

los escribanos, porque debiendo el juez formar segun su criterio la apreciacion de la similitud de las firmas ó letras de ambos documentos para desecharlo ó admitirlo el dictámen de los peritos, no puede encomendar á otro el exámen ó comprobacion de los actos. Dispone tambien la ley, que el juez no tendrá que sujetarse al dictámen de los peritos; pues si bien este servirá como un parecer de personas facultativas para ilustrar su entendimiento, y guiarle en el juicio que ha de formar en vista de los documentos mismos, no debe por eso sujetar su criterio y su conciencia al referido dictámen por lo falible que suele ser á veces. Igual disposicion se habia adoptado en las leyes de Partida; siguiendo el espíritu de las del derecho romano. La ley 118, tit. 18, Part. 3, decia respecto del cotejo de letras de documentos públicos, que el juzgador débese ayuntar con aquellos omes sabidores e catar e escodriñar la letra e la figura della e la forma e el signo del escribano, e si se acordaren todos en uno, que la letra es tan desemejante que puedan con razon sospechar contra ella, entonce *es en alvedrio del juzgador de desecharla u otorgar que vala si se quisiere*, ca atal prueba como esta tuvieron los sábios antiguos que non era acabada, por las razones que de suso dijimos; e por esso, *la possieron en alvedrio del juzgador que siga aquella prueba si entendiere o creyere que es derecha e verdadera; o que la deseche si entendiere en su corazon el contrario*. Las razones á que se refiere la ley en este texto, las enumera anteriormente diciendo, «que non puede ome todavia escribir de una manera: ca a las vegadas facen desemejar las letras los variamientos de los tiempos en que son fechas o el mudamiento de la tinta o de la peñola: e otrosi se podria desemejar la forma de la letra por enfermedad o por vejez del escribano: ca de una manera escribe uno cuando es mancebo e sano, e de otra cuando es viejo e enfermo.» Si á estas razones se alegan la facilidad con que se falsifican y fingen, mayormente en el dia toda clase de tintas, letras, firmas y aun sellos, se comprenderá la justicia con que la nueva ley ha sancionado la disposicion referida.

859. Por esto decia Febrero, haciéndose cargo de dicha ley, que aunque los peritos concuerden en una misma cosa, puede el juez determinar si merece ó no crédito la letra, porque la ley no le sujeta ni obliga precisamente á estar por lo que produzca la mera comparacion ó cotejo, sin otros adminículos verdaderos ó dos testigos fidedignos que juren habérselo visto firmar, por no ser prueba plena sino á lo mas semiplena. Además, el juicio y dictámen de los peritos como fundado en un mero parecer ó concepto, no hace fe concluyente sino de credulidad y verosimilitud, y hay notable diferencia entre parecer y ser; por consiguiente, lo podrá estimar ó despreciar segun conceptúe mas conforme y verosimil. Y Escriche en el art. Cotejo de letras, sienta tambien, que ni aun la deposicion uniforme de muchos expertos sobre la semejanza ó desemejanza de las letras, hace jamás prueba suficiente para fallar, fundándose en las razones expuestas y en los innumerables casos de funestas equivocaciones que se citan en que han incurrido los expertos.

840. Por estas consideraciones han llegado á aconsejar acreditados es-

critores la verificacion del cotejo de letras por solo el ministerio del juez sin necesidad del juicio previo pericial, y aun se ha querido desterrar del enjuiciamiento este medio probatorio en sí mismo. Mr. Seligman en su obra sobre las reformas de que es susceptible el modo de enjuiciar en Francia, dice sobre esta materia lo siguiente. «En vista de lo imperfecto del arte de los peritos, deberia el legislador dar á los jueces en esta materia, la facultad de decidir con el único auxilio de sus propias luces: conjetura por conjetura, nos parece preferible la del juez á la del perito, pues en nuestro concepto se debe mas confianza á su discernimiento y esperiencia, y sobre todo por la responsabilidad que de este modo pesaria enteramente sobre él: además, de esta suerte se evitarián trámites y procedimientos á veces costosos y dilatorios.» No obstante estas reflexiones, no juzgamos conveniente desechar el juicio de peritos, porque además de poder ilustrarse el entendimiento del juez con su dictámen, especialmente si la comprobacion se verifica con documentos antiguos, para cuya inteligencia se necesiten conocimientos en paleografía que á caso no tenga aquel, sirve para poner un coto á la arbitrariedad judicial.

841. En cuanto á la abolicion de este medio probatorio, la juzgamos mas inconveniente, pues no obstante su imperfeccion, no hay duda que suele ofrecer beneficiosos resultados especialmente en casos en que es difícil otra prueba; v. gr. si fallecieron los testigos que firmaron ó vieron otorgar el documento; y no existia registro del mismo, además de que desterrando esta prueba, se alentaria el fraude y á los falsarios.

## § VI.

### *De la prueba de confesion.*

842. La confesion es la mas eficaz de todas las pruebas, por ser el medio menos sospechoso de obtener la verdad, *probatio probatissima* decian los antiguos jurisconsultos: y el preámbulo del tit. 13 de la Partida 3 declara, que es manera de prueba mas cierta e mas lijera e con menos trabajo e costa de las partes que aducir testigos o cartas para probar lo que demandan, siendo esta la razon por qué trata de ella primero que de las otras pruebas. Asi es que segun se declara en el mismo preámbulo, *no ha menester* el que la obtiene sobre aquel pleito otra prueba nin otro averiguamiento. Veamos, pues, que es confesion, sus diversas especies, circunstancias que deben concurrir en ella, y efectos que produce.

843. Confesion ó declaracion judicial, considerada como medio de prueba, es la contestacion que da un litigante á la pregunta dirigida por su contrario ó por el juez de oficio, reconociendo la verdad de un hecho, ó el derecho ó la excepcion de su colitigante, ó la obligacion contraida por el que confiesa.

844. Divídese la confesion en *verdadera, expresa y tácita* ó ficta: llámase verdadera la que se hace con palabras ó señales que manifiestan clara, ex-



presa y manifiestamente lo que se dice; y tácita la que se infiere de algun hecho ó se supone por la ley, como por ejemplo, cuando el preguntado se niega á responder, ó no responde como debe, ó huye despues de contestado el pleito y lo abandona; ley 3, tit. 13, Part. 3; y 2, tit. 9, libro 11 de la Nov. Recop.

La ley 4 tit. 19 lib. 11 de la Nov. Recop., prohibia á los letrados hacer preguntas sobre lo confesado por cualquiera de las partes, y fundados en la ley 2, tit. 13, Part. 3. declaraban los autores estar prohibido hacer prueba alguna sobre la confesion. Véase á Hevia Bolaños, Curia Filipica parte 1.<sup>a</sup>, § 17, núm. 5; doctrina que viene á ratificar la nueva ley de Enjuiciamiento, puesto que en su art. 310 que expondremos al tratar de la prueba de testigos, previene, que *sobre los hechos probados por confesion judicial no se permite á su autor prueba de testigos*; mas segun el autor citado, y Cevallos y Diego Perez y otros, cuyas razones expondremos en el núm. 885 y 876 esto no se entiende en la confesion ficta ó que las leyes reputan como hecha por no haber declarado el litigante ó no haberlo verificado como debia, pues contra esta confesion se ha de admitir prueba al preguntado, porque surte el efecto de que se transfiera en él la obligacion de probar que al interrogante incumbia.

*Estas declaraciones (ó confesiones) podrán hacerse á eleccion del que las pidiera bajo juraminto decisorio ó indecisorio* de los cuales trataremos mas adelante. *En el primer caso; harán plena prueba, no obstante cualesquiera otras (pruebas). En el segundo no perjudicarán mas que al que declare:* asi pues cuando pide el litigante la confesion bajo juramento indecisorio, como este solo constituye semiplena prueba para no ser perjudicado con la declaracion de su contrario, y que no se estime que la apruebe en caso de que aquel niegue ó tergiversar los hechos, debe poner en su escrito la siguiente cláusula. «Sin que sea visto estar á su dicho ó declaracion, y sin perjuicio de la prueba en caso de negativa en todo ó en parte, etc.»

845. Se divide igualmente la confesion en *simple* y *cualificada*. Llámase *simple* la que hace el litigante confesando lisa y llanamente lo que se le pregunta, y *cualificada* la que hace reconociendo la verdad del hecho sobre que recae la pregunta, pero restringiendo la intencion de su contrario.

Esta confesion cualificada se subdivide en *dividua* ó *individua*: cuando la circunstancia de que use el litigante para restringir la intencion de su contrario, y agrega á lo que confiesa, puede separarse del hecho que modifica, y sobre el cual recae la pregunta, se llama la confesion dividua ó divisible; si la circunstancia añadida no puede separarse del hecho preguntado, la confesion se llama *individua* ó *indivisible*. La confesion dividua se reputa como absoluta ó simple, si el confesante no prueba la circunstancia con que modificó su dicho. En la confesion individua no puede admitirse una parte y desecharse la otra. Si el adversario del confesante quiere aprovecharse de ella, tiene que probar la falsedad de la modificacion.

Esta falsedad debe probarse ya por el confesante, ya por su adversario, segun que la cualidad añadida tiene ó no contra sí la presuncion del derecho.

Si por ejemplo confesase el litigante que dijo palabras injuriosas á otro, pero sin ánimo de injuriarle, debe probar esta cualidad; la razon consiste en que el derecho presume que cuando se dicen palabras injuriosas, se tiene ánimo de injuriar, pues de lo contrario se daria lugar á que todos disculparan y paliasen las injurias que dijeran á otro con aquella excusa. V. la ley *si non comitii*, 5, *Cod. de injur.* Mas cuando el litigante confiesa que si bien es cierto que su contrario le vendió una cosa, fue con el pacto de la ley comisorria, ó que aunque es verdad que recibió del contrario una cantidad de dinero, fue en pago de una deuda anterior, incumbe á este la prueba de la cualidad añadida, y no puede admitir una parte de la confesion y desechar la otra, porque la cualidad y condicion conexas con el negocio se presume ser parte del mismo, y aquí no milita presuncion de derecho contra el confesante. V. la ley *juris gentium* 7, § 5 y 6, *Dig. de pactis*, y la ley *lecta est*, 40, *Dig. de R. C.*

Mas en la confesion cualificada dividua, si uno confiesa que es cierto que verificó la venta cuya declaracion se le pide, pero añade la cualidad de que la efectuó con el pacto de adición *in diem*, ó bien confiesa que recibió una cantidad de dinero, á préstamo pero añadiendo que ya la satisfizo, podrá su adversario, el comprador, aceptar la confesion sobre el hecho de la venta ó el recibo del dinero, y exigir que el confesante pruebe la circunstancia de haberse verificado aquella con el pacto expresado, ó de haber satisfecho la cantidad mencionada, echando sobre el confesante la carga de la prueba. La razon de esto consiste, en que siendo la cualidad añadida reparable del negocio principal, no es parte del mismo y en que al que alega un hecho nuevo y separado, le corresponde probarlo. V. la ley *etiam si*, 29, § 1, *Dig. de minor*, la I. *scire debemus*, 29 p., *Dig. de U. O.*, la ley *perfecta* 4 *Cóp. de donat. quæ sub modo*, etc.

Tambien se divide en *judicial* y *extrajudicial*; se llama *judicial* la que el litigante hace en juicio ante juez competente y en la presencia de escribano conforme á derecho; y *extrajudicial* la que hace fuera de juicio de cualquier modo ante juez que no es competente, ó faltando á alguna de las formalidades del derecho.

846. Para que tenga fe la confesion judicial contra quien la hace, debia comprender diez circunstancias, segun la ley 4, tit. 3. Part. 13, y que se expresan en 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, lis que, favor, jus, nec natura repugnet.</i>					

1.<sup>a</sup> Que el confesante sea mayor de veinte y cinco años; ó si es menor y se halla en la edad de la pubertad, que declare con autoridad de su curador, pero aun asi, recibiendo lesion, le corresponde el beneficio de la restitucion por entero; ley 3, tit. 23, Part. 3.



2.<sup>a</sup> Que el litigante confiese libre y espontáneamente sin coacción física ni moral de ninguna clase, ni por sugerencias, promesas, dádivas, engaños ni seducción alguna; leyes 4 y 5, tit. 15, Part. 5.

3.<sup>a</sup> Que la haga con ciencia cierta y no por yerro ni equivocación, pues si la hace con error, no perjudica al confesante, si lo prueba así antes de la sentencia ley 5, tit. 15, Part. 5.

4.<sup>a</sup> Que el confesante declare contra sí mismo, ó para obligarse en favor de otro: ley 4, tit. 15, Part. 5.

5.<sup>a</sup> Que declare ante el juez competente, ó de su orden ante escribano ó alguacil comisionados por el juez al intento: leyes 4 y 5 tit 28, libro 11 de la Nov. Recop.

Entiéndese como juez competente para este fin árbitro que procede obserbando el orden legal, pero no el arbitrador, porque ante este no hay verdaderamente juicio. Sr. Goyena, Febrero Reformado. Segun los art. 35 y 34 de la nueva ley, los jueces no pueden cometer la diligencias de prueba á los escribanos por lo que no podrán comisionar á estos ni á los alguaciles para recibir la confesion.

6.<sup>a</sup> Que declare á presencia de su contrario: ley 4, tit. 15, Part. 5, (En la práctica rara vez se presenciaba por el colitigante la declaración, y en lugar de su asistencia á este acto se le comunicaba el proceso despues de evacuada aquella diligencia pues se consideraba derogada la ley de Partida en esta parte por la 2, tit. 9, lib. 11 Nov. Recop. La nueva ley de Enjuiciamiento previene terminantemente en su art. 278 que la confesion se practique sin previa citacion, si bien el 298 dispone que se dé vista de toda confesion al que la hubiera solicitado.

7.<sup>a</sup> Que la confesion recaiga sobre una cosa, cantidad ó hecho determinado, porque no siendo así no perjudica al confesante. Pero el juez debe apercibirle de tenerle por confeso si no satisface categóricamente á lo que se le pregunta.

8.<sup>a</sup> Que se haga en juicio, pues fuera de él producirá presuncion y no prueba. Esta doctrina es aplicable á las causas criminales; pero tratándose de contratos, la confesion extrajudicial hecha en presencia del contrario exime á este de la prueba cuando al mismo tiempo expresa la causa de la obligacion á su favor.

9.<sup>a</sup> Que la confesion no sea en favor del mismo confesante, porque supuesta su parcialidad é interés no puede constituir prueba lo que afirme en su provecho.

10. Y que la confesion no sea contra la naturaleza y las leyes. Contra la naturaleza será la que repugne á las leyes de la naturaleza misma, por ejemplo, si uno confiesa ser padre de otra persona que tenga mayor edad, y contraria á la ley la que hiciese un casado de tener un impedimento dirimente con el fin de anular el matrimonio, pues en esto no cabe la prueba por confesion: ó la que hiciere uno declarando que era esclavo de otro; siendo ambos ciudadanos españoles, pues la esclavitud no está permitida en España: ley 6, tit. 15, Part. 5; ó por último, la que hiciere una madre de

que no es de su marido sino de otro, el hijo que ha tenido durante el matrimonio, pues tal asercion es contraria á la presuncion de derecho, ley 9, título 14, Part. 5.

847. De lo expuesto en la precedente numeracion de las circunstancias que la confesion debe contener, puede deducirse, que segun su doctrina, lo que el litigante expone en la demanda ó en otros escritos, aunque sea sin juramento, se reputa como confesion judicial. Pero la práctica, mas constante y mejor fundada, ha establecido que sea necesaria la ratificacion del litigante en la presencia judicial, conforme á derecho, para que se reputé confesado de ese modo lo que en sus escritos manifestó.

848. Concurriendo en la confesion las diez circunstancias antes referidas hace plena pureba, aprovecha al contrario del confeso, le exime 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, y desvanece las presunciones contrarias; es de tal calidad, que aunque se haga en proceso inepto ó invalido, puede darse sentencia segun ella, y el confeso se tiene por condenado sin otra alguna: ley 2, tit. 15, Part. 5. Así oponian Mascardo, Rosbach y Engel, fundándose en que la confesion adquiere la eficacia y la virtud del juez: cuya autoridad permanece íntegra aunque se vicie el juicio por algun accidente.

Así pues, si con las circunstancias referidas declara expresamente el demandado deber la cosa ó cantidad que se le pide, ó el demandante manifiesta haber hecho la remision ó recibido el pago, queda plenamente justificada la demanda ó excepcion, si se hizo por juramento decisivo ó por el indecisorio en el caso ya expuesto, y no necesita de otra prueba. En tal caso el confesante se ha juzgado á sí mismo *confessus quodam modo sua sententia damnatur*, por lo que se dice que la confesion se asimila á la autoridad de cosa juzgada. V. los números 675 y siguientes y en especial el 684.

849. La confesion ha de ser sobre cosas convenientes al juicio. Las preguntas en virtud de las cuales la exige un litigante á su contrario, se llaman *posiciones*.

Las posiciones que se articulan por alguna de las partes en los negocios mercantiles, para que la contraria declare al tenor de ellas, se tienen reservadas en la escribanía, bajo la responsabilidad del actuario, sin publicarse hasta que el juez las manda unir al proceso despues de evacuadas las respuestas por la parte confesante: art. 145 de la ley de Enjuiciamiento. Lo mismo se observa en la práctica para los asuntos comunes.

Las posiciones han de ser de los hechos relativos al punto que se controvierte, y deben hacerse clara y afirmativamente, y no con oscuridad ni por vía de interrogacion; pues la posicion es simple asercion hecha por escrito de hecho perteneciente á la causa, sobre el cual pide en juicio el litigante que su adversario declare bajo de juramento para revelevarse de probarlo.

Las posiciones son enteramente distintas de los artículos é interroga-



ciones por los cuales se examinan los testigos en juicio. Se diferencian entre otras cosas, en que las primeras se hacen con palabras afirmativas de algun hecho, y las segundas con palabras interrogativas, en que el autor de las posiciones confiesa y afirma los hechos que en ellas se refieren; y el autor de las interrogaciones nada confiesa ni afirma, si no pregunta; asi es, que en las primeras se hace la pregunta con la fórmula precisa de «*como es cierto ó incierto.*» Se diferencian además en que la posicion se hace en causas civiles, y la interrogacion en ellas y en las criminales: y por último, en que las interrogaciones se hacen por el litigante y por el juez, y las posiciones solo por el litigante y no por el juez. No solo pueden hacer posiciones el reo y el autor, sino tambien sus procuradores en su nombre, pero teniendo su poder especial: ley 1, tit. 10, Part. 5.

850. Siendo sobre el negocio principal, se deben hacer las posiciones despues de contestada la demanda en el término probatorio y antes de la presentacion de los testigos, porque podrán evitar la prueba si se confiesan puramente; pero siendo sobre algun artículo ó excepcion que se proponga antes de la prueba, sobre el cual haya que hacerla, se puede poner entonces; bien que, como queda sentado, las puede hacer una parte á la otra hasta la sentencia en cualquier estado del pleito.

Esta doctrina, expuesta por Febrero, Tapia, Gomez, Negro, Gutierrez y García Goyena, conforme en las leyes 1 y 2, tit. 15, Part. 5, se halla ratificada y sancionada por la nueva ley de Enjuiciamiento, pues que no admitiendo sobre hechos probados por confesion judicial prueba de testigos á su autor, y tratando de la confesion antes que de esta prueba supone que ha de practicarse antes que aquella. Asimismo, en cuanto al término de proponerla, dispone su art. 292 que *todo litigante está obligado á declarar bajo juramento en cualquier estado del juicio, contestada que sea la demanda hasta la citacion para definitiva, cuando asi lo exigiese el contrario.* Mas debe advertirse, que este artículo solo se refiere al caso en que se pida la confesion ó absolucion de posiciones despues de principiado el juicio, puesto que segun el art. 222 de la ley, puede pedir para preparar el juicio ordinario, y en su consecuencia antes de contestar á la demanda, el que pretenda demandar á aquel contra quien se propone dirigir la demanda, declaracion jurada acerca de algun hecho relativo á su personalidad, sin cuyo conocimiento no puede entrarse en juicio; v. gr., si tiene la calidad de heredero uno á quien se pretende demandar como á tal, y que asimismo segun el art. 942 puede pedirse confesion jurada al deudor para preparar la via ejecutiva. Bajo este punto encontramos mas preciso y previsor el reglamento del Consejo Real, puesto que en su art. 150 dispone, que tambien se admitirá lo prueba que consiste en jurar posiciones antes de contestar á la demanda, cuando estas condujeren á cerciorarse de la capacidad de su adversario para comparecer en juicio, ó del carácter ó representacion con que haya de litigar.

Tambien puede la parte prestar la confesion voluntariamente antes de contestar á la demanda, segun expusimos en el núm 676. Y en tal caso no

se le debe obligar al demandado á entrar en juicio, segun allí mismo dijimos y se deduce de la ley, *si debitori*, 21, Dig. *de judic.* de la ley *proinde*, 25, § 2, Dig. *ad leg. Aquil.* y de la *ex judicatum*, 16, Dig. *judicatum solvi*. Igualmente puede prestarse contestando á la demanda, segun dijimos en el núm. 681 y siguientes, en cuyo caso hay necesidad de que el juez pronuncie sentencia por las razones que expusimos en dicho lugar, y porque segun la ley, *de qua re*, 74 pr. Dig. *de jud.* el juez debe pronunciar sentencia sobre el pleito de que conoce, y entendiéndose que conoce de un pleito desde que se contesta á la demanda, debe dar sentencia en el caso expuesto, no obstante la confesion. Esta doctrina se halla corroborada por el cap. *præterea*, 10 de *Transact.* Sexto de Decretales, en que se lee: *Respondemus igitur; quod est prædicta fractum confessione, contra eos sententia procedere debeas.* No se opone á esta doctrina la ley *confessus*, 1. Dig., y la ley única Cód. *de conf.*, en las cuales se dice indistintamente que el confeso se tiene por juzgado: *confessus pro judicato habetur*, porque en la citada ley *confessus*, usa Paulo de la particula *quodammodo*, con la cual quiere decir que se espera la sentencia del juez por condenacion propia: y en la ley citada del Código usa el emperador Antonio de la cláusula en tiempo futuro, *solvere cogaris*, con que da á entender que el confeso debe ser compelido al pago por sentencia judicial.

851. *El que ha de ser interrogado será citado con un dia de antelacion* (art. 595). Compareciendo en el dia citado, debe contestar á las preguntas que se le hagan, siempre que el juez las declare pertinentes y útiles.

Segun el art. 296 de la nueva ley de Enjuiciamiento, además de las circunstancias ya expresadas *el que haya sido llamado á declarar, debe firmar su declaracion* para que conste lo que declara y no pueda negarlo al declarante, *despues de leerla por si mismo, y si no pudiese ó no quisiere hacerlo, despues de leérsela íntegramente el escribano*, para cerciorarse de lo que declaró y asegurarse ó ratificarse en ello. Si no supiese, no pudiese ó no quisiese firmar el confesante, ha de hacerse constar en la declaracion, que deberán firmar el juez y el escribano.

Siendo confusas ó no concernientes al pleito las preguntas contenidas en las posiciones, no tendrá obligacion de contestarlas; ley 2, tit. 12, Part. 5.

Pero hechas con claridad y sobre lo que se litiga, debe el preguntado, ó en su ausencia su procurador teniendo poder especial para ello, responder categóricamente bajo de juramento la verdad del hecho, afirmándola ó negándola simple y abiertamente, sin el mas leve artificio ni cautela, ni con las 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: ley 5, tit. 15, Par. 5, y 1 y 2, tit. 9, lib. 14 de la Nov. Recop.

Conforme con las disposiciones anteriores, dice la ley de Enjuiciamiento en su art. 295, que *las contestaciones deberán ser afirmativas ó negativas, pudiendo agregar el que las dé las explicaciones que estime convenientes ó las que el juez le pida.* Asi, pues, el declarante contestará afirmativa ó negativamente, conforme á la verdad de los hechos de que tenga conocimien-



to: las esplicaciones que le pida el juez versarán sobre las circunstancias, enunciaciones ó cualidades relativas á las preguntas hechas por la parte, para que surta el mayor efecto que sea posible la confesion, cual es la averiguacion de la verdad de los hechos interrogados.

El juez no debe permitir que el abogado del declarante se hallé presente á la declaracion, ni darle al confesante traslado ó copia de las posiciones, ni término para que se aconseje, lo que tiene por objeto evitar que pueda dar respuestas amañadas y poco conformes con la verdad de los hechos. El juez deberá recibir por sí las declaraciones, sin poderlas cometer al escribano, segun disponen los artículos 55 y 54 de la ley de Enjuiciamiento, expuestos en los números 752 y siguientes. *Si se negase á declarar, el juez le aperci- birá en el acto de tenerle por confeso, si persiste en su negativa, lo que de- berá acreditarse por diligencia, art. 295. Si las respuestas fuesen evasivas, el juez le aperci- birá igualmente de tenerle por confeso sobre los hechos á los cuales sus respuestas no fueren categóricas y terminantes, art. 296, y se extenderá la declaracion tal cual resulte, segun que hubiese ó no dado nuevas explicaciones el declarante. Esta disposicion es conforme á la pre- venida por el art. 144 de la ley de Enjuiciamiento mercantil, y por la ley 4, tit. 9, lib. 11 de la Nov. Recop., sobre que cuando el preguntado res- pondia á las posiciones con ambigüedad ó confusion, podia ser compelido á contestar lisa y llanamente, sino queria declarar ó se ausentaba para no hacerlo, habiéndoselo mandado el juez por tres providencias distintas, era habido por confeso, y se podia terminar el pleito ya definitivamente, ya recibiendo á prueba, segun su estado ó segun correspondiese por de- recho.*

Si el citado á declarar *no compareciere, se le volverá á citar bajo aper- cibimiento de que si no se presentase á declarar sin justa causa, esto es, que no sea por algun obstáculo cuya remocion no haya estado al alcance del citado, y que apreciará el juez sin dar traslado al contrario, será tenido por confeso, art. 295.*

852. *De toda confesion judicial se dará vista sin dilacion al que la hu- biere solicitado, el cual podrá pedir que se repita para aclarar algun punto dudoso y sobre el cual no se haya respondido categóricamente, mas no so- bre lo confesado clara y expresamente, pues la ley de Enjuiciamiento no refiere á estos puntos las nuevas preguntas conforme con la ley 4, tit. 9, lib. 11 de la Nov. Recop., que prohibia hacer nuevas preguntas sobre los mismos. Puede repreguntarle sobre los puntos dudosos, puesto que no se ha obtenido sobre ellos el objeto de la ley, cual es la averiguacion de la verdad, por la declaracion de la parte de lo que supiese sobre los mismos. Tiene tambien por objeto el darle vista de toda confesion que pueda, se- gun dispone el art. 298, pedir que se declare confeso al colitigante si se halla en alguno de los casos del artículo precedente. El art. á que se refiere el 298, es el 297, el cual previene, que si el llamado á declarar no compa- reciese á la segunda citacion sin justa causa: si rehusase declarar ó persis- tiese en no responder afirmativa ó negativamente á pesar del apercibimiento*

*que se le haya hecho, podrá ser tenido por confeso si se pidiese por el coli- tigante, para cuyo efecto se le ha comunicado la vista de la confesion de la diligencia en que se acredita el hecho de no haberse presentado ó de haber- se negado á declarar. La declaracion de confeso deberá hacerse por el juez inmediatamente que se pidiera por el contrario y sin esperar á la sentencia definitiva. Dispone la ley, que se le declare confeso con esta prontitud para que desde luego principie á producir sus efectos la declaracion de confeso.*

853. Los efectos de esta confesion, que como ya hemos dicho se llamó *tácita ó ficta* porque se presume y finge por la ley á causa de la conducta ó negativa de aquel de quien se solicita, son: el revelar de toda prueba á la parte contraria sobre los hechos que confesó el declarante en contra suya, ó como ya hemos dicho, el transferir en el confesante la obligacion de probar que incumbia al que solicitó la confesion, puesto que la ficcion debe siem- pre ceder á la verdad. Estos efectos de la confesion ficta se hallan declara- dos por los autores, entre ellos Hevia Bolaños en su Curia Filipica, par- te 1.<sup>a</sup> párrafo 17, núm 5, *Páz, Praxis*, tom. 1.<sup>o</sup>, Part. 1.<sup>a</sup>, tem. 6, núme- ro 54, Ceballos, *Com. Cont. Com.* q. 669; Diego Perez en la ley 1.<sup>a</sup>, tit. 15, lib. 3 del Ordenamiento, y por el conde de la Cañada al tralar de la confe- sion presunta ó ficta que tiene lugar respecto del demandado por no contes- tar á la demanda. Induce tambien esta presuncion, dice este autor, un defecto de prueba de la demanda; que permanece hasta tanto que el demandado pruebe concluyentemente su libertad y ninguna obligacion, pues como en esta parte procede por via de escepcion contra la confesion presunta que con- sidera la ley haber hecho, hace las veces de actor, y ha de probar lo que propone contra la intencion de aquel que la tiene ya fundada en la presun- cion ó ficcion de la ley. Estos son los efectos á que debe restringirse la confesion presunta en rebeldía, quedando libre al demandado todo el pro- greso de la causa para alegar y probar en ella no ser deudor de lo que se le pide, y ser de consiguiente absuelto de la demanda en la sentencia de- finitiva.

Esta doctrina puede apoyarse tambien en el texto de la nueva ley de En- juiciamiento, pues disponiendo en su art. 500, que no obstante que se inter- ponga apelacion del auto en que se declare á alguno confeso, *se continúe la sustanciacion de los autos* hasta dictar sentencia definitiva, esta continua- cion de la sustanciacion de los autos, supone (como decia el señor conde de la Cañada haciéndose cargo de la cláusula de la ley 1.<sup>a</sup>, tit. 6, lib. 11 de la Nov. Recop. que trata de la confesion presunta del demandado por ser re- belde en contestar, á saber, que el juzgador vaya por el pleito adelante á recibir testigos etc.), que no tiene el juzgado lo suficiente con la confesion fic- ta para condenarle en lo que el actor pide.

Por último, confirma esta doctrina la disposicion del art. 299 que pre- viene, que la *providencia que se dictare declarando á alguno confeso ó de- negando esta declaracion es apelable*, pues con ella se da á entender que la declaracion de confeso, fundada en una presuncion, puede carecer de méritos suficientes para que la ficcion se apoye en la verdad, en cuyo caso el decla-



rado confeso, experimentando un perjuicio irreparable en primea instancia si no pudo practicar la prueba que por la declaracion de confeso recayó sobre él, debe tener abierto el recurso de la apelacion. En esto ha sido mas consecuente la ley de Enjuiciamiento que la ley 2, tit. 10, lib. 11 de la Novísima Recop. que negaba todo recurso en tal caso, siendo así que de la ley 1.<sup>a</sup> tit. 6, lib. 11, se deducia la doctrina expuesta sobre los efectos de la confesion ficta que llevamos dicho. V. el núm. 876.

854. *Interpuesta la apelacion, se admitirá para ante el superior correspondiente, continuándose no obstante la sustanciacion de los autos hasta dictar sentencia definitiva: art. 300 de la ley de Enjuiciamiento.* La apelacion pues en este caso, no produce el efecto suspensivo, sino solo el devolutivo, por lo cual el declarado confeso tendrá contra sí la carga de la prueba acerca de los puntos sobre que versa la confesion ficta que incumbia al contrario, mas no por eso deberá este descuidarse en practicar la prueba sobre los mismos, que le fuese posible, para destruir la que pudiese practicar el contrario. Si se apelare de la sentencia definitiva, se remitirán los autos para decidir tanto este recurso como el interpuesto contra la providencia en que se hubiese declarado al litigante confeso ó denegado esta declaracion. En este caso el tribunal superior parece que debe entender de ambas apelaciones á un tiempo mismo, y decidir las sin devolver los autos al inferior para que los reponga al estado en que estuvieran antes de dar la providencia declarando confesa á la parte, puesto que el art. 301 dice, que se remitirán á la superioridad los autos para conocer de ambos recursos, y aun da á entender esta misma disposicion que la apelacion de la providencia en que se declara al litigante confeso, debe estar en suspenso hasta que se pronuncie sentencia definitiva, porque hasta entonces no se pueden remitir los autos originales á la superioridad, y tambien porque la naturaleza especial del negocio permite á esta conocer á la vez de ambos recursos. Porque si el inferior en su providencia declaró confeso al litigante, y la superioridad entendiere que no habia méritos para esta declaracion, y en su consecuencia, que la prueba sobre lo confesado incumbia al que pidió la confesion, como este ha debido practicarla tanto en el inferior como en el superior, en caso de apelacion el tribunal de alzada tiene cuantos datos necesita para enmendar la sentencia definitiva, pronunciada contra el confesante por no haber podido probar contra los hechos comprendidos en la confesion ficta, no obstante no haber probado tampoco el contrario á favor de los mismos; y si por la inversa, entiende la superioridad que debió declararse la confesion ficta por el inferior que no lo hizo así, tiene tambien los antecedentes precisos para enmendar la sentencia del inferior, dada contra el que pidió la confesion por no haber probado lo alegado en apoyo de su pretension, no obstante no hacer prueba en contra del contrario, con solo atender la superioridad á la prueba practicada por ambos litigantes, y á quien de ellos incumbia practicarla.

Las anteriores disposiciones de la ley, algun tanto anómalas, se hallan sancionadas en el derecho romano. La ley 12, tit. 1, lib. 4 del Código, dice

en su párrafo 2.<sup>o</sup>: *Ipse autem qui sacramentum sibi illatum dare recuraverit: vel hoc attestetur vel, si forte non audeat, habeat sibi in ultima provocatione repositum auxilium, et iudex apellationi præsidens, bene quidem illatum iusjurandum, non rite autem recusatum pronunciaverit: res secandum iudicatum est permanebit. Sin autem non rite quidem illatum, recte autem recusatum sacramentum pronunciaverit, tunc et licebit emendare sententiam iudicis, quæ cuasi ex recusato sacramento provessit.*

855. Si no se apelare de dicha sentencia definitiva, ni se insistiere despues de dictada y dentro de los cinco dias en la interpuesta con arreglo al art. 299, como puede suceder, cuando á pesar de la providencia en que se declaró á alguno confeso ó en que se denegó esta declaracion, la parte perjudicada en ella se aviniese con la sentencia definitiva por considerarla justa ó favorable á sus pretensiones, por no haber practicado prueba el contrario, ó haberla ofrecido el mas fuerte y eficaz, se estimará esta apelacion abandonada, y consentida la providencia de que se interpuso: art. 302.

856. *Confesion extrajudicial* es la que se hace de cualquier modo fuera de juicio ó ante juez incompetente: ley 7, tit. 13, Part. 3.

Hecha esta confesion á presencia de dos testigos y de la parte contraria con palabras claras, terminantes y dispositivas, con expresion de la cantidad ó cosa debida y de la razon ó causa por la que se debe, ó aunque esta no se exprese, si luego se justifica, constituye plena prueba presentándose despues en juicio, y aceptándose por la parte á quien favorece ó por su procurador para que no se pueda revocar, y perjudica al que hizo la confesion y á sus herederos: ley 7 citada.

Tambien constituye prueba completa la confesion extrajudicial, aunque la parte contraria no la presencia, si se hace en dos ocasiones con intermission de tiempo: Curia Filipica, part. 1.<sup>a</sup>, par. 17. Sin embargo, esta doctrina la desechan muchos autores por no creerla conforme á la ley. Mas corriente es la de que la confesion que se hace por testamento ó á la hora de la muerte reconocíéndose como deudor; ó bien haber cobrado algun crédito hace plena prueba contra los herederos extraños del confesante y contra los forzosos, en cuanto no menoscabe sus legítimas; pues en tal caso es necesario probar por otro medio lo confesado, porque la confesion es contra terceros: (ley 3, tit. 4, Part. 3).

857. La confesion que se hace por testamento ó á la hora de la muerte, se estima como prueba plena contra los herederos del que se reconoce obligado: ley 2, tit. 7, lib. 2 del Fuero Real, y 19, 20 y 21, Part. 6.

Mas la confesion hecha en favor de quien no debe recibir del confesante no obliga á los herederos de este, ni produce prueba completa contra ellos, como no se pruebe justa y legítima causa de la deuda: ley 3, tit. 14, Part. 3.

858. Algunos autores (entre ellos Escriche en su diccionario razonado de la Legislacion y Jurisprudencia) sostienen que la confesion ejecutada por los padres en escrito ó asiento formal sobre anticipaciones hechas á sus hijos por razon de colocacion ó establecimiento, se tiene por prueba completa, Pero en todo caso es indispensable probar la autenticidad.