Cómo no se ha conocido que este rigor era enteramente inútil, cuando habian tenido las partes á su disposicion todo el intervalo que precede al procedimiento de apelacion y toda la duracion de este procedimiento? El resultado mas claro de este sistema contradictorio es la multiplicacion de nulidades, cuya utilidad está lejos de hallarse probada (1). A estas nulidades vienen á unirse todas las nulidades de formas de que se halla erizado el procedimiento. «Podriamos tomarnos, dice M. Lavielle (loc. cit.), la triste y penosa satisfaccion de calcular los millones (2) abismados en estas inútiles informaciones.... Hay un medio corto y sencillo de corregir este largo título de las informaciones, y es suprimirlo completamente, aliviando de ellas al Código, al litigante y al juez.» En cuanto á los plazos, seguian por lo menos ciertos parlamentos en otro tiempo una marcha mas prudente. En el Repertorio de Merlin (V.º ENQUETE, §. II, art. 1), leemos: «No sucede así en Bearn y en Navarra, donde no se sigue la ordenanza de 1667; las partes están á tiempo de comenzar y de producir sus informaciones hasta la sentencia definitiva, y si no las producen despues de ciertos plazos que se les conceden, se procede á sentenciar en el estado en que se halla el proceso. Este temor realiza solo el bien que ha tenido por objeto la ordenanza fijando los plazos para

(1) Este sistema es tanto más riguroso cuanto que segun los términos de una sentencia de casacion de 11 de diciembre de 1850, la nulidad pronunciada por el art. 278, en el caso de no haberse estendido la informacion en los ocho dias, se refiere á toda la informacion, y no solamente á las declaraciones hechas despues de los ocho dias.

(2) Una informacion cuesta, por término medio, de 300 á 400 francos, y no es raro que se eleve el coste á 2,000 francos.

»comenzar y acabar la informacion, y no se vé privada una de las partes del derecho de hacer que se proceda á ella sino porque así lo quiere.»

261. No obstante, es una gran mejora introducida por el Código á la marcha de la ordenanza, la admision de las partes á la informacion (*ibid.*, art. 261), en la que antes cada testigo declaraba solo ante el juez comisario, no llamándose á las partes mas que á la prestacion del juramento de los testigos que se hacia entonces colectiva y anticipadamente. Practicada bajo el imperio del decreto de 7 de fructidor año III, se reconoció ser tan útil esta admision para comprobar las declaraciones que prevaleció en el Consejo de Estado, á pesar de la repugnancia de la opinion, entonces muy en voga, que se adheria con complacencia á los procedimientos de lo pasado.

Citase á la parte tres dias por lo menos antes del exámen en el domicilio de su procurador (1). Aquí la ley no indica espresamente, como lo hace respecto de la citacion de los testigos (*ibid.*, art. 260), un aumento de plazo por razon de la distancia del domicilio de la parte. Muchos tribunales de apelacion juzgaron desde entonces que era fijo el término de tres dias; conclusion deplorable que ponía en la imposibilidad de asistir á la informacion ó á lo menos de enviar á tiempo noticias útiles á las personas que no se encontraban en la poblacion. El tribunal de casacion se ha penetrado del verdadero espíritu de la ley, decidiendo por sentencia de casacion, en secciones reunidas, el 28 de enero de 1826, que debe suplirse el plazo de próroga.

262. La citacion de los testigos segun los términos de la ordenanza de 1667 (tit. XXII, art. 6) debia marcar solamente *el dia y la hora para comparecer*. Puesto que se quiere que no pueda preparar el testigo su declaracion, no es necesario hacerle conocer anticipadamente los puntos sobre que debe declarar, segun la sabia disposicion establecida por el Código de procedimiento de Austria (§. 205). Así el tribunal habia propuesto que no se comunicara á los testigos la parte dispositiva de la providencia, como se practica en lo criminal, lo cual hubiera economizado al mismo tiempo los gastos. El Consejo de Estado no ha tenido en cuenta esta observacion,

(1) El Código de procedimientos quiere que se haga la citacion por medio del procurador, siendo nula la citacion personal ó á domicilio (Burdos 9 de mayo de 1834).

y el legislador quiere que se dé copia á cada testigo (Cód. de proc., artículo 260) de la parte dispositiva en lo concerniente á los hechos admitidos.

263. Cuando se anula la informacion, ¿se puede mandar otra nueva? Para decidir sobre esto debe hacerse una distincion que domina toda la materia, y que consiste en ver á quién es imputable la nulidad. Si proviene del juez comisario (*ibid.*, art. 292), vuelve á comenzarse la informacion á su costa. Pero ¿puede entonces hacerse oír nuevos testigos ó hay que limitarse á citar á los mismos refiriéndose á la primera informacion, si algunos de ellos se hallan en imposibilidad de declarar? No hay duda, que en lo relativo á los gastos, no se pueden hacer nuevas citaciones á cargo del juez condenado. Pero ¿por qué no ha de poder el demandante estar autorizado para citar á nuevos testigos á su costa, salvo al demandado el usar de la misma facultad para su contra-informacion? Tal parece haber sido el pensamiento de los redactores de la Ordenanza de 1667, puesto que se preguntó en la discusion si seria posible hacer oír á los mismos testigos, aun cuando hubieran empeñado su fé en las primeras declaraciones, y quedó así decidido. Pues bien, la controversia solo prueba que se entendía autorizar el exámen de testigos; de otra suerte, la informacion hubiera quedado reducida á nada para los que se negaran á admitir los antiguos. ¿Hay algun motivo para ser mas riguroso en el dia? Una sentencia del tribunal de Limoges del 13 de junio de 1818, ha decidido en este sentido (en sentido contrario, Rennes, 28 de julio 1814; Crenoble, 17 de mayo de 1817).

Pero si la nulidad proviene del procurador ó del escribano (*ibid.*, artículo 293), se ha temido que un concierto fraudulento entre este funcionario y su cliente procurara á éste último la facultad de volverse contra una informacion desfavorable, y se decidió que no podrá volver á comenzarse la informacion, salvo reclamar la parte la indemnizacion de daños y perjuicios (2). Es permiti-

(2) Muchos tribunales de apelacion en sus observaciones sobre el proyecto habian criticado esta disposicion. El peligro de colusion que ha atacado el legislador, no es tan grave como parece. No teniendo nunca una parte el derecho de pedir la nulidad de su propia informacion, debe suponerse que el adversario cree tener tambien interés en hacerla anular; así no se encuentra el peligro previsto sino en circunstancias enteramente particulares, por las que es difícil motivar una nulidad pronunciada para todos los casos.

do eludir esta prohibicion, autorizando al juez para comenzar de oficio la informacion, cuya solicitud no se admite ya á las partes. La cuestion se controvierte vivamente. Invócase por la afirmativa el disfavor de la caducidad en un procedimiento tan erizado de nulidades, y los términos generales del art. 254 del Código de procedimiento sobre la informacion mandada de oficio. Pero es preciso confesarlo; el texto del art. 293, prohibiendo con razon ó sin ella, que vuelva á comenzarse la informacion, apenas se presta á una interpretacion tan benigna (Bourges, 30 de mayo de 1831 y 20 de nov. de 1838). Admitiendo con dificultad esta decision, no debe por lo menos estenderse á una hipótesis en que no es aplicable la letra de la ley, al caso de simple caducidad por inobservancia de los plazos. Entonces se reproduce en toda su fuerza el principio de que los jueces tienen siempre el derecho de no sentenciar sino por informaciones (sent. dec. de 12 de diciembre de 1825; Tolosa, 2 de abril de 1845; Burdeos, 25 de agosto de 1850; Bactia, 2 de abril de 1855). En todos los casos, es incontestable que la prohibicion de volver á principiár la informacion, no puede aplicarse á las materias que interesan al órden público, especialmente á las demandas para separacion de cuerpos (Caen, 24 de abril de 1839; Dyon, 25 de mayo de 1845). Importa á la sociedad que semejantes demandas no se rechacen con simples medios de procedimientos, y por otra parte, el recurso contra el oficial ministerial no ofrecería en semejante caso á la parte perjudicada mas que una garantía irrisoria.

El Código de procedimiento piemontés (art. 316) permite en todos los casos el renovar la informacion.

Las leyes españolas admiten las informaciones de testigos para perpetua memoria y las acciones provocatorias en general, á que se refiere M. Bonnier en los números 254 y 255. Respecto de las primeras, las leyes 1.<sup>a</sup>, tít. 12, y 2.<sup>a</sup> y siguientes, tít. 16, Part. 3.<sup>a</sup> contienen varias disposiciones, que ha venido á ratificar la nueva ley de Enjuiciamiento civil. En efecto, en sus artículos 1359 y siguientes, dispone que los jueces admitirán y harán se practiquen las informaciones que ante ellos se promovieren, con tal que no se refieran á hechos de que pueda resultar perjuicio á una persona conocida y determinada, y el art. 1360 previene, que si admitida una informacion y estándose practicando, se formulare oposicion á ella, se sustanciará en la vía ordinaria. Acerca del modo de practicarse estas informaciones, pueden verse los artículos 1361 al 1366. En el título que trata del juicio ordinario, y como preparacion del mismo, permite la

nueva ley que se pidan y practiquen informaciones, conforme tambien en esto con las leyes 1.<sup>a</sup>, tít. 12, y 2.<sup>a</sup>, tít. 16 de las Partidas citadas. Así, en su art. 223, previene, que el demandante podrá pedir informaciones cuando por edad avanzada de algun testigo, peligro inminente de su vida, proximidad de una ausencia á punto con el cual sean difíciles ó tardas las comunicaciones, ú otro motivo poderoso, pueda esponerse el actor á perder su derecho por falta de justificacion; en tal caso, el Juez decretará que sea examinado el testigo ó testigos que estén en las circunstancias referidas, verificándose su exámen del modo que se previene en los arts. 306 y siguientes de dicha ley de Enjuiciamiento, que vamos á esponer aquí.

No deben confundirse estas informaciones con las que tienen lugar en los interdictos y otros juicios sumarios, antes de citar al demandado para justificar el demandante los hechos que sienta en su solicitud, con el objeto de que se le atribuya interinamente un derecho, sin perjuicio de lo que resulte por lo que aparezca probado en la ulterior sustanciacion del litigio con audiencia de los interesados. (Véanse los artículos 710 y 724, entre otros, de la nueva ley de Enjuiciamiento.

Acerca de las acciones provocatorias concócese en nuestro derecho, primeramente la demanda llamada de jactancia, sobre la cual dispone la ley 46, tít. 2.<sup>o</sup>, Part. 3.<sup>o</sup>, que cuando alguno va diciendo de otro cosas que pueden causarle perjuicio ó menoscabo, como si dijera que la hacienda que poseia como propia no era suya en realidad por haberla adquirido por medios ilícitos ó injustos, puede pedir al juez el agraviado que obligue al jactancioso á poner demanda para probar sus manifestaciones ó á desdecirse judicialmente de ellas, ó á darle la satisfaccion que corresponda, y siendo rebelde ó contumaz el ofensor en la presentacion de la demanda ó en la deducción ó prueba del derecho ó accion que creyere tener, debe el juez imponerle perpétuo silencio, y desechar en lo sucesivo cualquier demanda que intentare sobre el asunto, y aplicarle la pena á que fuere acreedor, si los dichos que propaló encerraren injuria ó calumnia.

Tambien conocen nuestras leyes el derecho conocido con el nombre de beneficio de division á que se refiere M. Bonnier, que tiene el fiador, reconvenido por toda la deuda para obligar al acreedor á dividir su accion entre los demás fiadores que son solventes al tiempo de la contestacion del pleito, dirigiéndola solamente contra el mismo á prorata. Véase las leyes 8, tít. 12, Part. 3, y 10, tít. 1, lib. 10 Nov. Recop.

Respecto del modo como debe procederse al exámen de testigos, nuestra nueva ley de Enjuiciamiento civil, conforme en la mayor parte de sus disposiciones con nuestras antiguas leyes de Partida y recopiladas, determina las formalidades siguientes en varios de sus artículos, que combinamos á continuacion.

El exámen de los testigos se hará conforme á los interrogatorios por capitulos que presenten las partes: art. 306. Presentado el interrogatorio, lo examinará el juez proveyendo auto, por el que mandará se admita en cuanto es *pertinente*, es decir, en cuanto las preguntas sean oportunas, por tener relacion directa con los hechos cuestionables: art. 307. Si el juicio pendiere ante un tribunal, debe examinar el ministro ponente los interrogatorios y calificar su pertinencia, y si se reclamase contra la calificacion que hiciere, decidirá la sala: art. 37. Aprobados los interrogatorios, ó escludidas las preguntas que el juez estime no pertinentes, mandará dar de ellos copia á la otra parte: art. 307.

Enterados de los interrogatorios por medio de estas copias los litigantes, podrán presentar interrogatorios de repreguntas antes del exámen de

os testigos, art. 308; esto es, podrán en vista de las preguntas que la parte contraria hace á los testigos, que aduce, presentar interrogatorios para que éstos, despues de contestar á aquellas, sean repreguntados sobre algunas circunstancias ó cosas referentes á los mismos, y que no es posible sepan, á no ser cierto que los presenciaron. Tambien respecto de estos interrogatorios deberá el Juez aprobar las preguntas pertinentes y desechar las que no lo fueren: art. 308. El art. 151 de la ley de Enjuiciamiento mercantil dispone que no se admitan, bajo el nombre de repreguntas, preguntas hipotéticas ó condicionales ni antepreguntas. Los interrogatorios de preguntas y repreguntas deben formularse de una manera afirmativa, art. 309; es decir, espresándose como es cierta tal ó cuál cosa, ó que los testigos han visto ejecutar tal ó cuál acto, en vez de preguntarles si han visto ú oído tal ó cuál suceso.

Pero sobre los hechos probados por confesion judicial, no es permitido presentar ningun interrogatorio ni hacer prueba de testigos: art. 310. Los interrogatorios de repreguntas quedarán reservados en poder del juez, y bajo su mas estrecha responsabilidad, hasta el momento del exámen de los testigos: art. 311. No se comunica este interrogatorio á la parte contraria, no obstante comunicársele el de preguntas, para evitar que el contrario pueda instruir á los testigos, sabedor de las preguntas que van á hacérseles, del modo como han de contestar mañosamente para desvirtuarlas ó evadir las.

Puede presentarse mas de un interrogatorio de preguntas cuando conviniere ampliar la prueba, y siempre que no hubiese concluido el término de ésta, segun se hacia por nuestro derecho anterior á la ley de Enjuiciamiento, y previene su artículo 273, puesto que dice, que se entregarán los autos á las partes por seis dias para que propongan la prueba que les convenga, *sin perjuicio de que en el resto del término puedan solicitar cualquiera otra*. En su consecuencia, tambien se permite presentar otro interrogatorio de repreguntas al de preguntas mencionado, que se llama de *preguntas añadidas*; pero éste deberá versar sobre circunstancias ó hechos distintos á los que se refiriese el primero, pues si versara sobre los mismos, vendria á ser un nuevo interrogatorio al de repreguntas que presentó el contrario, lo cual no permite la ley. Esto debe entenderse cuando el interrogatorio se dirigiera á los mismos testigos presentados primeramente, y éstos despues de examinados, tuvieran tiempo para hablar con la parte que presentase el nuevo interrogatorio, pues que podrian haber enterado á ésta de las repreguntas que les hizo la contraria, y en su consecuencia, suministrarle datos para destruir los efectos de las contestaciones de los testigos á las mismas, por medio de nuevas preguntas y declaraciones. Tampoco parece que debe admitir el juez las preguntas de los nuevos interrogatorios, ya versen sobre los mismos ó distintos hechos que los á que se referian los primeros cuando tuvieron por objeto desvirtuar las declaraciones de los testigos sobre las repreguntas. Mas nada de esto debe entenderse cuando los nuevos interrogatorios se presentaron antes del exámen de los testigos ó de que pudieran haber hablado con ellos las partes.

Respecto de la citacion de los testigos, no hay uniformidad en el modo de hacerla, pues solo está prevenido que los alguaciles las ejecuten en las personas que se les mande por medio de papeletas que les den los escribanos, firmándolas aquellos subalternos antes de entregarlas á quienes van á citar; art. 77 del reglamento de juzgados; pero el buen orden requiere, que estas papeletas se espidan por el escribano, siendo conve-

niente que contengan: su fecha, nombre, apellido, profesion y domicilio ó residencia de la persona que promueve la diligencia y del citado; el nombre, apellido y firma del escribano; la indicacion del juez ó tribunal ante quien debe comparecer el citado; el lugar, dia y hora en que debe hacerlo; la pena en que incurre el que falta á la citacion con arreglo á la conminacion que el juez ó tribunal hubiere hecho en virtud de sus facultades disciplinales. Cuando la citacion hubiere de hacerse á una persona ausente, debe espedirse despacho ó exhorto al juez del partido, alcalde ó juez de paz respectivo, el cual tiene obligacion de mandar ejecutar y cuidar de que se ejecute la diligencia con las formalidades legales. Si el examen de los testigos hubiere de tener lugar en punto distinto del en que se siguiera el pleito, se acompañará el interrogatorio de repreguntas con el despacho que se libre en pliego cerrado. El juez requerido retendrá el pliego en la forma prevenida en el art. 311: art. 312 de la Ley de E. c. Si las partes lo solicitaren, podrán presenciarse el juramento de los testigos y exigir se les den en el acto todas las noticias que sean necesarias para que puedan conocerlos con seguridad: art. 313.

Los testigos deben ser examinados por el juez, separada y sucesivamente, para evitar confusiones en sus contestaciones, sin que unos puedan presenciarse las declaraciones de los otros, para que no se guien por ellas, ó las repitan ó declaren una misma cosa: art. 314. Acto continuo de ser preguntado cada testigo, acerca del interrogatorio, contestará á las repreguntas, si se hubieren propuesto y admitido, para que pueda apreciarse mas fácilmente si hay conformidad en sus contestaciones: §. 4.º del artículo 314.

Oida la declaracion del testigo, debe repetirse lo que depuso, y si manifestase ser tal su declaracion debe escribirse ésta por el escribano, á la letra y no en abreviatura, sin mudar palabra ni aclararla, segun dice la ley 5.ª, tít. 11, libro 11 de la Nov. Recop., sino solo en la parte de redaccion que sea absolutamente indispensable.

Estendida la declaracion, debe leerse al testigo para que quede plenamente enterado de lo que dijo, y pueda enmendar en el acto cualquiera equivocacion, ó añadir y quitar lo que le pareciere, ó afirmarse y ratificarse en su dicho, lo cual deberá espresarse en la diligencia. Por último, debe firmar la declaracion, si sabe hacerlo, con el juez y el escribano despues de salvadas las erratas, enmiendas ó adiciones que la misma contenga.

## §. II. Sanciones de la comparecencia y de la veracidad de los testigos.

### SUMARIO.

- 264. Condiciones necesarias para la eficacia de la prueba testimonial.
- 265. *Monitorios*. Su abolicion.
- 266. Obligaciones que tiene el testigo de comparecer.
- 267. Motivos de dispensa.
- 268. Dignidad de las funciones del testigo.
- 269. Secreto profesional.
- 270. Garantías de la sinceridad del testimonio.

- 271. Sancion natural.
- 272. Sancion religiosa.
- 273. Sancion penal.
- 274. Obligacion de declarar oralmente.

264. La produccion eficaz de la prueba testimonial supone: 1.º Que los testigos de los hechos cuya prueba se solicita son conocidos: 2.º Que están obligados á venir á declarar en juicio: 3.º Que su declaracion es sincera.

265. Si las personas que tienen algunas noticias que dar sobre los hechos litigiosos, son desconocidas de las partes; ¿conviene provocar su celo por medio admoniciones oficiales? Las advertencias que se daban en otro tiempo por medio de los curas en las pláticas, conocidas con el nombre de *monitorios*, se aplicaban, segun el testimonio de Pothier (*Tratado del procedimiento criminal*, sec. II, art. 4), aun en lo civil, al caso de extravío de efectos ú objetos de una sucesion, de una sociedad, de una quiebra. En el dia pueden emplearse los *monitorios* á lo mas, segun veremos, en materia criminal. Esta vía extraordinaria, que pone en juego las relaciones tan delicadas del poder espiritual y del poder temporal, no puede seguirse por un interés puramente pecuniario. No existe entonces ningun procedimiento judicial que tenga por objeto volver á buscar los testigos desconocidos; las partes interesadas son las que deben multiplicar sus investigaciones personales para descubrirlos.

266. ¿Pero pueden los testigos conocidos negarse á pagar la deuda á que están obligados hácia la justicia social? En Atenas se recibian comunmente por escrito los testimonios, en lo civil; y si venian los testigos con frecuencia á corroborarlos con una declaracion oral, no podian ser obligados á ello (M. Cauvet., *Revista de legislacion*, tom. XX, pág. 50). En Roma, nos enseña igualmente Quintiliano (Inst. orat. lib. V, cap. VIII), que habia en su tiempo testigos voluntarios y testigos obligados á comparecer. *Duo genera sunt testium, aut voluntariorum, aut eorum quibus iudex in publicis judiciis lege denunciare solet*. Justiniano parece haber erigido el primero en materia civil (l. 16, Cód. de testib.) este deber en obligacion legal, y esta innovacion no es una de las menos convenientes que haya introducido este emperador. El derecho canónico (V. Cujacio, *Decret. ad tit. de test. cogend.*), empleaba en casos graves, la suspension contra los eclesiásticos y la censura contra los legos que rehusaban comparecer. La ordenanza de 1667, (tít. XXII,

art. 8) imponía una multa de diez libras. Hoy, el Código de procedimiento (art. 263) concede á la parte interesada daños y perjuicios que no pueden ser inferiores á la suma de diez francos (1), y permite imponer al testigo una multa cuyo *máximo* es de cien francos. La segunda vez que faltan los testigos á quienes se ha vuelto á citar (*ibid.* artículo 264) ocasiona una multa de cien francos, estando facultado el juez comisario, si estima la declaracion esencial, para espedir contra el refractario una orden de comparecencia, ó para que se le conduzca á su presencia, lo cual autoriza el uso de la fuerza pública para conducirlo ante el tribunal (*Cód. de inst.* artículo 99). Se está de acuerdo en reconocer, que la negativa de contestar debe equipararse á la negativa de comparecer (*ibid.* artículo 80). ¿Qué recurso puede ofrecer para el descubrimiento de la verdad una asistencia puramente material? Pero sería imposible, bajo pena de incurrir en arbitrariedad, considerar como no habiendo declarado á aquel cuyas respuestas se estimaran suficientes. Por lo demás, independientemente de estas condenas pecuniarias, el Código penal (art. 236) impone prision de seis dias á dos meses, contra los testigos que hubieran alegado causas falsas.

Por otra parte como no sería justo, que el servicio prestado por el testigo, llegara á serle oneroso, se le concede una indemnizacion, pero solamente en el caso en que el testigo la requiere (*Cód. de proc.* art. 277, *Tar. civil*, art. 167).

267. Sin embargo, dos motivos pueden dispensar de venir á declarar en justicia, la dignidad ó las funciones del testigo y la obligacion del secreto impuesto por ciertas profesiones.

En el primer caso, no se le dispensa de que preste su declaracion, sino solamente de que comparezca en juicio. En Roma, la dispensa de acudir personalmente á declarar en juicio se concedía con suma dificultad. Las mismas vestales no tenían este privilegio, y Tácito nos refiere como una gran prueba de crédito de una cierta Urgulania en tiempo de Tiberio, el permiso que obtuvo de hacer ir á su casa al pretor para recibir su testimonio. *Urgulaniæ potentia*, dice (*Annal.* lib. II, §. 54) *adeo nimia civitati erat, ut, testis in causa*

(1) Obsérvese que no se trata en esta sancion de una pena cuyo *máximo*, salvo casos excepcionales (*Cód. Náp.* art. 192), no pudiera determinarse en el derecho moderno, sino de daños y perjuicios que se dejan ordinariamente á la apreciacion del juez, porque es imposible hacerlos valuar *à priori*.

*quadam quæ apud senatum tractabatur, venise dedignaretur; missus est prætor qui domi interrogaret, cum virgines vestales in foro et judicio audiri, quoties testimonium dicerent, vetus mos fuerit.* Parece que en el antiguo derecho francés eran raras las inmunidades de esta especie. Citaré á muchos obispos á quienes se obligó á presentarse en persona ante el juez comisario, y fué preciso un dictámen de los abogados generales del Parlamento de París, con fecha 1.º de agosto de 1642, para consagrar el principio que autorizaba á los príncipes de la sangre á hacer simples declaraciones por escrito. Nuestras leyes modernas han estendido mucho esta facultad. La ley del 20 termidor, año IV, la ha concedido á los miembros del cuerpo legislativo y del Directorio, á los ministros de la república y á los agentes cerca de las naciones extranjeras. La regla que sienta esta ley fué sucesivamente aplicada á los cajeros é inspectores del Tesoro público, por la ley de 20 de fructidor del año VII; á los consejeros de Estado, por dictámen del mismo Consejo de Estado, con fecha 14 de germinal, año VIII; á los senadores, prefectos y alcaldes, por sentencia consular del 7 de termidor, año IX; y finalmente, á los comisarios generales de policia, por decreto de 20 de junio de 1806. Además, el Código de instruccion criminal (art. 510 y siguientes) traza, para la declaracion de los funcionarios mas elevados, ciertas formas que se aplican, por identidad de razon, á lo civil; salvo combinarlo todo con el decreto de 4 de mayo de 1812, relativo á la citacion para declarar de los ministros y de los principales funcionarios del Estado.

En Inglaterra por el contrario, Bentham nos refiere, que se ha sostenido estrictamente la obligacion que tienen todos de acudir á declarar en juicio. «Supóngase, dice (observaciones sobre el artículo 21 de su proyecto de organizacion judicial) que el príncipe de Galles, el arzobispo de Cantorbey y el lord canceller pasan por una calle en que disputan un desollinador y una trapería por un cuarto de manzanas; ¿podrán aquellos dignatarios negarse á presentarse en juicio, si juzgase conveniente uno de los dos adversarios llamarles como testigos? » Esta marcha tiene algo eminentemente liberal, pero sería tal vez difícil introducirla en nuestras costumbres.

269. Tienen dispensa completa de testificar las personas á quienes su profesion obliga á guardar secreto. Y en efecto, el Código penal (art. 378) castiga con prision de uno á seis meses, y multa de

ciento á quinientos francos á los médicos, parteras y otras personas, depositarias por su estado ó profesion, de los secretos que se les confian, que hayan revelado estos secretos (1), prueba evidente de que para ellas es no solamente un derecho, sino tambien un deber guardar silencio, aunque no se aplique la pena mas que á una revelacion indiscreta, y de ningun modo á una declaracion judicial. De acuerdo sobre el principio, ha habido divergencia acerca de la estension de la aplicacion que debe recibir. Nunca ha ocurrido duda respecto de los abogados y procuradores, por que precisamente para los abogados se ha introducido el principio que se ha estendido despues á todas las personas que guardan secreto por su profesion: *Mandatis principum cavetur*, dice Arcadio (l. 25 Dig. de testib.), *ne patroni in causa cui patrimonium præstiterunt, testimonium dicant*; prescripcion que ha estendido la doctrina moderna á todo consejo dado por un hombre de ley en el ejercicio de sus funciones. Pero, se ha preguntado, si están los notarios en el número de las personas obligadas por su estado á la discrecion. Las decisiones diversas de la jurisprudencia sobre este punto pueden conciliarse de hecho, si se tiene en cuenta la naturaleza mas ó menos confidencial de los puntos que se trata de revelar. En cuanto á los ministros del culto, nadie duda que sea igualmente imposible preguntarles sobre lo que se les ha confiado bajo el sigilo de la confesion. «Lo que sé por medio de la confesion, decia San Agustín, lo sé menos, que lo que no he sabido nunca.» Pero se ha controvertido vivamente la cuestion de si una confidencia que se hace á un sacerdote, como sacerdote, aunque fuera de la administracion del Sacramento de la penitencia, debe gozar de la misma inviolabilidad. El tribunal de casacion (cas. 50 noviembre de 1810) ha juzgado acertadamente en nuestro concepto por la afirmativa, y mas recientemente el tribunal de Angers (sent. de 31 de marzo de 1841) ha estendido el mismo velo sobre los hechos que un obispo habia sabido en el ejercicio de su jurisdiccion canónica. El sistema contrario destruiria la confianza que es lo único que puede producir el arrepentimiento, dan-

(1) La jurisprudencia inglesa admite la inmunidad del abogado y del procurador, pero obliga al cirujano á comunicar aquello de que se le ha informado á consecuencia de los cuidados que ha prestado (V. Blackstone, tomo III, cap. XXIII, con las notas de M. Christian). Sin embargo, los estatutos revisados de Nueva-York (stat. 406, §. 43) dispensan al médico de revelar lo que ha sabido de su cliente *in a professional character*.

do al sacerdote las apariencias de un delator, tanto mas odioso cuanto que se halla revestido de un carácter sagrado (1).

270. No basta obtener la declaracion de los testigos; es preciso tambien que su declaracion sea sincera. Las garantías que se pueden tener de esta sinceridad, se derivan, ó de la naturaleza moral del hombre, ó del sentimiento religioso, ó del temor de que la ley imponga una pena.

271. La sancion natural de la veracidad de los testigos se encuentra en ese sentimiento poderoso que induce al hombre á decir la verdad, y que hace que cuando quiere faltar á ella, tenga que hacerse violencia. Lo verdadero y lo justo son dos polos hácia los cuales propende sin cesar el espíritu humano, cuando no está pervertido. Bentham (*Pruebas judiciales*, lib. I, cap X), queriendo referirlo todo á la utilidad, se esfuerza por sustituir otra explicacion á esta tan sencilla y tan evidente de la fé ó crédito que se concede al testimonio de un hombre honrado. «Naturalmente, dice, se evita el sendero escabroso y se toma el camino más fácil; el motivo que nos induce á ello, es el amor á la comodidad, motivo que obra frecuentemente sin notar lo nosotros, pero cuya influencia es más grande de lo que se cree comunmente. Veamos como se verifica en el caso del testimonio. Referir un hecho tal como se presenta á la mente, es obra de la memoria; referirlo como un hecho real de circunstancias que no han existido, es obra de la invencion... Pues bien; el trabajo de invencion es mas penoso que el de memoria. Hé aquí, pues, la pena que evita quien espresa la verdad pura y simple.» Así, segun Bentham, la persona cuyo falso testimonio acaba de causar un enorme perjuicio á otro, no experimenta otra pena que la fatiga de haber imaginado una narracion complicada, y el que declara la verdad, solo obra así por pereza; son sus propias espresiones. El interrogatorio no tiene otro objeto que luchar contra la inercia del testigo; hostigándole con preguntas multiplicadas. Tales doctrinas se refutan suficientemente por sí mismas, por lo que es sensible encontrarlas en las obras de Bentham al lado de tantas observaciones tan útiles y tan sábias.

(1) La jurisprudencia de los países protestantes es mucho mas estensa. El derecho comun inglés no autoriza inmunidad alguna, ni aun respecto de la confesion, y la dispensa no se admite en Escocia ni en los estatutos de Nueva York (stat. 406, §. 92), sino respecto de las revelaciones hechas *in the course of discipline*.