

debe ceder este al testimonio de aquellos. Ley 115 del lugar citado. Si el instrumento fuese antiguo prueba Greg. Lopez en la glosa 8.^a de esta ley que debe prevalecer á los testigos.

A este medio de prueba puede referirse la fama que los espositores cuentan, como un medio diferente de prueba, sin embargo no es mas que un hecho que debe probarse como los demas para que merezca el nombre de fama la voz ó rumor difundido sobre algun hecho, debe ser constante, uniforme y continua, anterior al principio del pleito, y originada de personas honestas y fidedignas. Par probarla se necesitan á lo menos dos testigos mayores de toda excepcion, que depongan de ella, y sus circunstancias.

De las confesiones de las partes.

Confesion de la parte en juicio, es el último y mejor medio de prueba Feb. ref. part. 2.^a lib. 3.^o cap. 1.^o § 7.^o citando la ley 2.^a tit. 13. part. 3.^a glos. 1.^a dice, que aunque se haga en un proceso inválido puede darse sentencia segun ella.

Para que se haga legalmente presenta la parte que la pide, *Posiciones*. La posicion es una breve asercion hecha por escrito de hecho perteneciente á la causa, en la cual pide en juicio el litigante que el otro declare bajo de juramento para relevarse de probarle.

Diferenciase de los articulos en que en estos se expresan los hechos que se intentan probar, y así no los presenta la parte como hechos ciertos, sino como pre-

guntas hechas en esta forma: *Si saben, han visto ó tienen noticia de tal hecho*: Y las posiciones se presentan como hechos ciertos ó inciertos, y por eso se eapresan diciendo que el contrario declare como tal hecho es cierto ó incierto; y ademas en que las posiciones solo pueden hacerlas los litigantes; mas los articulos y preguntas tambien el juez.

Las posiciones se pueden incluir en el mismo interrogatorio que se presenta para examinar los testigos poniendo en el pedimento un *otrosi*, en que el contrario jure posiciones al tenor de tales y tales preguntas; aunque tambien se pueden presentar en pedimento separado; pero siempre conviene presentarlas y pedir la confesion á las partes antes de la declaracion de los testigos, porque se escusará de probar los articulos que ella confesare.

Para hacer esta confesion debe la parte ser llamada por el juez, y tomado el juramento de decir verdad, examinarla este ó el exscribano, sin darla tiempo para deliberar, ni consultar.

La parte preguntada sobre los hechos debe responder categóricamente, afirmando ó negando sin que se la admita la respuesta de *no lo sé, no lo creo, me persuado*, etc. y si no respondiere categóricamente, ó por no responder se ocultase, se le puede declarar por confeso y determinar el pleito, ó recibirle á prueba segun el estado, con tal que hayan precedido tres autos notificados por el escribano para que hiciese legitimamente la declaracion.

Con todo parece que la rebeldia en no confesar, no debe tener mas efectos que los que tenga la de no con-

fesar la demanda, y asi como en aquella la confesion ficta que induce la rebeldia, solo produce el efecto de cargar al rebelde la obligacion de probar lo contrario de lo que la ficcion supone, aunque por otra parte no fuese obligacion del rebelde, v. g. por ser reo : asi en este caso la rebeldia en no declarar ó declarar confusamente, solo debe causar el efecto de obligar á probar lo contrario de lo que la posicion afirma. Feb. ref. part. 2.^a lib. 3.^o cap. 1.^o §. 7.^o n.^o 253.

Puede el interrogado confesar algun hecho; pero añadiendo en la confesion alguna circunstancia que le quite su fuerza de obligar, ó lo que es lo mismo, alguna excepcion perentoria. Si el hecho ó circunstancia que añade es inseparable del hecho interrogado, y le constituyó esencialmente distinto de lo que sería sin aquella circunstancia, en este caso la confesion se llama *individua*, y el interrogante debe probar ser falsa la modificación que su contrario ha hecho; pero si la circunstancia añadida es tal, que si bien destruye la obligacion que produce el hecho interrogado, es sin embargo separable de él, y no le hace variar la natura, se llama la confesion *dividua*, y tendrá toda la eficacia de una confesion simple, si el que la hace no probase la tal circunstancia ó excepcion : v. g. Si se preguntase á uno si es cierto que ha recibido cierta cantidad y respondiese que sí; pero que habia sido en pago de una deuda anterior, debería el interrogante probar que esto era falso, y si no lo probase, no se podrá librar ejecucion contra el preguntado; pero si respondiese que la habia recibido, añadiendo que inmediatamente la restituyó, ó pagó, se podria librar contra el confitente

la ejecucion, y se llevaria á efecto si en el término de *diez dias* no probase la excepcion.

Resulta de todo lo dicho que la confesion es *verdadera, ó ficta*. Verdadera es la que realmente hace la parte interrogada en juicio presentándose por sí, ó su procurador con poder especial para hacerla. Ficta es la que se supone hecha por la rebeldia.

La confesion verdadera puede ser *simple, ó calificada*. Será simple, cuando se afirma ó niega el hecho lisa y llanamente; y calificada cuando se añade á la confesion alguna circunstancia ó calidad, que restringe ó destruye la intencion del interrogante, y esta será *dividua ó individua* segun que la circunstancia sea ó no separable del hecho confesado.

Febrero dice que por ser este un medio de prueba tan expedito y ventajoso pueden las partes pedirse mutuamente confesion en cualquiera estado del pleito hasta la sentencia; pero debemos advertir, que no permiten las leyes hacer al demandante, ni al demandado mas preguntas antes de abrirse la causa á prueba, que aquellas que sean necesarias para continuar el pleito, ó como se explica la ley 1.^a tit. 10. part. 3.^a; que son de tal natura que si el demandador non las ficiese en aquel tiempo é otrosi el demandado non respondiese á ellas que non podrian despues ir adelante por el pleyto ciertamente : v. g. se puede preguntar al que se quiere demandar como heredero, si lo es ó no : al padre, si su hijo tiene ó no peculio : y á cualquiera si es ó no de edad bastante para litigar. Feb. ref. part. 2.^a lib. 3.^o cap. 1.^o n.^o 58. : mas no se le podrán hacer preguntas sobre el fondo de la cuestion, sino en un caso aprobado en la

ley 5.^a tit. 21. lib. 4.^o de la nuev. Recop. ó ley 4.^a tit. 28. lib. 11. de la Novis. y es cuando tiene á su favor un vale, en que otro se obliga á pagarle cierta cantidad, en el que permite que se pregunte al demandado antes de formalizar la demanda si es cierta la deuda, ó si reconoce el vale por suyo.

Como la confesion es un medio de prueba, y esta no puede darse, sin fijar primero la cuestion sobre que ha de recaer justamente se prohíbe pedirla hasta que se haya fijado: sin embargo por práctica corriente toman juramento aun sin referencia á escritos para preparar ejecucion, y parece muy conforme á las leyes que hablan de ella.

A este medio de prueba pertenece tambien la del *juramento*, como que realmente no es otra cosa que una juracion jurada: no entendiendo el juramento de calumnia, de malicia, ni de decir verdad que quedan ya explicados, sino el que llaman *decisorio*.

Este es de dos modos (feb. ref. lug. cit.) *decisorio del pleito*, por el cual se decide la controversia principal: y *asesorio en el pleito* que es el que el juez pide á la parte para que jure el daño que su contrario le ha causado, ó la estimacion de la cosa que se litiga. Cuando por falta de prueba es imposible, ó muy difícil fijar uno y otro, este es propiamente juramento de decir verdad.

Del primero forma tres especies, á saber: *Voluntario ó convencional*, *necesario ó supletorio*; y *judicial*. *Voluntario* es el que sin intervencion del juez defiere una parte á la otra, y este recibe toda su fuerza del pacto con que se pide y da. *Necesario* es el que el

juez de oficio ó á pedimento de la una parte manda hacer á la otra, cuando la causa está probada, pero no plenamente. *Judicial* es el que con aprobacion del juez exige una parte á otra, el que tambien es voluntario. Ley 2.^a tit. 11. part. 3.^a En las demas leyes de este tit. dice, se notan las solemnidades de estos juramentos que omite por no estar en uso. De estas tres clases de juramentos, es claro que solo las dos últimas pueden llamarse *Confesion judicial*, y no se distinguen de este medio de prueba.

El primero es un hecho que se debe probar, como que no informa inmediatamente al juez. Lo mismo debe decirse de la confesion extrajudicial, á la que igualmente que á los juramentos expresados da fuerza de plena prueba la ley 2.^a tit. 13. part. 3.^a cuando se hace en causas civiles á presencia de la otra parte ó su procurador con expresion de cosa ó cantidad cierta y razon de deber; aunque en las criminales dice, que solo causa gran sospecha.

Para que la confesion y juramentos dichos, puedan perjudicar á los que los hacen, es necesario que estos sean de edad cumplida, esto es, sin duda mayores de 14 año, ó 20, ó 25, que declaren á sabiendas, esto es, al parecer con claro conocimiento de los hechos siempre que declaran de su grado, y sobre cosa ó cuantia cierta. Ley 4.^a tit. 13 part. 3.^a

Tambien convienen las confesiones y juramentos, en que no pueden darlas ni deferirlos los procuradores sin poder especial, y respecto de unas y otras advierten Sala y Febr., que el que las pide ó defiere, debe hacerlo con protesta de no estar á lo dicho sino en

cuanto le sea favorable, cuya cláusula parece no debe admitirse en las tres especies de juramento explicadas arriba; sino solamente en las confesiones.

Para concluir este capítulo de las pruebas, es preciso decir algo de las *presunciones* que los intérpretes cuentan también entre las especies de prueba.

Entienden por presuncion *impulso nacido de alguna ó algunas circunstancias* que mueven al juez para que forme este ó el otro concepto. Sala lib. 3.º tit. 6.º num. 27. ó un juicio anticipado que el juez hace fundado en las circunstancias ó indicios mas ó menos claros Caval. p. 3.º cap. 20. § 12.

Esta explicacion es inexacta, y confusa, segun el rigor lógico, se llaman *presunciones* los juicios ó sospechas tomadas del modo que generalmente tienen los hombres de conducirse, y de las leyes ordinarias de la natura los que se forman de las circunstancias particulares de las personas se llaman *conjeturas*: y los que se deducen de los vestigios ó señales que dejan tras sí los hechos, se llaman *indicios*. Los hechos circunstanciales que dan motivo á las *presunciones* y *conjeturas*, pueden ser antecedentes, concomitantes y subsiguientes al hecho principal que se examina; v. g. un homicidio, podrán dar lugar á sospechar contra alguno la enemistad que este tubiese contra el muerto, las amenazas que le hubiese hecho, el haberle visto con armas en el momento ó lugar en que se hizo la muerte, la sangre, y las heridas que se hallasen en él, la fuya, etc.

Segun la mayor ó menor conexion que estas circunstancias, indicios ó señales tienen con el hecho ú obligacion que se discute en el juicio, dividen los inter-

pretes las presunciones en *vehementes ó violentas probables ó medianas*, y leves.

Ultimamente, en algunas vemos que esta conexion es tan clara, que puesto el hecho ó circunstancia se sigue necesariamente el derecho que se intenta probar, segun el orden regular de las cosas.

Las leyes dan á este último por demostrado, y á la presuncion fuerza de prueba plena, obligando al juez á que sentencie á favor del que la tiene de su parte; y las presunciones de esta especie se consideran por presunciones de derecho. Estas, ó se consideran ciertas interin no se pruebe lo contrario; ó se las da tal grado de fuerza que contra ellas no se admite prueba. En el primer caso se llaman presunciones *juris*; y en el segundo presunciones *juris, et de jure*.

Asi pues probado el matrimonio de dos personas se presume que los hijos en él habidos, son legítimos, mientras no se pruebe lo contrario. Ley 9 tit. 14 part. 3.ª. Y por derecho canónico cuando uno cohabitó con una muger, con la que tubiese contraidos esponsales, se presume contraido matrimonio con tal seguridad, que no se se admite prueba en contrario. *Cap. 30. extra de Sponsalib.*

Conforme á esto la ley última del tit. 33. part. 7.ª prueba los siguientes casos: 1.º Cuando nacen en un mismo parto dos hermanos varon y hembra, se presume nacido primero el varon, y por consiguiente solo él goza los derechos de preeminencia; pero si ambos fuesen varones ó hembras, deben aquellos repartirse entre los dos, sin formar presuncion á favor de ninguno.