

aprueba en caso de que aquel niegue ó tergiverse 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."—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, agrega á lo que confiesa y 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 pueda 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 probarse la falsedad de la modificacion. 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. —Para que haga fé la confesion judicial contra quien la hace, debe comprender las diez circunstancias que refiere la ley 4, tit. 13, Part. 3, y que se expresan en los siguientes versos:

1 2 3 4 5 6
MAJOR, SPONTE, SCIENS, CONTRA SE, UBI JUS FIT, ET HOSTIS,
 7 8 9 10
CERTUM, LIS QUE, FAVOR, JUS, NEC NATURA REPUGNET.

1.ª —Que el confesante sea mayor de edad, ó si es menor y se halla en la edad de la pubertad, que declare con autoridad de su curador; pero aun así, recibiendo lesion le corresponde el beneficio de la restitucion por entero; ley 3, tit. 25, Part. 3.—2.ª —Que el litigante confiese libre y espontáneamente sin coaccion fisica ni moral de ninguna clase, ni por sugerencias, promesas, dádivas, engaños ni seduccion alguna: leyes 4 y 5, tit. 13, Part. 3.—3.ª —Que la haga con ciencia cierta y no por yerro ni equivocacion, pues si la hace con error, no perjudica al confesante si lo prueba así antes de la sentencia: ley 5, tit. 13, Part. 3.—4.ª —Que el confesante declare contra si mismo, ó para obligarse en favor de otro: ley 4, tit. 13, Part. 3.—5.ª —Que declare ante juez competente, ó de su órden ante escribano ó alguacil comisionados por el juez al intento: leyes 4 y 5, tit. 28 libro 11 de la Novis. Recop. Entiéndese como juez competente para este fin el árbitro que procede observando el órden legal, pero no el arbitrador, porque ante éste no hay verdaderamente juicio.—6.ª —Que declare á presencia de su contrario: ley 4, tit. 13, Part. 3. (En la práctica rara vez se presencia por el colitigante la declaracion, y en lugar de su asistencia á ese acto se le comunica el proceso ó causa despues de evacuada aquella diligencia.)—7.ª —Que la confesion recaiga sobre cosa, cantidad ó hecho determinado, porque no siendo así, no perjudica al confesante. Pero el juez debe compelerle á que satisfaga categóricamente á lo que se le pregunta.—8.ª —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 éste de la prueba cuando al mismo tiempo espresa la causa de la obligacion á su favor, como se explicará mas adelante.—9.ª —Que la confesion no sea en favor del mismo confesante, porque supuesta su parcialidad é interés no puede constituir prueba lo que afirma en su provecho.—10.ª —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 hiciere un casado de tener un impedimento dirimemente 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 mexicanos, pues la esclavitud no está permitida en México: ley 6, tit. 13,

Part. 3; 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, tit. 14, Part. 3.—De esto que sienta Febrero en la precedente numeracion de las circunstancias que la confesion debe contener, puede deducirse que, segun su doctrina, lo que el litigante espone 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 reputa confesado de ese modo lo que en sus escritos manifestó.—Concurriendo en la confesion las diez circunstancias antes referidas, hace plena prueba, aprovecha al contrario del confeso, le exime del gravámen y precision de probar, supera á todas las pruebas por testigos ó instrumentos á su favor y desvanece las presunciones contrarias: 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 alguna: ley 2, tit. 13, Part. 3.—Véase lo dicho en la anterior pág 690.—Puede una parte pedir la confesion á la otra en cualquiera estado del pleito, aunque sea despues de concluso, con tal que no esté sentenciado; así como tambien lo puede mandar el juez de oficio para inquirir la verdad en caso de que haya duda: ley 2, tit. 12, Part. 3.

Posiciones. 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. El juez debe deferir y apremiar al preguntado á que las absuelva categóricamente sin darle traslado ni término, ni precisar al interrogante á que las haga de una vez. Si proveyere lo contrario, debe reformar la providencia, de la cual podrá interponerse recurso de apelacion como dilatoria, injusta y perjudicial, porque la ley no prefiere cuántas declaraciones ó confesiones pueden exigirse en juicio; porque la confesion es la mejor de todas las pruebas, y porque por ese medio puede conseguirse la brevedad en los pleitos tan encargada por las leyes.—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 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 relevarse de probarlo.—Las posiciones son enteramente distintas de los artículos é interrogaciones 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 ella se refieren, y el autor de las interrogaciones nada confiesa ni afirma, si no pregunta: así es que en las primeras se hace la pregunta con la fórmula precisa de "como es cierto ó incierto." Se diferencian ademas 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 actor, sino tambien sus procuradores en su nombre, pero teniendo su poder especial: ley 1, tit. 10, Part. 3.—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 entones; bien que, como queda sentado, las puede hacer una parte á la otra hasta la sentencia en cualquier estado del pleito.—Siendo confusas ó no concernientes al pleito las preguntas contenidas en las posiciones, no tendrá obligacion de contestarlas: ley 2, tit. 12, Part. 3.—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, afirmán-

dola ó negandola 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 esta puesta, ni otras semejantes, pues no se le deben admitir: *ley 3, título 13, Part. 3, y 1 y 2, tit. 9, lib. 11, de la Nov. Recop.*—El juez no debe permitir que el abogado del declarante se halle presente á la declaracion, ni darle traslado ó copia de las posiciones ni término para que se aconsteje, porque debe dar su respuesta como lo ordenan las leyes: las de Partida y Recopiladas citadas antes.—Cuando el preguntado responde á las posiciones con ambigüedad y confusion, puede ser compelido á contestar lisa y llanamente. Si no quiere declarar ó se ausenta por no hacerlo, habiendoselo mandado el juez por tres providencias distintas, es habido por confeso y puede determinarse el pleito, ya definitivamente, ya recibiendo á prueba segun su estado ó segun correspondiere por derecho: *ley 1, tit. 9, lib. 11 de la Nov. Recop.*—Tambien se tiene por confeso al litigante cuando responde que ignora la pregunta: cuando se halle ausente, se ha de expedir requisitoria para que declare: *leyes citadas antes, y 3, del tit. 9, lib. 11, de la Novísima Recopilacion.*—Si despues de haber declarado el litigante fuese claramente convencido de perjurio por lo que en los autos resulte, de modo que parezca que á sabiendas se perjuró, siendo el actor, debe perder la causa, y siendo el reo se le reputa por confeso, sin perjuicio de las otras penas en que hayan incurrido: *ley 2 del título y libros referidos.*—Con arreglo á la *ley recopilada (ley 6, tit. 9, lib. 11)* el juez en los pleitos de gravedad ó importancia debe recibir por sí mismo las posiciones y no cometer al escribano ni á otros su recepcion, pues aunque la parte se ratifique luego ante él, no cumple con lo que está mandado. Pero será la mas acertada práctica que el juez practique por sí estas diligencias en todo caso.—De la exposicion ó respuestas de las posiciones de una parte se debe dar traslado al que las hizo, aunque no lo pida, para que exponga y pretenda en su vista lo que le convenga: *ley 4, tit. 9, lib. 11, de la Novísima Recop.*—Sobre lo confesado clara y expresamente no pueden hacerse nuevas preguntas ni prueba, bajo la pena de tres mil maravedis al abogado que lo hiciere: *ley 4 tit. 9, lib. 11 citado.*—*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 los 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 intermision de tiempo: (Curia filípica, part. 1.ª, 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 reconociéndose como deudor, ó bien haber cobrado algun crédito, hace plena prueba contra los herederos extraños del confesante, y contra los forzosos, en cuanto no menoscabo 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.*—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 éste, ni produce prueba completa contra ellos como no se prueba justa y legítima causa de la deuda: *ley 3 tit. 14 Part. 3.*—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.—Las fórmulas de las *posiciones é interrogatorias*, pueden verse en las págs. 421 y 422 de la parte 2.ª del tomo 2.º

Prueba por Protesta en reemplazo del juramento decisorio.

Considerando el juramento como medio de prueba, se llamó por la antigua legislacion *juramento decisorio*, aquel que pres-

taba un litigante cuando su contrario se sometia á lo que de tal modo manifestase acerca de la cuestión litigiosa. Hoy está reemplazado por la *protesta explicita de decir la verdad*; pero como la *omision, negativa y violacion de esta promesa causará en el orden legal los mismos efectos que si se tratara conforme á las leyes preexistentes del juramento omitido, negado ó violado*, segun declara el art. 9.º de la ley de 4 de Diciembre de 1860 (anter. pág. 578); hay necesidad de examinar esas *leyes preexistentes*.

Si el punto cuya decision se somete de este modo á la declaracion jurada de uno de los litigantes decide la cuestion y negocio principal, llámase el *juramento decisorio del pleito*, (hoy *protesta decisoria del pleito*). Si el punto sometido á esa especie de decision es sobre algun incidente particular del litigio, llámase el *juramento decisorio en el pleito*, [hoy *protesta, etc.*]—El juramento decisorio del pleito se divide en *voluntario, necesario y judicial*. El voluntario ó convencional, que tambien con este último nombre se designa, es el que defiere una parte á la otra despues de principiado el juicio para terminarlo estra-judicialmente por ese medio. Depende de la voluntad y arbitrio de los litigantes el deferirlo y hacerlo, de modo que es indispensable en este caso el mútuo consentimiento. Pero una vez prestado este por ambos y celebrada esa especie de pacto, es obligatorio, por lo que deberán, él uno someterse y el otro jurar, ó pagar, ó renunciar al objeto sobre que versa el litigio: *leyes 10, y 11, tit. 11, Part. 3.*—Para el juramento voluntario basta de parte del que lo hace lo mismo que se requiere para jurar cualquier pacto ó transaccion; esto es, que no tenga prohibicion legal de hacerlo. Juramento *necesario*, que tambien se llama *supletorio*, es el que el juez de oficio ó á pedimento de uno de los litigantes manda hacer al otro, quien no puede escusarse de hacerlo sin legítima causa. Si este se resistiere de cualquier modo, debe tenerse por convicto como si su contrario hubiera probado plenamente su intencion. Puede mandarse hacer este juramento aun despues de la conclusion, con tal que se haya pedido antes. No puede deferirse por el procurador sin poder especial ó cláusula de libre administracion en causa dudosa, ni puede deferirse por el tutor en el contrato de su pupilo, excepto en el caso de que no pueda justificar con otras pruebas legítimas su derecho.—Para el juramento supletorio ó necesario se necesita que coincidan las cinco circunstancias siguientes:—1.ª Que la parte no tenga prohibicion de jurar ni de pedir juramento; hallándose al mismo tiempo el negocio dudoso y no siendo la prueba plena ó bastante, pues si el actor justifica plenamente su accion y demanda, no ha lugar al juramento y el reo debe ser condenado.—2.ª Que la causa esté semiprobada por un testigo fidedigno de toda exencion que dé razon de su dicho, ó por otro medio legal y verosímil; pues si nada prueba el actor, debe ser absuelto el reo aunque no haya justificado cosa alguna por su parte. En este caso no hay motivo para el juramento, que se estima únicamente como semiplena probanza.—3.ª Que la parte en quien se defiere sea persona fidedigna y no merezca mal concepto, especialmente como sospechosa de perjurio, y sea ademas sabedora por conocimiento propio á la manera que el testigo, al cual en este caso se equipara. Por esto no puede deferirse el juramento en el heredero. Tambien es preciso para la declaracion que esté presente ó sea citada la parte contraria.—4.ª Que la causa sea civil y de corta entidad; pues si es de alguna consideracion, no debe deferirse el juramento, á menos que haya vehementes presunciones en favor del actor. En las causas criminales no tiene ya lugar la doctrina de los autores sobre el juramento que llamaban de *propagacion de indicios* ni ningun otro, porque segun el artículo 291 de la Constitucion política de 1812, á nadie ha de tomarse juramento en materias criminales sobre hecho propio.—5.ª Que la probanza semiplena de una parte no se escluya ni desvanezca por la otra. Faltando alguna de las circunstancias referidas, no puede deferirse el juramento.—Llámase este *judicial* cuando se hace á presencia del juez y se defiere de una parte á la otra de los litigantes con aprobacion judicial. El juramento de esta clase es voluntario, porque depende del arbitrio de las partes proponerle y admitirle. Propuesto por la una no puede sin embargo escusarse por la otra; y se la tiene por confesa y pierde su derecho, porque se manifiesta en su resistencia la injusticia de su pretension si no tiene causa justa para escu-

sarse: por ejemplo, si es preguntada de un hecho que ignore, si probó plenamente su intencion, ó si la accion propuesta por el actor es tal que el reo no pueda ser reconvenido. En estos casos el litigante no está obligado á jurar, ni otro tiene derecho á obligarle que lo haga.—El juramento *in litem* ó *decisorio* en el *pleito*, ó que se refiere solo á un incidente del litigio, es el que por falta de otra prueba exige el juez [pues la parte no puede hacerlo] al actor sobre el valor ó la estimacion de la cosa que demanda ó del daño que hubiere recibido. Debe hacerse por el actor ó dueño de la cosa litigiosa y no por el reo: si aquel es menor de edad y no hubiere llegado á la pubertad, lo harán su tutor ó curador de bienes: *ley 5, tit. 11, Part. 3.* Para que se difiera este juramento se requieren seis circunstancias:—1.ª *Dolo del contrario.* [Contra el tutor hasta la culpa lata].—2.ª *Dificultad de probanza ademas del dolo.*—3.ª *Certeza por parte de quien hace el juramento de la verdad de lo que jura,* segun tenga contra si alguna presuncion.—4.ª *Citacion del coligante.*—5.ª *Posterioridad á la contestacion y anterioridad á la conclusion de la causa.*—6.ª *Capacidad por parte de quien lo hace; pues el menor, loco, pródigo y deamemorado no pueden pedirlo ni hacerlo.* Por estos deben hacerlo sus tutores ó curadores: *leyes 3, 5, 6 y 7 tit 11, Part. 3.*—Este juramento debe recaer sobre una de las tres cosas siguientes. "*aficion ó interes singular, verdadera estimacion ó valor comun.*" Recae sobre *aficion* cuando el dueño jura, no sobre lo que la cosa valia, sino sobre el valor correspondiente al aprecio en que la conservaba y sobre el daño que el reo le causó por el dolo de habérsela sustraído ó hecho perder, aunque esceda del justo valor que tenia. El valor considerado de este modo es á lo que comunmente se dice hoy precio de afecion. Para que se estime el juramento en esta parte es menester que concurren tres circunstancias:—1.ª Que el reo haya sido condenado por el dolo cometido y no quiera sin embargo restituir el objeto.—2.ª Que la aficion recaiga sobre alguna alhaja ú objeto que no sea dinero, pues este se reintegra con otro tanto de igual especie.—3.ª Que su dueño proceda de buena fé y haga la regulacion ante el juez, y no injusta ni arbitrariamente. El juez debe mandar que el dueño jure sobre aquella cantidad cierta, como lo ordena la *ley 5, tit. 11, Part. 3.* El tutor puede hacer este juramento por su pupilo, si quisiese, y no de otra suerte. —Recae el juramento sobre *interes singular* cuando por no haber pagado el reo al actor en el plazo estipulado sufrió el segundo á instancia de un acreedor suyo alguna pena pecuniaria ó la venta de sus bienes. El actor en este caso puede jurar sobre el interes singular y perjuicio que le causó la morosidad del reo. Recae por último este juramento sobre *verdadera estimacion ó valor comun* cuando por dolo del reo pierde el actor alguna cosa y jura cuánto valia justamente, á cuya satisfaccion debe ser aquel condenado. Acerca de este mismo juramento conviene advertir por último, que resistiéndose el tutor, acabada la tutela, á dar cuentas ó á entregar el inventario de sus bienes, ó estos mismos ó sus títulos de pertenencia, puede el menor contra este curador hacer el juramento *in litem* ó *decisorio* en el *pleito*, así de afecion como de interes singular. El mismo juramento cabe si el menor prueba que por culpa del curador, aun sin dolo, se le embargaron algunos de sus bienes. No ha lugar al juramento referido contra los herederos del tutor, á no ser que por engaño ó culpa de aquellos se menoscabasen á este sus bienes, y á no ser, por último, que el tutor hubiese contestado la demanda antes de su fallecimiento.

Prueba por Testigos. Otro de los medios de prueba antes enumerados es el de los testigos. Se llama así la persona fidedigna que declara en juicio lo que sabe acerca de la verdad ó falsedad de los hechos controvertidos.—Para que hagan fe sus declaraciones se ha de atender á su condicion, sexo, edad, capacidad, fortuna y fé; requisitos que los practicos han comprendido en estos versos:

CONDITIO, SEXUS, ÆTAS, DISCRETIO, FAMA,
ET FORTUNA, FIDES; IN TESTIBUS ISTA REQUIRES,

Las circunstancias mas principales que deben tenerse presentes pueden comprenderse en esta clasificacion:—1.ª Capacidad.—2.ª Probidad.—3.ª Imparcialidad.—4.ª Conocimiento.—5.ª Solemnidad.—Han de tener los testigos *conocimiento* propio de lo que manifiestan, es decir, que han de saber por si mismos lo que dicen; que lo han de saber con certeza y no por conjeturas; que han de dar

razon por qué lo saben, y que no han de deponer por lo que á otros oyeron ó por opinion ó creencia ajena.—La *solemnidad* con que han de dar sus declaraciones consiste en la autorizacion judicial, el juramento y la citacion contraria.—En cuanto á la *autorizacion*, ya se ha dicho cuán conveniente es que los jueces reciban por si mismos las declaraciones en las causas civiles. Las leyes solo les permiten delegar ese cargo en el escribano cuando el pleito es de muy poca importancia. Esto sucederá cuando los testigos se hallen en la misma residencia del juzgado. Si estuviesen en pueblo perteneciente al mismo partido, librárá el juez exhorto, órden ó despacho con insercion del interrogatorio al alcalde ó autoridad subalterna.—Cuando los testigos residan fuera del partido, se despachará el correspondiente exhorto con aquella misma insercion.—Para que la declaracion tenga la solemnidad correspondiente se exige tambien el juramento (hoy *protesta*) del testigo. La formula comun para este acto es la siguiente: "¿Protestais decir verdad en cuanto sepais y seais preguntado?" A esto contesta el testigo: "Sí *protesto*;" A lo que responde el juez: "Si así lo hicierais Dios os lo premie, y si no os lo demande."—Otra de las circunstancias que exigen para la solemnidad de la declaracion de los testigos, es la *citacion* de la parte contraria al que la presta. De este modo tiene facultad el litigante de presentarse al juramento, hoy *protesta*, de los testigos, lo cual puede servirle para conocer quiénes son, saber si tienen tachas, y poder deducirlas y probarlas en tiempo oportuno. Pero esta asistencia no es indispensable y basta solo la citacion.—Todas las personas en general estan obligadas á ser testigos en juicio cuando fueren llamadas al efecto, con estas excepciones: ninguno puede ser apremiado á declarar contra sus parientes dentro del cuarto grado, ni el yerno contra su suegro, ni este contra aquel, ni el padrastro contra su entenado, ni al contrario. Mas si espontáneamente testificaren, valdrá su dicho: *leyes 10, 11 y 15, tit. 16, Part. 3 y ley final tit. 30 Part. 7.*—Puede apremiar el juez á los testigos por prision ó embargo de bienes á que comparezcan á su presencia á declarar: *ley 1, tit. 11 lib 11, de la Nov. Recop. y ley de 5 de Enero de 1857.*—Se hallan exceptuados de la obligacion de comparecer para declarar en las casas ó sitio del juzgado los mayores de setenta años, los militares y empleados del ejército que se hallen en campaña, el que tuviese tan poderoso enemigo que sin gran peligro no pudiese comparecer ante el juez, el enfermo, y las mugeres honradas que viven honestamente: *ley 36, tit. 16 Part. 3.* Véase el tomo 1.º, pág. 166, sobre otros funcionarios.—Los gastos que hicieron los testigos, ó las pérdidas que sufran en el tiempo que ocupen en ir á declarar y regresar á sus casas, deben ser satisfechas por los litigantes á cuya instancia declaren: *ley 27, tit. 16, Part. 3.*—Para hacer las partes sus probanzas con testigos forman regularmente sus interrogatorios con varios artículos ó preguntas; de las cuales la primera y última se llaman *generales* porque en todos se ponen: las demas son especiales, y se llaman *útiles*, porque conciernen al punto que se controvierte.—Tiene por objeto la primera pregunta interrogar al testigo "*por el conocimiento de las partes, noticia del pleito y generales de la ley.*" Las dos primeras circunstancias se preguntan, porque si los testigos no conocen á los litigantes ni estan instruidos del hecho litigioso, no pueden deponer con claridad y verdad.—La *ley 3, tit. 11 de la Nov. Recop.* expresa las que se llaman generales de la ley, y se reducen á si el testigo es pariente de alguna de las partes y en qué grado, ó amigo íntimo suyo, ó enemigo capital: si tiene interés en el pleito: si desea que alguno lo gane aunque no tenga justicia, y si fue sobornado ó intimidado por alguien para no decir la verdad. Estas preguntas se dirigen á las tachas que se les pueden poner, para debilitar ó desvanecer su dicho si alguna les comprende.—Pero debe advertirse en primer lugar, que aun declarando el testigo que le tocan alguna ó algunas de estas tachas, no ha de dejarse de examinar por eso, si no le preguntára cuál es la tacha y si dejará de decir verdad por este motivo, anotándose la respuesta que diere. En segundo lugar, si los litigantes nada dicen sobre las generales de la ley, fama y notoriedad, no debe preguntarse acerca de ello á los testigos.—Tambien debe interrogárseles, y esto aunque los litigantes no lo articulen, por su edad, oficio ó modo de vivir, porque conviene en diversos conceptos que estas circunstancias resulten en el juicio.—

Las preguntas especiales llamadas *útiles*, que son las concernientes á la cuestión que en el juicio se ventile, han de ceñirse á lo alegado y excepcionado en el pleito, pues de lo contrario no debe admitir el juez los interrogatorios; y aunque los admita, no vale lo impertinente: *ley 5, tit. 10, lib. 11, de la Nov. Recop.* Por eso en el auto que sigue á la presentación del interrogatorio se usa de esta fórmula: *habiéndolo por presentado, en cuanto es pertinente.*—Esta misma doctrina es aplicable á los interrogatorios particulares que comprendan artículos que, aun probados, no pueden aprovechar el pleito, según la *ley 5, tit. 10, lib. 11, de la Nov. Recop.* Por una práctica tan constante como infundada é inexplicable con buenas razones, no se confiere traslado del interrogatorio de cada parte; pero sí del escrito con que se presenta, y cada una puede dar copia de su interrogatorio á los testigos que presenta. —Además del interrogatorio referido suelen presentarse por los litigantes interrogatorios de repreguntas cuando por lo alegado en el juicio infieren las preguntas que se articularán por su adversario, y creen conveniente, para evitar que la verdad se oscurezca, que á los mismos testigos después de contestar á aquellas se les repregunte sobre algunas circunstancias ó hechos especiales oportunos. En el interrogatorio de repreguntas se admiten la de *conocimiento* y la de *público y notorio*, porque ya están hechas. Las repreguntas recaen sobre las preguntas que se suponen y sus contestaciones consiguientes: al que dijere tal cosa, por ejemplo, se le repreguntará en qué día, en qué hora y quién lo presencié, etc. Las repreguntas también deben ser pertenecientes al litigio, y con esa misma calidad han de admitirse por el juez. Puede presentarse más de un interrogatorio de preguntas, y por consecuencia también más de uno de repreguntas, siempre que no hubiese concluido término de prueba. Por esto, aun cuando las partes ó sus procuradores manifiesten que no intentan valerse de más testigos que los examinados, y se espese así por una nota en los autos, que se agregarse á aquella manifestación la frase de *por ahora.*—Cada testigo debe ser examinado secreta y separadamente y por las preguntas que particularmente le conciernan; si no se refieren á él todas las del interrogatorio. El juez en el examen de los testigos debe, por medios razonables y observando la imparcialidad correspondiente, procurar que digan la verdad de lo que sepan; pero no debe usar de medio alguno sugestivo ni que pueda coartar en cualquier concepto la libertad del que declara. Puede también llamarle á que preste nueva declaración, si la primera fué ambigua ó faltó en ella la razón de lo que se dijo, ó se omitió alguna pregunta importante. Si el testigo no hablase el idioma castellano, será examinado por medio de intérpretes, en número de dos si fuese posible, que han de protestar "que dirán en idioma castellano lo mismo que el testigo deponga en el suyo, sin añadir, quitar, interpretar ni tergiversar cosa alguna.—Las declaraciones han de estenderse á la letra y no en abreviatura, sin mudar palabra ni aclararla: *ley 5, tit. 11, lib. 11 de la Nov. Recop.*, y no se alterarán en ella ni aun las frases que diga el testigo, sino en la parte de la redacción que fuere absolutamente indispensable para la claridad. Si quien declara en juicio quiere dictar ó escribir por sí su declaración ó rubricar las hojas en que se estiende, podrá hacerlo, como que es producción y acto suyo, y nadie tendrá derecho para impedirlo. La declaración deberá ser leída al testigo para que quede plenamente enterado de lo que dijo, y enmendar en el mismo acto cualquiera equivocación. El testigo debe manifestar si se afirma y ratifica en lo que ha dicho, y así deberá espresarse en la diligencia. Por último, debe firmar, si sabe hacerlo, con el juez y escribanos, después de salvadas las erratas, enmiendas ó adiciones que la declaración contenga.—Los litigantes tienen derecho de presentar hasta treinta testigos no más por cada uno de los artículos ó preguntas del interrogatorio: *leyes 2 y 5, tit. 11, lib. 11 de la Nov. Recop.* Comprometiéndose las partes en árbitros, si estos recibieren testigos y aquellas hicieren algún pacto sobre si el juez ha de sentenciar ó no por sus dichos, en caso que los árbitros no decidan su contienda, se debe estar al pacto. Si nada pactaron, está en elección de aquella contra quien se presentaron el pasar por sus dichos y hacer que vuelvan á declarar ante el juez; pero si ya estuvieren muertos, deben valer sus deposiciones, y el juez sentenciará con arreglo á ellas; bien que no se priva á la parte alegar contra las personas y dichos de los testigos.—

Para la valuación de la prueba de testigos es regla general que uno solo, por autorizado que sea, no baste para justificar plenamente un hecho: *ley 33, tit. 16, Part. 3.* Podrá bastar únicamente cuando el testador mandó que en cuanto á su herencia se estuviera al dicho de cierta persona señalada, ó cuando los interesados así lo pactaren. Dos testigos contestes en lo que declaran y en todas sus circunstancias, siendo hábiles, idóneos y tales que no puedan ser desechados por razón de sus dichos ni personas, hacen plena probanza en el juicio. Exceptúase de esta regla general la prueba relativa á justificar el pago ó estinción de una deuda ó obligación cualquiera que conste por escritura pública. En este caso es indispensable justificar la paga ó estinción del contrato por otro documento público, ó por cinco testigos que afirmen haber estado presentes cuando se hizo el pago ó perdón de la deuda, y que para ello fueron llamados y rogados: *ley 33 citada.* Tampoco bastan dos testigos en pleitos sobre testamentos, pues son necesarios los que marca el Cod. civil [Véase *Testamento* en el índice]. No hacen probanza los testigos raros y singulares que son los que declaran sobre diversos hechos, de modo que cada uno testifica del suyo y no concuerda con el otro. Si la diversidad de sus dichos es tal que se contradicen recíprocamente, hace perder la fuerza á todas sus declaraciones. Tampoco tiene fuerza la del testigo que en la suya se contradice á sí mismo. (Acerca de los testigos que se necesitan para probar la falsedad de un instrumento, véase lo espuesto en el tomo 2.º, parte 1.ª pág. 252 y sig.)—Probando ambas partes su intención con testigos, debe el juez para fallar atender con preferencia á los testigos que hayan declarado con más verosimilitud, y que merezcan mejor concepto y más autorización por sus circunstancias. Siendo igual en cantidad y cualidad el mérito de la prueba testifical de una y otra parte, porque todos los testigos han depuesto lo que es posible que hubiera sucedido, debe atender el juez al mayor número. Habiendo la misma igualdad en esta prueba, pero diciendo los testigos de una y otra parte cosas contrarias, el juez debe absolver al reo: *ley 41, tit. 16, Part. 3.*—Toda la doctrina espuesta hasta aquí acerca de los testigos se refiere á los pleitos y causas civiles. Se han omitido las particularidades concernientes á las causas criminales, que son muchas, y de importancia y trascendencia, por tratarlas en su lugar oportuno. —Sobre esta prueba testimonial puede leerse para mayor instrucción el tratado que sobre *tachas de testigos* escribí en el tomo 1.º de esta obra, pág. 164 á 243. Prueba por instrumento público, por el auténtico y el privado. Respecto á la prueba por instrumento público, véase lo dicho sobre éste en la parte 1.ª del tomo 2.º, pág. 244 á 260.—Aunque los instrumentos públicos se llaman también generalmente *auténticos*, se dá especialmente esta denominación por los autores á aquellos que están corroborados por el sello oficial de la persona que ejerce autoridad pública ó jurisdicción. En estos cabe por lo común la prueba de la autoridad misma, es decir, la justificación de que se hallan autorizados al efecto por las personas que aparecen estarlo, y estas tienen el carácter público y necesario para ese fin, y cabe asimismo el examen y cotejo de los originales, etc.—Los *privilegios* ó concesiones de los soberanos en favor de alguna persona, comunidad ó pueblo, son otra clase de instrumentos por cuyo medio puede probarse en juicio las concesiones ó gracias hechas, su observancia ó otros fines, según la legislación vigente lo permita.—Por último, el otro miembro principal de la división de los instrumentos como medios de prueba es el de los *instrumentos privados*. Entiéndense por estos aquellos documentos que carecen de la autorización de Escribano ú otra semejante.—Dividense en varias clases: en vales ó pagarés, recibos ó resguardos, libros de cuentas, cartas y otros.—El instrumento privado no hace fé ni prueba por sí solo en juicio, á menos que en él no se reconozca por su autor. Por su negativa, ó por falta del reconocimiento, se comprueba por dos testigos idóneos que declaren con juramento y citación contraria. Su cotejo y confrontación con otros escritos del mismo autor, de indudable autenticidad, aunque resulte la conformidad con la letra y firma, no producen tampoco prueba completa; pero siempre es un dato importante para la valuación de la prueba.—La parte contra quien se presenta el documento privado puede redarguirle de falso é intentar prueba contra el mismo: *leyes 114, 118, 119 y 122 tit.*

18, P. 3.ª, y 1, tit. 1, lib. 10, Nov. Recop.—Sobre la fé que merecen los certificados ex-empleados ó ex-autoridades, véase lo dicho en la parte 1.ª del tomo 2.º, página 256.

Prueba de inspeccion ó vista de ojos. Sobre la prueba de comprobacion judicial, llamada tambien inspeccion ó vista ocular, véase el tomo 1.º, pág. 247.—Este medio de prueba es de los mas preferibles. Se practica pasando el juez con la asistencia del escribano y dos testigos y los litigantes, si quieren, á cuyo efecto se les cita préviamente, á ver por sí el objeto que es susceptible de esta inspeccion, y extendiéndose una acta firmada por todos de lo que el juez viere y observare. Puede practicarse esta prueba á solicitud de cualquiera de los litigantes, y puede el juez decretarla tambien de oficio en cualquier estado del litigio antes de fallarle.

Prueba por presunciones ó conjeturas. Las presunciones ó conjeturas, son como medios de prueba, las que se deducen del modo mas constante y comun de obrar en los hombres ó del órden de la naturaleza, ó las deducciones que se hacen por la ley de un hecho conocido para la averiguacion de otro desconocido.—Dividense, pues, en presuncion legal ó de derecho, y en presuncion natural ó de hombre.—La presuncion legal se subdivide en presuncion solo de derecho, y de derecho y por derecho. La primera es la que se halla mencionada en las leyes como una sospecha ó conjetura fundada y razonable, por ejemplo: naciendo en un mismo parto dos gemelos varon y hembra, se presume nacido primero el varon: muertos el marido y la muger en un mismo lance, se presume muerta primero la segunda: muertos el padre y el hijo del mismo modo, se presume que murió antes el padre si el hijo fué mayor de catorce años: ley última, tit. 33, Part. 7.—(Algunos autores, entre ellos el Sr. Ortiz de Zúñiga, colocan entre las presunciones de derecho y por derecho las tres enumeradas en este párrafo, y el Sr. Escriche la primera, pero parece mas conforme á la ley clasificarlas como presunciones de solo derecho, puesto que la ley 12, título 93, Part. 7, usa de las cláusulas, *pues que non se puede averiguar el contrario, et non puede ser sabido cual dellos nació primeramente, si se non pudiese saber cual murió primero.*)—La presuncion de derecho y por derecho es la que debe tenerse por cosa cierta y verdadera segun las leyes, por ejemplo: los hijos habidos en una muger casada se presumen legítimos: ley 9, tit. 14, Part. 3: el ausente en tierra lejana despues de diez años, siendo fama pública su fallecimiento, se presume que ha muerto, ley 14, tit. 14, Part. 3: el que prueba que una cosa fué de su padre ó abuelo tiene á favor la presuncion de ser suya: ley 10, tit. 14, Part. 3.—[La presuncion de que el hijo nacido durante el matrimonio se tiene por fruto legítimo del mismo, se coloca por la mayoría de los autores, entre los Sres. Escriche, Laserna, Montalban, Ortiz de Zúñiga y Rodriguez; entre las presunciones de solo derecho, porque puede atacarse la legitimidad probando la ilegitimidad por personas interesadas. Asimismo, se califican de presunciones de solo derecho, las expuestas en este párrafo. Los Sres. Laserna y Montalban califican como presuncion de derecho y por derecho la de que el hijo nacido despues de diez meses contados desde la disolucion del matrimonio es ilegítimo, y para ello se apoyan en la ley 4, tit. 23 Part. 4, mas aun en este caso opinan otros autores, entre ellos el Sr. Escriche, interpretando la ley 17, tit. 6, Part. 6, que cumpliendo la muger embarazada con lo que en la misma ley se previene, se considerará legítimo el hijo dado á luz despues de los diez meses de la muerte del marido. Como presuncion de derecho y por derecho se designan por algunos autores las del consentimiento presunto de los cuasi-contratos.]—La presuncion de hombre es la que no está establecida por la ley, y puede ser de diferentes clases, segun el grado de probabilidad en el raciocinio.—La presuncion de derecho y por derecho puede probar plenamente: la presuncion de derecho puede producir el mismo efecto no habiendo prueba contraria: la presuncion natural ó de hombre no produce mas que semi-plena probanza.

Prueba por fama ó notoriedad. Entiéndese por fama propiamente, como medio de probar el juicio, la comun opinion ó creencia que tienen todos ó la mayor parte de los vecinos de un pueblo acerca de un hecho, afirmando haberle visto ú oído referir á personas ciertas y fidedignas que lo presenciaron.—Participando de esa opinion

“Art. 51. Pero nunca lo hará sin citar préviamente á las partes á una junta para procurar su avenimiento.”

“Art. 52. Esta diligencia la puede el juez decretar” cuando lo crea oportuno, en todo el discurso de la instancia.” [17]

solamente algunos de la generalidad de un pueblo, no designando su origen, se llama rumor.—La fama procedente de personas morigeradas y fidedignas produce semi-plena probanza en negocios civiles, debiendo apreciar siempre el juez las circunstancias de este y de los demás medios de prueba de que se hubieren valido los litigantes, para valuar su mérito y arreglar el fallo definitivo.—En hechos antiguos, en cosa de leve perjuicio, en las de difícil prueba, ó tratándose de la muerte de alguno en guerra, naufragio ó parte remota ó en otros casos semejantes, puede la fama llegar á constituir prueba completa en las causas civiles, si concurre con otras circunstancias y presunciones dignas de algun crédito y atencion.—Para estimarla como prueba de la muerte del ausente, parece la opinion mas acertada la de no reputarla como tal, si se supone muerto el ausente de poco tiempo y el punto donde falleció está cercano: se considerará la fama como prueba, si se le reúnen las circunstancias siguientes:—1.ª Corroboracion con otras presunciones y datos; como su generalidad, la larga distancia del punto donde se supone el fallecimiento, la ausencia del muerto por mas de diez años, la justificacion de su edad avanzada, la de haber estado en campaña, etc.: ley 14, tit. 14, Part. 3.—2.ª Justificacion de la fama misma por dos testigos mayores de toda excepcion que aseguren haberlo oído á la mayor parte de las personas determinadas y fidedignas del pueblo, y que no tengan ningun interes en su daclaracion.—3.ª Que la fama proceda de causa razonable; como si el supuesto difunto se embarcó, y habiendo habido un temporal, no se tuvieron mas noticias de su persona ni del buque en que navegaba, y otros casos semejantes. No probándose la muerte en bastante forma, solo podrá el que intenta suceder al que supone difunto, solicitar que bajo de fianza se le encargue la administracion de sus bienes.—Para que la fama generalmente pruebe en juicio se requiere tambien:—1.º Que sea uniforme, constante, perpétua y no vaga, leve ni contraria.—2.º Que proceda de personas honradas y fidedignas.—3.º Que se pruebe legítimamente á lo menos por dos testigos mayores de toda excepcion, como se dijo para acreditar la muerte del ausente.—4.º Que no sea posterior al principio del pleito.

Prueba por reconocimiento de peritos. Sobre la prueba por reconocimiento pericial, véase lo dicho en el tomo 1.º, pág. 247 y sig., y tomo 2.º, parte 1.ª, pág. 488 á 537, y 626 á 678.

Prueba por ley ó fuero. La ley ó fuero que así Febrero como otros autores numeran entre los medios de probar en juicio, no tiene verdaderamente aplicacion para probar la certeza de los hechos, sino para decidir el litigio conforme á su disposicion, y en vista de lo que resulte probado. Sobre esto ténganse presentes los artículos 13 á 19 del Código civil del Distrito y California, los que han modificado la ley 3, tit. 2, lib. 3, Nov. Recop., conforme á la cual, si los litigantes eran extranjeros, y la cuestion se versaba sobre acto celebrado en su país, era preciso decidirlo con arreglo á sus leyes; y siendo nacionales, debería observarse lo prevenido en la misma ley.—El formulario para la prueba véase en la nota del siguiente artículo 53.

Juntas y fórmulas de sus actas. [17] En todo caso, pues, en el juicio ordinario son indispensables las juntas; y en los demás juicios se previenen cuando es preciso dictar alguna providencia de comun acuerdo de varios interesados, ó cuando hay que decretar providencias económicas que no admiten demora, y que de otra manera demandarian costosas dilaciones, como aseguramiento de bienes, cobro de dependencias, nombramiento de síndicos para un concurso, etc. Y hay casos en que se celebra junta aun cuando alguna de las partes lo resista, como sucede con aquellos que están expresos por la ley, como en el juicio ordinario, para el que está mandado expresamente, y en los negocios de esperas y quitas, para los que la ley previene tambien que los acreedores se junten en uno para acordar lo que conven-