

A lo que hay que agregar que las partes por lo general ignoran el Derecho y son dirigidas o representadas por abogados, profesionales autorizados, por lo que sería injusto culpar al cliente, que siempre obra bajo el consejo de su patrono.

Y los abogados dirían que el juicio es precisamente una contienda y que la tolerancia, la bondad y la condescendencia pueden parecer ineptitud o prevaricato.

Y que habría que traer también a colación la conducta procesal de los magistrados, jueces, secretarios y demás burocracia judicial. Ellos son los que presiden, dirigen y manejan el curso de la litis y los que provocan el comportamiento de las partes y de sus abogados.

Hay jueces muy buenos, pero aun así, la ciencia de la judicatura, como humana, puede ser deficiente e insegura, y la conciencia... es de tres colores: la blanca, que anduvo una vez por esta mísera tierra y se fue con aquel Divino Hombre del Gólgota. Sólo quedaron la negra y la parda y de éstas la mejor no es de fiar. Si con la rienda del Código andamos desviados por la "intuición maravillosa", con el libre arbitrio de la ciencia y la conciencia de la judicatura habría que perder la esperanza y la fe en la justicia.

XI

Todo el país está sufriendo los desmanes de la INTUICION MARAVILLOSA. Hay, pues, que poner una lámpara de luz roja o por lo menos una banderita escarlata en las puertas de la Corte y de los tribunales y juzgados. COMO SENAL DE PELIGRO, contra la prueba DEFINITIVA de la conducta procesal de las partes, COMO ELEMENTO BASICO DE CONVICCION EN LA RESOLUCION DE LOS NEGOCIOS JUDICIALES DEL ORDEN CIVIL.

PROCEDIMIENTO Y ALCANCE DE LA DECLARACION DE CONFESO Y PRUEBA EN CONTRARIO

¿Es indispensable el acta de incomparecencia del absolvente? — ¿Es preciso que concurra el articulante a la diligencia? — ¿En caso de que no asista al absolvente, caben nuevos interrogatorios? — ¿La "poena confessi" — puede hacerse de plano o debe ser previo incidente? — ¿Hasta dónde llega la eficacia de la declaración de confeso? — ¿Cómo y cuándo se recibe la prueba en contrario?

El artículo 322 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, dice:

"Art. 322.— El que debe absolver posiciones será declarado confeso: 1o. Cuando sin justa causa no comparezca; 2o. Cuando se niegue a declarar; 3o. Cuando al hacerlo insista en no responder afirmativa o negativamente. En el primer caso, el juez abrirá el pliego y calificará las posiciones antes de hacer la declaración".

Idénticas disposiciones constan en los artículos 124 y 125 del Código Federal de Procedimientos Civiles; 1232 y 1233 del Código de Comercio; 527 y 529 de la Ley Federal del Trabajo.

Los Estados tienen preceptos similares.

Según el artículo 200 del Código Fiscal de la Federación, se prueba y se rige por el Código Federal de Procedimientos Civiles.

En materia laboral es también supletorio el Código Federal de Procedimientos Civiles, de acuerdo con el artículo 16 de la Ley del Trabajo: p. 1319, t. LV; p. 1617, 3529, 3607, t. LXVII; p. 3328, t. LXXII; p. 4967, t. LXXIII; p. 5581, t. LXXIX, 5a. Ep., S.J.F. y otras, aunque —perdonad la digresión— como dice el maestro Valenzuela, don Arturo, en su Derecho Procesal del Trabajo, 1959, p. 241: "cuando se discutió la Ley Federal del Trabajo, se entendió, sin lugar a dudas, por derecho común el Código Civil y el de Procedimientos Civiles tanto del Distrito Federal como de los Estados. No hay razón para excluir como leyes supletorias las del derecho común de los Estados", y ello es lógico y así se desprende del mismo artículo 16 de la propia Ley del Trabajo, pues si ésta debe complementarse en cada lugar por la costumbre y el uso, las supletorias deben ser las leyes locales.

En el terreno mercantil, precisamente, la supletoriedad corresponde a los Códigos de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y de los Estados. Artículo 1051 del Código de Comercio.

I

En el Capítulo Tercero del Génesis, vemos de la Sagrada Biblia, como "EL SEÑOR DIOS" llamó primero a Adán y a Eva, y después de haberlos oído, los juzgó y los condenó a sufrir, a trabajar y a morir.

He ahí el primer juicio de la humanidad e implícitas en él las garantías de audiencia, defensa, legalidad y justicia.

II

La primera prueba conocida fue la de confesión, por muchos siglos llamada "la reina de las pruebas". En las reglas de Paulo y de Ulpiano equivalía a ser juzgado y condenado por propia sentencia: "Confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur". "Confessus pro iudicato habetur".

La falacia y la simulación han destronado la confesión a tal grado, que ahora cede cuando de las demás pruebas o presunciones resulte inverosímil o se descubra su intención de defraudar a terceros, atento a la sabia disposición introducida por el artículo 409 del actual Código de Procedimientos Civiles.

No podremos menos, pues, que rebajar en mayor proporción la declaración de confeso, en donde la certeza brilla por su ausencia.

III

Según Alsina, la declaración de confeso nació bajo la influencia del derecho canónico. Tratado, 2a. Ed., t. III, p. 329.

Fue, dice, "una tercera institución que vino a incorporarse en la confesión provocada para asegurar su realización: 'la ficta confesio'. Mediante ella, que actuaba como elemento de coacción, el citado a absolver posiciones que no ocurría o que se negaba a contestar o que lo hacía evasivamente, era tenido por confeso respecto de los hechos afirmados en el interrogatorio de la parte contraria".

Efectivamente, el derecho procesal español, fuente del nuestro, es una amalgama de las leyes romanas y de las recopilaciones canónicas. Por supuesto, sin olvidar las aportaciones visigodas y arábigo, inclusive los usos y costumbres de los alanos, los vándalos y los suevos, de origen germánico, que a la decadencia del Imperio Romano se posesionaron de la Península Ibérica antes que los godos e igualmente se fusionaron en ella.

IV

Encontramos la declaración de confeso en la Partida Tercera del "Setenario" que principiara el Rey don Fernando III "El Santo" y que concluyera su hijo don Alfonso X "el Sabio" en 1263, llamado el "Código de Alfonso el Sabio o de las Siete Partidas".

Juan II, en la Ley 26, 1387, fue más explícito:

"Mandamos que cada una de las partes responda a las posiciones por palabra de niego o confieso o la creo o no la creo; y si respondiere, que no lo sabe, no le sea recibida tal respuesta, y sea habido por confieso; y que si el Juez mandare a alguna de las partes, que responda a las posiciones una, y dos y tres veces, y no teniendo razón legítima, no quisiere responder, o ya que quiera, no claramente, o si después que le fuere mandado por el Juez, que responda, por contumacia se ausenta; que en todas aquellas cosas que en las posiciones y artículos se contienen, sobre que no respondió, y le fue mandado, que sea habido por confieso, y así lo pronuncie el Juez por sentencia".

Después, lo repetían don Fernando V y doña Isabel I de Castilla, "Los Cánticos", en las Ordenanzas de Madrid, en 1502.

V

Los artículos 772 del Código de Procedimientos Civiles de 1872 y 716 del de 1880, consideraban la declaración de confeso como presunción humana.

Algunos autores la estiman como presunción legal "juristantum", y hay quienes la califican de "juris et de jure".

Los artículos 201 del Código Federal de Procedimientos Civiles y 467 de la Ley de Quiebras, la denominan "confesión ficta", que significa fingida o ficticia.

Muchos tratadistas la conceptúan, en efecto, una ficción, y la ficción no es otra cosa que una inventiva de la ley para resolver la encrucijada. Como expresa Scialoja. Procedimiento Civil Romano, p. 409: "se completa el caso con algo que se sabe ciertamente no pertenecerle o se transforma reduciéndolo a otro que se sabe de cierto no corresponde al mismo", o como dice Ihering: "La ficción esquivada las dificultades en lugar de resolverlas y no es más que la solución científicamente imperfecta de un problema, y merece, como el acto aparente, ser llamada una mentira técnica consagrada por la necesidad". El Espíritu del Derecho Romano, t. IV, p. 331.

Para otros, en fin, es una opinión, una suposición, una hipótesis, un equivalente, un "como si", una disposición de política jurídica, un pecado, un castigo, una sanción, una pena.

Para Chiovenda, Instituciones, t. III, p. 80, se introdujo como una medida coactiva "la poena confessi". Así la llama también Menéndez Pidal. Elementos, t. I, p. 369.

Llámesele como se quiera, en concreto es una sanción, una pena con que la ley condena y castiga la rebeldía del absolvente.

Tanto es así, que la citación se hace "bajo apercibimiento de confeso", cuya sanción ya se anuncia en el apercibimiento, como dice la Plaza, 3a. Ed., t. II, p. 181.

Y todo apercibimiento significa una conminación bajo la amenaza de una pena.

VI

No nos ocuparemos de la citación, del apercibimiento, ni de la calificación de las posiciones, que son en sí mismos problemas particulares.

Tampoco discurriremos sobre las infinitas causas que puedan justificar la incomparecencia del absolvente, ni que excusen su negativa o su evasiva para contestar. El juez debe apreciarlas humana y justamente en cada caso.

Trataremos de investigar, simplemente, el procedimiento y alcance propios de la declaración de confeso: si es necesaria el acta de inasistencia del absolvente; si es preciso que concurra el articulante a la diligencia; si caben en ella nuevos interrogatorios; si la "poena confessi" puede imponerse de plano o debe ser previo incidente; hasta dónde llega la eficacia de la declaración de confeso; y cómo y cuándo se recibe la prueba en contrario.

Cuestiones muy interesantes en la contienda procesal, pues que de ello depende en gran parte la validez y la probanza de esa ficción.

VII

El acta, un detalle de capital importancia.

En caso de negativa a declarar o de evasiva, es lógico que el juez lo haga constar en la diligencia, pero en el evento de que no asista el absolvente, a menudo esa incomparecencia se tiene por acreditada con la falta del acta, lo que se pretende que significa que el citado no se presentó.

Ricci, en el Tratado de las Pruebas, t. II, p. 145, aborda la cuestión como sigue: "Si el día señalado para la confesión judicial no compareciesen ni el interrogante ni el interrogado, de modo que no se haya redactado la diligencia, ¿pueden los hechos deducidos considerarse como admitidos? Parécenos que no. Y la verdad, para que la ausencia del confesante equivalga a la tácita admisión de los hechos, es necesario que se la haya puesto en condiciones de responder, y que la otra parte se haya colocado en condiciones de consignar legalmente la ausencia. Ahora bien: si el interrogante no comparece y no hace levantar la diligencia en que debe constar la confesión, a que el citado no compareció, no se puede decir que el uno haya faltado, ni puede sostenerse por el otro que esa falta conste de un modo legal; no cabe, pues, aplicar en el caso el artículo 218 ya referido", o sea la declaración de confeso.

A su vez Mattiolo, en su Tratado de Derecho Judicial Civil, t. II, p. 580, dice: "Ahora bien, para que la no comparecencia o la repulsa a contestar, equivalgan a una tácita confesión, es necesario que, tanto uno como otro hecho, se hagan constar en el acta, que se hará a instancia de la parte interesada. En consecuencia, si la no comparecencia del interrogado, así como su silencio aun compareciendo, no se hacen constar por el deduciente en el acta, éste no podrá pretender que al adversario se le considere como confeso de los hechos específicamente señalados en el interrogatorio, pero sí podrá obtener el señalamiento de una nueva audiencia para que responda al mismo".

Entre nosotros el Maestro licenciado don Eduardo Pallares, en su Derecho

Procesal Civil, p. 374, generalizando, sostiene la misma exigencia: "Todas las pruebas para ser eficaces deben ser documentadas, excepto la de presunciones. Respecto de ellas lo que debe documentarse es el hecho en que se fundan".

VIII

¿Y si el articulante no comparece?

Los artículos 317 y 318 del Código de Procedimientos Civiles, rezan:

"317. La parte que promovió la prueba puede formular, oral o directamente, posiciones al absolvente".

"318. Absueltas las posiciones, el absolvente tiene derecho a su vez a formularlas en el acto al articulante, si hubiere asistido. El tribunal puede, libremente, interrogar a las partes sobre los hechos y circunstancias que sean conducentes a la averiguación de la verdad".

En esencia es el sistema de "careo" previsto para la forma oral por el artículo 389 del mismo Código Procesal, similar en la forma escrita.

Las dos partes tienen derecho de interrogarse mutuamente, inclusive el juez de interrogarlas para perfeccionar el careo, y sería falta de equidad y hasta canallesco, que cuando el interrogante presente el pliego de posiciones con anterioridad o lo mande con su abogado al acto confesional, y por su parte no asista huyendo de responder al absolvente, se sancione sólo a éste con la declaración de confeso por su silencio, evasiva o incomparecencia.

Si no ocurre el articulante a la diligencia, él mismo está eludiendo el careo. En ese caso no debe hacerse la declaración de confeso del absolvente, desde luego que por causa primaria del mismo articulante no es posible recibir la prueba completa, en condiciones de la reciprocidad y plenitud dispuesta por la ley para el absolvente.

Nadie debe obtener provecho de su propio dolo, y además, sería odioso castigar a uno y solapar al otro.

IX

¿Y las nuevas posiciones?

El citado artículo 317 del Código de Procedimientos Civiles y los artículos 110 del Federal, 1221 del de Comercio y 527 de la Ley del Trabajo, dan derecho al solicitante de la prueba para articular nuevas posiciones en el acto de la diligencia.

El artículo 1233 del Código de Comercio agrega: "o hará constar —el juez— por escrito las posiciones", dando a entender que en caso de incomparecencia del absolvente, pueden hacerse nuevas preguntas.

Tal expresión que contenían también los artículos 653 de 1872, 595 de 1880 y 431 de 1884, ha sido suprimida por el artículo 322 del actual Código de Procedimientos Civiles, en tanto que la parte final del artículo 292 dispone de manera decisiva: "pero si no ocurre el absolvente a la diligencia de prueba, no

podrá ser declarado confeso más que en aquellas posiciones que con anticipación se hubieren formulado".

En materia de trabajo, así lo sustenta igualmente la tesis de p. 4789 del t. XLIV, 5a. Ep., S.J.F.

No podría ser de otra manera, el proceso no es una emboscada. La declaración de confeso, de proceder en el caso de inasistencia del absolvente, debe constreñirse sólo a las posiciones formuladas con anterioridad a la diligencia, que son las únicas presentadas cuando el articulante suponía la presencia y respuesta del propio absolvente, pero no más, pues sería inhumana la adición de nuevo interrogatorio, para obtener una ventajosa declaración de confeso, usando a sabiendas el derecho como instrumento de abuso.

X

¿Que cómo debe hacerse la declaración de confeso?

A primera vista parece muy sencillo. Los artículos 322 del Código de Procedimientos Civiles y 1233 del de Comercio, dicen brevemente: "el juez abrirá el pliego y calificará las posiciones antes de hacer la declaración".

El artículo 125 del Código Federal de Procedimientos Civiles, es aun más franco: "En los demás casos, el tribunal, al terminarse la diligencia, hará la declaración de tener por confesa a la parte".

El artículo 527 de la Ley del Trabajo dispone: "la Junta tendrá por contestadas en sentido afirmativo las preguntas".

¿Esa mentira técnica es un mero trámite, o para construirla y aplicar al aparente rebelde la "poena confessi" hay que oírlo constitucionalmente, con respeto de sus garantías de audiencia, defensa, legalidad y justicia?

XI

En 1944, a p. 101 del t. 48 de Anales de Jurisprudencia, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, resolvió:

"Los artículos 1232 del Código de Comercio y 322 del Código de Procedimientos Civiles, disponen que será declarado confeso el litigante cuando sin justa causa no comparezca en la fecha y lugar que se haya citado; luego la simple falta de comparecencia no da al juez los elementos del juicio necesarios, sino que necesita, además, saber si la abstención fue con o sin justa causa y para ello, resulta rudimentaria la necesidad de oír a la persona interesada antes de imponerle la sanción. Los comentaristas clásicos de nuestro sistema procesal (véase por ejemplo la obra de Manresa y Reus, tomo segundo, página 193), de manera terminante hablan de esa incidencia que debe tramitarse antes de la declaración de confeso; y aun cuando nuestro Código actual de Procedimientos no lo establece así de manera expresa, según su artículo 323 la declaración que nos ocupa no se hace de oficio, sino solamente cuando la parte interesada lo pide, petición que motivará precisamente el incidente respectivo".

XII

Los señores Manresa, Miguel y Reus, cierto, en la cita mencionada, t. II, p. 193, 1875, dicen:

"Demasiado graves y de trascendencia como hemos visto, son los efectos de la declaración de confeso para que pueda hacerse de plano; la parte a quien ha de perjudicar podrá haber tenido justa causa para no comparecer, o razones para demostrar que no estaba en el caso de declarar, o que sus contestaciones no merecían la categoría de evasivas, y es necesario, por tanto, oír su defensa. Aunque la ley no indica en este lugar el procedimiento que haya de seguirse, es incuestionable que se trata de un incidente de los que impiden el curso de los autos, y de consiguiente ha de sustanciarse por los trámites que marcan los artículos 342 y siguientes, hasta que quede resuelto en primera instancia".

XIII

Los mismos señores Manresa, Miguel y Reus, en los formularios p. 308 del mismo tomo II de sus Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, redactan el escrito de solicitud de confeso, que concluye así:

"Suplico a V, que, en cumplimiento de lo que ordena el artículo 297 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (de 1855), se sirva declarar confeso a mi colitigante D. Justo B. sobre los hechos contenidos en las posiciones por mí articuladas, haciendo esta declaración inmediatamente y sin esperar a la sentencia definitiva; a cuyo fin formo el artículo de previo y especial pronunciamiento por ser así de justicia".

No estoy retrocediendo sino ocurriendo a la tradición, para encontrar la doctrina prevalente.

XIV

Y hablando de la tradición, vemos de la Historia del Derecho Procesal en México, del mismo Maestro Pallares, don Eduardo, 1962, que nuestro primer Código de Procedimientos Civiles, de 1872, se inspiró precisamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855. Relación de los doctores Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga, Instituciones de Derecho Procesal Civil, p. 38-39.

Los artículos 652 a 658 del Código de 1872 siguen la misma idea de los artículos 297 y 298 de la Ley Española de 1855.

Los artículos 594 a 600 del Código de 1880 y 430 a 436 del de 1884, éste que rigió hasta 1932, son iguales a los artículos 652 a 658 de 1872.

Y los artículos 322 a 325 de nuestro Código actual de Procedimientos Civiles, 1932, son también idénticos: la segunda parte del artículo 323 sólo suprimió el traslado de la diligencia de confesión, pero conservó la parte esencial, pues todavía requiere que la declaración de confeso se haga cuando la parte contraria lo pidiere.

Los artículos 1232 a 1234 del Código de Comercio y 124 a 126 del Federal de Procedimientos Civiles, puede decirse que son también similares a los artículos 652 a 658 de 1872, 594 a 600 de 1880 y 430 a 436 de 1884, provenientes de 1855.

XV

Sí, pues, nuestra tradición presente es la misma española de 1855 que ininterrumpidamente han seguido nuestros Códigos de 1872, 1880, 1884 y 1932, éste último en vigor, hoy como entonces no podría aplicarse la "poena confessi" sino por medio del incidente respectivo, que dilucide la aplicación de dicha pena con las formalidades esenciales del procedimiento, conforme a la ley y a su interpretación jurídica y fundando y motivando debidamente la causa legal.

No se trata de un mero trámite, sino de una sanción que, como tal, requiere de manera ineludible la previa audiencia, defensa, justificación y legalidad. Hacer de plano la declaración de confeso sería una evidente denegación de justicia, con flagrante violación de los artículos 14, 16 y 17 Constitucionales.

Ya hemos visto que desde el Génesis a nadie se puede condenar sin oírlo, y ya el Rey Juan II en 1387 mandaba: "que sea tenido por confeso y así lo pronuncie el juez por sentencia".

Y Calamandrei, en sus Instituciones, p. 62-103, nos recuerda el principio jurídico: "Nulla poena sine iudicio".

XVI

Manresa, en sus nuevos Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881, t. III, p. 230, 1887, dice:

"Por esto se manda (en España) que la declaración de confeso, cuando proceda, se haga en la sentencia definitiva, con lo cual se evitan también dilaciones y gastos del incidente que podía promoverse según la ley anterior (la de 1855) inmediatamente después de ocurrir el hecho y sin esperar a la sentencia definitiva".

Misma transcripción que hace de los propios comentarios de Manresa, el Lic. Antonio J. Lozano, anotándolos en México, en 1892, t. III, p. 221.

Es verdad, el artículo 593 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881 mandó hacer la declaración de confeso en la sentencia definitiva, lo que entre nosotros resulta inconstitucional, pues que priva de defensa y de prueba en contrario.

Pero eso no nos afecta, porque nuestro Derecho Procesal Civil no ha seguido la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881, y si nuestra tradición es la de 1855 y aun conservamos sus mismas disposiciones, no podemos prescindir de sus motivos ni de sus formas, que aseguran audiencia y defensa al respecto y con ellas una justicia más justificada y más justa.

XVII

Que hay derecho de apelar contra la declaración de confeso, según el artículo 324 del Código de Procedimientos Civiles, 126 del Federal y 1341 del de Comercio.

Exactamente también había ese derecho de apelación en los artículos 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, 656 del Código Mexicano de 1872, 598 del de 1880 y 434 del de 1884, sólo que entonces la segunda instancia se entendía contra la resolución de confeso en el incidente tramitado al efecto, de que hemos venido haciendo mérito, que ahora se trata de tirar de lado.

Pero no eludimos la cuestión, la apelación misma confirma el incidente. Veamos:

En la alzada actual, del artículo 324 del Código de Procedimientos Civiles, no caben pruebas para acreditar la justa causa pues no se surten las hipótesis del artículo 708 de la misma ley procesal, como lo indica el señor licenciado Becerra Bautista en su "Proceso Civil en México", p. 125, 1962.

Tampoco caben en el artículo 253 del Código Federal de Procedimientos Civiles, ni en el terreno mercantil, porque no lo permite el artículo 1342 del Código de Comercio.

El tribunal superior habrá de juzgar en las condiciones en que proveyó el juez en términos de absoluta indefensión, por no haberse tramitado el previo incidente, y así también en el amparo.

En cambio, en el incidente se recibirán las pruebas de ambas partes con absoluta defensa de las mismas, y la declaración de confeso en primera instancia será justificada, única manera de que la apelación lleve el caso con toda plenitud al magistrado y al juicio de control constitucional, bajo una perfecta y jurídica revisión, precisamente sin pruebas en el grado, en presencia de la integridad procesal del incidente.

La Exposición de Motivos del Código Federal de Procedimientos Civiles, dice: "La delicadeza de la prueba confesional impone que la declaración de confeso se revista de las mayores garantías, para evitar una dañosa inversión de la carga de la prueba".

Cualquier forma o disposición en contrario del incidente de declaración de confeso, es inconstitucional.

XVIII

La teoría y práctica alemanas precisan la audiencia y el pronunciamiento contradictorio, para conocer la culpabilidad o inculpabilidad de la incomparecencia, dándole así suma importancia a la declaración de confeso, para evitar una sanción injustificada. Rosenberg, Tratado, t. II, p. 280.

Al mismo solicitante de la prueba le conviene. Así logra conocer en el incidente las razones o marrullerías del rebelde, antes de exponerse a la apertura

del pliego de posiciones, que le sería fatal si en la apelación o en el amparo se revoca la "ficta confessio" y se tiene que reponer el procedimiento.

La sentencia del incidente, con la debida justificación, como lo dispone el artículo 322 del Código de Procedimientos Civiles y sus correlativos expresados, mandará abrir el pliego, hacer la calificación de las posiciones y llevar a cabo la declaración de confeso, ya tramitada y resuelta ejecutoriamente.

La calificación, si a su vez fuere violatoria, es un acto distinto que será materia de otra defensa, como acto distinto lo sería aun sin el incidente, ya que la apelación sólo se autoriza por la ley contra la declaración de confeso o su negación.

XIX

¿Hasta dónde llega la eficacia de la declaración de confeso?

Desde luego no tiene efecto alguno cuando es contraria a las constancias de autos.

Tesis de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, de p. 898, t. LIX; p. 1935, t. LXXXV; p. 2507, t. XCVII; p. 1336, t. XCIX; p. 405, t. CXI; p. 1882, t. CXXI, 5a. Ep., S.J.F.; p. 79, 4a. P., Vol. VIII; p. 97, 4a. P., Vol. XXXVIII, 6a. Ep., S.J.F., y Jurisprudencia 256 en materia laboral.

Huelga el comentario. No puede sostenerse la confesión ficta cuando está contra la realidad. Lo confirma los artículos 409 del Código de Procedimientos Civiles, 201 del Código Federal, 527 de la Ley del Trabajo y 467 de la Ley de Quiebras y suspensión de Pagos.

Conviene también citar la sentencia de p. 714 y siguientes del t. 22 de Anales de Jurisprudencia, que además se funda en el artículo 296 del Código de Procedimientos Civiles, que dispone que los documentos exhibidos y las constancias de autos "se tomarán como prueba aunque no se ofrezcan". v. p. 720-721.

XX

Tampoco vale la declaración de confeso si está en contradicción de la confesión judicial del mismo articulante.

Tesis de p. 681, t. XCIX, 5a. Ep., S.J.F.; p. 171, 4a. P., Vol. XIII; p. 97, 4a. P., Vol. XXXVIII, 6a. Ep., S.J.F., y misma sentencia de p. 714, t. 22, A. de J.

Ello es notorio, por las mismas razones.

XXI

Menos aun tiene fuerza la declaración de confeso frente a la confesión judicial del propio absolvente rendida en autos con anterioridad.

Ejecutoria de p. 1269, t. III, 5a. Ep., S.J.F. v. p. 1271-1272.

XXII

Igual, la declaración de confeso no tiene fuerza alguna si la parte ha negado en cualquier otra forma en el juicio los hechos objeto de las posiciones.

En la tesis de p. 2006, t. CIX, 5a. Ep., S.J.F., dice la Suprema Corte:

"La confesión ficta, por inasistencia del demandado a absolver posiciones, es ineficaz, cuando al contestar la demanda haya negado expresamente todos los hechos alegados por el actor, pues la verdad real no se puede invocar en dicha confesión ficta, cuando dentro del mismo juicio se encuentra proveniente de la parte a quien perjudica una expresa y rotunda negación de los hechos relativos".

Bielsa, en sus Conceptos Jurídicos, 3a. ed., p. 195, sostiene: "considerada ficticia la confesión, lógicamente se deduce de ella una consecuencia importante, y es que aquello que se ha negado en actos anteriores del mismo proceso o causa, se tiene también por negado en la confesión ficta, por presumirse que el absolvente hubiera contestado lo mismo, es decir, negado lo que antes negó".

Amílcar Mercader, en los Estudios en Honor de Hugo Alsina, p. 494, razona así: "Existe en el País una elaboración jurisprudencial muy vigorosa que coincide en la premisa de que el silencio de las partes, contra quienes se dirigen las posiciones, no autoriza a declararlas confesas, en tanto existan afirmaciones emanadas de las mismas, que expresen una voluntad contraria y se opongan a esa interpretación, J.A.T. 25, p. 121; T. 27, ps. 65 y 1047; T.I. p. 715; T. 4, p. 270; T. 15, p. 637; T. 22, p. 496; T. 28, ps. 160 y 435; T. II, p. 814".

"Ante la negativa terminante formulada por la contestación, carecen de eficacia probatoria las posiciones dadas por absueltas en rebeldía". Jurisprudencia Argentina: 1943, I, p. 804; 1950, III, p. 55; Cod. de Proc. Civ. de Santa Fe, art. 144.

"Valor probatorio de la confesión ficta. El valor probatorio no es decisivo cuando el demandado niega expresa y categóricamente los hechos en el escrito de contestación". La Ley, t. 75, p. 742.

Sin embargo, nuestra Suprema Corte ha pronunciado una tesis en contra, la de p. 103, 4a. p., Vol. XXXVIII, 6a. Ep., S.J.F., basada en la suposición de Lessona, I-537, que imagina pretexto o falta de valor en el absolvente, sofisma que se destruye por sí mismo, pues en caso de incomparecencia el absolvente ignora las posiciones y en el de silencio sus razones tendrá. Jesucristo mismo no contestó y con El se cometió la injusticia de los siglos.

Es efímera la confesión tanto de lo desconocido, como de lo implícitamente negado por la resistencia del mutismo. De la negativa de comparecer o de confesar es inconsecuente la confesión como confesión, y sería absurdo concebir una ficticia confesión de lo que ya ha sido negado expresamente en autos.

XXIII

De la prueba en contrario:

No necesitamos ocurrir a la doctrina. el artículo 403 del Código de Procedimientos Civiles ordena expresamente:

"El declarado confeso sin que haya hecho confesión, puede rendir prueba en contrario, siempre que esa prueba no importe una excepción no opuesta en tiempo oportuno".

Igual autorizan los artículos 1290 del Código de Comercio y 128 del Código Federal de Procedimientos Civiles. En los terrenos fiscal y de trabajo es supletorio el mismo Código Procesal Civil Federal.

Como dice Alsina, 2a. Ed., t. III, p. 380: "Debe reconocerse que el valor de la ficción no puede ser mayor que el de la realidad y que nada obsta para que el perjudicado por ella la destruya mediante la prueba en contrario".

XXIV

El problema está en ¿cómo y cuándo se recibe la prueba en contrario de la declaración de confeso?

En la tesis de p. 2206, t. XXXIII, 5a. Ep., S.J.F., se dice que dijo la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, que el derecho de probar contra la "ficta confessio", debe ejercitarse dentro del término de pruebas o de su ampliación.

Pero justo es advertir que esa tesis aparece equivocadamente extractada en el "Sumario" de la ejecutoria, cuyo Considerando relativo a p. 2209 del propio Tomo XXXIII, expresa:

"El derecho consagrado en el artículo 549 del Código de Procedimientos Civiles (de 1884) para probar contra la confesión ficta, como derecho de probar, tiene que ejercitarse dentro del término de prueba, y si por su relación con la prueba confesional se aplica por analogía el artículo 404 del Código citado, entonces se ampliará el término hasta la citación para sentencia. Pero más allá de ese término no cabe prueba. Cerrado el debate la función de las partes ha terminado y sólo queda viva la función judicial para dejar terminada la contienda. En el presente caso el quejoso propuso un incidente para probar contra la confesión ficta cuando estaba cerrado el debate, cuando ya no cabía prueba y el juez, dentro de la ley, rehusó el incidente, y la Sala, dentro de la ley, confirmó el auto del juez".

Se trataba de un juicio ordinario. Los artículos 404 y 549 de 1884 corresponden a los artículos 308 y 403 del actual de 1932 que disponen, igual, que la prueba de confesión cabe hasta la citación para sentencia y que el declarado confeso tiene derecho de rendir prueba en contrario.

XXV

Otro caso, la sentencia de p. 171, t. 58 de Anales de Jurisprudencia, en un juicio sumario:

"En el presente negocio se declara confesa a la demandada en la audiencia de pruebas, alegatos y sentencia, último momento en que las partes pueden

ejercitar los derechos que la ley les otorga, ya que con dicha audiencia queda cerrado el debate. El derecho de probar contra la confesión ficta "es indiscutible", pero como derecho de carácter procesal está sujeto a las condiciones que la ley señala para ejercitarlo".

Se negó también la prueba en contrario.

XXVI

Otro más a p. 2681, t. XCVII, 5a. Ep., S.J.F., una tercera:

"En consecuencia, no puede entenderse que la facultad de rendir pruebas en contra de la confesión ficta, debe ejercitarse después de producida ésta (¿?), ya que muchas veces la absolución de posiciones tiene lugar el último día de los del término de prueba o poco antes de la citación para oír sentencia definitiva, y entonces no tendría oportunidad el declarado confeso para rendir prueba en contra de la confesión".

La Corte amparó porque, afortunadamente, había pruebas anteriores, pero dado el criterio de referencia, las hubiera negado después, con la aberración inexplicable del último día o de la citación para sentencia.

XXVII

El derecho de rendir prueba en contrario de la declaración de confeso "es indiscutible". Lo concede expresamente la ley y lo reconoce así la Jurisprudencia.

La Exposición de Motivos del Código Federal de Procedimientos Civiles, manifiesta:

"La confesión ficta no provoca más que una inversión de la carga de la prueba, que es el efecto normal de las presunciones 'juris tantum'. Respeta esta regla el artículo 201".

Si no se permite la prueba en contrario, se transformaría la declaración de confeso de "juris tantum" o relativa en "juris et de jure" o absoluta, impidiendo toda posibilidad de defensa contra ella y haciendo de esa mentira técnica una sanción irrefutable y ejecutoria.

XXVIII

La forma de recepción de las pruebas contra la declaración de confeso tampoco es un simple trámite. Debe ser por incidente, como acabamos de ver de las tesis transcritas, que es como corresponde a toda cuestión que se suscita en el juicio.

Aun en el procedimiento sumario, artículo 440 del Código de Procedimientos Civiles; en el ejecutivo mercantil, artículo 1414 del Código de Comercio; en el juicio laboral, artículo 477 de la Ley del Trabajo; en materia impositiva artículo 169 del Código Fiscal, debe admitirse y tramitarse el incidente de prueba en contrario pues de otra manera la declaración de confeso resultaría

una pena irremisible para el absolvente que con evidente violación substancial del procedimiento y contra ley expresa, lo expondría a ser condenado por una ficción que puede carecer de verdad, sin dar lugar a determinar su certeza.

XXIX

El articulante mismo tendría en el incidente el derecho pleno de rendir su contraprueba, sin que se violaran tampoco sus garantías como mero espectador.

Don Pablo Zayas, Tratado, t. I, p. 56, explica:

"La declaración de estar confeso a una parte releva a la contraria de la obligación de probar los hechos que eran materia de la confesión; y como esta determinación no es prohibitiva, podría rendir la que le convenga, tratando de contradecir a la que el declarado confeso procura rendir".

XXX

¿Cuándo debe promoverse el incidente de prueba en contrario?

La jurisprudencia se ha vuelto un curioso galimatías. Antes de la declaración de confeso es irracional, no se motiva y por la ignorancia de las posiciones faltaría base para la prueba; y después, se dice imposible cuando la declaración se haga inmediata a la citación para sentencia, que cierra el debate, y ésto sí que puede ser una argucia del articulante.

El artículo 308 del Código de Procedimientos Civiles y el 1214 del Código de Comercio, disponen que la prueba confesional puede recibirse hasta la citación para sentencia. El artículo 102 del Federal, lo permite hasta antes de la audiencia final.

Para el incidente de prueba en contrario de la "ficta confessio", por la misma razón, como dice la H. Suprema Corte, "se ampliará el término hasta la citación para sentencia".

XXXI

Pero suponiendo, como acabamos de ver de los tres casos insertos, que la prueba de confesión se practique en último momento, por argucia del mismo promovente o por demora del juez o en la audiencia misma de pruebas, alegatos y sentencia, entonces negar al declarado confeso el derecho de prueba contra la "poena confessi" sería una crueldad, con el truco de que ya se cerró el debate, otra monstruosa denegación de justicia en nombre de la justicia, pobre ciega inconsciente de su herejía.

Hay que entender la ley en forma de que sean efectivos los derechos que concede. Bastaría recurrir a la fracción IV del artículo 137 del Código de Procedimientos Civiles; a la fracción II del artículo 297 del Código Federal; a la fracción VIII del artículo 1079 del de Comercio, que uniformes disponen que

cuando la ley no fije término para la práctica de algún acto judicial o para el ejercicio de algún derecho, se tendrá por señalado el de tres días.

Durante esos tres días siguientes a la notificación de la declaración de confeso, está latente el derecho para promover el incidente de prueba en contrario y no puede hablarse de preclusión, pues los artículos 133 del mismo Código de Procedimientos Civiles, 288 del Federal y 1078 del de Comercio, previenen que sólo cuando hayan concluido los términos judiciales se tendrá por perdido el derecho que dentro de ellos debió ejercitarse, salvo los casos en que la ley disponga otra cosa, y la ley concede precisamente al declarado confeso el "indiscutible" derecho de rendir prueba en contrario, sin limitarlo más que cuando haya confesión expresa o cuando importe una excepción no opuesta oportunamente.

Aún más, el artículo 1078 del Código de Comercio exige "acuse de rebeldía", para que se pueda perder el derecho.

XXXII

La carga de la prueba se ha invertido y no puede dejarse inerte al declarado confeso, cuando por la eventualidad de la "poena confessi", el azar del proceso lo lleva a esa ficticia y desventurada situación.

El juicio no ha concluido el debate no se ha cerrado ni puede cerrarse en tanto no se opere la preclusión, pues hay pendiente todavía el derecho "indiscutible" de prueba en contrario, que debe respetarse al declarado confeso, mientras no pasen los tres días legales en que puede ejercitarlo después de la declaración, y en materia mercantil, además, hasta que se le acuse la rebeldía consiguiente.

No puede citarse para sentencia, no puede quedar el negocio en estado de fallo hasta que se extinga ese substancialismo derecho de prueba, que es una esencial formalidad del procedimiento.

La ley sin lugar a duda da al declarado confeso el derecho de probar en contrario. Negárselo es otra evidente violación de sus garantías de audiencia, defensa, legalidad y justicia, contenidas en los artículos 14, 16 y 17 de la Carta Federal.

XXXIII

Hay que abreviar los procedimientos judiciales, sí, pero nunca fuera del margen constitucional. Se trata de otorgar justicia y no de cometer una iniquidad.

Privar la prueba en contra de la "poena confessi", sería fundar exclusivamente en ésta la sentencia, convirtiendo en un delito la falta del declarado confeso y el fallo civil en un pronunciamiento penal.

Y viéndolo desde un ángulo más elevado, la declaración de confeso sin el derecho de prueba en contrario, es un ganó ventajoso, es como el dinero fácil, carece de mérito, amén de que la obscuridad del silencio y el enigma de la re-