

jurejurando, causa cognita, rem decidi oportet. Las leyes de Partida, que son un reflejo de las romanas, al ocuparse de las preguntas que los Jueces puedan hacer á las partes en juicio, á que llaman en latin *posiciones*'' consignan igualmente el mismo principio diciendo: "Pregunta es cosa de que nace grand pro. Ca por ella puede el juzgador saber mas en cierto la verdad de los pleytos, e de los fechos dubdosos, que vienen ante él. *El pueda hacer el Juez fasta que dé el juyzio...* é deve ser de tal natura, que pertenezca al fecho, ó á la cosa sobre que es la contienda (1)." Esta ley que concuerda exactamente con el párrafo que comentamos, era la que servia de fundamento en la jurisprudencia antigua para que los Jueces y tribunales se creyesen con razon autorizados para pedir confesion judicial á las partes, por medio de autos para mejor proveer. La nueva Ley ha sancionado este precepto de una manera mas clara y concreta, disponiendo que la confesion debe versar sobre hechos que sean de influencia en la cuestion y no sesulten probados. Hé aquí una limitacion que no debe perderse de vista; los Jueces y Tribunales no están facultados para hacer toda clase de preguntas: estas deben subordinarse á dos consideraciones importantes, sin cuya concurrencia podria ser tachada de arbitraria la diligencia, á saber: 1.^a Que versen sobre hechos que estimen de influencia en la cuestion; 2.^a Que estos hechos no resulten probados,

La primera circunstancia la habia ya consignado expresamente la ley de Partida citada al decir, que la pregunta "debe ser de tal natura que pertenezca al fecho, ó á la cosa sobre que es la contienda;" y ciertamente seria ridículo é incomprensible que, tratándose de practicar una actuacion judicial con el objeto de desvanecer las dudas que hayan podido ocurrir, se hicieran preguntas que no tuvieran consonancia con la cuestion litigiosa, ó con el hecho dudoso que se desea aclarar. Mas nótese que el párrafo que comentamos no dice que las preguntas deban versar sobre hechos que sean de influencia en la cuestion, sino sobre los que estimen los Jueces y tribunales que tienen esa influencia; y aunque la apreciacion quede al arbitrio de estos, podria hacerseles un cargo justo si no se apoyase en fundamentos racionales y lógicos. No es tan amplio y absoluto el arbitrio judicial que no tenga sus límites determinados.—La segunda circunstancia aunque no fijada claramente en la ley de Partida, estaba dentro de su espíritu y objeto; las dudas no podian ocurrir sino sobre hechos no probados; si existia prueba, entonces la verdad era clara y procedia sentenciar con arreglo á ella. Por eso se practicaba antes, y determina la nueva Ley, no solo que los hechos sean á juicio del Juez de influencia en la cuestion, sino que no resulten probados, pero con una prueba plena, esto es, con una prueba tal como la que requieren las leyes: si esta existe, no hay necesidad de confesion judicial ni de ninguna otra diligencia. De aquí se deduce que no bastará que los hechos estén simplemente indicados por las partes para que el Juez ó Sala que conozca del asunto, se crea en el deber de pedir confesion judicial, no: es preciso que haya cuando menos una prueba semiplena, una prueba insuficiente, alguna presuncion de verdad en favor del hecho, y entonces el Juez debe procurar robustecerla con la confesion del litigante que tiene contra sí esa misma prueba, no con la de la parte á quien beneficia, porque la declaracion de éste en nada afectaria la responsabilidad de su contrincante.

No estará demas manifestar que en el auto en que se mande para mejor proveer que una de las partes comparezca á prestar confesion judicial, no deben indicarse las preguntas sobre que ha de versar dicha confesion: si así se hiciera, se daria ocasion para que la parte preparara con estudio las contestaciones que hubiese de dar, y seguramente que no es esta la manera de averiguar la verdad. Las preguntas deben redactarse á medida que se le hagan en el momento de la comparecencia: único medio de

1 Ley 2, tít. 12, Part. 3.^a

que la diligencia surta los buenos efectos que se desean. Al que ha de ser interrogado debe citársele con un dia de antelacion (art. 293), y esta diligencia deberá practicarse sin citacion contraria, como se preceptúa en el párrafo 2.^o del art. 278.—¿Qué se hará cuando la parte no comparezca al llamamiento judicial? Procederá una segunda citacion con apercibimiento; mas este apercibimiento no puede ser el consignado en el segundo párrafo del art. 293 citado; esto es, de ser tenido por confeso si no se presenta á declarar sin justa causa; porque no es la parte la que ha exigido la confesion, sino el Juez de oficio, y entre uno y otro caso existe una marcada y notable diferencia. Cuando un litigante pide confesion judicial á la otra, lo cual segun la jurisprudencia antigua se llamaba *absolver posiciones*, existe un hecho indudable consignado en el expediente y suscrito por el mismo interesado, cual es la afirmacion que este supone de los hechos porque ha de ser preguntado su contrario. Si, pues, este no comparece á desvanecerlos y contradecirlos; si no utiliza el medio que la ley le concede para hacer uso de su derecho, entonces debe suponerse que los renuncia y que tácitamente confiesa la verdad de aquellas afirmaciones: por eso procede que el apercibimiento en este caso sea de que se le tendrá por confeso, sin que la no comparecencia pueda surtir otros efectos, ni menos pueda tenerse como desobediencia al Juez, que no ha hecho mas que acceder á una pretension que se le hizo. Pero cuando el Juez de oficio le manda comparecer para prestar la confesion judicial, su no comparecencia podrá dar lugar al apremio y á las correcciones disciplinarias de apercibimiento y multa, puesto que hay una verdadera desobediencia, pudiendo llegar esta á ser tan grave que dé motivo á formacion de causa con arreglo á las prescripciones del Código penal; mas no podrá tenerse por confeso si no comparece porque no hay afirmacion ni peticion contraria que pueda servir de base á esta declaracion; desobedece el precepto de la autoridad, que todos deben cumplir y acatar, pero no elude el medio de prueba que las leyes conceden á los litigantes para robustecer sus acciones ó escepciones.

Comparecido que sea á la presencia judicial, y hechas por el Juez las preguntas que crea conducentes á la cuestion, la parte interrogada debe dar sus contestaciones de una manera afirmativa ó negativa, pudiendo agregar las explicaciones que estime convenientes, ó las que dicho Juez le pida: si se negase entonces á declarar, ó sus respuestas fueren evasivas, se le deberá apercibir á tenerlo por confeso (art. 293), pues no solo falta al precepto general de justa obediencia á la autoridad, sino que en el caso supuesto trata de eludir el medio que la ley pone en las manos del juez para desvanecer la duda que abruga sobre aquel hecho; y si á pesar del apercibimiento persistiere en su injustificada tenacidad, el Juez apreciará esta negativa, segun su prudencia le aconseje, en el acto de dictar sentencia, pues no creemos aplicable á este caso el precepto consignado en el art. 297, ni menos el 298. Prestada la declaracion, deberá firmarla el que la hubiere dado, despues de leerla por sí mismo, ó de leérsela el escribano; si no quiere ó no pudiere hacerlo (art. 296); y si bien la Ley nada dice para el caso en que se negase á firmar sabiendo, ó no supiera ó no pudiera, parece indudable que bastará con consignarlo en la diligencia, sin necesidad de que se practique lo que para casos idénticos preceptúa el art. 22 con respecto á las notificaciones. En estas hay precision de la garantía de uno ó dos testigos para robustecer el dicho del escribano ante quien se realiza dicha diligencia; en el caso que analizamos no existe esa necesidad, porque la diligencia está presidida por el Juez; cuya autoridad y firma aleja toda sospecha.

Es preciso no confundir la confesion judicial que pueden exigir los Jueces y Tribunales á cualquiera de los litigantes para poder dictar el fallo con mayor acierto, con la que pueden exigirse las partes entre sí hasta la citacion para definitiva (art. 292): esta última puede hacerse, á eleccion del que la pidiere, bajo juramento decisivo ó indecisivo (art. 294), es decir, remitiendo la decision del pleito á la declaracion jurada del contra-

rio, ó procurando solo robustecer su accion con la confesion que se promete del mismo: en el primer caso la declaracion hace prueba plena, no obstante cualesquiera otras, y por esta razon se llamaba antiguamente *decisoria del pleito*; en el segundo, no perjudica mas que al que declara. La confesion judicial que puede exigirse para mejor proveer, se entiende siempre bajo juramento indecisorio ó supletorio, porque los Jueces y Tribunales no tienen derecho para perjudicar á la parte que no declara: sus funciones se concretan á desvanecer la duda que abrigan, y á este fin interrogan al litigante que tiene contra sí una prueba insuficiente, una prueba semi-plena, con la esperanza de averiguar la verdad con su confesion. Si se consigue ésta, se tendrá una prueba plena contra la parte que ha confesado, pues la confesion se asimila en sentir de los intérpretes á la autoridad de la cosa juzgada: *confesio pro iudicato habetur*. Sin embargo, para que sea válida en perjuicio del que la hace, y surta los efectos que acabamos de indicar, ha de reunir precisamente las condiciones y circunstancias que esplanaremos al comentar los artículos 292, 293 y 294.—Tampoco debe confundirse la confesion judicial de que habla el art. 48, con el *juramentum in litem* de los romanos, conocido entre nosotros bajo el nombre de *juramento estimatorio decisorio en el pleito*, que es el que á falta de otra prueba exige el Juez al actor sobre el valor ó estimacion de la cosa que demanda, para determinar la cantidad en que habia de condenar al reo (1). Esta simple definicion basta para comprender las diferencias capitales que existen entre uno y otro: efectivamente, el juramento estimatorio *in litem* lo deferia el Juez por falta absoluta de prueba, recayendo solo sobre un incidente del pleito, como era la estimacion de la cosa litigiosa, al paso que la confesion judicial ó juramento supletorio ó necesario no puede deferirse sino por insuficiencia de la probanza hecha, y recae por lo comun sobre la cuestion principal que se debate: además, el primero se debia deferir al actor, y el segundo puede hacerse á cualquiera de los litigantes, en los términos que antes hemos explicado.

“3º Decretar la práctica de cualquier reconocimiento ó avalúo que reputen necesarios.”—Este ha sido el medio de que los Jueces y Tribunales se han valido mas comunmente para desvanecer la duda que abrigan sobre algun hecho litigioso; el conocimiento judicial ó vista ocular practicado por el mismo Juez en algunos casos, ha surtido muy buenos efectos tratándose de cuestiones en que entra por mucho conocer la situacion de lo que es objeto de la contienda. Lo mismo ha sucedido con el reconocimiento pericial, autorizado por la Ley 11, tít. 22, Part. 3ª, y con el justiprecio ó avalúo de la cosa litigiosa, así como de los frutos, intereses, daños y perjuicios, que el Juez debe fijar en cantidad líquida, segun el art. 63. Aunque la Ley no indica en este punto la manera como deben practicarse dichas diligencias, es indudable que deberá hacerse en los mismos términos que espresa al hablar de las pruebas en el juicio ordinario. Así, por ejemplo, cuando se trata de practicar para mejor proveer un reconocimiento judicial ó vista ocular, se observará lo dispuesto en los artículos 304 y 305; si el reconocimiento debe ser pericial, en cuya diligencia se haya comprendido el cotejo de letras de que hablan los artículos 287 á 290, los peritos serán nombrados por las partes conforme al art. 303, evacuando su cometido de la misma manera que en dicho artículo se preceptúa, y cuando se haya de hacer algun avalúo, deberá efectuarse por peritos que nombren los interesados (art. 443) en la misma forma que espresa dicho artículo 303.—Nótese que los Jueces y Tribunales no están facultados siempre para decretar cualquier reconocimiento ó avalúo: la Ley lo limita solo al caso especial de que lo reputen necesario. No basta, pues, que lo crean útil, que lo estimen conveniente; es preciso que, segun las reglas de buena crítica, lo reputen necesario, indispensable para esclarecer la cuestion que se controvierta.

1. Ley 5ª, tít. 11, Part. 3ª

“4º Traer á la vista cualesquiera autos que tengan relacion con el pleito.”—La Ley no solo faculta á las partes para que puedan pedir la acumulacion de autos en los casos y forma que preceptúan los arts. 156 y siguientes, sino que permite á los Jueces y Tribunales que puedan traer á la vista, y para fallar con mas acierto, aquellos que tengan relacion con el pleito de que conozcan. Esta facultad, de que se hacia uso con arreglo á la antigua jurisprudencia, es una deduccion lógica del deber que á aquellos imponen las leyes de averiguar la verdad por cuantas maneras pudieren; y aunque es cierto, como ya se ha indicado, que los juzgadores deben sentenciar segun lo alegado y probado en el pleito, en muchos casos les servirán de grande instruccion los autos que tengan relacion inmediata y directa con la cuestion que es objeto del litigio, por partir de una misma base y apoyarse en unos mismos antecedentes. Así, por ejemplo, cuando se suscita una cuestion sobre un legado, será conveniente traer á la vista el espediente de testamentaria, en donde se encuentran todos los antecedentes que se requieren para comprender el derecho del legatario demandante; y cuando se va á fallar un juicio de propiedad, será oportuno traer tambien á la vista los autos de posesion que antes hayan podido seguirse. Dichos espedientes deberán correr unidos al pleito bajo una misma cuerda, ó sacarse testimonio de los particulares necesarios, si aquello no es posible por su estado. Sin embargo, cuando este testimonio debiera ser muy costoso por su estension, la prudencia aconseja que se omita hacerlo, y en este caso las partes podrán pedir lo que mas les convenga caso de que el pleito suba á la Superioridad en apelacion. Los Jueces y Tribunales tienen el deber de causar los menos gastos posibles á los litigantes sin su escitacion espresa.

Hemos terminado el exámen del art. 48; pero antes de concluir este comentario deberemos hacernos cargo de la siguiente duda: ¿podrán los Jueces y Tribunales decretar para mejor proveer otras diligencias, además de las espresadas en los cuatro números que acabamos de explicar? Ya hemos manifestado antes que, segun la antigua jurisprudencia, los autos para mejor proveer podian estenderse á toda clase de pruebas, inclusa la de testigos: en cuanto á esta última, terminantemente preceptúa una ley de Partida, que cuando se hubiera omitido examinar á los testigos sobre todo el interrogatorio presentado por la parte: “si la pregunta que non fuese fecha, fuere atal que pertenezca al pleito, que el judgador haga venir ante sí los testigos é que les pregunte otra vez en poridad sobre aquellas cosas de que non fueron ante preguntados: é vale lo que dixeren, bien assi como si los hubiesen dello preguntado primeramente... Pero si el judgador fallase alguna palabra dubdosa ó encubierta en el dicho del testigo, de manera que non pudiera tomar ende sano entendimiento, bien lo puede hamar ante sí á decirle en poridad, que declare aquella dubda: é el testigo débelo facer, é valdrá lo que dixere en esta razon (1).” ¿Podrá hacerse ahora lo mismo segun la nueva Ley?

La contestacion negativa nos parece la mas acertada, aunque no tal vez la mas conveniente; y para opinar así no nos atenemos al principio fundamental en que descansan los autos para mejor proveer; sino á la tendencia de la Ley. De las consideraciones espuestas al principio de este comentario resulta, que la práctica antigua que autorizaba á los Jueces y Tribunales para decretar dichos autos en toda clase de diligencias probatorias, mas bien que en el precepto espreso de la legislacion, se apoyaba en su espíritu y en una amplia aunque recta interpretacion: de aquí que la jurisprudencia fuese indeterminada y poco uniforme, dándose con ello lugar á algunos abusos hijos de la parcialidad, del descuido, ó tal vez de la impremeditacion. La nueva Ley ha querido en esta parte, como en muchas, poner término á esa fluctuacion y á esa vaguedad de la antigua jurisprudencia, determinando clara y esplicitamente la clase de diligencias que

1. Ley 30, tít. 16, Part. 3ª

pueden decretar los Jueces y Tribunales para mejor proveer: no incluye ningun precepto de aplicacion general á toda clase de pruebas; fija en concreto las que pueden decretarse, y la inclusion de esas que consigna en los cuatro números del art. 48, supone la exclusion de las otras que admitia antes la jurisprudencia, por aquel principio de derecho: *inclusio unius, exclusio alterius*. Si este no hubiera sido su pensamiento, lo hubiese espresado por medio de una regla general, como lo hace en otros puntos cuando no quiere limitar su precepto á los casos especiales que determina.

ARTÍCULO 49.

Cualquier Ministro de Tribunal colegiado podrá, concluida la vista, pedir los autos para reconocerlos privadamente.

ARTÍCULO 50.

Si fueren varios los que los pidieren, el Presidente de la Sala señalará el término porque cada uno de ellos haya de tenerlos, dentro del fijado para pronunciar sentencia, de modo que en ningun caso se prorogue éste.

El precepto contenido en los anteriores artículos es claro y no puede ofrecer dificultad alguna: sin embargo, debemos dejar consignado que el pár. 2º del art. 80 del Reglamento provisional habia ya fijado una disposicion semejante.

ARTÍCULO 51.

En el mismo dia que termine la vista, y con presencia del tiempo que deba invertirse en el exámen privado de los autos, si se hubiere pedido, señalará el Presidente el dia en que haya de votarse la sentencia.

ARTÍCULO 52.

Las votaciones tendrán lugar antes ó despues de las horas señaladas para las sesiones y de modo que estas puedan dedicarse íntegramente al despacho y vista de los negocios.

Tampoco puede ofrecer duda alguna la inteligencia de los artículos que acabamos de trascribir; pero á pesar de esto, cúmplenos detenernos un momento en el exámen del 52 por la reforma que introduce en el antiguo derecho. Segun el art. 80, pár. 2º del Reglamento provisional, una vez dada cuenta de un negocio, ó acabada la vista ó la revista, no debia disolverse la Sala hasta dar sentencia, á no ser que un Ministro pidiese los autos para examinarlos. Segun la nueva Ley, las votaciones, que son las que hacen sentencia, *tendrán lugar* ántes ó despues de las horas señaladas para las sesiones, y de modo que estas puedan dedicarse íntegramente al despacho y vista de los negocios; por manera que este artículo prohíbe espresamente que puedan los Tribunales dictar providencia, que requiera votacion de la Sala, durante las horas de sesion; lo cual ponian y acostumbraban á hacer antes en virtud de la prescripcion del Reglamento ya consignada.

Nada dice la Ley respecto al orden con que han de hacerse las votaciones: en su silencio se observará lo que dispone el art. 19 de las Ordenanzas de las Audiencias, y por lo tanto empezarán por el Ministro mas moderno, siguiendo luego el orden de antigüedad hasta el Regente ó quien presida la Sala, sin interrumpirse al que votare en su lugar. Una vez comenzada la votacion, no podrá nunca interrumpirse sino por algun im-

pedimento insuperable como preceptuaba el art. 82 del Reglamento provisional; y de la misma manera los Ministros cesantes ó jubilados, y los que hayan sido trasladados ó promovidos á otro empleo, deberán votar, siempre que se hallen en disposicion de ello, las causas que hayan visto antes de su salida; pero no podrán votarlas los que se hallaren separados ó suspensos de la magistratura, como se dispone en el art. 84 de dicho Reglamento.—Tambien guarda silencio la Ley en cuanto á si será permitido en algun caso votar por escrito: las Ordenanzas de las Audiencias lo habian previsto disponiendo por el art. 38 que el Magistrado que por enfermedad ú otro legítimo impedimento tuviese que dar su voto por escrito, debia remitirlo firmado, cerrado y rubricado sobre el lacre ú oblea al Presidente de la Sala respectiva, por medio del relator del pleito; y abierto y leído el voto al tiempo de acordarse la determinacion, lo debia quemar á presencia de la Sala el Ministro Semanero (hoy Ponente); y que el que presida, despues de firmar ó rubricar con los demás la providencia, anótase de su letra á continuacion quien votó por escrito, rubricándolo tambien. Lo mismo deberá practicarse ahora en nuestro concepto.

ARTÍCULO 53.

Para que haya sentencia se necesitan tres votos conformes, cuando los Ministros que hayan concurrido á la vista del pleito no pasen de cuatro, y si escediere de este número, los de la mayoría absoluta de ellos.

ARTÍCULO 54.

Si no se reunieren los tres votos conformes en el primero de los casos espresados en el artículo anterior, ni los de la mayoría absoluta en el segundo, sobre todos ó alguno de los puntos que deban comprenderse en la sentencia, aun cuando sea accesório, se remitirá el pleito á mas Ministros.

Lo preceptuado en los dos artículos que acabamos de trascribir, se apoya en un supuesto que no consigna la Ley, á saber, el número de Ministros que se requiere para ver y fallar los negocios en laalzada. De sus palabras se colige, sin embargo, que no pueden ser menos de tres, porque este número se necesita cuando menos para que haya sentencia. Pero aunque esto sea verdad en cuanto á las *sentencias*, bajo cuya palabra deben comprenderse, como ya se ha dicho en otro lugar, tanto las definitivas como las resolutorias de un artículo ó incidente, no lo es menos que este precepto no comprende las providencias de mera sustanciacion para las cuales serán suficientes dos Ministros, con arreglo al art. 74 del Reglamento provisional, y aun bastará el Ponente en todas aquellas para las que les faculta la Ley espresamente. Obsérvese que para la vista de los recursos de Casacion se necesita la concurrencia de siete Ministros, como preceptúa el art. 1054.

Tambien el Reglamento Provisional (art. 74 citado) requeria la asistencia de tres Ministros para formar Sala y dictar providencias que no fueran de sustanciacion, y que se reunieran sus tres votos *absolutamente* conformes para que hubiese sentencia ó resolucion. La nueva Ley es, sin embargo, mas clara en este punto, y mas completa: si no pasan de cuatro, se necesitan tres votos conformes; si esceden de aquel número, hay precision de reunir mayoría absoluta, esto es, la mitad mas uno (art. 53). Mas si esto no fuere posible, si hubiere divergencia de opiniones sobre todos ó alguno de los puntos que deban comprenderse en la sentencia, *aun cuando sea accesorio*, se remitirá el pleito á mas Ministros. Nótese las palabras que acabamos de subrayar: aunque los Minis-