

a) Los arts. 1151, Cód. civ.; 1, 104, 109, 569, 571, Cód. proc. pen., y 37, Cód. pen., reconocen principios generales á los cuales, en materia de perjurio, la ley no hace excepción alguna.

Pero este argumento nos parece inexacto; la cuestión no es de fondo, sino de prueba; ahora bien: el art. 1370 contiene una prohibición que el art. 221, Cód. proc., no ha suprimido, porque para evitar el desacuerdo sería preciso, como dijo Zanardelli, modificar el Código civil.

Además, los principios expuestos rigen en todas las legislaciones, por lo cual, para proteger á la parte perjudicada por el falso juramento, las leyes extranjeras mejor redactadas tienen disposiciones especiales.

b) Negar el derecho de constituirse parte civil, es negar el medio de castigar el delito, porque, las más veces, el ofendido es quien tiene las pruebas del perjurio.

Fácil es responder que el ofendido puede ponerlas á disposición del Ministerio fiscal.

Omitimos los demás argumentos mediante los cuales se quiere demostrar que es injusta é inmoral la opinión contraria, porque estos argumentos deben dirigirse al legislador, no al intérprete de las leyes.

Y concluiremos asociándonos á la opinión de los que niegan toda acción de resarcimiento de daños por causa de perjurio (1) (a).

el lesionado en virtud del perjurio; mas no para reintegrarse de las pérdidas que experimentase en la causa civil, sino para resarcirse de los daños morales (Ap. Cagliari, 2 de Abril de 1902, 248). Pero quisiéramos saber qué daños morales ha experimentado el que sucumbió en juicio, toda vez que perder el pleito no es tener un daño moral resarcible, y más habida consideración de que la suma que se perciba á título de compensación incluye en cuanto es posible esos daños morales que en último término sería absurdo determinar por billetes de Banco.

(1) Mattel, art. 1370, n. 2, p. 712-713 del vol. IV; Pacifici Mazzoni, *Istit.*, II, (4.ª ed.) p. 746 y 767; L. III, P. 2.ª p. 231, Borsari, *Cod. civ.*, pár. 3347; Ricci, *Cod. civ.*, VI, 476; Prove, n. 359; Prove civ., II, n. 204, p. 220; Genovesi (en *La Legge*, 1878, I, 27-23); Manduca (en el *Filangieri*, 1881, 687); Impallomeni, *El Cod. pen. ill.*, II, n. 453; Semmola, *Il del di sperg.* (1897), p. 78; Storza (en *Gazz. Giud. ital.*, 1899, 137); Frivoli (en *Riv. pen.*, LIII, 1901, I, p. 4, col. 92; Grossi (en *Cass. Un.*, XIII, 875,790); Pernardi (en *Riv. Univ.*, 1901, IV, 92; Banti (*Tem. Ven.*, 1884, p. 177-179); Faggella (*Foro Penale*, III, p. 93 y sig.); Berio (*Scuola positiva*, 1893, p. 1009); Faranda (en la *Gazz. giud. di Messina*, vol. II, fasc. V, VII; Massari, *op. y loc. cit.*; Ap. Génova, 9 de Junio de 1890 y 11 de Marzo de 1892 (*Tem. Gen.*, 1892, p. 241).

(a) En nuestro sistema procesal, la ley ha exigido siempre la prestación

455. Dada esta solución, es evidente para nosotros que, ni en

de juramento en las declaraciones de las partes y testigos, sin más excepción que las de los que fueren procesados, en cuyo caso prescinde de dicho requisito para no limitar el derecho de defensa con la coacción que en la conciencia de los mismos pudiera ejercer obligándoles á reconocer su deficiencia para no faltar á la santidad del juramento.

Pero si bien el legislador ha procurado rodear en todo tiempo tales declaraciones de la garantía del juramento, no existe realmente en nuestros códigos el delito de perjurio, porque la sanción penal fijada al falso testimonio no se halla establecida por haber jurado en falso ó por haber faltado al respeto debido al juramento y al sagrado deber que el mismo impone, sino en consideración al perjuicio que á la sociedad y á la justicia se infiere faltando á sabiendas á la verdad. Por eso dicho delito figura en el título de las falsedades, y no entre los delitos contra la religión.

Lo que se castiga, pues, en el falso testimonio, es la falta de verdad, por el perjuicio que en el orden social y en el privado se produce ó puede producirse, con independencia de la infracción que en el orden moral y religioso se causa con el perjurio. Así es que, tratadistas tan autorizados como el Sr. Viada, sostienen que habría lugar al falso testimonio aunque la declaración no hubiere sido prestada bajo juramento en nombre de Dios, como autorizaba la anterior ley de Enjuiciamiento criminal en su ar. 327.

El falso testimonio que el Código penal eleva á la categoría de delito, es únicamente el cometido por los testigos y peritos: nunca el llevado á cabo por las partes en el procedimiento civil, único caso en que, según hemos dicho, puede recibírseles juramento. En su virtud, aunque el litigante llamado á absolver posiciones bajo juramento decisorio ó indecisorio faltase á sabiendas á la verdad, violando así el juramento prestado y la promesa hecha por virtud de la misma, no por ello podría imponérsele la pena del falso testimonio ni ninguna otra, pues el Código penal no castiga á la parte perjura, como hemos dicho, y sólo sujeta á sanción á los que en la litis contienden, en el caso de presentar en el juicio, á sabiendas, testigos ó documentos falsos.

Algunos entienden que, si no una sanción penal, debería cuando menos imponérseles una pena civil, como el medio más adecuado para evitar los perjurios y la responsabilidad más conforme y apropiada á la naturaleza de la falta cometida. No es nueva esta teoría, puesto que admitida se halla por la ley 2.ª, tít. 9.º, libro 11 de la Novísima Recopilación: pero cualquiera que sea el concepto que en el terreno constituyente debe merecer dicha doctrina, lo cierto es que no ha sido aceptada en nuestro derecho positivo, y quizás por un exceso de consideración al principio de defensa carece de sanción en la actualidad el perjurio ó la falsa declaración de la parte á quien se hubiere deferido el juramento ó la confesión judicial.

No constituyendo, pues, delito el falso testimonio de los litigantes, desde luego se comprende que no puede haber una acción civil nacida del mismo, respecto de cuyo ejercicio se susciten las dudas expuestas por el autor. Habrá lugar, sí, á una reclamación civil, después de comprobada la falsedad, si por virtud de ella se hubiere ocasionado intencionadamente un daño, se-

virtud del art. 31, Cód. proc. pen., ni en virtud de pretendidos motivos de prevención ó moralidad, la acción penal iniciada suspende la causa civil (1), ni la sentencia condenatoria por perjurio puede:

gún la regla general consignada en el art. 1902 del Código civil; pero la acción ejercitada en dicho caso, aunque derivada de un acto doloso, no es la acción civil nacida de un delito ó falta.

No sucede lo mismo en el falso testimonio cometido por los testigos ó peritos; pues siendo la razón jurídica de su elevación á delito el perjuicio que tanto á la sociedad como á los particulares puede inferirse por la falsa declaración, desde luego puede surgir de él una acción civil reparadora del daño causado al litigante en cuya contra hubiere sido dado dicho falso testimonio.

Para convencerse que esa razón del perjuicio es el criterio que ha tenido el legislador para la determinación de dicho delito, basta tener en cuenta las distinciones establecidas en los artículos 332, 333, 334 y 335 del Código penal, en los cuales se imponen penas diversas al falso testimonio, según que éste haya sido dado en causa criminal ó en asunto civil; y en el primer caso, según que hubiere sido producido en contra ó en favor del reo ó sin favorecerle ni perjudicarlo, precisamente en consideración al mayor ó menor ó menor daño que en uno ú otro caso puede producirse, y especialmente en el falso testimonio civil se atiende por la misma razón á la cuantía del pleito para la fijación de la penalidad.

La jurisprudencia francesa, avanzando más, prescinde del perjuicio á tercero y aun llega á considerar como punible la falsa declaración en beneficio propio, fundándose para ello en que, por el hecho sólo de tomar el declarante á la Divinidad por testigo de sus palabras ó deposiciones, no puede ni debe eximirse por consideración personal alguna de cumplir el sagrado deber que semejante juramento le impone, y además, en que por mucha autoridad que se conceda al derecho natural, éste no puede autorizar un proceder que introduciría tal perturbación en el orden social, que una vez alterada en su esencia la veracidad del testimonio, que descansa necesariamente en la fe del juramento, no habría honra, fortuna ni vida humana que no estuviere en peligro.

No hemos de detenernos á hacer la crítica de esa doctrina, por la razón que ya hemos expuesto de que, cualquiera que sea el concepto que merezca en el terreno de la especulación científica la teoría de que el perjurio debe ser castigado en todo caso, aunque fuera con una pena civil, no ha seguido ese criterio nuestro derecho positivo, y ateniéndonos á él, podemos sentar como conclusión que, siendo el falso testimonio en pleito civil tal como le considera el Código penal, un delito que ordinariamente tiende á producir un perjuicio á una de las partes contendientes en el juicio, debe nacer del mismo, conforme al art. 18 del Código penal y al 100 de la ley de Enjuiciamiento criminal, la acción civil correspondiente para la reparación del daño, y no somos, por lo tanto, de la opinión mantenida por los que niegan toda acción de resarcimiento por causa de perjurio ó falso testimonio, aun en el caso de ser cometido por quien no fuere parte en el litigio.—(N. del T.)

(1) Ap. Palermo, 23 de Noviembre de 1900 (*Foro sic.*, 1900, p. 666); 17 de

producirse en lo civil contra las resultas del juramento (1). Además, por más que las pruebas practicadas en juicio decisorio penal sean pruebas legales en el juicio civil entre las mismas partes (2), no pueden invocarse en juicio civil, porque son inadmisibles por ministerio de la ley (art. 1370), ni como presunciones ni como pruebas, las pruebas recogidas en la instrucción del sumario ó en el juicio penal de perjurio (3) (a).

Febrero de 1902, est. Ferriolo (*ivi*, 1902, p. 207); 17 de Junio de 1901, est. Babilera (*La Procedura*, 1901, p. 342); 12 de Septiembre de 1903 (*Foro sic.*, 1903, 57); Cas. Palermo, 23 de Noviembre de 1900 (Cons. Concil., 1901, 38); Cas. Nápoles, 27 de Abril de 1903, est. Cianci (*Foro ital.*, 1903, I, 988); 21 de Agosto de 1900, est. Petrucelli (*Foro ital.*, 1900, I, col. 1253, con notas inexactas para las referencias; Ap. Catania, 17 de Junio de 1898, est. Bora (*Foro ital.*, 1898, I, 1233); 28 de Julio de 1899 (*Giur. Cat.*, 1899, 200); Ap. Bolonia, 28 de Julio de 1903, est. Francacreta (*Temì*, 1903, 786); Ap. Trani, 1.º de Septiembre de 1899 (*Riv. Giur. Trani*, 1899, 859); Ap. Roma, 27 de Abril de 1899 (*Temì Rom.*, 1899, 177); Ap. Roma, 7 de Febrero de 1884, pon. Guarrasi (*Foro*, 1884, I, 888); Ap. Náp., 29 de Julio de 1901, est. Polemondo (*La Procedura*, 1901, 402); 3 de Noviembre de 1899, est. Conti (*ivi*, 1900, 84); 19 de Mayo de 1893, pon. Rossi (*Gazz. proc.*, XXV, 512); Cas. Turín, 13 de Febrero de 1895, pon. Longhi (*Giur. Tor.*, 1895, p. 243); Ap. Parma, 18 de Mayo de 1885, pon. Massari (*Foro ital.*, 1885, I, 604); Ap. Bolonia, 2 de Octubre de 1891, pon. Majelli (*Bett.*, 1892, I, 2, col. 181); Ap. Génova, 4 de Noviembre de 1901, est. Rizzo (*Temì Gen.*, 1901, 689); 11 de Marzo de 1892, citada; Cas. Turín, 27 de Noviembre de 1890, pon. Rovasenda (*Giur. Tor.*, 1890, p. 769). En la doctrina, conf. Mortara (*Comm.*, I, n. 544), Del Vecchio (in *Gaz. Proc.*, 1897, 314); Di Malo, *La q. di j. g. deciss non. sosp: il g. civ.* (Nápoles, 1900). En contra: Vaturi (en *Giur. Pen.*, 1899, 161), y en la jurisprudencia más, con graves errores en los considerados; Cas. Náp., 19 de Abril de 1898, est. Salvati (*La Procedura*, II, 494), y Apelación Náp., 29 de Agosto de 1898, est. Polemondo (*Foro ital.*, 1898, I, 1355); el Ponente de esta sentencia mudó después de opinión en la ya citada de 29 de Julio de 1901.

(1) Ap. Turín, 2 de Septiembre de 1881, pon. Dionisotti (*Giur. Tort.*, XVIII, 669); *Contra*: Ap. Brescia, 27 de Febrero de 1884, pon. Resti-Ferrari (*Foro*, 1884, I, 604).

(2) V. vol. 1.º, n. 26.

(3) Ap. Catania, 17 de Noviembre de 1890, pon. Agnello (*Foro ital.*, 1891, I, 84); Ap. Turín, 12 de Abril de 1890, pon. Garbasso (*Giur. Tort.*, 1890, p. 420, *motivos*).

(a) Con arreglo á lo dispuesto en el pár. 2.º del art. 1238 del Código civil, no puede admitirse prueba alguna sobre la falsedad del juramento decisorio.

En las notas al número anterior, hemos indicado que, en nuestra legislación, el perjurio cometido por el litigante llamado á prestar la confesión judicial, no constituye delito; pero aunque lo constituyese y en la instrucción sumarial se recogieran las pruebas necesarias del perjurio, éstas no po-

456. Determinados los efectos del juramento decisorio, es evidente que no pueden extenderse á materias extrañas á las de que se trate. El juramento deferido sobre uno de los puntos en discusión, no puede extenderse, por consiguiente, á otros puntos extraños, bien se deduzcan en el mismo juicio, bien en juicios sucesivos. Esta regla, evidente é incontrovertible, no exige explicación ni justificaciones (1).

457. Respecto á las *personas* entre las cuales se producen los efectos de la delación, de la referencia, de la prestación ó de la negativa del juramento es preciso hacer un cuidadoso análisis.

La primera parte del art. 1373 del O. c , declara que el juramento recusado ó prestado no hace prueba sino en ventaja ó contra el que le defiriera, ó en ventaja de sus herederos ó causahabientes, ó contra los mismos (2) (a).

Hasta aquí la ley es clarísima.

Mas puede suceder que exista una litis-consortio, en la cual las partes no sean causahabientes la una de la otra ni se den las demás hipótesis consideradas en los demás paragrafos del art. 1373 (fianza, solidaridad).

En esta hipótesis, la cuestión es muy grave, tanto mas cuanto que se advierte la falta de elementos doctrinales utilizables, por ser conformes al sistema de nuestra ley.

En la primera edición de esta obra, nos habíamos limitado simplemente á una alusión á esta materia recordando además decisiones pertinentes á la misma; mas como quiera que posteriormente ha adquirido un gran desarrollo en la jurisprudencia, créemos oportuno estudiarla ahora con mayor amplitud.

Digamos, desde luego, que acoger sin ninguna clase de reservas las opiniones basadas en la doctrina austro-germánica sería un gra-

drían ser invocadas contra la declaración prestada bajo juramento decisorio, en virtud de la disposición legal citada al principio.—(N. del T.)

(1) Cas. Palermo, 28 de Abril de 1898 (*Foro Sic.*, 1898, 335); Cas. Turín, 13 de Julio de 1894 (*Giur. Tor.*, 1894, p. 533).

(2) Otro tanto según los Códigos civiles francés (art. 1319), español (artículo 1238), tienense (art. 266, Cód. proc. civ.) y Cód. proc. civ. ginebrino (art. 171).

(a) La misma doctrina se consigna en el art. 1238 de nuestro Código civil. Según terminantemente se previene en dicho artículo, la confesión prestada bajo juramento decisorio, ya sea deferido ó referido, sólo constituye prueba á favor ó en contra de las partes que á él se sometieron, y de sus herederos ó causahabientes.—(N. del T.)

ve error; cierto que en ella se han acogido principios de la codificación; pero esta codificación fúndase en ideas inadmisibles para nosotros. La doctrina austro-germánica ha destruido substancialmente el carácter dado por las modernas leyes latinas al juramento decisorio, con carácter general, según el sistema austriaco, ó en relación á la litis-consorcio, según el sistema alemán.

Precisa, en primer término, demostrar la exactitud de esta primera premisa, á fin de que la solución que hemos de proponer á la cuestión, esté claramente coordinada con el derecho positivo italiano (generalizando podríamos decir que también al derecho francés y español) y con el sistema que á todo él le inspira.

En el reglamento austriaco de 1895, se ha abolido como es notorio el juramento decisorio; mas para el caso del examen jurado de las partes, cuyos resultados puede el Juez apreciar libremente, se dispone que pueda oírse á todos ó algunos de los litis-consortes ó á uno de ellos (pár. último ap. del pár. 373), esto no obstante conserva validez la regla, según la cual, el acto ú omisión de alguno de los litis-consortes no daña á los demás (pár. 13), ni puede considerarse alterada esta salvedad, por el pár. 14 (relativo á los casos en los que la sentencia debe tener eficacia, con relación á todos los colitigantes) porque en el derecho austriaco el examen jurado de las partes (sufrido ó rehusado) no tiene nunca efectos definitivos y, porque en el caso de un litis-consorcio, al cual pueda serle aplicable el pár. 14, el Juez verosímilmente examinará con juramento á una sola de las partes.

En el reglamento alemán de 1898, aparece regulado expresamente en el pár. 472, el caso del juramento deferido á un colitigante, y en el segundo de sus apartados dispónese que si el juramento ha de prestarse por todos los colitigantes, ó por algunos de ellos, y fuera rehusada su prestación por uno ó por muchos, el Tribunal decidirá por su libre convicción, si el asunto objeto de la prueba del juramento deberá ó no tenerse por verdadero.

En resumen: el sistema germánico en substancia es esto: por regla general todo acto ú omisión de los colitigante surte sus efectos tan sólo para aquél que lo realiza (pár. 61); pero la prestación ó la negativa del juramento relativa á un hecho común é idéntico, no van juzgadas de un modo autónomo para decidir juntamente la verdad ó falsedad del hecho único según que el hecho se considere con relación á quien prestó el juramento ó con relación á aquellos que lo rehusaron; el Juez podrá por excepción apreciar la

prestación ó la negativa del juramento—que es también prueba plena (pár. 463 y 464)—con aquella libertad que se le concede para apreciar las pruebas morales.

Entre nosotros el juramento es siempre prueba legal; por tanto, la solución del pár. 472 del reglamento alemán es inaceptable si quiera en derecho constituyente, sea digno de atento examen. Mas si se habla en el puro terreno del derecho constituyente, aun se impondría otra solución. Es también evidente la inadaptabilidad á nuestro derecho del sistema austriaco que ha abolido el juramento decisorio con efectos absolutos.

En substancia el juramento entre nosotros es siempre una prueba legal de valor absoluto puesto que no pueden extenderse sus efectos á personas no aludidas por la ley ni siquiera considerando con relación á tales personas el juramento como prueba moral.

Esto sentado, veamos si el análisis de los casos decididos por la jurisprudencia, puede suministrar elementos para una solución.

La Audiencia de Colmar decidió el caso siguiente:

Una sentencia ordena el pago de un crédito que ocho herederos del acreedor, juran no saber que hubiese sido pagado á su causante.

Uno de los ocho rehusa; el juramento de los otros siete se declara válido para ellos; en cambio el octavo, deja de ser acreedor por la parte que á él le corresponde (1). He aquí como hecho lógicamente—el pago de una deuda—viene á ser cierto y verdadero para siete individuos y falso para otro.

Pothier nos da un ejemplo semejante. Uno de los herederos me cita para que le pague la parte suya de una suma que yo debía á un causante y me defiere el juramento sobre esto.

Yo juro no deberle nada y venzo.

Los otros coherederos no estarán vinculados por la cosa juzgada fundada en el juramento (2). Y he aquí un nuevo caso ó ejemplo de cómo un hecho único es verdadero en parte y en parte puede ser tenido como falso.

La jurisprudencia italiana tiene á este propósito resueltos con idéntico criterio un cierto número de casos.

(1) 5 de Mayo de 1819, Dalloz, *Rep. Obligaz.*, n. 5254, y de un modo análogo el mismo Tribunal, 7 de Enero de 1817 (*ivi.*, n. 5310).

(2) *Obligat.*, n. 996, y conf. Laurent, XX, n. 276; Demolombe, XXX, 673.

Así la Corte de Génova (1), declaró que el juramento prestado por una parte perjudica á la otra, pero no al acreedor de esta si quiera sea colitigante; el Tribunal de Cagliari (2), que la parte deudora de varios coherederos no aparece liberada por el juramento, que sólo uno de ellos la defiriera. La Casación de Palermo (3), sostiene que el juramento prestado por el marido contra uno de los deudores de la mujer no perjudica al otro deudor; la Casación de Turín sostiene que el juramento deferido á uno solo de los dos adversarios, referente á un hecho que por su naturaleza sea divisible, es lícito limitándose sus efectos al deferente y al jurante (4). La Casación de Roma ha sostenido que deferido el juramento á varias personas en la misma causa y sobre la misma cuestión, si acaeciese que algunas de ellas lo prestaran y otras lo rehusaran, no podrá estimarse en este supuesto como denegada la fórmula porque en tal caso se vendrían á confundir por una parte y á destruir por otra los efectos legales de la prestación y de la negativa que son tan distintos y separados, consiguiéndose, en cambio, con este juramento terminar la litis con la victoria de aquellas que lo han prestado y el vencimiento de quienes lo han rehusado» (5).

Estas enseñanzas de la jurisprudencia, están, sin vacilaciones, adoptadas por Mattiolo (6).

No es decir que la jurisprudencia no hubiera visto la contradicción que ello implica como si se trata de un pacto que *A.* asegura haberse simulado entre *B.* y *C.* defiriendo á *B.* y á *C.* análogo juramento, resulte efectivamente simulado para *B.* que rehusa la prestación del juramento, y sincero en cambio, para *A.* que jura.

Opónese á esto, el texto del art. 1373 en su primera parte y el daño mayor que resultaría de extender los efectos de la prestación á quien ha rehusado jurar ó viceversa.

Puede presentarse y en la práctica se ha presentado un caso más grave todavía.

(1) 28 de Abril de 1877, est. Sacco Suardo (*Ilco Gen.*, 1877, p. 348).

(2) 11 de Agosto de 1893, est. Piredda (*Giur. Sarda*, 1893, p. 134), con nota de J. Atzeri.

(3) 23 de Abril de 1898, est. Seillama (*Toro Sic.*, 1898, 362).

(4) 4 de Marzo de 1897, est. Gasparini (*Giur. Tor.*, 1897, 435); 22 de Diciembre de 1896, est. Marangoni (*ivi*, col. 235).

(5) Cas. Roma, 16 de Agosto de 1904, est. Corbo (*Leggs*, 1904, 2206).

(6) II (5.^a edic.), n. 913, letras b. c. d.

La representación judicial de un ente moral, de una Sociedad mercantil, por ejemplo, hállese confiada á varias personas. ¿Qué sucederá si alguna de éstas rehusa prestar el juramento y las otras lo prestan? ¿Será liberada la Sociedad ó no? Pues aquí una división mecánica resulta ciertamente imposible.

La Corte de Venecia, resolvió esta cuestión y después de sentar que no debía haberse deferido el juramento más que á uno de los representantes, solución abonada por que equivale á mediatizar ó dividir la representación judicial, falló que debía entenderse prestado por todos el juramento si bien uno había variado la fórmula (1), con lo cual, claro es que no resolvía la cuestión propuesta, de la cual, no nos consta que se hayan ocupado los escritores franceses é italianos.

Ahora bien, el sistema que prevalece en Francia y en Italia, presenta dos inconvenientes: 1.º Hacer divisible la existencia de un hecho que mientras objetivamente puede serlo ó no serlo, resulta que viene á ser verdadero ó falso para diversos individuos, no obstante dimanar de un hecho único (por ejemplo si se trata de un pacto simulado; si la deuda fué ó no extinguida por el causante de las partes á quienes se defiere el juramento). 2.º Hacer gravísima la solución del caso, en el cual, varias personas físicas representen una entidad ó personalidad jurídica; una verdad subjetiva para aquellas, podría carecer de eficacia jurídica con relación á la otra.

La racional solución del Código alemán que consiente al Juez valorar el juramento como prueba moral respecto á los colitigantes, no es posible en el sistema que rige nuestra ley, la cual, en la primera parte del art. 1373, no sólo afecta el juramento á los colitigantes que lo han prestado determinando sus efectos con exclusiva relación á ellos, y en tal supuesto, claro es que hace prueba plena é inútil la valoración moral (2), sino que con relación á los colitigantes *no mencionados*, quítale todo valor de prueba y excluye, por tanto, toda inducción respecto de ellos.

Y siendo esto así, no nos queda más que hacer constar la irremediabilidad del primer inconveniente, que en puridad significa sí una contradicción jurídica, pero no una imposibilidad.

(1) 2 de Noviembre de 1900, est. Carunnatti (*Temí Gen.*, 1900, 753).

(2) V, por el contrario, el art. 1311, Cód. civ., y vol. I, n. 418. De esta suerte no hay contradicción entre la solución aquí propuesta y lo dicho en el lugar aludido (v. vol. I, n. 11 y 12, 2.ª edic.)

En cuanto al segundo, ó sea la prohibición de deferir el juramento á las personas físicas representantes de una personalidad jurídica, creemos que sería contrario á la ley. No queda á nuestro juicio más que un solo medio: que los representantes deleguen en uno de ellos para deferir ó para prestar el juramento. Si éste lo rehusa, se entenderá denegado el juramento. No puede hablarse ni aludirse á disminuciones en la representación, puesto que la aceptación del juramento deferido á todos los representantes viene mediante tal solución á ser obra de todos.

Respecto de la *solidaridad*, la ley (art. 1373, Cód. civ.) declara que el juramento deferido por uno de los acreedores solidarios al deudor, no libera á éste sino por la porción debida á éste, y que deferido á uno de los deudores solidarios, prueba en beneficio de los demás deudores (1).

La ley habla inexactamente de juramento *deferido*, porque alude, no á la delación, sino á la prestación y la negativa á jurar.

Para expresar por completo el concepto de la ley, nos bastará decir que aplica al juramento los principios admitidos sobre el carácter y efectos de las obligaciones solidarias.

Así, pues, diremos (2):

a) En caso de *solidaridad activa* (varios acreedores, un deudor):

a¹) Si uno de los acreedores defiere juramento al deudor, la *prestación* no libera á éste sino en la porción debida al acreedor en cuestión, la *negativa á jurar* le perjudica, en cambio, por la totalidad.

a²) Si el deudor defiere juramento á uno de los acreedores, la *prestación* aprovecha á todos los coacreedores; la *negativa* no les perjudica.

(1) En derecho romano regían las reglas siguientes:

En materia de solidaridad pasiva, imperan los mismos principios que siguiéndole, ha adoptado nuestro Código, no así en materia de solidaridad activa, puesto que, con relación á ésta, surtía sus efectos con relación á todos, y así la prestación del juramento deferido por uno de los coacreedores libraba al deudor, no sólo por la parte proporcional debida al mismo, sino por la integridad de la deuda (Fr. 28 pr., y pár. 3.º D. *De iureiur.*, XII, 2). V. Chironi, *Studi Senesi*, I, p. 24; Bertolini (notas al Glück, L. XII, tít. II, párrafo 796, p. 213, letra e.

(2) Conf. Mattiolo, II (5.ª edic.), n. 910; Giorgi, *Obbliga.* (6.ª edic.), números 168-172.

b) En caso de *solidaridad pasiva* (un acreedor, varios deudores):

a¹) Si uno de los codeudores defiere juramento al acreedor, la *prestación* sólo perjudica al deudor deferente; la *negativa* aprovecha á todos los deudores.

b²) Si el acreedor defiere juramento á uno de los deudores, la *prestación* aprovecha á todos los deudores; la *negativa* no perjudica á los codeudores (1).

Añadiremos que en caso de *solidaridad pasiva*, el juramento no puede tener por efecto el hecho de la obligación solidaria (art. 1373, último párrafo, Cód. civ.).

459. Tratándose de *obligaciones indivisibles*, se aplican reglas análogas, á saber: (2) (a).

(1) Ap. Casalia; 26 de Enero de 1884 (*Giur. Cas.*, 1894, 51).

(2) V. Mattiolo, II (5.^a edic.), n. 911.

(a) Tanto los tratadistas extranjeros como los españoles, han dedicado gran atención al estudio de lo que son obligaciones divisibles ó indivisibles, agotando todo género de sutilezas para interpretar las disposiciones legales relativas á las mismas, llegando algunos á conclusiones realmente absurdas, por confundir la indivisión de una cosa con la indivisibilidad de la misma.

Según ha dicho un autor, la teoría más clara en la materia, es la contenida en la ley 2.^a, tít. 1.^o, libro 55 del Digesto, con arreglo á la cual hay obligaciones indivisibles: *contractu, obligatione et in solutione*, aunque estas dos últimas constituyen más bien una sola.

En general, pueden definirse las obligaciones indivisibles diciendo que son aquellas cuyo cumplimiento no puede fraccionarse. En tal concepto, fácilmente se comprende que, cuando no se cumplen en la forma estipulada, se convierten en obligaciones de dar, imponiendo al que falta á ellas la de indemnizar. Por eso el art. 1150 de nuestro Código civil establece, que la obligación indivisible mancomunada se resuelve en indemnizar daños y perjuicios desde que cualquiera de los deudores falta á su compromiso, no contribuyendo á la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente del precio de la cosa ó del servicio en que consistiere la obligación, los deudores que hubiesen estado dispuestos á cumplir su compromiso.

Conforme al art. 1151, se reputan indivisibles las obligaciones de dar cuerpos ciertos y todas aquellas que no sean susceptibles de cumplimiento parcial. Las obligaciones de hacer serán divisibles cuando tengan por objeto la prestación de un número de días de trabajo, la ejecución de obras por unidades métricas ú otras cosas análogas que por su naturaleza sean susceptibles de cumplimiento parcial. Y en las obligaciones de no hacer, la divisibilidad ó indivisibilidad se decidirá por el carácter de la prestación en cada caso particular.

Réstanos indicar, que la divisibilidad ó indivisibilidad de las cosas objeto

a) Si son varios los acreedores ó son varios los herederos del único acreedor originario:

a¹) Si uno de los acreedores ó herederos defiere juramento al deudor único, la *prestación* no perjudica á los demás coacreedores ó coherederos; la *negativa* aprovecha á todos los coacreedores ó coherederos (1).

a²) Si el deudor defiere juramento á uno de los coacreedores ó coherederos, la *prestación* aprovecha á los demás coacreedores ó coherederos; la *negativa* les perjudica (2).

b) Si hay varios deudores ó varios herederos del único deudor:

b¹) Si uno de los deudores ó herederos defiere juramento al acreedor, la *prestación* no perjudica á los otros; la *negativa* aprovecha á los mismos.

b²) Si el acreedor defiere juramento á uno de los codeudores ó coherederos, la *prestación* les aprovecha á todos; la *negativa* no les perjudica.

460. En materia de fianza.

Si el juramento es prestado por el fiador sobre el hecho mismo de la fianza, ésta no existe; si es sobre la obligación principal, no ayuda al deudor principal.

Si el juramento fuere rehusado por el fiador con relación al acreedor, se entiende probada la existencia de la fianza, si tal era el objeto del juramento; pero si el fiador quisiera ejercitar su acción de repetición, no puede, contra el deudor principal, invocar la cualidad de fiador resultante de su propio juramento. Si el fiador rehúsa el juramento sobre la obligación principal, no perjudicará al deudor principal, perjudicando sólo al fiador, probada que sea la fianza.

Si el juramento se presta por el deudor principal sobre el hecho de la fianza, ésta no podrá entenderse negada con relación al acreedor; si lo es sobre la obligación principal, naturalmente ayuda al fiador (art. 1373, pár. 3.º). Si el juramento es rehusado por el deudor principal, la obligación principal se considera probada, pero

de las obligaciones en que no hay más que un solo deudor y un solo acreedor no altera ni modifica las reglas generales respecto de la naturaleza y efectos de las obligaciones establecidas en el capítulo 2.º, tít. 1.º del libro 4.º del Código civil, según así se consigna en el art. 1149 del mismo.—(N. del T.)

(1) Véase, sin embargo, art. 1207, cap. V, Cód. civ.

(2) Idem, íd.

no con relación al fiador, sino con relación al deudor principal (1); la fianza no se considera probada con relación al fiador, si la existencia de la misma fué el objeto del juramento.

Si el juramento es prestado por el acreedor cuando tenga por objeto la fianza ó la obligación principal, ésta ó aquella se considerará probada con relación al deferente (fiador ó deudor), pero sin efectos para el no deferente. Si el juramento es recusado por el acreedor cuando tenga por objeto la fianza, ésta se considera extinguida con relación al deferente (fiador ó deudor principal); pero lo será de un modo objetivo la obligación principal, cuando ésta hubiere sido el objeto del juramento.

§ 7.—VALOR JURÍDICO DEL JURAMENTO.

SUMARIO

- 461. Argumentos en favor del juramento decisorio.
- 462. Objeciones contra esta institución.
- 463. Por qué opinamos que debiera suprimirse el juramento decisorio.
- 464. Tendencia en este sentido de las leyes suizas.
- 465. Y de la legislación húngara.
- 466. Y de las leyes de tipo germano.
- 467. Sería más conveniente conservar el juramento decisorio en su tipo romano puro.
- 468. Ó al menos aceptar el sistema de Domat ó el que se sigue en Zurich. Pero mejor que todo sería suprimir el juramento decisorio.

461. Si nos preguntamos si debe conservarse el juramento decisorio, hallamos en pro de la solución afirmativa, la mayoría de las leyes y la autoridad de ilustres jurisconsultos.

Jaubert observa: *Celui à qui le serment est déféré, ne peut se plaindre de ce qu'on le laisse juge dans sa propre cause, et il serait honteux de refuser d'affirmer la vérité et la sincérité d'une demande ou d'une exception dans laquelle on entendrait persister.*

Bigot-Préameneu añade: *Lorsqu'une partie se repose sur la probité de l'autre, au point de prendre droit par son serment, ou lorsqu'une par-*

(1) Mattiolo, II (5.ª edic.), n. 912, p. 798; Marcadé sobre el art. 1365, n. 3; Durantón, XIII, 607. Contra: Campogrande; Fideluss, n. 828, y Ponsot, Troplong y Galdí, *ibi. cit.*

tie est dénuée de preuves suffisantes pour établir sa demande, il est juste de l'admettre à déférer le serment (1).

462. Pero de algún tiempo á esta parte se vienen haciendo graves objeciones á la institución del juramento (2).

Ya hemos recordado el juicio de Pothier sobre el juramento probatorio, y en el mismo sentido desfavorable se expresa un magistrado italiano, Borsari (3).

Otro magistrado, Chardon, declara que en treinta y cinco años de práctica no ha visto á una sola parte renunciar á sus pretensiones por temor de jurar en falso (4).

Giorgi (5), declara: «Si Pothier pudo ver hasta dos veces en su vida el triunfo de la moralidad sobre el interés, nosotros hemos tenido la desgracia de no verle nunca; en cambio, más de una vez hemos visto pleitos en los cuales ambas partes se declaran dispuestas á jurar, y quizá juraran ambas en las varias vicisitudes del litigio» (6).

Verdad es que se dice que el juramento procede de la voluntad de una parte, la cual, siendo dueña de renunciar á su derecho, puede, à *fortiori*, arriesgarle en el juramento.

Pero ya Carpentier, y más recientemente Demolombe (7), respondieron á esta objeción.

Sea, pues, en resumen el juramento una transacción: *Eh bien! donc, que les parties transigent, si bon leur semble; qu'elles transigent, après l'instance engagée, comme elles auraient pu transiger avant, librement, volontairement.*

(1) Loaré, VI, p. 237, 187.

(2) V. en este sentido la demostración un poco escolástica en la forma de Iannitti, *Saggio critico sull'inst. giurid. del giuram.* (en *Riv. giurep. Trani*, 1902, p. 229, n. 32), que se asocia expresamente á nuestras consideraciones, á las que también se adhieren Marini, *Il Giuram.*, en las leyes del Estado (Parma, 1896), y Lordi, en el *Archiv. giurid.*, LX, 413.

(3) V. n. 21. Numerosos escritores, citados por Burkly, *Étude sur le serment* (Brougg, 1822), p. 50-51, consideran *inútil* el juramento probatorio. Kant le considera *injusto*, por contrario á la libertad humana; Bruch (id., página 75) le considera *ilógico*.

(4) *Del dolo e della frode* (Venecia, 1835), I, p. 155, n. 144.

(5) *Obbligaz.* (6.ª edic.), I, n. 426, p. 568.

(6) Aun cuando las críticas de estos escritores se dirijan al juramento supletorio, son igualmente aplicables al decisorio.

(7) XXX, n. 559, p. 497.

Mais pourquoi faire intervenir les juges dans ces transactions périelleuses, où les règles de la justice n'entrent pour rien!

463. Este último argumento nos parece de una eficacia absoluta (1).

No es ya que la función del Juez, en cuanto al juramento, sea puramente material, sino que, además, es absurda su cooperación.

En efecto: ó se considera el juramento como *contrato*—y nada es más repugnante á la función del Juez que intervenir *contenciosamente* allí donde existe la voluntad de una parte que obliga á otra, cuya voluntad no puede ser sino conforme ó disconforme, siendo el Juez independiente por completo—;

O el juramento se considera como *medio de prueba*, y entonces: ó tiene carácter *religioso* y puede equipararse á las orðalias, ó tiene carácter *laico* y no es una prueba racional, porque la valuación personal del Juez, esto es, la valuación de su certidumbre, falta completamente (2). Nadie niega que los juicios de Dios dejaran de tener alguna utilidad (3), pero en nuestro tiempo no tendrían ninguna.

464. Por otra parte, en las leyes modernas va acentuándose un movimiento contrario al juramento decisorio.

(1) Es, pues, incompleto y hasta inexacto, el modo que tiene Ricci (*Prove*, n. 272, p. 481) de plantear la cuestión sobre el valor jurídico del juramento. En efecto; se limita á preguntar «si una de las partes tiene el *derecho* de obligar á la otra á hacerse Juez en su propia causa, y si la parte á quien se impone esta función judicial en causa propia, tiene el *deber* jurídico de pronunciarse conforme á verdad». Ricci responde á ambas cuestiones afirmativamente. Ahora bien; este modo de plantear la cuestión no es completo. Antes de investigar lo que se propone Ricci, es preciso, puesto que se trata de una prueba, ver, si como tal prueba, tiene valor. Es digno de notarse el continuo decrecimiento del uso del juramento decisorio atestiguado por la Estadística judicial francesa (v. Carrier, *op. cit.*, 211).

(2) Nos parece, por consiguiente, un tanto fantástica la afirmación de Ricci (*Proc. civ.*, II, n. 179, p. 190), de que «el juramento, considerado como prueba, proporciona la mayor demostración de verdad que humanamente pueda adquirirse». En efecto: la *certeza legal* es una *suposición de verdad*, no una *demonstración*.

(3) Se ha dicho, por ejemplo, que el duelo judicial fué el freno más eficaz contra los prepotentes, á los cuales ningún Juez hubiera osado sentenciar ni ningún testigo deponer (v. nuestro estudio, *Il duello nei nuovi studi e nelle nuove idee* (Pisa, 1903).

La sociedad de juristas suizos se propuso en 1880 la cuestión relativa á las declaraciones de las partes en las causas civiles (1).

El Dr. Martín, ginebrino, indicó que el Dr. De Bar propuso la abolición del juramento decisorio, sustituyéndole por la comparencia personal de las partes: medida menos eficaz; no obstante, cree que debe conservarse el juramento decisorio *étant une sorte de transaction*.

Ahora bien: si ésta es la única razón para conservar el juramento decisorio, nosotros nos confirmamos en la idea de que debe abolirse, porque el juramento decisorio no es ni transacción ni especie de transacción (2).

El Dr. Stooss refirió que, en Suiza, el cantón de Argovia ha suprimido el juramento, el de Berna le ha sustituido por el interrogatorio de las partes; y en fin, el de Zurich consiente al Juez la libre apreciación del juramento decisorio. La ley de procedimiento civil del cantón de Appenzel (25 Abril 1880) no conoce el juramento como medio de prueba.

465. En Hungría, la ley de 1877, n. XXII, sobre procedimiento en asuntos de poca importancia, prohíbe en su art. 19 la prueba por juramento, cuando el asunto corresponda á la jurisdicción municipal.

No es arriesgado deducir que un medio que se considera ineficaz en las causas menores, en las cuales, lo escaso del interés hace menos probable la falta de sinceridad, debe también considerarse ineficaz en las causas de más importancia.

466. No debemos callar que las leyes de tipo germano (Austria y Alemania), al consentir la *probatio pro exoneranda conscientiae*, destruyen en gran parte el concepto puro del juramento decisorio.

El dilema: jurar ó referir, se sustituye por este trilema: jurar, referir ó probar lo contrario; reduciéndose la delación del juramento á una inversión de la obligación de la prueba.

467. Para conservar el juramento decisorio en su tipo romano, sería preciso adaptar integralmente este tipo, á saber:

(1) Los informes y discusiones se han publicado por Burkli (*ob. cit.*, página 111 y sigs.)

(2) V. n. 113.

a) Declarar inútil la sentencia del Juez, imponiendo el juramento en los términos textuales de la fórmula y dando al acta en que se hace constar el valor de la sentencia.

Así se evitaría la intervención del Juez, que es ilógica si se le niega la facultad de apreciar la prueba, por ser esta apreciación el único título de su intervención una vez cerrada la instrucción.

b) No castigar el perjurio, que, á nuestro juicio, no es delito. No podemos indicar siquiera los motivos de nuestro propio convencimiento en este punto, porque entraríamos en un campo que no es el nuestro; pero debemos declarar que el juramento decisorio, á menos de ser ilógicos, no es delito (a).

Aun cuando se niegue, como nosotros negamos, la acción civil por daños, esto no quita que sobre el mismo hecho resuelto ante la jurisdicción civil, se abra luego, en lo penal, otro juicio. Y adviértase bien que este juicio puede basarse sobre pruebas que no se produjeran en lo civil. Ahora: este hecho, que se ha querido justificar con las más sutiles disquisiciones jurídicas, chocará siempre contra un principio incontrovertible, á saber: que es deplorable que lo *verdadero* de ayer sea lo *falso* de hoy, si así le place á una parte.

Pero, aun no insistiendo sobre este punto, nosotros aceptaríamos el delito de perjurio si no se pudiesen producir pruebas testimoniales á no ser como principio de prueba escrita (1), ó mejor aún, si sólo se admitieran documentos escritos decisivos (2), que antes no hubieran podido producirse.

Todas estas restricciones, que han tenido autorizados sostenedores, menguarían lo ilógico de la penalidad del perjurio. Verdad es que sería muy difícil la prueba; pero así no resultaría, en nuestra opinión, sino la ventaja de la mayor impunidad de un hecho que íntimamente no es delito.

468. Otros sistemas ideados para hacer menos incierta la prueba por juramento, como, por ejemplo, el propuesto por Domat (3),

(a) Esta doctrina es la sostenida en nuestro derecho, según hemos indicado en anteriores notas, puesto que en él no es constitutivo de delito el perjurio cometido por el litigante llamado á declarar bajo juramento.—(N. del T.)

(1) Como ya querían Auriti y Calenda (*Verb. Comm. coord. Cod. pen. ital. sull'art. 210*).

(2) *Progetto Uff. Centr. Senato sul pr. di Cod. pen. Vigliani*, art. 286.

(3) V. n. 234.

y el aceptado por el Código de Zurich (1), son también dignos de estudio. Pero desnaturalizan el juramento y conducen á preferir su abolición.

El juramento supone la religiosidad: este es su verdadero carácter; pero como este carácter, según hemos venido demostrando (2), ha venido á menos, así también debe abolirse el juramento (a) (3).

§ 8.—RELACIONES DEL JURAMENTO DECISORIO

SUMARIO

469. Límites de la exposición.

470. Juramento decisorio necesario y voluntario.

471. Juramento decisorio, confesión, interrogatorio.

469. Fieles al principio de no examinar las relaciones entre los medios de prueba, sino después de haber expuesto cuanto concier-

(1) V. n. 464.

(2) V. n. 1 á 34.

(a) No opinaban del mismo modo nuestras antiguas leyes, según las que era la confesión ó el juramento la prueba más perfecta y eficaz, y después de ella, no era menester ninguna otra prueba ni averiguamiento sobre el mismo pleito. (Véase el proemio del tít. 13 de la Partida 3.^a)

Si la confesión, como dice la ley 1.^a de dicho título y Partida, es el otorgamiento que hace una parte á la otra en el juicio, reconociendo la certeza de los hechos sobre que es llamada á declarar ó negándolos con arreglo á su conciencia y á la fe debida al juramento, es indiscutible la importancia y utilidad de dicha prueba, y hacen bien en mantenerla casi todas las legislaciones; pues la posibilidad de que en algún caso el interés del jurante se sobreponga al sagrado deber de decir la verdad que el juramento impone, no es razón para desechar este medio de prueba, que ya el sabio autor de las Partidas calificaba de la más cierta, más ligera, más fácil y menos costosa para las partes.—(N. del T.)

(3) Dice bien Geouffre de Lapradelle (*L'evol hist. du serm. decis a Rome*. París, 1896, p. 6). El juramento decisorio, aunque aceptado por un gran número de legislaciones contemporáneas, enciérrase en textos inertes de los cuales vase retirando el espíritu que los vivificaba; muchas leyes extranjeras lo han borrado del cuadro de sus instituciones jurídicas; los juriscónsultos lo critican; los Magistrados mismos son los primeros en señalar sus inconvenientes acreditados por la práctica judicial.

Y Jobbe Duval (*Etudes sur l'hist. de la proc. civ. chez les Romains*); Varsi, 1896, p. 134-135, juzga el juramento como una desgraciada anomalía en una legislación por poco adelantada que se encuentre; pues esta institución nos lleva á tiempos en los que los pleitistas gozaban influencia decisiva en el procedimiento y tenía éste un carácter formulista muy acusado. Cuando los re-

ne á cada uno de ellos, hablaremos sólo de las relaciones del juramento decisorio voluntario con el juramento decisorio necesario, con el interrogatorio y la confesión.

470. El juramento decisorio voluntario y el necesario se semejan en cuanto ambos deciden por sí la controversia; se diferencian en que el primero se defiere sólo cuando se quiere hacerlo, y el segundo cuando es el único medio probatorio legamente utilizable.

De aquí las particularidades de estas dos instituciones, que en su lugar hemos puesto de manifiesto.

471. En cuanto á las relaciones entre el juramento decisorio voluntario y la confesión, nos limitaremos á resumir las diferencias esenciales entre ambas instituciones.

El juramento puede ser favorable ó contrario al jurante; la confesión no puede ser sino adversa; aquél no existe en cuanto no es provocado por la delación; ésta puede ser espontánea; el juramento, á nuestro entender, no exige más capacidad que la necesaria para comparecer en juicio; la confesión exige una capacidad especial; la confesión puede ser extrajudicial; el juramento no es prueba si no es judicial; el interrogatorio para provocar la confesión puede deferirse por el Procurador sin poder especial, mientras esta clase de poder es indispensable para la delación del juramento; el interrogatorio tiene por objeto hechos simplemente influyentes; el juramento, hechos decisorios; el interrogatorio puede deferirse sobre hechos delictuosos, cosa que no ocurre en el juramento; la confesión es, á veces, irrevocable; el juramento prestado es irrevocable siempre; la confesión es indivisible; el juramento no lo es (a).

presentantes del poder social intervienen de una manera más decisiva en la administración de la justicia, y las luces del Juez inspiran más confianza, la historia del juramento ha debido concluir.

(a) En nuestro actual orden de enjuiciar, no existe diferencia alguna entre el juramento, la confesión y el interrogatorio de las partes; pues en vez de ser medios distintos de prueba, son todos ellos elementos concurrentes á la *confesión judicial*. En efecto: el juramento es un requisito preciso para la deposición y para la determinación de los efectos de la misma, en cuanto á la decisoriedad para la resolución del juicio: la confesión propiamente dicha es el acto de la declaración ante el Juez, y la parte contraria y el interrogatorio en sí, no es más que la exposición de las preguntas ó particulares, únicos á cuyo tenor debe ser examinada la parte á quien se defiere dicho medio de prueba.

Los antiguos prácticos, sin embargo, fundados en el precepto de las leyes 11, tít. 4.º, y 8.º, tit. 14, ambos de la Partida 3.ª, contaban además de los

SECCIÓN II

DEL JURAMENTO DEFERIDO POR EL JUEZ

CAPÍTULO PRIMERO

Del juramento supletorio.

§ 1.º—CONCEPTOS GENERALES

SUMARIO

472. Definición.
 473. Reseña histórica.
 474. Valor jurídico del juramento supletorio.

472. Según los arts. 1363, núm. 2.º, y 1374, Cód. civ., es juramento supletorio (*lato sensu*), «el que el Juez defiere, de oficio, á una ú otra de las partes» ... «para hacer depender del mismo la decisión de la causa» (a).

medios de prueba enumerados en el art. 578 de la vigente ley de Enjuiciamiento civil, aparte de otros varios, el juramento decisorio y el indecisorio en cuanto perjudicase al que lo prestaba. Por eso vemos el *jurans* y el *confessus* como dos medios de prueba distintos en los conocidos dísticos en que reasumían los diversos elementos probatorios admisibles en juicio. Pero la ley procesal hizo bien en prescindir de dicha diferencia, porque realmente el juramento, tanto decisorio como indecisorio, está comprendido en la confesión judicial, como lo demuestra el art. 530 de la vigente ley de Enjuiciamiento, formando con el interrogatorio parte de la misma.

Por eso en nuestras anteriores notas, al hablar del juramento como medio de prueba, nos hemos referido á la confesión judicial como términos sinónimos en el amplio sentido que tienen al ser considerados en el concepto de elemento probatorio.—(N. del T.)

(a) En nuestra legislación procesal civil no existe el juramento supletorio, puesto que la misma se ha inspirado en el criterio de apartar del juzgador toda intervención en la proposición ó articulación de las pruebas que deben utilizarse para la justificación de los hechos controvertidos ó impugnados en la contienda judicial

Dicha materia queda por completo al arbitrio de las partes, si bien con la limitación que impone el art. 565 de la ley de Enjuiciamiento civil, y á los jueces sólo compete lo relativo á su admisión, repeliendo aquellas que no estuvieren permitidas en derecho ó que fueren inútiles ó impertinentes,

473. El origen de este juramento se remonta al derecho griego (1).

Afirman algunos antiguos escritores (2), que los romanos desconocieron este juramento; otros, que sólo hasta Justiniano se introdujo; pero esta opinión es evidentemente equivocada, porque Gayo nos habla de él (3), y le mencionan también Diocleciano y Maximiano (4).

La opinión más exacta nos parece que es la de Bertolini (5), según el cual faltan datos para precisar el origen del juramento supletorio; pero es verosímil que fué un producto de la práctica judicial, debido ya á la iniciativa que poco á poco adquirieron los Jueces en la instrucción de las causas, ya al desarrollo de contrataciones en las cuales faltaba con frecuencia la prueba cierta, ya, en fin, añadiremos, al alto concepto y amplio uso que hicieron los romanos del juramento.

El juramento supletorio fué reconocido en los tiempos medievales, y regulado por el derecho canónico (6).

y autorizando la práctica de las demás que no se hallaren en ninguno de dichos casos.

Pero si bien los jueces, y los tribunales en su caso, no pueden intervenir en la proposición de pruebas, el art. 340 de la ley de Enjuiciamiento civil les autoriza, sin embargo, para acordar la práctica de varias diligencias á fin de mejor proveer, y entre las que pueden decretar con dicho objeto se encuentra, según el núm. 2.º de dicho artículo, la de exigir confesión judicial á cualquiera de los litigantes sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión y no resulten probados.

Esta confesión judicial, acordada por el juzgador para ponerse en condiciones de mejor proveer, si bien ha de prestarse bajo juramento, no puede confundirse con el juramento supletorio á que se refieren la ley italiana y algunas otras legislaciones, pues según ellas, dicho juramento tiene carácter decisorio, toda vez que se defiere por el Juez á una de las partes *para hacer depender del mismo la decisión del litigio*, y con arreglo á nuestro derecho procesal, no puede tener dicho carácter porque la facultad de elección de la clase de juramento que haya de prestarse está reservada en él, por el artículo 580 de la ley de Enjuiciamiento citada, á la parte que pidiere la confesión judicial.—(N. del T.)

(1) V. Declareuil, (*Nouv. Rev. inst.*, 1869, p. 169).

(2) Fabro, *De err. pragm.*, I, Dec. XIX, Err. 4, n. 5 y sig., p. 506 y sig.

(3) Fr. 1 y 31, D. *De iurcir.* (IV, 1).

(4) L. 3, *De reb. cred.* (IV, 1).

(5) Il Giuram, pár. 42, p. 171-173.

(6) Pertile, *ob. cit.*, VI, 1, pár. 227, p. 379-381.

474. En cuanto al valor jurídico del juramento supletorio, es unánime el juicio de que debe abolirse.

Tiene razón Allard cuando declara (1), «que todos los hombres competentes desean la abolición del juramento supletorio».

Ya Heineccio no encontraba otra razón para justificarle que la de ser conforme á los usos y costumbres del foro (2), y los escritores modernos están de acuerdo en condenarle.

En Francia, Papon (3) afirma que *Serments suppletifs ne sont requis en Parlement de Paris, comme chose préjudiciable au salut éternel, pour avoir connu les moeurs des hommes, par inclination du temps, dépravées jusqu'à mépriser tel sacrement en peu de chose*.

Donello llama al juramento supletorio *magna fenestra aperta malis ac imperitibus iudicibus* (4); Heineccio le considera *rem periculosae plenae aleae esse exigere iusiurandum suppletorium* (5).

Toullier se detiene especialmente en demostrar lo irracional del juramento supletorio. La ley, que tanto desconfía de la prueba testimonial, no desconfía del testimonio de las partes (1).

Se comprende el juramento decisorio, porque la parte puede arriesgar lo que es suyo; pero no se comprende que el Juez tenga la facultad de arriesgar cosas ajenas.

Pero, añade Toullier, no sólo la razón condena el juramento supletorio. La experiencia le condena también, porque la observación de los hombres más prudentes y experimentados, lejos de probar los buenos efectos del juramento supletorio, demuestra sus males y peligros.

Finalmente, no es necesario este juramento, porque si es irracional y perjudicial, no puede dar mejor resultado que el que daría la decisión, según los principios generales, en los casos en que el Juez puede recurrir á ella.

Laurent (6), Demolombe (7) y Mattiolo (8), reproducen y aceptan la crítica de Toullier, añadiendo el primero que es un curioso

(1) *Esame critico del Cod. proc. civ. ital.*, p. 91.

(2) *De lubricitate iureiur. suppletorii* (en sus *Opere*, t. II, Genevæ, 1766, pár XX, p. 651.

(3) Citado por Douvergier en Toullier, V, 2, p. 316, nota 1.

(4) Lib. 24, *Comm.*, cap. 19.

(5) *Ob. cit.*, pár. 5, p. 635.

(6) XX, n. 281, p. 315, 316.

(7) XXX, n. 688, p. 535.

(8) II, (5.ª edic.), n. 919.

modo de decidir, el de tranquilizar la propia conciencia á expensas de los litigantes.

Giorgi (1) advierte que el juramento supletorio «recuerda las antiguas purgaciones ó juicios de Dios, y es imposible aplaudir á los confeccionadores de los Códigos modernos por haber conservado esta antigualla, que sirve de muy poco á la recta administración de la justicia, al paso que, por la corrupción de las costumbres y el poco peligro á que expone civilmente el falso juramento, deja libre paso á la inmoralidad».

A estas críticas doctrinales corresponden las que se han hecho directamente con ocasión de reformas legislativas.

Así, en el Congreso de Juristas suizos, celebrado en Berna en 1880, los relatores Martín (elemento francés) y Stooss (elemento alemán), propusieron la abolición del juramento supletorio (2), que todavía existe en los Cantones de San Gall (ley de 1850, artículo 177), Basilea (ciudad), Sechaffaussen y Neuchâtel (Cód. procesal civ., 2 de Junio de 1876).

La ley francesa conserva el juramento supletorio (3), pero Laurent, en su anteproyecto, propuso su supresión para Bélgica.

También las leyes de Holanda, Alemania, Bulgaria (Cód. procesal civ. de 15-27 de Diciembre de 1891), y Santa Lucía (Código procesal civil, 1881, art. 322), conservan el juramento supletorio, como le conserva la ley italiana; en cambio le han abolido la ley española de Enjuiciamiento civil, el Código portugués y la ley rusa de 9 de Julio de 1889.

§ 2. — CARACTERES DEL JURAMENTO SUPLETORIO

SUMARIO

- 475. Caracteres del juramento supletorio.
 - 476. Es facultativo.
 - 477. Deferible sólo por el Juez.
 - 478. No es referible.
 - 479. Se rige, por regla general, por las reglas del juramento decisorio.
475. Disponiéndonos á examinar la ley positiva, preciso es, ante todo, determinar los caracteres del juramento supletorio.
- Estos caracteres son los siguientes:
476. 1.º—El juramento supletorio es *facultativo* y no necesario.

(1) *Obbligat.* (6.ª edic.), I, n. 426, p. 568.

(2) Burkly, *ob. cit.*, p. 112, 115.

(3) Su uso decrece en Francia continuamente (Charrier, *Le Serment*, página 211).

Las leyes modernas que admiten el juramento supletorio, hacen de este medio de prueba un expediente al cual el Juez *no está obligado* á recurrir (1), aun concurriendo los requisitos sin los cuales la ley prohíbe su uso (art. 1374, Cód. civ.; 1366 Cód. francés; 1320, Cód. Napoleón; 2327, Cód. parmense; 1484, Cód. Albertino; 2410, Cód. estense; pár. 437, Cód. proc. civ. alemán).

Entre los intérpretes del Derecho romano se discutía, en cambio, este punto: por ejemplo: Donello (2) sostenía la hipótesis de que el juramento supletorio era un medio facultativo, mientras Vinnio (3) opinaba lo contrario.

No debemos distraernos en una polémica que, en relación con nuestra ley, sólo tiene valor de pura erudición (4).

Declararemos sólo, que manteniéndose el juramento supletorio entre los medios de prueba, lo mejor es hacer de él un medio puramente facultativo. Por otra parte, este carácter responde perfectamente á la naturaleza jurídica del juramento supletorio.

Borsari demuestra esto ingeniosamente, observando que sólo el cuidado del Juez le hace menos peligroso, y que ninguna ley del mundo puede determinar cuándo puede utilizarse con esperanza de éxito, porque esto depende de circunstancias que sólo el Juez puede apreciar.

«En el fondo de su conciencia, dice Borsari, el Juez recto puede recibir una impresión ó presentimiento de verdad en favor de una de las partes que ofrece ciertos datos á la credulidad moral que la mecánica de las pruebas no sabría preestablecer. Entonces, en el mismo estado material del proceso, parece que esta parte ha adquirido cierta ventaja sobre la otra, porque está en mejor disposición de probar.»

477 2.º—El juramento supletorio *sólo es deferible por el Juez*; pero este carácter no impide que sea lícito á las partes solicitar su delación y proponer la fórmula (5). La Corte de Venecia ha afir-

(1) Por el contrario, ya sabemos que el juramento decisorio debe ser admitido en los casos establecidos por la ley. V. n. 276.

(2) L. 3, C. *De reb. cred.*, etc. (IV, 1). Conf. Bertolini, *Il Giuram.*, pár. 44, p. 180.

(3) *Quest. scelte*, I, cap. XLIII, p. 522.

(4) En efecto: doctrina y jurisprudencia están completamente de acuerdo al considerar facultativo el juramento supletorio. Véase, por ejemplo: Ricci, *Prove.*, n. 325, p. 602; Borsari, *Cod. civ.*, pár. 8851, III, 2, p. 974; Cas. Turín, 12 de Noviembre de 1879 (*Gazz. Trib. Mil.*, 1879, p. 74).

(5) Véase para el derecho romano: Bertolini, *ob. cit.*, pár. 46, p. 185. En-

mado recientemente lo contrario (1); pero esta máxima es infundada, porque la demanda en cuestión, ni está prohibida, ni lo puede estar. El Juez es libre para no deferir el juramento supletorio que se le haya instado y para deferir juramento supletorio no solicitado (2), y tiene el derecho de no ocuparse siquiera de los motivos de la demanda (3); pero aun después de esto, no puede decirse que esté prohibida la solicitud de que hablamos.

Es, pues, tan esencial la diferencia entre el juramento *decisorio*, deferible *sólo por la parte*, y el juramento *supletorio*, deferible *sólo por el Juez*, que es nula la sentencia que admite de oficio un juramento calificado de decisorio cuando por sus motivos se pueda argüir que es supletorio (4) y que la delación del juramento quite al Juez la facultad de subrogar el juramento supletorio (5).

478. 3.º—El juramento supletorio no *es referible*. Sobre este principio no están de acuerdo los intérpretes antiguos del Derecho romano. Accursio (6), por ejemplo, duda. Fabro (7), por el contrario, sostiene resueltamente que es referible.

Pero Vinnio, Donello y los pandectistas modernos, sostienen el principio de la no referibilidad (8).

Este principio fué acogido por Pothier (9), el cual después de

tre los escritores modernos, Demolombe, XXX, n. 700, p. 592-593, y en jurisprudencia, Cas. Turín, 1.º Dic, 1900 (*Giur. Tor.*, 1901, 71). El código parmense declaraba expresamente que podía solicitarse el juramento supletorio (artículo 411. Código proc. civ.).

(1) 3 de Julio de 1879, pon. Guiscardi (*Temi Ven.*, 1879, p. 398).

(2) Ponikau, *ob. cit.*, pár. LXXIV, p. 138; Heineccio, *ob. cit.*, pár. 29, p. 660, que cita en sentido contrario á Minsingero, Conf. Ricci, *Prove*, n. 330, p. 613. Según el reglamento austriaco del 1815, no es admisible, sin previa demanda, el juramento supletorio (párs. 276-277).

(3) Cas. Roma, 25 de Abril de 1895, est. Mosca, *Cort. Sup. Rom.*, 1895, P. 2.ª, civ. p. 135), y en contra: Cas. Fl., 28 de Marzo de 1878, pon. Lozzi (*Temi Ven.*, 1878, p. 225); 6 de Febrero de 1879, pon. Bonelli (*Ann.*, 1879, p. 525); Cas. Turín, 17 de Diciembre de 1887, pon. Doná (*Ann.*, 1888, 140); 16 de Julio de 1886, pon. Secco-Suardo (*Mon. Mil.*, 1886, p. 917).

(4) Cas. Fl., 15 de Junio de 1893, pon. Antolini (*Ann.*, 1893, p. 250); 5 de Mayo de 1874 (*Ann.*, 1874, I, 235); Cas. Roma, 22 de Abril de 1891 (*Cort. Supr. Roma*, 1891, II, 219); Ap. Casalía, 21 de Abril de 1893, pon. Bellavita (*Giur. Cas.*, 1893, p. 167).

(5) Cas. Rom, 22 de Mayo de 1903, est. Mortara (*Foro ital.*, 1903, I, 644).

(6) L. 12, pár. 1, *De reb. cred.* (IV, 1).

(7) *De err. pragm.*, I, Dec. XIX, err. II, n. 6, vol. I, p. 510.

(8) V. Bertolini, *ob. cit.*, pár. 46, p. 185.

(9) *Oblig.*, n. 929, p. 278.

invocar el Derecho romano, observa que basta para la atención en el significado de la palabra *referido*, para deducir que para que se pudiera decir propiamente que yo refiero juramento al adversario, sería preciso que éste me le hubiera deferido (a).

Demolombe (1) añade que la confianza es completamente personal; de suerte que sería absurdo obligar al Juez que tiene confianza en una parte á tenerla en la otra, que no se la inspiró ó que le inspiró menos.

De aquí lo racional del precepto de nuestro Código (art. 1376, correspondiente al 1368, Cód. francés y al art. 381, Cód. proc. civ. griego), según el cual, el juramento supletorio no es referible.

479. 4.º—El juramento supletorio, no sólo en el derecho formal (art. 228, Cód. proc. civ.), sino también en el sustantivo, se rige por las reglas del juramento decisorio, en cuanto le sean aplicables.

Esta regla indica la razón de nuestro método; de modo que no hablaremos del juramento supletorio, sino en cuanto esté regido por reglas distintas y propias de las relativas al juramento decisorio, ó por reglas iguales que asuman carácter especial.

§ 3.—REQUISITOS DEL JURAMENTO SUPLETORIO

SUMARIO

480. Requisitos varios del juramento supletorio.

A.—Requisitos reales.

481. El objeto del juramento supletorio sólo son los hechos.

482. Deben tener carácter decisorio.

483. No deben ser hechos delictuosos.

484. *Quid*, en los hechos relativos á cuestiones de estado.

485. Es deferible sobre uno solo de varios hechos controvertidos.

486. Es deferible sobre el mero conocimiento.

B.—Requisitos personales.

487. A qué parte se defiere: derecho romano.

488. Derecho común.

489. Teoría de Fachíneo.

490. Legislación comparada.

491. Teoría de Pescatore.

(a) La misma doctrina se halla establecida en el art. 1236, según el que sólo puede ser referido el juramento decisorio que hubiere sido deferido previamente por el colitigante, y por lo tanto, no es dado referir el que es deferido por el Juez para mejor proveer en uso de la facultad concedida en el n. 2.º del art. 340 de la ley de Enjuiciamiento civil.—(N. del T.)

(1) XXX, n. 712, p. 598. Conf. Mattiolo, II (5.ª edic.), 935, p. 751; Garsonnet, III (2.ª edic.), párr. 889, p. 141; Ricci, *Prove*, n. 325, p. 604.

- 492. Teoría común.
- 493. Cómo se completa.
- 494. Teoría de la libertad absoluta.
- 495. Jurisprudencia.
- 496. Aplicación á los juramentos *de veritate y de scientia*.
- 497. Delación simultánea á ambas partes.
- 498. Capacidad de las partes en cuanto al juramento supletorio.
- 499. Sólo á las partes se defiere el juramento supletorio.
- 500. Marido autorizante.
- 501. Demandado no apelante.
- 502. Tercero en la causa.
- 503. Gestor de negocios.
- 504. Liquidadores de sociedades mercantiles.
- 505. Rebelde.

C. — *Requisitos procesales.*

- 506. Autoridades judiciales ante las cuales es deferible el juramento supletorio.
- 507. Período de instrucción: art. 1375, Cód. civ.
- 508. Derecho romano.
- 509. Derecho canónico.
- 510. Derecho común.
- 511. Legislación comparada.
- 512. Los requisitos del art. 1375 deben concurrir simultáneamente.
- 513. Antes de la delación deben practicarse y apreciarse las pruebas deducidas.
- 514. La demanda ó la excepción no deben estar plenamente probadas: teoría de Pothier.
- 515. La demanda ó la excepción no deben hallarse totalmente desprovistas de pruebas.
- 516. Si las simples presunciones autorizan la delación del juramento supletorio.
- 517. Opinión afirmativa.
- 518. Si el principio de prueba escrita capaz para la admisión de la prueba testimonial basta para la delación del juramento supletorio.
- 519. Si son admisibles las presunciones simples para deferir el juramento supletorio cuando las presunciones simples y la prueba testimonial serían inadmisibles.
- 520. Los requisitos del art. 1375 y el juramento supletorio.
- 521. El grado de la causa y la deferibilidad del juramento supletorio.

480. Dentro de estos límites, trataremos ahora de los requisitos del juramento supletorio.

Estos requisitos se distinguen en reales, personales y procesales.

A. — REQUISITOS REALES

481. Objeto del juramento supletorio sólo son los hechos, no el derecho. Esta es regla común á todas las pruebas, y está confirma-

da especialmente por el art. 1375, Cód. civ., cuyos extremos sólo se refieren á las cuestiones de hecho (1). Objeto del juramento supletorio son los hechos, no las intenciones (2).

482. Los hechos objeto del juramento supletorio, ¿deben tener el carácter *decisorio* que se exige en el juramento deferido por la parte?

La solución de esta cuestión depende de los efectos del juramento deferido, y puesto que nosotros creemos que estos efectos son absolutos, creemos también que es preciso el carácter de *decisoriedad* (3).

Por consiguiente, así como hemos considerado inadmisibles el juramento *decisorio* que sólo puede comprobar hechos constituyentes de presunciones simples (4), así creemos, que es inadmisibles el juramento supletorio que sólo tenga aquel objeto (a).

483. La prohibición de deferir juramento sobre *hechos delictuosos*, ¿se extiende también al juramento supletorio? (b).

(1) Laurent, XX, n. 291, p. 325; Gennari, *ob. cit.*, p. 121, p. 453, que cita en este sentido la R. S., 1.º de Octubre de 1844. La Casación de Nápoles sentenció que cuando la afirmación de la parte consta á la vez de hecho y de derecho, sobre aquél y no sobre éste puede deferirse el juramento supletorio; 14 de Enero de 1893 (*Dir. e Giur.*, VIII, 343, *motivos*).

(2) Cas. Roma, 1.º de Mayo de 1882, pon. Tartufari (*Legge*, 82, II, 119), y véase n. 180.

(3) Contra: Zachariae, III, n. 767; Aubry y Rau, V, p. 475, nota 13; Larombiere, art. 1367-1368; Laurent, n. 291, p. 326; Lomonaco, III, p. 541; Cas. Turín, 13 de Julio de 1901, est. Osterman (*Giur. Tor.*, 1901, 1292); Conf. Ricci, *Prove*, n. 324, p. 602.

(4) V. n. 198.

(a) En anteriores notas hemos indicado que en nuestra legislación no existe el juramento supletorio tal como ordinariamente se le conoce, pues no puede equipararse á éste al que antes de dictar sentencia puede exigir el Juez ó Tribunal á cualquiera de las partes para mejor proveer. En su virtud, no tendríamos en realidad necesidad de ocuparnos de la cuestión propuesta por el autor bajo este número, pero procediendo por razón de analogía, por lo que respecta á la confesión acordada en dicho concepto, debemos consignar que, según los términos del art. 340 de la ley de Enjuiciamiento civil, en que tal facultad se otorga, los hechos objeto de ella, sino *decisorios*, han de ser de influencia en la cuestión sobre que verse el litigio, pues si no tuvieran influjo en la resolución del mismo, no estaría autorizada ni justificada dicha diligencia, y además ha de concurrir la circunstancia de que no resulten probados ya por cualquier otro medio de prueba.—(*N. del T.*)

(b) El art. 1287 de nuestro Código civil previene que no puede pedirse juramento *decisorio* sobre hechos punibles ni sobre cuestiones acerca de las cuales no puedan transigir las partes.

Ricci (1) y Mattiolo (2), defienden la afirmativa. Giorgi, en cambio, propone una distinción, y enseña que se debe distinguir la parte culpable de la perjudicada. «Deferirle á la primera sería resucitar el juramento purgatorio de la época feudal, y se resentiría de inmoralidad intolerable. Por el contrario, nada tendríamos que decir si se deferiese á la parte ofendida» (3).

Esta distinción es exacta, pero quizá supérflua, porque ya sabemos que la delictuosidad se refiere sólo á la parte culpable (4).

484. No es dudoso que el juramento supletorio sea deferible en toda especie de controversias patrimoniales (5). Cuanto á las *cuestiones de estado*, es teoría común que no puede deferirse juramento supletorio (6) (a).

Por la misma razón que el legislador ha tenido en cuenta para establecer este precepto, habría de estimarse también extensiva dicha prohibición á la confesión acordada para mejor proveer, si fuera posible que ésta se exigiese bajo juramento decisorio, lo cual no se halla autorizado por nuestra ley procesal, porque, según hemos indicado ya, el art. 580 de la misma, reserva únicamente á las partes el derecho de pedir que el juramento que se preste sea decisorio ó indecisorio, y por lo tanto, en las posiciones exigidas en dicho concepto por el Juez ó Tribunal que conociere del juicio, el que ha de prestarse es el juramento común judicial.—(N. del T.)

(1) *Prove*, n. 326, p. 604.

(2) II, p. 807, nota 7 (5.ª edic.) Los escritores de derecho común seguían la misma opinión. Véase por todos: Mascardo, *ob. cit.*, I, Q. IX, n. 36-37. Conforme en jurisprudencia, Cas. Roma, 7 de Julio de 1898, (*Foro ital.*, 1898, I, 1187.)

(3) *Obbligaz.* (6.ª edic.), I, n. 428, p. 572-573.

(4) V. n. 184.

(5) Y sin embargo la Casación de Palermo (1.º de Mayo de 1900, relator Pitine, *Foro siciliano*, 1900, 290) ha tenido que escribir un largo razonamiento que sofisticamente sostenía que no es deferible el juramento supletorio en materia de *derechos Reales*. La Casación de Nápoles (16 de Noviembre de 1897, *Monmento Jurídico*, 1897, 449) también ha tenido que decidir que el juramento supletorio es deferible como prueba de la legitimidad de la *posesión*.

(6) Pothier, *Oblig.*, n. 925; Garsonnet, III, (2.ª ed.), p. 888, p. 139; Bonnier, n. 440, p. 389; Demolombe, XXX, n. 702, p. 593; Toullier, V, 2, n. 419, p. 323; Gennari, p. 124, n. 3, p. 556; Cas. Turfn, 18 de Abril de 1882, pon. Maielli (*Foro*, 82, I, 853). La ley sobre procedimiento civil del Cantón de San Gall (art. 186) autoriza la delación del juramento supletorio á la mujer que diera á luz un hijo cuya legitimación reclama, siempre que goce aún de buena fama.

(a) Lo que hemos dicho en la nota al número anterior respecto de los hechos *delictuosos* ó punibles, tiene aplicación en cuanto á las cuestiones rela-

Pothier (1) excluye el juramento en las causas matrimoniales, no como relativas á cuestiones de estado, sino como causas *magni momenti*, en las cuales el derecho común reputaba no deferible el juramento supletorio (2); regla que no está escrita en el Código, pero que aún sigue siendo un prudente consejo para el Juez.

La cuestión debe resolverse, por lo tanto, según los mismos principios desarrollados al tratar del juramento decisorio (3).

485. Cuando los puntos controvertidos son varios, al modo que es deferible el juramento decisorio para resolver uno solo, así será deferible el supletorio; las palabras *demanda* y *excepción*, del artículo 1375, deben entenderse en sentido amplio (4).

486. Grave es la cuestión sobre la admisibilidad del juramento decisorio *de scientia*.

Según Bertolini (5), en el derecho romano era inadmisibile el juramento supletorio *de scientia*, porque no lo era el juramento decisorio. Pero no ignoramos que en algunos casos el derecho romano reconocía el juramento decisorio de conocimiento y en los mis-

tivas al estado civil de las personas, puesto que éstas se hallan comprendidas en el precepto del art. 1237 del Código civil.

En efecto: con arreglo al art. 1814 de dicho cuerpo legal, no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, y por lo tanto, la prohibición impuesta en el 1237 antes citado, con carácter general en la última parte del mismo, es extensiva á las cuestiones de dicho estado como á las demás sobre las cuales no puedan transigir las partes. En su virtud, no puede pedirse juramento decisorio por ninguna de las partes sobre el estado civil, ya sea deferido, ya referido dicho juramento, y por los mismos motivos tampoco sería admisible que para mejor proveer se pidiese confesión sobre las cuestiones relacionadas con él, con tal efecto, aunque la ley autorizase á los Jueces y Tribunales para deferir juramento decisorio en dicho caso.

No deben confundirse las cuestiones del estado civil de las personas litigantes con las relativas á la personalidad de las mismas; pues como es sabido, son cosas bien distintas, y desde luego resulta indiscutible que sobre estas últimas sí puede pedirse juramento decisorio por la parte que desiriese dicho medio de prueba.—(N. del T.)

(1) *Obblig.*, n. 926, p. 277.

(2) Ponikau, *ob. cit.*, pár. LXXIV, p. 131; Mascardo, I, Q, IX, n. 38, y concl. 956, n. 30; Eneccio, *ob. cit.*, pár. 27, p. 658; Italia: Pertile, VI, 1, párrafo 227, p. 381, n. 28.

(3) V. n. 200.

(4) Cas. Turfn, 15 de Marzo de 1887, pon. Cattaneo (*Giur. Tor.*, 1887, página 218).

(5) *Ob. cit.*, pár. 46, p. 185.

mos supuestos, no parece improbable que fuera lícito también el juramento decisorio (a).

En el derecho común se enseñaba que, por regla general, era inadmisibles el juramento decisorio *de scientia*; y que, por el contrario, era admisible, *in causa difficilis probationis* (1).

En Francia, el Código no habla del juramento decisorio *de scientia*; de suerte que, al modo que unos escritores le admiten y otros le niegan, así también se admite (2) y se niega (3) el juramento supletorio.

En Italia la doctrina unánime admite el juramento supletorio *de scientia* (4), y en el mismo sentido se decide, de acuerdo, la jurisprudencia (5).

(a) En nuestro derecho, son muy pocos los casos en que se halla autorizado el juramento *de scientia*. Uno de ellos tiene su fundamento en el artículo 1226 del Código civil, según el que los herederos ó causahabientes de un obligado por documento privado, demandados por virtud del mismo y llamados á reconocer dicho documento, podrán limitarse á declarar si saben que es ó no de su causante la firma de la obligación; y si se resistieren sin justa causa á prestar dicha declaración, podrá ser estimada su resistencia por los Tribunales como una confesión de la autenticidad del documento.

Esto que la ley establece para el juramento *voluntario*, decisorio ó indecisorio, no hay razón alguna que lo impida respecto del *necesario* que de oficio se defiera á dichos herederos ó causahabientes por el Juez para mejor proveer, en el caso de que no estime probada suficientemente con las justificaciones hechas en el pleito la autenticidad del documento privado en que hubiere sido contraída por el causante de los mismos la obligación objeto del juicio.—(N. del T.)

(1) Ponikau, *ob. cit.*, pár. LXXIII, p. 128-129.

(2) Aubry y Rau y Larombière, citados por Laurent; Demolombe, XXX, n. 705, p. 595; Garsonnet, III, pár. 837.

(3) Zachariæ (en la *Revue de dr. fr. et étr.*, 1845, II, p. 411); Toullier, V, 2, n. 420-421, p. 329; Laurent, XX, n. 291, p. 325; Bonnier, n. 442, p. 389-390. Pero este escritor tiene evidentemente un concepto inexacto del juramento *de scientia*, porque le confunde con el *de credibilidad*.

(4) Mattiolo II (5.^a edic.), n. 936; Giorgi, *Obblig.* (6.^a edic.), n. 428; Ricci, *Prove*, n. 326, p. 605.

(5) Cas. Palermo, 16 de Diciembre de 1897 (*Foro Sic.*, 1898, 75); Cas. Turín, 18 de Noviembre de 1899, est. Giorelli (*La Procedura*, 1899, 754); Cas. Turín, 4 de Febrero de 1891, pon. Doná (*Giur. Tor.*, 1891, p. 149); 17 de Noviembre de 1890, pon. Piccione (*id.*, 1890, p. 755); 2 de Diciembre de 1886, pon. Secco-Suardo (*id.*, 1887, p. 36, *motivos*); 1.^o de Marzo de 1884, pon. Alberti (*id.*, 1884, p. 333); 27 de Noviembre de 1878, pon. Provera (*id.*, 1879, p. 261); Cas. Náp., 6 de Noviembre de 1899, est. Cosenza (*Mon. Mil.*, 1900, 666); 20 de Marzo de 1901 (*Gaz. Proc.*, 31, 171); 12 de Noviembre de 1880, pon. Lomonaco

Nosotros aceptamos esta opinión común, ya porque el juramento supletorio se regula por reglas análogas á las del decisorio, salvo excepciones escritas en la ley ó nacidas de íntima diferencia entre las dos instituciones: excepciones que aquí no se presentan; ya por que la ley, confiándose al criterio del Juez en cuanto al uso del juramento supletorio, debe confiarse necesariamente al mismo criterio para la determinación de su fórmula y la valuación de las condiciones de ánimo en las cuales puedan encontrarse los jurantes, por la indole de su posición ante la fórmula misma; ya, en fin, porque si puede valer un juramento *de scientia* cuando se trata de hacer depender del mismo la decisión de la contienda, puede también valer *à fortiori* cuando para su solución exista ya una fracción de prueba.

B.—REQUISITOS PERSONALES

487. La cuestión de resolver á qué parte debe deferirse el juramento supletorio, según el derecho romano, se relaciona con la interpretación del concepto de la *inopta* de las pruebas, porque, ó se acepta el principio del *equilibrio de las pruebas*, y entonces es indudable que el Juez puede deferir juramento á la parte que prefiera, ó se acepta el concepto de la prueba *semiplena*, y entonces es indudable que el juramento se defiere á la parte que suministrara esta clase de prueba.

488. Según el derecho común, la cuestión se planteaba desde un punto de vista puramente formal, y se preguntaba, no ya si la elección del Juez debía determinarse por el grado de la prueba, sino que debía determinarse por la posición de las partes en la causa. En otros términos, se preguntaba: *cui deferatur iuramentum suppletorium reo an actori*.

Conviene anticipar, para mayor claridad, que se llamaba *suppletorio* en sentido estricto, al juramento deferido al *actor*, y *purgatorio*, al deferido al *demandado*.

Esta terminología (notémoslo de pasada), aun conservada por larga tradición, no es exacta; pues podía ocurrir que el *demandado* supliese las imperfecciones de la prueba de la excepción, ó que el

(*Foro ital.*, VI, 1, 354); Cas. Fl., 27 de Noviembre de 1875 y 11 de Junio de 1877 (*Legge*, 1876, I, 263; 1877, I, 497); Ap. Venecia, 30 de Noviembre de 1876, pon. Bertolini (*Foro ital.*, 1877, I, col. 113); Ap. Roma, 30 de Marzo de 1882, pon. Nardi Dei (*id.*, 1882, 624).

actor se purgara de la prueba imperfecta suministrada por el demandado (1).

Sea lo que fuese, se preguntaba si era preferible el juramento supletorio (deferido al actor) ó el purgatorio (deferido al demandado).

Fachineo (2) refiere que esta cuestión era antigua y siempre muy discutida.

Tres opiniones se disputaban el campo.

Los que preferían el juramento purgatorio, argumentaban: a) pasajes del derecho romano y del canónico relativos al caso en que se defería juramento al demandado; b) el favor que el derecho romano concedía al demandado; c) el peso de la prueba impuesto al actor.

Los que preferían el juramento supletorio, observaban que sólo el actor podía suministrar prueba semiplena, que es el requisito para la delación del juramento de oficio.

Los canonistas, finalmente, querían que prevaleciera la libre elección del juez, fundándose en el precepto canónico que, aun prefiriendo el juramento purgatorio, añadía: *nisi Iudex, inspectis personarum et causae circumstantiis, illud actori videat deferendum* (3).

489. Fachineo (4) y Duareno examinan la cuestión, ateniéndose más bien á la respectiva posición jurídica de las partes.

Sosteniendo Fachineo, contra Duareno, la preferencia que debe darse al actor en el juramento, siempre que haya suministrado prueba semiplena ante el demandado que nada hubiera llegado á probar, aduce en su favor la práctica forense y lo racional de ésta. En efecto: *ex semiplena probatione facile Iudex inducitur ad opinandum meliorem esse Actoris quam Rei causam, cum videt Reum nihil prorsus praestitisse, sed dumtaxat actoris intentionem negare*. El juramento no debe, pues, deferirse al demandado; a) *quia iam suspicatur ipse iudex, ac pene certus est, eum mentiri, et actorem vera dicere*; b) *quia nulla est ratio, ut potius reo iuranti in causa propria credat, quam actori qui iam de suo iure aliqua ex parte docuit, et pro quo maior est praesumptio, quam pro reo*.

(1) Algunos autores, como Malblanch y Gluck (en Bertollini, notas al Gluck, L. XV, tít. II, párr. 811, p. 381, nota e), usan una terminología exacta.

(2) *Controversiarum iuris libri decem* (Venetis, 1602. Libr. 1.º, cap. XXVIII, col. 30, 31).

(3) Decreto Greg., L. II, tít. XXV, cap. XXXVI, párr. 1.

(4) *Ob. y loc. cit.*, donde cita las palabras de Duareno.

No vale alegar la regla: *actore non probante reus absolvitur*, porque, en este caso, no es *non probans* el actor que *semiplene probavit*.

Pero, prosigue Fachineo, si á la prueba semiplena del actor o pone el demandado otra prueba semiplena, entonces debe deferirse á este último el juramento.

490. En el derecho moderno, las legislaciones aceptan, por lo general, la doctrina del derecho canónico, dejando árbitro al Juez para deferir el juramento á uno ú otro de los litigantes.

Así, el Código alemán de 1898 (pár. 475) declara que «... el Tribunal puede ordenar el juramento de una ú otra de las partes ...», y los Códigos francés (1866), albertino (1481) é italiano (1874) dicen que el juramento de oficio puede deferirse á *una de las partes* (1) (a).

(1) La ley italiana prescribe, no obstante, la parte á quien debe deferirse el juramento supletorio en el caso del art. 51, Cód. Comm. (V., además n. 636), y en la hipótesis de rendición de cuentas (art. 324, Cód. proc. civ.).

En virtud de esta disposición, puede la autoridad judicial, al pronunciarse definitivamente sobre las cuentas, admitir como justificadas las partidas de que no se puede ó no se suele recoger recibo, siempre que sean verosímiles y racionales, obligando, si lo cree necesario, *al que rinde las cuentas, á asegurar la verdad mediante juramento*.

A pesar de esta disposición (cuyo fundamento racional ha demostrado Mattiolo, III (5.ª edic.), n. 901, p. 728), creemos que se trata en este caso de un juramento supletorio especial, por cuya razón creemos que aun en el caso del art. 324, Cód. proc. civ., el Juez puede deferir juramento supletorio al adversario.

Además, es evidente que si la parte á quien se rinden cuentas deduce por sí misma pruebas de la inexactitud ó el error de las partidas, entra en vigor la regla común según la cual no puede negarse al contendiente la facultad de demostrar sus alegaciones, siempre que las pruebas que se propongan sean relevantes y concluyentes (Cas. Turín, 31 Julio 1883, pon. Provera, *Giur. Tor.*, 1883, p. 1010).

También el juramento supletorio especial del art. 334, Cod. proc. civ., es facultativo y no necesario. V. Ap. Turín, 6 de Junio de 1881, pon. Varvelli, (*Giur. Tor.*, 1881, p. 573); Cas. Turín, 18 de Enero de 1878, pon. Secco-Suardo (*id.*, 1878, p. 264.)

(a) El mismo criterio fué seguido por los autores de la ley de Enjuiciamiento civil, en cuanto al juramento que de oficio pueden exigir los Jueces y tribunales para mejor proveer, puesto que, según expresamente se consigna en el núm. 2.º del art. 340 de dicha ley, autorizados están para pedir confesión á cualquiera de los litigantes: lo mismo al actor que al demandado; y ante tan terminante declaración no puede haber duda alguna.

Al hacerlo así los redactores de dicho cuerpo legal, se inspiraron en el espíritu mantenido en nuestra antigua legislación. En efecto, la ley 2.ª, título 14 de la Partida 3.ª, encargó á los Jueces que fueran *acuciosos* en pensar y saber la verdad *por cuantas maneras pudieran*, y en tal concepto, la ley 2.ª, del

Todavía con mayor claridad declara el Reglamento pontificio, que «cuando el Tribunal crea haber lugar al juramento supletorio, le deferirá á la parte que, según su prudente arbitrio, merezca ser elegida para este efecto».

Por el contrario, el legislador austriaco de 1815, que ya en los párs. 276 y 277 había mostrado su decidida preferencia por la delación al actor, la consagra expresamente, pues el Decreto atílico de 1.º de Febrero de 1882, n. 53, abolió el juramento purgatorio. La ley húngara de 1877 (L. XXII) sobre procedimiento en los asuntos de escasá importancia, sólo reconoce el juramento supletorio deferido al actor (*Erfüllungseid*).

491. En la doctrina moderna, Pescatore (1) continúa planteando la cuestión como ya planteaban los escritores de derecho común, á saber: preguntándose no ya si la *cantidad de la prueba* deba influir en esto, sino si debe influir la *cualidad de la parte*.

título 11 de la misma partida les autorizaba para imponer de oficio á alguna de ambas partes contendientes en el juicio la *jura*, llamada por dicha ley de *premia*, ó sea el juramento necesario que en la actualidad pueden exigir para mejor proveer.

Dicho juramento era llamado también *supletorio* por los antiguos tratadistas, puesto que en dicha legislación tenía carácter decisivo, pues debía ser creída la jura y librarse por ella el pleito, según se prevenía en la citada ley 2.ª, título 11 de la Partida 3.ª; pero este carácter lo perdió con la modificación introducida en materia de pruebas por las leyes de Enjuiciamiento, pues tanto en la de 1855, como en la actualmente vigente, quedó reservado á las partes el atribuir ó no carácter decisivo al juramento que desiriesen á la contraria, y por lo tanto, el juramento que debe prestarse en el juramento necesario es tan sólo el de decir verdad, quedando su apreciación al criterio del juzgador.

Esa facultad, concedida por la legislación de Partidas á los Jueces para exigir confesión judicial á litigantes en el pleito, fué mantenida, aunque con este nuevo carácter, en el art. 48 de la anterior procesal, igual en un todo al 340 de la vigente.

Dicha facultad se halla establecida, no en interés de los particulares que litigan, sino en de la más recta administración de la justicia, como ha dicho el Tribunal Supremo en sentencia de 19 de Marzo de 1869, y por lo tanto, al criterio del Juez que hace uso de ella queda la elección de la parte á quien ha de recibirse la confesión y los términos sobre que ha de versar, sin que los litigantes puedan tener derecho á intervenir en dicha determinación, puesto que éste sólo tiene por objeto esclarecer la conciencia de los Jueces, según tiene declarado el mismo Tribunal en 11 de Diciembre de 1865. Por eso la persona á quien se desiere el juramento de oficio para mejor proveer, no puede referirlo al colitigante.—(N. del T.)

(1) *Logica del dir.*, P. 1.ª, p. 17 y sig.

De esta suerte se inclina á la teoría de los que prefieren el juramento purgatorio al supletorio, declarando que no debe deferirse juramento supletorio al actor, á menos que: *a*) en el curso del juicio se descubra la mala fe del demandado; *b*) se trate de materia *difficilioris probationis*, en la cual crea el Juez necesario que las pruebas suministradas por el actor, sean avaloradas con juramento del mismo.

492. Todos los demás escritores abandonan, en cambio, el criterio ocasional, empírico y falaz, de la cualidad de actor ó demandado, examinando el problema en estos términos: si, dada una prueba semiplena, suministrada por cualquiera de las partes, debe deferirse á esta parte juramento supletorio para que la complete, ó puede deferirse al adversario, que no hubiese contraprobado, para que la destruya.

Planteada la cuestión de este modo, hay dos opiniones:

- a*) El juramento *deberá* deferirse en forma supletoria á la parte que suministró prueba semiplena;
- b*) El juramento *podrá* deferirse, en forma purgatoria, á la parte contraria.

493. Para completar la teoría, en caso de pruebas incompletas *hinc inde* aducidas, se dice:

- a*) Que el Juez es libre en la elección;
- b*) Que, por el contrario, el Juez *deberá* deferir el juramento á la parte no gravada con el peso de la prueba (1).

494. Expuestos analíticamente los dos casos y las dos soluciones correspondientes, volvamos á examinar la cuestión sintéticamente.

En resumen, unos dejan *siempre libre* al Juez en la elección; otros le *obligan*, constriñéndole:

- a*) Si hay una sola semiprueba, á deferirle á quien la suministrara;
- b*) Si hay dos semipruebas contrarias, á deferirlo á quien no esté gravado con el peso de la prueba.

(1) El Cód. proc. civ. griego (art. 379), prefiere el juramento supletorio al actor, y el purgatorio al demandado, pero en puridad los confía al criterio del Juez, puesto que á éste corresponde declarar si el actor tiene pruebas que hagan probable su asunto (en cuyo caso debe recurrirse al juramento supletorio), ó sólo débiles conjeturas (en cuyo caso debe recurrirse al juramento purgatorio).

La teoría del vínculo relativo fué defendida por Ricci (1). La teoría de la absoluta libertad fué defendida, posteriormente, por el mismo Ricci (2), y la rechaza la doctrina reinante (3), la cual, si se reputa que es de aconsejar en la mayoría de los casos la delación del juramento al demandado, declara que este consejo no es absoluto y, en todo caso, no es un precepto legal.

Laurent dice muy bien, que no es posible el precepto tratándose de un poder que, por su naturaleza, se ejerce en virtud de consideraciones completamente individuales.

Ricci, convertido á la teoría de la mayoría, escribe que no puede imponerse al Magistrado la obligación de la elección, á falta de un texto que lo sancione. «Al modo que es libre de deferir ó no el juramento supletorio, así también es libre de deferirle á uno ó á otro de los contendientes. Por ejemplo: puede el Juez no fiarse mucho de la sinceridad del actor, cuando el demandado le parezca persona digna de fe. En este caso, nada le prohíbe deferir juramento sobre la inexistencia de la deuda al demandado, en vez de deferirle al actor sobre la existencia de la misma. Ciertamente, en igualdad de condiciones, es preferible que el Juez haga uso de su discreción, defiriendo juramento á quien haya suministrado una semiprueba, en vez de hacerlo á quien no ha dado ninguna de sus alegaciones. Pero, tratándose siempre de facultad y no de deber, el modo de usar de ella no constituye violación de ley, y, por lo mismo, no es censurable ante la Corte Suprema (a).»

(1) *Cordi di dir. civ.*, VI, n. 480, y *Comm. al Cod. proc. civ.* (7.ª edic.), n. 210; Duranton, VII, n. 616, p. 477, declara que, «comme règle générale, le serment doit être déféré de préférence au demandeur, si c'est sur la demande qui'il est déféré; et au défendeur, si c'est sur l'exception». Pero esta es una regla que admite excepciones y de carácter puramente doctrinal. Considerándola así es como precisamente la acoge la Cas. Fl., 12 de Marzo de 1896 (*Temì Ven.*, 1896, 215). Á veces los Tribunales suelen enunciar, como principio de derecho, la máxima de que no se defiere juramento supletorio á la parte de mala fe. Véase, por ejemplo: Ap. Casalla, 4 de Febrero de 1881, pon. Romagnoli (*Mon. Mil.*, 1881, 225). El criterio es excelente, pero no puede elevarse á regla de derecho.

(2) *Prove*, n. 325, p. 603.

(3) Mattiolo, II (5.ª edic.), n. 932, 33; Lomonaco, III, n. 256, p. 539; Pothier, *Oblig.*, n. 926, p. 277, 278; Demolombe, XXX, n. 708, 709, p. 596, 597; Bonnier, n. 441, p. 389; Laurent, XX, n. 292, p. 326; Toullier, V, 2, n. 412, p. 325 y sig. Entre los antiguos la rechaza Wincklerus, *ob. cit.*, párr. 3, p. 11.

(a) En nuestro antiguo derecho no tenía el Juez libertad para elegir la parte á quien había de exigir la jura, pues la misma ley 2.ª, tít. 11 de la Partida 3.ª, citada ya en anteriores notas, después de establecer que el jud-