

K 960

F 4

U. 5

Siendo esta obra propiedad del ciudadano Mariano Galvan Rivera, nadie puede reimprimirla sin su licencia.



FONDO BIBLIOTECA PUBLICA
DEL ESTADO DE NUEVO LEON

CONTINUACION

DEL

TITULO SEGUNDO DEL LIBRO TERCERO.

CAPITULO XII.

De la prueba que puede hacerse en juicio, y de sus especies.

- | | | | |
|----------|--|----|--|
| 1 | Conclusos los autos, debe el juez recibirlos á prueba en el término de los seis días siguientes al de la conclusion. | 15 | ¿Qué se entiende por posiciones? |
| 2 | Este auto se debe hacer saber á los litigantes, ya se siga el pleito en presencia de todos ó en rebeldía. | 16 | Pueden hacerse las posiciones por ambos litigantes. |
| 3 | El juez, segun los méritos del proceso y calidad del negocio, puede determinarlo definitivamente sin recibirlo á prueba, cuando no hay sobre que recaiga esta. | 17 | ¿En qué se diferencian las posiciones de los artículos ó interrogaciones? |
| 4 | ¿Qué es prueba, y de cuántas clases? | 18 | Puede hacer tambien las posiciones el procurador del actor ó el del reo. |
| 5 | Otra division de la prueba segun el modo de hacerla. | 19 | Cuando una parte presenta su interrogatorio, puede pedir por un otro sí para abreviar, que ántes de procederse al exámen de los testigos jure posiciones el contrario al tenor de las preguntas. |
| 6 | La prueba incumbe regularmente al actor y no al reo, excepto en ciertos casos. | 20 | Siendo estas ó las posiciones confusas ó no concernientes al pleito, no está obligado el contrario á responder á ellas. |
| 7, 8 y 9 | Aclaracion de la doctrina sentada en el párrafo anterior. | 21 | ¿Qué se deberá hacer en el caso de que el sujeto á quien se hicieren las posiciones no quiera declarar, ó responda ambiguamente? |
| 10 | La prueba puede hacerse por ocho medios, que son: confesion de parte, juramento decisorio, testigos, instrumentos, privilegios y libros de cuentas, vista ocular ó evidencia, presunciones, ley ó fuero, y fama pública. | 22 | De la confesion ó respuesta á las posiciones de una parte, se debe dar traslado al que las hizo. |
| 11 | ¿Qué es confesion? | 23 | De la confesion extrajudicial. |
| 12 | ¿Cuántas clases hay de ella? | 24 | Del juramento decisorio. |
| 13 | ¿Qué circunstancias se requieren para que haga fe y pruebe la confesion? | 25 | ¿Qué es juramento necesario? |
| 14 | Concurriendo en la confesion los requisitos que se expresan en el párrafo anterior, hace plena prueba. | 26 | ¿Qué es juramento judicial? |
| | | 27 | Requisitos necesarios en el juramento decisorio voluntario, y en el necesario ó supletorio. |
| | | 28 | Del juramento <i>in litem</i> . |

*

- 29 Circunstancias necesarias para que se defiera á este juramento.
- 30, 31 y 32 ¿Sobre qué ha de recaer este juramento?
- 33 De la prueba que se hace por testigos.
- 34 De las personas que no hacen fe en juicio, y por consiguiente no pueden servir de testigos.
- 35 ¿Quiénes no podrán ser apremiados para comparecer como testigos en los juicios civiles?
- 36 De los que no pueden serlo en causas criminales.
- 37 Continuacion de lo mismo.
- 38 ¿Cómo deberá recibirse el juramento á los testigos?
- 39 El testigo que no haya sido juramentado no deberá regularmente ser creído.
- 40 ¿Cómo han de jurar los católicos?
- 41 ¿Cómo habrán de hacerlo los judíos?
- 42 Fórmula del juramento de los moros.
- 43 Fórmula del juramento de los hereges.
- 44 Modo de jurar los eclesiásticos seculares, y los religiosos.
- 45 ¿Cómo han de jurar los arzobispos y obispos?
- 46 hasta el 49 Del modo de formar los interrogatorios.
- 50 Del interrogatorio de una parte no se da traslado á la otra, sino en los tribunales eclesiásticos.
- 51 Destreza que debe tener el escribano para examinar bien á los testigos.
- 52 y 53 Continuacion de lo mismo.
- 54 En el exámen de la parte y testigos, no debe usarse de preguntas sugestivas.
- 55 No debe permitirse al testigo que corrija ó amplie su declaracion despues de haberla firmado, si hubiese hablado ó tenido tiempo para hablar con alguna de las partes.
- 56 No deben apartarse los testigos, despues de juramentados, de la presencia del que los examina, hasta que evacuen su declaracion.
- 57 Los testigos solo deben ser preguntados sobre aquellas preguntas de cuyo contenido sean sabedores.

- 58 Cada testigo debe ser examinado secreta y separadamente de los demas.
- 59 ¿Qué deberá hacerse cuando hayan de ser examinados los testigos por intérpretes?
- 60 Las partes estan obligadas á satisfacer á los testigos los gastos que hagan en ir á declarar.
- 61 El juez puede apremiar á los testigos por prision y embargo de bienes.
- 62 De las requisitorias para examinar testigos fuera del territorio del juez de la causa.
- 63 Dentro del término probatorio podrán las partes presentar otro interrogatorio insertando en él algunos particulares omitidos que sean conducentes á su defensa.
- 64 Un solo testigo no hace prueba.
- 65 Hacen plena prueba dos testigos hábiles, contextes; excepto para justificar pago ú otro contrato de que se haya otorgado escritura pública ó testamento, en cuyos casos son necesarios mas.
- 66 Se permite sin embargo á cada litigante presentar hasta treinta testigos sobre cada pregunta.
- 67 Continuacion de lo mismo.
- 68 No hacen plena prueba los testigos varios y singulares. ¿Qué se entiende por singularidad obstativa?
- 69 De la singularidad cumulativa.
- 70 De la singularidad diversificativa.
- 71 ¿Qué deberá hacer el juez probando entrambas partes su intencion con testigos?
- 72 ¿Qué deberá hacerse cuando las partes se comprometieren en árbitros, y estos recibieren declaraciones de testigos?
- 73 De las declaraciones de los peritos.
- 74 De la prueba que se hace por instrumentos, privilegios y libros de cuentas.
- 75 Requisitos para que haga fe el instrumento público.
- 76 Número de testigos que deben presenciarse el otorgamiento de los contratos.
- 77 Calidades que deben tener dichos

- testigos.
- 78 De los instrumentos públicos.
- 79 No hace fe el instrumento otorgado por escribano en quien concurre alguno de los defectos que allí se expresan.
- 80 Tampoco hace fe ni trae aparejada ejecucion el instrumento que no está signado por el escribano ante quien se otorga.
- 81 Tres clases de instrumentos públicos, á saber: protocolo ó registro, copia original y traslado.
- 82 Del registro ó protocolo.
- 83 El protocolo es la matriz, origen y fuente de donde se sacan todas las copias ó traslados que piden las partes.
- 84 De la copia original, y requisitos que debe tener.
- 85 Del traslado y sus circunstancias.
- 86 De las copias que puede dar el escribano sin decreto judicial.
- 87 Del mismo asunto.
- 88 ¿Qué deberá hacer el interesado en la escritura, cuando el escribano ha muerto y no consta ni parece en su protocolo la escritura matriz por haberla perdido ú otro motivo.
- 89 *Cuando se presenta en un estado un instrumento otorgado en otro, ¿qué leyes deberán atenderse para decidir acerca de su valor?*
- 90 Cuando alguna parte alega ser falso el instrumento producido contra ella, ¿qué deberá hacer para probar su falsedad?
- 91 ¿A qué circunstancias ha de atenderse para que sea fundada la presuncion de falsedad en los instrumentos?
- 92 ¿Qué se requiere para que sea creído el escribano cuando afirma ó niega haber hecho un instrumento?
- 93 Continuacion de lo mismo.
- 94 Aunque el instrumento no sea válido,

- do, se puede justificar su contenido por testigos ú otro medio legal.
- 95 El instrumento producido ántes de la contestacion, se ha de reproducir en la prueba.
- 96 Tambien ha de reproducirse en el término de prueba la hecha por testigos, instrumentos ó de otra manera en otro juicio con el colitigante ó su causante.
- 97 Requisitos necesarios para que haga fe el traslado ó ejemplar sacado de la copia original.
- 98 Hace fe el traslado antiguo, aunque sea sacado sin la debida solemnidad, cuando en virtud de él se ha dado posesion del derecho pretendido al que le presenta.
- 99 Del instrumento auténtico.
- 100 ¿En qué se diferencian el instrumento público y el auténtico?
- 101 Del instrumento privado.
- 102 Para que este instrumento haga fe en juicio, es necesario que le reconozca el que lo hizo ó firmó; y á falta del reconocimiento, ó por su negativa, que se compruebe por dos testigos idóneos.
- 103 De los libros de cuentas, y prueba que se hace por ellos.
- 104 De la quinta especie de prueba, que es por vista ocular y evidencia de la cosa ó hecho.
- 105 De la presuncion.
- 106 De la prueba que se hace por ley ó fuero.
- 107 De la octava especie de prueba, que es por fama y notoriedad.
- 108 La fama originada de personas fidedignas, hace regularmente semiplena prueba.
- 109 ¿En qué casos hace la fama plena prueba?
- 110 ¿Cómo se ha de probar la muerte de una persona ausente?
- 111 ¿Cuántas cosas se requieren para que pruebe la fama?

1. **C**onclusos los autos por las partes, ó habiéndolos el juez por tales con dos escritos (a) de cada una, segun lo ordena la ley 1 tít. 15

(a) Esto se entiende en los autos definitivos, pues para los interlocutorios, debe concluir.

lib. 11 Nov. Rec. (a), debe en el término de los seis dias siguientes al de la conclusion, recibirlos á prueba, si es necesaria, y no de otra suerte, proveyendo auto interlocutorio á este fin, para que los litigantes justifiquen lo que les convenga: y no haciéndolo dentro de ellos, pagará dobladas las costas que se causaren hasta que lo provea, y cincuenta mil maravedís al fisco; en cuya pena incurre tambien por tardar mas en pronunciar otro cualquiera interlocutorio¹. Pero aunque no haya mas que tres escritos: á saber, demanda, contestacion y conclusion, debe el juez haberlos por conclusos, y recibirlos á prueba: porque ni la ley precisa á que cada parte presente dos, ni es necesaria la réplica á la contestacion, si el actor no quiere hacerla, ya porque no contiene cosa digna de ella, ó porque en negando y contradiciendo lo perjudicial y adverso, responde y replica á lo que dice el reo, lo que basta para haber los autos por conclusos.

2. Este auto se debe hacer saber á los litigantes, ya se siga el pleito en presencia de todos, en rebeldía de alguno; y no pudiendo ser habido este, se ha de notificar á su muger, hijos, criados ó vecinos mas cercanos, para que se lo participen, dejándoles á este fin memoria expresiva.

3. Sin embargo de lo que queda sentado en el párrafo 1, y de estar prohibido que el escribano haga relacion de los autos, pues el juez inferior debe verlos por sí, y no tener relator², se ha introducido en todos los tribunales de la corte, y en algunos de otros pueblos, que se pida señalamiento de dia para verlos, y se cite con él á las partes; como asimismo que los escribanos ordinarios hagan

se, segun la ley 86 tit. 15 lib. 2 R. I., con una peticion de cada una de las partes sin que se pueda recibir otra. Véanse los Autos de Beleña primer fol. n. 130 caps. 5 y 24, y tercer fol. n. 57 caps. 5 y 17.—E. (a) El sr. Conde de la Cañada, explicando esta ley y otras recopiladas, dice asi: En estas leyes no se halla contrariedad alguna entre las dos proposiciones que dejo sentadas como regla fundamental de este artículo: la primera, que del último de los dos escritos que presenta el reo se da traslado al actor; la segunda, que el fin de este traslado es limitado á que se instruya de lo expuesto en el citado escrito, y concluya en su vista, ya sea para prueba ó ya para definitiva, segun la naturaleza y calidad de la causa en los términos insinuados, pues ni prohiben literalmente dicho traslado, ni que la parte del actor concluya.

Lo único que disponen es que no sea necesaria la conclusion de las partes, y que sin ella se tenga el pleito por concluso; pero esto debe entenderse cuando las partes no concluyen dentro del término ordinario de los seis dias, pues se les

comunica traslado para dicho fin, porque no debe estar en arbitrio de los litigantes dilatar el curso de la causa, especialmente cuando alguno de ellos los solicita.

Con esta inteligencia se uniforman las dos enunciadas leyes (2 tit. 5, y 9 tit. 6 lib. 4) con la 4 tit. 16 lib. 2 R., que es la primitiva y capital que trató de abreviar los pleitos cortando maliciosas dilaciones por el medio de reducir los escritos de cada litigante á dos, poniéndolos en la necesidad, si quieren continuarlos, de concluir en el perentorio término de los seis dias desde el último traslado; y por su defecto y morosidad que se tengan por conclusos para las sentencias interlocutorias ó definitivas que correspondan. Esto es lo que observan los tribunales de la corte, y no he visto declarar ó tener por concluso el pleito, sin que alguna de las partes concluya ó incurra en contumacia. Instit. pract. part. 1 cap. 7, ns. 23, 24 y 25. Véase la ley 14 tit. 24 lib. 2 R. I.

1 L. 1 tit. 17 lib. 4 R., ó 1 tit. 16 lib. 11 N.

2 LL. 17 tit. 17 lib. 2 y 6 tit. 9 lib. 4 R., ó

3 tit. 16 lib. 11 N.

relacion á presencia de los litigantes ó de sus defensores, y que segun los méritos del proceso, y calidad del negocio, providencie el juez recibéndolos á prueba, ó determinándolos definitivamente: pues si nada falta, ni tienen que probar las partes, puede y debe hacerlo, y no se causa nulidad, ántes bien es conforme á la intencion de las leyes que desean consiga cuanto ántes justicia el que la tiene, y prohiben que los pleitos se reciban á prueba sobre cosas que, probadas, no le han de aprovechar ni dañar al contrario, ó no conciernen al asunto litigioso, ó consisten en puro derecho, en el que está resuelto lo que el juez debe determinar¹; por lo que si este los recibe en los tres últimos casos, se puede apelar de la providencia por dilatoria, gravosa y contraria á las leyes, y se debe revocar, como lo he visto hacer en el consejo.

4. Prueba es lo mismo que averiguacion que se hace en juicio, á fin de aclarar las dudas que aparecen acerca de la materia que se disputa, y de las pretensiones de los litigantes²; y el juez no debe dejar de admitir la necesaria por ser de derecho divino³. Es de dos maneras, hablando con propiedad: á saber, *plena* y *semiplena*. Se llama *plena* la que hace tanta fe cuanta basta para definir la controversia, condenando ó absolviendo; y *semiplena* la que hace alguna fe, pero no tanta que en su virtud pueda moverse el juez á dar sentencia: v. gr. la que induce la escritura privada, la comparacion ó coitejo de letras, la confesion extrajudicial, la fuga del reo que debió responder, y no respondió, el dicho de un testigo solo, ó la fama⁴.

5. La prueba, generalmente hablando, recibe diversos nombres, segun el modo con que se hace. Si es en juicio, se llama judicial; si fuera de él, se denomina extrajudicial⁵. Hay otra *evidentísima*, que se hace por privilegios y escrituras auténticas: otra *apertísima* ó *plenísima*, y es la que se hace por la evidencia y otros medios que no dejan duda: otra *clara*, que se hace por testigos ú otros modos semejantes: otra *ménos evidente*, que es por conjeturas y presunciones, aunque esta no es clara, á ménos que la pronunciacion sea de derecho: otra *legítima*, la cual se hace por testigos, instrumentos, ó por otros medios aprobados por derecho; y la otra *mixta*, que se compone de dos semiplenas encaminadas á un mismo fin.

6. Aunque segun el uso de algunos tribunales de fuera del reino, no está obligado el reo á probar sus excepciones hasta que el actor justifica su intencion y demanda, para que aquel no sea gravado con costas, á que no puede ser compelido, miéntras este no

1 L. 4 tit. 6 lib. 4 R., ó 7 tit. 14 part. 3, ley 5 tit. 10 lib. 11 N.

2 L. 1 al principio tit. 14 part. 3.

3 Cap. Novit de judiciis. Matth. cap. 18.

4 Glos. in leg. Admonendi, ff. De iurejurand. Cancr. part. 3. Var. cap. 7 n. 348. Gom. lib. 3. Var. cap. 12 ns. 2 y 26.

5 Cap. Cum dilecta, 4. De confirmat. y cap.

acredite lo que propone, no está recibido este estilo en los de España; y así no obstante que la prueba, incumbe regularmente al actor que funda su intencion en afirmativa probable, y no al reo que afianza la suya en excepcion negativa improbable; por lo que si este niega, debe ser absuelto, no probando aquel, pues cuando el derecho es obscuro se le debe favorecer mas que al actor; sin embargo, si de su excepcion negativa resulta afirmativa por la razon por que niega, debe probar la excepcion y la causa ó razon en que la apoya, porque es el fundamento afirmativo de su negativa, y en la excepcion que alega para su defensa hace veces de actor¹; y lo mismo debe practicar este con la suya, porque funda en ella su accion y demanda².

7. Para mejor inteligencia de lo explicado en el párrafo anterior, debo sentar, que aunque las negaciones son varias, y de ellas unas se pueden probar indirectamente, y otras no; generalmente hablando, la negacion ó proposicion negativa es de tres maneras: de derecho, de cualidad y de hecho. Negativa de derecho es aquella por la cual se afirma que alguna cosa no es conforme á derecho, ó no está permitida por él, v. gr. que uno no puede ser juez, abogado, testigo &c., y esta se puede probar indirectamente, haciendo ver por la ley y demas medios, concurrir en él el defecto que se imputa, y así debe probarla el negante³.

8. La negativa de cualidad es aquella por la que se niega concurrir en alguno cierta cualidad, la cual, si es de las que naturalmente tiene cada uno, v. gr. que es capaz y de claro entendimiento, ó que no era mayor cuando contrajo &c., debe probarla el que niega, porque es el fundamento de su intencion, y de esta negativa se induce afirmativa que transfiere la obligacion de probarla en el negante, pues la presuncion está por su contrario; y no haciéndolo se deferirá á la solicitud de este, aunque nada pruebe. Pero si es de las que competen accidentalmente á alguno, y no naturalmente á todos, v. gr. que es noble, doctor &c., toca la prueba al que afirma; como asimismo si dice que es mayor de edad, y se le niega: porque en estos y otros casos semejantes no se atiende á lo material de la afirmativa, sino á que cada uno pruebe el fundamento de su intencion⁴.

9. La negativa de hecho, que se dice ser improbable por naturaleza, es de tres maneras: una pura, simple é indefinida; otra que envuelve en sí afirmativa, y otra coartada. La pura ó simple es la que

últ. *Ut lite non contestata.*
1 LL. 1 y 2 tit. 14 part. 3, y leyes 2, 12 y 19 ff. y 23. Cod. *De probat.*
2 Caps. 6, 11, 12 *De probat.* y leyes 2 á la 6 tit. 14 part. 3.

3 L. *Ab ea parte*, ff. *De probat.* LL. 2 y 4 tit. 14 part. 3.
4 Cap. unic. *De scrutinio in ordine*, cap. ult. *De praesumpt.*

no determina tiempo, lugar ni otra circunstancia, por lo que es absoluta, como cuando uno niega que contrajo, ó que hizo la muerte que se le imputa &c.; y esta no se ha de probar por el que niega, porque el hecho no se presume, y así le basta negar¹. La negativa que envuelve en sí afirmativa es, por ejemplo, cuando dice uno que no renunció ó no contrajo espontáneamente; y el que así niega debe probarla, porque viene á afirmar que para renunciar ó contraer fué violentado². La negativa coartada es la que se coarta y limita á cierto lugar, tiempo ú otra circunstancia: v. gr. se imputa á alguno una muerte hecha en tal parte, tal dia y á tal hora; debe en este caso probar la negativa de que no estuvo allí, sino en otra parte, porque esta excepcion negativa se reduce á afirmativa por la razon que tiene para negar que hizo la muerte³.

10. La prueba judicial se ha de hacer de lo afirmado ó negado en la demanda, porque sobre esto ha de recaer la sentencia; y puede hacerse por ocho medios, ó de ocho maneras, que son: 1.º *confesion de parte* (bien que esta mas es relevacion de ella que otra cosa): 2.º *juramento decisorio*: 3.º *testigos*: 4.º *instrumentos, privilegios y libros de cuentas*: 5.º *vista ocular*, ó evidencia: 6.º *presunciones*, ó conjeturas: 7.º *ley*, ó fuero; y 8.º *por fama pública*⁴, á que se puede añadir la que se hace por inscripciones esculpidas en mármoles ó lápidas antiguas, puestas en las iglesias y en otros edificios y lugares públicos de tiempo inmemorial, como tambien por historias, mapas y tablas geográficas; y serán nueve clases de prueba, que expresan los siguientes versos:

*Aspectum, sculptum, testis, notoria, scriptum,
Jurans, confesus, praesumptio, fama, probavit.*

11. La confesion ó declaracion judicial es respuesta afirmativa que un litigante da en juicio á lo que el colitigante ó el juez de oficio le pregunta una ó mas veces⁵. Se divide en verdadera ó expresa, y en tácita. Se llama verdadera, la que se hace con palabras ó con señales que manifiestan paladina ó claramente lo que se depone; y tácita, la que se infiere de algun hecho, ó se supone por la ley, v. gr. cuando el preguntado es contumaz en no querer responder, ó en no responder como debe, ó huye despues de contestado el pleito, y lo abandona⁶.

1 LL. 1 y 2 tit. 14 part. 3, y ley 23. Cod. *De probat.*
2 L. 8 ff. *De probat.* y cap. 2. *De restit.*
3 Cap. 35 *De testib.* L. 14. Cod. *De contra. hend. stipulat.* y ley 32 tit. 11 part. 5. Acev. en la ley 4 tit. 17 lib. 8 R. n. 39.

4 LL. 2 tit. 11 y 8 y final. tit. 14 part. 3 y los tits. 10 y 11 lib. 11 N. R.
5 L. 1 tit. 13 part. 3.
6 Cap. fin. *De conf.* in 6 cap. 4 *De praesumpt* y leyes 1 y 2 tit. 9 lib. 11 N. R.

12. Subdivídese la confesion en *simple* y *cualificada*. Se llama simple, cuando el litigante confiesa lisa y llanamente lo que el coligante le pregunta; y cualificada, cuando por alguna cualidad ó circunstancias que añade, restringe la intencion de su contrario, por lo que le pone en la precision de hacer prueba sobre ella *No debe tenerse por confesion cualificada la que contiene hechos distintos y separados, que existieron en diversos tiempos; como por ejemplo, si uno confiesa que yo le presté cien pesos, pero añade que ya me los pagó; y la que es indudable que puede aceptarse solo en la parte adversa al confitente, y repudiarse en la favorable; sino aquella, como dice Bartulo, que se versa acerca de un solo hecho con sus cualidades, ó de varios conexos entre sí: tal seria la del que declarase que habia prometido á otro cien pesos bajo de condicion, ó con el pacto de que hubiese de hacerle en recompensa algun servicio. En estos casos, cuando no hay presuncion en contra de la cualidad ó hecho conexo añadido, no puede la confesion admitirse en una parte, y repudiarse en otra, sino precisamente en su totalidad, á ménos que el aceptante probare la falsedad de la adiccion; pero cuando á esta resiste alguna presuncion, bien puede entónces dividirse, y aceptarse solo en la parte que perjudica al confitente, quien deberá probar la verdad de la que le favorece* (a). Asimismo se divide en *judicial* y *extrajudicial*. Se llama judicial la que se hace en juicio ante juez competente, ó de su orden por escrito ante escribano aprobado conforme á derecho; y extrajudicial la que se ejecuta fuera de juicio, ó en él ante juez que no es competente para recibirla ni mandarla hacer, ó ante el arbitrador¹; de las cuales paso á tratar.

13. Para que haga fe, y pruebe la confesion judicial contra el que la hace, debe contener las diez circunstancias que trae la ley 4 tit. 13 Part. 3, y comprenden los siguientes versos:

| | | | | | |
|--|----|----|-----|----|----|
| 1. | 2. | 3. | 4. | 5. | 6. |
| <i>Major, sponte, sciens, contra se, ubi jus fit, et hostis,</i> | | | | | |
| 7. | 8. | 9. | 10. | | |
| <i>Certum, lisque, favor, jus nec natura repugnet.</i> | | | | | |

La primera es, que quien la hace, sea mayor de veinte y cinco años, ó si es menor de ellos, y entró en la pubertad, que la haga con autoridad de su curador; bien que aunque este presencie el juramento, si es perjudicado en él, se le restituirá²: la segunda, que la haga es-

(a) Véanse á Reinfestuel *Jus. canon.* lib. 2 tit. 18 § 5, á Acev. en la ley 2 tit. 7 lib. 4 R. n. 65, la Curia part. 2 § 5 n. 3 y á Murillo *Curs. jur. canon.* lib. 2 n. 134.--E. 1 L. unic. Cod. *De conf.* cap. 4 *De judic.* 2 LL. 1 tit. 13 y 3 tit. 25 part. 3.

pontáneamente, sin miedo de tortura, ni por fraude ni promesa que el juez le haga de que le libertará; pues no vale la hecha por engaño, ni tampoco valia antiguamente, cuando era permitido el uso del tormento, la que se hacia en él, á ménos que al dia siguiente se ratificasé fuera de él, y constara del cuerpo del delito¹: la tercera, que la haga con cierta ciencia, porque si procede de error inculpable del hecho, y luego lo prueba, puede revocarla ántes de la sentencia; y lo propio milita, cuando no la hace de propósito, sino con motivo de ira, ó por causa falsa²: la cuarta, que sea contra sí, ó para obligarse á otro³: la quinta, que la haga ante juez competente, ó de su orden ante alguacil ó escribano, ó ante este solamente, como se practica⁴, ó en la demanda y demas escritos, aunque sea sin juramento⁵, ó ante el árbitro, que procede observando el orden legal⁶; mas no ante el arbitrador, porque ante este no hay juicio: la sexta, que sea á presencia de su contrario⁷; aunque esto rara vez se usa, ántes bien, se estima por bastante que se le reciba sin presenciarla, que conste en los autos, y luego se le comunique: la séptima, que sea de cosa cierta en cuanto á la sustancia y cantidad; pues no siéndolo, no le perjudica, porque no puede recaer sentencia sobre ella; y si es errónea, puede revocarla, probando el error⁸; pero el juez debe compelerle á que conteste categóricamente lo que se le pregunta⁹: la octava, que se haga en juicio, porque si se hace fuera de él, servirá de presuncion y no de prueba, lo cual se entiende siendo la confesion de delito; pero en los contratos le perjudica, estando presente su contrario ó su apoderado, y exime á este del cargo de probar, si al mismo tiempo que la hace, expresa la causa justa del débito, ó cosa que debe darle ó hacerle; pues si no la menciona inducirá presuncion solamente¹⁰, excepto en los casos que explicaré en el párrafo 23 de este capítulo: la nona, que no sea á su favor, pues de lo contrario seria testigo en su misma causa, lo cual está prohibido¹¹: la décima, que no sea contra naturaleza ni contra ley¹².

14. Concurriendo en la confesion las diez circunstancias referidas, hace plena prueba, aprovecha al contrario del confeso, le exi-

1 Cap. 1 caus. 15 q. 6. LL. 4 y 5 tit. 13 part. 3. 2 L. *Divortium non est*, ff. *De divortio*, cap. fin. *De conf.* Canon. *Sicut tenor*, 15 *De regularib.* 3 L. 4 tit. 13 part. 3. 4 L. fin. ff. *De interrogat. in jure faciend.* dicha ley 4 tit. 13, y leyes 4 y 5 tit. 28 lib. 11 N. R. 5 Gom. lib. 3. *Var.* cap. 12 n. 4. *Cur. Philiph.* part. 3 § 13 n. 10. 6 L. 1 ff. *De recept. arbitr.* Mascard. con. clus. 343 ns. 9 y 10. Reinf. lib. 2 tit. 18 § 1 n. 8 al 11. 7 Dicha ley 4 tit. 13 part. 3, y ley 6 § 3 ff. *De conf.* 8 L. *Certum*, ff. *De conf.* y dicha ley 4 tit. 13 part. 3. 9 L. 6 tit. 13 part. 3. 10 L. fin. ff. *De interrogat. action.* y leyes 4 y fin. tit. 13 part. 3. 11 Dicha ley 4 tit. 13, y ley 10. Cod. *De testib.* 12 LL. 4 y 6 tit. 13 cit.

me del gravámen y precision de probar, supera á todas las pruebas, porque ninguna iguala al dicho de propia boca, inutiliza las opuestas hechas por testigos ó instrumentos á su favor, desvanece las presunciones contrarias; y es de tal calidad, que aunque se haga en proceso inepto ó inválido, puede darse sentencia segun ella, y el confeso se tiene por condenado sin otra alguna¹. Puede pedir una parte á la otra la confesion en cualquiera estado del pleito, aunque sea despues de concluso, con tal que no esté sentenciado; y lo mismo puede hacer el juez de oficio, á fin de inquirir la verdad en caso de que haya duda²: tambien puede pedir una parte á la otra todas las declaraciones ó posiciones que tenga por convenientes de una vez ó de muchas, con tal que conciernan al pleito, y no sean sobre lo confesado claramente; y el juez debe deferir y apremiar al preguntado á que las absuelva categóricamente, sin darle traslado ni tiempo para aconsejarse, como adelante expondré, ni precisar al ponente ó interrogante á que de una vez las haga, porque ninguna ley le concede esta facultad; de suerte, que si hace lo contrario, y no reforma su providencia como dilatoria, injusta y perjudicial, se puede apelar, y debe revocarse: lo primero, porque la ley no define cuántas declaraciones ó confesiones ha de pedir una parte á la otra, ni en cuántas veces; y así pueden ambas pretender las que quieran: lo segundo, porque la confesion es la mejor prueba de todas, y con ellas se evitan gastos y dilaciones; y lo tercero, porque las leyes encargan la brevedad en los pleitos, la cual se logra por medio de la confesion. Así, pues, para no acreditarse el juez de ignorante, ni constituirse sospechoso, debe deferir lisa y llanamente á la solicitud de cuantas confesiones pida una parte á la otra, siendo pertenecientes al punto litigioso, y así se practica en la corte.

15. Como la confesion debe ser de cosas concernientes al asunto litigioso, y para ellos deben preceder preguntas que llaman *posiciones*, á fin de que el escribano no confunda tal vez estas con las preguntas ó interrogaciones que se hace á los testigos, debo advertir que las posiciones, no solo han de ser de los hechos relativos al punto que se controvierte, sino que tambien deberán hacerse clara y positivamente, y no con obscuridad ni por via de interrogacion; porque el que las pone, afirma como cierto lo que en ellas sienta, pues la posicion *es simple asercion hecha por escrito de hecho perteneciente á la causa, sobre el cual pide en juicio el litigante que el otro declare bajo de juramento, para relevarse de probarle*. Esto no puede decirse de las interrogaciones ó artículos, los cuales son parto de la intencion del interrogante, contienen lo que intenta probar por

¹ L. 2 tit. 13 part. 3, et ibi gl. 1.

² L. 2 tit. 12 part. 3.

testigos ó instrumentos, y quien los pone, no confiesa lo que expresa en ellos como en la posicion; bien que hoy los confunden muchos.

16. Pueden hacerse las posiciones por ambos litigantes (aunque lo mas regular es que las haga el actor al reo) despues de la contestacion; y una vez puestas en los autos, no se pueden revocar, mudar ni enmendar, excepto que sea incontinenti, ó por error de hecho que contengan; bien que cuando estan obscuras, se pueden declarar á pedimento del contrario, y á ello está obligado el ponente, porque mediante su declaracion nada se les añade, y se retrotrae esta al tiempo en que se pusieron.

17. Se diferencian las posiciones de los artículos ó interrogaciones: lo primero, en su origen, pues aquellas fueron inventadas por la costumbre, y estas por derecho: lo segundo, en su forma, porque las interrogaciones se hacen con palabras interrogativas, y las posiciones por afirmativas de algun hecho: lo tercero, en que aquellas se hacen á los testigos cuando hay necesidad de prueba, y estas son para que si el contrario las confiesa, sea relevado el ponente de probarlas: lo cuarto, en que el que articula no confiesa los artículos, ni afirma ser verdaderos, sino que crée poderlos probar, y así á los testigos se pregunta de esta suerte: si saben, han visto ó tienen noticia &c.; pero el que hace posiciones las confiesa, y afirma que ha sucedido ó no, qué debe hacer ó no, que es cierta ó incierta la cosa que sienta y pone en ellas, y por esto hace la pregunta de esta suerte: *Cómo es cierto ó incierto, &c.*: lo quinto, en que la posicion se hace regularmente en causas civiles, y la interrogacion en ellas y en las criminales: lo sexto, en que las interrogaciones se hacen por la parte y por el juez, y las posiciones solo por la parte y no por el juez, quien no puede hacerlas, sino que de ellas resulte duda, para aclararla. La razon es, porque las posiciones suceden en lugar de prueba, y el juez nada tiene que probar, ya porque ignora los hechos, y así no sabe lo que ha de preguntar, ya porque el que las pone confiesa el hecho que sienta, y el juez ninguno tiene que confesar.

18. No solo puede hacer posiciones el reo y el actor, sino tambien sus procuradores en su nombre con especial poder, y no de otra suerte¹. Siendo sobre el negocio principal, se deben poner despues de contestada la demanda en el tiempo probatorio, y ántes de la presentacion de los testigos, porque suceden en lugar de prueba, si se confiesan puramente; pero siendo sobre algun artículo ó excepcion que se proponga ántes de esta, sobre el cual haya que ha-

¹ L. Divus § 1 ff. *Ad leg. Connel. de fals.* y ley 1 tit. 10 part. 3.

cerla, se pueden poner entónces, bien que, como queda sentado, las puede hacer una parte á la otra hasta la sentencia en cualquiera estado del pleito. *La audiencia de Méjico tenia acordado¹ que en los escritos en que se hicieran posiciones, se cerrasen con una raya los claros que hubiera entre el márgen y la última sílaba de cada pregunta; lo cual tiene por objeto evitar que despues de contestadas se les agreguen nuevas expresiones.*

19. Lo que se practica para abreviar, es presentar la parte el interrogatorio: pedir que á su tenor se examinen los testigos que presente; y por un *otrosí*, que ántes de proceder á su exámen, jure posiciones el contrario al tenor de todas ó de algunas de las preguntas del interrogatorio, ó pedir se haga esto ántes de presentarle; y en vista de lo depuesto, que se le debe comunicar, formarle solamente sobre lo no confesado, pues no en todos los pleitos se pueden hacer, porque hay hechos que las partes ignoran, y es necesidad el preguntárselos.

20. Siendo confusas ó no concernientes al pleito las preguntas ó posiciones que un litigante hace al otro, ninguno de los dos está obligado á responder á ellas, ni el juez se lo debe mandar ni admitirlas²; pero si son hechas con claridad, y sobre lo que se litiga, debe el preguntado, ó por su ausencia su procurador, teniendo para ello poder especial (a), responder categóricamente bajo de juramento la verdad del hecho, afirmándola ó negándola simple y abiertamente, sin el mas leve artificio ni cautela, ni con palabras de *creo ó no creo, ó me persuado, ó niego la pregunta segun está puesta*, ni otras semejantes, pues no se le deben admitir. El juez no debe permitir que su abogado esté presente á la declaracion, ni darle traslado ó copia de las posiciones, ni término para que se aconseje (b); pues debe

¹ Beleña primer fol. n. 130 cap. 38.

² L. 2 ó final, tit. 12 part. 3. La ley 18 tit. 24 lib. 2 R. I. manda á los abogados no hagan preguntas impertinentes al negocio y causa en que abogaren, pena de diez pesos.—E.

(a) Segun Acevedo en la ley 2 tit. 7 lib. 4 R. n. 41 hasta el 44, en el poder especial para absolver posiciones, deben especificarse los términos en que ha de contestarse á cada una de aquellas, y de otro modo no será suficiente. De aquí infiere, no ser bastante para dicho efecto el poder general aun *cum libera*, contra la opinion de Lopez en la gl. 1 de la ley 1 tit. 13 part. 3. El mismo Acevedo en ese lugar, n. 45, funda muy bien, que si la parte que articula posiciones pide se absuelvan estas por su mismo contrario, y no por su apoderado, aunque tenga instruccion y poder bastante, deberá accederse á su solicitud; porque el señor principal podrá mejor que otro ninguno decla-

rar la verdad, como dice la ley 24 in princ. tit. 11 part. 3. Véase la 22 tit. 5 id.—E.

(b) Conforme al derecho de las Partidas (ley 3 tit. 13 part. 3), pidiendo el preguntado plazo para acordarse del hecho contenido en la posicion, el juez debia concedérselo, si tal solicitud la hacia por sí y no por sugerencias de su abogado; pero por la ley 2 tit. 7 lib. 4 R., ó tit. 9 lib. 11 N. las posiciones deben contestarse por la parte á quien se articulan, *sin dar traslado ni término para deliberar*. Sin embargo, Lopez (en la gl. 5 de la ley 11 tit. 11 part. 3) y Acevedo (en dicha ley 2 n. 9) juzgan, que si el hecho es muy antiguo ó intrincado, puede el juez conceder término al preguntado para que lo recuerde, teniendo en consideracion las circunstancias así de aquel como de la persona á quien se pregunta; y el segundo añade, que si esta fuese rústica ó idiota, debe permitiírsele hasta la presencia de su abogado. Véase á Berni en la citada ley 3.—E.

responder á ellas en el mismo acto, como lo ordenan las leyes¹.

21. Si responde ambigua y confusamente, se le puede compeler á que responda lisa y llanamente á las preguntas con toda pureza é ingenuidad; y si no quiere declarar, ó se ausenta por no practicarle, habiéndoselo mandado el juez tres veces (a) por ante escribano (que es por tres autos) y no de otra forma, es habido y le puede declarar por confeso, y determinar el pleito, ya sea definitivamente, ó recibiendo á prueba, segun su estado, ó con arreglo á derecho. Habiendo declarado, si despues le convenciere de perjurio á sabiendas, incurre el actor en perdimiento de la causa, se ha por confeso al reo, y á entrambos se pueden imponer otras penas. Respondiendo que ignora la pregunta, no se le debe admitir esta respuesta, y es habido por confeso²; y cuando está ausente, se le ha de expedir requisitoria para que declare³. Si el pleito es de gravedad é importancia, debe el juez recibir por sí mismo las posiciones y juramentos de calumnia, y no cometer al escribano ni á otro su recepcion, pues aunque la parte se ratifique luego ante él, no cumple con lo que está mandado⁴.

22. De la confesion ó respuesta á las posiciones de una parte se debe dar traslado á la que las hizo, aunque no lo pida, para que exponga, y pretenda en su vista lo que le convenga; mas no se deben hacer preguntas, ni prueba sobre lo confesado clara y expresamente, pena de diez pesos al abogado que las hiciera⁵. Pero contra la confesion ficta, que es la que el derecho estima hecha, por no declarar, ó no declarar conforme se debe, se ha de admitir prueba al preguntado, porque esta confesion surte el efecto de que se transfiera en él la obligacion de probar que incumbia al interrogante⁶. Y para que este no sea perjudicado en la declaracion de su contrario, ni se juzgue que la prueba en caso de que niegue ó tergiversar los hechos, se debe poner en el pedimento esta cláusula: *Sin que sea visto estar á su dicho ó declaracion mas que en lo favorable, y sin perjuicio de la prueba en caso de negativa en todo ó parte &c.* Así puede luego probar lo que haya negado, tergiversado ó declarado oscuramente el contrario, y aun hacer que vuelva á declarar.

23. La confesion extrajudicial en causas civiles, si se hace á presencia de dos testigos, y de la parte contraria, con palabras claras, terminantes y dispositivas, y con expresion de causa justa, ó

¹ LL. 1 tit. 10 y 3 tit. 13 part. 3 y 1 y 2 tit. 7 lib. 4 R., ó tit. 9 lib. 11 N.

(a) Véase lo que dice el citado Acevedo en la ley 1 tit. 7 lib. 4 R. n. 14, y en la 2 id. n. 10, y las leyes que quedan citadas en la nota a pág. 443 y en la cit. 1 pág. 450 del tomo 4.

² Dichas leyes 1 y 2 tit. 7 lib. 4 R., ó tit. 9 lib. 11 N.

³ L. 3 tit. 9 dicho libro.

⁴ L. 6 tit. 9 lib. 11 N. R.

⁵ Dicha ley 3 tit. 13 part. 3, y ley 4 tit. 7 lib. 4 R., ó 4 tit. 9 lib. 11 N. Beleña primer fol. n. 130 cap. 9, y tercer fol. n. 57 cap. 7.

⁶ Paz in *Prax.* tom. y part. 1 temp. 8 n. 82 al 84. Gutier. lib. 1 *Pract.* q. 49.