

que es lo que significa el juramento indecisorio. Admitida por la Ley esta teoría, claro es que en adelante será requisito esencial en los escritos en que se pida confesión, que la parte manifieste categóricamente si ha de evacuarse bajo juramento decisorio ó indecisorio; ó lo que es lo mismo, si se somete á estar y pasar por lo que diga el confesante con esclusión de toda otra prueba.

Sepárase también la Ley de enjuiciamiento de las antiguas en cuanto que, si bien exige que las contestaciones sean afirmativas ó negativas, prohibiendo la admisión de otras, permite al confesante dar las esplicaciones que estime convenientes sobre lo preguntado y contestado. También faculta al juez para que sobre lo primero pida al confesante las aclaraciones ó esplicaciones que crea convenientes. Aceptamos con satisfacción esa novedad introducida por la Ley, porque autorizando al un litigante para preguntar, y obligando al otro á responder, no alcanzamos razón que sea bastante á justificar la prohibición de dar esplicaciones sobre lo confesado. Ciertamente que al dárlas se propondrá el confesante desvirtuar los efectos de su declaración; pero aun concediéndolo, la verdad será que, si las esplicaciones son conducentes, contribuirán á esclarecer el hecho litigioso, y á ilustrar al juez; y si no lo fueren, no causarán daño ni beneficio. En esta materia, creemos que la tolerancia es mucho mejor que el rigorismo legal.

Por último, la Ley de enjuiciamiento conviene con las recopiladas en que el juez no debe admitir respuestas evasivas, y que para obligar á contestar afirmativa ó negativamente, debe usar del aperebimiento de que tendrá al declarante por confeso si no evacua la declaración, de la manera que prescribe la misma Ley. Igual facultad concede á los jueces para el caso en que el litigante se rehuse á declarar. En la Ley está escrito ese precepto, y no queda recurso alguno mas que de obedecerle; pero si este punto hubiera de tratarse en el terreno filosófico, acaso nosotros opináramos en sentido contrario, porque en nuestro concepto, para que las declaraciones perjudiquen al que las dá, es indispensable que no aparezca que intervino al prestarlas ni la mas leve sospecha de coacción ni física ni moral. Siempre aplaudiremos el célebre decreto del Sr. D. Fernando VII que prohibió

toda clase de apremio que obligase al encausado á declarar en su propia causa.

Propónese principalmente el art. 296 declarar que el confesante tiene que firmar la declaración que preste; que puede leerla por sí mismo, si quiere hacerlo, y sino la lee, porque no quiere ó porque no puede por incapacidad física ó por ignorancia, que se la ha de leer necesariamente el escribano. Ninguna de esas tres disposiciones es aplicable especialmente á las confesiones hechas en juicio, ni era menester que la ley lo hubiese dicho expresamente; pero hace esa declaración para dar á entender que se propone llamar la atención hácia los abusos de que alguna vez se quejaban las partes.

Mas ya que la ley se fijó en esas circunstancias para determinarlas especialmente, pudiera haber distinguido también el caso de impotencia relativa ó absoluta del confesante para firmar. Sin embargo, ya que no lo ha hecho, supliendo nosotros el silencio de la ley, aconsejaremos á los jueces que hagan siempre espresar en la declaración la edad del que la presta, y cuando no firme, la razón por la que no lo hace.

El art. 297 ordena que si el llamado á declarar no compareciere á la segunda citación, ni alegare justa causa para no presentarse, lo mismo que si se rehusare á declarar ó persistiese en no hacerlo afirmativa ó negativamente despues de aperebido, si la parte contraria lo pide, se le tendrá por confeso sin esperar á la sentencia. En el Comentario al art. 298, esplicaremos los efectos de esa confesión presunta.

ART. 298. De toda confesión judicial se dará vista sin dilación 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.

Hemos separado de propósito el Comentario al art. 298, de los anteriores, porque lo mismo aquel que la última parte del 297, tratan ya de los efectos de las diligencias que se practican á fin de que algun litigante se presente á declarar.

Puede acontecer que aquel á quien pide la otra parte que

preste declaración al tenor de ciertas posiciones: 1.ª no se presente, á pesar de las dos citaciones que se le hicieron, bajo apercibimiento la segunda de que sino se presenta se le tendrá por confeso; 2.ª que aunque comparezca se niegue á declarar, ó que persista en no contestar afirmativa ó negativamente, no obstante igual apercibimiento; 3.ª que declare negando las preguntas que se le hicieren en sentido contrario al interés del preguntante; y 4.ª que declare confesando lo que conviene á la otra parte. Pues bien, cualquiera de esas cuatro cosas que ocurra, el juez tiene siempre que mandar que se comuniquen las diligencias á la parte que pidió declaración, aunque no lo solicitase en el escrito presentado con aquel objeto, ni lo pida después de constarle que se hizo la citación y no compareció el citado, ó cuando sepa que se ha evacuado la declaración.

Para saber de qué es permitido pedir al litigante en cada uno de esos casos, necesita conocer antes el efecto legal que producen aquellas diligencias. En los casos de no comparecencia, ó de persistencia en no declarar en los términos que prescribe el art. 295, puede ser tenido por confeso *sin esperar á la sentencia definitiva*. ¿Y qué quiere decir la frase *será tenido por confeso*? ¿Será que esa presunta confesión producirá los mismos efectos que la real y positiva, hecha en juicio con las formalidades prescritas por la ley? Necesitamos saber más; debemos preguntar, ¿qué consecuencias lleva consigo la confesión espontánea judicial? Esto es muy grave y necesita meditarse detenidamente para consignar una opinión cuando menos probable.

Al emprender esta tarea se encuentra un vacío en la *Ley de enjuiciamiento*, á lo menos en la *Sección sexta del tit. 7.º*, supuesto que en ninguno de sus artículos declara los efectos de la confesión hecha en juicio en estado de prueba: la reconoce como uno de los medios de probar, pero calla en cuanto á lo demás. Sin embargo, en el art. 297, permite al litigante que la solicitó, pedir antes de la sentencia definitiva que se tenga al otro por confeso; luego antes de la sentencia produce la confesión algún efecto; y con mucha más razón le producirá la confesión categórica y terminante. Esto es innegable, porque es una consecuencia lógica de aquellas premisas. Servirá tal vez la confesión clara y terminante para pedir

que se espida la ejecución? El art. 941 cuenta entre los títulos que llevan aparejada ejecución la confesión hecha ante juez competente; y como la dada pendiente el término de prueba, es una verdadera confesión ante juez competente, parece que aquel será el efecto que produzca.

Hemos manifestado tratando de los medios de prueba que la *Ley de enjuiciamiento* se limita generalmente á establecer las formas y solemnidades con que han de presentarse y practicarse en juicio; y por consiguiente, que todo aquello que pertenezca á la esencia de los mismos medios probatorios subsiste, en el estado anterior á la *Ley* precitada. Pues bien, las leyes de Partida, y especialmente la 2.ª, tit. 13, Part. 3.ª disponen, que si alguno hiciese venir á su deudor ante el juez á que jure, y responde este que es cierto lo que se le pregunta, ó que se lo debe, non le queriendo hacer contienda sobre ello, debe mandar que pague el deudor aquello que confiesa, é non há porque de otro juicio afinado sobre tal razon como esta. La *ley Recopilada* 1.ª, tit. 9, lib. 11, despues de enumerar minuciosamente los casos en que el juez puede declarar por confeso al que resiste á la confesión, dice: "é asi lo pronuncie luego el juez en sentencia; é si de la respuesta de las posiciones hallare el juez que puede dar sentencia definitiva, concluso el pleito, la dé la que por fuero ó derecho deba, y sino reciba á las partes á prueba de lo por ellas dicho é alegado."

Todas las leyes mencionadas hablan de la confesión hecha antes de entablarse, ó de contestar á la demanda ó despues de haberla contestado; y determinan que en el primer caso desde luego el juez, y sin necesidad de dictar sentencia, mande que el deudor pague al acreedor, de modo que en la realidad no se trata en esas leyes de un caso igual al ocasional de las cuestiones que dejamos propuestas; esto es, al de la confesión á que haya precedido instancia de parte pendiente el término probatorio. Sin embargo, es menester advertir que las leyes anteriores á la de *enjuiciamiento* distinguen entre la confesión por juramento decisorio é indecisorio, y que los efectos del uno y del otro procedían de causas diferentes; así como es preciso tener también en cuenta, que la confesión dada con relevación de otra prueba no permitía justificar, ni al que la pedía ni al que la prestaba; así

como por el contrario, al que usaba de juramento indecisorio, ó lo que es lo mismo, que no estaba á pasar por lo que el litigante depusiera, se le permitía justificar lo contrario á lo confesado, pero al confesante se le denegaba todo medio probatorio contra lo que hubiese declarado.

Partiendo de estos principios, creemos que á instancia de parte puede un juez declarar confeso á aquel que contestase afirmativamente á las preguntas que se le hubiesen hecho, bajo cualquiera de los juramentos de que hace mención el *art. 294*, y que los efectos de esa declaración jurada impiden el progreso de la sustanciación del juicio ordinario, como innecesaria desde que se presta la declaración hasta definitiva; porque no siendo permitido al confesado justificar contra lo que había declarado, cualquiera tramitación que se permitiese sería ilegal completamente y ocasional de gastos innecesarios. Pero no por eso deberá entenderse como regla incuestionable, que la confesión produce efectos ejecutivos, de tal modo que sin pronunciarse sentencia definitiva haya de pasarse desde el juicio ordinario comenzado hasta la expedición del mandamiento titulado de ejecución. La declaración del confeso, de que habla el *art. 298*, y la de ser tenido por tal, de que hace mención el 97 en los casos respectivos de haber declarado de conformidad con las posiciones, ó de no haber comparecido á declarar, ó resistir una, dos ó tres veces, como dice la ley Recopilada, á responder afirmativa ó negativamente, no produce mas efecto verdaderamente legal, que el de impedir que el confesado, que el no compareciente ó el pertinaz en no declarar en debida forma, puedan proponer pruebas para justificar contra la intención del demandante. Por el contrario, si el demandado fuese el que solicitara del actor la declaración en juicio, y este se negase á prestarla, ó fuese pertinaz, ó declarase categórica y terminantemente, la declaración por confeso produciría el mismo efecto que cuando la hiciese el demandado; porque no se le permitiría dar nuevas justificaciones en juicio.

ART. 299. *La providencia que se dictare declarando á alguno confeso, ó denegando esta declaración, es apelable.*

La disposición del artículo que precede es digna de respeto

porque á los funcionarios del orden judicial no les queda otro recurso, mas que el de obedecerla tal y como se halla concebida. No se puede denegar alzada por los jueces cuando se apelare de la providencia que dicten declarando á alguno confeso, ó denegando esa declaración.

Decimos que esa declaración debe acátarse y cumplirse, porque la ley lo manda; pero en nuestro concepto, acaso el recurso de alzada que se concede sea perjudicial á los intereses de aquellos á quienes faculta para interponerlo. Y para pensar así no nos fundamos en una opinión exclusivamente nuestra, recordamos lo que previenen las leyes antiguas relativamente á la confesión, y los saludables y justísimos preceptos que por razones de gran interés social acordaron con especialidad las leyes de Partida. Segun estas no podia interponerse apelación de la sentencia ó mandamiento que dictare el juez en virtud de la confesión en juicio hecha por cualquiera de las partes, porque la alzada, segun *la ley 1.ª, tit. 23. Part. 3.ª*, "únicamente tiene pro cuando es hecha directamente, porque por ella se desatan los agravios que los jueces hacen á las partes torciceramente, y por non lo entender." Esa misma fué la jurisprudencia que consignaron las leyes romanas, y es la conforme á los buenos principios; porque si la apelación se propone reparar por medio de los Tribunales superiores el agravio irrogado por una sentencia, claro es que, cuando se dicta á consecuencia de la confesión clara y terminantemente del que litiga, ningun agravio se le puede irrogar al obligarle por el mandato judicial á que cumpla lo mismo que espontáneamente había declarado. Nosotros creemos que por identidad de razon no debería permitirse la alzada contra la declaración judicial de confeso al que real y verdaderamente lo fuese, ó al que con su resistencia á declarar hubiese incurrido en la especie de pena ó responsabilidad que le impone la ley en castigo. Y mucho menos debería concederse ese recurso, cuando la providencia fuere denegatoria de la declaración por confeso, porque mal causa un juez agravio, en el verdadero sentido de la palabra, cuando por medio de sus providencias abre el camino probatorio, y dá á las pruebas la latitud siempre conveniente para justificar la verdad.

Esceptúanse, sin embargo, de las doctrinas emitidas en los

párrafos anteriores, y á pesar del silencio de la *Ley de enjuiciamiento*, deberá reconocerse que la declaracion explicita y terminante, aun elevada á confesion, no puede producir el efecto que determina el *art. 298*, cuando hubiere concurrido alguna de las circunstancias que coartan la libertad, é impiden el ejercicio de la voluntad; como, por ejemplo, si el confesado alegase, y presentase pruebas de que habia prestado la declaracion por premia ó por temor del que dice la jurisprudencia *cae en varon constante*.

Art. 500. *Interpuesta la apelacion, se admitirá para ante el Superior correspondiente, continuándose no obstante la sustanciacion de los autos hasta dictar sentencia definitiva.*

Una de las pruebas que corroboran la opinion que hemos manifestado, relativa á la inconveniencia del recurso de alzada contra las providencias que se dictaren, declarando á alguno confeso ó que deniegue esa declaracion, es la que se desprende del *artículo 300*.

Interpuesto el recurso deberá, no obstante, continuar la sustanciacion de los autos hasta dictar sentencia, segun el *art. 300*; es decir, que á pesar de la alzada el juicio tiene que continuar por todos los trámites ordinarios, de manera que, al parecer, si la parte que hubiese confesado propusiere justificar contra lo mismo que habia declarado, el juez tendrá que admitirle esa prueba, porque no de otro modo se concibe la continuacion de los trámites hasta sentencia definitiva; y si por el contrario, la providencia fuese denegatoria de la declaracion por confeso, ambas partes podrán tambien justificar lo que habian alegado, de modo que al pronunciar el fallo definitivo, ó serán inútiles las diligencias probatorias, ó dependerá su mérito legal de la providencia que dictase el Tribunal superior en el incidente sobre confesion.

Efectivamente, si el juez que hubiese declarado confeso al litigante que prestó su declaracion, ó al que se resistió á declarar, le admite prueba contra lo que fuese materia de las preguntas que se negó evacuar, ó contra lo que declarase en sentido afirmativo, caso de evacuarlas, la sustanciacion posterior, los trá-

mites del juicio ordinario no tendrán objeto, supuesto que la declaracion hecha por el juez produjese el efecto legal, porque entonces la continuacion de los trámites ordinarios seria completamente oficiosa. Si, por el contrario, la providencia fuese denegatoria de la declaracion por confeso, el juez dictando sentencia definitiva tendrá que apreciar el crédito de la declaracion, y de todas las demas pruebas practicadas para dictar su fallo definitivo conforme al resultado total del proceso. De manera que, si por acaso, entendiéndose que procedía pronunciar sentencia en sentido contrario á lo depuesto por el preguntado, y despues el Tribunal superior creyese que debia haberse declarado por confeso al litigante, la providencia definitiva quedaria desvirtuada por efecto del fallo del Superior en grado de vista del incidente. Todos estos inconvenientes que son de alguna consideracion, y que influirán poderosamente en el éxito de los negocios, se evitarian no permitiendo una apelacion que no es conforme á los principios de conveniencia, ya que no queremos decir á los de justicia.

Queda, pues, consignado que, admitida la apelacion de las providencias que dictare el juez con arreglo á lo dispuesto en los *arts. 297 y 298*, continúa el procedimiento, como si tal confesion no se hubiese prestado, ó como si no existiese tal resistencia á declarar, ó á efectuarlo de la manera afirmativa ó negativa que prescribe el *art. 295*.

Pero como de la continuacion de los trámites en el juicio ordinario, y de la remision de los autos terminados al Tribunal superior para la sustanciacion del incidente podria resultar que se pronunciase la sentencia definitiva, que de ella se apelase, y que llamados los autos originales con la nueva apelacion, se hallase ya adelantada la segunda instancia de la alzada incidental, y que por tanto, en el Tribunal superior no pudiesen correr unidos ambos procesos, con grave daño de las partes, y sin ventaja alguna de la administracion de justicia, el *art. 300* prescribe de una manera indirecta, que no se remita el proceso ni original ni testimoniado, en el caso de apelacion del auto declaratorio de la confesion, ó del denegatorio de ella, de modo que viene á reconocerse por la *Ley de enjuiciamiento* en esta parte un tercer medio de admitir las apelaciones. No puede decirse admitida en un solo efecto, porque en su caso, cumpliendo con lo que pres-

cribe el *art. 71*, debería remitirse el testimonio que el apelante señalara con las adiciones que el apelante quisiese hacer ó el juez estimara necesarias; ni tampoco se admite en ambos efectos, porque entonces debiera suspenderse la instancia, procediendo con arreglo á lo dispuesto en el *art. 70*. Lo que real y verdaderamente hace el apelante, en el caso de que se trata, es protestar contra el auto declaratorio ó denegatorio de la confesion, para que no pueda causar el perjuicio de que continuando el juicio hasta definitiva, no pudiese ya entonces el juez superior á quien de este se apelase, tener en cuenta la injusticia de la providencia relativa á los efectos de la confesion. Para autorizar la *Ley* estas protestas, no necesitaba haber permitido el ejercicio de una apelacion bajo todos conceptos irregular y en cierto modo inconveniente.

Art. 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 declaración.

Como consecuencia de las doctrinas sentadas en el *Comentario* anterior, dispone el *art. 301* que, cuando se apele de la sentencia definitiva, se remitan los autos originales para la decision de este recurso, así como tambien para que se autorice y determine la alzada que ya se habia interpuesto y admitido, de la providencia en que se hubiera declarado el litigante confeso ó denegado esta declaración. La razon de esta disposicion legal se comprende á primera vista, sin mas que fijar la atención en las disposiciones de los *artículos 299 y 300*, porque es una consecuencia precisa de aquellos, supuesto que la alzada anteriormente admitida queda en suspenso hasta que el juez dicte la providencia definitiva. Esto mismo viene á demostrar la exactitud de las observaciones espuestas con anterioridad, en razon á que justifica lo determinado en el *art. 301*, que en la realidad no es sino una segunda instancia, á pesar de que se hallen interpuestas dos apelaciones de las cuales cada una debería producir la suya.

Nada dice el *art. 301* respecto á la forma de sustanciar el

recurso de doble apelacion; pero se comprende á primera vista, que el Tribunal superior deberá considerar una sola alzada para los efectos de la tramitacion, si bien para dictar providencia definitiva sobre el fondo habia de tener en cuenta el incidente relativo á la declaracion de confesion ó el auto denegatorio, porque solo así y únicamente para ese fin es para lo que ha podido separarse la *Ley* de las reglas generales ó disposiciones establecidas para la sustanciacion de los recursos de alzada.

Art. 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.

Puede acontecer que la parte perjudicada por la sentencia definitiva que se dictare en el pleito, haya apelado por causa de la declaracion de confeso ó de la providencia denegatoria, ó podrá suceder que ademas de ese recurso se formalice y admita posteriormente otro igual contra el auto definitivo. En este caso se atiende á lo dispuesto en el *art. 301*; pero en el anterior, esto es, en el de que no se alzare el litigante del fallo definitivo, queda pendiente la apelacion incidental, y la *Ley de enjuiciamiento* tiene que proveer de remedio, á fin de saber la marcha que tiene que seguirse en estas circunstancias. Lo natural, lo propio del estado de los autos es que el juez dictara sentencia definitiva ó no apelada, remitiera los autos desde luego al Tribunal superior, para que á su tiempo dictase el fallo correspondiente sobre el incidente que pendia de la alzada interpuesta. Pero, en nuestro concepto, la ley ha fijado el término racionalmente, ha considerado que muchas veces las apelaciones se interponen en momentos de exaltacion por considerarse perjudicado el litigante con una providencia cualquiera, y que despues se halla arrepentido cuando no puede menos de continuar la instancia promovida. Las leyes antiguas, partiendo de estas mismas bases esperaban, en los casos de apelacion de toda clase de providencias, á que el apelante solicitase la remision de los autos, despues de haberse presentado en el Tribunal superior á mejorarla; y este sistema era, sin duda, mucho mejor y mas aceptable que el esta-

blecido por el Reglamento provisional, supuesto que dejaba un tiempo intermedio, durante el cual, el apelante en momentos de disgusto, pudiera serenarse y separarse del recurso sin justa causa intentado.

Pues bien, la *Ley de enjuiciamiento*, tratando de las apelaciones de los autos que declaran al litigante confeso, ó que se deniega esa declaracion, ordena justamente, que si la parte que hubiera apelado no insiste dentro del término de cinco dias de dictada la providencia definitiva en la apelacion que tiene interpuesta, se considere abandonada y consentida la providencia de la cual se hubiere alzado, de manera que venga á resultar que el fallo definitivo cause ejecutoria. Aplaudimos sinceramente esta prudente y razonable disposicion de la *Ley de enjuiciamiento*, porque, á no dudar, producirá en la práctica beneficios inmensos para los litigantes de buena fe.

DEL JUICIO PERICIAL.

Anteriormente en las *Observaciones* generales que preceden á los artículos de la *Sección sexta del título 7.º*, indicamos ya nuestra opinion conforme en que la prueba, cualquiera que sea su denominacion, es en realidad testifical ó de testimonio; y tambien llamamos la atencion de nuestros lectores sobre dos circunstancias atendibles, como son, la de que la *Ley de enjuiciamiento* no cuenta igual número de medios de probar, que el que las leyes antiguas reconocieron, y que al parecer enumera otros que no se encuentran en las leyes antiguas, formando una especie separada. Al presente debemos llamarla de nuevo hácia la circunstancia especial, de que la prueba denominada *pericial* por la jurisprudencia anterior, hoy se titula *juicio de peritos*. De manera que acaso por ese diferente título puede comprenderse que la *Ley de enjuiciamiento* ha establecido una reforma radical y sustancial en esta especie de fórmulas; porque no es lo mismo en la realidad acreditar, justificar hechos en el litigio, que dar su juicio por las personas que son llamadas á emitirlo en un procedimiento.

La diferencia indicada pudiera dar ocasion al examen de una

nueva teoría para compararla con la doctrina jurídica reconocida hasta nuestros dias; porque en efecto, si la diferencia afectase á la esencia de la deposicion pericial en los juicios, si variase su condicion de tal manera que, lo que antes se reputaba como medio de justificacion, se considerase hoy como un verdadero fallo en cuanto al hecho, reservando al juez la declaracion esclusiva del derecho, entonces necesitaríamos confesar que la *Ley de enjuiciamiento* habia procedido indebidamente al contar entre las pruebas admisibles la del juicio pericial; supuesto que no lo fuera, sino mas bien el fallo en el hecho, ó lo que es lo mismo, la determinacion de los jueces de hecho, reservando á los establecidos por la ley la declaracion de los derechos que de aquel se desprendan. Sin embargo, no podemos menos de reconocer que la diferencia en el uso de las palabras no produce una variacion ó novedad en el derecho: ya porque las leyes anteriores á la *Ley de enjuiciamiento* distinguieron la prueba pericial de la de simples testigos; ya mas particularmente, porque la nueva *Ley*, si bien determina lo conveniente respecto á las formalidades con que han de practicarse las diligencias relativas á la justificacion pericial, ó sea al juicio de peritos, sin embargo, no establece reglas diferentes con respecto á la apreciacion de esa prueba ó de ese juicio; de modo que, ó seria preciso convenir en que derogadas las leyes antiguas quedaban los jueces en libertad completa de calificar y apreciar el juicio pericial, de la manera que creyesen conveniente, ó seria necesario convenir en que quedan vigentes en la actualidad las disposiciones legales anteriores que hacían referencia á las apreciaciones del juicio de peritos.

Esto último es en nuestro concepto lo cierto, porque no puede comprenderse que, cuando la *Ley de enjuiciamiento* no ha establecido reglas determinantes de la apreciacion de los medios de probar; que cuando se ha limitado, á introducir una novedad en el *art. 317*, de la que nos ocuparemos con la debida detencion, haya querido sin embargo permitir á los jueces la libre calificacion del juicio pericial, y los haya dejado reducidos á su arbitrio para apreciar precisamente la prueba que por sus circunstancias especialísimas debe ser sin duda, la que mas someta el juicio de la autoridad á seguir el dictámen consignado en lo que es,

mas bien que verdadera prueba de los hechos que son objeto del litigio, un dictámen científico ó artístico dado despues de propuestos aquellos.

Las opiniones hasta aqui sentadas nos obligan á consignar algunas doctrinas referentes al crédito legal del juicio de peritos, y á los deberes de los jueces con relacion al mismo; así como tambien á indicar, cuando menos, las diferencias sustanciales que es preciso reconocer entre la prueba de simples testigos, y la de peritos, respecto á los requisitos de su exámen, y las atribuciones de los jueces en esta misma parte.

En efecto, el perito es en la realidad un testigo, pero un testigo de condiciones especiales y propias que puede encontrarse colocado en dos diferentes situaciones, segun la índole ó naturaleza del punto sobre el cual tenga que dar su dictámen; así como por el contrario el testigo simple no puede hallarse en posicion diferente, sino por causa del hecho mismo á que se refiera su deposicion. El perito podrá ser á la vez testigo presencial, y declarar respecto á los hechos que han de ser la base de un juicio científico ó artístico, ó tendrá que emitir su dictámen presuponiendo hechos que procedan de una justificacion independiente de su juicio. En el primer caso, el doble concepto bajo el que comparece á deponer hará distinta su condicion respecto á la credibilidad. El profesor, por ejemplo, de la ciencia ó del arte de curar que tenga que comparecer ante un juez á dar su declaracion, relativa á los antecedentes que conozca de una lesion, será testigo presencial de condiciones semejantes ó idénticas á la del simple con respecto á esos hechos que ante él pasaron. Por el contrario, llamado despues por la misma autoridad á emitir un juicio definitivo de la lesion que vió causar, ó de que se le dió conocimiento para que atendiese á su curacion, será ya un perito que emite un juicio facultativo, sujeto á contradiccion por otro dictámen tambien pericial; de tal modo que, si en el primer caso el juez puede negar el crédito á lo depuesto, porque hechos justificados en los autos indican la inexactitud de lo referido, en el segundo no siempre tendrá conciencia propia para poder formar opinion diversa y separarse de la consignada por el profesor en su dictámen. Sin embargo, en aquellas circunstancias la opinion facultativa es siempre mucho mas atendible que cuan-

do parte de presupuestos acreditados en los autos por deposicion de tercera persona; porque en esta situacion la declaracion pericial es hipotética, porque tampoco reúne la copia de datos debidos al conocimiento propio que dá siempre mejor ocasion á la exactitud de los juicios.

El simple testigo en todas ocasiones declara respecto á hechos que presencié ó que oyó, pero no dá juicio formado con relacion á los mismos. El testigo particular no puede pasar mas allá de lo que ocurrió á su presencia, porque las leyes no le permiten la apreciacion de lo visto ó de lo oído. El juicio del testigo simple seria en la realidad una usurpacion de las atribuciones del juez, porque entrometiéndose á deducir consecuencias de lo acontecido á su presencia, ó de lo que tuviese noticia por oídas, sentaria en la realidad el juicio sobre los hechos, que obligando al juez á dictar al fin una sentencia determinada; supuesto que entre la apreciacion legal de los hechos justificados y la sentencia no media mas que el conocimiento del derecho. Por otra parte, si á los testigos simples se les permitiese deducir consecuencias de los acontecimientos que son materia de su deposicion, vendria á resultar que la prueba fuera entonces mucho mas falible, porque se sometia no pocas veces á la apreciacion de personas ignorantes, que estimaran las cosas sin atender á su valor real y positivo, supuesto que arrastradas acaso por afecciones de diferente índole no viesan la verdad de los hechos con los ojos de la razon; y estraviaran por consiguiente el ánimo judicial que despues habia de pronunciar el fallo definitivo, sometido ya por una calificacion infundada ó inexacta de las causas ocasionales de la accion ó escepciones de las partes. Al tratar de la simple prueba testifical, al ocuparnos de las reglas sentadas en el *art. 317*, se nos ofrece ocasion mas oportuna para esponer cuantas consideraciones importe tener presentes á fin de dar á la prueba de aquella especie el único crédito que merezca; entonces cumpliremos con el deber que nos hemos impuesto de consignar todas las opiniones que profesemos, sobre cualquiera de las materias que sean objeto de la *Ley de enjuiciamiento*.

Por ahora, limitándonos al juicio de peritos, reconocido como medio de probar por el *art. 279*, y esto en cuanto á las formalidades y solemnidades que exija para la práctica de las di-

ligencias relativas á la consignacion de esa prueba, debemos decir que la *Ley de enjuiciamiento* ha previsto la mayor parte de los casos que pueden ocurrir, de los conflictos que se pueden suscitar, tratándose de la prueba de peritos, segun la complicacion de los procedimientos, y que exige varios requisitos en parte desconocidos por la antigua jurisprudencia, para evitar las contestaciones judiciales que pudieran entorpecer el curso de los procedimientos, y que al mismo tiempo ha prevenido tambien los inconvenientes para salvar y resolver los conflictos, caso de que llegaran á suscitarse.

Sin embargo, no ha hecho aquella *Ley*, en nuestro concepto, todo lo que debia y podia hacer; no ha previsto todo lo que debia prever, como tendremos ocasion de demostrar en los *Comentarios á las reglas 1.ª, 2.ª, 3.ª y 8.ª del art. 303*. Asimismo, tambien en nuestro concepto, ha partido la *Ley* de un supuesto que no siempre será una realidad; porque si bien en las *reglas 2.ª y 3.ª* ha fijado las condiciones que deben buscarse en los peritos, para el caso especial de que existan reglamentos ó leyes que determinen los requisitos de que aquellos deben hallarse adornados, ha dejado, sin embargo, un vacío, porque no es lo mismo exigir que existir; y la *Ley* previsorá debe siempre tener en cuenta, que no bastan sus preceptos para atender á las dificultades que pueden ofrecerse en la práctica; es preciso que al mismo tiempo que ordena, dicte las medidas convenientes para el caso de no ser obedecida. Al espresarnos de esta manera nos referimos al caso posible de que el perito, que debe ser profesor con título de una ciencia ó de un arte, no se halle previsto de él, ó que sea defectuoso y nulo; porque si bien las partes, sujetándose á lo que la *Ley* mande, no deberán jamás elegir personas para que den un juicio pericial, sino cuando se hallen revestidas con los requisitos legales, como pueden hacer lo contrario, ha debido tener presente esta posibilidad, y declarar terminantemente que ese defecto en el perito es causa legítima de recusacion, ó de reclamacion especial de la parte que no reconozca en él la aptitud legal, para pedir que á la contraria se la obligue al nombramiento de una persona hábil.

Finalmente, reconociendo nosotros que la *Ley de enjuiciamiento* ha tenido como principal y esclusivo objeto en la mayor

parte de la misma, la determinacion de la forma de las actuaciones y de los requisitos que en ellas deben observarse; en una palabra, reconociendo que la nueva *Ley* se ha propuesto mas bien establecer un sistema práctico de los procedimientos, que la regularizacion de todo lo que se refiere al objeto de esas mismas actuaciones ó trámites judiciales, la dispensamos, aunque con sentimiento, de que no haya establecido de una manera clara y esplicita las reglas convenientes para fijar las condiciones de las pruebas referentes á la credibilidad, ya que haya sentado en la mayor parte de los casos las que pertenecen á la admisibilidad. En adelante los jueces con la *Ley de enjuiciamiento* en la mano, y con el proceso en la otra, en el que aparezca practicada la prueba pericial, dudarán ciertamente sobre si lo depuesto por los peritos es para ellos de tal manera obligatorio, que tengan que someterse necesariamente al dictámen dado para dictar despues la sentencia definitiva; y alguna vez conocedores de la parte científica ó artística de lo que fuese objeto del juicio de peritos, dudarán de la exactitud de esta, reconociendo acaso su falsedad ó su ineficacia para dictar el fallo, porque su conciencia les aconseje lo contrario de lo que debieran hacer, siguiendo ciegamente la opinion de los profesores.

Recordando nosotros la jurisprudencia establecida en los tribunales españoles sobre tan interesante materia, podriamos en este momento consignar la opinion que profesamos respecto al estado actual de la jurisprudencia, vista la *Ley de enjuiciamiento*; pero reproduciendo aquí el pensamiento consignado anteriormente, de que la prueba ó juicio de peritos tiene cierta razon de semejanza con la testifical, y observando que la *Ley* en el *art. 317* sienta un principio ó regla, á que deben atemperarse los jueces y tribunales para la apreciacion de las pruebas, consideramos mas conveniente reservar para despues de tratar de los trámites de la prueba pericial, la esposicion franca, esplicita de las doctrinas y teorías que deben tener en cuenta, á nuestro modo de ver, los jueces y los tribunales para calificar, para apreciar las pruebas como fundamento de los fallos que hayan de dictar despues en los pleitos que ante ellos penden.

Art. 505. *El juicio de peritos se verificará con sujecion á las reglas siguientes:*