

modo absoluto (art. 365) leer á los jurados ninguna declaracion escrita de los testigos no presentes en el auditorio. De que el Código de instruccion criminal no haya reproducido esta prohibicion absoluta se puede deducir, que ha lugar á aplicar, por identidad de razon, en el debate contradictorio, lo que dice el art. 477 de la instruccion por contumacia. "Si por alguna causa cualquiera que sea, no pueden presentarse testigos en los debates, se leerán sus declaraciones en la audiencia." Es preciso, pues, contentarse con las declaraciones escritas, cuando es imposible obtener declaraciones orales, y seria poco puesto en razon desechar un testimonio, porque hubiera muerto el testigo despues de haber declarado ante el juez instructor, como se efectuaba rigiendo el Código de brumario. Pero la jurisprudencia actual incurre en el extremo opuesto, cuando permite sustituir declaraciones orales á las declaraciones escritas, en el caso en que no haya sido citado ó no haya comparecido el testigo (sent. deneg. de 25 de Agosto y 14 de Setiembre de 1826; 9 de Febrero y 16 de Junio de 1843, y 18 de Setiembre de 1852). Entonces ó es esencial la declaracion, y en tal caso, debe reiterarse oralmente, no pudiendo entrar en balanza la importancia de los gastos que ocasiona la remision del negocio á otra sesion con el interés de la justicia, ó la declaracion solo tiene un valor secundario, y entonces debe pasarse adelante. "Las declaraciones escritas," dice combatiendo esta jurisprudencia M. Faustin Helié (*Revisita de legislacion*, t. XVII, pág. 368), "no ofrecen las garantías que las declaraciones orales. Han sido recogidas para servir de elemento á la acusacion y no á la sentencia; son redactadas por el juez, á veces por un escribano poco inteligente, y no por el testigo mismo; espresan la substancia y el sentido de la declaracion, pero no sus palabras y su texto; finalmente, son recibidas en el gabinete del juez, sin debates, sin contradiccion, sin publicidad. ¿Cómo asegurarse de que son la expresion del testigo? ¿Puede la declaracion escrita

"hacer constar esas vacilaciones, esas largas reticencias, las sugerencias que se emplean para obtener la declaracion del testigo? ¿Puede pintar su turbacion, su emocion, su acento? Solo puede dar un análisis seco y rápido de la declaracion, ¿si es completa ó ambigua, dónde podrá buscarse su complemento? Y además, aunque fuera esta declaracion clara y terminante, ¿quién puede saber si la hubiera sostenido el testigo en medio de los debates, si no hubiese vacilado en presencia del ministerio público ó del acusado, si, turbado por la magestad de la audiencia, hubiera perseverado en una declaracion irreflexiva? Finalmente, la falsa declaracion hecha ante el juez de instruccion, no tiene sancion, no tiene pena alguna; solo cuando se repite en los debates, se puede incurrir en las penas de testimonio falso, no tiene pues las mismas prendas de sinceridad." Pero es preciso reconocer con el mismo criminalista (*Inst. crim.*, tom. V, §. 609), que el principio implícitamente contenido en los textos de la ley, se encuentra con fiado por la indecision de estos textos á la sabiduría del presidente y que no se puede inducir de su violacion la nulidad del procedimiento.

Como quiera que sea, está prohibido remitir al jurado, cuando se retira á la sala para deliberar, las declaraciones escritas de los testigos (Cód. de inst., art. 341). Y esto debe entenderse, no solamente de las declaraciones hechas ante el juez de instruccion, que no figuran en los elementos del debate definitivo, sino tambien de las declaraciones de los testigos no presentes leídas en la audiencia en virtud del poder discrecional. Si se remitieran estas declaraciones al jurado, como serian las únicas que tendria á la vista, podrian tener una influencia demasiado directa sobre su determinacion, y hacer prevalecer contra el espíritu de la ley, los documentos e critos sobre los testimonios orales.

Segun nuestras antiguas leyes de Partida, que rigen en la actualidad, las reglas que deben tenerse presentes para la aprenhion

de la prueba de testigos en materia criminal, son las siguientes: 1.ª Dos testigos mayores de toda excepcion (esto es, que concuerden en la persona, hecho ó caso, tiempo y lugar y demás circunstancias esenciales del delito), que no tengan ninguna de las tachas ó defectos legales que hemos reseñado en las adiciones anteriores (V. la inserta despues del núm. 340) y que espresen el motivo ó fundamento por el cual saben lo que espone ó aseguran, forman una prueba plena y completa (V. las leyes 16 y 32, tít. 16, Part. 3.ª). 2.ª Un solo testigo no es suficiente en ningun caso para producir la evidencia legal (ley 32 citada), ni se produce cuando siendo dos ó mas de dos testigos singulares, esto es, que declaran cada uno acerca de un hecho diferente y no están acordes y conformes en él y sus circunstancias; pues como dice la ley 12, tít. 14, Part. 3.ª (cuya disposicion debe tenerse muy presente en esta delicadísima materia de la apreciacion de la prueba en materia criminal), es preciso para producir la evidencia legal, que las pruebas en las causas criminales sean claras como la luz en que non venga ninguna dubda. (V. la nota inserta al final del número 52 de esta obra, y la adiccion que sigue al núm. 298).

Respecto á las advertencias que hace M. Bonnier, sobre el procedimiento ó juicio por jurados, creemos inútil advertir, que no tienen aplicacion entre nosotros, puesto que en España no se ha establecido esta institucion para ninguna clase de delitos ni instancias, conociendo en todo género de delitos y en toda clase de instancias jueces letrados.—(N. de C.)

SEGUNDO MEDIO DE PRUEBA ORAL.

DECLARACION DEL DEMANDADO.—CONFESION ESPRESA O TACITA.

SUMARIO.

345. Confesion. Sus diversas formas.

345. La declaracion del hombre sobre los hechos litigiosos, que emanan ordinariamente de terceros estraños al proceso, puede ser obra de las mismas partes. Reservamos para la tercera parte de este libro los casos bastante raros en que hace fé en juicio la declaracion del demandante; y vamos á tratar aquí de la prueba llamada por los antiguos autores la prueba por excelencia

(1) *probatio probatissima*. de la confesion, es decir, del testimonio del demandado mismo, reconociendo contra su propio interés la verdad de los hechos alegados por el adversario.

La confesion puede ser espresa; y esta es la confesion propiamente dicha; puede ser tácita y resultar de ciertas circunstancias determinadas. La negativa de prestar ó de rehusar el juramento decisorio es la mas notable de estas circunstancias (2).

PRIMERA ESPECIE DE CONFESION.

Confesion espresa, ó confesion propiamente dicha.

SUMARIO.

346. Division.

346. Principiarémos segun nuestra costumbre, examinando cuál es la fuerza de la confesion, y despues nos ocuparémos del procedimiento por el que se trata de obtenerla.

1. Es un juego de palabras reproducir, al contrario, como hacen Zachariae y sus anotadores M. M. Ambry y Rau [§. 749 y nota 22 sobre este §.], la opinion de los autores antiguos, segun los cuales, no es la confesion una prueba, puesto que dispensa de toda prueba á la persona en cuyo favor interviene. *Potius ab onere probandi relevationem quam probationem* [Mascard. prelim. quest. 7]. En primer lugar, esta fuerza absoluta de la confesion no existe en materia criminal, ni aun en todos los casos, en materia civil. Y aun cuando existe, la confesion es siempre una prueba en el sentido lato de la palabra, puesto que es un medio de llegar al conocimiento de la verdad. Los primeros traductores italianos de nuestro tratado, llaman tambien á la confesion *probatio impropria*, considerando al juez que la recibe como estableciendo *de presentí*, y no de *preterito*, por razon de la fuerza invencible de la confesion. Pero esta fuerza invencible puede existir en otros medios de prueba, aun en la prueba testimonial, si la cualidad y la inteligencia de los testigos son superiores á toda sospecha. Seria singular, despues de todo, que dejara de ser practicable una prueba porque produjera una conviccion mas completa para el juez.

2. Véase, respecto al derecho español, la adiccion inserta á continuacion del núm. 361 [N. de C.] Nuestro Cód. de proc. desconoce la prueba del juramento decisorio que admitia la antigua legislacion, pues el art. 594 que enumera los medios de prueba que la ley reconoce no comprende mas que ocho entre los cuales no se espresa el juramento decisorio, fuera de que como hemos repetido varias veces, por nuestras leyes constitucionales quedó sustituido el juramento con la protesta de decir la verdad.—[N. de los EE.]

SECCION PRIMERA.

FUERZA DE LA CONFESION.

SUMARIO.

347. Qué declaraciones constituyen la confesion.
348. La confesion tiene mas fuerza en lo civil.

347. La confesion es la declaracion por la que una persona reconoce por verdadero un hecho propio para producir contra ella consecuencias jurídicas. Debe versar sobre el hecho, y no sobre el derecho; así es, que la declaracion por la que se reconociese que se halla sometida la controversia á las disposiciones de tal ó cual ley extranjera, no constituiria una confesion, y no seria en nada obligatoria para el juez (1). Aun cuando versara sobre el hecho, no toda especie de declaracion es una confesion; para esto es necesario que haya habido intencion formal de reconocer la verdad de las declaraciones de la parte contraria; y no podria hallarse este carácter en simples alegaciones en apoyo de los fundamentos en que se apoya la demanda ó la defensa; ni con mayor razon, en simples cartas escritas durante la instruccion (sent. de 7 de Noviembre de 1827).

348. En toda clase de materias tiene la confesion una gran importancia; pero esta importancia es mayor aun en lo civil que en lo criminal (2). Cuando no se trata mas que de cuestiones pecuniarias, la confesion tiene en general una fuerza absoluta, lo cual es tanto peor para la persona capaz que reconociera á sabiendas una deuda que no es cierta: pues la sociedad no debe proteger los intereses privados que juzgan propósito sacrificarse por sí mismos. Al contrario, ante las jurisdicciones criminales,

1. Sólo los hechos están sujetos á prueba: el derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras: pues entonces debe probarse la existencia de estas y que son aplicables al caso [art. 575 Cód. de proc.] La confesion ha de ser declaracion sobre hecho propio, de modo que no puede probarse por medio de ella la existencia y la aplicabilidad de la ley extranjera, único caso en que sobre el derecho se admite prueba.—N. de los EE.—

2. Los ingleses llaman á la confesion *admission* en materia civil, y *confesion* en materia criminal.

Entre nosotros tambien mereceria el nombre de *admission*, puesto que teniendo los requisitos exigidos por la ley, hace cesar el juicio ordinario si el actor lo pide, procediéndose en seguida por la vía ejecutiva. Cód. de proc., art. 770.—N. de los EE.—

la fé de la confesion no es tan completa, pues no basta que consienta un acusado en que se le condene para que sea legítima su condena; sino que es preciso que su culpabilidad sea por otra parte verosímil. Aquí se aplican los principios que hemos sentado sobre el diferente espíritu que dirige la prueba en materia civil y en materia criminal (núm. 99) (1).

PRIMERA DIVISION.

Fuerza de la confesion en materia civil.

SUMARIO.

349. Distincion de la confesion judicial y de la confesion extrajudicial.

349. La confesion de que podemos prevalernos contra nuestro adversario, es segun la letra del art. 1354, del Código Napoleon judicial ó extrajudicial. La ley se ha referido especialmente á la confesion judicial, ya porque se halla consignada siempre en debida forma, ya porque las circunstancias en que interviene no permiten que se la considere como hecha ligeramente y sin reflexion. Vamos á examinar los principios establecidos por el Código respecto de esta primera especie de confesion, y despues veremos hasta qué punto son aplicables estos principios á la confesion extrajudicial (2).

§. I. CONFESION JUDICIAL.

SUMARIO.

350. Carácter de la confesion judicial.
351. Capacidad que se requiere para la confesion.
352. Casos en que la confesion no hace fé.
353. Condiciones de la validez de la confesion.
354. ¿Se requiere la aceptacion de la parte contraria?
355. ¿Cómo debe esplicarse la prohibicion de retractar la confesion *por error de derecho*?
356. Indivisibilidad de la confesion judicial.

350. La confesion judicial se define (art. 1356, *ibid.*): la declaracion que hace en jui-

1. Véase respecto del derecho español, la adiccion inserta á continuacion del núm. 36.—N. de C.—

2. Véase respecto del derecho español, la adiccion inserta á continuacion del núm. 361.

Tambien nuestro Cód. de proc. divide la confesion en judicial y extrajudicial, art. 621.—[N. de los EE.]

cio la parte ó su apoderado especial. Mas para que sea judicial la confesion, es necesario que se verifique en el curso de la instancia actual; pues la confesion hecha en otra instancia debe considerarse como extrajudicial (1). Lo mismo seria, y con mas razon, respecto de una confesion que se hiciera ante la autoridad administrativa (Sentencia denegatoria de 9 de Enero de 1839) (2).

351. Para que haga fé la confesion, debe emanar de una parte capaz de disponer sus cosas, puesto que de ella puede resultar una verdadera enagenacion. Así la confesion de un menor no obliga á éste, á menos que verse sobre un delito ó sobre un cuasi delito (*ibid.*, art. 1310). Lo mismo debe decirse de la confesion de una mujer casada que no tiene autorizacion competente. Sin embargo, la autorizacion de responder en juicio, envuelve la de responder en una comparecencia personal ó en un interrogatorio sobre hechos y artículos (sent. den. de 22 de Abril de 1828). Pues si existiera una incapacidad de dar ó de recibir entre las partes, por ejemplo, si un padre hubiera hecho una confesion en un proceso con un hijo natural, el juez seria quien deberia examinar si es formal la confesion, ó bien si implica una liberalidad disfrazada. Este era el sentido en que decian los antiguos intérpretes: *Qui non potest donare, non potest confiteri*. Por el mismo motivo, no puede tener lugar la confesion en detrimento de terceros que adquirieron un derecho sobre el objeto de la controversia; así, la confesion del vendedor, no podria perjudicar al comprador, ni la del quebrado á sus acreedores, al menos cuando es posterior á la quiebra (3).

Otra consecuencia del principio, sobre

1. La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Nápoles [*trad. siciliana de este tratado*, pág. 212, nota] considera como judicial la confesion que interviene en una demanda.

2. Confesion judicial es la que se hace ante juez competente, ya al contestar la demanda, ya absolviendo posiciones. Extrajudicial es la que se hace ante juez incompetente ó ante dos testigos Cód. de proc., arts. 622 y 623.—[N. de los EE.]

3. Entre las circunstancias que se exige concurren para que haga prueba plena, la primera es que sea hecha por persona capaz de obligarse Cód. cit., art. 768.—[N. de los EE.]

que confesar equivale á veces á enagenar es, que está prohibida la confesion, así como la enagenacion á un mandatario que no se halla especialmente autorizado al efecto (*ibid.*, art. 1998). Sin embargo, la confesion hecha sin poder, puede comprometer al mandante. No hay duda que cuando mi mandatario fuese un simple particular que no tuviera carácter público, la confesion que hubiera hecho en mi nombre sin estar autorizado á ello, seria radicalmente nula por exceder los límites de su mandato (*ibid.*). Pero cuando estoy representado por un oficial público procurador *ad lites*, por un procurador ó por un escribano, se consideran sus actos como actos míos propios, y me obligan á lo menos hasta prueba en contrario. Si quiero desvirtuarlos, estoy obligado á seguir un procedimiento particular, el es'ablecido para el caso de no reconocerlos (C. de proc., art. 352 y sigs.), lo cual seria completamente inútil con relacion á un mandatario comun. En cuanto al abogado, no siendo el representante inmediato de la parte, no la compromete directamente con las confesiones que se le escapen; así es constante, que no habria lugar al caso de no reconocer la confesion así hecha respecto de un abogado. Sin embargo, si el procurador no retracta la confesion hecha por el abogado, se considera apropiársela, y entonces la parte perjudicada está autorizada para desmentir, no al procurador, sino solamente al que confesó (sent. deneg. de 8 de Diciembre de 1829 y de 15 de Abril de 1838) (1).

352. La confesion hace plena fé contra aquel que la hizo (C. Nap., art. 1356). Pero esta proposicion no es verdadera sino en cuanto no se litiga de intereses de orden superior. Por eso, el Código de procedimiento (art. 830) decide, respecto de la separacion de bienes, que la confesion del marido no hace prueba. Esta decision se

1. Es permitido articular posiciones al abogado y al procurador sobre hechos personales y que tengan relacion con el asunto. No es permitido articularlas al abogado sobre hechos propios de su cliente; pero si al procurador que tenga poder especial para absolverlas, ó general con cláusula terminante para hacerlo, arts. 627 y 628 Cód. de proc.—[N. de los EE.]