

## § 5

*Del tiempo en relación con la admisión de los medios de prueba.*

## SUMARIO

181. Divisiones de la materia.
- A. Tiempo para la admisión de los medios de prueba en el juicio.*
182. Distinciones necesarias.
183. a. Juicio recusatorio.
184. b. Juicio en general. Sistemas según los cuáles la prueba debe proponerse al comienzo del litigio. Crítica.
185. Plazo para la admisión de los medios de prueba en el procedimiento sumario.
186. Plazo para la admisión de los medios de prueba en el procedimiento formal.
187. Que sean los nuevos documentos que no pueden presentarse cuando se ha hecho firme la inscripción de la causa en lista. Doctrina común.
188. Documentos que justifican la legitimidad de la persona de los litigantes; por ejemplo, documento autorizando al Síndico para comparecer en juicio.
189. Actas de pruebas simples formadas en el juicio.
190. Documentos con carácter absoluto decisorio.
191. Documentos formados después del día en que se cerró la inscripción del asunto en lista.
192. Documentos no presentados por retraso en su remisión.
193. Derechos de la parte contraria en los casos de los números 190 y 191.
194. Efectos de la prohibición contenida en los artículos 175 y 176 del Código de procedimientos civiles.
195. Plazo para la proposición de medios de prueba antes que la inscripción de la causa en lista se haga firme.
196. Si en la tramitación de los incidentes son aplicables las disposiciones de los artículos 175 y 176 del Código de procedimientos civiles.
197. Opinión afirmativa; argumentos que la demuestran.
198. Opinión negativa; argumentos que la demuestran; examen de una objeción de Mortara.
199. Si son admisibles nuevas pruebas cuando las partes son enviadas al Tribunal Colegiado para la admisión del incidente, y el valor que tenga.
200. Solución negativa.
201. Si en la comparecencia de que trata el art. 174 del Código de procedimientos civiles, se pueden proponer nuevas pruebas; solución afirmativa.
202. Plazo para la admisión de medios de prueba ante juez único.
203. Plazo para la admisión de medios de prueba en los procedimientos especiales.
- B. Tiempo para la admisión de la prueba en los juicios sucesivos.*
- a. Juicios de apelación.
204. Reseña histórica del principio que admite en la apelación nuevos medios de prueba.

205. Legislación moderna comparada.  
 206. Crítica del sistema del legislador italiano.  
 207. La producción de nuevas pruebas es una facultad, no una obligación de la parte.  
 208. Son pruebas nuevas las que hubieran podido proponerse en primera instancia y no lo fueron por negligencia ó error de las partes.  
 209. Son también *pruebas nuevas* las que hubieran podido practicarse en primera instancia y no lo fueron por voluntad de la parte á causa de irregularidades fiscales.  
 210. Son *pruebas nuevas* las que se practican con medio ya experimentado pero con objeto distinto.  
 211. Las *nuevas pruebas* son admisibles en apelación si el actor en el primer juicio no dedujese pruebas.  
 212. Una segunda prueba sobre los mismos hechos no es una nueva prueba.  
 213. No es prueba nueva la contraprueba que debió practicarse en primera instancia.  
 214. Si la decisión sobre la cualidad de *prueba nueva* es juicio de hecho ó de derecho.  
     b. Juicios de revocación.  
 215. Indole de nuestro estudio.  
 216. Medios de prueba admisibles para aprobar el dolo.  
 217. Medios de prueba en caso de documento falso.  
 218. Qué cosa es el documento *noviter repertum*.  
 219. Si debe exhibirse el documento *noviter repertum*.  
 220. El documento *noviter repertum* en los juicios de revocación ante el Tribunal de Cuentas.  
 221. La prueba del error de hecho.  
 222. La prueba del error de hecho en los juicios de revocación ante el Tribunal de Cuentas.  
     c. Juicio de casación.  
 223. Las pruebas nuevas ante la casación y la Sección 4.<sup>a</sup> del Consejo de Estado.  
     d. Juicio de remisión ó devolución.  
 224. Las pruebas nuevas en los juicios de remisión; opiniones respectivas.  
 225. Las pruebas nuevas ordenadas de oficio por el Juez de remisión.  
 226. Las pruebas nuevas por iniciativa de las partes, pueden decidirse en el juicio de remisión.  
 227. Sin distinguir que en el primer juicio haya habido instrucción ordinaria ó sumaria.

181. La determinación del tiempo en que debe la parte proponer los medios de prueba, cuya admisión pide, es diversa, según que examinemos el juicio en sí mismo, ó los que como los incidentes son consecuencia del primero.

De aquí la natural división del párrafo en dos tratados.

A.—*Tiempo para la admisión de los medios de prueba en el juicio.*

182. También aquí tenemos que examinar dos hipótesis: la relativa al juicio de recusación y la relativa á los juicios en general.

Debemos, sin embargo, advertir, para que no se nos arguyan

omisiones, que el término para ejercitar la acción es distinto del término para la admisión de los medios de prueba.

183. *a) Juicio de recusación.*—En el *juicio de recusación*, la ley, para dejar á salvo el respeto debido á la persona de los Magistrados, y en consideración al que se quiere tener á la Magistratura (1), fija términos perentorios para la presentación del acta de recusación (arts. 121 y 122 Cód. proc. civ.). Y una vez que este acta debe indicar los medios de prueba, claro está que no se pueden añadir otros, transcurridos dichos términos (2) (*a*).

Dada la especial naturaleza del procedimiento, y los motivos de las disposiciones de la ley, sería absurda una opinión contraria.

184. *b) Juicio en general.*—En los juicios en general, el procedimiento moderno rechaza las restricciones introducidas en otros procedimientos.

En el derecho común, era costumbre de los Jueces fijar un tér-

(1) Mattiolo, I, n. 1063, p. 902.

(2) Mattiolo, I, n. 1064, p. 902, 903; Cuzzeri, art. 123, n. 3; Borsari, *Com. pr. civ.*, I, sobre el art. 121.

(*a*) En nuestro procedimiento, la recusación, tanto de los magistrados, jueces y asesores encargados de conocer y resolver las cuestiones judiciales, como de los auxiliares de los Tribunales y Juzgados, no constituye un verdadero juicio, sino una incidencia de aquel en que es ejercitado el derecho de recusar, estando sometida á distinta tramitación según la condición del recusado y la causa en que se funde, si bien ha de sustanciarse en pieza separada y sin suspensión del juicio hasta la citación para la sentencia definitiva, en cuyo estado se suspenderán las actuaciones hasta la resolución del incidente, si es que antes no lo hubiere sido.

El tít. 5.º del libro 1.º de la ley de Enjuiciamiento civil determina el procedimiento que deba seguirse en cada uno de los distintos casos de recusación admitidos por la misma, y limitándonos ahora á la parte relativa á la proposición y admisión de las pruebas correspondientes, debemos indicar que, constituyendo una de las más importantes reformas en la materia, introducidas por la vigente ley de Enjuiciamiento civil, la supresión de la recusación sin causa, es requisito indispensable el recibimiento del incidente á prueba para la justificación de la que la motive, si esta no hubiere sido reconocida por el recusado.

El procedimiento para la articulación y admisión de dichas pruebas es distinto según los casos. Si el recusado fuere algún Magistrado, un Juez de primera instancia, ó un Juez municipal ó su asesor cuando intervinieren por sustitución de aquél, y el recusado no estimare procedente la causa alegada por no hallarse comprendido en la misma, se recibirán los autos á prueba por término de diez días improrrogables cuando la recusación se funde en hechos que no estén justificados y no hayan sido reconocidos por el recusado.

Si el recusado fuere un Juez municipal que no interviniera por sustitución del de primera instancia, sino en asuntos de su propia competencia, y no fuese considerada como legítima la causa alegada para ello, se convocará á las partes á una comparecencia, que habrá de tener lugar dentro de los seis días siguientes, y en ella, después de oír á las mismas, se recibirán las pruebas que se ofrezcan sobre la causa de la recusación cuando la cuestión sea de hecho.—(*N. del T.*)

mino para la presentación de las pruebas, transcurrido el cual ninguna otra se admitía (1) (a).

El docto profesor Pertile observa que las leyes de fines del siglo pasado y de los primeros lustros del presente, prescribieron que el actor debía proponer al principio del pleito todas las pruebas á las cuales quisiera recurrir en justificación de su demanda, obligando al demandado á hacer otro tanto por las que hubiera podido invocar en apoyo de su defensa (2).

(1) Scaccia, *De judiciis*, I, cap. XL, n. XII, f. 166.

(a) En el sistema de enjuiciar establecido por nuestro derecho procesal, también se fija un término preciso é improrrogable dentro del cual deben ser articuladas todas las pruebas de que intenten valerse las partes, con la sola excepción que más adelante indicaremos.

Si el juicio es el ordinario de mayor cuantía, tipo al cual han de ajustarse en lo posible los demás, después de la discusión escrita de las partes, y fijados por éstas definitivamente los puntos de hecho y de derecho objeto del debate, se reciben los autos á prueba en los casos que proceda, dividiéndose el término probatorio en dos periodos distintos, estando destinado el primero á la articulación ó proposición de las pruebas, y el segundo á la práctica de las mismas.

Todas las que intente utilizar cada parte habrán de ser propuestas en dicho primer periodo, sin que pueda reservarse para ocasión distinta la articulación de las mismas. Sin embargo, cuando alguno de los litigantes solicite alguna diligencia de prueba dentro de los tres últimos días de dicho periodo, podrá la parte contraria proponer, dentro de los tres días siguientes al de la entrega de la copia del escrito, la prueba que le convenga sobre los mismos hechos.

Transcurrido este último plazo, y en otro caso el de veinte días que como plazo máximo se señala al mismo, quedará cerrado definitivamente el primer periodo, y en adelante no podrá articularse por las partes ninguna nueva prueba en la primera instancia. Sin embargo, la confesión en juicio puede utilizarse hasta la citación para sentencia.

Si el juicio fuere de menor cuantía, el sistema que ha de seguirse es el mismo, dividiéndose igualmente en dos periodos distintos el término probatorio, sólo que el primero, ó sea el de proposición de pruebas, es mucho más breve, estando reducido á sólo seis días, dentro de los cuales cada parte debe proponer toda la que le interese, no permitiéndose, pasado dicho plazo, articular prueba nueva ni adicionar la propuesta, exceptuando de esta prohibición tan sólo los documentos que se hallaren en alguno de los casos del art. 506 de la ley de Enjuiciamiento civil, de que en otra nota hemos de ocuparnos, los cuales, tanto en el juicio de mayor como en el de menor cuantía, podrán ser presentados en la primera instancia hasta la citación para sentencia en el primer caso, y para la comparecencia en el segundo, y hasta la citación para sentencia en la segunda instancia en ambas clases de juicio.

Si el juicio fuere verbal, se pondrán las pruebas en la comparecencia señalada para la celebración del mismo. Y por último, si se tratase de un incidente, en dicho caso el término probatorio es común para articular y practicar las pruebas que se utilizaren, pero no pueden ser articuladas fuera de dicho término.—*(N. del T.)*

(2) *Op. cit.* VI, II, § 236, p. 651. El vigente Cód. proc. civ. obliga á la parte á presentar en el acto de la petición todos los documentos sobre los cuales la acción está fundada (art. 76).

El sistema de estas leyes, inspirado en un concepto justo teóricamente, acaba en la práctica por resultar perjudicial.

La mejor garantía contra la mala fe que aquellas leyes quisieron obtener, se consigue también por las modernas que dejan cierta elasticidad de tiempo para presentar las pruebas.

Además, suele ocurrir que en el desarrollo del juicio la demanda y las excepciones, así en sus elementos de hecho como en su carácter jurídico, varían aún sustancialmente, y entonces es patente la necesidad de procurarse armas idóneas con que combatir las nuevas del adversario. (a).

En nuestra ley, la instrucción de la causa permanece abierta por un período diverso, según las varias especies de procedimientos, y ninguna limitación es lícita sino las contenidas en la ley.

De aquí, que haya resuelto la Casación de Turín, con mucha exactitud, que el exigir que la prueba sea prestada con la *demanda*, aparte de que es pretender lo que ninguna ley impone, es querer cerrar el camino en la generalidad de los casos de hacer valer en juicio un derecho que se cree lesionado y desconocido (1); que el pretender que las *excepciones* se acompañen desde luego con la prueba oportuna, sería subvertir la economía del juicio, y de una institución de justicia y de orden haríase un campo lleno de asechanzas y de sorpresas (2) (b).

(a) Por estas mismas razones nuestra ley de Enjuiciamiento civil no admite el recibimiento del juicio á prueba hasta después de quedar definitivamente planteada la litis por la fijación definitiva de los puntos de hecho y de derecho objeto del debate.—(N. del T.)

(1) 29 Dic. 85, Giusto (*Jur. Tur.* 1886, p. 96).

(2) 6 Nov. 83, Sarra (*Jur. Tur.* 1883, p. 1183).

(b) No debe confundirse la proposición de las pruebas con la presentación de los documentos en que funden sus derechos las partes.

Las primeras sólo pueden ser propuestas ó presentadas después de recibido el juicio á prueba: los segundos han de acompañarse necesariamente con la demanda ó contestación, si los tuviere á su disposición la parte que hubiere de presentarlo, designando en otro caso el archivo ó lugar en que se encontraren los originales, para que pueda quedar á salvo su derecho á presentarlos. Después de la demanda y de la contestación no se admitirán al actor ni al demandado otros documentos que los que se hallaren en alguno de los casos siguientes: (N. del T.)

1.º Ser de fecha posterior á dichos escritos.

2.º Los anteriores, respecto de los cuales jure la parte que los presenta no haber tenido antes conocimiento de su existencia; y

3.º Los que no haya sido posible adquirir con anterioridad por causas que no sean imputables á la parte interesada, siempre que se haya hecho oportunamente la designación expresada anteriormente.

Esta última causa de admisión ha sido establecida con justa razón en la ley de Enjuiciamiento civil vigente, pues en la anterior no existía, y dado el enlace

185. *Procedimiento sumario.*—La ciencia está conforme en reconocer que el vicio capital de las reglas sobre el procedimiento sumario en la legislación italiana, consiste en haberle reglamentado sólo desde el punto de vista de las pruebas constituidas, en las cuales todavía no ofrece las garantías necesarias. Cuando el litigio se funda sobre pruebas preconstituidas, su presentación y comunicación tienen un término fijo, debiendo efectuarse en la audiencia su discusión y el cambio de conclusiones (art. 390 Cód. proc. civ.). No estamos en el caso de resumir, porque de todos son conocidos los inconvenientes de este sistema; pero nos parece oportuno reproducir la concienzuda proposición de reforma, hecha por el ilustre Profesor Mortara y acogida por el IV Congreso Jurídico (a).

y la razón de dependencia que tiene el art. 506 de la ley de Enjuiciamiento, que establece dichas excepciones, con el 504, en que se consigna la regla general, desde luego se comprende que el precepto del citado art. 506 prohibiendo la admisión de documentos á las partes después de los escritos de demanda y contestación, se refiere á aquéllos de que habla el 504, ó sean los documentos en que la parte interesada funde su derecho, y por lo tanto, no obsta dicha prohibición para que en el período de prueba puedan presentarse, ó ser traídos tan sólo á los efectos probatorios, todos los que no se encuentren en dicho caso y puedan contribuir á la comprobación de los hechos objeto del litigio.

De los documentos expresados en el art. 506 citado, los que fueren aportados al juicio antes de terminar el período probatorio, pueden ser combatidos por el colitigante mediante la proposición de los medios de prueba eficaces y pertinentes para ello: por eso la ley de Enjuiciamiento no establece trámite alguno para su discusión. Pero si se presentare alguno después del término de prueba, no teniendo ya ocasión el colitigante de impugnar dicho documento, la ley establece que se dé traslado de él para que dentro de seis días se manifieste si la parte contraria le reconoce como legítimo, eficaz y admisible, ó las razones que tenga para impugnarlo, debiendo hacerse esta manifestación por medio de otrosí en los escritos de conclusión cuando el estado de los autos lo permita.

Este trámite es consecuencia del principio aceptado por nuestra ley, de no reconocer efectos en juicio á los documentos presentados, sino mediante la aceptación del colitigante ó el cotejo con sus originales mediante citación contraria.

De todos modos, no se admitirá documento alguno á las partes después de la citación para sentencia, debiendo ser repelidos de oficio los que fueren presentados, mandando devolverlos sin ulterior recurso, sin perjuicio de la facultad concedida á los Jueces y Tribunales por el art. 340, para acordar para mejor proveer que se traiga á la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes ó cualesquiera autos que tengan relación con el pleito.  
—(N. del T.)

(a) En nuestro procedimiento sumario, nuestra ley ha seguido el mismo criterio, de que las pruebas sean propuestas todas ellas y sin excepción alguna dentro del término establecido para ello, sólo que en algunos de dichos juicios exige una información probatoria previa á la admisión de la demanda; que no pueda en realidad recibir el nombre de prueba, toda vez que no está propuesta y practicada con contradicción ó citación de la persona á quien perjudica, ni producir verdaderos efectos probatorios sin la oportuna ratificación en el correspondiente período del juicio y previa citación de la parte contra la cual se propone.—(N. del T.)

1.º Que el autor tenga facultad de depositar en Cancillería ó Escribanía los documentos que quiera ofrecer en comunicación al demandado, dándole explícito aviso en el acto de citación;

2.º Que el demandado tenga análoga facultad respecto del actor, con tal que el depósito y la notificación ocurran en un término bastante anterior á la audiencia;

3.º Regularmente, la comunicación de los documentos hecha en audiencia concede á la otra parte el derecho de pedir una remisión ó devolución, que el Presidente acordará en la medida que estime oportuna, salvo que por la absoluta urgencia de la causa sea justo negarlo;

4.º Que no haya términos perentorios para la producción y comunicación de documentos, y sean llevadas las causas á discusión en proceso abierto;

5.º Que la comunicación de los documentos en la audiencia se cumpla del modo que acuerden las partes ó sus representantes; en defecto de acuerdo, ordene el Presidente la comunicación con el proveído que remita la causa á otra audiencia. Por efecto de tal proveído, los documentos deberán ser depositados en la Cancillería por la parte á quien se ordenara, dentro del mismo día de la audiencia, y quedarán allí á disposición de las otras partes por la mitad del término que precede á la nueva audiencia;

6.º Que pueda ordenar el Presidente se difiera la causa con el conveniente intervalo, no sólo en el caso de demanda determinada por la comunicación de los documentos, sino también en toda otra circunstancia en que la misma demanda esté, por apreciables motivos, justificada;

7.º Que puedan ser ordenadas del mismo modo remisiones, de oficio, ó por consentimiento de las partes, ó de Procuradores. Empero cuando las remisiones consensuales entre Procuradores se multipliquen sin aparente justificación, consiéntase á los individuos del Tribunal asegurarse que las partes están personalmente informadas de ello;

8.º Ultimadas las producciones, y salvo el caso de que se deba proceder á actos de instrucción de que se hablará después, los Procuradores pidan la discusión de la causa, que se efectuará en la misma audiencia ó en otra determinada por el Tribunal.

Si hay renuncia en la discusión, procédase al cambio de los escritos de conclusiones y á la presentación de los volúmenes de actos y documentos. El original del escrito de conclusiones de cada

una de las partes ha de ir seguido de la lista de los documentos producidos y deberá obtener el visto y la firma de la parte contraria ó de su Procurador ó Abogado, en señal de recibida y en prueba de identidad. No podrá el Juez tener en cuenta las conclusiones y los documentos que se produzcan sin esta garantía.

9.º Cuando haya comparecido una sola parte, no es necesaria discusión oral; si la contumacia se refiere á los demandados, no tendrá el actor la obligación de hacer el escrito de conclusiones.

10. Después de la discusión oral se permitirá pedir y está en la facultad del Presidente autorizar la comunicación, dentro de breve término, de notas de las defensas en las cuales no se admitan ni nuevas conclusiones ni nuevas excepciones ó alegaciones de hecho ó producciones de documentos.

11. La designación del Procurador hecha por el actor en la citación, ó la constitución del mismo en la audiencia y la de Procurador por el demandado tendrán validez, previa elección de domicilio para la notificación de todos los actos de la causa y de las sentencias hasta en la notificación inclusive del acta de apelación en los juicios de primera instancia y del recurso de casación en los de apelación.

Si la causa debe instruirse con la formación de pruebas simples, éstas se proponen en la audiencia de discusión con el escrito de conclusiones, y también deben fatalmente ser admitidas en sentencia.

El citado proyecto del Profesor Mortara proponía también aquí sensatas reformas, que el Congreso aprobó. Entre ellas señalamos, como estrictamente conexas con el tema, las siguientes:

La causa se tramitará por medio de escritos de instrucción y de conclusiones. Los escritos se comunicarán entre los procuradores, los que se transmiten recíprocamente declaraciones de recibida, fechada y suscrita al pie de los respectivos originales. Pueden ser propuestas por comparecencia de instrucción las demandas de medios de instrucción.

Cuando las partes estén de acuerdo sobre un proveído incidental ó de instrucción, se hace mención de ello en el acta de la audiencia, y el Presidente provee inmediatamente ó en el día siguiente con providencia no sujeta á notificación. La causa, cuando sea necesario, es eliminada de la lista.

Terminada una prueba y antes de la clausura del proceso verbal, pueden las partes declarar que quieren proponer nuevos me-

dios de instrucción. La proposición relativa es hecha mediante comparecencia de instrucción en el término que ha de señalarse por el juez delegado.

Si el juez delegado pertenece al tribunal Colegiado ante el cual pende la causa, provee sobre las nuevas pruebas á medida del artículo 181 y siguientes. En caso diverso, las partes pueden personarse ante el Presidente del Tribunal ó de la Corte competente, en las formas de los artículos citados, antes de que la causa sea llevada á la lista.

Las partes tienen, con todo, la facultad de proponer los nuevos medios de prueba ante el Colegio.

186. *Procedimiento ordinario.*—En el procedimiento ordinario, el período instructorio de la causa para las partes se cierra cuando la inscripción de la causa en la lista queda firme. No se puede, pues, cambiar la comparecencia de instrucción; pero sólo la comparecencia conclusional; y no se pueden presentar nuevos documentos ni nuevas pruebas orales, aparte del juramento decisorio (arts. 175, 176, Cód. proc. civ.) (a).

(a) En nuestro procedimiento ordinario no existe esos dos períodos distintos, de *instrucción* y de *juicio*, que se encuentran en el italiano; pero por analogía podemos decir que hay también dos partes, una de discusión y otra de comprobación, que preceden al fallo, aunque sometidas ambas á un mismo Tribunal, en vez de serlo á Tribunales distintos, como en el derecho procesal italiano.

La primera de dichas partes, ó sea el período de discusión, queda cerrado con la fijación definitiva por cada una de las partes de los puntos de hecho y de derecho objeto del debate que han de determinar la materia propia de la litis.

Esa fijación debe hacerse en los escritos de réplica y dúplica, ó en los de demanda y contestación si se hubiere renunciado á la réplica, ó si el juicio fuere de menor cuantía.

Cerrado dicho período, no pueden alterarse los hechos ó sean las conclusiones base del juicio. Sin embargo, si después de los citados escritos ocurriese algún hecho de influencia notoria en la decisión del pleito, ó hubiere llegado á noticia de las partes alguno anterior con dicha circunstancia, del cual juren no haber tenido antes conocimiento, podrán alegarlo durante el primer período del término ordinario de prueba, articulando concretamente por medio de un escrito que se llama de *ampliación*, pero sin que se adicione ni modifiquen en él las pretensiones y excepciones que se hayan formulado anteriormente.

Después del período de discusión viene el de comprobación, ó sea el de proposición, admisión y práctica de las pruebas, que como hemos dicho en otras ocasiones, se halla á su vez dividido en otros dos, correspondiendo el primero á la proposición de pruebas, y el segundo á la práctica de las admitidas. Respecto de la admisión, los Jueces deben proveer á los escritos de prueba conforme se vayan presentando, pero no comenzará á ejecutar hasta no empezar el segundo período.

Terminado el primero de dichos períodos, y con él lo que en el procedimiento italiano se llama el período instructorio del litigio, no se pueden presentar, como en dicha legislación, nuevos documentos ni nuevas pruebas más que la de confe-

187. ¿Cuál es el valor de las palabras *nuevos documentos*? Según la doctrina común, los nuevos documentos son los que concurren á la instrucción de la causa, y pueden después requerir una defensa nueva por parte de aquél contra el cual se han presentado (1).

De aquí que, limitándonos á hablar de los documentos probatorios, se establezca que no son documentos nuevos y se pueden presentar con el escrito de conclusiones los ya oportunamente presentados y contradictoriamente discutidos, y que se vuelven á presentar después de haberlos revestido de alguna formalidad extrínseca necesaria para asegurar su autenticidad, ya que la formalidad intrínseca no influye en el contenido del acto, ni es de temer, por tanto, que al dar forma legal á documento ya producido, se plantee una nueva cuestión contra la voluntad del legislador.

Aceptamos esta teoría; pero nos parece necesario advertir que es indispensable que el adversario haya de hecho discutido el documento, cuando por vez primera fué presentado.

Si aquél, precisamente por la extrínseca irregularidad de los documentos, no se hubiese ocupado de ellos, tampoco podría hacerlo el juez, porque sin contradictor no hay prueba que el juez pueda apreciar.

188. En este concepto nos parece que no es suficientemente firme la doctrina, y mucho menos la crítica hecha de algunas sentencias.

Así, los escritores refieren y aprueban una máxima de la Corte de Perusa (2), la cual fijó el principio de que no tratándose de documento relativo á la causa ni que respecta al fondo de la misma, sino sólo dirigido á justificar la legitimidad de la persona de uno de los contendientes, no puede extenderse al mismo la disposición del procedimiento que prohíbe la presentación de nuevos documentos después de la inscripción de la causa en la lista (a).

sión en juicio, la cual puede ser bajo juramento decisorio ó indecisorio, y es admisible hasta la citación para sentencia, según el art. 579 de la ley de Enjuiciamiento civil.—(N. del T.)

(1) Guzzeri, art. 176, n. 7 (II, p. 149); Mattiolo, III, n. 415, p. 339; Triani, *Studi ed opp. di dir. giudiz.* p. 15; Gargiulo, I, n. IV, p. 633; App. Torino, 19 Junio 1868; Parascandolo (*Rev.* XX, col. 560).

(2) 14 Julio 1873, Bonelli (*Annali*, 1873, p. 663).

(a) En nuestro derecho, con arreglo á los núms. 1.º y 2.º del art. 503 de la ley de Enjuiciamiento civil, deben acompañarse necesariamente á la demanda ó contestación al poder que acredite la personalidad del procurador, siempre que éste intervenga, ó el documento ó documentos que acrediten el carácter con que el litigante se presente en juicio, en el caso de tener representación legal de

Esta máxima no nos parece exacta.

En el juicio en que recayó dicha sentencia un Ayuntamiento presentó, cuando la causa hallábase inscrita en la lista, la autorización necesaria del Consejo provincial para litigar, y el Tribunal examinó y apreció aquel documento.

Ahora bien: es evidente, á nuestro parecer, el error, ya que pudo ocurrir que el adversario del Municipio, con conocimiento de la

alguna persona ó corporación, ó cuando el derecho que reclame provenga de habersele transmitido otro por herencia ó por cualquier otro título, dando lugar la falta de presentación de dichos documentos á dos excepciones dilatorias que ponen obstáculo al curso de la demanda en el caso de que prescindiendo de dicho defecto se diere curso al escrito; cuyas excepciones son las señaladas con los núms. 2.º y 3.º del art. 533 de la ley citada, consistentes en la falta de personalidad del actor por no acreditar el carácter ó representación con que reclama y la falta de personalidad en el procurador por insuficiencia ó ilegalidad del poder.

Los efectos de dicha omisión son distintos según que se trate del demandante ó del demandado. En todo caso, la falta de esos documentos que *necesariamente* han de acompañar á la demanda ó contestación, impiden al Juez admitir el escrito sin que se llene ese requisito, en cuya virtud deberá acordar quede en suspenso su curso mientras se subsane la falta.

Si ésta se comete en la demanda, quedará ésta paralizada hasta dicha subsanación, sin que exista dificultad alguna para ello. Pero si la falta tuviera lugar en el escrito de contestación, como en el interés del demandado estaría el no presentar los documentos necesarios para subsanarla, á fin de que el pleito continuase sin curso indefinidamente, y el Juzgado no puede autorizar dicha paralización contra la voluntad del actor, deberá tener por contestada la demanda y dar á los autos el curso correspondiente, sin admitir tal escrito de contestación, y sin que éste surta efecto aunque se subsane después, pudiendo tan sólo dicha parte usar de su derecho en lo sucesivo sin retroceder en el procedimiento.

Si á pesar de ello, el Juez admitiese dicho escrito por descuido ó negligencia no obstante la prohibición indicada, podrá el demandado utilizar las excepciones dilatorias citadas, según los casos, si la falta de personalidad fuera del demandante ó de su procurador; y por el contrario si el demandado fuese el que incurriera en dicha omisión, podrá el actor promover el oportuno incidente para que se subsane la falta luego que tenga conocimiento de ella.

Sin embargo, téngase en cuenta que el Tribunal Supremo ha declarado con repetición, que si bien la falta de personalidad produce la nulidad de las actuaciones en que haya intervenido el que carecía de carácter ó representación para comparecer en el juicio, se revalidan dichas actuaciones cuando se subsana aquella falta luego que se reclama; y que en la excepción de falta de personalidad del procurador por insuficiencia ó ilegalidad del poder, queda subsanada la falta con la presentación de un nuevo poder que sea legal y bastante, debiendo darse por terminado el incidente mediante dicha presentación con imposición de costas á la parte actora por haber dado lugar á él.

Esta doctrina viene á autorizar, por lo tanto, la presentación de los documentos de personalidad, aun después de los escritos mencionados, á pesar del carácter preceptivo y absoluto del art. 503 de la ley de Enjuiciamiento civil. Pero esto no obstante, deberán siempre acompañarse con la demanda ó contestación para evitar dilaciones y perjuicios.—(N. del T.)

falta de la prescrita autorización, se limitase en su comparecencia á excepcionar esta falta, omitiendo discutir el fondo.

Y es además de notar que dicha autorización era uno de los elementos de la acción del Común; y no se podía, por tanto, considerarla como documento no relativo á la causa.

De estas observaciones se hizo justamente cargo el Tribunal de Apelación de Casale, cuando permitió al Síndico apelante, aun después de quedar firme la causa en la lista, presentar los documentos que justificaba la autorización obtenida, *si la regularidad de la apelación no habla sido hasta entonces contrastada* (1); y lo mismo hace la Casación de Turín, cuando ciertamente para obviar los peligros por nosotros señalados, estimó necesario que el documento autorizante se produjera después del acto de apelación, pero anteriormente á la *inscripción de la causa en la lista* (2).

Correctísima igualmente nos parece otra decisión del Tribunal de Lucca (3), que precisamente, en vista de la discusión contradictoria sobre documentos producidos, y después reproducidos en instrucción cerrada, ya adornados de los requisitos extrínsecos que les faltaban primeramente, estima lícita su producción, considerando que una cosa es producir é insertar en el proceso cuando ya está cerrado nuevos documentos, y otra dar forma legal á documentos ya oportunamente producidos, *máxime cuando como en aquel caso concreto haya el contenido formado sujeto tanto en los autos como en la audiencia de apreciación y discusión por parte de los respectivos patrocinadores de la causa.*

189. Del principio establecido en el núm. 186, y del art. 176, que tiene por objeto evitar que se alteren los términos del pleito y el juicio se retarde por un tiempo indefinido, dedúcese que se puede producir después de cerrada la instrucción las relaciones verbales de las pruebas simples formadas en el juicio. Estos son actos de causa erigidos y redactados en el curso de la instrucción; son, por tanto, esencialmente actos de instrucción redactados por el Canciller ante el juez de la causa ó ante un delegado suyo y *en presencia de las partes ó de sus Procuradores*; son documentos que el Canciller archivará entre sus actos para dar luego copia de ellos á la parte ó á las partes que se quieran valer de los mismos (4).

(1) 7 Junio 1869, Montiglio (*Ret.* 1869, II, col. 393).

(2) 29 Mayo 1868, Cassiano (*Ret.* 1868, I, col. 550).

(3) 15 Diciembre 1873, Papanoni (*Ann.* 1874, p. 78).

(4) Ap. Brescia, 20 Abril 1891, Barbieri (*Mon. Mil.* 1891, p. 920).

190. Admítase por alguna sentencia la posibilidad de producir fuera de término documentos que tengan carácter absoluto de decisorio (1).

Esta excepción de una clarísima y absoluta prohibición de la ley, no sólo es contraria al contenido de ésta, sino que parte de un supuesto falso, ya que ningún documento tiene carácter de decisorio *absolutamente*, pudiendo el mismo acto público, indudablemente favorable a quien lo produce, impugnarse por falso quitándole así toda eficacia simplemente probatoria (a).

191. Es, por el contrario, ciertamente admisible cualquier documento nuevo, cuyo nacimiento sea posterior al día en que se cerró en la lista la inscripción de la causa. Si así no fuera, tendrían lugar graves injusticias (b).

Supóngase el caso del juicio de apelación. Si el documento no fuese presentable después de estar la instrucción cerrada, siempre

(1) Ap. Casalia, 11 Febrero 1890, Gaffodio (motivos) en la *Giuris. Cas.* 1890, p. 102.

(a) Ya hemos dicho que en nuestro sistema de enjuiciar pueden también presentarse fuera del término fijado para ello, ó sea después de los escritos de demanda y contestación, aquellos documentos que se hallaren en algunos de los casos expresados en el art. 506 de la ley de Enjuiciamiento civil, pudiendo hacerse dicha presentación en primera instancia hasta la citación para sentencia.

En la segunda instancia, según precepto expreso del art. 865 de dicha ley, sin necesidad de recibir el pleito á prueba, pueden las partes pedir, desde que se le entreguen los autos para instrucción hasta la citación también para sentencia, que se lleven á los autos ó presentar ellas mismas documentos que se hallen en alguno de los casos anteriormente citados.

Es indudable que los documentos cuya presentación ó reclamación se hiciera fuera de término han de tener influjo en la resolución del pleito, por servir de fundamento al derecho ó á las alegaciones de las partes.

Tanto en uno como en otro caso, el colitigante puede impugnar civilmente, no sólo la autenticidad, exactitud y eficacia del documento presentado ó cuya reclamación se pretenda, sino hasta la admisión del mismo, estableciéndose en la ley procesal la sustanciación que ha de darse á dicha impugnación en cada uno de los casos citados y según la naturaleza del documento.

Puede también impugnarse ó redargüirse criminalmente de falso cualquier documento que sea de influencia notoria en el pleito, ya se haya presentado en el mismo ó solicitado su reclamación; y, entonces, entablada la acción criminal en descubrimiento del delito y de su autor, ha de suspenderse el pleito en el estado en que se hallare hasta que recaiga ejecutoria en la causa, decretándose dicha suspensión luego que se acreditare haber sido admitida la querrela.

En su virtud, no priva de fuerza probatoria al documento la impugnación civil ó criminal, ni deja de tener influjo en la resolución del pleito, una vez desestimada aquélla, surtiendo tan sólo el efecto de suspender la sentencia del mismo y su curso hasta la decisión de dicha impugnación.—(N. del T.)

(b) Esta misma razón ha sido tenida en cuenta en el núm. 1.º del art. 506 de nuestra ley de Enjuiciamiento civil, como una de las causas que pueden legitimar la presentación de documentos fuera de término.—(N. del T.)

que no lo sea por vez primera en Casación, no concurriendo méritos, para la revocación (art. 494, n. 3, Cod. proc. civ.), muy fácilmente se sacrificaría el derecho.

Parece que prestan apoyo á nuestra tesis los trabajos preparatorios del Código, de los cuales resulta que la mente del legislador estaba fija nada más en los documentos precedentes, nunca en los posteriores á la fecha de clausura de la instrucción (1).

Para evitar la privación de la controversia que nacería de tener cerrada la inscripción en la lista, se provee por la autoridad judicial cancelando la causa de la lista y volviéndola al estado de instrucción (a).

Estos principios fueron aplicados para el caso de transacción por la jurisprudencia (2), y la aplicación parécenos justísima. Si realmente el juez estando cerrada la inscripción de la causa negase que se pudiera presentar un acto de transacción y resolviera, faltaría á las exigencias de la justicia. Además, por servir á la letra de la ley violentaría su clarísimo espíritu, una vez que la producción del acto de transacción no tiende á diferir hasta lo infinito la decisión de la controversia (y en tal mira está el fin de la ley), sino que consigue terminarla de pronto y para siempre (b).

Callamos un último argumento que se podría deducir de la analogía entre la transacción y el juramento decisorio, en virtud de la cual, siendo el juramento decisorio deferible en instrucción cerrada, podría también producirse en instrucción cerrada el acto que contiene la transacción; y le callamos porque estamos conven-

(1) V. á este propósito una aguda y docta nota de Fulci (*Foro ital.* 1882, I, col. 365).

(a) En nuestro procedimiento, por la presentación de los nuevos documentos no vuelve el juicio á lo que siguiendo el tecnicismo italiano pudiéramos llamar periodo instructorio ó de instrucción, sino que se da vista á la parte colitante para que manifieste si le reconoce como legítimo, eficaz y admisible, ó las razones que tenga para impugnarle, pudiendo promoverse las impugnaciones que hemos indicado en anteriores notas.

Esto obedece al principio de que la ley no reconoce fuerza probatoria en juicio á los documentos presentados sin que haya sido admitida ó comprobada su autenticidad y exactitud.—(N. del T.)

(2) Ap. Mesina, 29 Diciembre 1881, Fulci (*Foro it.* 1882, I, 877; Ap. Milano, 14 Julio, 1877, *Orsini* (*Ann.* 1877, col. 228). V. por analogía Ap. Venecia, 20 Marzo, 1882, Bartolini (*Mon. Mil.* 1882, 1882, p. 596).

(b) Los mismos efectos surte en nuestro derecho la transacción, y no sólo pone término al juicio, sino que desde que las partes se hallaren en vías de ella, pueden de común acuerdo solicitar la suspensión del curso del mismo, con arreglo á la ley de Enjuiciamiento civil.—(N. del T.)

cidos de que la pretendida analogía es una frase impropia é inexacta, como diremos al hablar del juramento.

192. Tampoco faltan sentencias que admitan la cancelación de la causa de la lista y la reapertura del período instructorio, cuando alguna de las partes manifiesta verbalmente en la audiencia la existencia de cualquier documento aún no presentado por haber llegado tardíamente (1). Y la razón de tal acuerdo es que el fin de las leyes rituales no es el suprimir la verdad, sino regular su investigación, equilibrando las respectivas defensas de los litigantes (a).

193. Y por virtud de este equilibrio, ó sea de la igualdad de las partes en juicio, estimamos ciertísimo que, cancelada de oficio la inscripción en lista en los casos referidos en los dos números precedentes, sea lícito también á la parte contraria presentar nuevos documentos y nuevas pruebas orales, pues el efecto de la cancelación, autorizada en interés de una parte, debe necesariamente extenderse á la otra.

194. De la prohibición contenida en los artículos 175 y 176 surgen varias consecuencias:

a) El juez no puede examinar documentos presentados fuera de tiempo, ni tomar de los mismos elemento alguno de convicción, so pena de violar el principio de que debe juzgar *juxta allegata et probata* (2) (b).

b) La parte tiene derecho de poner al juez sobre aviso contra la violación de las normas de ley; así, por ejemplo: si el actor hiciese cancelar arbitrariamente de la lista la inscripción de la causa ya cerrada para producir, mediante comparecencia, un nuevo documento, y después lo hubiese hecho reinscribir de pronto, el demandado, á pesar de no poder suscitar incidente alguno, precisamente á causa de la reinscripción, podría impugnar la presentación del documento en la comparecencia conclusional (3).

c) Las partes pueden, mediante acuerdo, renunciar, expresa ó

(1) Cas. Nap., 22 Noviembre, 1863. *Winspeare* (Gac. Proc. XIX, p. 41).

(a) En nuestro derecho, en dicho caso el Tribunal, si estimare útil ó conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes dicho documento, puede acordar para mejor proveer que se traiga á la vista sin necesidad de abrir de nuevo el período de instrucción.—(N. del T.)

(2) V. retro n. 45 y Ap. Nap., 12 Feb. 1879 (*Dir. Trib. Nap.* VIII, 569).

(b) Véase, por lo que respecta á nuestro sistema de enjuiciar, el distinto criterio seguido, según queda expuesto en las anteriores notas.—(N. del T.)

(3) Ap. Venecia, 29 Marzo 1862. *Bertolini* (*Mon. Mil.* 1862, p. 596).

tácitamente, al precepto de ley que se dirige á su tutela, el cual se considera establecido tanto para garantizar la igualdad de los litigantes, como para impedir que los pleitos se dilaten excesivamente (1).

195. Hasta aquí hemos considerado la hipótesis de que la inscripción de la causa en la lista quede firme.

Estando abierto el instructorio, pero antes de este período, surgen tres cuestiones sobre la admisibilidad de los medios de prueba, cuestiones *relativas á la forma* en que se proponen, pero *dependientes de los términos* para tales proposiciones; por lo que su examen encuentra en este sitio lugar oportuno.

196. Hemos visto que los medios de instrucción en procedimiento ordinario (*formale*), se proponen mediante incidente; ahora bien: se pregunta si también en la instrucción de los incidentes son aplicables las disposiciones de los artículos 175 y 176 del Código de proc. civil.

197. La opinión afirmativa tiene pocos secuaces en la doctrina (2), y en la jurisprudencia no fue seguida, salvo error, más que por una no reciente sentencia del Tribunal de Lucca (3), cuyos fundamentos merecen, empero, ser recordados.

El Tribunal declara que cuando la cuestión principal se tramita en procedimiento ordinario (*formale*), al surgir una cuestión incidental, el juicio principal no deja de ser ordinario, añadiéndose sólo á él un procedimiento más sumario para la resolución de la cuestión incidental. Pero de esto no puede inferirse que las normas interiores del procedimiento sumario deban seguirse en toda su extensión en el incidente. Debe, por el contrario, inferirse de ello que el procedimiento más sumario, aplicado al incidente, se ha de contener en los límites de la necesidad y de la razón, que aconsejaron se aplicase.

Y siendo de necesidad y de razón modificar las formas muy lentas del procedimiento ordinario, que aplicadas también á las cuestiones incidentales que tanto pueden multiplicarse, expondrían á largas dilaciones la resolución de la cuestión principal, quiérese en la sustanciación de los incidentes dejar abreviados los términos ordinarios y remitirlos á audiencia fija.

(1) Mattirole, III, n. 415, let. f. p. 341, con las resoluciones allí indicadas.

(2) Contra ellos Mortara (en el *Foro ital.* 1869, I, col. 58 y especialmente 60), Rossi (en la *Arg. fur.* XIII, p. 485 486).

(3) 18 Julio 1868, Rosadi (*Ann.* 1868, p. 571).

Pero cuando la intención se ha logrado, ¿por qué sostener que también en lo demás se deban seguir las normas del procedimiento sumario, que se diferencia sustancialmente del procedimiento ordinario, no sólo por la abreviación de los términos y por la determinación de la audiencia fija, sino más principalmente porque en el ordinario la instrucción se cierra cuando queda firme la inscripción de la causa en lista y en el sumario se desarrolla dicha instrucción en la audiencia?

Las normas especiales dictadas para los incidentes en el artículo 184, demuestran que la ley tiende á ordenar su procedimiento de modo que el juicio incidental, originado en un proceso ordinario, se desarrolle como una expansión del mismo y se armonice en su caso con el procedimiento en que se contenga, ya que, como en el procedimiento ordinario, justamente se prescribe que la inscripción de la causa en la lista se verifique en determinado término, con más la publicación y fijación indicadas en el cap. 2.º del artículo 179, que se refiere al procedimiento ordinario, y que además la notificación de los escritos de conclusiones se practique antes del día destinado para la audiencia, lo que no ocurre con el procedimiento sumario.

198. La opinión contraria aceptada por nosotros es la seguida por la doctrina y la jurisprudencia dominantes (1), y se apoya en varios argumentos:

a) Ante todo en los *trabajos preparatorios*. En la relación Vacca, citada por Scotti, se dice: que la ley no reconoce más que dos formas de procedimiento, el ordinario (*formale*) y el sumario; que el procedimiento incidental no es ordinario (*formale*), porque no tiene la característica de éste, toda vez que no le ha precedido ninguna instrucción inscrita, es, pues, sumario. La misma relación dice textualmente: «Hay juicios en los cuales no sería llevadero ordenar la clausura de la causa; tales son los juicios que surgen incidentalmente en los juicios principales.»

b) Se pueden invocar *razones de analogía*: el procedimiento incidental es sumario, porque las materias calificadas por la ley para el procedimiento sumario, deben sustanciarse con la tramitación de los incidentes, cuando se presenten en relación á un ju-

(1) Mattiolo, III, n. 541, p. 447; Cuzzeri, I, p. 172, art. 181, n. 9; Gargiulo, I, p. 656, art. 181, n. XIII; Scotti, *Mon. Trib.* VII, p. 893 y 1074; VIII, p. 263; Bolaffio, *De los incidentes*, p. 33; Triani, *Estudios y ap.*, p. 25; Cas. Turin, 16 Junio 1869; Pescatore (*An.* 1870, I, 245; 13 Marzo 1878; Secco-Suardo (*Jur. Tur.*, 1878, p. 861).

cio principal ya incoado. De ello ponen ejemplo los arts. 251, capítulos 1.º y 2.º, 484, 879, 908, 938 del Cód. proc. civ.

c) El argumento contrario sacado del art. 184 no tiene valor.

El art. 184, parece, en verdad, dar carácter ordinario (*formale*), al procedimiento incidental; pero la semejanza no es sustancial; se trata sólo de normas especiales de orden reglamentario y de oportunidad dirigidas á no prolongar el curso de la causa principal: son más bien *prácticas de instrucción* que verdaderas *normas de procedimiento*.

El juicio incidental no deja de presentar predominante carácter de sumario, porque antes de la remisión de las partes á audiencia fija, antes de la inscripción de la causa en lista, antes de la comunicación de los escritos de conclusiones, no hubo, en cuanto al sujeto del incidente, instrucción; así es que ésta no comienza más que con las comparecencias mismas, las cuales, mal se las consideraría como escritos de resumen porque nada pueden reasumir.

Mortara dice en cuanto á este particular: «¿Es, pues, verdad que en la discusión sobre el incidente, toda la instrucción escrita está confiada á la comparecencia conclusional? Aquí es el error manifiesto.

»Ya antes de la orden presidencial que fija el día para la discusión, y regula el cambio de los escritos de conclusiones, ha debido cumplirse una verdadera y propia instrucción, ya en los actos escritos que han sido notificados recíprocamente á las partes, ya en las respectivas presentaciones de documentos, ya en la comparecencia en que fué motivada la proposición del incidente, ya, en fin, en las declaraciones dadas por los procuradores en presencia del Presidente para dar justificación y razón á su orden.

»Todos estos actos que han precedido al escrito de conclusiones prestan los elementos instructorios sobre los que se basa la discusión, tanto la contenida en los referidos escritos como la oral. La diferencia entre los escritos de conclusiones del procedimiento sumario, y los del rito ordinario (*formale*) consiste en que los primeros sirven, ya en la instrucción, ya en la discusión, no habiendo existido instrucción anterior; las segundas, como fundadas sobre una instrucción antecedente, no sirven más que en la discusión. En la hipótesis, de la cual nos ocupamos, hay una efectiva instrucción antecedente; es racional, pues, que el escrito de conclusiones sirva sólo en la discusión. Y es racional que así sea también, porque no se sabría explicar la utilidad del escrito ante

el Presidente, para fijar el objeto y los límites de la controversia, si después cada una de las partes pudiese arbitrariamente traspasar aquéllos, sin tener para esto justificación en la antecedente imposibilidad de exponer los propios medios de instrucción. Por lo demás, la misma demanda incidental puede modificarse también por el solo hecho de la presentación de ulteriores documentos (α).»

Hemos querido transcribir por entero lo que dice el ilustre escritor de derecho procesal, porque en el punto que él discute, está la base de nuestra tesis, como en sus objeciones está la fuerza máxima de la tesis contraria.

Estas objeciones, empero, aunque agudas, no nos parecen inconcusas.

La instrucción que hubiera precedido á la notificación de los escritos de conclusiones, se verificará, según Mortara: 1.º, con los actos escritos recíprocamente notificados á las partes; 2.º, con las respectivas presentaciones de documentos; 3.º, con la comparecencia que motivó la presentación del incidente; y 4.º con las declaraciones dadas por los Procuradores.

¿Qué hay de *verdaderamente instructorio* en esta especie de actos ó declaraciones? Si por *instrucción* se entiende desarrollo por medio de razonamientos del asunto de las partes, creemos que ha habido instrucción; pero si, como ocurre, por instrucción se entiende presentación y deducción ó formación de elementos probatorios, claro es que no ha habido instrucción. Porque no hubo actos escritos notificados á las partes y relativos á la verdadera instrucción del incidente; ni hubo presentación de documentos diri-

(α) Según las disposiciones del título 8.º, libro 2.º de nuestra ley de Enjuiciamiento, promovido un incidente, si éste hubiera de tramitarse en pieza separada, por no ser de los de previo y especial pronunciamiento, se forma dicha pieza con instrucción del demandado, dándose á éste traslado en todo caso del escrito promoviendo, para que conteste concretamente á la cuestión incidental. Después se recibe el procedimiento á prueba, y practicadas las que las partes utilizaren y fueren declaradas pertinentes, se ponen de manifiesto, mandándose traer los autos á la vista para sentencia.

Dentro de los dos días siguientes pueden las partes pedir la celebración de vista, en cuyo caso se señalará día á la mayor brevedad posible, y en dicho acto oirá el Juez á los defensores de las partes, las cuales pueden tomar instrucción hasta el día de la vista. Por lo tanto, en los incidentes no quedan las partes desprovistas de instrucción ni de medios de defensa, y la razón de ser en ellos sumario el procedimiento estriba únicamente en la naturaleza especial de las cuestiones que pueden ser objeto de los mismos. — (N. del T.)

gida precisamente á instruir el incidente para que se pueda decidir. En cuanto á la comparecencia, mediante la cual fue notificada la proposición del incidente, contendrá *razonamientos* de hecho y de derecho, pero no medios de prueba. Tampoco, como veremos, las declaraciones de los Procuradores son medios de prueba.

¿Es, en efecto, verdad que la comparecencia ante el Presidente sería inútil, si fuese lícito salir de los límites de la controversia?

No nos parece que pueda decirse esto: la ordenanza (*ordinanza*) fija los límites de la discusión sobre el incidente, pero no los medios con que en tales límites haya de seguirse la controversia.

d) Por último, el espíritu de la ley está, á mayor abundamiento, conforme con nuestra tesis. Las razones por las cuales se establece el procedimiento sumario, son lo módico del interés, la presunta facilidad del pleito y la urgencia: ahora bien, todos estos caracteres se encuentran en los incidentes de instrucción.

Si el desarrollo de los incidentes instructorios se hiciese con procedimientos ordinarios, la solución de la cuestión principal quedaría indefinidamente relegada, cuando, por el contrario, la ley debe exigir una simplificación en aquellos casos en que, por la existencia de otro juicio, es necesaria precisamente mayor expedición y sencillez: ventajas que no pueden conseguirse permitiendo el desarrollo paralelo de dos procedimientos igualmente solemnes.

Tal opinión siguió una vez más la Casación de Turín en sentencia muy reciente (1), en la cual sostiene, que surgido en un juicio ordinario un incidente para la admisión de pruebas, y convocadas las partes ante el Tribunal juzgador, el procedimiento que ulteriormente ha de observarse para obtener la resolución no pueda ser más que el sumario, propio de las causas que han de sustanciarse en audiencia fija, aunque los incidentes no sean más que un episodio del juicio principal.

«Y realmente (observa la sentencia), el legislador ha instituido para su resolución un procedimiento especial, el cual, informado en la mayor sencillez y ligereza, no puede conciliarse en su explicación con las normas del procedimiento ordinario, á su vez es incompatible con la remisión de las partes á audiencia fija.

«Sucediendo esto, y siendo dos solamente los procedimientos admitidos por nuestro Código para la vía contenciosa, ó sea el for-

---

(1) 9 Diciembre 1898. *Gaceta* (No. 327, 1898, p. 164).

mal y el sumario, deduce que el rito prescrito para los incidentes, ya que no es el formal, no pueda ser otra cosa que el procedimiento sumario.

»En este procedimiento, á diferencia del formal ú ordinario (*formale*), en que la instrucción se cierra antes de la discusión oral en la audiencia, no son aplicables las disposiciones de los artículos 175 y 176, Cód. proc. civ.; y no existiendo aun instrucción escrita, la del incidente puede completarse en la audiencia de remisión con la presentación de nuevos documentos y la deducción de nuevas pruebas.»

199. Sabemos que si las partes no están de acuerdo para la resolución del incidente, el Presidente las remite ante el Tribunal en audiencia fija, y puede remitirlas para la resolución del incidente y del fondo.

En esta hipótesis, ¿pueden las partes deducir nuevos medios de prueba?

La cuestión así formulada, aunque Mortara autorizadamente sostenga lo contrario, no nos parece que se confunda con la anterior: cuando se trata de pura instrucción del incidente, esta instrucción comienza, como creemos haber demostrado, con la comparecencia conclusional; cuando, por el contrario, se trata de remisión también para el fondo, la cosa es distinta, porque para el fondo hubo precisamente una previa instrucción.

Viniendo, pues, á esta segunda hipótesis, haremos constar que la doctrina más autorizada sostiene la tesis de que no pueden producirse nuevos medios instructorios (1), mientras la jurisprudencia de los Tribunales de Casación sigue la opuesta (2) y los Tribunales de apelación están desacordes entre sí (3).

(1) Mattiolo, III, n. 559, p. 46; Mortara, *Mon.* I, n. 286, p. 174, y *Foro ital.*, 1899; I, col. 58, y especialmente 60 y 61; Cuzzeri, art. 181, n. III, p. 175 del vol. 1.º; Bollaffio, *Mon. Jur. Ven.*, 1873, n. 39; 1874, n. 28; De Rossi, *op. y loc. cit.*; Ricci, *Bull.*, XXVII, p. IV, col. 54 y sigs.; Saredo, *Ley*, 1877, I, 414, 415; Garginio, art. 181, n. XIV, p. 658 del vol. 1.º; Triani, *Estudios y op.*, p. 43.—Frente á Scotti, *Mon. Mil.*, 1874, p. 605; *Diar. de leyes*, 1874, p. 244; *Arch. jur.*, XIII, 445; Dogliotti, *Giorn. leg.*, 1874, p. 244; Perenzoni, *Tem. Ven.*, XIV, 203.

(2) Casación de Turin, 2 Julio 1868 (*Jur. Tur.*, XXV, 584); 17 Octubre 1881 (*Ibi*, 1882, p. 45); 20 Marzo 1893 (*Ibi*, 1893, p. 503; *Cas. Nap.*, 11 Mayo 1898 (*Foro ital.*, 1898, col. 71); *Cas. Fl.*, 10 Febrero 1890, motivo (*Tem. Ven.*, XV, p. 172).

(3) Conforme con las Casaciones: Ap. Lucca, 8 Marzo 1881 (*Ac.*, XV, 2, col. 103; Ap. Venecia, 16 Octubre 1888, *Stranieri* (*Foro ital.*, 1888, col. 58). Contrarios: Ap. Venecia, 29 Enero 1874 (*Diar. Trib. Mil.*, 1884, n. 16; 19 Noviembre 1876 (*Tem. Ven.*, III, 606); 31 Marzo 1891, Ziliotto (*Ibi*, 1891, p. 429; Ap. Milán, 26 Marzo 1874 (*Monit. Mil.*, 1874, p. 605 en Scotti); Ap. Messina, 7 Junio 1875 (*Diar. leyes*, 1876, p. 14.

200. Nosotros nos adherimos á la opinión de los que sostienen no ser, respecto al fondo, deducibles nuevos medios instructorios.

En efecto, si el Presidente remite á las partes á audiencia fija ante el Colegio, para la resolución del incidente y aun del fondo, esto dependerá del hecho de que el Presidente esté convencido de que el fondo se halla suficientemente investigado ya y se presenta en sazón, para que sobre él se decida; y en su virtud, salva la reclamación al colegio contra la providencia (*ordinanza*), la instrucción se presume completa.

Si, pues, se advierte que la remisión para el fondo procede de la instancia de una parte, débese esto al hecho de que ésta juzga hallarse el pleito en sazón para ser resuelto, ó estima ya terminada la instrucción del mismo. Sería, por lo tanto, absurdo que esta parte pudiese ampliar la instrucción en la conclusión engañando á la otra parte, al obligarla á seguir en substancia por la sola voluntad propia, el procedimiento sumario que ella, proponiendo el incidente, mostró no querer seguir.

Si se admitiese nueva instrucción, ¿á qué viene, habiendo precedido ya otra, notificar la comparecencia antes de la audiencia y nombrar un juez relator de una causa no instruída?

Expuesta así nuestra opinión, nos abstenemos de combatir las objeciones contrarias, porque ya fueron refutadas por los escritores cuya tesis seguimos con tal amplitud, que no podríamos sino reproducir sus ideas, cosa absolutamente supérflua.

Se trata de una cuestión en la actualidad agotada, sobre la cual es inútil insistir, no habiendo nada que exponer en ella, ni en uno ni en otro sentido, que no haya sido expuesto ya de modo más autorizado que nosotros pudiéramos hacerlo.

201. Una última cuestión sobre el tiempo para la admisión de los medios de prueba, es aquella que da lugar el art. 174.

Este artículo, en el primer párrafo, dispone: «La parte á quien se notificase la inscripción en lista, puede hacer que se notifique á la otra parte una nueva comparecencia ó escrito (*comparsa*) en el término perentorio de quince días».

De aquí una primera cuestión: ¿se pueden en este nuevo escrito proponer nuevas pruebas?

Si se tiene en cuenta el preciso texto del art. 176, parece imposible la duda: la instrucción para las partes se lleva á efecto cuando es firme la inscripción en la lista: antes de tal periodo, pues, la instrucción está abierta, y una vez que la inscripción de la causa en

la lista de expedición, si es formalidad necesaria para la clausura de la instrucción, no es la clausura misma de la instrucción, cuando se contesta á la notificación de la inscripción se está en un período en que la instrucción se halla abierta, y se pueden producir nuevas pruebas (1).

Frente á este sencillo razonamiento, doctrina y jurisprudencia han elevado objeciones, complicando un punto que, tratado en rigor de principios y casi con la lógica elemental, aparece clarísimo (2).

Más grave es el decidir si el nuevo medio propuesto debe ser objeto de incidente; pero tal cuestión es extraña á nuestro tema.

202. *Procedimiento ante juez único.* Conforme al art. 421 del Cód. proc. civ., la instrucción de la causa ante el pretor se cierra de dos modos: a) por *voluntad de las partes*, cuando una de ella declare no querer ulteriormente responder á las posteriores observaciones orales ó escritas del adversario; b) por *voluntad del pretor*, que cuando estima la causa suficientemente instruida, cierra la instrucción.

*Ante el Conciliador*, en virtud del art. 464 del Cód. de proc. civ., se aplican las mismas reglas.

Agregamos que, á nuestro entender, siendo de derecho la prueba contraria, el juez no podría cerrar la instrucción respecto á la misma sino cuando la prueba sea agotada ó haya habido renuncia, á menos de que la prueba contraria no sea de hecho especialmente inadmisibile.

203. **PROCEDIMIENTOS ESPECIALES.**—Después de las normas en otra parte expuestas sobre la admisión de las pruebas en los procedimientos especiales, nada hay que añadir, respecto á los términos, á cuanto queda dicho ya (3).

(1) Mattiolo, III, n. 404, p. 329.

(2) Las opiniones de los escritores y las decisiones suscritas están indicadas por Cruzeri, art. 174, n. 1, p. 128 del vol. 1.º, por Ricci (*Bett.* 1877, p. 4 col. 6) y por Bandini (*As.* 84, I, 1, p. 455 nota). Añádanse entre las sentencias conformes con la opinión aceptada en el texto: Cas. Roma, 16 Diciembre 1885, Bonelli (*Leg.*, 1896, I, p. 689); Ap. Venecia, 17 Marzo 1895 (*Tem. Ven.* X, 189); 4 Febrero 1898, Puppa (*Ibi*, XI, p. 129); 28 Abril 1897 (*Ibi*, XII, 266); 25 Junio 1899, Marangoni (*Ibi*, XIV, 563); 3 Febrero 1891, Merati (*Tem. Ven.* XVIII, p. 100); Ap. Brescia, 12 Agosto 1889, Madella (*Monit. Mil.* 1889, p. 940). Entre las sentencias contrarias: Cas. Turin, 4 Marzo 1884, Marini (*As.* 1884, I, 1, p. 455).

(3) V. retro n. 89.

B. — *Tiempo para la admisión de las pruebas en los juicios sucesivos (a).*

(B)

## JUICIO DE APELACIÓN (1) (b).

204. En cuanto al juicio de apelación, el art. 490 permite que en el mismo se deduzcan nuevas pruebas (c).

(a) Bajo la denominación de *juicios sucesivos*, comprende el autor las incidencias y recursos que pueden promoverse dentro de un juicio. — (N. del T.)

(1) No hablamos de la *oposición contumaz* ó de la *oposición de tercero*, porque en estos juicios nada hay especial sobre la admisión de los medios de prueba. Véase en este sentido para la oposición contumaz, Mortara, *Man.* I, n. 473, p. 334.

(b) En nuestro procedimiento, la apelación ó la alzada no constituye un verdadero juicio, sino un recurso que lo mismo puede utilizarse contra la sentencia que pone término á la litis en la primera instancia, que contra cualquier proveído de la misma que no sea de mera tramitación.

Si se interpone de la resolución final del juicio ó de algún incidente, su subsanación constituye una nueva instancia, con todos los caracteres propios de la misma, siendo, por lo tanto, posible el recibimiento á prueba, si bien con las limitaciones que más adelante exponeremos. Y por el contrario, si el proveído impugnado no es de la clase citada, el recurso queda reducido á la expresión del agravio causado ó de la infracción cometida, y á la subsanación del defecto en el caso de que la revocación proceda, siempre con emplazamiento de la parte co litigante, la cual puede impugnar la alzada si así conviniere á su derecho. — (N. del T.)

(c) Con arreglo al art. 862 de nuestra ley de Enjuiciamiento civil, sólo puede otorgarse el recibimiento á prueba en la segunda instancia, en alguno de los casos siguientes:

1.º En el caso del art. 567, es decir, cuando en la primera hubiere sido denegada alguna diligencia de prueba, así como la reposición pedida de dicha denegación, si la Sala la estimare pertinente.

2.º Cuando por cualquier causa no imputable al que solicitare la prueba, no hubiere podido hacerse en la primera instancia toda ó parte de la que hubiere propuesto.

3.º Cuando hubiere ocurrido algún hecho nuevo, de influencia en la decisión del pleito, con posterioridad al término concedido para proponer la prueba en primera instancia.

4.º Cuando después de dicho término hubiere llegado á conocimiento de la parte algún hecho de influencia notoria en el pleito, ignorado por la misma, si jura que no tuvo antes conocimiento de tal hecho.

5.º Cuando el demandado declarado en rebeldía se hubiere personado en los autos en cualquiera de las dos instancias, después del término concedido para proponer la prueba en la primera.

En los cuatro primeros casos se limitará la prueba á los hechos á que se refieren: en el último, se admitirá toda la pertinente que propongan las partes.

Además, sin necesidad de recibir el pleito á prueba, podrán pedir los litigantes, con arreglo al art. 863 de dicha ley, desde que se les entregue los autos para instrucción hasta la citación para sentencia:

1.º Que se exija á la parte contraria confesión judicial por una sola vez, con

Esta regla es del derecho romano, en el cual una Constitución del Emperador Justino (año 518) permitió nuevas pruebas en juicio de apelación, debiéndose interpretar así, según la demostración de Zimmern (1), las palabras *novæ adsertiones* que se leen en aquella Constitución. (2).

En el derecho germánico, la cualidad de las pruebas preferentemente usadas, en las cuales intervenía la decisión divina, oponíase á la apelación y á las nuevas pruebas cuando la apelación era reconocida.

En el derecho canónico estaban prohibidas nuevas pruebas en el juicio de apelación contra las interlocutorias, porque la parte podía obtener del Juez de primer grado la revocación de la interlocutoria, exhibiéndole nuevas pruebas (3).

En la mayoría de los Estatutos italianos, estaba reconocida la admisibilidad de nuevas pruebas en el juicio de apelación (4).

205. En las legislaciones modernas, en Inglaterra, el acta de 5 de Agosto de 1873, que fija el procedimiento ante el Tribunal Supremo de Justicia, en el art. 52, admite nuevas pruebas en apelación; en Alemania, el *Civilprozess Ordnung*, en el § 491 permite la deducción de nuevas pruebas en apelación; en Francia, se acepta implícitamente el mismo principio por el art. 464.

El Reglamento austriaco de procedimientos y el Código ginebrino rechazan, por el contrario, las nuevas pruebas.

Entre las legislaciones que precedieron á la vigente, el Código napolitano (art. 528) es idéntico al francés; los de Cerdeña de 1854 (art. 584) y de 1859 (art. 550) y el Parmense (art. 605), permiten expresamente la producción de nuevas pruebas, que el Código estense, por el contrario, prohibía expresamente.

tal que sea sobre hechos que no hayan sido objeto de posesiones en la primera instancia; y

2.º Que se traigan los autos, ó presentar ellas mismas documentos que se hallen en alguno de los casos expresados en el art. 506, que según tenemos ya dicho, se refiere á aquellos documentos que son de fecha posterior á los escritos de demanda y contestación; á los anteriores, respecto de los cuales jure la parte que los presente no haber tenido antes conocimiento de su existencia, y á los que no hubiere sido posible adquirir con anterioridad por causas que no sean imputables á la parte interesada, siempre que se haya hecho oportunamente la designación del archivo ó lugar en que se encuentren los originales.—(N. del T.)

(1) *Actiōes en dr. rom.* § 1, 76 al fin, nota 14.

(2) L. 4, Cod. *De temp. appell.* (VII, 63) y L. 87, Cod. *De appell.*

(3) Cap. 5 *Clementin. De appellat.*

(4) Pertile, VI, 2, § 241, p. 732 y 808.

206. El sistema seguido por el Código italiano, óptimo ante los antiguos procedimientos, para los cuales se formuló la máxima *non probata probabo, non deducta deducam*, no parece conforme en la actualidad á los dictámenes de la ciencia, ni satisface de modo absoluto las exigencias de la justicia (1).

Contradice, en efecto, el fin de la apelación, remedio que se concede por el temor de que la falibilidad ó fragilidad humana no se preste *ex abrupto* á conseguir el ideal de la perfección de la justicia. No debe, pues, concederse para suplir (*tutelare*) la negligencia, la impericia del litigante, ó también, añadámoslo, para socorrerlo en la desgraciada hipótesis de que sólo en apelación haya encontrado las pruebas que apoyan su asunto.

Si la condición del litigante es en tal caso digna de atención, recúrrase á la revisión, como hace el legislador ginebrino, y no á la apelación.

La admisión de nuevas pruebas favorece la mala fe del litigante, que oculta sus fuerzas para inducir al adversario á descubrir las suyas y vencerle en juicio de apelación.

Pasando ahora á examinar el texto de la ley, veamos cuáles son las pruebas nuevas.

207. Ante todo, cuando el legislador dice: *pueden* producirse nuevas pruebas, usa la fórmula potestativa con relación á las partes y no con relación al Juez: las partes, pues, pueden producir nuevas pruebas ó no producirlas; si las producen, el juez, siempre que no sean inadmisibles por otro título, debe admitirlas.

La razón de esto es que en materia de apelación y para el apelante, el peso de la prueba es un derecho antes que una carga, teniendo él la facultad de deducir nuevas pruebas, pero pudiendo también limitarse á las ya deducidas y apreciadas en el primer juicio (2).

208. Se ha dudado, ante todo, si son pruebas nuevas las que pudieron ser propuestas en primer grado y no lo fueron por negligencia y error de la parte.

Mortara (3) sostiene que tales pruebas son realmente nuevas, porque en la idea de continuidad del juicio se contiene la de repa-

(1) Confe. Mortara, *Apel.* (del *Digesto ital.*, parte general, n. 277 y sig.), páginas 459 y sig. donde se citan las opiniones conformes de Bentham y del presidente Miraglia y se refuta la contraria de Bordeaux (*Fil. del proc. civ.*, p. 320).

(2) Ap. Genova, 21 Mayo 1880; Floris, (*Foro ital.* 1880, I, 519).

(3) *Appello civile* (parte especial en el *Dig. ital.*, n. 799), p. 735.

ración de lo que la parte en tutela de su propio interés había hecho mal ú omitido en el primer contradictorio. Esta teoría, aceptada por la jurisprudencia, no sólo es exacta, sino que es también exactísima la razón de adoptarla (1).

209. Distinta de esta hipótesis es aquella en que las pruebas producidas por primera vez en apelación hubieran podido producirse en primer grado, pero que no lo fueron, no ya por negligencia ó error de la parte, sino por tratarse de pruebas escritas á que faltaran requisitos ordenados por las leyes fiscales, y habiendo la parte intentado primeramente pruebas orales en su defecto, fallidas éstas, produjese el documento después de acomodarle á las prescripciones de dichas leyes.

Veremos, al hablar del juramento, que precisamente por fines fiscales la jurisprudencia pretende algunas veces limitar las pruebas contra el juramento de oficio (2) (a).

Pero como nos parece equivocada esta tutela del fisco en mate-

(1) Cas. Florencia, 23 Julio 1874; Bonelli (*Legge*, 1874, I, 1081); Ap. Génova, 12 Junio 1872 (*Gazz. Trib. Gen.* 1872, p. 567); Cas. Roma, 9 Junio 1892 (*Legge*, 1892, II, 292).

(2) V. entretanto nuestra nota en *Bettini*, 1892, I 1, col. 93.

(a) En nuestro derecho, el Reglamento del impuesto de derechos reales y de transmisión de bienes prohíbe que se admita y dé curso en los Tribunales y en las demás dependencias de la Administración del Estado á los documentos sujetos al pago de dicho impuesto que no contuvieren la nota de haber satisfecho los derechos correspondientes ó de estar exento del pago.

La ley del Timbre del Estado también impide el curso de los documentos que no se hallaren extendidos en el papel correspondiente, si no se acompañare el oportuno reintegro; y resulta, por lo tanto, que preceptos puramente fiscales puedan impedir la presentación de las pruebas instrumentales, y darse el caso citado después por el autor, de que no pudieran producirse en la primera instancia por dicho motivo, y subsanado el defecto, ser presentado en la segunda instancia.

Ahora bien: ¿en dicho caso podrían ser admitidos tales documentos como prueba nueva en la segunda instancia? En nuestra opinión, no; pues si bien el art. 862 de la ley de Enjuiciamiento civil autoriza el recibimiento á prueba en dicha instancia, y el art. 863 que sin necesidad de dicho trámite se aporten al juicio ciertos documentos, en ninguno de estos casos se halla el ejemplo propuesto, porque las únicas pruebas que pueden practicarse en esta vía son las articuladas y desestimadas injustamente en la primera instancia, ó las admitidas que por cualquier causa no imputable al que la solicitare no hubiera podido practicarse en ella, ó la que se refiera á hechos nuevos ó desconocidos de que se haya tenido noticia después del término concedido para la proposición de pruebas en primera instancia; y en cuanto á la presentación de nuevos documentos, esa facultad se limita á los que se hallaren en alguno de los casos del art. 508 de dicha ley, y no puede extenderse á aquellos documentos que por mera voluntad de los interesados adolecen de defectos que impiden su admisión, aunque luego después se subsanea con posterioridad al término señalado para su presentación. —(N. del T.)

ria de derecho probatorio, sería un error gravísimo rechazar en apelación, como no nuevas, pruebas que no se produjeron en primer grado por razones fiscales (a). Y tal error fué combatido muy bien por el Tribunal de Apelación de Turín, que observaba (1): «Si para probar el contrato se quiso recurrir primero al interrogatorio, y hoy se lleva adelante un medio de prueba escrito, esto no cambia nada la sustancia ni de la demanda, ni de la acción, ni de la contestación, porque se trata únicamente de sustituir á una prueba, no evacuada ó no admitida, otra prueba; y es proverbial que en apelación se puede siempre prestar las pruebas que no se prestaron en primera instancia: *non deducta deducam, non probata probabo*.

» No vale decir que la apelación es un remedio que da la ley únicamente con el objeto de corregir los errores en que los primeros jueces hubiesen caído, y deber por ello del magistrado de apelación fijarse solamente en el estado en que se hallaba la causa cuando los primeros jueces sentenciaron á fin de decidir si los mismos habían juzgado bien ó mal.

» La apelación es remedio que la ley da al que es vencido para que no sea víctima de una injusticia, que puede derivar, no sólo del hecho de primer juez, sino también del *hecho propio* (2), ó por la omisión de sus defensores. El magistrado puede equivocarse, pero puede también ser inducido á error, porque las partes no le presentaron todas las razones que las asistían, todos los documentos sobre que se podían fundar, todas las luces que eran necesarias para que pudiese formar un juicio más exacto.»

210. ¿Será prueba nueva admisible en apelación la que se ofrezca con un *medio* ya practicado, pero con distinto *objeto*?

Ninguna duda hay para la tesis afirmativa: la prueba se caracteriza por su objeto, no por el medio; medios idénticos pueden prestar diversas pruebas. El actor prueba su derecho con la prueba testimonial; el demandado, con prueba testimonial, cuyo objeto

(a) Véase la nota anterior. Dependiendo de la voluntad del interesado en la prueba que pudiera constituir el documento que en dichas circunstancias se hallare el incumplimiento de las leyes fiscales, no existe razón alguna que autorice la admisión de la misma en la segunda instancia, toda vez que es imputable á dicha parte la causa que impidiera su presentación en tiempo oportuno.—(N. del T.)

(1) 14 Septiembre 1881. Feoli (*Jur. Tur.*, 1882, p. 83).

(2) Como se ve en la palabra *hecho propio*, está comprendida, no sólo la negligencia ú omisión voluntaria, sino también la involuntaria, como en el caso resuelto.

es diverso, destruye aquélla: la identidad del medio conduce á pruebas diversas.

Por ello se resolvió que por *nueva prueba*, en el sentido de la ley, debe entenderse, no la que es tal por su especie, sino por su objeto.

Y así, aunque en primera instancia se haya practicado prueba pericial, nada se opone á que en apelación se proponga otra siempre en sostenimiento de la misma demanda (1).

Se puede producir, por consiguiente, una prueba testimonial sobre hechos diversos de los que formaron objeto de la misma especie de prueba practicada en primera instancia (2).

211. Si en primera instancia el actor se limitó á alegar, y no dedujo medio alguno de prueba y por esto sucumbió. ¿Podrá en el juicio de apelación presentar pruebas? A favor de la negativa se podría argumentar mezquinamente fundándose en la letra de la ley: si ésta habla de pruebas *nuevas*, entiende que en el primer juicio debieron haber sido deducidas, admitidas, practicadas y apreciadas otras pruebas que son *antiguas* respecto á las nuevas.

Pero una opinión semejante contradiría el concepto fundamental de que la apelación es la continuación del juicio de primera instancia, y no está fundada seriamente sobre la letra de la ley, porque filológicamente, lo nuevo puede contraponerse así á lo antiguo como á lo que no ha existido.

Por esto precisamente la jurisprudencia ha rechazado la opinión que hemos combatido (3).

Y en aplicación de estos principios, la Casación de Roma sostiene que si el actor no había intentado en primera instancia la prueba de uno de los elementos de su acción, podía intentarla en apelación. Y al juez de fondo que tal prueba había rechazado, porque no estaba deducida en tiempo oportuno, responde: «Cuando se dice por el Tribunal que no podía habilitarse más al actor para hacer aquella prueba, porque no se había cuidado de hacerla en tiempo propio, no se comprende de qué *tiempo propio* se habla, porque el tiempo de hacerla había llegado precisamente en la apelación, y allí tenía derecho el apelante de deducir las pruebas que no había deducido en primera instancia, y para hacerlo esta-

(1) Ap. Roma, 30 Junio 1886, Onnis (*Tem. Rom.*, 1886, p. 695).

(2) Cas. Flor., 4 Agosto 1897, Rosadi (*Tem. Ven.* 1897, p. 494; Cas. Nap., 18 Marzo 1876, Rossi (*Ley*, 1875, I, p. 406).

(3) Ap. Génova, 17 Diciembre 1886 (*Eco jur gen.*, 1887, p. 26).

ba autorizado por la expresa disposición de la ley, que precisamente para suplir á la incompleta instrucción de la causa en primera instancia, autoriza la deducción de nuevas pruebas en instancia de apelación (1).

212. No puede considerarse como nueva prueba, y por ello es inadmisibile en apelación, como por lo demás sería inadmisibile en primer grado, una *segunda prueba sobre los mismos hechos*. La Casación de Roma, afirmando esta máxima, observaba (2):

«El juez de apelación no consentirá la reproducción de las mismas pruebas que, dispuestas y agotadas, no se habría podido hacer repetir también ante los primeros jueces con llamarlas incompletas ó inexactas.

»Se opondría, no sólo la naturaleza del juicio de apelación en que se vuelve á examinar lo que se ha resuelto por el magistrado de primera instancia, salvo la apreciación de nuevas excepciones y la admisión de nuevas pruebas, no deducidas en primera instancia; pero sería obstáculo la índole de la prueba que se quería representar, y la repetición de la cual no sería consentida sin eludir la ley.

»Y así precisamente ocurre con la prueba testimonial. El juez de segunda instancia podrá rectificar, en su caso, la apreciación del primer juez, pero no podrá disponer la repetición de una prueba testifical ya irrevocablemente práctica.

»Es absoluta la prohibición de la repetición de la prueba susodicha, y el silencio de la otra parte no podría inducir al magistrado á contravenir la prohibición de la ley» (3).

213. Una última cuestión consiste en decidir si es prueba nueva, admisible en apelación, la contraprueba que debía haberse practicado en primera instancia.

Los términos en que hemos planteado la cuestión bastan para comprender por qué nosotros aceptamos la solución negativa. Y aun cuando la duda nazca especialmente respecto á la prueba testimonial, debemos ocuparnos de ello en esta parte general, una vez que, si bien el art. 229 que proclama la máxima: «la prueba con-

(1) Sentencia 9 Junio 1892, Brunenghi (*Ley*, 1892, II, 292, motivos).

(2) 25 Septiembre 1886, Caselli (*Foro italiano*, 1886, col. 1154).

(3) No insistimos más sobre la aplicación de la regla puesta en el texto á la prueba testimonial y á las otras pruebas simples, debiendo volver sobre la cuestión al hablar de cada una de tales pruebas, porque la solución de ellas depende á veces de la cualidad del medio utilizado para la prueba.

traria es de derecho», está escrito para la prueba testimonial, es inconcuso que esta máxima tiene un concepto general y se extiende casi á toda especie de prueba, exigiéndolo así la necesidad de la discusión sobre ellas (1).

La doctrina antigua aceptaba el principio por nosotros aceptado, según el que *alios plane articulos et dissimiles ex omnium sententia qui sub primis inclusi non erant, non possunt deduci non minus in causa appellationis quam in causa principali, post textum publicationem, quia in utroque casu urget timor sobornationis*.

Con dicha doctrina está conforme la jurisprudencia (2), la cual ha observado que el art. 490 del Cód. proc. civ. habla de pruebas y no de contrapruebas expresamente; por ello es aplicable igualmente en el grado supremo de jurisdicción que en el primero, la misma razón que evidentemente ha movido al legislador á fijar un término, y breve, para pedir las y descubrirlas, y eso es no dejar á quien hubo de asistir á la audición de los testigos y tuvo un campo para conocer el preciso tenor de sus declaraciones, toda comodidad de procurarse artificiosamente otros, que sobre base sólida puedan llegar á destruir, ó por lo menos á debilitar, la credibilidad de los hechos que ya se habían establecido como existentes en la prueba.

Y en la doctrina, Vitali nota justamente que el principio aceptado es consecuencia del art. 229 del Cód. proc. civ., el cual establece términos para deducir hechos, sea en prueba, sea en contraprueba sobre los mismos hechos ó sobre los de materia contraria; es consecuencia también del art. 249, el cual, en caso de anulación del examen testimonial, no permite que se establezcan otros testigos que los entendidos en la primera declaración; y finalmente, es consecuencia asimismo del art. 244, según el que cuando el examen ha sido cerrado con la firma del testigo, éstos no pueden añadir ni variar la propia declaración, ni reasumirla ni confrontarla con otras (3).

(1) La doctrina común consiente la aplicación general de la máxima «la prueba contraria es de derecho». Lo demostraremos al tratar de las pruebas en particular; por ahora nos limitaremos á recordar que las opiniones de los más autorizados autores han sido recogidas por el Abogado Franceschini, *Dei fatti nuovi in ordine alla formazione della prova testimoniale*, (Bologna, 1892), n. 1, p. 2, nota 1.

(2) Ap. Venecia, 11 Diciembre 1862, Bartolini (*Temi Ven.*, 1863, p. 82); Ap. Luca, 20 Septiembre 1868, Piotti de Banchi (*Ann.*, II, p. 421); Ap. Génova, 5 Junio 1877, Gregor, (*Eco giur. Gen.*, 1877, civ. col. 449; Ap. Bologna... 1890 (*Riv. Giur. Bol.*, 1890; p. 149; Trib. Piacenza, 14 Diciembre 1890, Ostermann (*Legge*, 1891, I, 597).

(3) *La ley* 1891, I p. 593, nota 5 6.

214. Al interpretar el art. 490 del Cód. proc. civ. en la parte relativa á la admisión de pruebas nuevas en el juicio de apelación, hemos visto antes que la Casación creía poder intervenir para decidir el punto de cuáles sean las pruebas nuevas. Pero esto era porque los motivos de las sentencias sobre el fondo partían de criterios jurídicos para admitir ó rechazar las pruebas nuevas. Y si, por el contrario, el juez de fondo estimase de hecho inadmisibile una prueba en apelación porque ésta no era más que la repetición de una prueba ya practicada, no se podría recurrir en casación contra esto, que es un juicio de puro hecho (1).

(b)

#### JUICIO DE REVOCACIÓN (a)

215. Ocupándonos ahora de las pruebas admisibles en el juicio de revocación, debemos anticipar que la admisibilidad de las prue-

(1) Cas. Fl., 22 Marzo 1887 (*Mon. jur. Ven.*, 1877, p. 247).

(a) Bajo este epigrafe ocupase el autor del recurso conocido en nuestro procedimiento con el nombre de revisión, ó sea el remedio extraordinario concedido por la ley para que quede rescindida y sin efecto una sentencia firme, injustamente ganada, á fin de que pueda abrirse de nuevo el juicio y ser fallado con arreglo á justicia.

Dicho recurso es nuevo en nuestro derecho procesal civil, habiéndose establecido por vez primera en la ley de Enjuiciamiento vigente, pues en las anteriores leyes procesales de dicho orden no se hizo referencia del mismo ni directa ni indirectamente, á pesar de que desde el año 1846 se hallaba en práctica para lo contencioso-administrativo, según los arts. 228 y siguientes del Reglamento de 30 de Diciembre del mismo año, sobre el modo de proceder el Consejo Real, y desde el de 1870 para los juicios criminales, con arreglo á la ley de 18 de Junio de dicho año.

El objeto de dicho recurso es asegurar la justicia del fallo y la recta aplicación del derecho, cuando por error ó por malicia se falte abiertamente á ella en la sentencia que ponga término al pleito. Por eso, aunque, con arreglo á los buenos principios, la ley ha revestido siempre á la cosa juzgada de toda fuerza y autoridad, estableciendo el principio de la irrevocabilidad y santidad de las ejecutorias, ha tenido que conceder, con prudente previsión, medios y recursos excepcionales contra las sentencias que adolezcan de alguno de los vicios indicados, para rescindir aquellas en que la verdad legal esté en contradicción con la real y positiva, por haber mediado para ello dolo ó maquinaciones fraudulentas por la parte favorecida por la sentencia.

Más que recurso, es un verdadero juicio incidental la revisión admitida por la ley y, como todos, debe empezar por la oportuna demanda, según resulta del art. 1808 de la ley de Enjuiciamiento civil, antes citada, que atribuye dicha denominación al escrito solicitando la revisión. Y decimos que es juicio incidental, por tratarse de una contienda entre partes, que es consecuencia de otro juicio y que afecta á su eficacia y ha de ser resuelta por sentencia, habiéndolo reconocido también así la misma ley procesal, la cual, en su art. 1802, previene que después de llamados á sí por el Tribunal todos los antecedentes del pleito y emplazados

bas en tal juicio está íntimamente enlazada con la índole del motivo de revocación, así es que analizando ordenadamente el texto del art. 494, responderemos á las exigencias de nuestra investigación de modo exacto.

216. El primer motivo de revocación, así para el Cód. proc. civ., art. 494, núm. 1.º, como para las leyes administrativas, excluida la especial sobre el Tribunal de Cuentas, se tiene cuando la sentencia ha sido el efecto del dolo de una de las partes en daño de la otra (a).

cuantos en él hubieran litigado, hayanse personado ó no dentro del término del emplazamiento, se ajustarán los trámites sucesivos á la sustanciación establecida para los incidentes, oyéndose siempre al Ministerio fiscal antes de dictarse sentencia.

Admitido el recurso, y estimada precedente en su consecuencia la revisión, queda rescindida la sentencia en todo ó en parte, según que los fundamentos del mismo se refieran á la totalidad ó sólo á algunos particulares de ella, surtiendo dicha rescisión todos sus efectos legales, salvo los derechos adquiridos que deban respetarse con arreglo á lo establecido por el art. 34 de la ley Hipotecaria, según se previene en los arts. 1906 y 1908 de la de Enjuiciamiento antes citada; pero para evitar confusiones indebidas, hay que tener en cuenta que el Tribunal que conoce del recurso no falla sobre el fondo del litigio después de rescindida la sentencia impugnada, sino que, conforme al art. 1807 de dicha ley, con certificación de su fallo debe devolver los autos al de que procedan, para que las partes puedan hacer uso de su derecho en el juicio correspondiente. Es decir, que no se trata de un recurso ó juicio de revocación, en que una nueva sentencia sobre el fondo revoca la recurrida, haciendo en su lugar las declaraciones procedentes en justicia, sino de un recurso de rescisión en que queda sin efecto la sentencia injustamente ganada y á salvo el derecho de las partes para obtener una nueva con arreglo á derecho, ganada por las vías normales.

Determinada así la naturaleza y diferencias de nuestro recurso de revisión y del juicio de revocación, que como su equivalente puede ser considerado, debemos desde luego proceder al estudio de la materia objeto de este tratado.—(N. del T.)

(a) Según el art. 1796 de nuestra ley de Enjuiciamiento civil, puede haber lugar al recurso de revisión por cuatro motivos también como en el procedimiento italiano, siendo muy semejantes á los que autorizan en dicho procedimiento el llamado juicio de revocación, aunque colocados en orden distinto.

Dichos motivos son:

1.º Haber recobrado, después de pronunciada la sentencia, documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor ó por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado aquélla.

2.º Haber recaído la sentencia á virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignorase una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos, ó cuya falsedad se reconociere ó declarare después.

3.º Haber sido condenados por falso testimonio, dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento á la sentencia, los testigos que intervinieron en el asunto, si ésta hubiese sido dictado en virtud de dicha prueba testifical; y

4.º Haber sido ganada injustamente la sentencia firme, en virtud de cohecho, violencia ó otra maquinación fraudulenta.

Tratándose de un recurso extraordinario, ha de interpretarse restrictivamente

Dejando aparte la grave cuestión que surge en derecho constituyente y constituido, sobre la hipótesis del dolo como motivo de revocación, nosotros debemos limitarnos á investigar qué medios son admisibles para probar el dolo.

Y en la carencia de preceptos de derecho singular aplicamos la regla de derecho común (a), reconociendo ser admisibles todos los

el precepto de este artículo, y por lo tanto, sólo podrá autorizarse el recurso en los casos taxativamente establecidos.

El primero de los motivos indicados por el autor, se refiere principalmente al cuarto de nuestra ley, y desde luego se comprende que la sentencia ganada por cualquiera maquinación dolosa ó por alguna de las otras causas citadas en el referido caso, no puede prevalecer legal ni moralmente, y por esto se concede contra ella el recurso mencionado.

Ya la ley 13, tit. 22 de la Partida 3.<sup>a</sup> mandó desatar por dichos motivos la sentencia, aunque no se hubiere alzado de ella la parte agraviada, imponiendo á ésta la obligación de probar los hechos, y esta es la misma doctrina que en general establece la ley de Enjuiciamiento civil, al autorizar el recurso por cualquiera de las causas antes indicadas, toda vez que, con arreglo al art. 1802, personadas las partes ó declarada la rebeldía de los emplazados con el recurso, se dará á éste la tramitación de los incidentes, y convirtiéndose en su virtud el recurrente en parte actora, á él corresponde la obligación de probar los hechos que sirvan de fundamento al recurso, ó sean los justificativos del motivo ó causa de la revisión.—(N. del T.)

(a) La ley de Enjuiciamiento civil, en el tit. 22 de su libro 2.<sup>o</sup>, que es el consagrado al recurso de revisión, equivalente al juicio de revocación en el procedimiento italiano, no establece tampoco precepto alguno especial respecto á los medios de prueba que pueden utilizarse para la justificación del motivo ó causa de revisión que sirva de fundamento al recurso. Por lo tanto, habrá que estar también á las reglas generales en materia de pruebas, establecidas para el juicio ordinario en la sección 5.<sup>a</sup>, capítulo 2.<sup>o</sup>, tit. 2.<sup>o</sup> del libro 2.<sup>o</sup> de dicha ley, y en su consecuencia, podrán utilizarse con dicho objeto todos los medios probatorios expresados en el art. 578, ó sean los siguientes:

- 1.<sup>o</sup> Confesión en juicio.
- 2.<sup>o</sup> Documentos públicos.
- 3.<sup>o</sup> Documentos privados.
- 4.<sup>o</sup> Los libros de los comerciantes que se llevarán con las formalidades prevenidas en la sección 2.<sup>a</sup>, tit. 2.<sup>o</sup>, libro 1.<sup>o</sup> del Código de Comercio.
- 5.<sup>o</sup> Dictamen de peritos.
- 6.<sup>o</sup> Reconocimiento judicial; y
- 7.<sup>o</sup> Testigos.

Respecto á la proposición y práctica de dichas pruebas, hay que estar á lo dispuesto en el art. 753, y por lo tanto, recibidos los autos á dicho trámite, cuando procediere, según el 752, el término para ello no podrá exceder de veinte días y será común para proponer y ejecutar las que las partes intenten utilizar y fueren declaradas pertinentes, observándose, en cuanto á la admisión y á la práctica de las pruebas, en lo que fuere posible, las disposiciones del juicio ordinario que á ello se refieren.

Debemos además indicar que como el cohecho y la violencia, y acaso también el dolo, constituyen delito, el recurrente en estos casos tendrá que entablar la acción criminal para la declaración del mismo ante el Tribunal competente, suspendiéndose en el entretanto el procedimiento del recurso, el cual continuará en

medios de prueba, porque todos tienen un fin idóneo (1). Se trata de un estado de hecho, extraño á toda regla jurídica, cuando se sostiene que la prueba del dolo se puede argüir mejor por presunción que por pruebas directas (2), porque ninguna prueba directa debe ser rechazada hallándose admitido hasta los interrogatorios (3), y habiéndose condenado la teoría que exige la prueba escrita para el dolo reservado en sí mismo, porque la ley, en el artículo 497, quiere la escritura únicamente para asegurarse de la fecha del descubrimiento (4), y habiéndose ya admitido la prueba escrita (5).

217. Un segundo motivo de revocación existe cuando se ha juzgado por un documento reconocido ó declarado falso después de la sentencia, ó que la parte que es vencida en el juicio ignoraba haber sido reconocido ó declarado falso antes de la misma (art. 494, n. 2) (a).

suspense hasta que recaiga sentencia firme en la causa, conforme á lo dispuesto en el art. 1804, que ordena dicha suspensión cuando se suscitaren cuestiones cuya decisión, determinante de la procedencia del recurso de revisión, compete á la jurisdicción de los Tribunales de lo criminal.

Respecto de este motivo de revisión tiene declarado el Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de Febrero de 1896, que el cohecho, la violación ó la maquinación fraudulenta, á que se refiere el caso 4.º del art. 1796, han de deducirse de hechos ajenos al pleito y ocurridos fuera del mismo y no de los alegados y discutidos en él. — (N. del T.)

(1) Sobre este punto no hay cuestión; Conf. Prianeli, VI, n. 961; Alenio, *La revocación de las sentencias civiles* (1888), n. 84; La Rosa, *La revocación de la sentencia civil*, (Catania, 1893), n. 44, 45, p. 92 93; Loasses (en la *Rev. jur. Tram.*, 1889, p. 781 y sig.); Gargino, *Derecho y jurisprud.* I, p. 170.

(2) Cas. Turin, 20 Enero 1875, Cassiano, (*Jur. Tur.*, 1885, p. 156.

(3) Cas. Turin, 13 Abril 1858, (Loasses, *loc. cit.*)

(4) Cas. Náp., 22 Marzo 82, (Loasses, *loc. cit.*, p. 783.)

(5) Cas. Turin, 23 Abril 83, y Cas. Fl., 6 Agosto 88 (citadas por La Rosa; Cas. Roma, 15 Noviembre 1886; Puccioni (*Ley*, 1887, I, 546).

(a) Esta causa ó motivo de revocación es igual al segundo de los que en nuestro procedimiento autorizan el recurso de revisión. Los términos mismos en que se halla concebido este motivo, demuestran que para basarse en él dicho recurso es necesario que preceda la declaración de falsedad del documento ó documentos que hayan servido de fundamento á la sentencia impugnada, cuya declaración deberá hacerla el Tribunal competente para conocer del delito.

Puede ocurrir que dicha declaración haya recaído ó no antes de dictarse la sentencia cuya revisión se pretende. En el primer caso, deberá alegar el recurrente que ignoraba este hecho, sin perjuicio de la prueba en contrario, pues si tenia conocimiento de ello, debió alegarlo y probarlo en el pleito. En el segundo caso tendrá que hacer uso de la acción criminal para que se declare la falsedad del documento antes de entablar el recurso.

En nuestro antiguo derecho, la ley 2.ª, tit. 26 de la Partida 3.ª disponía que el Juezador mismo que dió la sentencia por falsas pruebas, lo pudiera revocar; pero

La Rosa, proponiendo la cuestión sobre el tiempo en que debe hacerse la prueba de la falsedad, declara ser doctrina unánimemente admitida que la falsedad del documento debe ser definitiva é irrevocablemente asegurada, antes de que sea propuesta la demanda de revocación (1).

Esta teoría es evidentemente verdadera, en el caso en que se trate de documentos reconocidos ó declarados falsos después de la sentencia; hablar en este caso de pruebas orales sería absurdo.

Pero la parte vencida en el juicio, ¿podrá probar con pruebas orales que ignoraba que los documentos habían sido reconocidos ó declarados falsos antes de la sentencia? La respuesta afirmativa es tan cierta, que no se puede racionalmente pensar en la verdad posible de su negativa (2).

218. El tercer motivo de revocación corresponde á la restitución *in integrum* contra la sentencia; como la concibieron los intérpretes medioevales, la entendieron para resistir alguna norma estatutoria. Así, Paris de Puteo (3) refiere que si el estatuto establece que debe el juez pronunciar sentencia *intra certum tempus*, puede el juez pronunciar sentencia provisional que se puede revocar, en todo ó en parte, si se ven nuevos hechos ó nuevas circunstancias.

Ocurre este medio, cuando después de la sentencia se haya re-

el Tribunal Supremo tiene reconocido en sentencia de 10 de Julio de 1891, que dicha ley se halla sustituida hoy por las disposiciones de la de Enjuiciamiento civil relativas al recurso de revisión, cuyo art. 1801 establece que únicamente podrá interponerse el recurso ante el Tribunal Supremo, cualquiera que sea el grado del Juez ó Tribunal en que hubiere quedado firme la sentencia que lo motive.

La razón de esta reforma facilmente se comprende, pues el respeto debido á la cosa juzgada exige que sólo tenga facultades para anularla ó rescindirla el Tribunal Supremo, con audiencia precisa del Ministerio público, como fiel guardador, completamente desinteresado, de la santidad de lo ejecutoriado, en cuanto esté basado en el principio no menos sagrado de la justicia.

Por ese motivo, por la índole de las causas que le autorizan, y por la conveniencia de que no estén mucho tiempo en lo incierto los derechos de los particulares, se ha reformado la doctrina de nuestras antiguas leyes, atribuyendo el conocimiento del recurso al tribunal de más elevada jerarquía, y abreviando el término para su interposición, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años en vez de los veinte que fijaban las leyes de Partidas.

Y esto que decimos del motivo especial que anotamos, es extensivo á todos los expresados en el art. 1796 de la ley de Enjuiciamiento civil, tantas veces citada, pues á todos alcanzó la reforma y además es la misma en unos y otros casos la razón legal á que obedece dicha reforma.—(N. del T.)

(1) *Op. cit.* n. 88, p. 124.

(2) La Rosa, *op. cit.* n. 84, p. 181.

(3) *De Syndicatu* (en el *Tract. ill. jurisc.* VII, n. 310 y 311).

enperado un documento decisivo, el cual no se haya podido presentar antes por hecho de la parte contraria (art. 494, n. 3) (a).

Tal *restitutio in integrum ex capite novorum*, ó bien, *ob noviter reperta*, es lo que en Venecia se llamaba *nuevo deducido* (*nuovo dedotto*) (1).

Claro es, ante todo, que el recurrente, para la revocación, podrá, con cualquier medio de prueba, probar que el documento *noviter repertum*, no pudo por sí mismo producirlo antes por hecho de la parte contraria. Esta imposibilidad, lo mismo que la causa que la determina, es un hecho material.

¿Pero para este efecto qué es lo que debe entenderse por documento?

No hay duda que debe ser una prueba preconstituída, y no una prueba que haya de formarse (2).

El Tribunal de Venecia (*Corte*) ha resuelto precisamente en este sentido, diciendo:

No es un nuevo documento una prueba que se proponga; la ley, para autorizar la revocación ha indicado taxativamente los medios oportunos; pero entre estos, no hay (y no puede sostenerse que esté implícitamente comprendido) el de poder constituir ó completar con testigos la prueba de un reconocimiento extrajudicial por parte del acreedor, del derecho del vencido en el juicio: ella exige

(a) Este motivo del juicio de revocación corresponde al primero de los que autorizan el recurso de revisión, según el art. 1796 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Aunque el artículo citado dice que se *recobren* los documentos decisivos en cuya virtud se ha de entablar el recurso, no es indispensable que el litigante hubiera tenido antes en su poder dichos documentos, como parecería indicar el sentido de la locución empleada, ni aun siquiera es necesario que tuviera noticia ó conocimiento de ellos durante el pleito.

Dichos documentos deben ser recobrados ó descubiertos, ó conocidos después de haberse pronunciado la sentencia firme, ó de citarse para sentencia en segunda instancia, siendo éste un requisito preciso, pues si lo hubieran sido antes, deberían haberse presentado en el juicio, conforme á los artículos 501 y 506, que hemos explicado en anteriores notas, sin poder utilizarlos después.

Finalmente: es condición también indispensable que los documentos sean decisivos, ó lo que es lo mismo, que tengan influencia tan notoria en el pleito, que si el juzgador hubiera podido apreciarlos al dictar su fallo, hubiera sido otra la sentencia. Este requisito se halla además exigido por la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo, y especialmente en las sentencias de 28 de Mayo y 7 de Julio, ambas de 1866.

La apreciación de dicha cualidad corresponde al Tribunal Supremo, como fundamento de su resolución sobre el recurso.—(*N. del T.*)

(1) Pertile, *op. cit.* VI, 2, § 241, p. 817.

(2) Pisanelli, IV, n. 1099; La Rosa *op. cit.* n. 105, p. 139.

un documento escrito decisivo. Es documento un proceso verbal que contenga un examen testimonial, la declaración de un solo testigo, en suma, una prueba ya recogida ó que presenta alguna cosa de cierto y establecido, excluyendo toda otra investigación respecto á la misma; pero no una prueba que se deba todavía recoger, que aún no se haya practicado y que se resuelva en una investigación aún no hecha (1).

El documento, que ha de ser decisivo, debe, ante todo, tener fuerza probatoria, y tenerla tal, que resuelva la controversia; pero no importa que sea un acto público ó una escritura privada sin firma auténtica ó reconocida, ó una escritura privada no suscrita, como un libro de comercio, por ejemplo.

Grave cuestión es averiguar si el documento debe pertenecer á la parte vencida por derecho de propiedad ó de copropiedad (2).

Los que siguen la opinión afirmativa, invocan exclusivamente la letra de la ley: no se *recupera* sino lo que es nuestro ó que al menos nos pertenece (a).

Pero se puede responder que la ley no exige otra cosa sino que el documento en sí sea decisivo; ahora bien: la propiedad ó la copropiedad son cosas extrañas á la especial fuerza probatoria necesaria.

Por lo demás, recuperar significa también *recibir, retirar*, especialmente cuando se trata de un obstáculo superable ó subsanable.

219. ¿Deberá la parte que incumbe producir el documento *no viter reper tum*, ó bastará que pruebe solamente que el documento en cuestión fué retenido por el adversario?

El Tribunal de Casación de Nápoles (3) tuvo ocasión de estudiar esta cuestión, que resolvió admitiendo la *recuperación virtual*, reconocida por el § 543, n. 7 del Cód. proc. civ. alemán.

(1) Sentencia 22 Enero 1886; Magarotto (*Tem. Ven.* 86, p. 79).

(2) Por la afirmativa: Saredo, *It. Proc. civ.*, II, n. 932; Gargiulo, art. 494, n. XVII; Pateri, *De los medios para imp. las sent.*, n. 205; Borsari, I, art. 494, n. 3, Ap. Trani, 29 Marzo 1887; Surrentino d'Afflitto (*Rev. Trani*, 1887, p. 306). Por la negativa: Cuzzeri, art. 494, n. 11; Mattiolo, IV, n. 696; Alessio, *op. cit.*, n. 126; Pisanelli, *Com.*, IV, n. M. C.; Dizez, de la *Tem. Ven.* 1886, p. 79; Ap. Trani, 19 Enero 1892 (*Rev. Trani*, 1892, p. 94).

(a) Véase la nota anterior. No es necesario, como en ella dijimos, que el documento haya estado antes en poder de la parte á que interesa la prueba. — (*N. del T.*)

(3) 21 Enero 1891, Pasqualoni (*Foro ital.* 1891, I, 923).

La novedad de la cuestión y la importancia de la sentencia, nos inducen á reproducir sus motivos:

La parte vencida es cierto que no estaba obligada á presentar el contrato de que no era dueña para obtener la revocación de la sentencia; pero si debía prestar la prueba de que el adversario detentaba el título decisivo.

Apreciando los hechos probados, el Tribunal, en cuanto al fondo, consideró que el contrato redactado en un solo ejemplar era documento decisivo que la parte vencida no pudo presentar por tenerle el adversario, el cual no quiso exhibirle por el falso pretexto de haberle entregado al contrario, por lo cual, legal y lógicamente revocó su sentencia precedente, ordenando que el adversario presentase la escritura.

Es, pues, evidente, que no se confundió lo rescindente con lo rescindido, y que la jurisprudencia no ha dudado nunca que el número 3.º del art. 494, se refiera al caso de documentos recuperados ó hallados, *instrumentum noviter repertum*, conforme á la antigua doctrina.

Y conviene aquí repetir que no puede exigirse que el documento se exhiba por el actor pidiendo la revocación precisamente por la circunstancia de que lo tenía el demandado, el cual, con falsos pretextos (como observa el Tribunal de derecho), no quiere exhibirlo, retando al actor á que lo presente.

Tampoco se viola el principio de derecho: *nemo tenetur edere contra se*. Este principio, conforme está escrito en las LL. 7, C. *De testibus* y 22 *De fide instrumentorum*, á propósito de la *intentio* (acción en juicio, según la definición de Ulpiano), dice así: *Intentionis vestrae proprias debitis adferre probationes, non adversus ab adversariis adduci*, y no es aplicable en el caso en que se pruebe que el adversario se haya hecho dueño de documentos decisivos poniendo al actor en la imposibilidad de exhibirlos.

La fuerza del argumento aumenta cuando se trata de un título común á una y otra parte, porque el actor que no lo posee tiene el derecho de pedir su exhibición por la otra parte que lo retiene, y el juez no puede dejar de disponerla, siendo necesario para juzgar de la acción y la excepción.

Esto era lo que ocurría en el pleito citado en el que el contrato fué hecho en un solo original.

220. Es de notar que el art. 44 letra c de la ley del Tribunal de Cuentas, admite la revocación «si se han hallado nuevos documentos después de pronunciada la sentencia».

La diferencia entre esta disposición y la del art. 494, núm. 3.º del Cód. proc. civ., es evidente.

La ley común, habla de documento *recuperado*; la especial, de documento *hallado*; la ley común exige que el documento no se haya podido presentar antes por hecho de la parte contraria: la ley especial no pide este requisito.

Por estas diferentes disposiciones preséntase claro un concepto legislativo diverso.

Y que la diferencia está en estos términos, lo atestiguan dos notables escritores especialistas, Rocco (1) y Tango (2).

Este último dice:

«En la discusión de la ley que estableció el Tribunal de Cuentas (sesión de 16 de Diciembre de 1861), el diputado Castellano quería, siguiendo el derecho común, que no se admitieran en el recurso los nuevos documentos que el actor no presentara por su culpa; pero se observó que la revocación en materia de cuentas tiene fundamentos más amplios. Las relaciones permanentes que hay entre el Estado y los cuentadantes; la dignidad del Gobierno, el interés superior que preside á estos juicios, pareceme que son las razones por las cuales se debe excluir una cuestión que es extraña de hecho y conduciría en derecho á subordinar á meras acciones personales la profunda investigación de la verdad de los intereses públicos.»

221. El último caso de revocación que nos interesa, es el de que trata el art. 494, núm. 4.º, siendo la hipótesis establecida en el núm. 5.º relativa á la cosa juzgada. Según el art. 494, núm. 4.º, se admite la revocación si la sentencia es efecto de un error de hecho *que resulte de los actos y documentos de la causa (a)*.

(1) *Derecho administrativo*, II, p. 518.

(2) *La revocación*, ensayo de comentario á la ley sobre el Tribunal de Cuentas (*Arg. Jur.* XXVII, p. 40 41).

(a) En nuestro derecho procesal, el error de hecho, como el de derecho, á lo que da lugar es al recurso extraordinario de casación en cuanto al fondo, siempre que dicho error se haya padecido en la apreciación de las pruebas y resulte de documentos ó actos auténticos que demuestran la equivocación evidente del juzgador, según así se consigna en el núm. 7.º del art. 1662 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Pero análoga á la causa de revocación citada por el autor, existe en nuestro procedimiento un motivo de revisión, que es el señalado con el núm. 8.º del artículo 1736 de dicha ley procesal, según el que habría lugar á la revisión de la sentencia ya firme si ésta hubiere sido dictada en virtud de la prueba testifical obrante en el juicio, y los testigos fueren condenados después por falso testimonio cometido en las declaraciones que sirvieron de fundamento á la sentencia;

En estas últimas palabras está la prohibición de nuevos medios instructorios, preconstituídos ó simples: opinión que no ha sido discutida hasta aquí (1).

Y si no fuese supérfluo hacerlo, demostraríamos cómo se impone esta opinión así por la *letra de la ley*—y los *trabajos preparatorios*, pues que resulta de la exposición de la Comisión de la Cámara (1854), que el error de hecho debe surgir de los actos y documentos sobre los cuales se profirió la sentencia, *sin que sea lícito aducir la prueba de otros diversos* (2)—, como por el *espíritu de la ley* misma, no debiendo el juicio extraordinario de revocación convertirse en el juicio ordinario de apelación, ni pudiéndose quitar al juicio de revocación su base, por error de hecho, lo que se haría si el error de hecho se probase con pruebas nuevas, porque el fallo no sería censurable y el vencido en el juicio debería culparse á sí mismo de no haber sabido proveer á su buena defensa.

222. La ley sobre el Tribunal de Cuentas admite en el art. 44, letra a, el *error de hecho* como medio de revocación, sin añadir que el error en cuestión deba resultar de los actos y documentos de la causa.

¿Podrá, pues, ante esta jurisdicción especial, probarse el error de hecho con pruebas simples ó con pruebas preconstituídas extrañas á la causa?

apareciendo, por lo tanto, dictada la sentencia por error de hecho, derivado de dichas declaraciones y resultante de actos del juicio.

Este motivo de revisión exige también que á la interposición del recurso preceda el juicio criminal, en el que sean condenados los testigos, y que la condena se les imponga por las declaraciones que prestaron en el pleito y no en otro.

Además, el Tribunal Supremo tiene declarado en sentencia de 1.º de Febrero de 1866, que para prosperar este motivo de revisión es preciso no sólo que se pruebe la falsedad, sino además que la sentencia fué dictada en virtud de ella, y no por otras razones ni pruebas, con arreglo á lo prescrito en las leyes 1.ª y 2.ª, título 26 de la Partida 3.ª

Aunque hoy están derogadas dichas leyes, queda subsistente la doctrina deducida de ellas, tanto por su razón jurídica, como por estar en armonía con las disposiciones citadas de la ley de Enjuiciamiento civil.—(N. del T.)

(1) La Rosa, *ob. cit.* n. 132, p. 155; Mattiolo, IV, 669; Ricci, II, 669; Gargiulo, art. 491, n. XXI; Alessio, n. 144; Cas. Turín, 26 Diciembre 1876; rel. Agnelli (*Mon. Mil.*, 1877, p. 146); 22 Octubre 1883, rel. Floris (*Giur. Tor.*, 1883, p. 1121); Cas. Florencia, 24 Abril 1873, rel. Volpi Manni (*Ann.* 1873, p. 458); Cas. Nápoles, 28 Julio 1870, rel. Larussa (*Gazz. Proc.* V, p. 304); Ap. Cagliari, 31 Julio 1872 (*Legista*, III, 152); Ap. Lucca, 14 Febrero 1873 (*Mon. giudic.* II, 431); 24 Mayo 1887 (*Mon. Mil.* 1887, p. 913); Ap. Génova, 6 Febrero 1892 (*Tem. gen.* 1892, p. 152); 18 Marzo 1887 (*Ib.*, 1889, p. 271); Ap. Roma, 11 Septiembre 1890; 1.º Diciembre 1887 (*Tem. Rom.* 1890, p. 517; 1888, p. 318); Ap. Casalia, 20 Diciembre 1887 (*Legge*, 1888, II, p. 459).

(2) Così en el *Foro ital.*, 1886, I, col. 456, cita la relación.

Así lo creemos, por el diverso texto de la ley, por el carácter especial de la revocación ante el Tribunal de Cuentas, carácter que resulta de la facilidad de los errores en las cuentas, y por la falta del doble grado de jurisdicción y de recurso de anulación por violación de ley (1).

(c)

#### JUICIO DE CASACIÓN (a)

223. La índole del juicio de casación excluye evidentemente que en el mismo puedan deducirse pruebas nuevas. La Casación examina si al hecho estimado por el Tribunal sentenciador se apli-

(1) Sobre el amplio concepto de la revocación en el Tribunal de Cuentas, v. Tango, *ob. y loc. cit.*, p. 34.

(a) En nuestro procedimiento, tanto civil como criminal, la casación no constituye un verdadero juicio, ni aun siquiera una nueva instancia del promovido con motivo de la contienda judicial en que se interpone, sino un recurso de carácter extraordinario, concedido no sólo para reparar los agravios inferidos por el Tribunal sentenciador en la aplicación del derecho ó en la sustanciación del juicio cuando hubieren sido quebrantadas las formas sustanciales del mismo, sino también para suplir la omisión ó la oscuridad de las leyes por medio de la jurisprudencia establecida á virtud de dicho recurso.

Es, por lo tanto, éste de interés público y privado, y á esto obedece el que se conceda dicho recurso en favor de las partes, y además en beneficio de la ley para el sólo efecto de la formación de la jurisprudencia. Es de interés público en este concepto, y además en cuanto por él se concede al más alto Tribunal de la Nación la suprema vigilancia ó la elevada inspección sobre todos los demás de la misma para la recta administración de la justicia. Y es de interés privado, en cuanto por él pueden las partes procurar la reparación de los perjuicios ó de los agravios antes citados, que hubieren sido producidos por haber infringido las leyes en su sentencia el Tribunal que conociere del asunto en cuanto al fondo, ó por haber sido violadas las formas esenciales del juicio, ó por ambas causas á la vez; que son los motivos por los que se concede dicho recurso en nuestra ley procesal.

Al primero de dichos caracteres responde la intervención del Ministerio fiscal. En los juicios criminales, siendo dicho ministerio una de las partes del mismo, puede como tal interponer el recurso: en los civiles, aun en aquellos en que no tenga intervención en tal concepto por las representaciones que la ley le concede, deba, sin embargo, ser oído, prestándosele esta audiencia para que se adhiera ó impugne el recurso en beneficio de la ley para la declaración y formación de la jurisprudencia ó para que se oponga á su admisión, y además para que le interponga, en interés de los litigantes pobres, con arreglo al art. 1715 de dicha ley, cuando le estimare procedente y no lo hubiere hecho la representación de los mismos, por haberle considerado improcedente los tres letrados á que dicho artículo se refiere.

Moderno es en la legislación española el recurso de casación. Proclamado por vez primera en la Constitución de 1812, aunque con el carácter de recurso de nulidad, y desarrollado en la ley de 9 de Octubre del mismo año, siguió la suerte de la Constitución á que debió su origen. Restablecida ésta por segunda vez en 1820, recibió nueva vida el recurso, que fué por último formulado en el Real decreto de 4 de No-

có rectamente el derecho. Y siendo el hecho, regularmente el objeto de la prueba, no son practicables éstas ante quien no conoce del hecho. Este principio es tan evidente, que jamás ha ocurrido que la Casación haya tenido que rechazar pruebas simples propuestas ante ella.

Por el contrario, así la Casación como el Consejo de Estado, obrando como Casación administrativa, tuvieron ocasión de enunciar la máxima de que ante los mismos tampoco se pueden presentar pruebas preconstituídas, no presentadas ante los jueces conocedores del fondo (1). Si ante tales Tribunales pudieran presentarse documentos ó títulos nuevos, se violaría la regla fundamental de su institución, que les prohíbe volver sobre el hecho (a).

viembre de 1838, de donde pasó á la ley de Enjuiciamiento civil de 1855 con su actual carácter, aunque ya era conocido como tal en la ley de 20 de Junio de 1852 para los delitos de contrabando y defraudación, siendo objeto de posteriores reformas en las leyes de 18 de Junio de 1870 y 22 de Abril de 1873, y en la de Enjuiciamiento civil hoy vigente, cuyo tit. 21 de su libro 2.º se halla consagrado al desarrollo de esta parte importantísima del procedimiento, observándose, desde luego, en el mayor método y más exquisito cuidado en la reforma, la cual, no sólo se halla en armonía con el carácter *extraordinario* del recurso, sino también con las leyes de la lógica.

Discuten, sin embargo, algunos autores los términos de la reforma, entendiéndose que no queda satisfecho el interés público á que obedezca el recurso de casación, si no se garantiza la *uniformidad* de la jurisprudencia, estableciendo reglas que previsoriamente conduzcan á la *unidad* en las declaraciones del derecho, y en la fijación de las doctrinas establecidas por ella. Con dicho objeto propónense diversos medios; pero el examen de dicha cuestión, cuya importancia no puede ser desconocida, es extraño al objeto y carácter de estas notas, por lo que prescindimos de su exposición, limitándonos á indicar que ese fin público, principalmente perseguido por el recurso de casación, es de capitalísimo interés, pues como indica, aunque en términos más elocuentes, el Sr. Gómez de la Serna en su obra *Motivos de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855*, al exponer el fundamento histórico y filosófico del mismo, no bastaría que las Constituciones y los Códigos establecieran la uniformidad de las leyes como medio de conseguir la unidad y la igualdad en la esfera del derecho privado, é ineficaz sería dicho precepto para conseguir este objeto si no viniese á fortalecer esa uniformidad la unidad de la jurisprudencia.

En cuanto al procedimiento criminal, establecida la casación, como hemos dicho, en el Real decreto de 20 de Junio de 1852 para los delitos especiales de contrabando y defraudación, pasó con carácter general á la ley provisional de 18 de Junio de 1870, y de ella á la de Enjuiciamiento de 1873, á la *Compilación general* y á la de Enjuiciamiento de 1893, hoy vigente, con las reformas introducidas por la de 20 de Abril de 1899 para los juicios por jurados.—(N. del T.)

(1) Para la jurisprudencia francesa: v. las numerosas decisiones referidas en Dalloz (v. *Casación*, n. 1863). Para la italiana: Cas. Roma, 19 Nov. 1878 (*Ley*, 1879, I, 19); Cas. Fl., 27 Nov. 1893, Massari (*Tem. Ven.*, 1894, 120); Consejo de Estado, IV Sección, 21 Abril 1892; Perla (*Anales*, V, p. 70.).

(a) La misma doctrina rige en nuestro derecho procesal.

Según dijimos en la nota anterior, la casación no es un verdadero juicio ni una tercera instancia del pleito, sino un recurso extraordinario ó un remedio es

La cuestión relativa á la admisibilidad de los medios instructivos en casación para probar la ley extranjera ó la costumbre, fué examinada por nosotros en otro lugar (1).

establecido en beneficio de las partes y en interés de la ley. Y si no es una instancia nueva, desde luego se comprende que en él no puede tratarse de los hechos, sino de la aplicación del derecho, á no ser en el caso autorizado por el núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil: es decir, cuando en la apreciación de las pruebas hubiere mediado error de hecho resultante de documentos ó actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador.

Este mismo precepto confirma la imposibilidad de la práctica de pruebas en la sustanciación del recurso; porque ese error á que se refiere, y que puede motivar en su caso la casación de la sentencia recurrida, no ha de ser comprobado por nuevos elementos probatorios aportados por las partes, sino por los documentos ó actos auténticos obrantes ya en los autos y que debió tener en cuenta el Tribunal sentenciador al decidir el juicio en cuanto al fondo.

De acuerdo con dicha doctrina, la jurisprudencia ha establecido la regla constante y la máxima inconcusa, de que la Sala sentenciadora es soberana en materia de pruebas, y á su apreciación hay que estar para juzgar de la procedencia ó inprocedencia del recurso interpuesto.

Esto es también lo más conforme con las cuestiones que pueden ser materia de la casación, según los diversos motivos que pueden autorizar el recurso.

En efecto, con arreglo al art. 1692 de la ley procesal, antes citada, hay lugar al recurso de casación por infracción de ley ó de doctrina legal:

1.º Cuando el fallo contenga violación, interpretación errónea ó aplicación indebida de las leyes ó doctrinas legales aplicables al caso del pleito.

2.º Cuando la sentencia no sea congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

3.º Cuando el fallo otorgue más de lo pedido, ó no contenga declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito.

4.º Cuando el fallo contenga disposiciones contradictorias.

5.º Cuando el fallo sea contrario á la cosa juzgada, siempre que se haya alegado esta excepción en el juicio.

6.º Cuando por razón de la materia haya habido abuso, exceso ó defecto en el ejercicio de la jurisdicción, conociendo en asunto que no sea de la competencia judicial, ó dejando de conocer cuando hubiere el deber de hacerlo; y

7.º Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho ó de hecho, si este último resulta de documentos ó actos auténticos que demuestran la equivocación evidente del juzgador.

De la exposición hecha se deduce, desde luego, que en ninguno de los motivos de casación en el fondo ha de tratarse de hechos nuevamente aportados al juicio, sino de una cuestión de derecho relativa á la aplicación de las leyes, que tiene que ser resuelta con sujeción á los elementos obrantes ya en el juicio, y sin que puedan alterarse los terminos de él.

Lo mismo debemos decir en cuanto al recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, pues todos los motivos que dan lugar á él se refieren á defectos, faltas ú omisiones que han tenido lugar en la sustanciación dada al pleito, y por lo tanto, no requieren una justificación posterior por resultar de los autos mismos.

Según el art. 1693 de la ley de Enjuiciamiento civil, dichos motivos son:

(1) V. nuestros núms. 151 y 165.

(d)

## JUICIO DE REMISIÓN (a).

224. Examinemos, por último, la facultad de presentar pruebas en el juicio de remisión.

Sobre este tema se pregunta:

- 
- 1.º La falta de emplazamiento en primera ó segunda instancia de las personas que hubieran debido ser citadas para el juicio.
  - 2.º La falta de personalidad de alguna de las partes ó del procurador que la haya representado.
  - 3.º La falta de recibimiento á prueba en alguna de las instancias cuando procediere con arreglo á derecho.
  - 4.º La falta de citación para alguna diligencia de prueba ó para sentencia definitiva en cualquiera de las instancias.
  - 5.º La denegación de cualquiera diligencia de prueba, admisible según las leyes, y cuya falta haya podido producir indefensión.
  - 6.º La incompetencia de jurisdicción, cuando este punto no haya sido resuelto por el Tribunal Supremo, y no se halla comprendido en el núm. 6.º del art. 1692, antes citado.
  - 7.º La concurrencia á dictar sentencia de uno ó más jueces, cuya recusación fundada en causa legal, é intentada en tiempo y forma, hubiese sido estimada ó se hubiere denegado siendo procedente; y
  - 8.º Haber sido dictada la sentencia por menor número de jueces que el señalado por la ley.

Es de advertir, que conforme á los arts. 1696 y 1697 de dicha ley, para que pueda ser admitido el recurso de casación por quebrantamiento de forma, es indispensable pedir la subsanación de la falta en la instancia en que se cometió, y si hubiere ocurrido en la primera, que se haya reproducido la petición en la segunda con arreglo á lo prevenido en el art. 859; no pudiendo prescindirse de dicha reclamación más que en el caso de que la infracción hubiere sido cometida en la segunda instancia, cuando fuere ya imposible reclamar contra ella.

El precepto de estos artículos confirma cuanto dejamos dicho, puesto que, según ellos, ha de quedar generalmente planteada la cuestión del quebrantamiento de forma en la previa reclamación que ha de promoverse pidiendo su subsanación.  
—(N. del T.)

(a) En nuestro procedimiento, una vez casada la sentencia objeto del recurso de casación, no pasa el litigio á un nuevo juicio, ni aun siquiera pueden hacerse nuevas alegaciones que modifiquen el estado del pleito, anterior al motivo que diere lugar á dicho recurso. Si éste fué en el fondo; es decir, si se fundare en infracción de ley ó de doctrina legal, cometida en la sentencia de segunda instancia, el mismo Tribunal de Casación se convierte en Tribunal sentenciador, dictando é continuación, y por separado, nueva sentencia sobre el fondo después de casar la recurrida, como expresamente se previene en el párrafo 2.º del art. 1745 de la ley de Enjuiciamiento civil. Y por el contrario, si el recurso se fundó en quebrantamiento de alguna de las formas esenciales del juicio, dictada la sentencia en que se diere lugar á él, se devolverán los autos á la Audiencia de que procedan, para que, reponiéndolos al estado que tenían cuando se cometió la falta, los sustancie y determine ó haga sustanciar y determinar con arreglo á derecho, cuando la falta se cometió en primera instancia, conforme á lo dispuesto en el art. 1766 de dicha ley.

En su virtud, no permitiéndose nuevas alegaciones de las partes en el recurso

1.º ¿Puede la Autoridad judicial, por propia iniciativa, de oficio ó con sentencia interlocutoria, proceder á la reapertura de la instrucción de la causa?

2.º ¿Pueden las partes, por su iniciativa en todo caso, producir nuevas pruebas? (1).

3.º ¿Convendrá, por el contrario, distinguir según que la causa decidida por la sentencia casada fuese instruida con el procedimiento ordinario (*formale*) ó con el sumario, admitiendo sólo en el segundo caso la presentación de pruebas nuevas; y negándola en el primero, salva la voluntad concorde en contrario de las partes? (2).

225. Á la primera pregunta se responde unánimemente, que puede la Autoridad judicial ordenar la presentación de nuevas pruebas.

Nosotros, sosteniendo que esta iniciativa en materia de prueba esté negada en todo caso cuando la ley expresamente no la acuerde (3), creemos que sólo por su autoridad puede el juez de remisión ordenar nuevas pruebas, cuando esto sea en general consentido por la ley á cualquier juez.

en el fondo, ni que se retrotraiga el juicio en el de quebrantamiento de forma á estado anterior al en que fué cometida la falta, no es posible que en nuestro procedimiento se susciten las cuestiones que bajo este epigrafe examina el autor.—  
(*N. del T.*)

(1) Para la afirmativa: Mattiolo, IV (3.ª ed.), n. 949, p. 864 y sig.; Pisanelli, *Com.*, IV, § 926; Cuzzeri, art. 546; Ricci, II, n. 676, y en *Bett.* 1874, I, 2, 560 y *Diar. leyes*, 1877, p. 300; Gargiulo, art. 546, n. 6; Sorgente (*Filangieri*, 1880, II, notas ap. 261, 269; 1881, II, notas ap. 43, 103, 177, 1884, II, nota ap. 89; De Filippis (*Filangieri*, 1881, II, nota ap. 12; Luparia (*Arc. Jur.*, XXVII, p. 228); Cas. Roma, 7 Enero 1879; Pantanelli (*Ley*, 1879, I, 224); 7 Marzo 1879, Pacifici (*Bett.*, XXXI, I, 494); 21 Julio 1880 (*Filangieri*, 1881, II, 12); Roma, 10 Enero 1889 (*An.*, 1889, parte especial, 72); 14 Mayo 1889 (*Ley*, 1889, III, p. 435; 4 Mayo 1887 (*Corte Suprema*, 1887, p. 258); Cas. Fl., 18 Junio 1877 (*Diar. Trib.*, VI, 713; 28 Julio 1887, Rosadi (*Tem. Ven.*, XII, 506; Cas. Nap., 31 Dic. 1869 (*Ley*, 1870, I, 197); 17 Febrero 1877 (*Gac. Trib. Nap.*, XXIX, 264); 27 Febrero 1878 (*Gac. leg.*, 1878, p. 204); 10 Marzo y 10 Nov. 1880 (*Filangieri*, 1880, II, 231; 1881, II, 43; 16 Enero 1882 (*Gac. Proc.*, XVII, 125; Cas. Turin, 4 Febrero 1890, Giusto (*Giur. Tor.*, 1890, p. 418; 31 Dic. 1888, Dona (*Ib.*, 1889, p. 197; 16 Junio 1888, Giusto, (*Ib.*, XXV, 409; 20 Julio 1888, Parachio (*Ib.*, XXV, 598; 26 Marzo 1888, Massimo (*Ib.*, XXV, 364); 29 Dic. 1887, Floris (*Ib.*, XXV, 218, y 11 Agosto 1887, Floris (*Ib.*, XXIV, 669).

Para la negativa: Moli (*Gac. leg.*, 1878, p. 129); Losana (*Monit. leg.*, 1886, p. 140); Cas. Turin, 11 Junio 1873 (*Bett.*, XXV, I, 458; 13 Junio 1877 (*Giur. Tor.*, 1877, 529); 13 Mayo 1878 (*Ib.*, 1879, 458); 25 Junio 1878 (*Gac. leg.*, 1878, 242; 8 Febrero 1881 (*Bett.*, 33, I, 267).

(2) Aceptan la distinción: Rimini (*Gac. leg.*, 1880, 129, 130); Cas. Turin, 21 Octubre 1888 y 6 Marzo 1883 (*Gac. Tur.*, 1883, 190, 392; 11 Mayo 1882 (*La Cas. de Turin*, 1882, 376; Ap. Turin, 6 Febrero 1877, Piccati (*Jur. Tur.*, 1877, p. 269). Casación de Turin, decisión de 29 Dic. 1885, Cattaneo (*Ib.*, 1886, p. 99).

(3) V. n. 123.

226. A la segunda pregunta: si pueden las partes en todo caso por su iniciativa deducir nuevas pruebas, respondemos de modo afirmativo, y para demostrarlo, diremos, ante todo, que es de rechazar la teoría absolutamente contraria, y por esto es de rechazar igualmente la doctrina que no admite nuevas pruebas, cuando la causa decidida por la sentencia casada haya sido instruida por el procedimiento ordinario.

Los que siguen la opinión absolutamente contraria á la nuestra dicen:

a) La anulación de la sentencia apelada en el juicio en cuanto al fondo no produce la nulidad de todo cuanto se haya hecho precedentemente en dicho juicio: sólo remite á las partes en el estado en que se hallaban antes de la sentencia casada.

Se anulan, por consiguiente, los actos posteriores á tal sentencia, pero permanecen intactos los anteriores; y la citación en vía sumaria ante el juez de remisión, no es un nuevo acto de apelación, sino una continuación de instancia, y la instancia se reanuda en el punto en que se hallaba la sentencia casada, es decir, en el punto en que ya la instrucción de la causa era completa y solamente dependía de la sentencia del juez. De aquí, que tenga la remisión un solo efecto, provocar una nueva decisión sobre el proceso ya terminado, sobre el hecho, como surge de la instrucción que precede á la sentencia casada (a).

b) Si fuese lícito en el juicio de remisión hacer nuevas alegaciones, no se llegaría nunca al fin de la causa, porque variando en

(a) Véase la nota anterior. Además, es de advertir que la ley de Enjuiciamiento civil, al regular la sustanciación y los efectos del recurso de casación en el tit. 21 de su libro 2.º, no establece diferencia alguna con respecto á la clase de juicio ó de procedimiento en que fuere interpuesto.

Con arreglo al art. 1694 de dicha ley, no se da el recurso de casación en el fondo: 1.º, en los juicios de menor cuantía; 2.º, en los de desahucio, cuando la renta anual de la finca no exceda de 1.500 pesetas; y 3.º, en los ejecutivos, en los posesorios ni en los demás en que, después de terminados, pueda promoverse otro juicio sobre el mismo objeto, excepto los casos comprendidos en los núms. 3.º y 4.º del art. 1690: es decir, cuando se trata de sentencia que ponga término al juicio de alimentos provisionales ó de las pronunciadas en aquellos actos de jurisdicción voluntaria en que la ley expresamente autoriza dicho recurso.

En todos los demás juicios, incluso los de amigables componedores, á tenor del art. 1689 de la citada ley, es admisible el recurso de casación en el fondo, y, aun en los exceptuados de él, es procedente el que se fundare en el quebrantamiento de alguna de las formas esenciales del recurso; pero una vez admitido cualquiera de dichos recursos y casada la sentencia recurrida, no existe diferencia alguna en sus efectos y las mismas disposiciones rigen para el procedimiento sumario que para el ordinario.—(N. del T.)

toda remisión el estado de la misma, se dilataría hasta el infinito la terminación de aquél.

c) Conforme á esta doctrina los artículos 36 y 38 del Reglamento anejo á la ley orgánica del Tribunal de Casación Sarda (R. edic., 30 Octubre 1847) y el art. 631, Cód. proc. civ. Sardo de 1859, disponían expresamente: 1.º, que las partes ante el juez de remisión no pueden proceder á nuevos y mayores actos de instrucción; 2.º, que el juez de remisión debe, sin ulterior instrucción, pronunciar su sentencia en el estado de los actos y de las conclusiones que precedieron á la resolución anulada y de los seguidos ante la Casación.

Es verdad que tales disposiciones no están repetidas en el Código vigente; pero esto ocurrió por la sencilla razón de juzgar inútil repetir prohibiciones que nacían de la naturaleza misma de las cosas.

227. Los que sostienen que se pueden presentar nuevas pruebas sólo en el caso en que la primera instrucción haya sido ordinaria, observan que el juez de remisión sustituye á aquel cuya sentencia queda anulada, y por ello ante el nuevo juez las partes pueden hacer lo mismo que podían ante el juez sustituido, y así como habrían podido ó no ante éste proponer nuevas pruebas á medida que la causa fuera ordinaria ó sumaria, igual derecho tendrían ante el nuevo juez.

Ninguno de los argumentos de los que siguen estas doctrinas nos parece que puede resistir al verdadero carácter del juicio de remisión.

El magistrado de remisión no ejercita una jurisdicción á él delegada por la Casación (1), sino una jurisdicción propia delegada por la ley con los mismos poderes que tenía el juez cuya sentencia fué anulada; por esto es lógico que las partes puedan ante éste manifestarse, como habrían podido hacerlo ante aquél (a).

(1) Lo sostienen: Gianzana (*Diar. de las leyes*, 1880, p. 201-205), y lo decidió la Cas. Turín, 12 Junio 1867, Balegno, *Motivos (Jur. Tur.*, 1867, p. 529); Cas. Roma, 19 Agosto 1890, rel. Guarneri (*Ley*, 1891, I, 346), y la Cas. de Nápoles, 9 Febrero 1895 (*Filangieri*, 1896, I, 103); pero como observa muy bien Mattiolo, siguiendo las enseñanzas de Pisanelli, IV, n. 991, y Ricci (en Martemucci, *Filangieri*, 1896, I, 104), IV, n. 946, p. 863, sería absurdo que el Tribunal Supremo pudiese delegar á los tribunales inferiores una jurisdicción de que carece; y por otra parte, la delegación de la jurisdicción puede referirse tan sólo á los actos de instrucción, no á la solución de la contienda. V. también Mattiolo, I (4.º ed.), n. 13, p. 26.

(a) Según tenemos ya dicho, en nuestro procedimiento no existe un Magistrado ó Tribunal especial encargado de dictar sentencia sobre el fondo del litigio

Nosotros no negamos que la Casación, anulando la sentencia, no anule los actos instructorios; pero una cosa es reconocerles validez, y otra estimarlos invariables, como barreras insuperables para la investigación de la verdad; tales actos, por el contrario, valdrán para prestar al juez elementos de conocimiento de la causa; pero no podrán cerrar irrevocablemente su instrucción.

Nuestra tesis, conforme á justicia, se confirma también con razones de conveniencia y de oportunidad; en realidad, si es justo no coartar, sin prohibición de ley, la producción de pruebas, este principio es fácilmente invocable en nuestro caso. Realmente, la necesidad de presentar nuevas pruebas puede surgir de la misma sentencia de la Casación, en virtud de la cual la cuestión que se agita entre los litigantes viene á tomar un aspecto diverso del que tenía precedentemente (1) (a).

después de casada la sentencia recurrida en casación por infracción de ley ó de doctrina legal, sino que el mismo Tribunal que decide sobre el recurso falla el pleito á continuación, aunque por separado.

La única división establecida en el orden jurisdiccional, en cuanto á dicho extremo, se refiere al trámite previo sobre la admisión del recurso, pues si bien en un principio la misma Sala que había de decidir sobre el recurso era la que resolvía acerca de su admisión, después, para facilitar los trabajos y evitar el peligro de que contra el principio fundamental de la casación se rompiera la unidad de criterio en la formación de la jurisprudencia, si se dividía, por la aglomeración de los recursos, el Tribunal de Casación en varias Salas, con igualdad de misión y de facultades, por no bastar una sola para la regular y ordenada sustanciación de todos ellos, se estableció, desde la ley de 22 de Abril de 1873, que una de ellas tuviera á su cargo el trámite previo de la admisión y otra conociera tan sólo de aquellos que hubieren sido admitidos: reforma que, como decía el señor Marqués de Reinoso en el discurso de apertura de Tribunales, en 15 de Septiembre de 1879, produjo la mayor expedición en el despacho de los asuntos, sin producir colisión alguna entre las Salas por confusión de atribuciones, toda vez que éstas se fijaron de un modo bien explícito, marcando con toda precisión los casos en que puede ser admitido el recurso.

Respecto de los recursos de casación en la forma, hemos dicho ya, que una vez casada la sentencia, se devuelven los autos al Tribunal sentenciador, para que, poniéndolos al estado que tenían cuando se cometió la falta, sean sustanciados y resueltos con arreglo á derecho, bien por él ó por el que entendiere en la primera instancia, si en ella se hubiera incurrido en el defecto origen del recurso; pero esa potestad en cuya virtud deciden nuevamente el juicio, no nace de delegación alguna del Tribunal de Casación, el cual no tiene facultad en estos casos para fallar sobre el fondo del juicio, sino de la propia jurisdicción que le es conferida por la ley.—(N. del T.)

(1) Este apartamiento de la cuestión está bellamente demostrado por Borrari (arts. 545, 546, n. 3), y admitido por la misma Cas. de Turín, 7 Agosto 1883 (*Milano-giur.*, 1884, II, 89), cuando el Supremo Colegio era contrario á nuestra tesis.

(a) No sucede lo mismo en nuestro sistema de enjuiciar, según hemos indicado en las notas precedentes, puesto que, casada la sentencia recurrida, se puede darse el caso de que surja ninguna cuestión legal nueva, sino que queda el juicio en el

Cuando se afirma que la citación prescrita por el art. 546 no es una verdadera citación de apelación, sino sólo una continuación de instancia, se olvida de hecho el art. 335, Cód. proc. civ., por el cual no es necesaria la continuación de la instancia cuando la instrucción es ya completa (a).

Tampoco en favor de los sistemas opuestos que contradicen á la lógica jurídica, puede invocarse un texto de ley; así, el art. 546, único en la materia, confirma que el legislador por un lado estima la instrucción de los dos primeros estados del juicio que precedieron á la sentencia de la Casación como bastante para excluir la necesidad del procedimiento ordinario en el tercer estado de remisión, y por otra parte prescribe el rito sumario, precisamente porque éste, por su naturaleza propia, permite una nueva instrucción en la Audiencia en que la causa se ha discutido.

Este argumento responde á los que siguen el sistema que distingue entre causa instruída con rito ordinario, y causa instruída con procedimiento sumario: sistema que se puede también combatir con la simple observación de que la inscripción de la causa en lista, en cuanto se dirige á cerrar el período instructorio de la causa ordinaria, cae con la casación de la sentencia, y del mismo modo que la causa ordinaria, podría ser objeto de instrucción todavía.

El argumento sacado de los precedentes legislativos es erróneo. Ante todo, es de notar que Pisanelli, autor principal del Código vigente, como jurisconsulto privado, había vituperado vivamente el sistema sardo: el sólo silencio del Código de procedimiento italiano demuestra, pues, que no se quiso seguir el sistema.

Cuando se invoca en contrario la dilatación de los litigios, se olvida que no se ha de sacrificar á la brevedad la justicia y la verdad: en último análisis, por lo demás, todo se reduce á una más completa instrucción de la demanda ya propuesta, ó al examen de otras excepciones que tenga para oponer el demandado, cosas per-

mismo estado y con los mismos términos judiciarios en que se hallaba planteada la litis antes de dictarse la sentencia definitiva si el recurso fué en el fondo, ó antes de cometerse la falta de procedimiento que motivara el recurso en la forma.

— (N. del T.)

(a) Por lo expuesto en las anteriores notas se comprende que en nuestro orden procesal no hay una nueva citación ó un nuevo emplazamiento de las partes para la decisión del pleito después de casada la sentencia recurrida en casación por infracción de ley, sino que el mismo Tribunal que resuelve sobre el recurso, falla en el acto el juicio en cuanto al fondo, sin nueva citación ni audiencia de las partes. — (N. del T.)

mitidas en el juicio de apelación, al que es equivalente el de remisión (a).

## SECCIÓN II

### FUNCIÓN DEL JUEZ EN LA ADMISIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

#### SUMARIO

226. División de la materia en tres párrafos.

228. Es sabido que hay medios de prueba que por expresa disposición de la ley son admisibles solamente *ex officio judicis*; que hay otros admisibles ó á instancia de parte, ó también *ex officio*; y, en fin, que la mayor parte de los medios de prueba son sólo admisibles por el juez á instancia de parte; y al tratar ahora de la admisión de la teoría general de las pruebas, nos ocuparemos sólo de estos últimos, examinando sucesivamente:

1.º Los principios generales que regulan la función del juez al admitir los medios de prueba.

2.ºCuál sea la forma que reviste, en los varios procedimientos, el pronunciamiento del juez que admite la prueba.

3.º Cuáles sean los efectos inmediatos del proveído que admite ó rechaza un medio de prueba.

#### § I

#### *Principios generales.*

#### SUMARIO

- 229. El juez debe admitir los medios legales de prueba, cuando tienen objeto idóneo.
- 230. Límites de la regla precedente.
- 231. El acuerdo de las partes no obliga al juez á admitir pruebas ilegales ó que no tengan objeto idóneo.
- 232. El juez tiene facultad de apreciar la idoneidad y la potencia específica de las pruebas propuestas.
- 233. El juez, antes de decidir sobre la admisibilidad de las pruebas, debe resolver las cuestiones prejudiciales.
- 234. Poder del juez respecto al orden y á la acumulación de las pruebas.
- 235. Admisibilidad *simultánea* de dos medios de prueba *opuestos*.
- 236. Medio de prueba que prejuzga otro.
- 237. Ejemplos de prejuicio positivo.
- 238. Ejemplos de prejuicio negativo.
- 239. Orden entre los medios de prueba: poder del juez.

---

(a) Distinto es el criterio seguido en nuestra legislación, pues con arreglo á ella, no constituye una nueva instancia el recurso de casación, ni pasa el pleito después de casada la sentencia, en cuanto al fondo, á ningún otro Tribunal con citación ni audiencia de las partes, por lo que no puede estimarse como equivalente á una apelación el procedimiento para la decisión del pleito en dicho caso. Véanse además las notas anteriores.—(N. del T.)

229. La primera regla que se ha de establecer, es la siguiente: *el juez debe admitir los medios legales de prueba, cuando tengan objeto idóneo.*

Este es un deber necesario, que sólo se deroga respecto á los medios de prueba que por disposición de ley pueda el juez admitir ó no á su arbitrio.

Esta regla ha sido acogida varias veces por la jurisprudencia (1) sobre la base del principio *probationis non sunt coartandae*; pero mejor que en este elástico principio, se puede fundar la regla en el de que las restricciones en el ejercicio del derecho no se aplican sino en virtud de ley (art. 4, dis. prel. Cód. civ.).

Del principio fijado respecto al deber del juez, en cuanto á la admisión de los medios de prueba, se deriva otra consecuencia.

La parte que insta para la admisión, tiene, naturalmente, cuidado de indicar los motivos por los cuales cree de hecho y de derecho admisible el medio de prueba invocado.

Pero los motivos pueden ser inexactos, así en derecho como en hecho; el juez entonces, no sólo tiene facultad, sino obligación de admitir la prueba, subrogando los verdaderos motivos á los motivos alegados. En realidad, el juez debe juzgar de las instancias de las partes y no de los motivos con que las hacen valer. Y por esto es exacta la decisión con que la Corte de Génova, aunque sin admitir motivos satisfactorios, estima que no resuelve *ultra petita* el juez que, llamado á decidir sobre la admisibilidad ó no de una prueba, reconoce la admisión de la misma por motivos que no han hecho valer las partes, ya que, dice el Tribunal, la sentencia se ha limitado siempre al objeto deducido en contención (2).

230. A la regla señalada deben, empero, ponerse dos límites, si se quiere que llene su objeto. Tales límites, que están comprendidos en la fórmula con que la hemos enunciado, se resumen en estos principios:

1.º El juez debe admitir los medios legales de prueba que tienen objeto idóneo: debe, por tanto, rechazar las que no sean legales ó no tengan objeto idóneo, á pesar de que su admisión sea consentida por las partes.

(1) Cas. Milán, 21 Enero 1865, Muratori (*Rev.*, 1865, I, vol. 60); Cas. Roma, 28 Noviembre 1876, Padella (*ib.*, 1877, vol. 197); Cas. Nápoles, 21 Julio 1868, Talamo (*Anales*, 1868, p. 332, motivo).

(2) 5 Abril 1869, Badó (*Tem. Gen.*, 1869, p. 309).

2.º El juez debe admitir los medios legales de prueba que tienen objeto idóneo; pero debe admitirlos cuando deba decidir respecto al hecho que constituye su objeto, no cuando á la certeza de tal hecho, aunque esté controvertido, se opongan por una parte excepciones prejudiciales.

Desarrollemos brevemente estos principios.

231. El acuerdo de las partes no obliga al juez á admitir pruebas ilegales ó que tengan objeto no idóneo; en cuanto á las pruebas ilegales, porque los medios de prueba, como se ha dicho, están fijados por la ley y sustraídos del arbitrio de las partes y del juez (1); y respecto á los medios de prueba que tienen objeto no idóneo, porque el acuerdo de las partes no puede tener eficacia (2). La Casación de Florencia ha puesto muy bien en claro los motivos de este principio, advirtiéndolo:

«Toda prueba legal, aunque sea consentida por la parte interesada en oponerse á la práctica, no debe sin más admitirse. Es siempre oficio del juez examinar y reconocer si es concluyente en la causa, no debiendo ser admitidas las pruebas que, si bien consentidas por la ley, no pueden dar el práctico resultado de demostrar el derecho que se discute (a). La cual norma no se puede derogar por desconocimiento ó voluntad de la parte contraria, porque el derecho de admitir las pruebas ofrecidas al juez no está subordinado al concedido á las partes, de contradecir su admisión ó consentirla, prevaleciendo sobre todo el interés de que no se prolonguen los pleitos y se promuevan inútiles discusiones.»

232. Respecto á la idoneidad de los medios de prueba, hemos ya indicado en qué cosa consiste (3): aquí debemos advertir que

(1) V. retro, n. 9 y 44.

(2) Cas. Tarín, 14 Junio 1880, Voli (*Jur. Tur.*, 1880, p. 534; 22 Mayo 1883, Salucci (*Ib.*, 1883, p. 766; Cas. Fl., 1.º Septiembre 1890, Salucci (*Derecho ital.*, 1890, p. 595). Contra Ap. Génova, 20 Marzo 1894, Sagorio (*Tem. Gen.*, 1894, p. 224).

(a) La misma doctrina se halla establecida en nuestra ley de Enjuiciamiento, como tenemos indicado en anteriores notas. Según el art. 566, deben repeler de oficio los jueces, no sólo las pruebas impertinentes, sino también las inútiles, ó sean aquellas que, aun cuando tengan relación con algún punto del litigio, no puedan aprovechar ó sean innecesarias para la comprobación del hecho ó de los hechos en que se funde el derecho discutido en él. Esto mismo venían á ordenar también en nuestro antiguo derecho la ley 7.ª, tít. 14 de la Partida 3.ª y la 5.ª, tít. 10, libro 11 de la Novísima Recopilación.—(*N. del T.*)

(3) V. retro, n. 167 y siga.

está confiada al juez la facultad de apreciar *la idoneidad y la potencia específica de los medios de prueba (a)*.

De aquí que pueda él mismo rechazar las pruebas que por la cualidad especial del hecho que ha de probarse no llenen su objeto.

Este principio no debe confundirse con la regla *frustra probatur quod probatum non relevat*; sino que se refiere al caso en que un medio de prueba, admitido por la ley, no pueda probar un determinado hecho, que, por el contrario, pudo sólo probarse con otro medio. Veremos ejemplos de ello discuriendo sobre la potencialidad probatoria especial de los varios medios de prueba, y hablando en breve del orden entre las pruebas, estableceremos las reglas generales sobre la prejudicialidad objetiva de varios medios de prueba simultáneamente deducidos ó deducibles.

233. El segundo principio por nosotros expuesto, respecta á la influencia de las cuestiones que son prejudiciales en la admisión de las pruebas.

Si al actor que alega un hecho y pide la admisión de medios de prueba, se opone, por ejemplo, la incompetencia del juez, el defecto en la parte de legítima cualidad (*b*), la prescripción de la acción ó la carencia de interés, es claro que el juez debe, ante todo, decidir tales cuestiones prejudiciales (*c*).

(a) Véase la nota anterior y el art. 566 de la ley de Enjuiciamiento civil, citado en ella, el cual somete á la apreciación de los jueces que conociere del pleito la procedencia, así como la idoneidad de las pruebas, ó sea su pertinencia y utilidad. —(N. del T.)

(b) En nuestro procedimiento esta excepción puede referirse al actor, á su procurador ó al demandado.

En el primer caso, tiene lugar por carecer el demandante de las cualidades necesarias para comparecer en juicio ó por no acreditar el carácter ó representación con que reclama. En el segundo, por insuficiencia ó ilegalidad del poder. Y en el tercero, por no tener el demandado el carácter ó la representación con que se le demanda.

En todos estos casos puede promoverse excepción dilatoria, la cual requiere un previo pronunciamiento antes de entrarse en el período probatorio del juicio, como más adelante expondremos. —(N. del T.)

(c) En nuestro derecho, algunas de las excepciones citadas por el autor, como son la incompetencia, el defecto de legítima cualidad y aun la carencia de interés en cuanto puede equivaler á la falta de personalidad en el demandado, tienen el carácter de dilatorias, y otras el de perentorias, en cuyo caso se encuentran la prescripción de la acción y la carencia de interés en el actor, ó sea la excepción *sine agis* ó de falta de acción en nuestro procedimiento.

Siendo, pues, distinto el carácter de dichas excepciones, diversos han de ser también los términos de la cuestión en uno y otro caso. En el primero se sustancia un artículo previo con suspensión en cuanto al fondo del litigio. Del escrito en que se propongan las excepciones dilatorias indicadas ó las demás que

La jurisprudencia está unánime en este concepto (1).

Tampoco sería obstáculo el hecho de que el presidente haya remitido á las partes al Colegio para la resolución sólo del incidente (art. 181, Cód. proc. civ.).

Sería, en verdad, ridículo y dañoso que se obligase al juez á decidir en abstracto sobre la admisibilidad de un medio de prueba que después se manifiesta como intempestivamente propuesto, habiendo de decidirse antes que sobre la admisibilidad de la acción, lo concerniente á si las pruebas se contraen á los extremos del hecho.

El seguir un sistema diverso, es ilógico y contrario al orden y á la economía de los juicios.

Cuando entre las partes no sólo se cuestiona sobre la existencia material de los hechos, sino todavía y antes sobre la influencia de los hechos frente á la receptibilidad de la acción, el buen sentido indica ser la segunda controversia prejudicial.

Siguiendo un sistema opuesto, puede ocurrir que el juez encuentre después inútil, supérflua, extraña, la prueba formada con derroche de tiempo y de gastos.

autoriza el art. 533 de la ley de Enjuiciamiento civil, se dará traslado por tres dias al actor, ajustándose al artículo, después de evacuado este traslado, á la tramitación establecida para los incidentes. El juez proveerá previamente sobre la declinatoria de jurisdicción y la litispendencia, si se hubiere propuesto alguna de estas excepciones, y si se declarase competente, resolverá al mismo tiempo sobre las demás excepciones dilatorias, siendo en todo caso apelable en ambos efectos el auto que recayere.

Sólo cuando fueren desestimadas ejecutoriamente dichas excepciones será cuando pueda procederse á la contestación de la demanda y á sustanciar en cuanto al fondo el juicio. Por eso no es posible en dicho caso la cuestión propuesta por el actor, toda vez que no pueda plantearse la excepción cuando el Tribunal ha de resolver sobre la admisión y procedencia de las pruebas.

Otro tanto debemos decir respecto de las excepciones de prescripción ó falta de acción y de las demás perentorias, en cuyo caso se encuentran también, con arreglo al párrafo 2.º del art. 335 de la ley de Enjuiciamiento citada, las dilatorias que no hubieren sido articuladas ó propuestas en tiempo. Dichas excepciones se resuelven á la vez que el fondo del litigio, y por lo tanto, no requieren un pronunciamiento previo ni existe una cuestión prejudicial á la decisión sobre la admisión de las pruebas. — (N. del T.)

(1) Cas. Turín, 29 Octubre 1884, Colabianchi (*As.*, 1885, I, 1, col. 24); 6 Junio 1888, Grimaldi, y 8 de Febrero 1883, Mariani (*Jur. Tur.*, 1888, p. 576; 1883, p. 348; 21 Febrero 1877, Valperga (*Bett.*, 1877, I, 1, col. 542); 20 Mayo 1880, Agnelli (*Mon. Mi.*, 1890, p. 588); Cas. Fl., 17 Julio 1881, Rosadi, y 24 Julio 1879, Banti (*As.*, 1881, I, 1, 255; 1879, I, 1, 528; 26 Enero 1876, Boccacini, y 20 de Diciembre 1889, Petri (*Tem. Vea.*, 1876, p. 90; 1887, p. 68; 17 Noviembre 1874, Bonelli (*Bett.*, 1875, I, 1, 1866; 23 Marzo 1874, Banti (*ib.*, 1874, I, 1, 631); 4 Julio 1860, Banti (*Bett.*, 1890, I, 1, 90); 11 Julio 83, Banti (*Tem. Vea.*, 1889, p. 570).

Si se aplicase, pues, con rigidez la máxima de que al resolver un incidente no debe prejuzgarse el fondo, se llegaría al absurdo.

Naturalmente, es cuestión importante el ver si el juez violó el principio expuesto, ó por el contrario, entendió rechazar las excepciones prejudiciales.

234. La otra regla que debe establecerse acerca de la función del juez, es la relativa al *orden* y á la *acumulación* de las pruebas.

¿Podrá el juez fijar el *orden* con que deben admitirse los medios de prueba? ¿podrá admitir la *acumulación* de más medios de prueba? ¿podrá regularla oportunamente para que la *acumulación* se convierta en *concurso* ó *colisión*? (1).

He aquí una indagación no fácil, y que, para mayor claridad, exige dos premisas.

Ante todo, es cierto que la investigación de cuál sea la potestad del juez respecto al *orden* y á la *acumulación* de la prueba, ha de hacerse en un solo acto, porque el *orden* de las pruebas, está en relación continua con la eventual *acumulación* de las mismas.

Debe advertirse después, que no podemos investigar aquí las normas que dependen de la especial cualidad de las pruebas, á causa de la incompatibilidad intrínseca consignada en las leyes ó derivadas de la naturaleza de las cosas.

235. El primer punto que hay que resolver, es éste: ¿son admisibles al mismo tiempo dos medios de prueba opuestos?

La hipótesis es posible, ya cuando el actor ó el demandado deduzcan dos medios de prueba para la acción ó para la excepción, ya cuando el actor deduzca un medio de prueba para la acción, y el demandado simultáneamente deduzca y pida la admisión de un medio de prueba para la excepción.

En estas hipótesis, nada impide la admisión simultánea de los dos medios de prueba (2), ni se podría sin manifiesto error invocar para la tesis contraria las reglas del Derecho romano, porque también en éste faltaba la prohibición de que carecen nuestras leyes (3).

(1) Llamamos *acumulación de pruebas*, á la simultánea ó sucesiva presentación de más medios de prueba. *Colisión* ó *concurso de pruebas*, la no presentación simultánea ó sucesiva de más medios de prueba. Conf. por analogía nuestro estudio *Concurso de acciones* (en el *Dig. ital.*).

(2) Ricci, *Pruebas*, n. 10, p. 15; Cuzzari, art. 206, n. 5, p. 11, del vol. 1.º; Gargiulo, II, p. 10.

(3) L. 1 á 7, C. *De ordine cognitionum* (VII, 18).

Por eso la jurisprudencia admite así la acumulación de dos pruebas deducidas por la misma parte (1), como la acumulación de dos pruebas, deducidas la una por el actor y la otra por el demandado.

En esta segunda hipótesis, que ciertamente es poco frecuente, la Casación de Turín ha advertido muy bien que ninguna disposición de ley determina un orden que deba ser imprescindiblemente seguido en la deducción y admisión de las pruebas por parte de los dos contendientes, y menos que el demandado no pueda ofrecer las pruebas de la liberación antes que el actor haya, no sólo propuesto, sino aun suministrado la prueba de las obligaciones.

La economía de los juicios, por el contrario, ha aconsejado siempre la simultánea admisión de prueba y contraprueba, cuando el demandado, aunque la obligación no esté aún probada, cree conveniente prevenirse contra toda eventualidad, deduciendo la prueba de la propia liberación (2).

No contradice esta regla el Tribunal de Apelación de Génova (3), cuando sostiene que son contemporaneamente inadmisibles el interrogatorio deferido por el actor al demandado y la prueba testifical pedida por el demandado, porque la máxima se origina del concepto de que la prueba sea perjudicial á ésta, y por ello la sentencia aplica á la regla el límite del cual nos ocuparemos ahora.

236. La regla desenvuelta encuentra un límite natural, cuyo origen está en el Derecho romano (L. 1 á 7, Cód. *De ord. cognit.* VII, 19), cuando los dos medios de prueba cuya simultánea admisión se pide, sean perjudiciales uno á otro: en este caso conviene, como dice la Casación de Florencia, conceder algo al prudente arbitrio del magistrado, consintiéndole admitir antes las pruebas que lógica y jurídicamente preceden á las otras (4).

Ahora bien: nos parece poder decir á justo título de honor, que de este prudente arbitrio se ha hecho siempre un uso verdadera-

(1) Cas. Florencia, 3 Julio 1890; Salucci (*Anales*, 1890, p. 320); Ap. Parma, 16 Mayo 1871; Massari (*Ib.*, 1871, II, p. 485); Ap. Casal, 4 Julio 1891; Bernasconi (*Jur. Casal.* 1891, p. 289).

(2) 11 Julio de 1887 (*Mon. Mil.* 1887, p. 612). La misma máxima era aceptada en derecho común, pues si la regla prevalecedora decía: *Actor prius probat et postea reus*, esta regla admitía muchas excepciones.

(3) 17 Julio 1893, De Feo (*Temí gen.* 1893, p. 575).

(4) 5 Abril 1883, Santamaria (*Temí Ven.* 1883, p. 380).

mente prudente, y lo atestigua un sumario análisis de las cuestiones decididas.

237. El actor pide al demandado una suma; el demandado en vía principal opone que no debe nada; y en vía subordinada ó subsidiariamente opone que debe menos de lo pedido.

Deduce un interrogatorio para probar la conclusión principal y un acto pericial para probar la subordinada.

Evidentemente es justo no admitir simultáneamente los dos medios de prueba.

Si el primero tiene éxito, el segundo es inútil; añádase que el primero es de pronta y económica terminación, mientras el segundo es de larga indagación y costoso. Que iniciado el acto pericial, no se podría fácilmente truncarle cuando la confesión del actor de no ser acreedor la hiciese absolutamente inútil.

De aquí la máxima proclamada por la jurisprudencia, de que tratándose de dos diversos medios instructorios, pedidos el uno en vía principal y el otro en vía subordinada, el cual podría quedar frustrado por el éxito favorable del primero, la autoridad judicial debe limitarse á admitir solamente aquél, reservando á la parte que insta el derecho de insistir para la admisión del segundo, en caso de necesidad (1).

Otro tanto se dice para las pruebas escritas, siempre que respecto á ellas, más bien que de la verdadera admisión, se trate del orden en el examen ó en la apreciación.

Cuando el que es demandado en la acción reivindicatoria opone su título de propiedad al presentado por el reivindicante, se hace inútil todo examen sobre este, y todo el pleito se reduce á ver si la prueba del demandado neutraliza ó excluye la del actor. Desde el momento en que el demandado afirma que tiene un título que contradice al del actor, admite implícitamente que su prueba será plena y completa si falta la excepción, ó no será concluyente, en otros términos, si él no demuestra su título de propiedad en contraposición al del actor mismo. Y entonces todo examen se concentra lo mismo en la demanda que en la excepción: la una se tendrá entonces por justificada y admitida, cuando la otra carezca de prueba (2).

(1) Ap. Luca, 11 Febrero 1869, rel. Rosadi (*Ann.* 1869, II, p. 6), y conforme con ella, Ap. Turín (en la *Fac. Trib.* XX, p. 622); Cas. Florencia, 9 Junio 1891, rel. Banti (*Temi Ven.* 1891, p. 465, *motivos*).

(2) Cas. Roma, 6 Abril 1897, rel. Maielli (*Ann.* 1897, I, p. 369).

238. En la hipótesis precedente, la acumulación de las pruebas fué prohibida, porque una prueba podía, *resultando favorable*, hacer inútil la segunda.

La misma prohibición vale para el caso en que una prueba pueda, siendo fallida, hacer inútil la segunda.

El actor pide al demandado un resarcimiento, y no teniendo testimonio ni título, propone un interrogatorio para asegurar el hecho dañoso y pide un pericial examen para certificar el daño.

Obrará cuerdamente el juez no admitiendo la acumulación de las pruebas: tal acumulación no es lícita cuando uno de los medios de prueba supone la existencia de un hecho que debe resultar del esclarecimiento del otro: en tal caso se admite sólo este último medio, porque si no probara el hecho, se haría el otro medio inútil (1).

239. En cuanto al orden de los medios de prueba, el juez, como resulta de lo ya dicho, puede intervenir atendido el perjuicio de un medio sobre el otro. Pero excluída esta hipótesis, entre los medios de que dispone la parte, practica los que quiere, y puede intentar las pruebas orales antes de presentar las escritas; intentar, entre aquéllas, primero el interrogatorio, y después la prueba testifical: el juez no puede intervenir, porque no conoce la intención de la parte ni los medios de que dispone: quien tiene la misión de probar debe tener la libertad de satisfacerla como mejor crea. Es un principio que no se debe discutir (2).

Pero cuando la parte que tiene la misión de la prueba ofrece una serie de medios conducentes todos al mismo fin, y está dispuesta á practicarlos todos y deja al juez la elección, entonces el juez, visto que á la parte es indiferente y se confía en él para la misma, podrá fijar un orden entre las pruebas, admitiendo primero las que demuestran el hecho directamente, con más celeridad ó de modo más eficaz y apropiado (3) (a).

(2) Cas. Turin, 30 Diciembre 1891, rel. Giusto (*Giur. Tor.* 1892, p. 191); Cas. Florencia, 14 Julio 1874, rel. Bucci (*Ann.* 1874, I, 379); 23 Marzo 1874, rel. Banti (*ib.*, 1874, I, 217); Ap. Venecia, 4 Abril 1876, rel. Bertolini (*Tem. Ven.* 1876, p. 151); Ap. Luca, 16 Julio 1874, rel. Bertolini (*Ann.* 1874, II, p. 486); Ap. Florencia, 25 Febrero 1879, rel. Giuliani (*ib.*, 1878, II, p. 68).

(3) Cas. Florencia, 15 Enero 1885, rel. Rosadi (*Tem. Ven.* 1885, p. 172).

(4) Cas. Turin, 14 Octubre 1882, rel. Maielli, y 29 Marzo 1882, rel. Bianchi (*Lo. Cas. Tor.* 1882, II, 553 y I, 244).

(a) Nuestro sistema procesal deja en plena libertad á las partes para proponer de una vez ó en distintos escritos, aunque dentro del término establecido para ello, los diversos medios de prueba que puedan interesarle, de los taxativa-

## § 2.

*Forma del pronunciamiento admisorio de prueba.*

## SUMARIO

240. Procedimientos comunes.  
241. Procedimientos especiales.

240. En los procedimientos comunes debemos hacer algunas distinciones.

mente marcados por la ley, sin que los jueces ó tribunales puedan establecer el orden con que hayan de ser practicadas, ni reservar la ejecución de ninguno de ellos para después que sea conocido el resultado de cualquiera diligencia probatoria, á menos que la parte la propusiere con carácter subsidiario ó supletorio, como acontece frecuentemente con el cotejo de letra, que suele ser propuesto para el caso de que no fuere reconocida la letra ó firma de algún documento por aquel á quien perjudique ó por quien le hubiere escrito.

Fuera de ese caso, el de la proposición subsidiaria, todas las pruebas articuladas deben practicarse simultáneamente, cualquiera que sea su naturaleza y objeto, aunque parezcan contradictorias, y habrán de ser admitidas siempre que se concreten á los hechos fijados definitivamente en los escritos de réplica y dúplica, ó en los de demanda y contestación, y de ampliación en su caso, que no hubieren sido confesados por la parte á quien perjudiquen y no resulten *impertinentes* ó *inútiles* dichos medios de prueba á juicio del juez ó tribunal que conociere del juicio.

Dado el criterio en que se inspira nuestra ley de Enjuiciamiento civil, no podía menos de concederse esa libertad á las partes en la elección y proposiciones de las pruebas que estimen *idóneos* para la justificación de su derecho.

Sin embargo, razones derivadas de la naturaleza de los mismos medios probatorios ó de conveniencia y utilidad para la economía y brevedad en los juicios, han exigido en ciertos casos que se limite la potestad de las partes en este punto.

Con tal motivo, el art. 637 de la ley de Enjuiciamiento civil citada dispone que sobre los hechos probados por confesión judicial no se permitirá para corroborarlos pruebas de testigos á ninguna de las partes; y desde luego se comprende la razón y la justicia de dicho precepto, puesto que la confesión constituye prueba plena, hasta el punto que, como decía el proemio del tit. 13 de la Partida 3.<sup>a</sup>, no ha menester sobre el pleito en qué recayere otra prueba ni otro averiguamiento.

Por eso nuestro antiguo derecho mantuvo siempre ese mismo principio, confirmado en la ley 4.<sup>a</sup>, tit. 9.<sup>o</sup>, libro 11 de la Novísima Recopilación y en el artículo 149 de la ley de Enjuiciamiento mercantil. También le aceptó la de Enjuiciamiento civil de 1855, en su art. 310, si bien limitándole al autor de la confesión, lo cual implicaba la injusticia de prohibir al confesante la prueba de testigos acerca de los hechos sobre que había de versar la confesión y permitirle al litigante contrario; y por eso, sin duda, fué modificado el precepto de dicho artículo en la ley vigente, de acuerdo con la antigua jurisprudencia.

Algunos autores entienden que, aunque la ley sólo prohíbe la prueba de testigos sobre los hechos probados por confesión judicial, debe estimarse extensiva dicha prohibición á todos los demás medios de prueba admitidos por ella, puesto que, en armonía con lo establecido en los artículos 565 y 566 de la misma, deben

En el *procedimiento ordinario*, si las partes siguen el rito incidental y están de acuerdo, entonces el proveído que admite la prueba es una providencia (*ordinanza*) y lo es igualmente si en caso de urgencia se resuelve por el presidente el incidente, habiendo disen-

---

repelerse todas aquellas pruebas que se refieren á los hechos confesados llanamente por la parte á quien perjudiquen, ya tenga lugar esa confesión en los escritos, ya absolviendo posiciones.

Es también opinión corriente que, á pesar de los términos generales de dicha prohibición, debe entenderse aplicable ésta tan sólo en el caso de que la confesión sea explícita y absoluta, y reuna los demás requisitos necesarios para constituir prueba plena; y que si, por el contrario, no reuniera dichos requisitos ó fuera tácita ó presunta, no puede rechazarse la prueba testifical ni las demás que se propusieren sobre los hechos objeto de la confesión, porque entonces no tendría ésta la eficacia ni el valor probatorio que como prueba plena debe tener la misma.

Otra limitación de la libertad indicada al principio de esta nota se halla en el art. 594, respecto de la prueba de confesión en juicio, pues según dicho artículo, no pueden exigirse nuevas posiciones sobre hechos que hayan sido una vez objeto de ellas, y tampoco pueden exigirse más de una vez por cada parte después del término de prueba.

De este modo, sin coartar en nada la defensa de los litigantes, se ha procurado evitar los abusos y las perjudiciales dilaciones del juicio, á que se prestaba la amplia facultad concedida á las partes para exigirse mutuamente posiciones en cualquier estado del mismo y cuantas veces tuvieren por conveniente.

Otra limitación de la libertad indicada se halla también en el art. 595 de la citada ley de Enjuiciamiento, el cual dispone que en los pleitos en que sea parte el Estado ó alguna corporación del mismo, no se pedirán posiciones al Ministerio fiscal ó á quien represente á dicha parte; y en su lugar propondrá la contraria por escrito las preguntas que quiera hacer, las cuales serán contestadas por vía de informe por los empleados de la Administración á quienes conciernan los hechos.

El principio fundamental de la confesión en juicio, es que los hechos sobre que haya de versar sean personales del confesante, hasta el punto de que el artículo 587 le autoriza en otro caso para negarse á contestar la pregunta que en esas condiciones le fuere hecha; y esta misma razón justifica el precepto citado, toda vez que en la generalidad de los casos el representante de la corporación ó entidad litigante no podría tener conocimiento por sí de los hechos preguntados, por no ser personales del mismo. Algunos autores, como los Sres. Ayllón y Parejo, estiman perjudicial para el Estado el precepto del art. 595, porque creen que queda aquél á merced del interés del colitigante y del arbitrio judicial; pero carecen de razón sus temores.

Otras limitaciones podríamos citar en cuanto á los documentos públicos y privados, pues sólo pueden ser cotejados los primeros y reconocidos los segundos, en el caso de que el litigante á quien perjudique, impugne expresamente la autenticidad ó exactitud de aquéllos ó no hubiere aceptado como legítimos éstos al fijar los hechos del debate. Además, tampoco se halla autorizado, por innecesario ó imposible, el cotejo de los documentos públicos, si los documentos cuyo cotejo ó comprobación se pida se hallaren en alguno de los casos siguientes: 1.º, cuando dichos documentos hubieren sido aportados al pleito con citación contraria; 2.º, cuando se tratare de ejecutorias, certificaciones y testimonios de sentencias firmes expedidas en legal forma; 3.º, cuando dichos documentos fueren escrituras antiguas que carezcan de protocolo y todos aquellos cuyo protocolo ó matriz hubiese

timiento entre las partes. Si no siguen el rito incidental (v. retro n. 81), entonces, estén ó no de acuerdo, debe intervenir una sentencia.

Cualquiera que sea el procedimiento ante los jueces colegiados, son siempre *sentencias* los proveídos con que de oficio se ordenan las pruebas cuya admisión se deja al arbitrio del juez (por ejemplo, exhibición de los libros de comercio, reconocimiento judicial, examen de peritos), ó se ordena de oficio también una ulterior instrucción.

Ante el *pretor* y el *conciliador* falta el criterio intrínseco, único para distinguir con seguridad la sentencia de la providencia (*ordinanza*).

Por esto es de sostener, en cuanto al *pretor*, que la admisión de un medio de prueba sobre el cual las partes no estén de acuerdo, se hará por sentencia, como con sentencia se ordenarán de oficio los medios de prueba cuando sea cerrada la instrucción de la causa, mientras en instrucción abierta se podrán ordenar con simple providencia (*ordinanza*).

En cuanto al *conciliador*, creemos aplicables las mismas reglas,

desaparecido, y 4.º, cuando los documentos mencionados carecieren por su índole de original ó registro con que poder ser comprobados.

Otras limitaciones podríamos señalar en la prueba pericial y en la de reconocimiento judicial, pues á la primera de ellas no puede accederse si no son necesarios ó convenientes conocimientos científicos, artísticos y prácticos para conocer ó apreciar algún hecho de influencia en el pleito, ni pueda haber lugar á la segunda si no fuere necesario el reconocimiento judicial para el esclarecimiento y apreciación de los hechos. Lo mismo debemos decir del cotejo de letra, pues éste no puede pedirse más que cuando se niegue ó ponga en duda la autenticidad de un documento privado ó de uno público que carezca de matriz y no pueda ser reconocido por el que lo expidió.

En todos estos casos, es decir, cuando alguno de los litigantes propusiere prueba testifical para corroborar hechos probados por confesión; ó pidiere nuevas posiciones al colitigante sobre unos mismos hechos; ó se exigieren más de una vez por cada parte después del término probatorio; ó se instare la confesión judicial contra el Estado ó alguna corporación del Estado en forma distinta á la prevenida en el art. 595 de la ley de Enjuiciamiento civil; ó se pidiese el cotejo ó comprobación de documentos públicos en los casos en que no se haya autorizado dicho cotejo, según dejamos indicado; ó se solicitare el reconocimiento de algún documento privado que hubiere sido aceptado como legítimo al fijar los hechos del debate el colitigante á quien perjudique; ó se pidiere la prueba pericial no siendo necesarios conocimientos científicos, artísticos ó prácticos para conocer y apreciar algún hecho de influjo en el juicio; ó se propusiere el reconocimiento judicial sin ser preciso éste ó el cotejo de letra de un documento cuya autenticidad no hubiere sido impugnada ó puesta en duda; en todos esos casos, repetimos, el juzgado deberá repeler la prueba, á pesar de hallarse todos ellos autorizados por la ley.—(N. del T.)

sosteniendo empero que, en caso de discusión de las partes, se pueden ordenar medios de prueba con simple providencia (*ordinanza*), en las causas cuyo valor no pase de 50 liras (1).

Las mismas reglas se aplican al juicio en rebeldía, y por tanto, el proveído que admite una prueba, será una sentencia si el *procedimiento es sumario* ó si la *causa se desarrolla ante el pretor ó conciliador*.

Si el *procedimiento es ordinario*, nos parece que siempre debe intervenir sentencia, porque no es de creer que las partes estén de acuerdo y que baste para ello la providencia (*ordinanza*) del presidente (art. 181, Cód. proc. civ.).

El rebelde, como sabemos, no consiente ninguna de las demandas del contrario (2): de aquí el fundamento ciertísimo de nuestra opinión (3) (a).

(1) V. en este sentido el periódico *Il Conciliatore*, 1833, p. 239.

(2) V. retro, n. 133.

(3) Mattiolo, III, n. 792, págs. 624, 625.

(a) En el orden procesal, aceptado por nuestro derecho, el colitigante no es oído sobre las pruebas propuestas por alguna de las partes más que respecto de la pericial y del cotejo de letra, por la naturaleza especial de dichos medios probatorios, como veremos más adelante, y por lo tanto, no puede ocurrir la distinción indicada por el autor, de que exista conformidad ó desacuerdo entre los litigantes en cuanto á la admisión de alguna de las pruebas articuladas.

De lo dicho se deduce: que no existiendo controversia que el juez ó el tribunal haya de resolver sobre tal extremo, y quedando íntegra al mismo la cuestión relativa á la admisibilidad de aquéllas, no necesita fundamentar sus acuerdos en este punto, pudiendo admitirlas ó denegarlas por meras providencias. Así lo confirman los términos mismos del art. 567 de la ley de Enjuiciamiento civil, que denomina providencias á las resoluciones que se dictan otorgando ó denegando alguna diligencia de prueba.

Respecto de la pericial, la ley admite la audiencia del colitigante, pues según el art. 612 de dicha ley, dentro de los tres días siguientes de habersele entregado la copia del escrito proponiendo dicha prueba, puede exponer brevemente lo que estime oportuno acerca de su pertinencia, pudiendo impugnarla ó pedir la ampliación en su caso á otros extremos, exponiendo además si han de ser uno ó tres los peritos que la lleven á cabo. Y como ya puede existir controversia que resolver y cuestiones de derecho que decidir sobre la pertinencia de la prueba, ó en cuanto á los extremos que deba comprender la misma y á la forma de llevarla á cabo, desde luego se comprende que la resolución en dicho caso tiene que ser por medio de auto, y así lo previene el art. 613, que llama auto á la resolución que, transcurrido el término de los tres días antes citados, debe dictar el juez sin más trámite acerca de la admisión de la prueba, así como sobre los extremos que han de ser objeto de la misma si lo estimare pertinente, y en cuanto al número de peritos que han de practicarla.

En el mismo caso que la prueba pericial se encuentra la de cotejo de letras, puesto que, según el párrafo último del art. 606, ha de practicarse por peritos y con sujeción á lo prevenido acerca de la misma. Son, pues, aplicables á ella los art. 610 al 630 de la ley de Enjuiciamiento civil que rigen la prueba pericial, y

241. En los *procedimientos especiales* ante los *cónsules* y los *Tribunales consulares*, los medios de prueba pedidos por las partes, estén concordados ó discordados estas, se admiten con sentencia, y los ordenados de oficio, siempre que se reconoce que está insuficientemente instruída la causa, se admiten con providencia (*ordinanza*) (arts. 91, 93, ley Consular).

Ante la *Sección 4.ª del Consejo de Estado*, si las partes están de acuerdo al pedir una instrucción, provee el presidente con providencia (*ordinanza*) (art. 20, Regl. de proced.): si están discordados, la instrucción será admitida por decisión colegiada, como con decisión colegiada se ordena la instrucción complementaria que se necesite eventualmente (art. 19, Regl. citado).

Ante la *Junta provincial administrativa*, el presidente carece de jurisdicción para los incidentes; provee siempre la junta, es decir, que todo medio de prueba se admite en todo caso con decisión colegial (arts. 34, 35, Regl. de proced.).

Lo mismo hay que decir para los juicios ante el Tribunal de Cuentas: el presidente no tiene jurisdicción para la instrucción; todo medio de prueba se admite con sentencia interlocutoria (artículos 3.º, 26, 27, 65, 66, R. D. 5 Octubre 1862).

### § 3.

#### *Efectos del pronunciamiento sobre la admisión de los medios de prueba.*

##### SUMARIO

- 242. División de la materia.
- 243. Influencia de una resolución interlocutoria admisiviva de prueba sobre otra interlocutoria.
- 244. Influencia de una interlocutoria que rechaza un medio de prueba porque debía deducirse otro.
- 245. Influencia del pronunciamiento que admite ó rechaza un medio de prueba con exclusión de otro.
- 246. Caracteres y efectos del pronunciamiento que acuerda sobre la admisibilidad de medios de prueba.
- 247. Apelación de las interlocutorias en cuanto á la admisión de prueba: reseña histórica y de legislación comparada.
- 248. Crítica del sistema del Código italiano.
- 249. Recurso de casación contra las interlocutorias que resuelvan sobre admisión de las pruebas.
- 250. Oposición de tercero contra tales interlocutorias.

---

en tal concepto, ha de darse al colitigante la audiencia prevenida en el art. 612. Por eso hemos comprendido dicho medio de prueba juntamente con la pericial, en la excepción de la regla general que somete libremente al arbitrio del juzgador y sin intervención del colitigante la admisión de las pruebas propuestas por cada una de las partes.—(N. del T.)

242. El estudio que nos resta hacer se divide naturalmente en dos partes: debemos investigar primero, los efectos inmediatos del pronunciamiento que admite ó rechaza la prueba respecto al juez que lo pronuncia, y después los mismos efectos respecto á las partes, en cuanto pueden reclamar contra dicho pronunciamiento.

243. El juez que ha admitido un medio de prueba, ¿tiene la obligación de admitir después, cuando no dé resultado aquél, otro medio de prueba, siendo por su naturaleza admisible de hecho y de derecho? En otros términos: se trata de decidir sobre la influencia de una interlocutoria que admite una prueba sobre otra interlocutoria relativa á un medio de prueba diverso, propuesto sobre los mismos hechos.

Ricci (1) sostiene que la primera interlocutoria no vincula enteramente al juez; y aduce á este propósito dos argumentos: 1.º, *Alia res est*: con la primera sentencia se ha tratado de acordar sobre un determinado género de prueba, mientras que con la sentencia que se invoca más tarde se trata de acordar sobre diverso medio probatorio. En efecto: la cuestión de si es, por ejemplo, admisible el interrogatorio sobre ciertos hechos, es distinta de la otra, sobre si es admisible, v. gr., la prueba testimonial sobre los mismos hechos, teniendo en cuenta la influencia de ellos: 2.º La idoneidad de un medio de prueba no depende sólo de su propia índole, sino de las especiales circunstancias sobre que versa. La sentencia que admite la prueba requerida, no puede desatender tales circunstancias; por eso al decidir la misma que el interrogatorio sobre determinados hechos es medio idóneo para el descubrimiento de la verdad, no pronuncia un juicio absoluto, sino relativo al estado de instrucción de la causa. Ahora bien: en el momento en que se invoca más tarde otro medio de prueba sobre los mismos hechos, la instrucción continuada de la causa puede hacer sostener como no influyentes los hechos que antes aparecieron concluyentes; pues el pronunciamiento esencialmente relativo á un estado anterior de la causa no tiene fuerza de sentencia para vincular al magistrado su otro pronunciamiento, que se refiere á un estado posterior de la misma causa.

Nosotros opinamos como Ricci; pero creemos que el único verdadero motivo de la decisión consiste en que el segundo medio de prueba, con ocasión de la terminación del primero, no tiene

---

(1) *Prove*, n. 7, pág. 12, y *Bett.* 1884, I, 1, col. 48.