

sobre un hecho ejecutado por su causante, que él no presencié y del cual acaso no tenga la menor noticia, ¿cómo ha de contestar afirmativa ni negativamente? Dirá que lo ignora, y esta respuesta bajo ningún concepto puede considerarse evasiva, porque es la verdad. Lo que el colitigante podrá preguntarle en tal caso será, que diga ser cierto que sabe, cree ó ha oído decir que su causante hizo tal cosa, y á esta pregunta habrá de contestar categóricamente: esto es lo justo y lo racional, y en confirmación de ello puede verse la ley del Fuero Real que antes hemos citado. De consiguiente creemos que faltaría á su deber y al sentido comun el Juez que apremiara al confesante con el apercibimiento de que habla el art. 295, para que conteste afirmativa ó negativamente, y que por no haberlo hecho le tuviera por confeso, cuando la pregunta recaiga sobre hechos ajenos al mismo, ó que no haya ejecutado ni presenciado. Deberá, sí, pedirle las esplicaciones que estime convenientes para aclarar la verdad, y aun tambien para convencerse de que en realidad ignora los hechos comprendidos en la pregunta.

Comparecido el declarante á la presencia judicial, deberá absolver en el acto las posiciones, contestando en la forma dicha á las preguntas que se le hagan, sin permitirle que tome consejo de su abogado ni de nadie, como ordenaron las leyes antes citadas: para decir la verdad de hechos que se conoce no hay necesidad de aconsejarse de otro, porque la verdad es una, y el consejo solo podría servir para desfigurarla ú obscurecerla. De aquí se deduce que tampoco debe dársele tiempo para deliberar, sin que por esto se entienda que no haya de concedérsele el necesario para recordar los hechos con exactitud; pero una vez principiada la declaracion, no debe interrumpirse ni suspenderse el acto hasta que quede terminado.

Si el litigante, despues de haber comparecido, "se negare á declarar, el Juez le apercibirá en el acto de tenerle por confeso, si persiste en su negativa; y si las respuestas fueren evasivas, le apercibirá igualmente de tenerle por confeso sobre los hechos respecto á los cuales sus respuestas no fueren categóricas y terminantes." Así lo preceptúa tambien el art. 295 que estamos comentando, siguiendo la jurisprudencia sancionada por las leyes que antes hemos citado. La persistencia de la parte en su negativa á declarar ó á contestar categóricamente no puede ni debe considerarse como un desacato ó desobediencia á la autoridad del Juez, por las razones que hemos espuesto en el tomo 1.º: ella es castigada con la pena especial de tener por confesa á la parte como esplicaremos en el comentario siguiente.

Rendida que sea la declaracion deberá firmarla el declarante, "despues de leerla por sí mismo; y si no quisiere ó no pudiere hacerlo, despues de lérsela íntegramente el escribano." Al preceptuarlo así el art. 296 dá por supuesto que el declarante sabe al menos firmar. ¿Y si no supiere? En este caso no previsto por la Ley, lo racional es que siga haciéndose lo que hasta ahora se ha practicado: el escribano leerá íntegramente la declaracion al litigante para que manifieste si está conforme con su contenido, lo cual se hará constar al final de la misma declaracion, como tambien que la parte no firma por no saber ó no poder. En todo caso el Juez y el escribano han de firmar la declaracion, y debe espresarse en ella el nombre, apellido y vecindad del declarante; y tambien su edad para que conste si tenia capacidad para prestarla. Cuando la otra parte haya presenciado el juramento, se hará tambien constar esta circunstancia. El confesante, en fin, tendrá derecho á poner su rúbrica ó firma en todas las hojas de su declaracion, como hasta ahora se ha practicado.

## ARTÍCULO 297.

*Si el llamado á declarar no compareciere á la segunda citacion sin justa causa; si rehusare declarar ó persistiere en no responder afirmativa ó negativamente, á pesar del apercibimiento que se le*

*haya hecho, podrá ser tenido por confeso, si se pidiere, inmediatamente y sin esperar á la sentencia definitiva.*

## ARTÍCULO 298.

*De toda confesion judicial se dará vista sin dilacion al que la hubiere solicitado, el cual podrá pedir que se repita para aclarar algun punto dudoso y sobre el cual no se haya respondido categóricamente, ó que se declare confeso al colitigante, si se halla en alguno de los casos de que habla el artículo precedente.*

Como en el orden natural y lógico de los procedimientos primero es la peticion que la providencia, nos parecen colocados en orden inverso los dos articulos que acabamos de trascribir; por eso examinaremos el 298 antes que el 297.

Tambien preceptuaron las leyes recopiladas (1), que de las respuestas de las posiciones se dé traslado al que las hizo, aunque no lo pida; "para que sobre lo confesado por la parte no se haga probanza." Al ordenar el art. 298, que de toda confesion judicial, ya haya sido bajo juramento deisorio, ó bien indeisorio, se dé vista sin dilacion al que la hubiere solicitado, lo hace con otro objeto, sin que por eso se entienda escludo el de la ley recopilada; es con el objeto de que pueda pedir la parte que se repita la declaracion para aclarar algun punto dudoso y sobre el cual no se haya respondido categóricamente, ó que se declare confeso al colitigante, si se halla en alguno de los casos de que habla el artículo precedente. Esta referencia denota, que no solo debe darse vista á la parte que haya solicitado la confesion cuando ésta se ha realizado, sino tambien cuando no ha podido tener efecto por la no comparecencia del citado, ó por haberse negado á declarar; y como, aunque análogos, no son enteramente iguales los procedimientos que deben emplearse en cada uno de los casos que pueden ocurrir, será conveniente que los fijemos con individualidad.

Admitidas por el Juez las posiciones ó preguntas, á cuyo tenor pide una de las partes que declare su contraria, y citada ésta para que comparezca con tal objeto, puede ocurrir.

1.º Que el llamado á declarar no comparezca á la segunda citacion, sin haber alegado causa justa que se lo impida.—Si no hubiere comparecido á la primera, se le volverá á citar á peticion de la contraria, como hemos dicho en el comentario del art. 295. Pero no compareciendo á la segunda citacion, pasada la hora señalada, el escribano debe acreditarlo en los autos, y dar cuenta al juez para la providencia correspondiente. Cuando el citado haya alegado causa justa que le impida comparecer, la apreciará el Juez segun su prudente arbitrio, sin oír á la otra parte, y si la tiene por bastante, señalará otro día para la comparecencia. Siguiendo la definicion del art. 272, se tendrá por *causa justa*, la imposibilidad de comparecer en el día señalado por cualquier obstáculo, cuya remocion no haya estado al alcance del citado.

2.º Que habiendo comparecido, se haya negado á declarar.—Entonces el Juez debe apercibirle de tenerle por confeso (artículo 295), y si persiste en su negativa, se acredita todo en los autos por medio de la correspondiente diligencia que firmarán el Juez y el escribano, y el interesado si supiere, á no ser que tambien se negara á ello, en cuyo caso se hará espresion de esta circunstancia en la diligencia.

3.º Que haya declarado, pero dando contestaciones evasivas.—En este caso se estiende en los autos la declaracion tal como la dé el interesado, y en seguida el Juez le apercibe de tenerle por confeso sobre los hechos respecto á los cuales sus respuestas no fueren categóricas y terminantes (art. 295); se hace constar este apercibimiento, y lo que en su consecuencia manifieste el declarante, y se cierra la declaracion en la forma ordinaria.

1. Leyes 4.ª y 9.ª tit. 9, lib. 11, Nov. Rec.



4º Que haya contestado negativamente á las preguntas.

5º Que las haya contestado afirmativamente.— En estos dos casos se estiende la declaracion lisa y llanamente, espresando las contestaciones categóricas que á cada pregunta haya dado el declarante. Si son varias las preguntas, y á unas contesta afirmativa, y á otras negativamente, así se hará constar en la declaracion, como tambien las esplicaciones que acaso hubiere dado.

En cualquiera de dichos casos, estendida que sea la diligencia ó declaracion correspondiente, el Juez debe dictar providencia mandando que sin dilacion *se dé vista* al que hubiere solicitado la confesion judicial para que pida lo que á su derecho convenga. En su cumplimiento, el escribano no entregará los autos á la parte, porque ni la Ley lo manda, ni hay necesidad de ello; bastará que le entregue el interrogatorio de las posiciones con la declaracion, ó con la diligencia de no haber comparecido el citado ó de haberse negado á contestar.

Ya hemos visto que el art. 298 solo habla del derecho de la parte á pedir que se repita la declaracion, ó que se declare por confeso al contrario; pero naturalmente la peticion tendrá que acomodarse al caso que haya ocurrido. Si la contestacion hubiere sido simplemente negativa, lo que corresponde é interesa á la parte es proponer la prueba necesaria para justificar los hechos negados por el confesante. Si este los hubiere confesado categóricamente, nada tendrá que pedir; en el alegato de bien probado manifestará que su derecho está justificado con la confesion de la parte contraria, para que el fallo le sea favorable. Si la contestacion no hubiere sido categórica, ó si se hubiera desvirtuado con las esplicaciones que tiene derecho á dar el confesante, la otra parte puede pedir que se repita para aclarar algun punto dudoso. Y si ocurriese alguno de los tres primeros casos antes enumerados, que son los comprendidos en el art. 297 y en el párrafo 3º del 295, puede solicitar, y no en otro caso, que inmediatamente y sin esperar á la sentencia definitiva se declare confeso á su contrario, sobre todos los hechos articulados en las posiciones cuando no haya comparecido á la segunda citacion; ó solamente en cuanto á aquellos respecto de los cuales se hubiere negado á declarar, ó á contestar categóricamente, *despues de haber sido aperebido de tenerle por confeso*. Hemos subrayado estas palabras, porque si el Juez, faltando á su deber, hubiera omitido este aperebimiento, la parte no deberá pedir que se tenga por confeso á su coligante; habrá de solicitar antes, que se repita la comparecencia y declaracion para hacerle dicho aperebimiento si insiste en su negativa, ó en no responder afirmativa ó negativamente y sin evasivas.

Resulta, pues, y así lo dispone el art. 297, que "si el llamado á declarar no compareciere á la segunda citacion sin justa causa; si rehusare declarar, ó persistiere en no responder afirmativa ó negativamente, á pesar del aperebimiento que se le haya hecho (que son los tres primeros casos antes propuestos), podrá ser tenido por confeso." Mas esta declaracion no puede hacerla el Juez de oficio; ha de ser precisamente á peticion de la parte interesada, en cuyo caso ha de resolverse "inmediatamente y sin esperar á la sentencia definitiva." Como la confesion judicial produce prueba plena en cuanto perjudica al confesante, y como la *confesion tácita* que supone la ley en el que se niega á comparecer ó á declarar categóricamente, ha de producir los mismos efectos que la confesion *espresa*, de aquí la conveniencia de que se haga dicha declaracion inmediatamente y sin esperar á la sentencia definitiva, porque de este modo queda la parte relevada de hacer prueba sobre los hechos confesados *tácitamente* por la contraria, respecto de los cuales no puede permitirse en ningun caso prueba de testigos, como diremos en el comentario del art. 310. Sin embargo, si el declarado por confeso hubiere apelado de esta providencia (véase el comentario siguiente), como pudiera ser revocada, debe permitirse á las partes que utilicen los demás medios de prueba que tengan sobre

los hechos de que se trate, sin que haya razon para desechar ni aun la de testigos, puesto que ha quedado en suspenso la declaracion y eficacia de la confesion tácita.

Demasiado graves y de trascendencia, como hemos visto, son los efectos de dicha declaracion para que pueda hacerse de plano: la parte á quien ha de perjudicar, podrá haber tenido *justa causa* para no comparecer, ó razones para demostrar que no estaba en el caso de declarar, ó que sus contestaciones no merecian la calificacion de evasivas, y es necesario por lo tanto oír su defensa. Aunque la ley no indica en este lugar el procedimiento que haya de seguirse, es incontestable que se trata de un incidente de los que impiden el curso de los autos, y de consiguiente ha de sustanciarse por los trámites que marcan los arts. 342 y siguientes, con suspension del término de prueba (art. 339) hasta que quede resuelto en primera instancia.

Aunque la confesion haya sido categórica y bastante para que se consideren plenamente probados los hechos litigiosos, el juicio debe seguir sus trámites ordinarios hasta el fallo definitivo, sin que dicha confesion pueda utilizarse para entablar desde luego la vía ejecutiva: véase lo que sobre esto hemos dicho en este tomo.

Podrá suceder que el confesante haya faltado á sabiendas á la verdad, negando categóricamente los hechos, y que se le pruebe y convenza de este perjurio en los mismos autos: ¿cuáles serán los efectos de esta falsedad? ¿Podrá aplicársele la pena del perjurio? De ningun modo: el Código penal solo castiga el falso testimonio en los testigos, como puede verse en su artículo 241 y siguientes; en los litigantes únicamente pena el hecho de presentar á sabiendas testigos ó documentos falsos (art. 249 de id.), pero no el perjurio cometido al absolver posiciones: y si no pueden ser castigados otros actos que los que la ley con anterioridad haya calificado de delitos ó faltas, como preceptúa el art. 2º del mismo Código, es indudable que no puede procederse criminalmente por la declaracion falsa de cualquiera de los litigantes. No es nueva esta teoria: ya la sancionó terminantemente el Rey Sábio, quien no podia desconocer las razones que tiene en su favor, á pesar de las ideas religiosas que dominaban en aquella época. "Mentirá jurando alguno en pleito, dice la ley 26, tít. 11, Part. 3ª, dándole su contendor la jura, ó el judgador, non le podemos poner otra pena *si non aquella que Dios le quisiere poner*." No opinamos lo mismo respecto de las penas civiles: aunque la nueva Ley nada dice, creemos aplicable en virtud de su silencio, el precepto de la ley recopilada (1): "Y por evitar los perjuros, dice, que muchas veces se cometen en las respuestas que se dan á las posiciones, mandamos, que si despues el respondiente fuere convencido claramente del perjurio por los autos del proceso, de manera que parezca que á sabiendas se perjuró en la respuesta que dió... *si fuere el actor, pierda la causa, y si fuere el reo, sea habido por confeso*." Esta es la única pena que deberá aplicarse en el caso de que se trata al fallar el pleito, la cual no deja de ser proporcionada á la naturaleza de la falta.

Téngase, en fin, presente que no comete desacato ni desobediencia á la autoridad el litigante que, citado para absolver posiciones, no comparece ó se niega á declarar. Por este hecho no puede imponérsele otra pena que la de tenerle por confeso, en la forma que hemos explicado en este comentario: véase lo que sobre ello hemos dicho en el tomo primero.

#### ARTICULO 299.

*La providencia que se dictare declarando á alguno confeso, ó denegando esta declaracion, es apelable.*

1. Ley 2ª, al fin, tít. 9, lib. 11, Nov. Rec.  
TOM. II.



## ARTÍCULO 300.

Interpuesta la apelacion, se admitirá para ante el Superior correspondiente, continuándose no obstante la sustanciacion de los autos hasta dictar sentencia definitiva.

## ARTÍCULO 301.

Si se apelare de la sentencia definitiva, se remitirán los autos para decidir tanto este recurso, como el interpuesto contra la providencia en que se hubiere declarado al litigante confeso, ó denegado esta declaracion.

## ARTÍCULO 302.

Si no se apelare de dicha sentencia definitiva, ni se insistiere despues de dictada y dentro de los cinco dias en la interpuesta con arreglo al art. 299, se estimará ésta abandonada, y consentida la providencia de que se interpuso.

En el comentario anterior hemos visto los importantes efectos de la providencia por la cual se declara á alguno confeso, ó se deniegá esta declaracion; y como es de gravísimen irreparable en definitiva, justo es que contra ella se conceda á las partes el recurso de apelacion: así lo sanciona el art. 299. Mas como pudiera suceder que la declaracion antedicha no fuese necesaria para el fallo del pleito por resultar los hechos justificados por otros medios; como pudieran las partes aquietarse con la sentencia definitiva por encontrarla arreglada á justicia, haciéndose por lo tanto innecesaria dicha apelacion, por estas consideraciones la nueva Ley le ha señalado una tramitacion especial como indicamos en el tomo 1º, con la cual se han conciliado de una manera conveniente en beneficio de los mismos litigantes la economía en los gastos y la celeridad del pleito, con el ejercicio de sus legítimos derechos. A este fin preceptúan el art. 300 y los dos siguientes, que interpuesta la apelacion, se admitirá para ante el Superior correspondiente, continuándose no obstante la sustanciacion de los autos hasta dictar sentencia definitiva. Pronunciada ésta, si alguna de las partes apelare de ella, entonces se remitirán los autos al Tribunal Superior para decidir ambos recursos, esto es, tanto el de apelacion contra la sentencia definitiva como el interpuesto contra la providencia en que se hubiere declarado al litigante confeso, ó denegado esta declaracion. Y si no se apelare de la sentencia definitiva, se estimará consentida tambien aquella providencia, y abandonada por lo tanto la apelacion de la misma, á no ser que la parte insistiere en ella dentro de los cinco dias siguientes á la notificacion de la sentencia definitiva; salvedad que establece el art. 302 y cuya utilidad ó conveniencia no alcanzamos, porque ¿qué conduce que se tenga ó no por confeso á un litigante sobre hechos relativos á una cuestion ya fallada ejecutoriamente? A nada, como no sea á ocasionar gastos y molestar al contrario; bien que este abandonaria una cuestion, que ya no podia darle ni quitarle derecho en el pleito en que se ventilaba.

Solo una dificultad podrá ocurrir en la inteligencia de los artículos que estamos examinando. Dice el 301, como hemos visto, que "si se apelare de la sentencia definitiva, se remitirán los autos para decidir tanto este recurso, como el interpuesto contra la providencia en que se hubiere declarado al litigante confeso, ó denegado esta declaracion." Ahora bien; recibidos los autos en el Tribunal Superior, ¿qué sustanciacion se dará á esos dos recursos? ¿Se sustanciarán y decidirán juntos como si fueran uno solo; ó con separacion y por los trámites correspondientes á cada uno? Esto último nos parece lo mas justo y conveniente, y lo mas conforme al objeto de esos recursos y al espíritu de la Ley. Interesa mucho á las partes saber antes de entrar en el fondo de la cuestion, si ha de tenerse ó no por confeso al litigante que no quiso comparecer á la segunda citacion, á que se negó á declarar ó á responder categóricamente á pesar del aper-

cibimiento del Juez. Dando como dá la ley á esta confesion *tácita* el mismo valor y eficacia que á la *expresa*, indispensable es que se resuelva desde luego este punto para que vean los interesados si tienen ó no necesidad y *posibilidad legal* de aducir otras pruebas en la segunda instancia sobre los hechos de que se trate. Estas indicaciones bastan para demostrar la conveniencia, necesidad y justicia de que dicha apelacion se decida antes que la de la sentencia definitiva. Son además dos recursos enteramente diferentes, y en el objeto y espíritu de la Ley está que se decidan con separacion, como se deduce del art. 302, y de no haberse preceptuado que se sustancien y decidan juntamente y en una misma forma, teniendo como tienen procedimientos diferentes. Tenemos, pues, por indudable que la apelacion de la providencia declarando á alguno confeso, ó denegando esta declaracion, debe sustanciarse y decidirse antes que la de la sentencia definitiva del pleito y con separacion de la misma; aquella se sustanciará por los trámites que marcan los arts. 837 al 848, y ésta por los del 849 y siguientes.

## § 5º

## JUICIO DE PERITOS.

No se toma en este lugar la palabra *juicio* en su significacion mas propia ó acepcion técnica que tiene en el foro, y que hemos definido en este tomo: aquí significa lo mismo que *opinion, parecer ó dictámen*. Así es que por *juicio de peritos* se entiende el dictámen que éstos emiten sobre algun hecho sometido á su exámen y reconocimiento facultativo. La nueva Ley lo ha considerado como un medio especial de prueba, siguiendo en este punto lo que estaba admitido por la práctica, y reconocido bajo el nombre de *prueba pericial*. Algunos autores lo han colocado entre la prueba de testigos, pero impropriamente en nuestro concepto, porque aun cuando se conceda que los peritos son testigos, no se concretan como éstos á deponer simplemente sobre los hechos tales como los han percibido por los sentidos, sino que se estienden á emitir el juicio que respecto de su naturaleza y efectos han formado segun sus conocimientos prácticos ó facultativos: al carácter de testigos reunen otro mas elevado y trascendental, que los equipara en cierto modo á los *juces de hecho*.

Como veremos en el artículo que sigue y en su comentario, la nueva Ley se concreta á dar reglas sobre el nombramiento y modo de emitir su dictámen los peritos, pero no encontramos en ella disposicion alguna que determine los casos en que puede emplearse este medio de prueba ni los puntos litigiosos sobre que deba recaer. "El juicio de expertos no puede tener lugar sino sobre puntos de hecho," dice el art. 146 de la Ley de enjuiciamiento mercantil, cuyo precepto quiséramos ver reproducido en la presente. No podrá, sin embargo, dudarse de que eso mismo ha de hacerse en los negocios de todos los fueros, por ser conforme, tanto á los buenos principios y á la práctica hasta ahora observada, como á lo que dispone la ley 1ª, tít. 21, lib. 10 de la Novísima Recopilacion. Si se trata de hechos para cuya apreciacion se necesitan conocimientos especiales de algun arte ó profesion, deberán someterse al juicio de peritos, cuyo dictámen servirá de fundamento al Juez para la aplicacion del derecho; pero sobre puntos de derecho, nunca ha de consentirse que los peritos emitan su opinion, porque el conocimiento y aplicacion de aquel es de la competencia del Juez; sobre el derecho no cabe prueba de ninguna clase, porque está consignado en las leyes, y debe saberlas el Juez.—En el párrafo 8º de esta seccion diremos el valor y eficacia legal de este medio de prueba. Ahora pasaremos al exámen del art. 303, en cuyo comentario explicaremos las dudas que podrán ocurrir, respecto á la ejecucion de este medio de prueba.