

prueba, para el efecto de que las invalide la falta de citacion de los interesados, como tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de Marzo de 1862; y que en la ejecucion de las mismas no pueden tener las partes más intervencion que la que el tribunal les conceda, segun ya se ha dicho. Por consiguiente, ni deben ser citadas las partes, ni pueden concurrir al acto con el objeto ántes indicado, á no ser que se prevenga lo contrario en la providencia para mejor proveer. Al juez ó tribunal que la dicte corresponde apreciar si, para esclarecer mejor la verdad, convenirá que las partes se hagan recíprocamente preguntas y observaciones en la forma que lo permite el art. 588, y si lo cree conveniente, al acordar que se exija confesion judicial á una de las partes, mandará que se cite á la contraria, con señalamiento de dia y hora, para que pueda concurrir al acto si le conviene. En cuanto á practicarle en audiencia pública, aunque no sea diligencia de prueba, por la analogía que con ésta tiene, lo creemos comprendido en la regla general del art. 313; por lo cual, y por el principio de publicidad que domina en la presente ley, nuestra opinion es que en todo caso procede practicar dicho acto en audiencia pública; pero si compareciese en ella la parte contraria ó su letrado, como lo permite el art. 585, no se le dará más intervencion que la designada en la providencia.

¿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 párrafo 3.º del art. 588, esto es, de ser tenido por confeso si no se presenta á declarar sin justa causa; porque no es la parte quien 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 parte, existe un hecho indudable consignado en los autos y suscrito por el mismo interesado, cual es la afirmacion que éste supone de los hechos por que ha de ser preguntado su contrario. Si, pues, éste no comparece á desvanecerlos y contradecirlos, si no utiliza el medio que la ley le concede para hacer uso de su derecho, entónces debe suponerse que lo 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 ménos pueda tenerse como desobediencia al juez, que no ha hecho más que acceder á una pretension que se le hizo. Pero cuando el juez, de oficio ó para mejor proveer, le manda comparecer para prestar la confesion judicial, debe hacérsele la citacion en la forma que ordena el art. 272, con la prevencion de ser obligatoria la comparecencia; y si por no haber comparecido, fuere necesaria segunda citacion, se le prevendrá que si no comparece ni alega justa causa que se lo impida, será procesado por el delito de desobediencia grave á la autoridad, procediéndose del modo que se ha expuesto en el comentario de dicho artículo (pág. 534 del tomo I).

Comparecido que sea á la presencia judicial, y hechas por el juez las preguntas que crea conducentes á la cuestion, el interrogado 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 entónces á declarar, ó sus respuestas fueren evasivas, se le deberá apercibir de tenerle por confeso, pues no sólo 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 abriga 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. Tratándose, como se trata, de una confesion judicial, no puede prescindirse de aplicar al caso las disposiciones de los arts. 585 y siguientes, con la limitacion ántes indicada respecto del 588.

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 desde que se reciba el pleito á prueba hasta la citacion para definitiva (art. 579): esta última puede hacerse á eleccion del que la pidiere, bajo juramento decisorio ó indecisorio (art. 580); pero aquélla se entiende siempre bajo juramento indecisorio ó supletorio, porque los jueces y tribunales no tienen derecho para perjudi-

car 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 por 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: *confessus pro judicato habetur*.

Tampoco debe confundirse la confesion judicial, de que habla el art. 340, con el *juramentum in litem* de los romanos, conocido entre nosotros bajo el nombre de *juramento estimatorio decisivo en el pleito*, que es el que, á falta de otra prueba, exigia el juez al actor sobre el valor ó estimacion de la cosa que demandaba, para determinar la cantidad en que habia de condenar al reo (1).

3.º *Que se practique cualquier reconocimiento ó avalúo que reputen necesario, ó que se amplien los que ya se hubiesen hecho.*—Este ha sido el medio de que los jueces y tribunales se han válido más comunmente para desvanecer la duda que abrigaban sobre algun hecho litigioso. El reconocimiento 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 la que es objeto de la contienda. Lo mismo ha sucedido con el reconocimiento pericial, autorizado ya por la ley 11, tit. 22, Partida 3.ª, y con el justiprecio ó avalúo de la cosa litigiosa, así como de los frutos, intereses, daños ó perjuicios, que el juez debe fijar en cantidad líquida, segun el art. 360, siempre que sea posible. En algunos casos, por descuido ó por temor á los gastos, los litigantes dejan de proponer á su tiempo alguno de estos medios de prueba, á pesar de ser notoria su pertinencia; y en otros, es insuficiente el reconocimiento ó avalúo practicado, por no haberlo extendido á todo lo que era conducente, ó no da el resultado apetecido por estar los peritos en discordia. Todos estos casos están comprendidos en la disposicion que estamos examinando, á cuyo fin, al núm. 3.º del art. 48 de la ley

(1) Ley 5.ª, tit. 11, Partida 3.ª—Hoy no está en práctica ni es admisible tal juramento: para determinar la cuantía de lo que se demanda, ha de estarse á lo que se previene en los artículos 489 y 490.

antigua se ha adicionado el segundo periodo del actual, ó sea, *que se amplien los que ya se hubiesen hecho*.

Por consiguiente, los jueces y tribunales pueden acordar para mejor proveer el reconocimiento judicial ó pericial, y el avalúo, cuando las partes no hayan utilizado estos medios de prueba, y tambien que se amplien los que se hubieren practicado, si los estiman insuficientes; pero sólo en el caso de que lo reputen necesario, como dice la ley en este lugar y lo repite en el art. 630, esto es, cuando apreciada la resultancia de los autos, lo crean indispensable para esclarecer la cuestion que se controvierta. Les pone la ley esta restriccion con el objeto sin duda de que no se ocasionen á las partes los gastos á que dan lugar esas actuaciones, sino en el caso de que sean de absoluta necesidad.

Estas diligencias habrán de practicarse en la forma que establece la ley para iguales medios de prueba en el juicio ordinario de mayor cuantía, pero en cuanto no se oponga á la disposicion especial del párrafo último del art. 340 que estamos comentando, segun el cual, en la ejecucion de lo acordado para mejor proveer no tendrán las partes más intervencion que la que el tribunal les conceda, como hemos explicado en los casos anteriores. Por consiguiente, el juez ó la Sala que acuerde para mejor proveer el avalúo ó reconocimiento pericial, podrá hacer por sí el nombramiento del perito ó peritos (uno ó tres, conforme al art. 613) que hayan de practicarle, y sólo podrán hacerlo las partes cuando se mande en la misma providencia. Así lo ordena tambien expresamente el art. 630. En este caso deberá observarse, para hacer dicho nombramiento, lo que se previene en los arts. 614 al 618. Aunque las partes y sus defensores podrán concurrir al acto del reconocimiento pericial ó de la inspeccion ocular, por ser actos públicos, segun antes hemos dicho respecto de la confesion judicial, no les será permitido ir acompañadas de personas prácticas en el terreno, ni hacer al juez ni á los peritos las observaciones que estimen oportunas, conforme á los arts. 626 y 634, á no ser que se les hubiese citado y facultado para ello, como por regla general será conveniente que se mande en la providencia para mejor proveer á fin de facilitar el medio de averiguar ó esclarecer la verdad. Y lo

mismo habrá de entenderse respecto de lo que se previene en el art. 628. Los peritos darán en todo caso su dictamen conforme á lo prevenido en los arts. 627 y 629, y de la inspeccion ocular se extenderá la diligencia que ordena el 634. Y para el cotejo de letras se observará lo que disponen los arts. 606 al 609.

¿Podrán ser recusados los peritos que se nombren en virtud de providencia para mejor proveer? Lo tenemos por indudable. El dictamen de estos peritos es de grande influencia, á veces decisiva, para la resolucion del pleito, y no puede negarse á las partes el derecho de recusarlos, cuando concurra en ellos alguna de las causas de parcialidad determinadas en el art. 621. Esto no se opone á lo que ordena el párrafo final del 340, por ser cosas distintas. Creemos, por tanto, aplicable á este caso todo lo que se establece en los arts. 619 al 625.

4.º *Traer á la vista cualesquiera autos que tengan relacion con el pleito.*—Esta facultad, de que tambien se hacia uso con arreglo á la antigua jurisprudencia, es una deducccion lógica del deber que las leyes imponen á los juzgadores de averiguar la verdad por cuantas maneras pudieren; y aunque es cierto, como ya hemos indicado, que 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 se ventile, por partir de una misma base y apoyarse en los mismos antecedentes, y sobre todo cuando en aquéllos se ventile la misma cuestion ó puedan recaer resoluciones contradictorias.

Los autos que se traen á la vista para mejor proveer deben devolverse á la escribanía ó archivo de donde procedan, luego que se haya llenado aquel objeto; pero si fuese en primera instancia, y se apelara de la sentencia, habrán de remitirse al tribunal superior unidos al pleito bajo cuerda, ó sacarse testimonio de los particulares necesarios, si aquello no es posible por su estado ó no conviene por su gran volúmen. Sin embargo, cuando este testimonio debiera ser muy costoso por su extension, la prudencia aconseja que se omita hacerlo, y en este caso las partes podrán pedir lo que más les convenga, cuando el pleito suba á la superioridad. Los jueces y tribunales tienen el deber de causar los menos gastos posibles á los litigantes sin su excitacion expresa.

Otro caso de providencias para mejor proveer se determina en el art. 1746; pero realmente está comprendido en los números 1.º y 4.º del 340.

## IV.

¿Podrán los jueces y tribunales decretar para mejor proveer otras diligencias, además de las expresadas en los cuatro numeros que acabamos de explicar? Ya hemos manifestado ántes que, segun la antigua jurisprudencia, los autos para mejor proveer podian extenderse 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 preguntado: s é vale lo que dixeren, bien assi como si los hobiesen 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 llamar 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 es, sin duda, la más acertada, y para opinar así no nos atenemos al principio fundamental en que descansan las providencias para mejor proveer, sino á la tendencia de la ley. De las consideraciones expuestas al principio de este comentario resulta que en la práctica antigua, que autorizaba á los jueces y tribunales para decretar dichos autos en toda clase de diligencias probatorias, más bien que en el precepto expreso 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 tér-

(1) Ley 30, tit. 16, Partida 3.ª

mino á esa fluctuacion y á esa vaguedad de la antigua jurisprudencia, determinando clara y explícitamente la clase de diligencias que pueden decretar los jueces y tribunales para mejor proveer: no incluye ningun precepto de aplicación general á toda clase de pruebas; fija en concreto las que pueden decretarse, y la inclusion de éstas, que consigna en los cuatro números del art. 340, supone la exclusion de las otras que admitia ántes la jurisprudencia.

V.  
 ¿Cuál será el valor legal ó fuerza probatoria de las diligencias practicadas para mejor proveer? Indudablemente el mismo que tendrían si se hubiesen practicado á instancia de las partes con citacion contraria durante el término de prueba. Así se deduce tambien del objeto de tales diligencias, cual es el de ilustrar la conciencia del juzgador, y esclarecer la verdad en interés de la más recta administracion de justicia. No podría llenarse este importante objeto, si no tuvieran valor legal para poder estimar probados por ellas los hechos á que se refieran; y si así no fuese, habria que atribuir á la ley el absurdo de haber autorizado á los jueces y tribunales para acordar unas diligencias que sólo podrían servir para ocasionar gastos y dilaciones.

Es verdad que las diligencias para mejor proveer pueden practicarse sin intervencion de las partes, y que la ley no concede recurso alguno contra las providencias en que se acuerdan, ni es permitido deducir pretensiones para desvirtuarlas; pero de aquí no puede inferirse que no deban causar perjuicio á los interesados en el pleito. Aparte de ser raro el caso en que no se da intervencion á las partes, pues se les concede siempre que el juez la estima necesaria ó conveniente, esa falta de intervencion en su caso se suple con la imparcialidad del tribunal; y se les niega todo recurso, porque con esas diligencias no se lesiona derecho alguno de los litigantes, en razon á que éstos pudieron hacer uso del que la ley les concede para llevar al juicio las pruebas conducentes, y por no haberlo hecho se ve el juzgador en la necesidad de dictar la providencia para mejor proveer, en interés de la más recta administracion de justicia.

Así, pues, los documentos ó los autos que se hayan traído á la vista con citacion de las partes ó sin ella, la confesion judicial que éstas hayan prestado sobre hechos propios que puedan perjudicarles, y el dictamen de peritos y reconocimiento judicial, aunque se hayan practicado sin intervencion de los interesados, cuando se acuerdan y practican para mejor proveer, tienen el valor y fuerza que la ley atribuye á estos medios de prueba para justificar los hechos á que se refieran, y los jueces y tribunales están en el deber de apreciarlos en conjunto con las demás pruebas aducidas por las partes para formar su juicio y fallar el pleito con arreglo á derecho. Esto es de jurisprudencia constante, porque no puede ser de otro modo, y así se deduce tambien de casi todas las sentencias del Tribunal Supremo citadas en este comentario, pues en los casos á que se refieren fueron apreciadas, como medios de prueba, las diligencias practicadas para mejor proveer.

## VI.

Vamos á concluir este extenso comentario haciéndonos cargo de lo que, como complemento de esta materia, ordenan los arts. 341 y 342, que se han adicionado en la presente ley con el objeto de evitar los abusos y dilaciones innecesarias á que pudieran dar ocasion las providencias para mejor proveer.

A veces estas providencias daban lugar á la paralización del pleito por mucho tiempo, sobre todo cuando, acordadas por un tribunal superior, se da comision al juez de primera instancia para ejecutarlas. A fin de evitar ese abuso, se ordena en el art. 341, que «en la misma providencia se fijará el plazo dentro del cual haya de ejecutarse lo acordado para mejor proveer». En tal caso, el juez encargado de la ejecución incurriria en la responsabilidad que determina el art. 301 si no practicara las diligencias dentro del plazo fijado. Pero pueden ser éstas de tal índole que no sea posible determinar *à priori* dicho plazo, y para este caso se previene que «el juez ó la Sala cuidará de que se ejecute sin demora, *expiendiendo de oficio* los recuerdos y apremios que sean necesarios», tanto en este caso, como en el de haberse fijado plazo. A este fin el secretario ó actuario deberá dar cuenta así que trascurra el plazo

fijado ó el tiempo que racionalmente se crea necesario para la ejecución de lo acordado. Si no lo hiciese, podrá la parte interesada solicitar que se dirija el recuerdo, ó el apremio en su caso, puesto que no lo prohíbe la ley, y es de su interés activar el negocio.

Era de práctica corriente que, cuando se acordaba providencia para mejor proveer, el término para dictar sentencia se contaba desde el día en que se unían á los autos las diligencias en virtud de aquélla practicadas. Esto se prestaba al abuso de que el principal objeto de tal providencia fuese procurar una dilación para que apareciese dictada la sentencia dentro del término legal; y como la nueva ley se ha propuesto no dejar la puerta abierta á ninguna clase de abusos, ordena en el art. 342, último de este comentario, corrigiendo aquella práctica, que en estos casos quedará en suspenso el término para dictar sentencia, y volverá á correr desde el día en que quede ejecutada la providencia para mejor proveer, ó se unan á los autos las diligencias practicadas, de suerte que ha de pronunciarse la sentencia dentro del término que para ello restara el día en que se dictó dicha providencia. Si éste fuera insuficiente para votar, redactar y pronunciar la sentencia, culpa será del tribunal, y suya la responsabilidad, por no haber dictado oportunamente aquella providencia.

Y concluye dicho artículo previniendo que en estos casos, estos es, cuando se haya dictado después de la vista la providencia para mejor proveer, la sentencia ó el auto que corresponda se pronunciará *sin nueva vista*. Así se hacía también conforme á la práctica antigua, en la cual para estas providencias se empleaba la fórmula de *para mejor proveer y sin nueva vista*. Sin embargo, puede ocurrir que mientras tanto haya fallecido ó se imposibilite alguno de los magistrados que asistieron á la vista, de suerte que no pueda votar: entonces se regirá el caso por el art. 347, y será necesario proceder á nueva vista en la forma que en él se ordena, si de los magistrados que asistieron á la primera no quedaren los necesarios para formar sentencia.

## ARTÍCULO 343

La discusión y votación de los autos y sentencias se verificará siempre á puerta cerrada, y ántes ó después

de las horas señaladas para el despacho ordinario y para las vistas.

Empezada la votación, no podrá interrumpirse sino por algún impedimento insuperable.

## ARTÍCULO 344

El Ponente someterá á la deliberación de la Sala los puntos de hecho, las cuestiones ó fundamentos de derecho y la decisión que deba comprender la sentencia; y previa la discusión necesaria, se votará sucesivamente.

## ARTÍCULO 345

Votará primero el Ponente, y después los demás Magistrados, por el orden inverso de su antigüedad. El que presida votará el último.

## ARTÍCULO 346

Cuando fuere trasladado, jubilado, separado ó suspenso algún Magistrado, votará los pleitos á cuya vista hubiere asistido, y que aun no se hubieren fallado.

## ARTÍCULO 347

Si después de la vista se imposibilitara algún Magistrado, de suerte que no pueda asistir á la votación, dará su voto por escrito, fundado y firmado, y lo remitirá directamente en pliego cerrado al Presidente de la Sala. Si no pudiere escribir ni firmar, se valdrá del secretario ó relator del pleito.

El voto así emitido se unirá á los demás, y con el libro de sentencias se conservará por el que presida, rubricado por el mismo.

Cuando el impedido no pudiera votar ni aun de este modo, se votará el pleito por los demás Magistrados que hubieran asistido á la vista, si hubiere los necesarios para formar mayoría. No habiéndolos, se procederá á nueva vista con asistencia de los que hubieren concurrido á la anterior, y de aquel ó aquellos que deban reemplazar á los impedidos.

De la discusion y votacion de los autos y sentencias en las Salas de justicia de las Audiencias y del Tribunal Supremo tratan estos cinco artículos: las reglas que dan para ello son iguales á las establecidas en los arts. 680, 681, 682, 686, 687 y 688 de la ley orgánica del Poder judicial, y como son claras y no han ofrecido dificultad alguna en la práctica, es excusado comentarlas. Sólo recordaremos, con relacion al art. 344, que en el núm. 5.º del 336 se prohíbe á los ponentes llevar formulado el proyecto de sentencia al acto de la discusion y votacion de la misma.

Tambien convendrá indicar, que la conservacion, prevenida en el art. 347, del voto que dé por escrito el magistrado imposibilitado de asistir á la votacion, en vez de quemarlo, como antes se hacia segun el 38 de las ordenanzas de las Audiencias, no puede tener otro objeto que el de considerarlo como voto particular reservado, para los efectos que determina el art. 368, cuando no sea conforme con el de la mayoría; de suerte que en este caso habrá de insertarse en la certificacion de los votos reservados que ha de remitirse al Tribunal Supremo siempre que se interpone recurso de casacion, y servirá tambien para los efectos del 914, en el caso de entablarse contra la Sala el recurso de responsabilidad.

La ley de 1855 no contiene otra disposicion que se refiera á las votaciones de autos y sentencias, más que la del 52, el cual concuerda en parte con el 343 de la presente.

#### ARTÍCULO 348

Para que haya sentencia en las Audiencias, son necesarios tres votos conformes de toda conformidad.

Cuando la resolucion haya de dictarse en forma de auto, serán necesarios los votos conformes de la mayoría absoluta de los Magistrados que hayan concurrido á la vista.

#### ARTÍCULO 349

En el Tribunal Supremo serán necesarios cuatro votos conformes de los siete Magistrados que deben formar la Sala, para decidir sobre la admision de los recursos de casacion por infraccion de ley, y para la de-

claracion de haber ó no lugar á dichos recursos y á los de quebrantamiento de forma.

Para que haya sentencia ó resolucion en los negocios que pueden verse con cinco Magistrados, serán necesarios los votos de la mayoría absoluta de los que hubieren concurrido á la vista.

Véase el comentario del art. 317 (pág. 15 y siguientes de este tomo), en el cual nos hemos hecho cargo de lo que se ordena en estos dos artículos.

#### ARTÍCULO 350

Cuando hubiere discordia por no reunirse los votos necesarios para que haya sentencia, se dirimirá aquélla en la forma que se determina en la seccion siguiente.

Resulta discordia, siempre que no se reunen los votos conformes de toda conformidad, que, segun las reglas expuestas en la página 17 de este tomo, sean necesarios para que haya sentencia, auto ó providencia, y en tal caso ha de dirimirse la discordia remitiendo el pleito á más señores, en la forma que se determina en la seccion siguiente. Así lo ordena este artículo, el cual concuerda con el 54 de la ley anterior de 1855 y con el 697 de la Orgánica de 1870.

#### SECCION CUARTA.

##### Del modo de dirimir las discordias.

En el lenguaje comun, *discordia* significa la contrariedad de opiniones, y dándole la misma significacion en el tecnicismo del foro, se dice que hay discordia cuando, en las votaciones de los tribunales colegiados, no resulta absoluta conformidad de los votos necesarios para que haya sentencia ó cualquiera otra resolucion judicial. Puede haber discordia, no sólo sobre la decision de todos ó alguno de los puntos litigiosos que deban ser objeto del fallo ó resolucion judicial, sino tambien sobre la apreciacion de los hechos, ó sobre la inteligencia y aplicacion del derecho. En tales casos es indispensable remitir el pleito á más magistrados, para que, viéndolo juntamente con los discordantes, puedan reunirse los votos conformes que la ley exige para que haya sentencia, auto ó providen-