

DE LA
Confesión de parte

EN

MATERIA CIVIL



COMENTARIO

POB

Augusto Bueno

ABOGADO

Ex-Profesor de la Universidad de Quito
Socio colaborador de la Sociedad Jurídico-Literaria



QUITO

Tipografía de la Escuela de Artes y Oficios

1908

DE LA

Confesión de parte en Materia Civil

Libro 2°.—Título 1°.

§ 4°—*Del Código de Enjuiciamientos Civiles Ecuatoriano*

§ I

N°. 1°.—Art. 256.—“*Confesión de parte* es la declaración ó reconocimiento que hace una persona contra sí misma de la verdad de un hecho”.

Esta definición se ha tomado de Escriche (*voz Confesión*) que á este propósito añade: “ó bien la declaración en que una de las partes reconoce el derecho ó la excepción de la otra, ó algún hecho que se refiere al derecho ó la excepción: ó en fin, la declaración en que el deudor reconoce la obligación que ha contraído, ó algún hecho que se refiere á esta obligación”.

Esta segunda parte es explicativa de la primera, es decir, que hay confesión sea reconociendo el derecho, excepción ó hecho que otra parte alega en su favor como *suyos*, y le favorecen; ó bien reconociendo obligaciones ó hechos *nuestros* que igualmente favorecen á la otra parte y nos perjudican. En una palabra, hay confesión reconocien-

do como verdadera la acción ó defensa de la parte contraria ó como falsa nuestra acción ó excepción.

La precedente definición comprende todas las subdivisiones ó clasificaciones de la misma, porque tan confesión de parte es la *judicial* como la *extrajudicial*, la *tácita* como la *expresa*, etc. y las demás; y aun cuando hay grande diferencia entre la fuerza probatoria de la confesión judicial y la de la extrajudicial, como que aquella hace prueba plena y ésta imperfecta ó semiplena; en su esencia, sin embargo, la confesión es un sólo y mismo hecho jurídico, poco importa el lugar en que se haya producido.

Puede objetarse que la *confesión extrajudicial* no es confesión de parte, porque siendo parte sólo los litigantes en el juicio, la confesión hecha fuera de éste, por carta, escrito privado, oral, etc., ó ante Juez incompetente, formas de la extrajudicial, ésta no es confesión de parte. Se resuelve que el confesante de la extrajudicial es con quien se litiga, llegando á ser así parte en el juicio en el cual se le opondrá como tal, esto es, como imperfecta ó semiplena prueba. Luego si bien es confesión extrajudicial, *es hecha por quien es ya parte en el juicio.*

N.º 2.º.—Algunos autores definen la Confesión: “*declaración ó reconocimiento verbal ó por escrito de la verdad de un hecho*”.

Los términos generales que usa el artículo 256 del Código de E. O., demuestran que no limita la confesión á verbal ó á escrita, sino que las acepta indistintamente.

Además, los artículos 263 y 264 manifiestan, que la confesión puede hacerse en pedimento escrito espontáneo, ó por medio de respuestas verbales claras y decisivas acerca de los hechos preguntados por el juez ó la parte.

La Confesión es:

la declaración. de un hecho
ó reconocimiento de un derecho.

“La palabra *declaración*, por la cual hemos

definido la confesión explica muy bien la necesidad de una manifestación exterior y positiva de la voluntad", dice Demolombe [en el N.º 445, tomo 30, *Traité de Contrats*].

"Tal es, en efecto, la regla general; de modo que el simple hecho del silencio no presenta, en sí, el carácter de una confesión" (en el N.º 455, tomo 30, *Traité de Contrats*).

La *Confesión* es un acto espontáneo de la voluntad, y ésta debe manifestarse por un hecho externo. Consiento en la verdad de tal hecho que me perjudica dice el confesante. Según esto callar no es confesar, por regla general.

"*Qué hace una persona*". . . . "Persona", todo individuo de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo ó condición.

Según esto: diremos que cualquiera persona natural puede hacer una confesión?

Persona que hace, en el derecho, es la legalmente capaz. No toda persona puede hacer actos ó declaraciones de voluntad, porque el que hace produce un hecho, y este hecho puede producir consecuencias jurídicas que alcancen al confesante y á sus propios intereses.

Luego, el que hace puede obligarse. . . . y para obligarse por sí mismo y sin el ministerio ó la autorización de otro se requiere capacidad legal. . . . deducimos que la persona que hace la confesión de modo que pueda oponérsele como prueba plena. . . es únicamente la persona legalmente capaz. . . . y ésta es la regla general. . . .

Persona. . . . capaz de disponer del objeto sobre que versa el litigio; y como el menor, el interdicto y la mujer casada no pueden disponer de sus bienes, generalmente, sino en ciertos casos determinados, resulta igualmente que no toda persona tiene capacidad jurídica para prestar una confesión, es decir, que pueda oponérsele como prueba perfecta. . . .

"Qui non potest dare non potest confiteri"

*Qui non potest donare non potest confiteri . . .
Qui non potest contrahere, non potest confiteri''.*

Las razones son que las personas incapaces no pueden ni directa ni indirectamente deteriorar su condición.

Y ésta es la mente de la ley al establecer las incapacidades.

Y además: la confesión emanada del incapaz, dice Demolombe, sería suficientemente seria y reflexionada? ofrecería todas las garantías necesarias? Estos son motivos de gran peso para no admitir la confesión del incapaz. . . .

Nuestro Código de Enjuiciamientos civiles dice que la confesión judicial no hace plena prueba si el confesante no es persona hábil para comparecer en juicio por sí sólo. . . .

Quiénes son hábiles para este objeto? Los legalmente capaces.

Es decir, el Código adjetivo examina la materia por los medios de hacer práctico el derecho, compareciendo en juicio; y deja al Código sustantivo civil el examen de este mismo derecho, en su esencia ú origen. Así, pues, la confesión de la persona hábil para parecer en juicio por sí sola. . . . hace plena prueba: materia del Código de Enjuiciamientos civiles.

Y son hábiles. . . . los legalmente capaces. . . . capacidad que es materia del Código civil. . . .

Persona. . . . que sea parte en el juicio.

*Contra sí misma. . . . y de aquí nace la excelencia de la prueba, que los antiguos llamaban *probatio probatissima*.*

La persona que declara contra sus propios intereses y reconoce un hecho que le perjudica, da contra sí misma una prueba evidente. . . .

“Lo cual, dice Bonniér, es tanto peor para la persona capaz que reconociera á sabiendas una deuda que no es cierta, pues la sociedad no debe proteger los intereses privados que juzgan á propósito sacrificarse por sí mismos. En esta materia la con-

fesión tiene en general una fuerza absoluta” (Tomo 1º., Nº. 348 *Des preuves*). Recordemos nosotros el artículo 11 del Código civil.

De la verdad de un hecho. . . capaz de producir contra el confesante consecuencias jurídicas. La confesión no es una declaración cualquiera sobre cualquier hecho, ni una declaración aérea, sin relación con el proceso. No se responde al Juez sino sobre hechos, y la respuesta es principio y fundamento de prueba; el que confiesa sabe que su adversario usará y alegará contra él de su confesión. (Pothier.—*Des obligations* Nº. 830).

Nº. 3º.—“La confesión es la declaración de un hecho, dice Laurent (Tomo 20, Nº. 156). No hay, pues, cómo prevalerse contra una parte de la declaración que ésta hubiese dado sobre un punto de derecho. Una sentencia de la Corte de Casación ha decidido que no son las partes las que deciden las dificultades del derecho, sino el Juez. Poco importa lo que, acerca del derecho, digan ó no las partes; el Juez decide según la ley y no según las opiniones ó dicho de las partes. Tanto es así que la parte que ha dado una declaración en un punto de derecho de la que depende ó puede depender la decisión de la causa, no está ligada á esa declaración como lo estaría á la *confesión de un hecho*, y puede retractarla. Así pues, no hay confesión sino cuando la declaración versa sobre un punto de hecho”.

Así: si un heredero confesase haber percibido tales especies en cuenta de su legítima, añadiendo *que éstas no la completan*, hemos de apreciar en esta confesión sólo la parte que versa sobre el punto de hecho y no la parte de derecho que ella contiene. Queda averiguado el hecho de las especies percibidas para imputársele en su legítima, sin sujetarnos á si aquel heredero tiene derecho á más. Poco importa lo que ha dicho el confesante en este punto: ni el Juez ni los coherederos quedan ligados por esta parte de la confesión. El Juez decidirá, según la ley, la cuota de esa legítima.

La confesión debe versar, insistimos, sobre el hecho y no sobre el derecho. Así es que la declaración por la que se reconociese que la controversia se halla sometida á las disposiciones de tal ó cual ley extranjera, no constituiría confesión y en nada sería obligatoria para el Juez. (Bonnier N.º 347, Tomo 1.º.)

N.º. 4.º.— *De la verdad de un hecho . . . por qué no de la verdad ó falsedad de un hecho?*

Porque la verdad *es* y la falsedad *no es*; la verdad existe, *id quod est*, la falsedad no existe, es la carencia de verdad, es la nada, en sentido filosófico.

Nadie puede declarar sobre lo que no existe, sino sobre lo que tiene realidad y *es algo . . .*

Cuando decimos "*declaración de la verdad de un hecho*", significamos que sólo lo que tiene ser y es real puede ser objeto de un acto ontológico del entendimiento y materia de un acto de la voluntad.

Si añadiésemos "*ó falsedad de un hecho*", usaríamos de un pleonasma inútil, porque *declarar de la falsedad de un hecho* es precisamente *establecer la verdad de un hecho*.

Afirmo que N. N. ejecutó tal hecho. Esto es falso, no existe, no es así: cómo declararé sobre esta falsedad? afirmando que N. N. no ejecutó tal hecho, diciendo lo que es, diciendo *la verdad*, luego en último término sólo *la verdad* puede ser objeto de la declaración.

Quien declara hechos falsos oculta la verdad, se exime de las obligaciones con que ésta le ata, no da prueba contra sí, en una palabra *no confiesa!* . . .

Luego sólo la verdad puede ser objeto y materia de la confesión.

Ahora bien, quien se exime de su obligación y no da prueba contra sí negando la verdad, hace algo enteramente contrario al concepto de la confesión, que es *declarar contra sí de la verdad de un hecho: no confiesa!*

Si declara un hecho erróneo contra sí, no ha dicho la verdad que se persigue en la confesión.

Y si declara hechos falsos maliciosamente,

falsea la verdad, pero puede restablecerla el contrario probando dicha verdad.

En suma, sólo la verdad, es objeto y fin de la confesión, como que la verdad es la base del derecho.

Esta es la filosofía de la confesión, y éstos los principios en que se funda la retractación de la confesión, por error de hecho, y la divisibilidad de la misma, cuando contiene elementos falsos. . . .

N.º 5.º.—Como consecuencia de lo dicho, examinemos ligeramente los *caracteres distintivos de la confesión*.

“La confesión es ante todo y esencialmente un acto *espontaneo, ilustrado y libre* de la voluntad”, (Larombiere T. V., artículo 1.354).

Le vicia el dolo, la fuerza ó violencia y el error de hecho.

a) El dolo puede nacer de parte del que confiesa, como del curador ó marido por perjudicar en sus intereses á su pupilo ó mujer, como si estos representantes legales declarasen falsamente que los inmuebles de sus respectivos representantes se hallan sujetos á una servidumbre.

El dolo puede nacer también de parte de quien provoca la confesión, engañando al confesante para arrancar de él una declaración contraria á la verdad, pero beneficiosa para quien la pide.

b) La *violencia* en la confesión la vicia, como que la libertad es la base de los contratos lícitos.

c) *El error de hecho*, como vimos en el 2.º inciso del artículo 1.703 del O. C. y 278 del E. O.

Cierto que la confesión en absoluto, no añade ni quita á nuestras obligaciones; es ó debe ser la simple declaración de un hecho tal cual es, hecho anterior que se averigua para deducir de él alguna consecuencia jurídica. Pero la confesión arrancada por el error, la fuerza y el dolo no es un acto ilustrado, espontáneo y libre de la voluntad. Si por esos medios se logra disfrazar la verdad, falta ésta como base y término de la confe-

sión; y como nadie debe aprovecharse de su dolo, y el error de hecho es revocable, deducimos que no hay confesión, ó que ésta está viciada y no puede oponerse como prueba.

Nº. 6º. — “La confesión es una declaración *ad hoc*, con la intención seria y voluntad formal de proporcionar contra sí un medio de prueba”. [Demolombe Nº. 454].

De donde se sigue que todas las declaraciones que carecen de este carácter no pueden legalmente constituir una confesión. Por ejemplo, las alegaciones ó explicaciones dadas por una parte en apoyo de los medios en que funda su defensa. Esas son armas que emplea en *su único interés*, y de las cuales no ha pensado desasirse en provecho de su adversario. En una palabra, esas explicaciones son *medios, argumentos.* pero no *confesiones*, esto es, *declaraciones hechas con la intención de proporcionar una prueba contra sí á la parte adversa*. (Aubry ó Ran, tomo VI, pág. 334.—Larombière, tomo V, artículo 1354, Nº. 3º. Laurent, Nº. 158).

Tomemos el siguiente ejemplo de Laurent: “Se demanda á un comprador la nulidad de una venta por dolo, fraude ó error. El comprador contesta que la venta es sincera y seria. Cambia después de defensa y dice que el contrato es eficaz, sino como venta, por lo menos, como donación disfrazada. Se apeló á la Corte de Casación de la sentencia que aceptó este medio de defensa ó excepción de donación disimulada, pretendiéndose que habiendo confesado el demandado comprador que hubo venta, el Juez estaba ligado por esta confesión. La Corte de Casación decidió que no había confesión, *sino solamente conclusiones subsidiarias*”.

Es decir. medios superabundantes que coadyuvan á fortalecer ó fortificar la causa del demandado comprador.

“Con mayor razón no podría dárseles el carácter de confesión á las simples cartas misivas es-

critas durante la instrucción, pues éstas no encierran sino medios de defensa y no una *confesión* propiamente dicha". [Bonnier, tomo 1º. N° 348].

Mas, cómo distinguirá el Juez la declaración-confesión de la declaración-simple medio de defensa?

Respondamos con Laurent:

"Es muy difícil en concreto distinguir la declaración que es una confesión, de la declaración que no es más que un medio de defensa ó una simple opinión La cuestión consiste en interpretar la *voluntad* del que hizo la declaración que se deja al juicio independiente del Juez". "*Volonté decidee souverainement par le juges du fait*".

Nº. 7º.—La dificultad de la cuestión crece si consideramos que no toda confesión es tan meditada y espontánea que evidencie la voluntad del que la hace, de dar una prueba contra sí. Hay confesiones imprudentes, confesiones que se escapan, que se arrancan por un juez sagaz al litigante; y sin embargo son confesiones y sirven de perfecta prueba. . . .

Por ejemplo *Demante* ha definido la confesión: "*el reconocimiento que ha podido escapársele á una de las partes*". (Nº. 331).

Si esto no siempre es exacto, prueba por lo menos que hay intérpretes de nota (*savant auteur* según Demolombe) que reconocen como confesión una declaración no espontánea.

Sepamos á qué átenernos en este punto:

La espontaneidad de una declaración consiste en que sea un acto de voluntad libre, no movida por dolo, fuerza ó error.

Si la declaración no adolece de estos vicios, y se hace de manera clara y determinada sobre el objeto ó hecho de la litis, hay confesión. . . .

No nos importa averiguar cual sea la causa impulsiva que obligó á la parte á declarar, ó cómo fue sorprendida en la verdad, ó ésta, arrancada con sagacidad del que la ocultaba. . . .

La confesión persigue la verdad, hemos dicho,



y los *medios lícitos* para descubrirla son legales.

Pago, vendo contra mi voluntad. . . . pero pago y vendo.

Cumplo tal obligación que rehuyo y esquivo. . . pero la cumplo.

Aquel pago, venta ó extinción de obligación, diremos que no son legales porque no fueron espontáneos, nacidos de voluntad ofrecida y libre. . . ?

Qué debe examinarse? Que la mala voluntad de cumplir los contratos ó de confesar un hecho, no son vicios del consentimiento.

Si esto se manifiesta de manera externa y explícita, de palabra ó por escrito. . . . basta.

La confesión está hecha y puede el Juez apreciarla como tal.

N.º. 8.º. — Probemos de ensayar algo práctico:

1.º. La confesión que una parte hace, á petición de la otra ó del Juez, con juramento, ante el juez competente de la causa, firmada y ratificada por el confesante, y autorizada con las firmas del Juez ó Secretario, ó Escribano en su caso, es, decimos, verdadera y legal confesión.

2.º. La confesión hecha en algún pedimento ó solicitud, en el mismo proceso, sea que el pedimento esté firmado por la parte ó por su procurador ó defensor, creemos que para estimarse como confesión *aquel pedimento*, debe ser reconocido con juramento por la parte á quien perjudica.

El Juez, en este caso, debe leer dicho escrito al que va á reconocerlo, como si fuese todo él, ó la parte *sustancial que toca al hecho del pleito, una posición*, explicándole con claridad el contenido, . . . corrigiendo y modificando. . . . etc., en todo, con arreglo al artículo 269 del Enjuiciamiento O.

La razón es ésta:

Muchas veces por el entusiasmo de la defensa ó la precipitación de una solicitud, puede escaparse en ella algo más de lo que buenamente deseara haberse dicho.

También los defensores ó procuradores dicen ó

pueden decir á nombre de sus defendidos lo que éstos no quisieron ni debieron decir... .

Si aquellos, según la ley, son por ejemplo, responsables por las injurias que contiene un escrito, como que ellos son sus autores, por igual razón deben de serlo de lo que allí se dijere y pueda comprometer ó perjudicar á la parte por quien hablan....

Hacer responsable á la parte á cuyo nombre se presenta tal pedimento, y servirse de él como de una *confesión de parte*, es doctrina inaceptable y sujeta á errores.

Y esto, aun cuando el escrito viniera firmado por la parte. Invariablemente, debe pedirse su reconocimiento en la forma que la respuesta á una *posición*.

De esta manera conoceremos la voluntad, y verdad de lo dicho, y procederemos de la manera más prudente para interpretar aquella voluntad y su alcance jurídico.

Mas, si aquel reconocimiento no es posible por ausencia, muerte, interdicción ú otra cosa que impida á la parte hacerlo; ó el pedimento no es bastante claro y determinado al hecho litigioso, ó son cartas privadas ó escritos extrajudiciales, etc.... valgan como simples alegaciones ó medios de defensa por más que se hallen presentados en juicio y reconocidos.

No fué voluntad de las partes hacerlos figurar en juicio....

“No por esto queremos decir, dice Larombière, que aquellas alegaciones ó explicaciones que no constituyen, ciertamente una confesión de parte, no puedan producir algún efecto. Si ellas no constituyen una prueba *plena* pueden, por lo menos, según los casos, constituir una prueba *semiplena*, que serviría de principio de prueba por escrito para dar cabida á la prueba testimonial y á las presunciones, ó para autorizar la declaración del juramento supletorio”. (T. V. art. 354, N.º 3.º.—Cita de Demolombe N.º 453).

La facultad del Juez de pedir informes á las

partes para el esclarecimiento de los hechos, es de grande utilidad para poderlos interpretar y conocer la voluntad de aquellas. [Artículo 315 del E. O.]

Imposible concretar más esta difícil cuestión!

§ II

Nº. 9º.—Artículo 257.—“*Confesión judicial* es la que se hace ante el Juez competente”.

La competencia del Juez en razón de la cuantía y del fuero.

La jurisdicción *acumulativa* ó *preventiva* puede ejercerse por dos ó más Jueces: y si es indiferente presentar una causa ante cualquiera de los Alcaldes Municipales, por ejemplo, no puede sin embargo, hacerse valer ante uno de ellos la confesión pedida ante el otro. La confesión debe prestarse ante el Juez de la causa que *previno* en el conocimiento.

Nº. 10.—Artículo 258.—“*Confesión extrajudicial* es la que se hace fuera de juicio”.

Con más propiedad fuera *del juicio* en que se ventila la litis. La confesión hecha ante Juez incompetente se tiene por extrajudicial, y sin embargo se hizo en juicio, ante Juez... Luego, aun habiéndose hecho una confesión *en juicio*, puede ser extrajudicial, si no se hace ante el Juez de la causa.

Nº. 11.—Artículo 259.—“*Confesión expresa* es la que se hace de una manera explícita”.

Como si el demandado afirmara de palabra ó por escrito que es cierto el contenido de la demanda y las circunstancias y condiciones que ella menciona.

Nº. 12.—Artículo 260.—“*Confesión tácita* es la que se infiere de algún dicho ó hecho ó la que se supone por la ley”.

Como si disputándose la propiedad de un inmueble, pide una parte se le dé en arrendamiento ó paga pensión; ó si disputándose la existencia de un mutuo, pide plazos ó paga intereses. El pago es

reconocimiento de una deuda, y el arrendamiento de la propiedad de otro. La negativa á prestar el juramento descisorio, es confesión tácita del derecho de otro.

La naturaleza de la confesión es ser *expresa*, y á ésta llaman confesión *propriadamente dicha*. La tácita es *confesión impropriadamente dicha*. (Véase Demolombe N.º 461, tomo 30.—Bonnier N.º 345).

Confesión que la "*ley supone*", véase el artículo 196 N.º 2.º y 4.º del E. O.

N.º 13. —Artículo 261.—"*Confesión simple* es la contestación pura y llana de los hechos preguntados".

Como si el confesante declarara que debe tal cantidad de dinero, á tal tipo de interés y á tal plazo, exactamente como se le pregunta, afirmando lisa y llanamente la verdad del hecho.

N.º 14 —Artículo 262.—"*Confesión calificada* es aquella á que se agrega alguna circunstancia ó cualidad".

Como afirmando la verdad de un mutuo, pero á otro tipo de interés y á otro plazo del que se le interroga. Esto es, añadiendo circunstancias ó modificaciones que restringen ó destruyen la intención de la parte contraria.

La "*confesión calificada*" reconoce el hecho en cuestión y sólo añade y modifica. Si negare en absoluto, no habrá confesión.

N.º 15. —Artículo 263.—"Para que la confesión hecha en algún pedimento ó solicitud tenga valor legal, es preciso que se haga en el mismo proceso seguido por la parte adversa.

La confesión que ordena el Juez ó pide la otra parte, deberá prestarse ante el Juez de la causa y el Escribano ó Secretario, en su caso".

Nada más natural.... La confesión es una prueba; en las pruebas debe el Juez fundar su fallo. El Juez que conoce de la causa es el único que tiene jurisdicción en ella, aun por una mera *prevención* en caso de jurisdicción acumulativa. Cómo juzgar

de un pedimento, si éste no se hace en el mismo proceso para cuyo conocimiento sólo tiene jurisdicción el Juez que la ha avocado?

Por iguales razones la confesión verbal debe hacerse ante el Juez y Escribano de la causa; ante aquél en razón de su jurisdicción; ante éste que es quien actúa é instruye el proceso, y autoriza las pruebas; hace de éstas un instrumento público que sirve de base cierta para el fallo, y es en cada proceso el competente empleado.

§ 3°.

Nº. 16.—Artículo 264.—“La parte á quien se pida confesión ó se le mande dar por el Juez, deberá darla afirmando ó negando de un modo claro y decisivo acerca de los hechos preguntados, y no se le admitirán respuestas ambiguas ó evasivas.

El Juez señalará el día y hora en que la parte debe presentarse á confesar. Sino compareciere, se le volverá á citar señalándole nuevo día y hora, bajo apercibimiento de que será tenida por confesa.

Si el llamado á declarar no compareciere á esta segunda citación, sin justa causa, podrá ser tenido por confeso, si lo pidiere la otra parte.

Quando la confesión se pidiere como diligencia preparatoria, la primera citación con señalamiento de día y hora, se practicará en la misma forma que la notificación con la demanda.

Si compareciendo el citado, se negare á prestar la confesión, ó no quisiere responder, ó lo hiciere de un modo equívoco ú obscuro, resistiéndose á explicarse con claridad, se entenderá que confiesa la pregunta ó posición que se le hubiere hecho.

Pero si la otra parte solicitare que se reciba ó aclare la confesión, ó el Juez la considerase necesaria para el establecimiento de algún hecho, podrá obligar á que se preste la declaración, imponiéndole una multa de diez y seis décimos de sucre á ocho sures por cada día de retardo, ó apremio personal

hasta que se preste la confesión; sin perjuicio de que se tenga por hecha la confesión tácita, cuando la parte lo solicite ó el Juez lo crea convenientes”.

En este artículo claro y sencillo, sólo debemos detenemos en las siguientes palabras de la ley:

“*Si el llamado á declarar no compareciere á esta segunda citación, sin justa causa, podrá ser tenido por confeso, si lo pidiere la otra parte*”.

Y en el penúltimo inciso.... “*si compareciendo, el citado se negare á prestar la confesión, ó no quisiere responder.... se entenderá que confiesa la pregunta ó posición que se le hubiere hecho*”.

Fijémonos en las distintas expresiones que usa la ley en los dos incisos precedentes:

“*Si no comparece.... podrá ser tenido por confeso*”.

“*Si compareciendo... se negare.... se entenderá que confiesa*”.

Aquí un deber, allí una facultad!

“Se cita, á veces, como un adagio, que el que guarda silencio sobre un hecho alegado por la parte adversa, se entenderá que lo confiesa, *máxima tan peligrosa como falsa*. Como bien lo dicen las leyes romanas, el que nada dice, ni confiesa ni niega, no decide, luego, no hace ninguna declaración ni confesión. De aquí que el silencio no siempre debe ser reputado por *confesión*”. (Laurent, tomo 30, N.º 157).

En efecto, cuántas razones pueden impedir al citado á la confesión, á comparecer ante el Juez de la causa! Tal vez una citación irregular, la ignorancia, el temor, la vergüenza, la invencible repugnancia á las oficinas públicas, algún contratiempo inesperado, etc., etc., pueden ser causas que el Juez prudente debe considerarlas ó quizá suponerlas, como las ha considerado la ley, facultándole *que pueda ó no declararle confeso*.

El artículo 330 del Código de Enjuiciamiento francés, demuestra más prudencia que el nuestro, cuando dice: *Si l'assigné ne comparait ou refuse de repondre après avoir comparu... les faits pourront être tenus pour avérés*”.

“Si el citado no comparece, ó compareciendo *rehusa responder... los hechos podrán ser tenidos por ciertos*”.

El artículo 252 del mismo Código, contiene una disposición análoga... si los hechos no son reconocidos ó negados dentro de tres días... *podrán ser tenidos por averiguados y confesados (pourront être tenus)*”.

“*Ainsi même (dice Laurent) sur une interpellation du juge, le silence n' est pas considéré de plein droit eomme une confession*”. “Así, aun el silencio á una interpelación del Juez no es considerado *de derecho* como una confesión: tócale al Juez decidirlo *según las circunstancias de la causa*. De allí se sigue que la confesión tácita resultante del silencio es apreciada independientemente por el Juez, según su juicio y prudencia”.

Como se ve, las precedentes disposiciones difieren de nuestro Código, en lo siguiente:

Que el Código francés, en todo caso aun rehusando el citado responder, después de *haber comparecido*, no declarará los hechos por confesados, sino que deja á la prudencia del Juez, según las circunstancias, el poder hacerlo... (*pourront être tenus...*)

No así nuestro Código de Enjuiciamientos en los incisos penúltimo y último del artículo que nos ocupa: “*se entenderá que confiesa la pregunta..... téngase por hecha la confesión...*” “si compareciendo, se resiste á confesar...”

Nº. 17.—Mr. Locré en el Título XII “*De l'interrogatoire Sur Faits et Articles*”. nos hace saber en las actas de las discusiones del Código de Napoleón que el artículo 330, *ya citado*, que dice: *pourront être tenus pour avérés*”, decía en el antiguo Derecho, esto es, en la Ordenanza de 1667: “*seront tenus pour confessés et avérés*”; es decir, que en vez de *serán tenidos por confesados y averiguados* (los hechos preguntados), se aceptó la redacción de *podrán ser tenidos etc.*

“Este cambio propuesto, continua, es muy importante. Podrá suceder, en efecto, que alguno sea por esto menos exacto en presentarse á la confesión; pero, de otro lado no hay muchos casos en que sería mucho rigor tener por confesados los hechos, por ejemplo, en el caso de un tutor ó en el caso de una mujer casada?”

La sección prefiere la redacción del proyecto. Es necesario dejar toda latitud á los Jueces.”
Locré T. 21.

Nº. 18.—Mr. Pérrin en su Relación al Cuerpo Legislativo en la sesión del 14 de Abril de 1808, sobre esta materia, dice en el Nº. 44; T. IV.—Locré:

“La negativa á contestar ó la no comparencia, impone al Juez la obligación de declarar los hechos por averiguados y ciertos, ó solamente debe dejarse al Juez esa facultad. . . ?”

“La negativa á contestar motiva sin duda contra el culpable una justa prevención. El hombre que no tiene por guía más que la verdad, no teme que se le pregunte; no se acobarda por las posiciones que le han sido comunicadas, ni por las imprevistas que el magistrado le dirigirá: se presenta con firmeza y ve de antemano en el resultado de su interrogatorio, un nuevo medio de combatir á su adversario.

“Pero, no es dar á esta *presunción moral* una fuerza que reprueba la sana lógica al considerarla como una *prueba legal* en la cual debe el magistrado *fundar necesariamente* su opinión?”

“Cuántos motivos pueden, en cierto modo, justificar, ó por lo menos excusar la negativa á responder; y si existen pruebas escritas *que contradicen los hechos tenidos por ciertos*, el precepto de la ley podrá constreñir el ánimo del Juez á rechazar la evidencia para preferir una simple presunción?”

“Es más justo y prudente, sin duda alguna, dejarlo á las luces y penetración del Juez. En su ánimo obrará la negativa á responder; y reposará (el Juez) con seguridad en este medio de decisión,

cuando los hechos concuerden entre ellos, cuando nada les contradiga, cuando se liguen sin ningún contreñimiento, sin inverosimilitud á lo que, por otra parte, es en la causa constante y reconocida”.

Nº. 19.—“El silencio, dice Laurent, si bien no constituye una confesión, puede ser tomada en consideración por el Juez como elemento de convicción, en los casos en que puede fundar su decisión en simples presunciones. Puede resultar, en efecto, del silencio una probabilidad más ó menos vehemente contra una parte que, teniendo interés en rechazar un hecho alegado, guarda silencio. Pero la diferencia es grande entre el silencio considerado como una presunción de hombre y la confesión *propiamente dicha*. La confesión hace plena prueba contra el que la hizo, es la prueba perfecta; en tanto que el silencio da sólo una *probabilidad* contra la parte que debía responder; y esta probabilidad no llega á ser confesión sino en los casos determinados por la ley. Es decir que estos casos son de estricta interpretación.” [Nº. 157, tomo XX].

Expliquemos qué significan *presunción de hombre y estricta interpretación* que acabamos de escribir.

Presunción de hombre.—Conjetura ó consecuencia que deduce el Juez del silencio del que no confiesa; la cual conjetura admite prueba en contrario, á diferencia de la presunción *legal ó de derecho* que no admite prueba en contrario, como en el caso del artículo 73 del Código Civil.

Estricta interpretación, es decir que sólo en los casos determinados por la ley, el silencio se reputa *confesión*, y no en otros casos. En nuestro Código de Enjuiciamientos, sólo en los casos del penúltimo inciso *debe entenderse* confesión el silencio del interrogado.

§ IV

N. 20.—La confesión *tácita* que resulta de la no comparencia de la parte llamada á confesar, es un hecho sujeto á la aprobación del Juez, según las reglas establecidas para la prueba.

La confesión *tácita* es una simple presunción de hombre que puede ser desvanecida por pruebas escritas ó testimoniales [cuando lo permite la causa]; y entonces, esto es, si estas pruebas se rinden en el proceso que se hizo la confesión *tácita*, no por esta confesión sino por aquellas pruebas, debe regir su criterio el Juez. Sólo la *confesión judicial* es prueba perfecta y privilegiada: la confesión *tácita* de que hablamos sólo puede fundar su resolución á falta de las demás pruebas.

Las pruebas tienen su graduación y categoría: convencen unas más que otras, debe preferirse entre ellas cuando concurren y compararse é interpretarse.....

Así, por ejemplo, si N. es declarado confeso del hecho de adeudar una cantidad de dinero, no debe el Juez resolver basado en esta confesión *tácita*, si en la secuela del juicio dos testigos idóneos declaran que N. verificó el pago, ó si presentase un recibo del acreedor no objetado por éste dentro de los tres días de presentado, ó reconocido por el acreedor; ú otras pruebas que desvanezcan la presunción de deuda deducida de aquella confesión.

Como acabamos de verlo: la ley no puede constreñir el ánimo del Juez á rechazar la evidencia de estas pruebas (testimonial y escrita), para preferir una simple presunción (la confesión *tácita*), por más que haya declaratoria que declare convicto y confeso al contumaz ó rebelde á confesar.

§ V

N.º 21.—Tratemos de concretar y de aplicar la doctrina precedente:



“Son títulos ejecutivos., la confesión de parte *hecha* con juramento ante Juez competente”.

La confesión *tácita* no es la confesión propiamente dicha manifestada exterior y positivamente. Es confesión *tácita* ó presunción simple, que no es bastante para constituir un título ejecutivo.

“La confesión ó reconocimiento *ficto* causado por contumacia de no hacer, aunque para ello preceda mandato ó citación, ó ya que se haga, si es obscura y no claramente, no trae aparejada ejecución, como consta de una ley de *Recopilación*”. (Ley 4^a., tomo 28, II Nov. Rec.)

Si pues la confesión *ficta* no es siquiera título ejecutivo: cómo puede fundar un fallo?

Expliquémonos:

N.º 22.—El título ejecutivo que reúne las condiciones de ser claro, cierto, determinado etc., no da derecho al Juez para dictar sentencia de plano, sin oír al demandado previamente y aceptarle la prueba de sus excepciones; y sin embargo, si en la secuela del juicio, talvez ya para sentencia, se obtiene una confesión *tácita* por la no comparecencia, por ejemplo, del citado á la confesión, se dicta sentencia desfavorable al contumaz, fundándose en esta confesión y haciendo de los hechos preguntados plena prueba, como si fuesen afirmados en confesión judicial ante Juez competente. . .

Cómo un título que no es ejecutivo, (la confesión *tácita*) puede alcanzar consecuencias jurídicas de más trascendencia que un título de esa naturaleza?

Parece que este argumento *ad absurdum* pone en evidencia que no es legal servirse de una confesión *tácita* como de una prueba necesaria.

Esto por lo que hace á la confesión *tácita*, por la no comparecencia

Vamos al segundo caso de que, compareciendo, se negare á confesar.

Hemos dicho que la disposición del Código francés es más prudente, porque deja á facultad del Juez el declararlo confeso (al citado), aún en es-

te caso; mientras el nuestro *entiende* confesados los hechos y por *hecha* la confesión.....

X En efecto, puede suceder que presentándose el citado, se niegue á contestar al Juez obstinadamente, porque no quiere y nada más..... “En este caso, sería contrario al interés privado y aún al interés público (dice Demolombe) permitir á la parte legalmente interpelada encerrarse obstinadamente en su silencio, ocasionando más gastos y lentitudes que podían evitarse con su respuesta”..... y por lo tanto, debe declarársele confeso.....

Mas, hay casos en que presente la parte, sea por un defecto físico ó moral . . . como dificultad de palabra ó de expresión, ignorancia, falta de perfecta inteligencia del punto cuestionado, vergüenza, coquetería de ánimo, enfermedad. . . etc., etc., no puede explicarse con claridad, y resistirse por alguna de estas causas á continuar declarando torpemente, ó de un modo obscuro ó equívoco, *sin intención*.

Se entenderá que confiesa los hechos? Se dirá que la ley habla de personas en su estado normal de razón, de hombres de juicio y cordura? Se dirá que nuestros casos son excepcionales á la regla común?

Exactamente! estos casos debe tomar en cuenta el Juez para *poder declarar confeso* al que así se condujere, y no *dar por confesados* los hechos, por más que el Juez vea algo en el confesante que no es un capricho ni malicia rehuír ó no acertar confesiones directas y claras.

Mas, si por malicia fuere, á juicio del Juez, X la falta de claridad ó la manera equívoca de confesar, ó el no esclarecer los hechos, puede tenerse por hecha la confesión, por las razones arriba transcritas, pues la justicia debe ser cumplida, según lo exige el orden social.

En fin: sea malicia, sea ignorancia, esto es, causa justa ó aparente, debe dejarse á juicio del Juez, ya la declaratoria de confesión tácita, ya el mérito legal de dicha confesión.

§ VI

Nº. 23—Fundados en la doctrina de los intérpretes del Derecho francés, nos atrevemos á sentar las siguientes *reglas prácticas*, objeto de este breve estudio:

1ª. La confesión tácita declarada por el Juez por resistencia del citado, que *compareciendo se negare* á responder, debe tenerse por prueba plena, si esta presunción de verdad no es desvanecida por otra prueba ó presunción de igual fuerza.

2ª. En el caso de *no comparecencia*, la confesión *ficta* declarada á petición de parte, es prueba imperfecta ó semiplena. Esta prueba puede también ser desvanecida por otra semiplena, como por la declaración de un testigo idóneo, presencial, favorable al citado [Artículo 253 del Enjuiciamientos Civiles]. Si hay plena prueba escrita ó testimonial en favor de éste, debe preferirse, como es legal, á la semiplena confesión tácita.

Sólo á falta de otra prueba, se resolverá por la confesión tácita, prueba imperfecta, según el valor que tenga á juicio del Juez. (Artículo 141 del Enjuiciamientos Civiles).

3ª. La confesión que se da por hecha en razón de las contestaciones equívocas ú obscuras etc., . . . dejamos á la prudencia y juicio del Juez, quien la estimará como prueba imperfecta, ó plena según los casos.

La confesión judicial que se hace ante Juez competente, clara, precisa, simple y sobre cosa determinada, tiene toda la fuerza de convencimiento de que carece la débil presunción de confesión *tácita*, por la no comparecencia del citado á confesar

Y no sólo las confesiones tácitas, sino también las hechas por *personas* inhábiles para comparecer en juicio no hacen, en general, prueba plena.

Y notemos de paso, que una de las razones que tiene la ley para exigir que se haga la confesión ante el Juez de la causa, es indudablemente

porque este Juez es el único que puede estimar ó interpretar el valor legal de la confesión, según los casos y las circunstancias, y la voluntad ó malicia de quien la hizo ó se negó á prestarla.

§ VII

Nº. 24.—Art. 266: “*La confesión que solicite una parte en juicio deberá reducirse á escrito del mismo modo que las declaraciones de los testigos, y exigiéndose previamente el mismo juramento que éstos deben prestar*”.

Dos maneras hay de hacer una confesión: 1ª. la que hace una de las partes espontáneamente en algún pedimento ó solicitud, en el proceso seguido con la parte adversa; y 2ª., la que hace una de las partes en juicio, á petición de la otra, ó por orden del juez que la ordena de oficio para esclarecer ó explicar algún punto oscuro. (Artículos 263 y 264 del E. O.)

La primer manera, cuando aparece seria y clara la declaración, y está firmada por quien la hace, ó por su representante legal ó apoderado especial, es una verdadera confesión judicial, ya porque se hace en el mismo proceso por persona que es parte, ya por la espontaneidad y voluntad de quien declara la verdad de un hecho y da prueba contra sí.

La segunda manera, de que habla este artículo, debe reducirse á escrito cuando pide la confesión una de las partes, ó la ordena el juez.

Por qué razón?

Porque aceptamos el principio tradicional que los jueces deben decidir los puntos sometidos á juicio, “de acuerdo con los méritos del proceso y fundándose en las disposiciones de las leyes”.

Méritos del proceso... Las razones legales que el juez halla en los escritos para *governarse por ellos* y sentenciarle en justicia (Escriche).

Imposible, por tanto, que el juez pudiese apreciar con precisión el valor legal de la confesión, si ésta

no constase escrita y ratificada por la parte que la hace.

La simple confesión verbal hecha ante el juez de la causa, sino se escribiese, sería una prueba muy fugaz, *verba volant scripta manet*, insuficiente para fundar de una manera seria la resolución del juez. En efecto, la frágil memoria y la malicia de las partes darían lugar al abuso y á inciertas y erróneas aplicaciones. Y luego, la interpretación de la confesión como prueba, su indivisibilidad ó parte rechazable según los términos en que se halle concebida... cómo se verificaría todo esto de modo cierto, fundado y serio, si nos fiásemos de meras palabras que se desvanecen? Cómo el superior podría estimar la sentencia del inferior fundada en vanas palabras escritas, sin que conste habérselas leído al confesante y éste ratificándose en ellas y firmado en señal de asentimiento y autenticidad ante el juez y el actuario?... El sistema de nuestra legislación requiere la mayor autenticidad de las pruebas, y si la prueba testimonial debe redactarse en forma de acta, con mayor razón la confesión en virtud de su decisiva importancia: "*confessio omnium probationum maxima est.*"

"La confesión judicial, dice Pothier, es la declaración de un hecho que hace una parte ante el juez.... *et dont le juge donne acte*", porque las resoluciones verbales. *no actuadas*, no son declaraciones judiciales, y se estiman como no existir, y el juez no podrá hacer mérito de la confesión puramente verbal, aunque se la hubiese hecho ante el juez de la causa.

El interés práctico de la cuestión, dice Laurent, N.º. 167 (del' aveu) es este: "si la confesión no consta *por acta*, el juez puede resolver sin estar ligado por la confesión y prescindiendo de ella".

Cómo, pues, no se dejará constancia auténtica de una prueba decisiva que tanto interesa á la parte favorecida, talvez al mismo confesante.... y al interés público....?

Y exigiéndose, por esta razón, el juramento

previo al confesante, como el más fuerte vínculo con que puede ligarse el hombre á decir verdad....
“*Nullum vinculum ad astringendum fidem majores...*”

§ VIII

N.º 25. — Art. 268. “*En la confesión del menor ó de otro que goce del mismo privilegio que éste, debe estar presente el respectivo guardador*”.

DE LA CONFESIÓN DEL MENOR IMPÚBER

Las palabras *menor* y *guardador* dan á entender que también el *impúber* puede confesar. Merlín, en la voz “*Confesión*”, dice: “si es un menor el que confiesa, es necesario que esté asistido de su *tutor ó curador*”, y esto confirma nuestro artículo.

Sin embargo, el Código Civil tiene disposiciones que hacen inaceptable la confesión del impúber. Así: el artículo 1437, dice: “son absolutamente *incapaces* los dementes, *impúberes...* y sus actos no surten ni aun obligaciones naturales y no admiten caución”, y el artículo 1672: “Hay nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente *incapaces*”.

Luego, la confesión del impúber, acto absolutamente *nulo*, que no surte ni aun obligaciones naturales, no conduce á ningún fin legal: es inútil é innecesaria, ya que no puede oponérsele al confesante.

En efecto, el Derecho Español, nos dice Escriche, exigía: “que el que hace la confesión sea mayor de 25 años, ó que, si es menor y *entró ya en la pubertad*, intervenga la autoridad de su *curador*.”

Y como la ley no debe aceptar diligencias que no conduzcan á algún fin jurídico, parece que, en último análisis la ley no acepta la confesión del impúber, confesión inútil sin efectos legales.

Algunos jurisconsultos creen que el artículo

268 se refiere al *menor adulto*, tal como lo exigía el Derecho Español vigente en el Ecuador antes del C. Civil, cuya disposición hemos citado.

Mas, no nos es lícito hacer interpretaciones cuando el sentido de la ley es claro. El artículo usa de la palabra *menor* que comprende aun al *impúber*, y además de la palabra *guardador* que á su vez comprende el tutor, y éste se refiere al impúber. Se ve pues, que el artículo insiste con los términos clarísimos *menor* y *guardador*, que la confesión del impúber es aceptable.

El artículo 268 del C. de E. hoy vigente, es idénticamente el mismo artículo 276 del Código del año de 1871 que tenemos á la vista; lo cual prueba que nuestros legisladores han respetado dicho artículo, treinta años continuos, indudablemente porque dispone cosa legal.

La regla es general: *el menor*, esto es, sea impúber ó adulto... y donde la ley no distingue, no puede distinguirse... y las excepciones que no se expresan en la ley, no deben ni suplirse....

“La confesión de un menor no obliga á éste, á menos que verse sobre un delito ó sobre un cuasidelito”, dice Bonnier en el N° 351; y creemos que este caso aceptado por Demolombe en el N° 467 salva la dificultad, como el único en que puede confesar el impúber.

En efecto, según el artículo 2301 del C. C.: “*No son capaces de delito ó cuasidelito los menores de siete años, ni los dementes: pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas á cuyo cargo estén, si pudiera imputárseles negligencia. Queda á la prudencia del juez determinar si el menor de diez y seis años ha cometido el delito ó cuasidelito sin discernimiento; y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior*”.

Y el artículo 2307: “Las personas obligadas á la reparación de los daños causados por las que de ellas dependen, tendrán derecho pará ser indemnizados sobre los bienes de éstas, si los hubiere, y si el que perpetró el daño lo hizo sin orden de la

persona á quien debía obediencia, y era capaz de delito ó cuasidelito, según el artículo 2301”.

Este artículo nos enseña que el mayor de *siete años* y menor de *diez y seis*, y cuando ha cometido el delito ó cuasidelito *con discernimiento*, á juicio y prudencia del juez, queda obligado á la reparación de los daños causados. Con estas dos condiciones se obliga el impúber, y esta la excepción de su absoluta incapacidad y de la absoluta nulidad de sus actos.

En el caso que el impúber es capaz de delito ó cuasidelito por su edad y discernimiento, es también capaz de responder por él, esto es, está obligado á la indemnización civil.

Luego, si alguna vez, por excepción á la ley general, el impúber es capaz de obligación directa, es decir, de reparar el daño causado, puede también confesar por esta vez, declarando contra sí de la verdad del hecho, delito ó cuasidelito.

El que es capaz de contraer obligación civil puede ser demandado por ella por todos los medios legales de prueba. y de estos es la *confesión*, que si bien no hace perfecta prueba en tal caso, como que el impúber no puede comparecer por sí en juicio, hace de imperfecta ó semiplena prueba; es decir, surte un efecto legal, y le obliga al confesante *menor impúber*.

§ IX

DE LA CONFESIÓN DEL MENOR ADULTO

Nº. 26.— Si la confesión es la simple declaración de un hecho que pasó, un homenaje á la verdad y un deber cumplido, como que estamos moralmente obligados á decir la verdad; y si esta declaración no hace más que comprobar una obligación *anterior* pero no *origina una nueva*, ni nace de ella un contrato: por qué razón se opone la ley á que aun los relativamente incapaces sean menor, mujer

casada... etc., confiesen ó declaren la simple verdad de un hecho?

“Si de la confesión no nace una obligación, (contestan Aubry & Rau) deteriora, sin embargo, la condición de la persona de donde emana, porque renuncia la ventaja de su posición de demandado, en cuanto á la prueba del hecho confesado; y se somete á la necesidad de demostrar la falsedad de este hecho cuando quiera sustraerse á las consecuencias de su confesión. Esta consideración conduce á reconocer *en principio* que las personas incapaces de disponer del objeto materia de una litis, no pueden hacer en cuanto á este objeto confesión que les ligue”. (*De la Preuves* pág. 170 § 751).

“Para que haga fé la confesión, dice Bonnier, debe emanar de una parte capaz de disponer de sus bienes, puesto que de ella puede resultar una verdadera enagenación” (*Fuerza de la confesión en materia civil* N°. 351).

N°. 26-bis. — Y Laurent: “Se admite como principio que el que hace una confesión debe tener capacidad de disponer de la cosa ó del derecho que es objeto de la confesión; y si bien no es completamente exacto que la confesión comporta la enagenación de la cosa, sin embargo, es una prueba y comprueba un hecho, y la prueba resultante de una confesión tiene por consecuencia necesaria hacerme perder el pleito porque la confesión hace prueba contra quien la hizo. Una confesión imprudente puede traer con sigo la pérdida del derecho que es objeto del litigio; y éste nos demuestra que el derecho discutido es más ó menos incierto, y proporcionando una prueba perentoria contra mí, doy la causa ganada á la parte adversa, ya que no puedo sostener mis pretenciones como podía hacerlo antes de la confesión. En este sentido la cuestión de la prueba se liga íntimamente al derecho que es objeto del pleito; puede decirse que yo dispongo indirectamente de la cosa, haciendo una confesión que implica mi condenación y la pérdida de dicha cosa. *Es pues necesaria la capacidad de dis-*

poner de la cosa sobre que versa la confesión. (T. 20 N.º 169 Pothier N.º 831-Des obligations).

Por estas razones no se ha permitido nunca la confesión de los menores, mujeres casadas, personas en interdicción; siendo incapaces no pueden directa ni indirectamente disponer de las cosas á las cuales se refiere la confesión.

Y de allí aquellas máximas:

Para los actos á título gratuito:

“Qui non potest donare, non potest confiteri”.

Y para los actos á título oneroso:

“Qui non potest contrahere, non potest confiteri”.

Demolombe que trae estas citas añade: “Es que, en verdad, las incapacidades decretadas por la ley, sea de disponer ó de recibir á *título gratuito*, sea de contratar á *título oneroso*, podrían muy fácilmente llegar á ser ilusorias si bastase una confesión para sustraerse de ellas”.

Como sucedería si el legislador dispusiese que se tenga por prueba la declaración del menor de haber vendido ó donado una cosa. . . . eludiendo así la incapacidad de los menores.

“Minorem á confessione sua restituemus”, decía Ulpiano en el D. Romano.

Y la tradición del Derecho francés, si hemos de referirnos á Pothier que no es menos explícito á este respecto (loco citato N.º 831).

Y la del Derecho español que vedaba la confesión del menor.

Todos los intérpretes del Cód. Nap. están en un solo acuerdo acerca de la siguiente doctrina:

“L’aveu émané d’un mineur. . . . d’un interdit ou d’une femme marié non autorisée, ne peut leur étre opposé. . . .”

Esto es, que la confesión del menor, de la mujer casada. . . . etc. no puede oponérseles como prueba. . . . (Aubry & Rau, loco citato,—Laurent, N.º 167—Demolombe N.º 468—Mourlón N.º 1.639—Bonnier N.º 351).

N.º 27.—De manera que la regla general es: *que los menores no pueden confesar.*

Y la excepción: *sólo estando presente el respectivo guardador: tutor statim in ipso negatio presens debet auctor fieri. . . .*

Algo más exigía el D. Español: que el menor llegue á la pubertad y que intervenga la autoridad de su curador, y en caso de lesión pedir la restitución *in integrum. . . .*

La regla general se fundaba en la incapacidad del menor, en su condición de protegidos especialmente por las leyes, y en que la confesión es prueba dada á la parte contraria, que menoscaba su derecho é implica en cierto modo pérdida ó enagenación de la cosa, como ya hemos visto N.º 40 bis.

N.º 28.—Réstanos estudiar la excepción, es decir *que el menor puede confesar estando presente el respectivo guardador*, según el artículo 268 del E. O. ó más en concreto: *el adulto puede confesar estando presente su curador.*

Si la ley acepta la confesión del adulto en casos determinados ó bajo ciertas condiciones, esta confesión debe ya surtir efectos jurídicos.

Cuáles son los casos en que puede pedirse esta confesión y sobre qué hechos?

Porque si la confesión se refiere á hechos durante su pupillaje, de éstos es responsable el curador, á quien toca representar ó autorizar al pupilo en todos los actos judiciales ú extrajudiciales que le conciernen, y pueden menoscabar sus derechos ó imponerle obligaciones (artículo 280 O. O.) Luego es el curador quien debiera responder de esos actos, y él quien debiera confesar, según el principio de que pudo disponer de la cosa el curador y no el pupilo.

Si se trata de actos ó contratos del pupilo ejecutados *sin autorización* de su curador, no tienen valor legal porque son también incapaces los menores *adultos* y si bien no es absoluta su incapacidad, sus actos sólo tienen valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes, *y ésta es la excepción* de que vamos á ocuparnos,

De la doctrina de los comentadores del Cód. Nap., ya citada en el N.º 26 aplicable de todo en todo á nuestra legislación, deducimos que es necesario *cierta capacidad* para hacer una confesión. Cuál es ésta? La de disponer de la cosa acerca de la cual se confiesa.

Tal es el principio reconocido en todo tiempo desde el D. Romano ya citado: *quit potest donare, contrahere, potest confiteri*.

N.º 29. Luego debemos buscar en nuestro Código los casos en que el *adulto* tiene capacidad de disponer de sus cosas, y acerca de éstas es evidente que puede confesar.

Así, según el artículo 429 del C. Civil: "*El menor emancipado que se halla sujeto á curaduría sólo en razón de su edad, puede administrar alguna parte de sus bienes, si el curador lo juzgare conveniente, presumiéndose la autorización de éste para todos los actos ordinarios anexos á dicha administración*".

Y los artículos 247 y 248 del mismo Cód.: "*Los actos y contratos del hijo de familia (no autorizados por el padre) le obligarán exclusivamente en su peculio profesional ó industrial; y puede tomar dinero á interés y comprar al fiado en el giro ordinario de dicho peculio*". . . .

Demolombe en el N.º 468, de su obra ya citada, sosteniendo la ley general que no puede confesar el adulto, trae también esta excepción: "*á menos que su confesión verse y se limite á los actos para los cuales tiene personalmente una capacidad completa*".

Los actos *ordinarios* de administración se limitan á conservar las cosas que administra y contratar las reparaciones de las mismas; comprar los materiales necesarios para el cultivo ó beneficio de las tierras, minas, fábricas, ú otros objetos de industria que se le hayan encomendado; alquilar las casas, arrendar las heredades, sembrar las tierras, recoger las cosechas, vender los frutos, etc., en una palabra comprar, reparar, vender, pagar y cobrar

en todo lo relativo al negocio confiado á su administración; pero extinguir ó modificar los derechos de propiedad raíz que se le confió á su administración, sale ya de los límites ordinarios de ésta.

Luego cuantas veces se trate de actos del adulto en la administración ordinaria de sus bienes que le confió su curador, ó de actos del hijo de familia en el giro ordinario de su peculio profesional ó industrial *pueden confesar, porque tienen capacidad de disponer de la cosa acerca de la cual confiesan. . . .*

Este es el principio que debe guiarnos para apreciar como prueba la confesión del adulto; quien tiene facultad para disponer de una cosa y enagenarla en el giro ordinario, tiene como necesaria consecuencia la facultad menor de hacer constar hechos relativos á esa administración y giro. Facultado para el fin que es la libre administración de sus cosas, debe estarlo para los medios que son los hechos que en ella mediaron, y á cuya franca exposición se limita su confesión.

En todos los otros casos, como cuando el curador ó padre es quien directa é inmediatamente administra los bienes de su pupilo ó hijo, ó éste no tiene curador, la confesión del adulto ó hijo de familia no surte efecto alguno legal, y como tal, inútil é innecesaria.

En resumen: El impuber puede confesar sobre los hechos que ocasionaron el delito ó cuasidelito de que es autor, de acuerdo con los artículos 2.301 y 2.307 del C. C.

El adulto cuando puede disponer del objeto sobre que versa la confesión, según los artículos 247, 248 y 249 del C. C.

Estas confesiones judiciales no hacen plena prueba porque el menor confesante no es persona hábil para comparecer en juicio por sí sólo (Artículo 269 E. C.) En los demás casos la confesión del menor no tiene valor alguno.

§ X

N.º 30.—El artículo 268 de que nos ocupamos, contiene: “En la confesión del menor” ó de otro que goce del mismo privilegio que éste, debe estar presente el respectivo guardador.

El disipador que se halla entredicho de administrar sus bienes goza del mismo privilegio que el menor, esto es, de ser representado y autorizado por su curador en todos sus actos judiciales y extrajudiciales.

Todos los intérpretes del Derecho francés están de acuerdo en la doctrina siguiente: “*L'aveu qui fait un interdit ne lui est pas opposable.*”

Aubry & Rau, Laurent, y otros explicando la predicha doctrina la fundan en el principio sentado ya para negar la confesión al menor: “*el entredicho, dicen, no puede haber una confesión que le obligue porque no tiene la capacidad de disponer*”.

Demolombe, más explícitamente insiste en aquel argumento que hicimos valer para la confesión del menor: “*las incapacidades decretadas por la ley sea de disponer á cualquier título ó de contratar, podrían muy fácilmente llegar á ser ilusorias si bastase una confesión para sustraerse de ellas*”.

En efecto: el menor está protegido por la ley en razón de su edad é inexperiencia, y el disipador por su malicia. Como se halla impedido de disponer de sus bienes, que los desea, pudiera eludir la autoridad de su curador confesando hechos que traspasen el dominio de sus bienes á terceros pactados con él para que los pongan á su disposición, eludiendo, por este medio, la interdicción.

Nuestro Código ha seguido en este punto el Derecho Español que acepta la confesión del entredicho con el consentimiento y autorización de su curador.

El artículo 268 exige la presencia del curador en la confesión del entredicho . . . No es la simple presencia material de acompañar ante el juez á su representado, la que pudiera evitar una confesión

maliciosa de éste. Debemos entender la presencia voluntaria y espontánea del curador que sea su consentimiento á la confesión del entredicho, con conocimiento previo del asunto judicial al cual va á concretarse la declaración. De otro modo, su autoridad sería ilusoria.

Por consiguiente, el curador tiene perfecto derecho para oponerse á la confesión que se exija de su representado, si el asunto le incumbe al curador antes que á éste. Quiero decir que las confesiones relativas á los bienes del entredicho, desde el decreto provisional, deben entenderse directamente con el curador, y de ningún modo con el entredicho; y con éste sólo los hechos con que ocasionó un delito ó cuasidelito (como vimos del menor), y los relacionados con aquella suma de que puede disponer libremente para sus gastos personales (artículo 442 C. O.) En estos dos últimos casos puede confesar en presencia del curador, sin que su confesión sea plena prueba, según el artículo 269 del E. O.

Quien no tiene la libre administración de sus bienes no puede obligarse ni disponer indirectamente de la cosa objeto de la confesión, y por tanto, sólo puede confesar en los casos de excepción ya señalados.

§ XI

DE LA CONFESIÓN DE LA MUJER CASADA

Nº. 31.— Quien no es parte en un juicio, no puede prestar la declaración contra sí misma que llamamos *confesión de parte*; y como la mujer casada no puede comparecer en juicio como *actor* ó *de mandado* sin licencia de su marido ó del juez, es evidente que la mujer no puede tampoco confesar sin la respectiva licencia.

Por tanto, la confesión que dé la mujer sin estar legalmente autorizada no puede oponérsele

como prueba, ni á ella, ni á su marido, ni á la sociedad conyugal cuyo jefe es el marido.

Basta ciertamente la licencia escrita, como lo dice el artículo 130 del C. O., sin necesidad de otorgarla en forma de *poder*, como para constituir procurador judicial.

Algunos autores, entre ellos Aubry y Rau, creen que basta que se halle autorizada la mujer para *estar en juicio*, para considerarla por el mismo hecho autorizada á responder á cuestiones hechas sobre que versa el juicio, y que aquella confesión es válida. (T. 8°. 3°. De la capacité en la matiére d'aveu a).

Demolombe distingue en este caso:

1°. Si la confesión, dice, ha sido hecha por la mujer contestando á un interrogatorio de la parte contraria ó del juez, la confesión es válida y puede oponérsele como tal.

2°. No así la confesión *espontánea* de la mujer: para esta confesión se requiere *autorización especial* del marido, para que sea prueba contra la mujer.

Por qué?

“En el primer caso, continúa el mismo autor, la autorización *para litigar* concedida á la mujer comprende virtualmente la autorización (que no puede negársele) *para responder* á las cuestiones que el juez pueda dirigirle en virtud de la ley, y según las reglas que rigen la instrucción de los procesos.

En tanto que la autorización para litigar no le habilita ciertamente á la mujer para *hacer espontáneamente* y de propia *iniciativa*, sin ninguna provocación de parte del juez *confesiones*, que las reglas del procedimiento no le obligan. (Traité de contrats N°. 471).

Pero esta distinción es discutible, según Laurent: “Que la confesión sea voluntaria ú obligada, dice, siempre es un acto de disposición en el sentido que expusimos en el N°. 26 bis, porque si bien el marido le autorizó á *sostener un derecho*, no por esto le ha autorizado *para disponer* del mismo, in-

directamente, por la confesión de su mujer. Y según el rigor de los principios debe decidirse que la mujer no puede hacer ninguna confesión sin *autorización especial* de su marido". . . .

Esta es la doctrina de nuestro código. Debemos seguir el derecho común que requiere cláusula especial para absolver, transigir . . . etc., pues no hace la ley excepción en favor de la mujer.

§ XII

Excepciones:

N.º 32.—Partamos del principio de que siendo la confesión indirecta disposición de la cosa, que implica pérdida de la misma, como vimos ya en el N.º 26, es necesario para la confesión capacidad de disponer de la cosa sobre que ella versa; luego cuantas veces pueda la mujer casada disponer de una cosa puede confesar, y su confesión es válida. . . .

Leamos los artículos 154 y 1.710 del O. Civil:

“La mujer separada de bienes no necesita de la autorización del marido para los actos y contratos relativos á la administración y goce de lo que separadamente administra”.

“Tampoco necesita de la autorización del marido para enagenar, á cualquier título, los bienes muebles que separadamente administra”.

“Se puede estipular en las capitulaciones matrimoniales que la mujer administre una parte de sus bienes propios con independencia del marido”.

“Se podrá también estipular que la mujer dispondrá libremente de una determinada suma de dinero, ó de una determinada pensión periódica, y este pacto surtirá los mismos efectos que la separación parcial de bienes”.

Como la mujer necesita de la autorización de su marido ó la del juez en su caso, para estar en juicio, aún en causas concernientes á esta administración separada, (artículo 154 inc. 3.º), sólo es legal su confesión cuando esta autorizada por su marido, es decir que puede oponérsele como prueba. La excepción está en la fuerza probatoria de la con

fesión de la mujer casada (artículo 269 E. O.) que hace plena prueba en los asuntos en que tiene interés personal, como son los casos de los artículos 154 y 1.710 citados. El marido no tiene en esos bienes ningún interés, según el artículo 153 del O. C.: es interés personal de la mujer.

En estos casos, la confesión de la mujer hace plena prueba y también en el siguiente:

N.º 33.—La autorización del marido, no es necesaria en causa criminal ó de policía en que se proceda contra la mujer, ni en los litigios de la mujer contra el marido, ó del marido contra la mujer. (Artículo 130 del C. C.) Esta es la única excepción.

Razón: Cuando la mujer está perseguida criminalmente ó por policía, la autoridad del marido desaparece ante la de la ley, y la necesidad de la defensa natural dispensa á la mujer de toda formalidad. En estos casos, puede la mujer casada comparecer en juicio por sí sola, luego su confesión hace, en los mismos, plena prueba, por tratarse al mismo tiempo de su interés personal.

§ XIII

N.º 34.—La preeminencia del hombre indicada por la constitución misma de su ser. . . es la fuente, dice Portalis, del poder de protección que la ley reconoce en el marido. La mujer tiene necesidad de esta protección porque es más débil; el hombre es más libre porque es más fuerte. La obediencia de la mujer es un homenaje rendido al poder que le protege, y una necesaria consecuencia de la sociedad conyugal, que no podría subsistir si uno de los esposos no estuviera subordinado al otro. Por esto, la mujer no puede estar en juicio sin la autorización de su marido." (Lochè T. IV. Exposé de Motifs. 1803).

Nada más natural que la sumisión de la mujer al marido para contratar y estar en juicio cuando existe sociedad de bienes; y nada más difícil

de explicarse, que la plena autorización que la ley concede á la mujer separada de bienes para enagenar á cualquier título, sin autorización del marido, y al mismo tiempo, la necesidad de esta autorización para estar en juicio, aun en causas concernientes á esta administración separada. (Art. 154 del C. C.)

N.º 35. — “La mujer, por la separación de bienes, dicen los autores, no puede sustraerse de una manera absoluta de su dependencia al marido. Le resta siempre á éste una porción de su autoridad primitiva, y es natural que la conserve en todos los casos más importantes para él, para su mujer, ó para los hijos de ambos. en los *inmuebles*, que continúan tan dependientes del marido, como si no estuviesen separados.”

Está muy bien! pero la ley que concede á la mujer la libre enagenación de sus bienes muebles separados, y para los actos y contratos relativos á ellos, debe concederle, como necesaria consecuencia, libre y legítima personería de *estar en juicio*, para demandar y defenderse en las causas relacionadas con esa libre administración.

Si puede la mujer vender, permutar, dar en prenda y donar, á cualquier título, sus bienes muebles separados: por qué no puede estar en juicio para lo concerniente á esos actos y contratos?

Si la ley faculta á lo más, debe naturalmente facultarle á lo que es menos.

Esta es la lógica de las disposiciones legales!...

Supongamos que los bienes de la mujer consistan todos en bienes muebles, como alhajas, mercaderías, valores, dinero. Si de éstos puede la mujer disponer á cualquier título sin consentimiento de su marido, y si la venta ó donación de ellos son actos legales: en qué quedan las predichas consideraciones que acabamos de apuntar?

La licencia del marido para estar en juicio en asuntos que son consecuencia de la administración libre de la mujer, resulta perjudicial á los intereses de ésta, y lo que es más, inoficioso.

Perjudicial ... Porque el marido resentido por la demanda de separación por los motivos del artículo 151, que no son de honra, puede retardar ó negar su licencia, ó entorpecer la que el juez debe concederle, subsidiariamente.

Inoficioso.... Porque es inútil precaver los perjuicios de la mujer con la autorización del marido para estar en juicio, si de otro lado recibió plena de la ley para enajenar sus bienes muebles á cualquier título....

Al tratarse de estos bienes, la ley sustrae á la mujer de una manera absoluta de su dependencia al marido, concediéndole libre administración y enagenación: y en este caso, á qué conduce la licencia del marido para estar en juicio?

El remedio es tardío, inútil é inoficioso....

Yo apelo al juicio de los jurisconsultos, y les recomiendo especial estudio de este punto!...

Nº. 36. — *Mayor est ratio, dice Tiraqueu, ut mulieres non intersint judiciis sine maritis, quam ut non contrahant sine illis. Ipsa enim natura et pudor ac verecundia sexus feminis non permittit fora ac judicia frequentare*'.

Mayor est ratio?...pero cuál es esta razón tan respetada desde el D. Romano?... Por ventura, las mujeres van personalmente á frecuentar el foro, si el marido no da la autorización consabida?...

Cierto que el D. Romano que concede á los menores púberes la facultad de contratar les rehusa la de estar en juicio sin la asistencia de un curador. (§ 1. *de curatoribus. Ley 3. c. de in integrum*).

El mismo Derecho da á los hijos de familia una entera libertad de contratar, y no les permite estar en juicio sino en ciertos casos. (*D. obligationibus et actionibus, leyes 9 y 37*).

Una mujer casada puede contratar para todo lo relativo á los detalles del menaje, y sin embargo no tiene personería para sostener los procesos que estos objetos pueden ocasionarle... (Así el artículo 141 del C. C.)

En una palabra: que contraten, esto es, que compren, que vendan, no importa...

Estar en juicio, *stare in iudicio!*.. esto es, según se ve, lo absolutamente inaceptable!..

Como esta prohibición venimos tomándola del D. Romano, recordemos brevemente las razones que la fundaron, y si aún hoy son aceptables.

Un legislador romano decía que las mujeres sean siempre pudorosas, y que jamás olviden cuales son los trabajos á que la naturaleza les ha destinado, y de cuales otros les ordena abstenerse, (*ley 6^a. de receptis arbitriis*).

Una ley canónica establecía: “que no conviene á las mujeres esparcirse fuera y que se mezclen en las asambleas de los hombres”.

“Esta austeridad de costumbres, dice Boubier, citado por Merlin, sea que fuese natural á nuestros padres, como hay motivos de creerlo, sea que les fuese comunicada por los romanos, el hecho es que ha subsistido en Francia.. y cuenta Chasseneux que todavía en su tiempo. en Borgoña, exigía el uso de que se cubriese medio rostro la mujer casada que pasaba por junto á un hombre”

‘Esto supuesto, continúan Boubier y otros, citados por Merlin, es fácil comprender por qué se había establecido en nuestro Derecho consuetudinario que la mujer *no pudiese contratar ni parecer en juicio* sin la autorización de su marido. Es porque no podía hacer lo uno ni lo otro sin entrar en comercio, para aconsejarse, con un notario ú otro hombre que no fuese su marido; comercio que antiguamente pareció de tan perniciosa consecuencia al emperador Constantino que prohibió á las mujeres intervenir en ningún procedimiento judicial; *Næ feminae persequenæ litis obtentu in contumeliám matronalis pudoris irreverenter irruant, et conventibus virorum vel judiciis interesse cogantur* (ley 21. C. de procuratoribus). Por tanto, no debemos sorprendernos que, *por iguales consideraciones*, nuestros padres hayan extendido después esta prohibición á toda clase de actos. Y no podemos decir que

habiéndose humanizado posteriormente nuestras costumbres con la libertad de las mujeres, deben regir hoy otros principios; porque debemos explicar las leyes por el espíritu de sus legisladores, y no por nuestras costumbres actuales"... (Merlin S. III, § 1º. "*autorización meritale*" T. 1º.—R. de J.)

Ciertamente que por el espíritu de sus legisladores deben explicarse las leyes antiguas y no por nuestras costumbres actuales; pero las leyes que nos gobiernan, dado el estado actual de civilización, de elevadas costumbres, de la libertad y dignidad que dió el cristianismo á la mujer, del respeto social mutuo... etc., no deben inspirarse ya en las razones de pudor, si valieras en el paganismo, hoy dejan de ser razones para ser defectos de las leyes.

La ley debe revestirse de bondad *absoluta* y *relativa* con el tiempo, las costumbres, la actual civilización ... etc.

La mujer casada debía retirarse del comercio de los hombres, recordar sus deberes, tener pudor... etc. y por qué no la soltera y la viuda? ..

Las leyes romanas en este punto consultaban el interés del marido, y se inspiraban en el egoísmo de los hombres que las dictaban.

Así se traduce de la siguiente consideración de Merlin: "*L' assujettissement de la femme à la puissance maritale paraissait devoir seule emporter contre elle une défense à solue de faire aucun acte sans l' autorité de son mari. Là, on ne s' occupait que des intérêts de celui-ci; et dès qu' ils étaient en sûreté, on ne s' inquietait plus de la femme.... (loco citado).*

"Por honor que haga aquella prohibición á la mujer, á las ideas de nuestros antepasados y á la decencia de sus costumbres, no ha sido recibid en todos los países con igual favor" (Merlin id. id)

Y el mismo autor: "La mujer separada de bienes no tiene necesidad de la autorización de su marido para sostener en juicio sus acciones mobiliarias". (*Separation de biens—Sec^a. § V., N.º. X T. 16*).

Pothier siente de igual modo: “La separación de bienes da á la mujer poder de administrarlos y de gozar de ellos en su provecho. Como consecuencia de este poder puede la mujer presentar las demandas que sean concernientes á esta administración y goce, y á defenderse en las mismas *sin el consentimiento de su marido*, que no tiene en sus bienes *ningún interés*”. (Nº. 62. *Traité de la puissance du Mari*). Pothier se refiere al derecho consuetudinario (*coutume de Paris*) en el artículo 224, según el cual, podía la *mujer separada de bienes estar en juicio* por excepción á la regla general.

Según lo expuesto, nos atrevemos á calificar de viejos rezagos de las leyes romanas la prohibición de estar en juicio la mujer casada sin el consentimiento de su marido, *en causas concernientes á sus bienes muebles, si de éstos puede disponer libremente á cualquier título*.

“La mujer lejos del foro!... ley de decencia...”
Habiendo cesado la razón que inspiró esa ley, nada más racional que eliminarla.

Nº. 37.—Los dos primeros incisos del artículo 154 del O. O. de que venimos tratando, no son extraños al asunto confesión que nos ocupa. La persona hábil para comparecer en juicio por sí sola, puede confesar sin la autorización de quien depende, y no así la que necesita licencia de otra. En el caso presente, la mujer casada separada de bienes, que puede disponer y enajenar los bienes muebles que administra, á cualquier título, se encuentra, élla y la persona con quien contrata, con la prohibición de parecer en juicio la mujer, y por ende, de confesar, sin la autorización de su marido, que no tiene en esos bienes ningún interés.

Autorización perjudicial á los intereses de los contratantes, é inoficiosa como inútil. Si el marido fue removido de la dirección de la sociedad conyugal por su administración errónea y descuidada, cómo puede dirigir con provecho los intereses de su mujer *en juicio?*

§ XIV

Nº. 38.—El artículo 145 del C. C. habilita á la mujer en los casos que él contiene para parecer en juicio sin necesidad de la licencia del marido, esto es, cuando ejerce públicamente la mujer casada una profesión ó industria etc.

La habilitación para estar en juicio le habilita también para confesar? Este es el punto que nos incumbe.

«Los términos de la ley, son generales: «le habilita para parecer en juicio *sin necesidad de la licencia del marido*», es decir, no necesita de esta licencia para ninguno de los actos concernientes á *estar en juicio*, en los actos y contratos relativos á esa profesión ó industria, como transigir, absolver etc., etc. Luego puede absolver ó confesar la mujer casada en virtud de la habilitación legal, general, que le da la ley.

La mujer puede obligarse y hacer de su propia autoridad todo lo concerniente á su negocio; y no es que su marido pierda sus derechos en esta ocasión, ó que no pueda impedírselo á su mujer, sino que, permitiéndole esas industrias públicamente, se presume su autorización tácita, y ésta es suficiente para legalizar sus hechos.

Esta libertad de la mujer se limita esencialmente á los actos y contratos en su profesión ó industria; y toda gestión extraña á éstas requiere autorización especial.

“Se presume la autorización *general* del marido para *todos* los actos y contratos concernientes á esa profesión ó industria y la disposición de este artículo habilita á la mujer en los *casos que él contiene para parecer en juicio*, y mientras no intervenga reclamación ó protesta de su marido.»

La autorización *general* comprende todo, esto es, las gestiones judiciales y extrajudiciales mientras no intervenga reclamación ó protesta del marido; de manera que, por el silencio del marido subsiste la autorización general.

Nº. 39.—Otra es la cuestión acerca de la fuerza probatoria de la confesión de la mujer casada en el caso del artículo 145.

Fundándonos en el principio científico que nos guía, preguntamos: puede la mujer casada disponer de las cosas relativas á su profesión ú oficio? Sí, porque está autorizada para todos los actos y contratos concernientes á esa profesión ó industria; luego puede confesar, según lo que hemos dicho en el Nº. 26 bis. Si el marido le permite *disponer*, como necesaria consecuencia le permite también *confesar*. Este argumento sostiene lo dicho en el número anterior.

Mas, para saber la naturaleza de la prueba que preste la confesión de la mujer en el caso del mencionado artículo 145, leamos la parte concerniente al artículo 269 del E. O., que dice: «Para que la confesión judicial haga plena prueba debe ser clara . . . y el confesante persona hábil para comparecer en juicio por sí solo; exceptuándose la mujer casada, cuya confesión *hace prueba plena en los asuntos que tiene interés personal.*»

Desde luego que los salarios y emolumentos de su empleo ú oficio forman parte del haber de la sociedad conyugal, y es el marido el jefe de ella (artículos 1.715 y 1.740 del C. O.), el interés de la mujer no es personal, sino de la sociedad; luego su confesión no hace *prueba plena*, como no comprendida en la excepción.

§ XV

Nº. 40.—Si el marido es menor puede autorizar á su mujer á estar en juicio y confesar?

El Cód. Nap. en el artículo 224 contesta negativamente: «Si el marido es menor, la autorización del juez es necesaria sea para *estar en juicio*, sea para contratar.»

Portalís en su Exposición de los motivos de este artículo dice: «La autoridad del juez interviene también, si el marido es menor. Cómo podría éste

autorizar á otro si él mismo tiene necesidad de autorización?»

Apliquemos los principios y preguntemos: Puede el marido menor casado disponer de los bienes sociales?

“ El marido menor de veintiún años necesita de curador para la administración de la sociedad conyugal,” contesta el artículo 143 del C. C. Toca al curador representar ó autorizar al pupilo en todos los actos judiciales ó extrajudiciales que le conciernan, y puedan menoscabar sus derechos ó imponerle obligaciones [artículo 380 C. C.

Según esto, el menor no puede estar en juicio y, por ende, ni confesar, sin licencia y presencia de su curador; y si á él propio le está vedado, menos podrá autorizar á su mujer: *Qui ipse deficit* (dicen los doctores) *non potest alienum supplere defectum...*»

Podrá autorizarle el curador de su marido? El curador, como lo dirá el discernimiento respectivo, puede ejercer su autoridad determinadamente en el marido y en los bienes sociales, y nunca en la mujer, á quien sólo el marido puede autorizarle como derecho inherente á la potestad marital. La mujer debe recurrir al juez en estos casos, es decir, para estar en juicio y confesar, y no al marido menor ni al curador de éste.

§ XVI

Nº. 41.—Art. 269 —“*Para que la confesión judicial haga plena prueba, debe ser clara, precisa, y sobre cosa determinada; y el confesante persona hábil para comparecer en juicio por sí sólo: exceptuándose la mujer casada, cuya confesión hace prueba plena en los asuntos en que tiene interés personal*”.

La Confesión Judicial, hemos visto ya, hace plena prueba contra quien la hizo, porque no puede suponerse que quiera engañar á la justicia el que declara en su perjuicio. No es ciertamente una resolución definitiva, no una sentencia; pero es,

todo, una prueba decisiva, que sirve de base para la sentencia. La confesión, de suyo, es una prueba, y decisiva, porque la suministra la parte interesada en negar ó eludir el hecho, y de allí su fuerza y eficacia que hace ya innecesaria toda otra prueba. Si tú dices que en verdad me adeudas lo que te demando, ha terminado el juicio civil que tenía por objeto esclarecer el derecho y la obligación correlativa. Por esta razón decía el D. Romano: *confessio pro iudicato habetur*, la confesión se equipara á la cosa juzgada. . . . y es el confesante quien decide de su obligación, quien sentencia contra sí mismo.

Por estas consideraciones, fácil es comprender la razón de la ley para exigir las condiciones que determina este artículo; si la confesión no es *clara*, no es *precisa* y *determinada* al hecho, no podrá, por lo mismo, sentenciarse confirmando la declaración de la parte. ¿Cómo decidir sobre puntos oscuros y determinados? ¿cómo tomar base incierta para la sentencia que resuelve, da y obliga? *sententia pro veritate habetur*.

Según el derecho común, toda prueba debe ser clara y determinada al hecho que se demanda: ¿con cuánta mayor razón no debe serlo la confesión misma que ha de decidir la causa, como la prueba más fuerte y terminante?

En el *actus probandi* deben someterse al juez los elementos de convicción apropiados á justificar la verdad del hecho que se disputa. El resultado de estos elementos es la convicción del juez, y entonces la prueba es completa, porque alcanza todo su objeto. El juez, por su parte, no puede prestarse al convencimiento sino de los hechos sobre que se trabó la litis y que estén regularmente comprobados en el juicio, por pruebas judiciales. Por tanto, la convicción del juez está relacionada con los elementos de prueba: *secundum allegata probata iudex judicare debet*. Según esto, la confesión clara, precisa y sobre cosa determinada, alcanzará del juez el pleno convencimiento; y entonces diremos que la confesión,

elemento de la convicción, y que produjo en el entendimiento del juez una persuasión íntima, ha sido prueba evidente, perfecta y plena.

El confesante declara contra sí la verdad de un hecho que le perjudica, y con el fin de dar prueba á su contrario. Está bien! pero la confesión ha de ser prueba completa para que se resuelva la causa, fundándose el juez en sólo la confesión: ha de ser *una prueba*, no simplemente *un medio de prueba*.

N.º 42.—“La confesión es *clara*., dice Escriche, no sólo cuando el deudor manifiesta paladinamente que debe lo que se le pide, sino también cuando dice que *cree deberlo* ó que lo debe *sobre poco más ó menos*; y así se despachará la ejecución por toda la cantidad pedida, quedándole á salvo el derecho de justificar á su tiempo lo que le conviniere sobre el mayor importe de la deuda”.

Quien *cree deber*. confiesa la deuda, porque *creer* es *afirmar*; y el que confiesa deber *más ó menos* la cantidad demandada, la reconoce, y duda sólo de su cuantía, pero no la niega. En resumen, no hay duda de la existencia de la deuda, y ésta es la claridad que la ley requiere.

Precisa. que designe la cantidad ó cualidad, modo, tiempo ó naturaleza de la obligación ó cosa.

Determinada. á la cosa que se disputa.

Por ejemplo: 1º. Pedro declara que debe una cantidad de dinero á Pablo. La confesión es *clara*. 2º. Si Pedro añade que es por mutuo, desde tal tiempo, á tal tipo de interés, que el plazo está vencido, que no ha hecho pagos en cuenta, &, &, estas circunstancias *precisan* la obligación del confesante. 3º. Si esta declaración de Pedro es justamente conforme con los términos de la demanda, su confesión es *determinada* al objeto que se discute, á la cosa determinada de la litis.

Por lo visto, no basta la *claridad* de la confesión para la prueba perfecta ó plena, si le faltan las cualidades de *precisa* y *determinada*. La cua-

lidad que le falta podía y debía suplirse por otra prueba legal, y esto se opone al concepto de prueba plena que hace innecesaria otra, como que ella sólo basta para prestar plena fe.

El concepto de prueba *completa* es que, por sí sola pruebe todas las circunstancias de la acción ó excepción, de modo que no le deje incompleta y no requiera todavía otras pruebas que le den más fuerza, verdad y vigor.

La confesión debe ser limitada al objeto sobre el cual versa la litis, y sólo así será determinada: es, por su naturaleza de estricta interpretación.

“Réstanos hacer (dice Demolombe) una última observación acerca del carácter intrínseco que distingue á la confesión: que ella debe referirse *cierta y directamente* al hecho alegado por la otra parte, de manera de proporcionar una prueba completa”.

A esta cualidad se refería Ulpiano en una de sus máximas:

Certum confessus pro judicato erit; incertum non erit (Ley 6. . . . de confessis).

Por otra parte, á los jueces es á quien corresponde apreciar el carácter de la confesión, para ver si ésta da de sí una prueba plena capaz de dispensar el que se aduzcan otras, ó si es solamente prueba semiplena, de modo que requiera otras más, para completar la prueba. (Nº. 462, Demolombe, obra ya citada).

“La confesión debe ser terminante y completa, dice Bonnier, para que funde por sí sola un fallo. De otra suerte, produciría, á lo más un principio de prueba que debiera completarse por otros medios de demostración.

Nº. 43. — “*Y el confesante, persona hábil para comparecer en juicio por sí sólo*”.

No pueden comparecer en juicio, como actores ni como demandados:

1º. La mujer casada, sin licencia de su marido ó del juez, según lo dispuesto en el Código civil; el menor de edad y cuantos se hallen bajo tutela ó curaduría; las corporaciones y las personas

jurídicas, á no ser representadas por sus guardadores ó representantes legales.

¿Cuál la razón?

En un juicio va á discutirse un derecho y la obligación correlativa, y ninguna de las personas enumeradas es capaz de obligarse por sí. El actor que reclama un derecho, puede perderlo en la litis y quizá tomar sobre sí una obligación nueva, reconociendo derecho de otro que nació de la misma litis.

Si la mujer casada interviniera en un juicio por sí sola, si el menor de edad etc, quedarán burlados los derechos y administración y autoridad del marido, Jefe de la sociedad conyugal, y del guardador responsable hasta la culpa leve de los bienes que administra.

La intervención directa de los incapaces en un juicio se opone á la responsabilidad de sus representantes legales. ¿Cómo podrían ser responsables de hechos ajenos ejecutados sin su autoridad?

La confesión es declaración contra la parte que la hace, prueba que se da al contrario. De aquí puede originarse una obligación ó reconocerse un derecho, en una palabra, deteriorarse la condición del litigante. Aunque éste fuese incapaz de obligarse, resultaría, sin embargo obligado, acarreando la responsabilidad del marido cuya autoridad se ha eludido, ó la del guardador en su caso.

De todo esto resultaría un contrasentido y un absurdo.

“Estas consideraciones nos conducen, dicen Aubry de Rau, á reconocer en principio, que las personas que son incapaces de disponer del objeto que hace de materia de la litis, no pueden tampoco hacer, respecto de este mismo objeto, *confesión que les ligue*. De este principio nace la consecuencia de que un menor, un interdicto y la mujer casada, no pueden prestar confesión que pueda oponérseles como prueba.”

“Exceptuándose el amujer casada, cuya confesión



hace plena prueba en los asuntos *en que tiene interés personal*".

Véase el N.º 32, § XII y los artículos allí citados. Siendo exclusivos de la mujer los frutos y suya la administración, sin ingerencia del marido, no compromete los intereses de éste ni los bienes sociales; y nada más natural y lógico á la vez, que ella dé por sí sola la prueba que requieren sus hechos propios. Esta es una disposición que redundará en beneficio de la mujer que tiene así la libertad necesaria para contratar y obligarse en los bienes que separadamente administra. Quién, sino, contrataría con la mujer respecto de estos bienes, con la expectativa de carecer de prueba?

§ XVII

La confesión es indivisible.—Artículo 273.—
"La confesión prestada, en un acto, en los juicios civiles es indivisible; y debe hacerse uso de toda la declaración ó de ninguna de sus partes. Se exceptúa el caso en que haya alguna prueba ó fuertes presunciones contra la parte de la declaración que hizo el confesante en su favor".

N.º 44.—La confesión es una declaración que hace una de las partes en el juicio, y esta declaración versa sobre hechos que deben hacer prueba y talvez decidir la causa; nada más injusto que tomar en nuestro favor la parte que nos favorece, desechando la que nos perjudica; porque de este modo cambiamos la declaración, despojándola de ciertos hechos ó circunstancias, sin las cuales no se hubiera prestado. Si tomamos lo favorable para nuestra causa, es de justicia aceptar también lo que favorece al otro. La declaración tal, como ha sido formulada, es una, y no forma sino un todo, y debo tomarla tal cual es. "De otro modo (dice Bonnier N.º 455) le presto á mi adversario un lenguaje que no ha empleado ni querido emplear; porque sabida es la facilidad con que, aislando ciertas expresiones puede darse á las mismas un sentido manifiesta.

mente contrario á la intención del que las pronunció”.

“En principio dice Moulón, el que invoca una confesión no puede servirse de ella contra la parte confesante, sino tomándola tal cual es, en su conjunto. Así, cuando es citada una persona para el pago de una suma prestada, y confiesa que es verdadero el préstamo pero que ya lo devolvió al demandante, no puede éste hacer uso de aquella confesión, tomando sólo la parte que le es favorable, como la verdad del préstamo, prescindiendo de la restitución de la suma prestada. Desde el momento que hacemos prueba de la declaración de nuestro adversario y nos referimos á ella, para afirmar nuestra causa, debemos tomarla tal como es ella en su conjunto y en su totalidad. Podemos aceptar ó desechar la confesión, pero no nos es permitido desnaturalizarla; porque es precisamente su unidad la que hace su indivisibilidad, y de aquí aquella máxima: “*Aut ex toto sumendum, aut ex toto rejiciendum*”. (Nº. 1.642 R. E.)

Nº. 45.—El Derecho Romano no establecía, por ningún texto formal, la indivisibilidad de la Confesión judicial. La máxima, en materia civil, de que la confesión debe ser tomada íntegra en su conjunto y que no puede ser dividida, se ha tomado, dice Berroyer, t. 1º, pág. 617, de la ley 39. *D. de operis libertorum*. que, según aquel autor, no es aplicable la indivisibilidad de una obligación á una confesión, y reprocha á los prácticos que hacen aplicación arbitraria á toda clase de causas de un principio aplicado á un caso particular; y por haberse entrometido á decir que, en materia civil, no puede dividirse la confesión sea judicial ó estipulada por un contrato, de una de las partes.

La confesión, en Derecho Romano, en cuanto á la aplicación de esta regla de la *indivisibilidad*, estaba en todos las bases sometida á la apreciación discrecional del juez, como lo había dicho el jurisconsulto Scevola en sus *Respuestas*. *judicem aestimaturum*. [Oita de Merlín. —Questions

de Droit — Confesión § 2º.—Demolombe N.º 508 —
Bonnier N.º 356].

N.º 46.—“Históricamente considerada la regla de la indivisibilidad de la confesión, dice Demolombe, no aparece en el pasado con el carácter de necesidad lógica bajo el cual hoy la presentamos. Esa regla era en el antiguo derecho una simple regla doctrinal, cuya exactitud aún estaba disputada por algunos autores”.

“Filosóficamente también podría notarse (continúa) que la regla de la indivisibilidad de la confesión, su importancia y su extensión, se encuentran más ó menos subordinadas, en las diferentes legislaciones, al sistema particular de cada una de ellas sobre la organización de las pruebas en materia civil (N.º 508).

Y, según Voët, en su comentario sobre el *Digesto tit. de Confessis*, citado por Merlín (Confesión § II. Questions de Droit): “Los intérpretes, dice, no han definido, con suficiente claridad, si la confesión de una de las partes puede ser dividida por su adversario, y si éste puede aceptar una de sus partes y rechazar otra. “*An confessio per adversarium dividi, ac pro parte acceptari, pro parte repudiari, possit, non satis inter juris interpretes expeditum est*”.

N.º 47.—El buen sentido del Juez, su apreciación lógica y equitativa de la confesión, era, digamos, su único criterio; pero esta apreciación del Juez le conducía á la regla de la indivisibilidad, que aunque no establecida por ley expresa, la han reconocido, sin embargo, todas las jurisprudencias.

Quiero decir que la lógica conduce al Juez á la indivisibilidad. En efecto, toda prueba es un todo indivisible; es un conjunto de hechos y de circunstancias que se enlazan entre sí y se encaminan á un mismo fin; todas son un medio único, y si complejo, á veces, uniforme entre sí: en un contrato, por ejemplo, cuyas cláusulas se han presentado como prueba, no podemos separar sin injusticia unas cláusulas de otras, aceptar unas, rechazar

otras, y así todo el instrumento que contiene dicho contrato, es un todo indivisible, que debemos aceptar tal cual está escrito, aceptado y firmado por las partes.

Podemos decir lo mismo de una prueba testimonial: la declaración de testigos es una é invisible. No nos es dable el dividirla, alegando en nuestro favor la parte que nos favorece y rechazando la contraria. Así, si en un juicio de despojo, los testigos afirmasen que ha corrido el agua pública y tranquilamente en beneficio de mi adversario; pero añadiesen que no ha corrido dicha agua un año completo, ¿sería potestativo al favorecido con la primera parte de esa información, rechazar la segunda parte que le es favorable? De ninguna manera.

La prueba es *una, indivisible* por naturaleza: cada una de las cláusulas de un contrato ó acto, como cada una de las deposiciones de los testigos, es condición de las otras; de modo que las unas no existirían solas si no mediante el apoyo moral de todas.

Este mismo principio de la prueba, lo es también de la confesión. Voy á confesarte, dice la parte, la verdad de los hechos que no siempre son simples, porque también los hay complicados y complejos; y, si por mi confesión has de conocerlos, que sean tales como son, si simples, si circunstanciados. De aquí la diversa clase de confesiones, pero de aquí también que siendo la verdad *una* sea la confesión *una é indivisible*, en cuanto, dándote la prueba contra mí, debes tomarla como es en su todo, sin dividir ni menoscabar la verdad á tu antojo.

Este es el principio filosófico de la indivisibilidad; y si todas las jurisprudencias han aceptado y buscado excepciones, ha sido precisamente persiguiendo el principio de la unidad de verdad, es decir, descartando de la verdad los elementos falsos que la encubren.

Aceptar la verdad de los hechos como ellos son simples, calificados ó complejos: he aquí el principio; pero sin los elementos falsos que los ocultan . . .

y de aquí la sexcepciones cuanto á la indivisibilidad, las cuales más ó menos generales, de un radio más ó menos extenso, tienen siempre el mismo fin de separar la verdad de la falsedad, porque, por desgracia, la confesión es frecuentemente una arma con que se ampara la mala fe. «Se hace, dice Laurent, la confesión de un hecho que es difícil negarlo, pero cuidando de añadir un hecho accesorio que, no formando sino un todo con el hecho principal, destruye la declaración de modo que no resulta de ella ninguna prueba.»

N.º 48. — Los principales tratadistas distinguen tres clases de confesiones:

- a) La confesión pura y simple,
- b) La confesión calificada, y
- c) La confesión compleja.

Y aun cuanto estas denominaciones sean arbitrarias, según Laurent (N.º 187) «porque toda confesión es indivisible sea ó no pura y simple», con todo es división precisa para la claridad de las explicaciones subsiguientes, y por esto usada por los antiguos intérpretes del derecho *confessio conexa, informata, qualificata . . .* y usada por el mismo Laurent.

Sin más, entremos en materia, siguiendo literalmente los mismos ejemplos de Demolombe, por la claridad de ellos.

a) La confesión *pura y simple* es aquella por la cual una de las partes reconoce entera é idénticamente el hecho litigioso tal como lo alega la otra parte.

Pablo alega que prestó á Pedro la suma de 10.000 fs., al interés del 5 ½%, reembolsables en el término de dos años.—Pedro reconoce juntamente con el hecho principal, las cláusulas accesorias del interés al 5 ½%, y del reembolso en el término de dos años.

La prueba que resulta de esta confesión *simple*, es prueba plena en favor de Pablo.—Ha confesado Pedro que todo es verdad, sin añadir ni quitar al hecho propuesto por Pablo: ¿para qué dividir la con-

fesión, ni con qué objeto? Esta confesión simple no ofrece dificultad alguna acerca de su indivisibilidad. *Confesión simple es la contestación pura y llana de los hechos preguntados.*

b) La confesión *calificada ó cualificada* es aquella en que la una parte confiesa el hecho que le propone la otra, bajo ciertas restricciones, adiciones ó modificaciones que alteran la esencia del hecho ó su naturaleza jurídica. Así, continuando con el mismo ejemplo de Demolombe:

Pablo alega que ha prestado á Pedro una cantidad de diez mil francos, con el interés anual de 5% reembolsable en dos años.

Y Pedro, reconociendo haber recibido de Pablo á título de préstamo la suma de diez mil francos, añade que sólo al interés del 3% y reembolsable en 4 años.

c) Confesión *compleja* es aquella en la cual el confesante añade al hecho alegado por su adversario, otro hecho, nuevo y distinto, que lo modifica, restringe, ó extingue enteramente las consecuencias jurídicas de aquel hecho.

Esta complejidad de la confesión es de dos maneras:

1) Puede ser que este nuevo hecho sin ser simultáneo, sea conexo:

2) Y puede ser que no sea ni simultáneo ni conexo.

En la confesión calificada no hay sino *un* solo hecho, modificado por la declaración; en la compleja hay *dos* hechos, la existencia de la obligación, y la extinción de la misma.

Leamos en Demolombe:

«Pablo alega que Pedro ha contratado con él el 1º de Marzo una obligación pura y simple.

Pedro confiesa la existencia de la obligación, pero añade que esta obligación pura y simple, al principio, ha sido, el 1º de Junio siguiente transformada, de común acuerdo, entre Pablo y él, en una obligación condicional.

O también: Pablo alega que el 1º de Marzo

prestó á Pedro 10.000 fs.; y Pedro, confesando el préstamo, añade que ~~ha~~ reembolsado á Pablo esta suma, ó que éste le ha regalado ó condonado esta suma el 1.º de Junio, y que ya no le es deudor.

¿La confesión de Pedro es indivisible?

O al contrario. ¿Pablo puede, en el primer caso, sostener que la confesión de Pedro prueba la existencia de la obligación pura y simple, sin probar la existencia de la condición?..

¿Y en el 2.º caso, que la confesión de Pedro prueba la existencia del préstamo, sin probar el reembolso ni la condonación?

N.º 49. — Según Voël (*el geómetra de la Jurisprudencia*) debía exigírsele á Pedro la prueba de la condición que alega. «Si la confesión, dice, contiene hechos que, aunque conexos con el hecho que se le interroga al confesante, no han pasado en el mismo tiempo que éste, sino en otra época; y sobre todo si estos hechos fuesen de tal naturaleza, que bien lejos de tener en su favor la presunción de derecho, la tuviesen contraria.—Por ejemplo si vos confesáis que me habéis debido al principio pura y simplemente, pero que después vuestra deuda se hizo condicional en virtud de una nueva convención habida entre nosotros; ó que vos me habéis debido, pero que convine luego en no cobraros. En este caso, confesando vuestra deuda, vos estáis encargado de la prueba, sea del pacto del no pago que dices intervinio, sea de la condición que alegas haber sido estipulada con posterioridad. *Diversum esset, si confessione contineantur conexa, non quidem, sed alio tempore gesta sunt . . . : probatio exigetur*». (Merlín. pág. 507. Confession.—*Q. de Droit*).

Los dos hechos de la confesión compleja no son simultáneos en los ejemplos que acabamos de exponer. En el 1.º, el préstamo fue en Marzo pura y simple, y la nueva convención de hacerlo condicional el 1.º de Junio siguiente (*non eodem, sed alio tempore gesta sunt*).

En el 2.º ejemplo: en Marzo hizo Pablo á Pedro el préstamo de 10.000 fs., y el 1.º de Junio tu-

vieron lugar sea el hecho posterior de reembolso, sea la condonación.

Según Voët *probatio exigitur* exíjasele prueba al confesante que alega hechos posteriores al hecho principal confesado. Estos hechos, dice, son sus excepciones para eximirse del pago, y por tesis general la prueba de la excepción corre á cargo del demandado.

Y Zozius (*sur le Digeste titulus de confessis* N.º 9) dice: «*Quod si separata sint capita, nihil implicat partem confessorum acceptare, partem rejicere*» es decir, que si las partes de la confesión son separadas (ó por el tiempo ó por su naturaleza) nada impide que pueda aceptarse una parte y rechazarse la otra (Merlín Q. de D., voz confesión S. II).

N.º 50.—¿Tendrían razón estos ilustres autores raciocinando así? veámoslo: la única y sólida razón para dividir la confesión, es su falta de verdad. No hace al caso que los hechos y circunstancias de que ésta se compone sean ó no simultáneos ó separados por su naturaleza y tiempo, porque, aun siendo ó estándolo, pueden ser verdaderos. La separación en tiempo trae necesariamente la falsedad de segundo hecho? ¿de que el hecho segundo sea de distinta naturaleza del primero, deduciríamos dolo, ficción ó falsedad . . . ?

Pedro ha recibido dinero á mutuo y asevera en su confesión que meses después me lo ha devuelto.

¿Podemos asegurar á *priori* que es falso el hecho segundo fundándonos en su falta de continuidad *Unius quasi actus continui* ?

Pedro confiesa que el dinero recibido por él á mutuo, se le ha condonado.—¿Nos fundaríamos en alguna razón de peso al aseverar á *priori* que es falso el hecho de la donación ó condonación, únicamente porque éstos son de distinta naturaleza del mutuo? ¿Qué impide que sean ciertos los hechos comprendidos en la confesión? *separata sint capita* . . . no es premisa para deducir la necesaria conse-

cuencia de la falsedad del segundo hecho, y de ahí la división de la confesión.

Objétase que los hechos alegados en su favor por el demandado que presta su confesión, son excepciones que le eximen del pago, y que debe probarlas quien las hace, *reus excipiendo fit actor*. Mas, con igual razón, podría á su vez alegar el demandado que el actor pruebe también su acción *ei incumbit onus probandi qui dicit*. ¿Y cómo ha probado el mutuante su préstamo? por la confesión del reo: bien, luego no sería equitativo que esta prueba se divida sólo en contra de quien la produjo; exige la Justicia que se la tome en su conjunto. Por esta razón decía Pothier en términos generalísimos: «*lorsque je n'ai d'autre preuve que votre confession, je ne puis la diviser*», esto es, cuando no tengo otra prueba que vuestra confesión, no puedo dividirla.

N.º. 51.—En efecto, tanto el Código de Napoleón como el nuestro se expresan en términos absolutos: la confesión judicial es indivisible, sea simple, calificada ó compleja. Luego el principio es aplicable en su generalidad á toda clase de confesión.

Esta es la regla, salvo las excepciones que señala nuestro Código, derivadas no de la falta de *simultaneidad* ó *conexidad* de los hechos que la confesión comprende que no encierran *necesariamente* falsedad, sino de pruebas contrarias que sorprende al confesante en la falsedad de sus aseveraciones y desvanecen la confesión. Entonces sí, ¿cómo no dividir la confesión ó sea los hechos verdaderos de los falsos, si se prueban éstos? La lógica y la equidad así lo exigen . . . !

«Supongamos, dice Pothier, que te demando el pago de 200 fs. que sostengo te he prestado. Si á esta demanda convienes en la verdad del préstamo y añades que me has devuelto esa suma, no puedo apoyar la prueba del préstamo en tu confesión sin que la misma confesión no haga también la prueba del pago; porque no puedo servirme de ella contra vos sino tomándola tal cual es en su conjunto y entera. *Si quis confessionem adversarii allegat vel*

dispositionem testis, dictum cum sua quantitate approbare tenetur». Se ve, añade Merlín, en el ejemplo propuesto, que la confesión versa sobre dos hechos no continuos; y que, sin embargo, Pothier mira la indivisibilidad de la confesión tan evidente como si los dos hechos confesados se refiriesen á la misma época.» (*Traité des obligations* N.º 832). Este mismo ejemplo reproduce Jaubert al explicar los motivos del artículo del Código de Napoleón, v. Locré).

Nos hemos detenido en refutar la doctrina de Voël, porque aun tiene partidarios en el Derecho nuevo francés, como dice Demolombe.

«El sabio autor (Zacharias) rehusa formalmente aplicar la regla de la indivisibilidad á la confesión compleja.

Tal es también la doctrina de Baroche.»

El mismo Demolombe cita algunas sentencias de la ilustre Corte de Casación para demostrar que la antigua doctrina parece encontrarse en las sentencias de la Jurisprudencia moderna.

Aquellas sentencias sientan el principio de la indivisibilidad de la confesión «en el caso que la confesión se apoye en un hecho pasado, en una circunstancia única»; y que «la confesión forma un todo continuo y completo.»

Sin embargo, la ilustre y renombrada Corte no está en lo justo, según el sentir de Demolombe, Laurent y otros. No se ve allí en esas sentencias, un vestigio de la conocida fórmula de Voël ... *unius quasi actus continui?*

N.º 52.—Como los intérpretes del Código de Napoleón son nuestros guías en el comentario del nuestro, cuidemos de distinguir con acierto sus doctrinas, tan diversas entre sí y quizá contrarias, en razón de lo absoluto del artículo 1.356 del Código de Napoleón.

70)—Insistamos en los mismos ejemplos de Demolombe para el mejor análisis:

“Pablo alega que á título de préstamo dió 1.000 fs. á Pedro; y Pedro, confesando el préstamo, añade

que ha reembolsado esta suma á Pablo, ó que se la regaló.

Esta confesión es indivisible.

520) —“Pero Pablo alega que el primero de Marzo tuvo lugar una convención cualquiera, una venta, por ejemplo.

Y Pedro confesando que esta convención tuvo lugar, en efecto, el primero de Marzo, añade que el primero de Junio siguiente, de mutuo consentimiento de las partes, la convención se modificó, sea por un término, sea por una condición, ó que fue transformada por una novación, ó aún revocada completamente.

“Esta confesión será indivisible?”

La O. de Casación decidió esta cuestión negativamente. Nuestro parecer es (dice el mismo autor) que debe contestarse afirmativamente á esta cuestión.

Los hechos si no son simultáneos, son conexos.

—521)“Ahora bien (continúa Demolombe), supongamos otro caso de confesión compleja en el cual los dos hechos que la confesión comprende, no son ni simultáneos ni conexos.

“Pablo alega que el primero de Marzo ha prestado á Pedro la suma de 1.000 fs.

“Y Pedro, reconociendo la existencia de este préstamo, añade que él, por su parte, en otra época, sea anterior ó posteriormente á Marzo, prestó á Pablo una suma igual de mil francos; ó que, por cualquier otro motivo, llegó á ser acreedor de Pablo de esta suma.

En consecuencia, pretende que se halla libre por vía de *cómpensación* o de *reconvención*.

“Esta confesión sería indivisible?”

“Evidentemente no!”

“No son los hechos de esta confesión ni simultáneos ni conexos entre sí!”

Con la cabeza descubierta é inclinándonos con el respeto que se merece, el ilustre Decano de la Facultad de Derecho, Mr. Demolombe, sentimos decir que tanto el ejemplo del N.º 520 como el del 521,

(números de la obra del autor en que figuran estos ejemplos) contienen *confesiones indivisibles!*

El sabio autor funda la divisibilidad de la confesión del N.º 521, en el siguiente razonamiento:

1.º En que hay dos confesiones distintas y separadas la una de la otra, y que, cada una de ellas, debe ser apreciada separadamente, porque hay allí dos hechos distintos.

2.º La primera confesión es, en efecto, completa por sí misma, entera, acabada. La segunda tiene por objeto modificar á la primera, restringirla y destruirla.

¿Cómo puede ser esto posible? El hecho de la segunda confesión es de tal manera separado y distinto del hecho que comprende la 1.ª, que debía y podía ser objeto de una acción separada y distinta.

El hecho 2.º no es, por consiguiente, respecto al 1.º un accesorio natural y posible del 1.º.

3.º En fin, de que una de las partes haya consentido en confiar, para un contrato, en la buena fe de la otra, no sería lógico ni prudente concluir de allí que ha consentido aquella parte en confiar también indefinidamente en la buena fe de ésta para todos los otros contratos que le pluguiese hacer ó alegar.

“He conseguido en prestaros 1.000 fs. sobre vuestra palabra; y ésta es la deuda determinada que confío á vuestra buena fe; para esta deuda y no para otra.

¿Confesáis esta deuda?

“Está bien y esto basta”.

N.º 53. — ¿Cuáles deben ser ahora nuestras conclusiones?

1.ª Que el estudio de los intérpretes del O. Nap. se ve que su doctrina, en orden á la indivisibilidad de la confesión, no es uniforme, y que, al contrario, no hay allí un principio cierto ni en la calificada ni en la compleja.

2.ª Que la O. de Casación, respetable en sus

fallos, ha decidido en casos iguales en pro y en contra de la indivisibilidad de la confesión.

3ª. Que si tanto la tradición como la Jurisprudencia están de acuerdo en aceptar excepciones al principio de la indivisibilidad por no ser éste absoluto, pero no logrado separarse de manera cierta y determinada el principio de las excepciones, resultando de allí doctrinas contrarias y una práctica sin principio jurídico á que atenerse.

4ª. Que en el número y naturaleza de estas mismas excepciones no están acordes ni los autores ni la Jurisprudencia.

¿Todo esto por qué? Digámoslo en pocas palabras:

El artículo 1.356 del Código Napoleón, dice: "La confesión no puede dividirse contra el que la hizo".

Este principio en forma absoluta sentó el Código sin mentar siquiera que aceptaba excepciones el principio. Y como los autores del Código de Napoleón, y en los trabajos preparatorios se sienta el principio, sin mencionar una sola excepción, se han visto los intérpretes al frente de un principio demasiado absoluto.

"De aquí las discusiones sobre si el intérprete puede distinguir donde la ley no distingue. Que las excepciones que no están en la ley no deben suplirse. Que puede haber excepciones tácitas [según Toullier), las no previstas por la ley. Que las excepciones al principio del artículo 1.356, según Troplong, no están ciertamente en la ley, pero que el buen sentido las indica, y la Jurisprudencia, de acuerdo con la razón, la sanciona. Pero todo esto muy vago é indeterminado, y el lenguaje de Troplong no es el del derecho. La Corte de Casación ha resuelto mil veces que el juez no tiene derecho de crear excepciones". [Laurent—T. 20—Nº. 198].

Sin embargo, las excepciones existen en el derecho nuevo, como han existido en el antiguo derecho que reconocía el principio de la indivisibilidad

y también las excepciones, sobre las cuales se han dividido notablemente los autores franceses.

Como éstos son regularmente nuestros guías en los Comentarios del Derecho Ecuatoriano, como que mucho hemos tomado del Código de Napoleón para el nuestro, debemos seguir sus doctrinas en esta materia con mucho criterio y prudencia.

§ XVIII

Nuestro Código de Enjuiciamientos en materia Civil sienta el principio de la indivisibilidad de la confesión, no de la materia absoluta que lo hace el Código de Napoleón en el artículo 1.356, causa del desacuerdo en las excepciones, sino detallando y especificando éstas, con recomendable acierto.

N.º 54.—“*Se exceptúa el caso, dice, en que haya alguna prueba ó fuertes presunciones contra la parte de la declaración que hizo el confesante en su favor*”.

Excepcionés reconocidas en el antiguo Derecho, como nos refiere *Henrys*, en su 6ª. cuestión póstuma (Tomo 3º. pág. 18), en estos términos:

“Los autores señalan dos excepciones á la regla de la indivisibilidad de la confesión;

“La primera, cuando hay alguna presunción que repugna con la confesión;

“La segunda, cuando hay, á más de la confesión, algún otro fundamento ó prueba de la demanda”.

Es decir, prueba y presunción contrarias á la confesión. ✓

“*Se exceptúa el caso en que haya alguna prueba*”. La Confesión en principio hace plena fe, en derogación á la regla según la cual nadie debe ser creído por su simple afirmación de un hecho que le es favorable; pero el dolo hace excepción á todas las reglas. La confesión es una arma de que se aprovecha la mala fé: confesando un hecho que debilita, destruye y aniquila el hecho principal que se trata

de averiguar. Confesando el hecho que es acción del autor, añádese otro hecho que es la excepción perentoria del mismo, de manera que de la confesión no resulta prueba alguna. En esto se funda el Legislador para permitir que pueda dividirse en ciertos casos la confesión, aunque propiamente la confesión permanece indivisible, aún siendo los hechos en parte falsos. Se divide la confesión, dice Laurent, [T. XX. N.º. 206] cuando se rechaza pura y simplemente una parte de ella aceptando la otra y no se divide, cuando mediante la prueba no se le acepta en uno de sus elementos, en el elemento falso que impropiamente puede llamarse confesión, como que no es precisamente el reconocimiento de la verdad de un hecho. Se busca la verdad en la confesión, y éste es un medio preciso para descubrirla tal cual es, pero á condición de que sea sincera. La falsedad de la confesión debe ser combátida como un medio de prueba que trata de extraviar el criterio del juez, porque así lo exige la razón y la justicia, ya que la mentira no puede tener el predicamento y convicción de una verdad sincera, por más que se revista de la forma de la confesión judicial.

N.º. 55.—“Caso que haya alguna *prueba*”. La prueba es la demostración de la verdad de un hecho con el fin de convencer al juez, de un hecho ó *acto jurídico*, como dicen los autores alemanes, ó actos de la vida civil que son los que producen, conservan ó extinguen un derecho [St. Prix N.º. 1704 Código Civil]. Éstos hechos ó actos son los que se discuten, como que engendran obligaciones correlativas á un derecho, materia de ley civil.

Alguna prueba... de los elementos falsos que la confesión contiene, contrarios al interés de quien pide la confesión.

A este propósito, dicen Aubry etc. Rau: “Se daría al principio de la indivisibilidad una extensión contraria á la razón, si se prohibiese al que se vale de la confesión indivisible, la facultad de probar la falsedad de las declaraciones accesorias que le fuesen contrarias. Como la confesión no constitu-

ye una presunción absoluta, y el que la hizo conserva la facultad de retractarla, probando que, por error, ha reconocido un hecho contrario á la verdad, no se ve por qué su adversario no sería admitido á reconocer la falsedad de los hechos accesorios añadidos á su confesión". [T. VIII, pág. 579, Nota 36].

"*Alguna prueba ó fuertes presunciones*". La prueba considerada bajo la relación de los medios empleados para producir la convicción del juez es *directa ó indirecta*.

La prueba *directa*, es aquella que tiende á establecer el hecho disputado entre las partes por los medios de convicción tomados inmediatamente de la experiencia y aplicados precisamente á este hecho.

La prueba *indirecta*, al contrario, es aquella que no tiende á establecer el hecho contestado sino por medio de inducciones ó de consecuencias sacadas de otros hechos conocidos. Estas inducciones constituyen lo que se llama presunciones de hecho ó de hombre [Aubry etc. Rau "De moyens de prouve"].

Luego puede probarse por pruebas directas ó indirectas el elemento falso que la confesión contiene.

Son *directas* la inspección ocular, los actos ó títulos [instrumenta], las deposiciones de testigos, y en ciertas circunstancias, la relación ó informe de peritos.

Las *indirectas* son las presunciones.

De estas pruebas, con cuáles puede ser combatida la confesión?

Se puede combatir, según Laurent, las declaraciones accesorias comprendidas en la confesión, en virtud del derecho común que permite, por regla general, combatir una prueba con otra prueba contraria.

N.º 56.—*Cuestión.*—A quién le toca la prueba de la parte de la confesión que se rechaza, que hizo el confesante en su favor?

R. Suponiendo que el demandado presta la confesión de esta naturaleza, es el demandante quien

debe probar la acción que demanda y el demandado la prueba de su excepción, pues suponemos que el hecho falso que se impugna le sirve de excepción ó medio de extinguir la obligación que confiesa. *Actori incumbit onus probandi. Excipiendo reus fit actor.*

Mas, por la naturaleza de la confesión se deroga esta doble regla.

Si el demandante se halla dispensado de probar el hecho que demanda en virtud de que el demandado le exonera de esa carga por su confesión: así esté, el demandado en reciprocidad, no está obligado á comprobar el hecho accesorio que le sirve de excepción. Y precisamente de esta reciprocidad nace la indivisibilidad de la confesión, porque este principio tiene por objeto único impedir que se pueda trocar la posición de las partes en lo que concierne á la prueba. Si el confesante da la prueba á la otra parte, no puede tampoco ser privado de la ventaja que le da su posición de demandado con respecto á su excepción. Si el confesante no está obligado á probar su excepción por el cambio recíproco de papeles entre los dos litigantes, no obsta á que pueda probar por sí el perjudicado, la parte falsa de la confesión, porque es lógico y equitativo que los errores de hecho se revoquen por el confesante ó se prueben falsos por el perjudicado.

La confesión es una *presunción legal*: se presume que es verdadera porque regularmente quien declara contra sí de la verdad de un hecho, dice la verdad; de aquí que por inducción deducimos, *ex eo quod plerunque fit*, que la presunción legal de la confesión dispensa de toda prueba al confesante, pues no requiere prueba aquello que se supone verdad. El hecho que la confesión presume está considerado como cierto *sans qu'il soit besoin d'en faire la preuve*, dice Pothier. Esta prueba la da por hecha la ley, de donde viene precisamente el nombre de presunción: *prae sumere*, tomar una cosa por verdadera, *antequam aliunde probetur*, antes que se

pruebe, según la explicación de Alciat (Demolombe T. 30, N.º 268).

El confesante ha dicho la verdad: todas las partes de la confesión son condiciones unas de otras, que forman un todo indivisible que nos hace exclamar: la verdad es una y simple.... En esto se funda el principio de la indivisibilidad; luego el confesante no debe probar su confesión, porque la ley le supone *prima facie* verdadera, le da por probada y cierta, y lo cierto y probado no requiere prueba.

§ XIX

N.º 57.—Mas, la confesión no pasa de presunción legal (*juris tantum*), y no rechaza la prueba contraria. Esta prueba le corresponde al que la tacha de falsa; 1.º, porque la ley excusa de la prueba á aquel en favor del cual ha establecido la presunción legal, es decir, del confesante. Si éste no está obligado, necesariamente recae el *onus probandi* en la otra parte.

2.º. Si la ley no rechaza prueba contraria, es porque supone que puede, á veces, falsearse la confesión en favor de los hechos que aprovechan al confesante; pero la defensa del confesante, armado de la presunción de la verdad que le concede la ley, no puede ni debe obstar á la defensa del perjudicado con la confesión falseada. La defensa á todos es permitida, y la lógica y la justicia, reconociendo un derecho no pueden reconocer el otro sin violarlo. Quien trata de hacer su defensa, debe emplear los medios conducentes, y, en este caso, no hay otro que la prueba de la falsedad por parte del que se defiende de ella.

“*Alguna prueba ó fuertes presunciones*”.

Los medios de convicción que se llaman *pruebas*, no son ciertamente idénticos á los medios de convicción que llamamos *presunciones*. Es preciso no confundir la presunción con la prueba propiamente dicha.

Esta, dice Pothier, hace fe directamente y por

sí misma de una cosa. La presunción hace fe de una cosa por medio de una consecuencia sacada de otra cosa.

 Aclaremos con ejemplos del mismo autor:

La fe hace que el finiquito de pago de una deuda, sea una *prueba literal* del pago de dicha deuda; la fe que hacen las deposiciones de los testigos que han visto al acreedor recibir de su deudor la suma que se le debía, es una *prueba vócal* del pago, porque tanto el recibo como las deposiciones de los testigos hacen fe, por sí mismos, y, directamente, del pago.

Pero la fe que los recibos de los tres últimos años de arrendamiento, hacen del pago de los años precedentes, es una presunción, porque no es por sí mismos y directamente que dan fe del pago estos recibos, sino por una consecuencia que saca la ley, del pago de los tres últimos años. Esta consecuencia se funda en que ordinariamente se pagan las pensiones de los años anteriores antes de los últimos (Arts. 1587-2.384-2.385-2.424-2.079 del Código Civil Ecuatoriano).

Es decir el finiquito y los testigos presenciales prueban por sí mismos el pago; pero los recibos del arrendador, de la pensión recibida en Octubre, Noviembre y Diciembre, ¿probarán por sí solos el pago de los meses precedentes á Octubre? . . .

No evidentemente!

Mas, como sucede regularmente que el arrendador va imputando los pagos de pensiones al mes más antiguo, se cree muy fundadamente que quien otorgó recibos de pensiones de los últimos tres meses, debe estar pagado de los meses anteriores á éstos. Es lo natural, lo que sucede y debía suceder *ex eo quod plerumque fit*; y así lo presume la ley fundándose en lo que regularmente se hace, en el modo de ser de los hombres, en sus usos y costumbres, en lo racional de los hechos.

Si las *pruebas* propiamente dichas prueban directamente, las *presunciones* lo hacen por medio de un rodeo, lógico y racional desde luego, pero, por

inducción de un hecho conocido, deduce una consecuencia que es el hecho que trata de averiguarse. Los tres recibos últimos del año hacen presumir, por medio de un rodeo y raciocinio más ó menos complicado, que quien otorga recibos últimos, es, porque se halla pagado de los anteriores.

“Las pruebas, dice Demolombe, se refieren directamente al hecho disputado; son las destinadas á establecerlo; ellas son *ad hoc*, como podríamos llamarlas; en tanto que las presunciones provienen de indicios ó circunstancias (*pruebas circunstanciales*) más ó menos accidentales que no estaban destinadas á ese resultado ú objeto”. (T. 30, N.º 234).

“Que no estaban destinadas á este objeto”.— Así los tres recibos de que hablamos, están destinados únicamente á comprobar el pago de los meses á que se refieren; luego éstos no son prueba *ad hoc* del pago de los meses anteriores á Octubre, pero por inducción los hacemos valer como pruebas de los meses anteriores, esto es, por presunción, por prueba indirecta nacida é hilada de las circunstancias. Por esto los jurisconsultos ingleses, nos dice Bonnier, llaman á la prueba-presunción una *construcción*, por la operación del entendimiento que construye una prueba por medio de la hilación de hechos y circunstancias que le son conocidos.

N.º 58.—Se ha llamado también *artificial* la prueba que se funda en las presunciones, no porque sea puramente arbitraria, sino porque es siempre, más ó menos, la obra de la razón del hombre (Bonnier, Pruebas en materia civil N.º 807).

Luego el inciso 2.º del artículo 273 de nuestro Código de Enjuiciamientos, que nos ocupa, permite que se combata el elemento falso de la confesión por pruebas directas y por pruebas indirectas ó presunciones.

N.º 59. Cuestión: A nada conduce, según parece la distinción de pruebas directas é indirectas, pues si ambas prueban y convencen, bastaba que el artículo dijera: Se exceptúa el caso en que se prue-

be la falsedad de la declaración que hizo el confesante en su favor. Esto es, que se pruebe, por cualquier medio de prueba, sea directa ó indirecta: ¿para qué esa redundancia?

R. Ciertamente que, hallándose las presunciones en el rango de pruebas, ellas establecen, en efecto, la prueba de la formación ó de la extinción de las obligaciones, tanto como los otros medios directos de prueba, en los casos en que son admitidas por la ley (Demolombe N.º 808).

Esto es lo que expresaba formalmente la Constitución de Dioclesiano: *Indicia certa non minorem probationis quam instrumenta continet fidem* es decir, las presunciones prueban tanto como los instrumentos.

Preguntándose Bonnier (en el N.º 809): Si merecen las presunciones más fe que los testimonios directos, contesta contrabalanceando el valor moral de las primeras con las pruebas directas, y concluye: "que es difícil sentar sobre este punto reglas generales, puesto que la fe de las presunciones varía hasta lo infinito, según las circunstancias, dándoles su reunión á menudo, la fuerza de que carecerían completamente, si estuviesen aisladas".

Examinando Demolombe el *valor moral* de las presunciones, se contenta con exponer los diversos pareceres en pro y en contra de ellos.

"¿Cuál es, dice, el lazo de relación que une el hecho conocido al hecho desconocido que se busca? ¿este lazo es más ó menos estrecho, ó más ó menos directo? "Esta es una apreciación muy delicada, y la conciencia del Juez puede extraviarse por indicios engañosos. En una palabra, trátase de las pruebas llamadas *artificiales* de las que decía Denizar *qu' elles ne sont inventées qu' a force d' y rever!*

"De otro lado parece, según otros autores, que aventajan á las directas, porque no emanan de la declaración del hombre, sino que nacen, en cierto modo, de los *hechos*; y, como dice la Jurisprudencia inglesa, *los hechos no mienten!*"

Si, por un lado las presunciones nacen espontáneamente de los hechos que no mienten, y son ciertos como éstos, por ótro son pruebas artificiales inventadas á fuerza de meditar en ellas, pruebas conjeturales, más ó menos inciertas.

De esto se deduce que si el valor jurídico de las presunciones, es igual al de las pruebas directas, porque unas y otras son medios de prueba, su valor moral de convencimiento (de las no establecidas por la ley), se tiene en menos que el de aquellas, porque el lazo que une los hechos se deja á las luces y prudencia del Juez, punto delicadísimo sujeto á las apreciaciones, más ó menos acertadas de la razón, más ó menos ilustrada, y de la buena fe, más ó menos imparcial.

N.º 60.—De aquí la poca autoridad de las presunciones en materia civil, en que la mayor parte de los procesos se refieren á contratos, y los contratos requieren pruebas, más ó menos directas, en razón de su importancia; así la prueba testimonial no es aceptable en todos los casos, ya por la cuantía sobre que versan, ya por su naturaleza, como la *compraventa de inmuebles* etc. Luego, la ley prescribe pruebas, y las más *preconstituidas* ó *literales* que perpetúan mejor el recuerdo de los sucesos jurídicos, como dice Bonnier.

Las presunciones á más de que por su naturaleza son consecuencias de un raciocinio, bien ó mal hecho, más ó menos acertado, según las premisas ó medios de la *dialéctica* del Juez, son como si dijéramos pruebas supletorias á falta de las directas, y no aceptadas en todo caso.

Luego el artículo, al emplear la frase *alguna prueba* ó *fuertes presunciones*, exige en primer término una prueba directa, y, en segundo la supletoria de presunciones, y no así como quiera, sino *fuertes* ó *graves*, que sean capaces de ser aceptadas en razón de su fuerte probabilidad que tenga fuerza para convencer.

Que nuestro Código no da á las presunciones judiciales el mismo valor de las pruebas directas,

lo dice el artículo 310 del E. O.: “toda prueba imperfecta ó semiplena tiene el valor de presunción;” y “á falta de prueba plena, el Juez decidirá por las incompletas, según el valor que tengan á su juicio.” (Art. 141 id.)

N.º. 61.—Que las presunciones son pruebas supletorias, lo veremos con un ejemplo.

1.º. A debe á B mil sucres, y para pedir el pago, presenta prueba directa y literal del documento en que A reconoce esta deuda.

2.º. B demanda á A por 160 sucres, y en prueba, presenta la declaración de un testigo idóneo presencial del préstamo. Esta declaración hace sólo semiplena prueba, y la prueba semiplena tiene valor de presunción.

3.º. B demanda á A por 160 sucres, y en prueba hace valer las presunciones, sea de que se le acusó en rebeldía por no haber contestado la demanda, sea de que no se prestó á la confesión y se declaró confeso, sea de que le vieron á A salir de casa de B con dinero, etc ú otras de esta naturaleza.

Ahora bien, estas últimas N.º. 2.º. y 3.º. ¿valen moralmente como pruebas, tanto como la del N.º. 1.º? Esta, la del N.º. 1.º., convence, por las otras se duda; y el Juez, sólo en falta de la prueba directa *ad-hoc*, del N.º. 1.º., podrá hacer fundamento de su sentencia en las otras, Números 2.º. y 3.º.

Por qué?

Porque, tratando de fundar una sentencia y de hacerla inconvencible, debemos buscarle los mejores fundamentos. Inútil es preguntar si la prueba directa literal del N.º. 1.º. convence más que las imperfectas y de simples conjeturas Números 2.º. y 3.º.

¿Qué se deduce de esto? Que las pruebas tienen sus grados en razón de la convicción que producen; y como los Jueces tienen derecho de interpretar las pruebas, el acto auténtico hace más fe que la testimonial, y ésta más que la deducida por simples inducciones. Como los hechos en tela

de juicio deben resolverse si faltan pruebas directas, por las indirectas, resulta que no todas tienen igual grado, pero que todas son aceptables supletoriamente. El inciso 2º. del artículo 273, al decir pruebas ó presunciones fuertes, acepta todos los medios de convencimiento, con tal que el Juez las interprete y considere fuertes y graves las que pretendan probar la falsedad de la confesión.

Nº. 62.—“Es preciso, dice Merlin, no confundir la presunción con la prueba propiamente dicha.” Si difieren, debía el artículo abrazar una y otra, y así lo hace exigiendo alguna prueba ó fuertes presunciones.

Si el artículo se hubiese limitado á pedir una prueba, podía suponerse que sólo las directas eran capaces de combatir la parte falsa.

“Es una verdad fundamental que siempre que los Jueces puedan arribar á la verdad, deben hacerla triunfar; y pueden á veces alcanzarla por medio de hechos probados que conduzcan al hombre inteligente al descubrimiento de hechos desconocidos. Y esto se ha propuesto el artículo al aceptar también las presunciones expresamente.” (Jaubert. Ropport. Nº. 30, T. 12, Locré)

“Que los indicios, las conjeturas, las presunciones, son de grande efecto cuando se trata de descubrir la simulación de los actos, es un principio establecido por los autores más acreditados.” (Merlin).— Indices, S. II, R. de I). Qué, sino la asimulación de la parte falsa trátase de descubrir en la confesión.

Nº. 63.— Cuestión: El artículo 273 que nos ocupa, exige *fuertes presunciones*, usando del plural, esto es, dos ó más, por manera que, si hubiese una sola presunción contra la parte de la declaración que hizo el confesante en su favor, ¿podía aceptarse como prueba?

R. Los intérpretes del derecho nuevo francés que viene desde el Código Napoleón, vuelven sus ojos á Pothier, eje á cuyo torno giran, para consultar su opinión en este punto.

En Pothier se halla sólo un análisis de la ley

Prócula, que es la 26^a. del título “De Probationibus” en el Digesto. Esta ley nos da el siguiente ejemplo de los efectos de las Presunciones en materia Civil: “Un hermano estaba grabado en provecho de su hermana de un fideicomiso cuya condición se había verificado, y era ya exigible. Después de la muerte del hermano, sucitóse cuestión de si la hermana podía aún reclamar ese fideicomiso en la sucesión de aquel. Pápiniano decidió que la hermana había hecho remisión de esa deuda á su hermano, fundándose en tres circunstancias: 1^a, en que los dos hermanos habían vivido en la unión más íntima; 2^a. en que la hermana había dejado transcurrir largo espacio de tiempo sin demandar el fideicomiso; 3^a. en que refiriéndose á un gran número de cuentas habidas entre los dos hermanos sobre los respectivos negocios que habían tenido entre ellos, no se hacía en ninguna de estas cuentas ni mención del fideicomiso.” “Cada una de estas circunstancias (dice Pothier) separadamente, no habría formado sino una simple presunción insuficiente para decidir que el difunto había sido condonado de su deuda; pero la reunión de todas ha parecido á Papiniano que forma una prueba suficiente de esta remisión.” (“Des obligations N^o. 816).

Este análisis de Pothier, que representa la tradición del Derecho, se ha tomado como opinión, de que muchas presunciones se requieren para fundar un fallo, porque sólo la reunión de algunas forma prueba suficiente.

Merlín, al tratar de las Presunciones humanas (S. IV. Presuntion, R. de I.), dice que éstas tienen alguna vez la misma fuerza que las Presunciones de derecho, siempre que reunan tres condiciones: 1^a. Que sean graves y precisas; 2^a. claras y uniformes; y 3^a. que sean algunas, porque una sola no bastaría para fundar una resolución definitiva. Cita, en seguida, el siguiente principio establecido por *Danty*, según el cual “las Presunciones deben tener las mismas cualidades que los testigos para darles fe cumplida. Luego, á más de que

una presunción debe ser grave y precisa, debe tener la tercera cualidad, de *no ser única, unus testis, nullus testis*".

Del mismo modo opina Toullier (T. 20, N.º 21).

§ XX

N.º 64.—Demolombe combate la precedente opinión en estos términos:

«En nuestro derecho á consecuencia de la asimilación de la prueba por presunciones á la prueba por testigos, se ha concluído que así como no bastaba un solo testigo, no debía bastar una sola presunción.

«Pero, á más de que las pruebas circunstanciales (las por presunciones), no estaban en el antiguo derecho regidas por principios bien determinados, la consecuencia de la asimilación que también admitimos, de la prueba por presunciones á la prueba por testigos, nos conduce lógicamente á una doctrina contraria, esto es, á decidir que puesto que un solo testigo puede bastar, según nuestro Código, de igual modo una sola presunción.»

Igual cosa diremos nosotros citando los artículos.

«Y así lo exige la razón (continúa el mismo autor). ¿Acaso una sola presunción muy fuerte, no puede ser decisiva? Sin duda alguna; y mucho más que, muchas presunciones reunidas, resultan talvez muy débiles»

El Código Napoleón exige también en el artículo 1353 *presunciones concordantes*, y se ha objetado por esto que se requieren *algunas*. Siendo ésta nuestra cuestión, es importante la réplica del mismo citado autor que dice: «El artículo expresa lo que tiene lugar ordinariamente en las contestaciones ó contiendas judiciales, donde existen, en efecto, casi siempre, *muchas presunciones*; la redacción del texto es *demostrativa no limitativa*. . . (N.º 244).

Cita en su apoyo á Duvergier, Marcadé, Zacharíe y Bonnier.

Bonnier, en efecto, cree que no son necesarias

dos ó más presunciones para el convencimiento: «Un hecho aislado, dice, puede dar lugar á inducciones de suma gravedad y, fuerza es confesarlo, la mayor parte de las presunciones legales no se apoyan efectivamente sino en *un solo hecho!*»

«El legislador, añade, *en principio*, se dirige á los magistrados lo mismo que á los jurados. La ley no les pide cuenta de los medios por los que se han convencido ni les dice tampoco: No consideráis como suficientemente establecida toda prueba que no se forma de tales procesos verbales, de tales piezas ó documentos, de tales testigos, ó *de tales indicios*, no les hace más que esta pregunta: ¿Tenéis una íntima convicción?»

N.º 65.—Tal es el estado de la cuestión.

Que el texto de la ley requiere presunciones, para que formen prueba. Que la concordancia supone términos en los cuales pueda armonizar

Otros: que la ley no exige necesariamente que sean algunas, que puede convencer una sola presunción....

Por nuestra parte, veamos á qué atenernos.

N.º 66.—¿Qué es la ley? La declaración de la voluntad soberana.

Para conocer esta voluntad, la forma externa, en que se halla concebida la ley, es la primera regla á que debemos atender, “cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal á pretexto de consultar su espíritu”....

Pero el sentido de la ley que examinamos, “fuertes presunciones, y éstas graves, precisas y concordantes”, no es claro, porque no alcanzamos á ver si la ley exige como prueba hasta una sola presunción, ó algunas necesariamente; es decir, si puede el juez fundar un fallo convencido por una sola presunción ó si ésto le es vedado y tiene que fundarlo en dos ó más.

Y allí tenemos como prueba de la falta de claridad las discusiones entre los más ilustres intérpretes del Derecho civil francés.

Luego, ya estamos en el caso de consultar el es-

píritu de la ley, examinándola en su origen para conocer la mente del legislador, que esa es la ley en su desnudez.

En la exposición de los motivos, hechos por Mr. Bigot-Préameneu sobre el tema: "Presunciones no establecidas por la ley; caracteres que deben tener para que pueda el juez atenderlas; y en qué casos les es permitido admitirlos", dice: "Respecto de las presunciones no establecidas por la ley, ésta las deja á las luces y prudencia del magistrado, *advirtiéndoles* al mismo tiempo, que su conciencia y probidad no puede realmente ser ilustrada sino por presunciones *graves, precisas y concordantes*....

"En l' avertissant que sa religion ne peut être réellement éclairée que par présomptions graves précises et concordantes ..." (Locré T. XII, N. 218).

"Avertissant.... participio presente del verbo *avertir*", *advertir, aconsejar*, según Littré, no *prescribir, exigir, mandar*....

Parece que las cualidades de las presunciones debe considerárselas sólo como indicadas á la conciencia del juez. A este propósito, dice Moulón:

"...Graves, precisas y concordantes... Este no es sino un consejo que la ley da á los magistrados: porque, desde el momento que la ley les deja la apreciación de los caracteres ó cualidades (de las presunciones), les deja por lo mismo el cuidado de determinar el número de los hechos de los cuales pueden inducir la existencia del derecho disputado. Si sólo un hecho ha sido suficiente para convencer al juez, es bastante para que, fundado en él, resuelva. Todo lo que la ley quiere es que los jueces se convenzan, poco importa por qué medio. Los jueces no responden sino ante su conciencia: si se han engañado, su error constituye, desde luego, mal fallo susceptible de ser reformado por la apelación, pero no da lugar á casación". (T. 2°).

Más claro, los fallos que expide un juez, fundándose en que uno ó más hechos le han suministrado presunciones que son graves, precisas y concordantes, darán lugar á recurso de queja, porque según

el Juez Superior, [ante quien se apeló], ¿las presunciones no revisten tales caracteres?

No, evidentemente.

¿Por qué?... porque la apreciación de los caracteres de una presunción no es punto de derecho, y se ha dejado á las luces y prudencia de los jueces.

No hay ley violada que dé lugar á ese recurso.

Si el juez fundase su fallo en una sola presunción, estimándola convincente para resolver el punto en litis, habría lugar á recurso de queja, porque se fundó en una y no en más presunciones?

No, evidentemente.

Porque la ley sólo exige que el juez se convenza, y el convencimiento no está sujeto á número ni medida. La cantidad moral suficiente, basta, désele uno sólo ó dos ó más hechos.

Deduzcamos, por fin, que no es de precepto que las presunciones pasen de una para estimarlas como prueba.

Nº. 67. — Ciertamente, “difícil es estimar con precisión (decía Cochin), la prueba que resulta de las presunciones. El país de las conjeturas se halla entrecortado de mil rutas obscuras, entre las cuales uno se pierde y extravía con frecuencia; queda como convencido por una circunstancia á la cual otro se muestra insensible...” (Merlín — Presumption — R. de I., S. IV,)

“Presunciones concordantes”. También las pruebas de un hecho deben ser concordantes entre sí, de modo que armónicamente tiendan al mismo fin, es decir, á justificar el hecho que se pretende. Mas, de esta consideración, no deduciremos que un hecho requiera, para su justificación, muchas pruebas para que haya concordancia y armonía entre sí. Si una sola prueba convence, es suficiente, y esta consideración de la concordancia entre ellas, es para el caso que hubiese algunas, de modo que no se eliminen ni contradigan, y no precisamente porque se requieran muchas. ¿No podemos decir igual cosa al tratarse de las presunciones?...

Concluimos: pesen los jueces el valor moral de

las presunciones, y busquen, con estudio y meditación sincera, los caracteres que la ley requiere de ellas para que sean pruebas.

Convenceos, dice la ley á los jueces, no importa si con uno ó más hechos.

Mas, por lo regular, no deben fiarse de una sola presunción.

Así lo exige la prudencia, y lo enseña la experiencia.

§ XXI

Nº. 68.—Art. 270.—“No merece crédito la confesión prestada por error, fuerza ó dolo, ni la que es contra naturaleza ó contra las disposiciones de las leyes, ni la que recae sobre hechos falsos”.

Prestada por error.—Es la aplicación de los principios que rigen el consentimiento, el error lo vicia, como toda expresión de la voluntad.

Si la prueba es el conjunto de los elementos de convicción adecuados á justificar la verdad de un hecho, la confesión-prueba no lo es, si se funda en un error, esto es, en la apreciación falsa que el confesante hace de un hecho, creyéndolo verdadero si no lo es, ó falso si es verdadero. La confesión es el reconocimiento que hace una persona contra sí misma de la verdad de un hecho. Reconocer es consentir en la verdad de un hecho que puede dañarle al confesante, porque lo cree verdadero; luego el consentimiento es falso ó aparente, porque falta su base de verdad que es el fundamento de los actos humanos. El error es lo que no es, la negación de lo verdadero, y sólo la verdad es elemento de convicción, propio y natural del consentimiento. Luego el error vicia el consentimiento, ó el reconocimiento ficto de un hecho falso. No se establece la verdad que es el objeto de la prueba con el error que es, ó la ignorancia que se confunde con el error ó la apreciación de una cosa contraria á su realidad: la confesión no tiene causa, le falta su objeto.

El confesante A reconoce que es cierta la deu-

da que le demandá B, creyéndole á éste su acreedor, no siéndolo en verdad; ó cierto deberle mayor suma de la que en verdad le adeuda; ó cierto el título en que funda su reconocimiento, siendo título falso, No importa que el error recaiga sobre la causa impulsiva del reconocimiento, ó sobre el motivo legal de él, ó sobre la persona ó calidad del acreedor, ó sobre la cosa ó calidad de ésta, ó sobre la naturaleza del contrato, como apreciándolo depósito, siendo mutuo.

Basta que la confesión se preste con el objeto preciso y directo de comprobar por medio de ella esa cosa, esa cantidad ó cualidad, ó naturaleza de aquel contrato; si es un error el que indujo al confesante á su reconocimiento, éste no existe ni merece crédito su confesión.

Nada más contrario al consentimiento que el error, en verdad no consiente el que lo presta sobre un error. *Nihil tam contrarium concensui quam error.*—*Non videntur consentire qui errant.* (Leyes 14 y 15 D.)

N.º 69.—El art. 270 habla de *error*, sin distinción, comprendiendo, como vamos á ver, el error de hecho y el de derecho, si la causa determinante de la confesión, es el *dolo*.

“Confeséis una deuda. Es preciso pagarla.

Confeséis una convención. Necesario ejecutarla.

Habéis aceptado pura y simplemente una sucesión sin beneficio de inventario? Os habéis obligado por esta omisión del derecho á pagar todas las deudas del haber hereditario *ultra vires*. Es en vano que reclaméis que ignorabáis la consecuencia jurídica del hecho confesado, de vuestra aceptación pura y simple”.

Esta la regla general; mas si “el error de derecho por sí sólo (*par elle meme et par elle seule*) no es una causa de retractación de la confesión, si se probare que este error ha sido determinado por el dolo ó la violencia del adversario, la anulación de la confesión debía de ser declarada, también en este caso, por causa de dolo ó de violencia.”—(De-

molombe, t. 30. N^{os}. 539 y 540, pág. 480, obra ya citada).

Es que el dolo y la fuerza hacen excepción á todas las reglas del derecho que se fundan en la verdad, base de la justicia. Así, en el ejemplo anterior, si se probare que los acreedores de una sucesión usaron de la fuerza ó dolo para que el heredero respetase la prohibición del testador de aceptar su herencia con beneficio de inventario [Art. 1.239 C. O.]; ó le indujeron á que hiciese acto de heredero, antes del inventario [Art. 1.242 C. O.]; ó que omitiese en éste cualquiera parte de los bienes de la sucesión [Art. 1.246 C. O.], etc., etc., con el fin de aprovecharse en su favor, los acreedores en descubierto, de estas omisiones ó hechos; aun cuando el heredero confesare ser autor de estos hechos, no podrían aprovecharse de sus consecuencias jurídicas que alcanzaron por medios ilícitos. *Juris ignorantia non prodest adquirire volentibus.*

De igual modo: "Si la confesión no fuese otra cosa que la confirmación de un hecho anulable ó rescindible, puede ser combatida por error de derecho, tan bien como por error de hecho". Aubry & Rau, t. 8^o, pag. 173, letra a.—Bonnier, t. 2^o, pág. 380, obras ya citadas).

Si un comprador confiesa la compra de un inmueble y deber su valor; si se esclarece en la secuela del juicio, que la compra se celebró por escritura privada, y adolece de nulidad absoluta conforme á los Artículos 1.791 y 1.672 del C. O.;

Si un donante hizo donación entre vivos de una especie raíz, sin escritura pública, ó ésta no inscrita; ó de más de 1.600 sucres, sin insinuación, contravieniendo á los artículos 1.390 y 1.391 C. O.;

Si un heredero reconociese como legal una donación de su instituyente *inoficiosa ó rescindible*, según los artículos 1.177 y 1.415 del C. O.;

Las confesiones del comprador, del donante y del heredero, versando sobre actos y contratos anulables y rescindibles; serían simples confirmaciones de actos que la ley no reconoce legales, y por lo

tanto, sin consecuencias jurídicas. Confesiones de esa naturaleza pueden ser atacadas por error de derecho, tan bien como por error de hecho, según los autores citados.

N.º 70.— A este mismo propósito dice Laurent: “La confesión puede alguna vez ser una *confirmación*, lo cual sucede cuando el juicio versa sobre la validez de la obligación. Si yo reconocía la deuda como valedera, no podría yo sostener que mi confesión es nula por error de derecho? Puesto que la confesión es una confirmación, será preciso aplicar los principios que rigen la confirmación. Mas, para que ésta se efectúe, es preciso que quien confirma conoza el vicio de que adolece la obligación, y que la hace nula; y no hay para qué distinguir si es un vicio de derecho ó un vicio de hecho, *todas las causas de nulidad son de derecho*: si pues yo ignoraba la causa que hacía nula la obligación, la confirmación estaría viciada en su esencia, y por ende la confesión (t. 20, pág. 211, N.º 184. Cita el autor en su apoyo á Colmet de Santerre y Larombière).

En ninguna materia del derecho puede aplicarse con más propiedad que en *la confesión* la Regla del D. (*de verborum significatione*) que dice: «*In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*», es decir, que *debe estarse á la intención más que á las palabras cuando se trata de interpretar éstas*.

El crédito que presta la confesión se funda precisamente en la intención de la parte confesante de dar *contra sí* una prueba en favor de la otra, pero basada en la verdad del hecho materia de la confesión.

La intención hace de la confesión la prueba de las pruebas, *probatio probatissima*, por la presunción de verdad que contiene. Si el obligado declara contra sí que lo está en verdad, para qué más pruebas? Mas todo cae de su peso, si la confesión maleada de error, contiene en sí el germen de la nulidad, basada en un hecho falso, ó en la errónea apreciación de un hecho verdadero. Dónde la intención racional del confesante? Cuál su consentimiento espontáneo?

Nº. 71. — Excepción.—Hay, sin embargo, casos en que el error no excusa, siguiendo el principio que rige las convenciones, por ejemplo, *el error de su propio hecho*, ó el que pueda atribuirse á *ignorancia crasa*.

Así: el que confesare haber recibido *cien sures*, no podrá excusarse después, en perjuicio de su acreedor, con su error de no haberlos contado; ó el que confesando sobre algún hecho público y conocido de todos, alegare que lo hizo por ignorancia, crasa ó afectada: como si habiendo confesado alguno que su casa ha recibido siempre las aguas lluvias de la casa de su vecino, pretendiese anular su confesión á pretexto de que ignora lo que son aguas lluvias; ó en el ejemplo anterior, á pretexto de que ignora contar cien sures.

En estos casos, la confesión presta fe, aun cuando pretendiere el confesante probar el error de su confesión, porque á nadie excusa el *error de su propio hecho para perjudicar á otro*, ni la *crasa ignorancia*. La confesión queda establecida en estos dos casos de excepción. — *Nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantia, ut nec scrupulosa inquisitio exigenda . . . etc., etc.*—Ley 6 D. de *juris et facti ignorantia*.

Confesión prestada *por fuerza*: Que sea tal que haya constreñido al confesante de modo irresistible.

Nº. 72.—*Por dolo*.—Es regla de equidad consagrada por el Derecho civil «*que la buena fe debe ser la base de las convenciones*», y nada más contrario á la buena fe que el *dolo*. Toda astucia ó maquinación empleada para alcanzar del confesante una prueba contraria á sus intereses, no presta crédito.

Siendo esencia de la confesión que se haga contra sí mismo, para obligarse el confesante á otro, existe consentimiento de su parte en reconocer el derecho ageno; pero este consentimiento teniendo

por causa el engaño, es nulo del mismo modo que las convenciones dolosas.

Si atendemos al aforismo: «que el consentimiento aunque sorprendido por el dolo, no deja de ser consentimiento», diríamos que la confesión existe en sí, pero maleada por un vicio que impide su ejecución, esto es, que no puede apreciarse como prueba, contra el confesante perjudicado por su declaración falsa y errónea por el dolo.

Más propiamente, dice Merlín, que no hay consentimiento si el declarante no ha procedido con libertad plena y entera. Que por fraude, que por dolo, por ese dolo que la ley define *omnis calliditas et fallatia ad fallendum et decipiendum alterum adhibita, toda astucia ó superchería empleada para engañar y burlar á otro*, se haya falsificado el original de una obligación, ó la firma de quien la suscribió; que por medio de falsos nombres, de falsas empresas, de un crédito imaginario, de esperanzas y temores quiméricos, se haya abusado de la credulidad de una persona y perjudicádole en su fortuna, atacan la sustancia del acto de la confesión, y prueban que allí no existe la obra de la voluntad libre de quien la prestó.

En una palabra, aplicando el principio del artículo 1.448 del O. Civil, el dolo vicia la confesión cuando aparece claramente que sin él no se hubiera prestado.

N.º 73.—*Contra naturaleza:* Como la confesión del que declara ser padre ó abuelo de una persona, sin tener edad competente (Ej. de Escriche D. de L.)

N.º 74.—*Contra las disposiciones de las leyes:* —El Legislador exige en las personas que confiesan la condición de *capacidad*, porque aun cuando la confesión no sea en sí una enagenación; puede, sin embargo, producirla, exonerando de la prueba á quien le incumbe rendirla.

Este punto vimos arriba en el N.º 57. é insistimos en él para hacer notar la correlación manifiesta y muy íntima entre las *personas* que pueden

confesar, y las *cosas* que pueden ser su objeto.

En éstas, exige el Legislador la *alienabilidad*, es decir, que sean *enagenables*.

De donde se sigue, dice Demolombe, que la confesión no puede versar sobre cosas ó derechos á los cuales el confesante no puede renunciar, ó le es prohibido transigir, como el derecho á alimentos, á las acciones de nulidad y divorcio del matrimonio civil, y el estado civil de las personas. [Artículos 325 y 2.432 del C. C. y artículo 25 de la ley de M. Civil].

“Este es el principio (continúa el autor), que debemos aplicarlo en todos los casos, donde existe esta *indisponibilidad* (valga la palabra) no disponibles ó no enagenables, cualquiera que fuese el interés por el cual el legislador lo ha decretado.

Sea en interés de la parte confesante;

Sea en interés de terceros;

Sea en interés del orden público”. (Obra citada, Núms. 477 y 478).

Nº. 75.—Así: sería ineficaz la confesión del marido relativa á los bienes de su mujer que le es prohibido disponer, y debe restituirlos en especie.

Y la confesión que trata de combatir las presunciones legales que son de orden público, como las de los artículos 73 y 1.795 del C. C.

Ni puede oponérsele á una parte que triunfó en la causa, la confesión que ella ha hecho de la no existencia de su derecho, si éste se le ha reconocido por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Ni prevalernos de la confesión del que invoca (en su defensa) la prescripción.

Ni puede tampoco invocarse la confesión hecha sobre un objeto que no está en el comercio, como el estado de las personas, sobre cuya materia no cabe convención. (Art. 1.454 C. C.)

Tampoco sobre asuntos prohibidos por la ley, como la confesión de una paternidad adulterina ó incestuosa, ó la sucesión de una persona viva. (Artículos 198, 267 y 1.194 C. C.)

“En fin, hay casos, dice Laurent, Nº. 176, en

que la ley declara ineficaz una confesión, porque teme se preste en fraude, como la confesión del marido en el proceso de separación de bienes. (Artículos 151 y I.729 del C. O.)

“Del mismo modo, la confesión de los esposos es ineficaz en tratándose de las nulidades absolutas del matrimonio, como lo expresaba Mascardi, haciendo aplicación del principio:

Favor matrimonii efficit ut nulla confessio conjugum contra matrimonium publice contractum ei prejudicare possit. Que ninguna confesión de los conyuges puede perjudicar á la validez de su matrimonio, celebrado con la publicidad legal. (Demolombe, N.º. 485).

— —

Que *recae sobre hechos falsos*: Como la confesión del que reconoce deber alimentos á N su hijo legítimo y á B su esposa, sin que jamás haya habido matrimonio.

§ XXII

N.º. 76.—Art. 272 del E. C.—“La confesión debidamente prestada en los juicios civiles hace plena prueba contra el que la prestó, pero no contra terceros”.

Explicación:

“*Debidamente prestada*”. . . Hemos visto ya en los números anteriores que la confesión debe hacerse ante el juez de la causa; en el mismo proceso seguido con la parte adversa, siendo el confesante persona hábil para comparecer en juicio por sí sólo, y sin los vicios de error, fuerza, etc., mencionados en el artículo anterior.

Debidamente. . . Esto es, si á la declaración voluntaria, sin fuerza ni dolo, de un hecho que le perjudica al confesante, se añade la solemnidad del juramento, bajo cuyo sacramento y el temor de las penas humanas y divinas, dan al hecho afirmado un

grado de probabilidad tal de verdad, que completa su plena demostración.

“En los juicios civiles” Que tienen por causa una acción civil para reclamar una cosa ó derecho pecuniario, ó el estado civil como fundamento de un derecho. “*Judicium civile est in quo principaliter agitur de re familiari, seu de privatis commodis actoris et ræi.*”

En los juicios civiles *hace plena prueba*. No en los criminales en que se trata de la persecución y castigo de los delitos. En éstos, en que la confesión se llama *prueba oral*, no basta la confesión para ser plena prueba: requiérese, además, cuerpo del delito, sobre el cual verse y sea objeto de la confesión.

“*Plena prueba*” *Confesio omnium probationum maxima est*; la prueba por excelencia contra quien la presta, y en eso consiste su presunción de verdad, en el hecho probado por la misma parte, exonerando de la prueba á la parte adversa, “de modo que el Juez mismo está obligado legalmente á considerar como constante el hecho confesado”; y no se requiere otra, y termina el juicio civil. . . .

“*Contra el que la prestó*” *Contre celui qui l'a fait, et non pas pour lui.*

“*Pero no contra terceros*” *Son terceros*, en acepción estricta, en este caso, todos, aun los que siendo parte en el juicio en que se rinde la confesión, no confesaron.

Nº. 77. Así, dos ó más hermanos legítimos demandan un crédito hereditario de la sucesión del padre. El demandado pide la confesión de uno de ellos, y éste, confiesa que el crédito está pagado.

Se pregunta: esta confesión perjudica á los hermanos del confesante, actores con él en el pleito?

No, porque tomando las palabras de la ley en su sentido estricto y literal: «la confesión hace prueba contra el que la prestó», y no contra los actores que no la prestaron.

No, porque siendo divisible la obligación de pagar dinero, y no pudiendo los herederos exigir el

pago de la deuda, sino á prorata de sus cuotas, la prueba que presta la confesión participa de la naturaleza divisible de la obligación á que se refiere, es decir, afecta sólo á la parte del confesante.

No, porque la confesión es un acto enteramente personal; declaración contra quien la rinde en provecho de la parte adversa.

«La confesión es la manifestación de un consentimiento; y todo consentimiento está limitado, por su naturaleza, á las partes que la motivaron; y un tercero, no puede ni aprovecharse del consentimiento del confesante ni perjudicarse por él.»

Nº. 78.—Si se objetare, en el ejemplo propuesto, que siendo todos los hermanos partes en el juicio no son terceros en él, y que, por lo tanto, la confesión de uno perjudica á los demás; replicaríamos: que todos son partes en el juicio sólo en su cuota respectiva, no en las cuotas de los demás; como si dijéramos que cada hermano es parte, á prorata de su cuota, y en relación y medida de ella; y que, así como el pago á uno de los actores no aprovecharía ni perjudicaría á los otros en razón de la divisibilidad de su acción, del mismo modo, la confesión de uno de los hermanos actores correspondiente al derecho del confesante, extinguiría la acción del mismo, no las de los otros, *terceros* en sus cuotas.

La confesión es la declaración que hace una persona *contra sí misma* de la verdad de un hecho; su efecto es personal, no extensivo á terceros, entendiéndose, por tales, «aun los *codeudores solidarios*; y esto está fundado en razón. Confesar es disponer de la cosa que hace el objeto de la confesión. Puedo disponer libremente de la cosa que me pertenece, mas no en perjuicio de mis codeudores. Si merezco fe cuando hablo en mi propio nombre, no cuando se trata del derecho de un tercero.» (Laurent, obra citada, Nº. 180).

Nº. 79.—Así, por ejemplo, el pago de las obligaciones solidarias ó indivisibles, no puede probarse por la simple confesión de un acreedor solidario, por más que fuese legal el pago del deudor á cual-

quiera de ellos, según el artículo 1.503 y 1.517 del C. O. Es preciso probar el hecho de la prestación de lo que se debe, el pago efectivo. "*Cela supopse que le payement est constant*". (Id. N.º. 120).

El mismo principio debe aplicarse á toda confesión cuya consecuencia jurídica se limita estrictamente á sólo el confesante. Los representantes legales, los mandatarios, los procuradores, no pueden en fraude de los derechos de sus representados, *confesar* la extinción de las obligaciones, sin que se pruebe el hecho ó modo legal que las extinguió.

N.º. 80. —La acción es distinta de la prueba. Debe probarse el pago, no la confesión de pago.

Es así como la confesión debidamente prestada hace fe contra el que la prestó, pero no contra terceros:

"*Nous avons dit ailleurs que le créanciers solidaires n' ont pas le pouvoir de perdre le procès au nom de leurs cocréanciers....*"

"*Les débiteurs et les créanciers d' une chose indivisible se representent ils les uns les autres?... la negative ne nous paraît pas douteuse*". (Id. N.º. 121 y 122).

§ XXIII

N.º. 81. —Art. 274. —"La confesión, legítimamente hecha sobre la verdad de la demanda, termina el juicio civil, y de la sentencia que se expidiese no habrá más recurso que el de queja".

La persona á quien demando el pago de 1.000 sucres, dadas á mutuo, al interés del 6 °/o. por el plazo de un año, contesta lisa y llanamente que es verdad que recibió á mutuo los mil sucres, al interés anual del 6 °/o. y que el plazo de un año está vencido. La confesión *simple* prestada *legítimamente* (por quien podía prestarla y ante el juez de la causa) sobre la verdad de mi demanda ha terminado el juicio civil.

"*Juicio* es la legítima discusión de un asunto

ante el juez competente"... La explícita declaración del demandado ha terminado el juicio, esto es, la discusión sobre mi crédito.

Las *excepciones* suspenden, retardan el curso del litigio, ó extinguen en todo ó parte la acción á que se refiere la demanda, sean dilatorias ó perentorias. Las excepciones hacen la discusión, forman el juicio, traban la litis; la confesión simple sobre la verdad de la demanda, hace ya innecesaria la prueba: todo está probado, no hay discusión, el confesante ha dado para sí su sentencia. Debe el cual pronunciarla, sin otra sustanciación, para sellar de modo legal la confesión; para darle fuerza de cosa juzgada y para continuar la vía de apremio sobre verdad reconocida y juzgada. *Certum confessus pro judicato erit.*

"Si el deudor no pagare ni propusiere excepciones, el juez pronunciará sentencia, y ésta causará ejecutoria".

El deudor, en nuestro caso, no opondrá excepción, antes bien, confiesa que no las tiene por ser cierta la demanda en todas sus partes: qué recurso puede concederse de sentencia dada contra sí por boca del deudor ante el juez de la causa? *Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur.*

Nº. 82.—Los recursos son acciones concedidas al litigante condenado para que solicite ante el Superior la reparación del agravio que cree haber recibido. Mas, si el juez pronunció sentencia confirmando la confesión lisa y llana del deudor: qué agravio se le ha hecho, de qué ni para qué recursos al Superior? Luego, la sentencia, causa ejecutoria; todo recurso que no sea el de *queja*, sería inoficioso y malicioso.

El de *queja*? Porque podía ser condenado el confesante en términos más onerosos que los declarados; y porque podía quebrantar el juez el orden de la sustanciación subsiguiente.

§ XXIV

✓ **N.º 83.**—Art. 275. del E. O. —“La confesión hecha ante juez incompetente se tendrá por extrajudicial, y sólo hará semiplena prueba”.

“*Ante juez incompetente*”. — La confesión que ordena el juez ó pide la otra parte, deberá prestarse ante el juez de la causa” (artículo 263). Por tanto, el juez de la causa es el único competente para poder apreciar como prueba plena la confesión que ante él se prestó.

Juicio es la legítima discusión de un asunto ante *juez competente*. Sólo éste puede apreciar el valor de las pruebas, en virtud de su jurisdicción ó poder de administrar justicia en la causa que conoce, y que sólo él puede y debe resolverla. Cualquiera otro juez, aún tratándose de jurisdicción acumulativa, sería incompetente, en razón de la prevención de aquel.

Juez incompetente. . . cualquier otro que no sea el de la causa en la cual sirve de prueba la confesión.

La competencia de un juez consiste en que tenga poder (jurisdicción) para juzgar.

“Toda persona tiene derecho para no ser demandado sino ante el juez de su fuero”.

La confesión prestada ante el juez de otro fuero, sin habersele prorrogado jurisdicción es *extrajudicial*, como hecha ante juez incompetente.

Jurisdicción es el poder de administrar justicia dentro de cierto límite y esfera.

Juez incompetente. . . por la cuantía de la cosa materia del juicio, como si el demandado ante juez parroquial por suma de menor cuantía, confesare que es cierta la deuda. Anulado el juicio, esta confesión debe estimarse ante el Alcalde como *extrajudicial*.

Juez incompetente. . . por la naturaleza de la causa, como la confesión de una obligación civil hecha ante el juez de lo criminal.

O si confesare una obligación de la competencia del fuero civil ordinario ante el juez privativo, cuya jurisdicción está limitada al conocimiento de cierta especie de causas.

Juez incompetente como si el demandado confesare su obligación ante otro Alcalde del ante quien se ventila el juicio, por razón de la prevención.

O si se presentare ante un juez la confesión hecha ante él mismo, pero, en otro juicio.

Y sólo hará semi plena prueba “que por sí sola no demuestra con claridad el hecho, dejando duda acerca de la verdad de él, y por consiguiente no instruye al juez en términos de poder dar sentencia.”

Así decía la antigua legislación. Sabemos hoy que la prueba semiplena puede convencer al juez y fundar su fallo, en la legislación actual.

Se tendrá por extrajudicial *extra judicium*, fuera de juicio, que no se hizo ante el juez competente.

N.º 84.—Pothier después de observar que no debe confundirse la confesión extrajudicial, cuando escrita, con la prueba literal preconstituida, añade:

“Las confesiones extrajudiciales de que hablamos, son aquellas que hace el deudor, sea en una conversación, sea en una carta misiva, ó incidentalmente en cualquier acto, que no se practicó expresamente con ese objeto.”

Tal es generalmente el carácter de la confesión extrajudicial.

De donde resultan dos clases: escrita y verbal”.

Los artículos 275 y 277 del C. de E. O. se refieren á las confesiones ante juez incompetente, ante dos testigos idóneos, dividiendo también la extrajudicial en escrita y verbal.

N.º 85.—Cuál es la escrita?

Acabamos de ver que no debe confundirse la confesión extrajudicial escrita con la *prueba literal* preconstituida. La confesión escrita entra en la clase de las *pruebas literales*”, dice Merlín y Laurent.

Cuál la diferencia?

Si expresamente y con la intención formal de reconocer un derecho y establecer una obligación, se extiende *un instrumento*, se produce una *prueba literal*.

Si por *incidencia* se hizo por el obligado una declaración escrita en un pedimento ó solicitud ante juez incompetente, es confesión extrajudicial escrita.

En el D. Romano se llamaba *instrumenta* á los escritos que servían para hacer constar un derecho, sean actos ó contratos, que comprobaban ó daban testimonio de lo que había pasado entre las partes (*quod actum est*).

Los auténticos ó públicos autorizados con las solemnidades legales por el competente empleado; y los privados ejecutados sin la intervención de éste, y sólo bajo la firma de las partes, son pruebas preconstituidas que se extienden para constancia de las respectivas obligaciones; con este objeto se constituyen previamente, y por esta razón se llaman pruebas preconstituidas que se confunden con las pruebas literales.

En la confesión extrajudicial escrita no hemos de ver esta voluntad directa y determinada de dar una prueba contra sí, sino, como lo ha dicho Pothier, *incidentalmente, en cualquier acto que no se practicó expresamente con ese objeto (qui n'a pas été pratiqué exprés pour cela)*.

Si hubo intención de escribir para dejar constancia de la obligación, se constituye un instrumento privado que entra ya más directamente en la clase de *prueba literal*, distinta de la confesión, pero pueden confundirse.

N.º 86.—Demandado N. N. por la restitución de un caballo contesta que no es del actor, quien carece, en consecuencia, de personería para presentarse en este juicio, y de derecho para demandarlo como suyo. El caballo es de R. R., insiste el demandado.

Sabiendo este tercero la contestación de la de-

manda, fúndase en ella para reclamar el caballo, cuya propiedad ha *confesado extrajudicialmente* N. N.

Este no dió tal confesión para reconocer su obligación para con aquel tercero, ni constituir un derecho en el dueño del caballo; la dió por excepciónarse, por evadirse de devolverlo incidentalmente; un reconocimiento que se *le ha escapado*, como decía Demante (Nº. 331). No quiso constituir una prueba escrita en favor de R. R.: quiso hacer prueba de su derecho á retener el caballo.

Entonces hay lo que llama Bentham *una prueba por escrito casual*, en vez de una prueba intencional. “La confesión supone que no hay escrito preparado; es una prueba que suple la falta de otras pruebas. . . .; que la prueba no puede darse por un título escrito ó que no puede justificarse *completamente* por lo que existe escrito” “*L’aveu suppose qu’il n’y a pas d’écrit dressé. . . . c’est une preuve qui supplée les défaut des autres preuves. . . ., dont il n’y a point de titre par écrit. . . ., qui ne seront pas entièrement justifiées par écrit. . . .*” (Laurent Nº. 217. De l’aveu extra judiciaire).

N. 87. A. Al que confeso extrajudicialmente puede pedírsele se ratifique en su confesión?

B. Reiterada la confesión: son dos confesiones extrajudicial y judicial; ó ésta absorbe á aquella.

C.Cuál es la fuerza probatoria de la confesión extrajudicial escrita? puede dividirse y revocarse?

D. Qué es la confesión verbal? puede dividirse y revocarse?

Nº. 88. A. La ratificación lisa y llana, cual solemos pedirla en el Foro ecuatoriano, es corruptela reprobable, ilegal, y por ende, inaceptable.

Preséntase ante el juez de la causa la confesión extrajudicial, en copia, solicitando que se ordene ratificarse en ella al confesante.

La ley no reconoce esta ratificación en ninguna de sus disposiciones. Si la confesión hace plena fe en el juicio, su verdad es enteramente relativa; y ni la confesión judicial puede trasladarse

á otro juicio con el mismo carácter y fuerza probatoria por sólo la expresión “me ratifico en ella”, ante el juez de la causa.

Esta frase equivale á afirmar: “es verdad que en tal otro juicio hice esta confesión” mas, no es una razón para que sea judicial en éste.

Si se quiere una reiteración de la extrajudicial ante el juez competente, debe pedírsela con las formalidades externas que prescriben los artículos 266 y 267 del E. O., esto es, formando interrogatorio especial sobre los mismos hechos y circunstancias, y demás solemnidades.

La simple ratificación no varía á la confesión su carácter de extrajudicial. Es además, como judicial, prueba mal actuada, que como tal, no hace fe en juicio. (Art. 142 E. O.)

Nº. 89.—B. Cuál es el efecto de la reiteración pedida en forma?

1ª. Una sola confesión, la judicial; dicen unos.

2ª. Dos confesiones: la extrajudicial primera y la judicial segunda; sostienen otros.

La diferencia entre estas dos soluciones es importante, y con razón, porque deducen dos consecuencias:

a) Si la parte invoca la confesión extrajudicial no hará necesariamente plena fe en su favor, pero, en cambio, no será la confesión necesariamente indivisible.

b) Si invoca la confesión judicial, hará ésta necesariamente plena fe en su favor, pero al mismo tiempo, será también necesariamente indivisible.

Todos los comentadores del C. Nap. convienen en que la confesión extrajudicial puede reiterarse y confirmarse judicialmente y de cualquier manera. “*De quelque manière d'ailleurs que l'aveu soit reiterè, spontanément dans une signification ou forcément dans un interrogatoire sur faits, et articles.*”

Nº. 90.—Disputan, como decíamos, únicamente acerca del efecto de la reiteración.

Con más claridad:

a) La confesión judicial posterior absorve la confesión extrajudicial, de modo, que una vez reiterada, no hay más que la judicial?

b) O al contrario: existen dos confesiones, la extrajudicial 1^a. y la judicial 2^a?

Muchos Jurisconsultos sostienen la 1^a. tesis, de una sola confesión, y enseñan que la extrajudicial se transforma absolutamente, por su reiteración, en confesión judicial, y que no puede ya ser divisible.

“Oómo se concibe, dice Merlin, que una confesión hecha en juicio no se considere como judicial, con sus privilegios, por la sola razón de haberla precedido una confesión extrajudicial, de la cual aquella no es sino una repetición? Eso repugna á la razón”. (Q. de Droit V. Confession §. 2^o. N^o. 2^o. Bonnier, t. 1^o. N^o. 361)

N^o. 91.—Los autores que sostienen la 2^a. tesis dicen. “La confesión judicial, una vez hecha, crea un derecho en favor de la parte que puede invocarla, es decir, el derecho de hacer de ella, contra el confesante un medio de prueba.

Porque, ni el juez ni la otra parte pueden privar á una parte de un *derecho adquirido*, de una prueba que la ley misma le autoriza invocar. “La confesión extrajudicial es un hecho que engendra un derecho; or, *il ne depend pas de la partie d'aneantir un fait ni d'enlever un droit acquis*. Luego no puede depender de la parte que ha hecho una confesión extrajudicial, el arrebatarle á la otra el derecho de prevalerse de esta confesión considerada tal cual ha sido hecha con su carácter de extrajudicial, transformándola en confesión judicial, es decir, destruyendo la hecha anteriormente.

Y espontáneamente en un pedimento ó forzosamente en un interrogatorio, de ninguna manera puede desvanecer la confesión extrajudicial.

La parte en cuyo provecho ha sido hecha la confesión extrajudicial, conserva siempre el derecho de invocarla, con los efectos que le son propios”.

(Demolombe N°. 496, obra citada. —Zacharías, Aubry & Rau, Larombiere. . . .)

§ XXV

B.—N°. 92.—Tal es el estado de la cuestión, la que debe á nuestro juicio resolverse así: La confesión extrajudicial ha sido expresamente reiterada ante el Juez de la causa? En este caso toma el carácter de confesión judicial, y absorve ésta á aquella, porque siendo ya prueba plena obliga al Juez á juzgar por la judicial. Sólo á *falta de prueba plena, el Juez decidirá por las incompletas*, según el valor que tenga á su juicio (Art. 141 E. O.)—En consecuencia, sólo subsiste la confesión judicial, y se extingue la extrajudicial que la precedió por ser simplemente prueba incompleta supletoria de la completa judicial; y no hay sino una sola confesión.—Lo contrario repugna al sentido común, dice Merlín. (N°. 90)—En nuestro Código carece de importancia esta cuestión, porque, como vamos á ver, una y otra confesión, son indivisibles. No así en los preceptos doctrinales de la mayor parte de los comentadores franceses que estiman divisible la confesión extrajudicial y sólo la judicial indivisible.

O.—N°. 93.—La confesión extrajudicial escrita: puede dividirse y revocarse?

Si la confesión extrajudicial se hizo ante un Juez, y de ella se sentó acta, es ya un instrumento público, y debe, según el Código Civil, ser tomada tal como está escrita, en su perfecta integridad, é indivisibilidad. “Es evidente que en su aplicación los magistrados no deben perder de vista las reglas legislativas que gobiernan la confesión judicial. Y que, para separarse de ellas, en lo concierne á la confesión extrajudicial, sobre todo en lo relativo á saber si puede dividirse, es preciso que las circunstancias del hecho determinen fuertemente su convicción [convenzan con certeza al Juez] en sentido de la afirmativa (de dividir la confesión).”

“Porque tenemos convicción de que esta regla de la indivisibilidad, es, en sí, lógica y equitativa.”

Y que su aplicación *es deseable*, particularmente cuando se trata de la confesión extrajudicial escrita”. [Demolombe N.º 554 y 556 T. 3.º.—*Traité des contrats*].

Tampoco puede revocarse, si no se probare que se procedió por un error de hecho.

N.º 94.—Y si la confesión extrajudicial consiste en un escrito particular, como una carta, será divisible ésta en sus declaraciones?, por ejemplo, si en una carta misiva reconociendo N. N. que me debía tal cantidad de dinero añade que la ha cancelado en diversas partidas ó por compensación?

La carta por sí misma no prueba contra su autor ni mi crédito que pretendo contra él ni su cancelación; pero “desde el momento que yo presento aquella carta contra N. N., desde el momento que hago de élla un título para probar el préstamo que alego haberle hecho, desde el momento que esa carta me es necesaria para la prueba, es preciso que *élla pruebe también en favor* de N. N., sea la restitución ó sea la compensación del préstamo. Porque es un principio escrito en nuestros libros, que toda pieza presentada por una de las partes en su favor, haga también fe contra ella: *quod produco non reprobó*”. (Merlín, confession § IV, N.º II, Q. D.)

Dumoulin dice que la copia, aun simple é informe, de un acto cualquiera, hace plena fe en juicio contra la parte que la presenta; y que esa pieza opera ese efecto, no por sí misma, sino por la confesión de *esta parte* quien, reproduciéndola en juicio se presume haber reconocido como verídico todo su contenido: *quæ probatio non oritur ex producto exemplo, sed ex confessione producentis qui eo ipso cencetur confiteri omnia contenta in scriptura quam producit, etiansi esset meré privata*”. (Id., Questions de Droit, loco citato).

N.º 96.—O: ¿Cuál es la fuerza probatoria de la confesión extrajudicial escrita?

“Sólo hará semiplena prueba”. “Que por sí sola no demuestra con claridad el hecho, dejando duda acerca de la verdad de él, y por consiguiente, no instruye al juez en términos de poder dar sentencia”.

Tal era la legislación antigua. “La verdad es indivisa, decía, y lo que no es plenamente verdadero no es verdad á medias, sino plenamente falso. (*Veritas est indivisa, et quod non est plené verum, non est semiplené verum, sed plené falsum. Que non est plené probatio, plené nulla probatio, est*)”

La prueba incompleta ó semiplena, por tanto, no era prueba que podía convencer al juez como juez, ni éste podía resolver fundado en esta prueba. Así, los jueces no podían dar por probado un hecho atestiguado por un solo testigo: *testis unus, testis nullus*.

“La naturaleza de la prueba es indivisible (decían): lo que descubre una verdad es una prueba, lo que no la descubre sino á medias, no es ciertamente una prueba, porque no muestra la verdad, dejándola apenas adivinar. Luego es imposible que haya semipuebas como lo es que haya semihombres”.

Ciertamente, dice Merlín, ni la razón ni la ley justifican esta división. No se la encuentra en ningún texto del Derecho Romano ni de las leyes nuevas que pueda justificarla; y los antiguos intérpretes que la han imaginado, habrían hecho bien en atender que no puede haber semipuebas como no hay semiverdades.

Si hubiesen hablado con propiedad debían calificarlas de simples conjeturas lo que les ha placido designar por semipueba ó prueba leve, las que en verdad no tienen otro carácter que el de *presunciones*.

“Los que han imaginado estos términos (continúa Merlín) tenían otro objeto: considerando las semi pruebas ó pruebas leves como fracciones de la prueba completa, han calculado como, en tal hipótesis, se requiere de estas fracciones para formar



por su reunión, una prueba propiamente dicha; buscando así como reglamentar la conciencia de los jueces”.

Nº. 97.—Nuestra ley aceptando esta apreciación jurídica de la semiprueba, expresa que toda prueba imperfecta ó semiplena tiene el valor de presunción judicial (artículo 310 E. O.) ó simple, como la califica Bonnier.

Y como á falta de prueba plena el juez decidirá por las incompletas, según el valor que tengan á su juicio (artículo 141 id.).

Se deduce que en la legislación actual, un testigo que hace semiplena prueba (artículo 253 id.) y la confesión extrajudicial, etc., etc., puede servir de fundamento al juez en sus resoluciones, según la fuerza y valor de las presunciones.

La plena prueba difiere de la imperfecta y semiplena: la plena encadena de cierto modo al juez, el cual debe resolver en mérito de esta prueba (*l'opinion de juge est enchainée: le juge ne peut pas regarder comme non prouvé complètement ce qui est prouvé*).

La imperfecta no prueba completamente; pero la ley deja al criterio del juez deducir el grado de convicción que los antecedentes le deban.

La imperfecta es presunción que puede ó no convencer al juez; mas como son tantas las circunstancias de que puede revestirse la presunción, no puede reglamentarse, en este punto, el criterio del juez: *judicem aestimaturum*.

“La confesión extrajudicial se considera como un hecho sujeto á apreciación de los Tribunales, según las reglas establecidas para la prueba”. [Art. 1.239 C. O. Español].

“Queda á la prudencia del juez determinar el efecto de la confesión extrajudicial” [Cód. holandés].

Nº. 98.—Cuestión: “El mismo hecho (dice Marcadé) no puede ser verdadero en el primer proceso y falso en el segundo”.

“Concíbese que la parte confesante nos diga: “lo que reconozco será verdad en el actual proceso,

pero mi declaración dejará de ser verdadera en cualquier otro proceso que pudiera suscitarse?"

Por consiguiente la confesión prestada ante un juez que fue competente para recibirla y que allí hizo plena prueba, debe serlo en cualquier otro juicio que se la invoque".

R. El juez que conoce de una causa no puede fundarse, sin temor de errar, en prueba [la confesión] que sirvió de fundamento en otra causa, ante otro juez. El juez tendría las manos atadas, dice Desjardins, sujetándolo á la prueba perfecta de la confesión que no se rindió ante él, si ésta se estimase como judicial en toda circunstancia.

Juzgaría sobre criterio ageno, lo cual es absurdo en Jurisprudencia.

La confesión se asimila á la cosa juzgada, y por igual razón, la sentencia lo es sólo en la parte que se dicta. *Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur*: la confesión sentencia fue dada por la misma parte contra su interés particular. De aquí la fuerza de la confesión, pero no podemos extender su fuerza probatoria á otra causa, sin atender al derecho del confesante, y al concepto legal de la cosa juzgada.

Refutando el concepto de Marcadé, citado arriba, Aubry & Rau, dicen: "Razonando así [Marcadé] olvida que la verdad jurídica es *esencialmente relativa*; que por otra parte, la cuestión no es saber si el hecho confesado en un primer litigio es en sí mismo verdadero ó falso; sino saber si este hecho debe ser tenido por legalmente averiguado en un segundo juicio; y si, por consecuencia, la parte que se aprovecha de esa confesión se encuentra ó no exenta de la prueba, de una manera absoluta; y que, en fin, la confesión es, no tanto, un medio de prueba, cuanto un motivo de descisión impuesto al juez por la ley para el juzgamiento del litigio con ocasión del cual ha intervenido, y cuyo resultado, desde entonces, debe naturalmente restringirse á este litigio. La razón invocada por Marcadé nos conduciría á esta consecuencia: que la confesión hecha en el cur-

so de un juicio, podría ser ulteriormente invocada por personas que no intervinieron en ese juicio. Esta consecuencia es evidentemente inadmisibile. . .

Por otra parte, rehusando á la confesión hecha en un proceso el carácter de judicial en otro; no por esto le negamos toda su eficacia: una confesión tal producirá siempre los efectos de una confesión extrajudicial. (N°. 751, Quest. 7ª. Notion de l'aveu).

Tal es la doctrina del artículo que nos ocupa 275 E. O. “La O. de Casación decidió, dice Dalloz, que considerar el reconocimiento hecho en un juicio como una confesión ó verdad absoluta, habría sido ir más allá de la intención de las partes”. (Rejet. 12 aout 1.851).

§ XXVI

N°. 99.—Art. 277. “La confesión extrajudicial ó ante juez incompetente hace prueba imperfecta, si reúne las circunstancias siguientes:

1°. Que se haya hecho de una manera seria y deliberada;

2°. Que se determine de una manera clara, precisa y terminante el hecho á que se refiere; y

3°. Que se haya hecho á presencia de dos testigos idóneos, cuyas declaraciones sean conformes”.

N°. 100.—Cuestión: Puede probarse por testigos la confesión de Pedro que afirmó que debía á Pablo la cantidad de más de 200 sucres?

El artículo 1.355 del Cód. Nap. dispone: “La alegación de una confesión extrajudicial, puramente verbal es inútil, cuando se trata de una demanda cuya prueba no admite la testimonial”.

Nada más lógico ni más necesario que esta disposición. “Pablo pretende que ha hecho á Pedro el préstamo de una suma de 300 sucres, pero no tiene de él prueba literal.

“La prueba testimonial del préstamo no es ad-

misible puesto que se trata de una cosa de más de 200 sucres.

“Mas, Pablo alega que Pedro ha confesado la existencia de este préstamo y pretende probarlo por testigos qué? la confesión verbal que ha hecho Pedro.

“Es evidente que si fuese admisible esta prueba sería muy fácil burlar las leyes prohibitivas de la prueba testimonial, ya que no sería la confesión lo que se probaría, sino el hecho confesado, esto es, la deuda”. (Demolombe, tt. 30, N.º. 543).

“Esto sería (continúa), probar indirectamente la deuda misma por testigos. Por la misma razón que no podéis así la deuda, no podéis tampoco probar por testigos la confesión verbal de esta deuda”.

El art. 1.699 del C. O. Ecuatoriano no admite prueba testimonial en actos ó contratos que valgan más de doscientos sucres. Por tanto, es aplicable la misma doctrina cuando la prueba testimonial se refiere á la confesión extrajudicial de cantidad mayor.

N.º. 101.—Cuestión: Roto el cauce de una acequia, los perjuicios calculados suman más de 200 sucres. Descubierta el autor del daño por testigos idóneos que le oyeron confesar de manera seria y deliberada, refiriéndose al hecho de modo claro, preciso y terminante, y á presencia de los declarantes, conformes además...; se pregunta si puede aceptarse esta prueba testimonial en el supuesto de que la cuantía indeterminada y perjuicios exceden en mucho de 200 sucres?

Probada la confesión del hecho, se comprobaría el derecho del demandante; luego, aceptada la prueba de testigos de la confesión del autor, quedaría probada indirectamente la deuda.

R. Para resolver, examinemos previamente los principios que rigen la admisión de la prueba testimonial.

Los hechos son:

- a) Jurídicos;
- b) Materiales, y

c) Jurídicos y materiales, á la vez.

a) *Jurídicos* son los hechos que necesariamente y en el mismo acto originan una obligación, ó la extinguen, ó la transfieren: como todos los contratos.

Los hechos *jurídicos* no admiten testigos:

1°. Cuando debieron escribirse por exigirlo su naturaleza, como la contribución de renta vitalicia...

2°. Cuando pasan de 200 sucres. *Requiritur scriptura ad probationem tantum non quoad formam negotii,*

b) *Materiales* son los hechos que por sí mismos no producen sino resultados materiales, é incidentalmente consecuencias jurídicas: como los hechos de posesión, de cultivos, siembras, desmontes, cosechas, construcciones..... etc. No es de la esencia de estos hechos crear ni extinguir obligaciones. Nadie al verlos ejecutar podría afirmar que se está ejecutando un contrato ó acto jurídico; como cuando se ve celebrar un contrato de palabra ó por escrito. Los hechos son *simples y puros*. Su consecuencia jurídica, si la tienen ó no, es accesoria, no de consecuencia necesaria.

En el caso propuesto, sobre qué versa la deposición de testigos?

Sobre que oyeron á N. confesar haber roto el cauce de tal acequia determinada para llevar las aguas á su predio, esto es, sobre un *hecho material simple*.

Si este hecho ha producido daños, pudo no haberlos producido. El hecho en sí es puro. Sobre sus consecuencias judiciales no versa la deposición testimonial.

Nº. 102. — En consecuencia: *Puede aceptarse la prueba testimonial de la confesión extrajudicial sobre el hecho propuesto, material, puro y simple, sea cualquiera la importancia de la litis que trate de fundarse en el hecho.*

Puro y simple.... sin elemento jurídico.

Tales son los hechos materiales de posesión, de perturbación de ésta, de trámite.... etc.

Los testigos declaran sobre los hechos, no sobre el derecho que de ellos dimana.

Si la persona á quien perjudica la deposición de los testigos acerca de su confesión no la desvanece por mejor prueba, puede juzgarse por la prueba semiplena de la confesión oral extrajudicial, según el valor que tenga á juicio del juez. (Art. 141 E. O.)

c) En los hechos que se componen de ambos elementos (jurídico y material), puede aceptarse la prueba testimonial de la confesión oral extrajudicial cuando trata de probarse el *elemento material*.

Nº. 103.—Cuestión: Si la deposición de dos testigos idóneos, hace prueba plena, por regla general, según el artículo 209 del E. O.: por qué en el caso propuesto, hace sólo semiprueba, sin embargo de reunir las prudentes condiciones del art. 277?

R. Porque en este caso (del Nº. 101), los testigos *oyeron* al confesante que él había ejecutado un hecho, *no vieron* este hecho.

Si los testigos hubieren presenciado el hecho, sería plena la prueba fundada en la testimonial, y no en la confesión oral extrajudicial de que hablamos.

Nº. 104.—Volvamos al art. 277 que nos ocupa.—Siendo la presunción *prueba circunstancial*, el juez examina las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes al hecho de la confesión extrajudicial.

“Hay peligro de la corrupción de los testigos, de la alteración de los escritos; fue hecha seriamente en respuesta á una pregunta precisa, en presencia del acreedor que debía aprovecharse de ella; ó bien á modo de broma, en el curso de una conversación, en presencia de terceros indiferentes á la confesión” (V. Pothier, según Dumoulin Nº. 801).

Con razón llámase esta prueba *artificial*. porque más ó menos es obra de la razón del hombre-juez. De la declaración extrajudicial debe deducir si en verdad fue una confesión seria y deliberada, y si todas sus circunstancias convencen total ó parcialmente en un todo indivisible ó no.



Reune, á juicio del juez, la confesión verbal, las condiciones que exige el art. 277, es decir, es seria y deliberada, determinada y clara, y ante testigos idóneos? Luego hay confesión é indivisible.

“A nuestro parecer, la indivisibilidad de la confesión resulta de la esencia misma de la confesión, y por consiguiente, toda confesión es indivisible. Si la ley habla sólo de la judicial es, porque ésta es seria, en tanto que la extrajudicial puede no serlo: hé ahí *la cuestión de hecho que se abandona á la apreciación del juez....* Pero, una vez que el juez ha decidido que hay confesión, debe también admitirla indivisible”. (Principes de Droit civil, F. Laurent, T. 20, N°. 221).

