

da en 1850, para la aplicación del Código penal, ha sido suprimido por innecesario en todas las leyes posteriores del Enjuiciamiento criminal.

No se entienda por esto que el ponente ha de prescindir en absoluto de esas omisiones ó inexactitudes: deberá tomar nota de ellas para llamar la atención de la Sala, cuando, en cumplimiento del núm. 5.º de dicho artículo, someta á la deliberación de la misma los puntos de hecho y de derecho en que haya de fundarse la sentencia ó resolución que se dicte. Los pleitos han de fallarse por lo que resulta de los autos, como se deduce del art. 338 y de otros, y no por lo que se haya consignado en el apuntamiento; y si este es diminuto ó defectuoso, el ponente tiene el deber de presentar los hechos tales como resulten de los autos, y así se consignarán en los resultandos de la sentencia.

Cuando esto suceda, cuando en la sentencia se estime probado y se consigne algún hecho que se haya omitido en el apuntamiento, si se interpone recurso de casación por error de hecho en la apreciación de las pruebas, ¿de qué manera se justificará ante el Tribunal Supremo la existencia de ese error? Los que tropiezan con esta dificultad opinan que, para salvarla, deba la ley autorizar al ponente "para proponer á la Sala las reformas que consistiesen en la inserción literal de documentos ó actuaciones que en el apuntamiento se hubieren omitido ó extractado con error, y que pudieran influir directamente en el fallo;" y que no puede negarse al tribunal sentenciador el derecho de reparar las omisiones ó inexactitudes del apuntamiento, por la importancia que hoy tiene para el recurso de casación. Nada de esto es necesario para salvar la dificultad antes indicada: la ley ha previsto el caso y concede los medios conducentes á justificar el error de hecho en que pueda haber incurrido la Sala sentenciadora: á este fin los artículos 1,734 y 1,735 conceden á las partes el derecho de solicitar se pidan á la Audiencia los documentos que obren en el pleito y certificación de cualquiera diligencia de prueba, cuando la exposición que de ellos se haya hecho en el apuntamiento ó "en la sentencia," sea insuficiente para apreciar con exactitud su valor y sentido.

Los números 2.º, 3.º y 4.º del art. 336 se refieren á diligencias acordadas por la Sala, cuya ejecución se comete á los ponentes, porque sería embarazosa para aquella y la distraería de otras atenciones más importantes. Están copiados de iguales números del art. 37 de la ley antigua, pero añadiéndose al final del 3.º, "sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 254," para que no se dude de que los ponentes, aunque tienen la obligación de presidir la práctica de las diligencias de prueba y de recibir las declaraciones, pueden hacer uso de la facultad que les concede dicho artículo para cometer esas diligencias á los jueces de primera instancia en los casos que en él se determinan: esto es, que el núm. 3.º del art. 336 no modifica lo dispuesto en el 254.

La disposición del núm. 5.º no tiene concordante en la ley de 1855 ni en la de 1870; pero estaba en el art. 54 de la de casación civil de 1878, y se creyó conveniente establecerla como regla general. Su prevención de que el ponente someterá "de pa-abra" á la deliberación de la Sala los puntos de hecho, los fundamentos de derecho y la decisión que deba recaer, no se opone á que lleve los apuntes y notas que habrá tomado al estudiar los autos, para auxiliar su memoria y concretar la discusión. La prohibición absoluta que contiene, es la de llevar formulado el proyecto de sentencia, la cual no podrá redactar hasta después de la votación para hacerlo con arreglo á lo acordado por la Sala. Así se salvarán susceptibilidades y se evitará en muchos casos al presidente de la Sala el disgusto de tener que hacer uso de la facultad que le concede el párrafo 2.º del núm. 6.º

En cuanto á este número, la ley de 1855 obligaba al ponente en todo caso á redactar la sentencia con arreglo á lo acordado, y la orgánica del Poder judicial le eximía de esta obligación en el caso de que no se confirmase con el voto de la mayoría. Tan inconveniente era un extremo como el otro, y por esto se adopta ahora un término medio, que consiste en facultar al presidente de la Sala para que, en el caso indicado de que el voto del ponente no haya sido conforme con el de la mayoría, pueda encargar á otro magistrado la redacción de la sentencia, "cuando por circunstancias especiales así lo estime conveniente." Queda, pues, este punto á la prudencia y discreción del presidente de la Sala. Cuando este haga uso de dicha facultad, no se hará de ello mención en la sentencia, en la cual ha

de aparecer como ponente aquel á quien haya correspondido por turno: de otro modo se revelaría al público que la sentencia había sido dictada por mayoría, lo cual es contrario á los fines y propósitos del art. 367.

También se han adicionado, para completar el art. 336, el núm. 8.º y el párrafo 2.º del 7.º, respecto de los cuales nada tenemos que observar.

El objeto y fin del art. 337, adicionado igualmente, se deducen de su mismo contexto. Las prevenciones que contiene, como nueva obligación impuesta á los ponentes, revelan el firme propósito del legislador de que se cumpla y observe puntual y rigurosamente esta ley, "en su letra" y "en su espíritu," por todos los funcionarios que intervienen en los juicios, á fin de que desaparezcan las corruptelas y abusos que hacían interminables y ruinosos los pleitos con mengua y desprestigio de la administración de justicia. Por esto no se ha contentado con la prevención hecha á los relatores en el art. 319: quiere que el ponente compruebe si es ó no exacta la nota que con arreglo á dicho artículo debe poner el relator; que vea por sí mismo si se han observado, no sólo los términos, sino también los trámites legales, para que no haya exceso ni defecto en el orden y forma de los procedimientos; si los escritos, para los que esta ley establece fórmulas precisas, como son los de conclusión (art. 670), han sido redactados conforme á lo que en ella se prescribe; si existen escritos ó diligencias inútiles, superfluos ó no autorizados por la ley, ó si se han cometido otros abusos en la sustanciación del juicio. Para llenar el ponente este importante deber, está obligado á examinar detenidamente los autos, y si encontrare alguna falta que merezca corrección, debe llamar la atención de la Sala para que en definitiva pueda acordar lo conveniente á fin de corregir el abuso, imponiendo al que lo haya cometido, sea juez, abogado, procurador, auxiliar ó subalterno, la corrección disciplinaria que proceda, y procurar la puntual y rigurosa observancia de la ley.

Penosa es esta obligación de los ponentes, pero indispensable si se ha de llenar el fin de la reforma, indicado en la ley de bases, y para no volver á las corruptelas y abusos antiguos. Si por negligencia ó tolerancia dejase de cumplirla, incurriría á su vez en responsabilidad, la cual sería exclusivamente suya, sin poder alcanzar á la Sala, porque la ley impone al ponente esa obligación y la de llamar la atención de ésta, sin cuya circunstancia no podría tener conocimiento de la falta para corregirla. Téngase también presente que el estudio, que el ponente haga de los autos á dicho fin, ha de reflejarse en los resultandos y considerandos de la sentencia, según lo que se previene en el artículo 372. Véase, además, lo que hemos expuesto sobre esta materia en el comentario del art. 319.

SECCION TERCERA.

DE LAS VOTACIONES Y FALLOS DE LOS PLEITOS.

Artículo 338.

Concluida la vista del pleito, podrá cualquiera de los Magistrados pedir los autos para reconocerlos privadamente.

Cuando los pidiesen varios, el que presida fijará el tiempo por que haya de tenerlos cada uno, de modo que pueda dictarse la sentencia dentro del término señalado para ello.

Artículo 339.

Fuera del caso á que se refiere el artículo anterior, se discutirán y votarán los autos y sentencias inmediatamente después de la vista; y si no fuere posible por impedirlo otras atenciones del servicio, señalará el Presidente el día en que se hayan de votar, dentro del término señalado respectivamente por la ley.

Concuerdan con los artículos 49, 50 y 51 de la ley de 1855, y con el 677 y 679 de la orgánica de 1870. Según dicho art. 51 de la ley anterior, en la misma audiencia en que terminase la vista, debía el presidente de la Sala señalar el día para la votación de la sentencia, de lo cual se deduce que no podía votarse en el mismo día de la vista. Esto fué modificado por el art. 679 de la ley orgánica, en el cual se dijo que "podrán pronunciarse los autos y las sentencias inmediatamente después de la vista." Y ahora, restableciendo la antigua práctica, sancionada por el art. 80 del reglamento provisional para la administración de justicia de 1835, se hace obligatoria la discusión y votación de los autos y sentencias inmediatamente después de la vista, fuera de los casos en que no sea posible, ya porque algún magistrado quiera reconocer los autos privadamente, ó bien porque lo impidan otras atenciones del servicio, por ejemplo, la vista de otro pleito señalada para el mismo día, ó la necesidad de votar en él alguna sentencia atrasada.

La votación inmediatamente después de la vista tiene las ventajas de economizar tiempo, y de practicarse cuando los magistrados no pueden haber olvidado las razones alegadas por una y otra parte. En la práctica no ofrece ningún inconveniente lo que en estos dos artículos se ordena, ni hay el peligro de la precipitación en los fallos. Si la cuestión es clara y sencilla, y su resolución no ofrece la menor duda á ninguno de los magistrados, se vota en el acto; y en otro caso se deja la votación para el día que señale el presidente, dando tiempo para estudiar la cuestión de derecho, ó la de hecho con el examen de los autos, si en ésta consiste la dificultad. Basta que un magistrado diga que quiere ver los autos, para que no pueda votarse en el día de la vista. Ha de cuidar el presidente, en estos casos, de que tenga lugar la votación de modo que haya tiempo para redactar y publicar la sentencia, ó el auto, dentro del término legal.

Artículo 340.

Después de la vista ó de la citación para sentencia, y antes de pronunciar su fallo, podrán los Jueces y Tribunales acordar, para mejor proveer:

1º Que se traiga á la vista cualquiera documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes.

2º Exigir confesión judicial á cualquiera de los litigantes sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión y no resulten probados.

3º Que se practique cualquier reconocimiento ó avalúo que reputen necesario, ó que se amplíen los que ya se hubiesen hecho.

4º Traer á la vista cualesquiera autos que tengan relación con el pleito.

Contra esta clase de providencias no se admitirá recurso alguno, y las partes no tendrán en la ejecución de lo acordado más intervención que la que el Tribunal les conceda.

Artículo 341.

En la misma providencia se fijará el plazo dentro del cual ha ya de ejecutarse lo acordado para mejor proveer, y si no fuera posible determinarlo, el Juez ó la Sala cuidará de que se ejecute sin demora, expidiendo de oficio los recuerdos y apremios que sean necesarios.

Artículo 342.

En estos casos quedará en suspenso el término para dictar sentencia desde el día en que se acuerde la providencia para mejor proveer, hasta que sea ejecutada; y luego que lo sea, en el plazo que reste se pronunciará la sentencia ó el auto que corresponda, sin nueva vista.

El primero de estos artículos concuerda con el 48 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855, del que se han tomado casi literalmente los cuatro casos que en él se determinan, habiéndose adicionado las declaraciones que contienen los párrafos 1.º y último para resolver dudas y cuestiones, suscitadas en la práctica. Y los otros dos, sin precedentes en las leyes anteriores, tienen por objeto, como de su contexto se deduce, evitar que las providencias para mejor proveer, autorizadas por el primero, den ocasión, ó sirvan de pretexto, á dilaciones innecesarias. Y decimos "providencia para mejor proveer," porque así tendrán que llamarse en lo sucesivo, conforme á la clasificación que de las resoluciones judiciales se hace en el art. 369, perdiendo la denominación de "autos," emoleada en la práctica antigua cuando se consideraban como sinónimas las voces de "auto" y "providencia."

En el comentario del art. 48 de la ley de 1855, antes citado, expusimos esta materia con la extensión que su importancia requiere, por lo cual creemos conveniente reproducir aquí aquel comentario; pero suprimiendo lo que se refiere á las cuestiones ahora resueltas en la presente ley, porque ya no tiene objeto, y modificando ó adicionando lo que pueda conducir á la mejor inteligencia de estos tres artículos.

I.

El art. 340, primero de este comentario, sanciona de una manera explícita, como lo hizo también el 48 de la ley anterior, lo que la práctica había admitido conforme al espíritu de la legislación alfonsina (1), y autoriza expresamente para los juicios civiles lo que ya estaba preceptuado antes de dicha ley para los criminales y para los contencioso-administrativos (2). Si la "verdad es cosa que los juzgadores deben catar en los pleitos sobre todas las otras cosas del mundo, é por ende cuando las partes contienden sobre algun pleito en juyzio, deben los juzgadores ser acuciosos en pensar de saber la verdad dél por cuantas maneras pudieren....." como dice una ley de Partida (3), la razón y la justicia aconsejan que el juez pueda y deba decretar la práctica de las diligencias que estime oportunas cuando las pruebas practicadas no hayan esclarecido los hechos y abrigue su ánimo alguna duda, ó cuando considere que aún hay algunas "maneras de catar la verdad," que no aparece tan clara como fuera de desear para poder fallar con acierto. Esto se hará ahora, como se hacía según la antigua jurisprudencia, por medio de providencias "para mejor proveer," que son las que dictan los jueces y tribunales antes de la sentencia, acordando que se practique alguna diligencia que consideren conveniente para resolver la cuestión con mayor acierto. Llámense así, no sólo por su objeto, sino también porque comienzan con aquellas palabras.

La consignación explícita de estas providencias en la nueva ley deja en pié la antigua y fundamental teoría de que los jueces deben juzgar según lo alegado y probado por las partes: "secundum allegata et probata." La ley de Partida últimamente citada decía que cuando los jueces supieren la verdad debían dar su sentencia en la manera que entendieren que lo han de hacer según derecho.

(1) Leyes 11, tít. 4.º; 2.º, tít. 12; 30, tít. 16, y 11, tít. 22, Partida 3.ª

(2) Art. 51, regla 12 del Reglamento provisional; 45 del Reglamento de 1.º de Octubre de 1845, y 260 del de 30 de Diciembre de 1846.

(3) Ley 11, tít. 4.º, Partida 3.ª

"Cierto é derechurero, dice otra ley (1), segun mandan las leyes de nuestro libro, é catada, é escodriñada, é sabida la verdad del fecho, debe ser dado todo juyzio, mayormente aquel que dicen sentencia definitiva;" y finalmente, según una ley recopilada (2), "seyendo hallada y probada la verdad del fecho por el proceso, en cualquier de las instancias que se viere, sobre que se pueda dar cierta sentencia, los jueces que conocieren de los pleitos y los hubiesen de librar, los determinen y juzguen según la verdad que hallasen probada en tales pleitos." ¿Habrá sido conveniente conservar esa doctrina?

Si en materia criminal ofrece riesgos sin cuento y dificultades importantes el que los jueces se sujeten siempre al resultado del procedimiento para dictar con arreglo á él la sentencia, en materia civil serían más graves los inconvenientes de dejar á aquellos en absoluta libertad de fallar, no con arreglo á lo alegado y probado, sino conforme á las inspiraciones de su conciencia. Dificultades é inconvenientes "prácticos" pueden presentarse en cualquiera de los sistemas que se escoja; pero como la ley, lejos de decaer en el casuismo, debe sentar reglas generales y principios de común aplicación, necesita sujetar sus prescripciones á la naturaleza de las cosas y á lo que sea de uso frecuente y cotidiano, para que de este modo no se la tache de imprevisora. Pueden darse casos en que la conciencia del juez luche con la resultancia de las actuaciones; pero eso no es lo frecuente en asuntos civiles: estos parten generalmente de "hechos" que los litigantes presentan á la consideración del tribunal para que con arreglo á ellos aplique el derecho, y al hacer los jueces esta aplicación deben sujetarse á las pruebas que se hayan aducido, á no querer sentarse como regla una arbitrariedad que podría traer funestas y lamentables consecuencias. Si, pues, los jueces y tribunales deben determinar y juzgar según la verdad que hallen probada en los pleitos, como dice la ley recopilada; cuando esa verdad no resulte plenamente probada, una de sus principales obligaciones será procurar su averiguación por cuantas maneras pudieren, pero atendiéndose á la acción ejercitada y á la razón de pedir, lo cual harán en el modo y forma que preceptúa el artículo que vamos á examinar con alguna detención, pues bien la merece la importancia del asunto.

II.

"Podrán los jueces y tribunales acordar para mejor proveer," dice la ley: el verbo "podrán" denota de una manera indudable que no es obligatorio, que no es forzoso en el juez ó tribunal, sino potestativo, dictar dicha providencia (3). La ley lo deja "exclusivamente" á su juicio, á la apreciación que haga de las pruebas aducidas en el pleito, y á la convicción particular que forme de que, no estando completos los méritos del procedimiento, crea deber mejorarlos ó robustecerlos con alguna diligencia para escudriñar la verdad y fallar con arreglo á ella. No se deja, no puede dejarse esta apreciación á los que litigan, deduciéndose lógicamente de esto que las partes no tienen derecho para pedir que el juez, para proveer con más acierto, practique las diligencias que indiquen, pues no son ellas las que han de apreciar el resultado de lo alegado y probado; y si el juez se cree bastante instruído, y estima bien averiguada la verdad para dictar sentencia, deberá denegar la solicitud que se presente con dicho objeto, sin que contra la denegatoria se admita reforma ni apelación. Si otra doctrina prevaleciese, como, antes de ahora y faltando el juez á su deber, hemos visto practicar en algún caso, se vendría á reconocer que los litigantes podían practicar

(1) Ley 3.ª, tít. 22, Part. 3.ª

(2) Ley 2.ª, tít. 16, libro 11, Nov. Rec.

(3) De acuerdo con esta doctrina, ha declarado el Tribunal Supremo, que las actuaciones para mejor proveer, que se suelen acordar en los casos dudosos para procurar el mejor acierto en los fallos, son potestativas en los tribunales según su justa apreciación, por lo cual, aunque las partes las hayan solicitado, la falta de dichas actuaciones, cuando se creen innecesarias, no pueden estimarse como la denegación de una diligencia de prueba para los efectos del recurso de casación. ("Sents. de 22 de Febrero, 26 de Abril y 7 de Junio de 1862 y 1.ª de Mayo de 1875.")

nuevas pruebas fuera del término que la ley señala para ello; se barrenaría el precepto del artículo que examinamos, según el cual los jueces y tribunales son los únicos que deben apreciar la necesidad de practicar ó no nuevas diligencias, y se falsearía por su base el objeto que ha tenido la ley al sancionar con un precepto terminante lo que la práctica y la razón habían autorizado (1).

¿Y en qué juicios procederá la providencia para mejor proveer? La antigua jurisprudencia había admitido el principio general de que los autos para mejor proveer podían dictarse en toda clase de juicios é incidentes, porque en todos ellos podía caber duda al juzgador sobre la verdad de lo que se cuestionaba; y no sólo era práctica común dictarlos en la primera instancia, sino también en las ulteriores, y aun en las revisiones extraordinarias en las cuales estaba prohibido probar. La nueva ley ha reconocido la misma doctrina al consignar el art. 340 entre las disposiciones comunes á la jurisdicción contenciosa y á la voluntaria, lo cual da á entender que comprende en su precepto á todos los juicios y actos de que trata en los libros 2.º y 3.º y hasta los incidentes, porque á todos ellos alcanzan las prescripciones generales que consigna en el libro primero, y todas ellas son de aplicación general, á no expresarse otra cosa de un modo terminante. Esto en cuanto á los juicios; con respecto á las instancias, al hacer uso la ley de las palabras "jueces" y "tribunales," manifiesta que no sólo en el inferior, sino también en la alzada, y aun en el Tribunal Supremo, pueden dictarse providencias para mejor proveer. Los "jueces" y "tribunales," dice el artículo; y ante un mandato tan explícito no cabe duda de ningún género. Y que también pueden dictarse en toda clase de incidentes, lo reconoce el art. 342 al ordenar que, ejecutada la providencia para mejor proveer, se pronunciará la sentencia ó "el auto que corresponda."

Supuesto que en todos los juicios y en todas las instancias pueden los jueces y tribunales dictar providencias para mejor proveer, ¿cuál será el estado del juicio ó de la instancia en que podrán hacerlo? "Después de la vista ó de la citación para sentencia, y antes de pronunciar su fallo," dice el párrafo 1.º del art. 340, de acuerdo con la antigua jurisprudencia, y supliendo la omisión que sobre este punto se notaba en el art. 48 de la ley de 1855. Si las providencias para mejor proveer suponen que el juez abriga duda sobre lo alegado y probado, y quiere por este medio conocer mejor la verdad para fallar con más acierto; si esa duda no puede abrirla mientras el pleito esté abierto para las partes, porque éstas podrán en uso de su derecho desvanecerla con nuevos datos y probanzas, la lógica aconseja que dichos autos no pueden dictarse hasta que quede cerrada la puerta á los litigantes para hacer nuevas alegaciones ó presentar pruebas, documentos ó antecedentes que pudieran corroborar su derecho; esto es, hasta que los autos queden conclusos para definitiva. Lo quedan, unas veces en virtud de providencia en que así se declara, como en el caso del artículo 673, y otras, desde que se celebra la vista. Ambos casos están comprendidos en la disposición que estamos examinando, previniendo, como se ha dicho, que los jueces y tribunales acordarán las providencias para mejor proveer después de la vista, y cuando esta no deba celebrarse, después de la citación para sentencia, y antes de pronunciar su fallo; esto es, en el período en que, cerrado el debate, quedan los autos á disposición del juez ó tribunal para fallarlos, y dentro del término señalado por la ley para dictar el fallo.

¿Será apelable el auto que dicten los jueces y tribunales para mejor proveer? Así planteamos la cuestión en nuestro comentario al art. 48 de la ley de 1855; cuestión á que daba lugar aquella ley por su silencio sobre este punto, y la resolvimos en sentido negativo fundándonos principalmente en que estas providencias son de un carácter especial; las dicta el juez para su instrucción y sólo con el objeto de ilustrar su conciencia judicial, sin consideración á los litigantes, y en un período del juicio en que éstos nada pueden hacer, y está reservado á aquel exclusivamente para estudiar los autos y dictar el fallo que correspon-

(1) "Las diligencias para mejor proveer no proceden en interés particular, sino en el de la más recta administración de justicia, lo cual deja su admisión ó adopción al criterio del tribunal, sin lesión de ningún derecho para las partes que litigan, ni poder por consiguiente constituir indefensión su negativa." ("Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 1869.")

da. En el mismo sentido se resuelve ahora terminantemente por la nueva ley en el párrafo último del art. 340, ordenando que "contra esta clase de providencias no se admitirá recurso alguno," y por consiguiente ni el de reposición, y mucho menos el de apelación, ni el de súplica en su caso; y no podía ser de otro modo sin contrariar la naturaleza y objeto de las mismas.

Efectivamente; fundadas dichas providencias, como ya se ha indicado, en la apreciación particular del juez, que al creer insuficientes los méritos del procedimiento, estima que puede fijarse por ese medio con más acierto la verdad de los hechos que son objeto del litigio, nadie tiene derecho á impedir que se lleven á efecto las diligencias que dicho juez acuerde, porque nadie sino él está facultado para apreciar su procedencia ó improcedencia. Podrán las partes sufrir el perjuicio consiguiente á la dilación que cause la práctica de la nueva diligencia; pero ese perjuicio es tan leve é insignificante, comparado con el provecho que puede resultar de ella, que no debe tomarse en consideración para impedir la. Y sobre todo, la ley faculta á los jueces para que dicten esas providencias cuando lo crean oportuno para su mayor ilustración; y esta facultad, exclusivamente suya, no puede ser coartada ni restringida, so pena de que quede nula é ilusoria. Es cierto que los jueces pueden abusar de ella; es cierto que en algunos casos puede ser innecesaria la dilación, gratuita la diligencia que mandan practicar, ó notoriamente inconducente: cuando así sea á juicio de las partes, no les quedará más medio que consignar la protesta de daños y perjuicios y pedir ante quien y como corresponda la responsabilidad en que aquellos hayan incurrido.

Y ordena, además, el mismo párrafo último del art. 340, que "las partes no tendrán en la ejecución de lo acordado más intervención que la que el tribunal les conceda." De este modo, de acuerdo con la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo (1), se resuelve otra cuestión importante, á que daba también lugar el silencio de la ley antigua. Por las razones antes expuestas, todo lo que se relaciona con las providencias para mejor proveer debe quedar sometido al criterio y apreciación judicial; y por lo mismo que no se permite á las partes recurso alguno contra tales providencias, tampoco debe permitírseles que intervengan en la ejecución de las mismas, á no ser que el juez ó tribunal lo estime conveniente, en cuyo caso se limitará la intervención á lo que taxativamente se señale en la misma providencia, como luego indicaremos. Pero aunque los litigantes no pueden tener otra intervención más que la indicada, creemos que no podrán hacer las observaciones que conduzcan á facilitar la ejecución de lo acordado, sin perjuicio de la facultad del juez para tomarlas en consideración. Lo que no pueden hacer es oponerse directa ni indirectamente á la ejecución de lo acordado, ni deducir pretensión alguna sobre lo que se hubiere practicado en virtud de la providencia para mejor proveer, como tiene declarado el Tribunal Supremo.

(1) Sobre esta materia el Tribunal Supremo ha establecido la doctrina que sigue:

El auto para mejor proveer no es un incidente de los reconocidos como tales por la ley de Enjuiciamiento civil, ni en ellos se da otra intervención á las partes que la que el mismo auto taxativamente les señala, y no procede por tanto la admisión de las pretensiones que estas quieran introducir sobre lo practicado en virtud de dicho auto. ("Sen. de 31 de Marzo de 1859 y 9 de Abril de 1866.")

Es potestativo, y no obligatorio, en los jueces y tribunales decretar para mejor proveer, después de concluso ó visto el pleito, que se traiga á los autos un documento, ó la práctica de cualquier reconocimiento ó de otra diligencia de las expresadas en el art. 48 (hoy 340) de la ley de Enjuiciamiento civil, que crean conducente á esclarecer el derecho de los litigantes; sin que estos lo tengan para intervenir en dicho acto, que sólo tiene por objeto ilustrar la conciencia judicial, y sin que la mayor ó menor extensión de tales actuaciones pueda producir indefensión, ni dar lugar á las faltas 5.ª y 6.ª del art. 1013 (hoy 4.ª y 5.ª del 1693) de dicha ley, para el efecto de fundar en ellas el recurso de casación. ("Sent. en apel. de 24 de Septiembre de 1859; y en cas. de 6 de Noviembre de 1861, 23 de Noviembre de 1863 y 11 de Diciembre de 1865.")

III.

Expuestas estas ideas generales, y resueltas las cuestiones y dudas principales que pueden ocurrir, entremos ahora en el examen de los párrafos que comprende el art. 340. La antigua jurisprudencia, vaga é indeterminada en este punto, no había fijado de una manera clara y terminante todas las diligencias que los jueces y tribunales podían mandar practicar para mejor proveer: algunos preceptos consignados en las diferentes leyes de Partida, que dejamos citadas al principio de este comentario, habían dado motivo á que los autores prácticos y los tribunales hubiesen admitido como doctrina corriente, que los autos para mejor proveer podían extenderse "á toda clase de pruebas," inclusa la de testigos: sin embargo, preciso es confesar que la jurisprudencia no era uniforme, y que la oscuridad de la legislación daba lugar á abusos de todo género. La nueva ley, como lo hizo la anterior para poner término á esta incertidumbre, ha designado expresamente la clase de diligencias que pueden practicarse, preceptuando por el art. 340 que los jueces y tribunales podrán acordar para mejor proveer:

1.º "Que se traiga á la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes."—La frase "que se traiga á la vista," ha de entenderse en el sentido que siempre se le ha dado en la práctica, no en el material de que el juez vea por sí solo el documento, sino para que se una á los autos ó corra con ellos y se tenga á la vista hasta que recaiga sentencia firme á la que pueda servir de fundamento. Y en cuanto á la clase de documentos que pueden traerse á la vista, la ley no establece limitación de ningún género: "cualquier documento," dice, que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes," y estas palabras lo mismo comprenden á los públicos que á los privados; á los que se hayan indicado por las partes durante el debate, como á aquellos de que se tenga noticia por referencia de otro documento, ó por cualquier otro medio, "con tal que los crean convenientes para esclarecer el derecho de los litigantes." Esta doctrina, conforme con el precepto explícito del artículo que estamos examinando, es una consecuencia forzosa de los principios consignados en nuestras antiguas leyes, de que los jueces "deben ser acuciosos en pensar de conocer la verdad por cuantas maneras pudieren," toda vez que "la verdad es cosa que los juzgadores deben catar en los pleitos sobre todas las otras cosas del mundo (1)."—Por regla general, siempre que se manda para mejor proveer traer á la vista cualquier documento, ó los particulares que se designen, por medio de testimonio ó certificación, que habrá de librar el notario ó oficial público á cuyo cargo se halle el original, se previene que esto se practique con citación de las partes, y así conviene para que estas puedan enterarse de la fidelidad y exactitud del testimonio, y que con esta garantía pueda apreciarlo el tribunal. Pero el actuario no deberá hacer dicha citación si no se manda en la providencia, en razón á que las partes no pueden tener en la ejecución de lo acordado más intervención que la que el tribunal les conceda, como se ordena en el párrafo último del mismo art. 340, y en tal caso se limitará á notificar la providencia en la forma ordinaria.

2.º "Exigir confesión judicial á cualquiera de los litigantes sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión y no resulten probados.—El origen de esta confesión, que debe prestarse bajo juramento supletorio necesario, como dicen los prácticos, se encuentra en una ley del Digesto (2), en que se dice: "Solent iudices in dubiis causis, exacto iurejurando, secundum eum iudicare qui iuraverit;" y en otra del Código (3), que dice también: "In bonæ fidei contractibus, necnon in cæteris causis, inopia probationem, per iudicem iurejurando, causa cognita, rem decidi oportet." Las leyes de Partida, que son un reflejo de las romanas, al ocuparse "de las preguntas que los jueces pueden hacer á las partes en juicio, á que llaman en latín "posiciones," consignan igualmente el mismo principio diciendo: "Pregunta es cosa de que nace gran pro. Ca por ella puede el juzgador saber más en cierto la verdad de los pleytos, e de los fe-

- (1) Ley 11, tít. 4.º, Partida 3.ª.
 (2) Ley 31, tít. 2.º, libro 12, "Dig."
 (3) Ley 3, tít. 4.º, "Cód."

chos dudosos, que vienen ante él. "E puédela facer el juez fasta que dé el juyzio..... é debe ser de tal natura, que pertenezca al fecho, ó á la cosa sobre que es la contienda (1)." Esta ley, que concuerda exactamente con el párrafo que comentamos, era la que servía de fundamento á la jurisprudencia antigua para que los jueces y tribunales se creyesen, con razón, autorizados para pedir confesión judicial á las partes por medio de autos para mejor proveer. La nueva ley ha sancionado este precepto de una manera más clara y concreta, disponiendo que la confesión debe versar sobre hechos que sean de influencia en la cuestión y no resulten probados. Hé aquí una limitación que no debe perderse de vista; los jueces y tribunales no están facultados para hacer toda clase de preguntas; éstas deben subordinarse á dos consideraciones importantes, sin cuya concurrencia podría ser tachada de arbitraria la diligencia, á saber: 1.ª que versen sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión; 2.ª que estos hechos no resulten probados.

La primera circunstancia la había ya consignado expresamente la ley de Partida citada, al decir que la pregunta "debe ser de tal natura que pertenezca al fecho, ó á la cosa sobre que es la contienda;" y ciertamente sería ridículo é incomprensible que, tratándose de practicar una actuación judicial con el objeto de desvanecer las dudas que hayan podido ocurrir, se hicieran preguntas que no tuvieran congruencia con la cuestión litigiosa, ó con el hecho dudoso que se desea aclarar. Más, nótese que el párrafo que comentamos no dice que las preguntas deban versar sobre hechos que "sean" de influencia en la cuestión, sino sobre los que "estimén" los jueces y tribunales que tienen esa influencia; y aunque la apreciación quede al arbitrio de éstos, podría hacerseles un cargo justo si no se apoyase en fundamentos racionales y lógicos. No es tan amplio y absoluto el arbitrio judicial que no tenga sus límites determinados.

La segunda circunstancia, aunque no fijada claramente en la ley de Partida, estaba dentro de su espíritu y objeto: las dudas no podían ocurrir sino sobre hechos no probados; si existía prueba plena, entonces la verdad era clara y procedía sentenciar con arreglo á ella. Por eso se practicaba antes, y determina la nueva ley, no sólo que los hechos sean, á juicio del juez, de influencia en la cuestión, sino que no resulten probados, pero con una prueba plena, esto es, con una prueba tal como la requieren las leyes: si ésta existe, no hay necesidad de confesión judicial ni de ninguna otra diligencia. De aquí se deduce que no bastará que los hechos estén simplemente indicados por las partes para que el juez ó Sala que conozca del asunto, se crea en el deber de pedir confesión judicial, no es preciso que haya cuando menos una prueba semi-plena, una prueba insuficiente, alguna presunción de verdad en favor del hecho, y entonces el juez debe procurar robustecerla con la confesión del litigante que tiene contra sí esa misma prueba, no con la de la parte á quien beneficia, porque la declaración de ésta en nada afectaría la responsabilidad de su contrincante.

No estará demás manifestar que en la providencia en que se mande para mejor proveer que una de las partes comparezca á prestar confesión judicial, no deben indicarse las preguntas sobre que ha de versar dicha confesión: si se indicaran, se daría ocasión para que la parte preparase con estudio las contestaciones que hubiese de dar, y seguramente que no es esta la manera de averiguar la verdad. Las preguntas deben redactarse á medida que se hagan en el momento de la comparecencia: único medio de que la diligencia surta los buenos efectos que se desean.

¿Habrá de recibirse en audiencia pública la confesión judicial de que se trata, y previa citación de las partes, como para toda diligencia de prueba lo ordena el art. 570? ¿Podrán concurrir al acto la parte contraria y los defensores de ambas, para hacerse recíprocamente preguntas y observaciones, del modo y forma que determina el 588? Para resolver que no son aplicables al caso los dos artículos citados basta considerar, que las actuaciones para mejor proveer no pueden en rigor calificarse de diligencias de prueba, para el efecto de que las invalide la falta de citación de los interesados, como tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de Marzo de 1862; y que en la ejecución de las mismas no

(1) Ley 2, tit. 12, Partida 3.ª

pueden tener las partes más intervención que la que el tribunal les conceda, según ya se ha dicho. Por consiguiente, ni deben ser citadas las partes, ni pueden concurrir al acto con el objeto antes 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, convendrá que las partes se hagan recíprocamente preguntas y observaciones en la forma que lo permite el artículo 588, y si lo cree conveniente, al acordar que se exija confesión judicial á una de las partes, mandará que se cite á la contraria, con señalamiento de día y hora, para que pueda concurrir al acto si le conviene. En cuanto á practicarla en audiencia pública, aunque no sea diligencia de prueba, por la analogía que con esta 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 opinión es que en todo caso procede practicar dicho auto en audiencia pública; pero si compareciese en ella la parte contraria ó su letrado, como lo permite el artículo 585, no se le dará más intervención que la designada en la providencia.

¿Qué se hará cuando la parte no comparezca al llamamiento judicial? Procederá una segunda citación con apercibimiento; más este apercibimiento no puede ser el consignado en el párrafo 3.º del artículo 583, 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 confesión, sino el juez de oficio, y entre uno y otro caso existe una marcada y notable diferencia. Cuando un litigante pide confesión judicial á la otra parte, existe un hecho indudable consignado en los autos y suscrito por el mismo interesado, cual es la afirmación que éste supone de los hechos porque 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, entonces 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 menos puede tenerse como desobediencia al juez, que no ha hecho más que acceder á una pretensión que se le hizo. Pero cuando el juez de oficio ó para mejor proveer le manda comparecer para prestar la confesión judicial, debe hacersele la citación en la forma que ordena el artículo 272, con la prevención de ser obligatoria la comparecencia; y si por no haber comparecido, fuere necesaria segunda citación, 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. 25 de este tomo).

Comparecido que sea á la presencia judicial, y hechas por el juez las preguntas que crea conducentes á la cuestión, 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 entonces 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, según su prudencia le aconseje, en el acto de dictar sentencia. Tratándose, como se trata, de una confesión judicial, no puede prescindirse de aplicar al caso las disposiciones de los artículos 585 y siguientes, con la limitación antes indicada respecto del 588.

Es preciso no confundir la confesión 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 citación para definitiva (art. 579): esta última puede hacerse á elección del que la pidiere, bajo juramento decisivo ó indecisorio (art. 580); pero aquella se entiende siempre bajo juramento indecisorio ó supletorio, porque los jueces y tribunales no tienen derecho para perjudicar á la parte que no declara: sus funciones se concretan á desvanecer la duda que abriga, 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 confesión. Si se consigue ésta, se tendrá una prueba plena contra la parte que

ha confesado, pues la confesión se asimila en sentir de los intérpretes á la autoridad de la cosa juzgada: "confessus pro iudicato habetur."

Tampoco debe confundirse la confesión 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 exigía el juez al actor sobre el valor ó estimación de la cosa que demandaba, para determinar la cantidad en que había 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 valido más comunmente para desvanecer la duda que abrigan sobre algún 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 situación de lo que es objeto de la contienda. Lo mismo ha sucedido con el reconocimiento pericial, autorizado ya por la ley 11, tít. 22, Part. 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, según 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 dá el resultado apetecido por estar los peritos en discordia. Todos estos casos están comprendidos en la disposición que estamos examinando, á cuyo fin, al núm. 3.º del art. 48 de la ley antigua se ha adicionado el segundo período 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 también 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 cuestión que se contravierta. Les pone la ley esta restricción con el objeto sin duda de que no se ocasionen á las partes los gastos á que dán 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 disposición especial del párrafo último del art. 340 que estamos comentando, según el cual, en la ejecución de lo acordado para mejor proveer, no tendrán las partes más intervención 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 practicarlos, y sólo podrán hacerlo las partes cuando se mande en la misma providencia. Así lo ordena también expresamente el art. 630. En este caso deberá observarse, para hacer dicho nombramiento, lo que se previene en los artículos 614 al 618. Aunque las partes y sus defensores podrán concurrir al acto del reconocimiento pericial ó de la inspección ocular, por ser actos públicos, según antes hemos dicho respecto de la confesión 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 artículos 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 dictámen conforme á lo prevenido en los artículos 627 y 629, y de la inspección ocular se extenderá la dili-

(1) Ley 5.ª tít. 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.

gencia que ordena el 634. Y para el cotejo de letras se observará lo que disponen los artículos 606 al 609.

¿Podrán ser recusados los peritos que se nombren en virtud de providencia para mejor proveer? Lo tenemos por indudable. El dictámen de estos peritos es de grande influencia, á veces decisiva, para la resolución 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 artículos 619 al 625.

4.º "Traer á la vista cualesquiera autos que tengan relación con el pleito."—Esta facultad, de que también se hacía uso con arreglo á la antigua jurisprudencia, es una deducción 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 según lo alegado y probado en el pleito, en muchos casos les servirán de grande instrucción los autos que tengan relación inmediata y directa con la cuestión que se ventile, por partir de una misma base y apoyarse en los mismos antecedentes, y sobre todo cuando en aquellos se ventile la misma cuestión, 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, habrá 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 extensión, la prudencia aconseja que se omita hacerlo, y en este caso las partes podrán pedir lo que más les conenga, 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 excitación 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 números que acabamos de explicar? Ya hemos manifestado antes que, según la antigua jurisprudencia, los autos para mejor proveer podían 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 preguntados: é vale lo que dixeren, bien assi como si los hobiesen dello preguntado primeramente..... Pero si el judgador fallase alguna palabra dudosa 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 razón (1)." ¿Podrá hacerse ahora lo mismo según la nueva ley?

La contestación 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 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 legislación, se apoyaba en su espíritu y en una amplia aunque recta interpretación: 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 impreme-

(1) Ley 30, tít. 16, Part. 3.ª