

189. Pero hay ciertos casos en que es dudoso averiguar si se trata de un verdadero y propio hecho delictuoso, ó bien de un simple hecho civilmente ilícito.

Sucede esto con frecuencia en la reivindicación de bienes hereditarios.

La jurisprudencia prohíbe el juramento en que se pregunte: «si se *sustrajeron* objetos hereditarios»; pero admite este otro: «si se detentaron muebles que formaban parte de la herencia», exigiendo á veces que la fórmula incluya el concepto de la detención en virtud de justo título ó con buena fe-(1) (a).

190. Por la indole misma del juramento decisorio, el hecho debe ser tal, que, probada su existencia ó inexistencia, quede resuelto el litigio. En una palabra, la importancia é influencia del hecho debe hallarse elevada á la mayor potencia.

Si tratáramos de investigar qué hechos tienen carácter decisorio en los distintos aspectos de las varias controversias, nos perderíamos en una casuística *extraña* á la materia probatoria, por dirigirse á comprobar todos los requisitos de cada título jurídico é *inútil* para la construcción de la teoría.

Nos limitaremos, por tanto, á examinar cuestiones generales sobre el carácter decisorio.

191. Todo pleito, por lo general, comprende ó puede compren-

ramento, puesto que por la exención indicada desaparece el motivo en que se funda la prohibición consignada en el art. 387 de la ley de Enjuiciamiento criminal, para exigir juramento al procesado, y el 1237 del Código civil, para admitir el juramento sobre hechos punibles.—(N. del T.)

(1) Ap. Casalia, 13 de Febrero de 1869 (*Legge*, 1869, I, 424); Ap. Turín, 4 de Mayo de 1869, pon. Crova (*Giur. Tor.*, 1869, p. 497); Ap. Milán, 21 de Abril de 1891, pon. Malacrida (*Ann.*, 1891, p. 326).

(a) Con arreglo al art. 1024 de nuestro Código civil, sólo produce la pérdida del beneficio de inventario el hecho de dejar de incluir á *sabidas* el heredero, en el inventario, alguno de los bienes, derechos ó acciones de la herencia, ó el de vender bienes de la misma sin autorización judicial ó de todos los interesados antes de completarse el pago de las deudas y legados, y lo mismo el de no dar al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización para la enajenación.

Tampoco incurre en responsabilidad el heredero que se apodera de bienes de la herencia y se los apropia antes de llevarse á efecto la partición, puesto que falta la condición de ser cosa ajena lo que se apropia, toda vez que en toda la herencia tiene el mismo una participación indeterminada mientras ésta estuviere proindiviso.

En todos esos casos, por lo tanto, podrá sin dificultad recibirse el juramento.—(N. del T.)

der varias cuestiones, á veces conexas entre sí é independientes otras.

Ahora bien: ¿será decisorio el juramento que tenga por objeto la resolución definitiva de una sola cuestión, dejando indecisas las otras? (1).

El derecho romano responde afirmativamente.

Fr. 7. D. *De iureiur.* XII, 2; *Ait praetor: «eius rei de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo.» «Eius rei» sic erit accipiendum sive de tota re sive de parte sit iuratum.»*

Fr. 14, D. *De act. rer. amot.* XXV, 2: *De rebus amotis permitendum marito vel uxori, de quibusdam rebus iusiurandum deferre, de quibusdam probare.*

Se asociarían á esta teoría la doctrina (2), y la jurisprudencia (3), lo cual es justo, porque además de fundarse sobre la auto-

(1) De las ideas que hemos expuesto sobre el concepto del *hecho jurídico* (véase n. 174), se desprende que el carácter decisorio de los hechos no exige que con la prestación del juramento quede resuelta también la cuestión de derecho. Véase en este sentido: Cas. Fl., 24 de Febrero de 1879, pon. Adinolfi (*Gazz. leg.*, 1879, p. 99; Cas. Turín, 15 de Noviembre de 1895, est. Serra (*Giur. ital.*, 1896, I, 1, 147).

(2) Laurent, XX, n. 254; Ricci, *Pr. civ.*, II, n. 182, y *Prove*, n. 277; Garigiulo, art. 220; Mattiolo, II, n. 799, p. 673, nota 1; Lomonaco, *ob. cit.*, III, número 241, p. 480; Ferrucci, en el *Foro ital.*, 1880, I, col. 900.

(3) Cas. Fl., 24 de Junio de 1880, pon. Corvi (*Foro ital.*, 1880, I, 900); 20 de Marzo de 1873, pon. Adami (*Bett.*, 1873, I, 215); Cas. Turín, 11 de Febrero de 1869, pon. Causa, y 4 de Mayo de 1869, pon. Crova (*Giur. Tor.*, 1869, páginas 257, 487); 26 de Julio de 1833, pon. Floris (*id.*, 1883, p. 833); 15 de Marzo de 1883 (*Legge*, XXVIII, I, 584); 11 de Octubre de 1837, pon. Rovasenda (*Giur. Tor.*, 1887, p. 729); 5 de Mayo de 1891, pon. Giusto (*id.*, 1891, 409); 3 de Diciembre de 1901, est. Taglietti (*ibid.*, 1902, 412). Señalamos especialmente esta sentencia, porque constituye una aplicación autónoma del principio aceptado. Dice la Casación que es decisorio el juramento pretendido, si después de agotado el juicio se presenta inevitable una comparecencia ante el Juez para concretar la cifra de la condena. Cas. Roma, 11 de Agosto de 1891, *motivi* (en la *Legge*, 1892, I, 1); 22 de Noviembre de 1900, est. Tibaroni (*Cort. Sup. Roma*, 1900, II, 249); Cas. Náp., 18 de Junio de 1883, pon. De Tilla (*Bett.*, 1833, I, 1, 552); Cortes de Apelación: Venecia, 14 de Diciembre de 1875, pon. Bertolini (*Temi Ven.*, 1876, p. 20); Milán, 18 de Julio de 1893, pon. Cappa (*Mon. Mil.*, 1893, p. 825); Génova, 22 de Febrero de 1883, pon. Martemucci (*Bett.*, 1883, II, 209); 21 de Febrero de 1890, pon. Pizzetti (*Temi Gen.*, 1890, página 206); 8 de Marzo de 1869, pon. Schiavo (*Ann.*, 1870, II, 234); 10 de Marzo de 1831, pon. Magliani (*Temi Gen.*, 1891, p. 116); Roma, 1.º de Diciembre de 1886, pon. Innocenti (*Temi Rom.*, 1886, p. 506); Casalla, 24 de Agosto de 1875,

ridad del derecho romano, se funda en el carácter del juramento y en el texto de la ley. Alguien ha observado, en efecto, que «el legislador italiano quitó en el art. 1363, núm. 1, todo motivo de duda que por ventura hubiere podido surgir á este propósito, al sustituir la palabra *causa*, usada en el artículo equivalente 1473, número 1, del Código albertino, por la de *controversia* (1).

Estas razones perentorias justifican por sí solas la enseñanza común, sin que sea preciso recordar la analogía con la transacción, que, según el art. 1769, puede también ser parcial.

192. El carácter decisorio de los hechos sobre que se haya de jurar, debe apreciarse mediante el examen textual de la fórmula propuesta en correlación con la contestación pendiente. No puede establecerse, por consiguiente, con criterios presuntos, es decir, reconocerse *ab initio*, en vista de las posibles y eventuales variaciones que el llamado á jurar podría introducir en la fórmula.

Si así no fuese, sería inútil requerir el carácter decisorio, puesto que la fórmula defectuosa *ab initio*, podría corregirse en la que luego definitivamente se jurara (2).

193. Que el Juez puede ó debe rechazar el juramento que tenga por objeto hechos no decisorios, es una máxima cierta; pero no lo es ya la razón de por qué es así.

En nuestra opinión, sin embargo, la razón es muy sencilla, á saber: que el juramento decisorio lleva en su propio nombre el título de su admisión. Hasta aquí estamos plenamente de acuerdo con la Casación de Turín (3). Pero no lo estamos cuando la Corte, para robustecer su tesis, añade que «si no son objeto del juramento hechos decisorios, el art. 1364 no se opone ciertamente á que se *defiera*; pero puede y hasta debe el Juez no *admitirlo* por ser inconducente á su objeto».

La Dirección de la *Giurisprudenza di Torino* publica, en nota á esta sentencia, algunas observaciones verdaderamente ingeniosas,

pon. Massari (*Mon. Mil.*, 1875, p. 1159); 30 de Abril de 1883, pon. Bellavita (*Giur. Cas.*, 1883, p. 281); Brescia, 15 de Noviembre de 1880, pon. Resti-Ferrari (*Mon. Mil.*, 1881, p. 223); Bologna, 22 de Noviembre de 1873 (*Riv. Bol.*, 1871, p. 23); Trani, 16 de Septiembre de 1904, est. Friuli (*Foro Puglia*, 1905, II).

(1) Cas. Turín, 4 de Mayo de 1869, citada.

(2) Véase, sobre estos conceptos, los fundamentos de las sentencias de la Cas. Turín, 11 de Noviembre de 1885, pon. Secco-Suardo, y 31 de Diciembre de 1891, pon. Grimaldi (*Mon. Mil.*, 1885, p. 1141 y 1892, p. 117).

(3) 6 de Septiembre de 1893, pon. Giusto (*Giur. Tor.*, 1893, p. 689).

que creemos oportuno reproducir, porque sirven muy bien para la construcción de la teoría. «La ley no ha podido referirse en el artículo 1364 á la simple *deferibilidad* del hecho; hubiera sido inútil y ridículo, porque, *de hecho*, el juramento, como todo medio de prueba, es deferible siempre; lo importante es ver si puede deferirse *de derecho*, siendo de esto de lo que se habla en la citada disposición y lo que tocaba al legislador disponer.»

Ahora bien: la deferibilidad de derecho significa admisibilidad; no puede concebirse el *derecho* de deferir el juramento, fuera de los casos exceptuados, si el Juez puede discutirle y rechazar el juramento legítimamente deferido.

La inadmisibilidad del juramento deferido sobre hechos inconcluyentes, se justifica fácilmente sin necesidad de recurrir á sutilezas, conciliándose muy bien con el art. 1364. A saber: 1.º Si los hechos son inconcluyentes, quiere decir que el juramento que se defiera sobre ellos no es decisorio; y entonces, para juzgar de su admisibilidad no se puede recurrir á las leyes que regulan la del juramento verdaderamente decisorio. 2.º Si el carácter decisorio se toma, no objetiva, sino subjetivamente, esto es, en relación con la intención del que lo deduce, sería cosa de pensar que el art. 1364 no enumera todas las causas de inadmisibilidad, sino sólo las peculiares del juramento decisorio y de aplicación importante para éste.

Las causas generales de inadmisibilidad, esto es, las que pueden referirse á cualquier medio de prueba, ni están enumeradas ni había para qué enunciarlas en el art. 1364, como tampoco lo están para los demás medios. Ahora bien: por virtud del principio *frustra probatur quod probatum non relevat*, que la ley supone constantemente, aun cuando nunca le enuncie, el que una prueba no sea concluyente es una causa general de inadmisibilidad aplicable al juramento decisorio, por más que no se halle escrita en el art. 1364, como es aplicable á la prueba testimonial, al interrogatorio, á la prueba pericial ó al juramento de oficio, aun cuando tampoco se la mencione en las respectivas disposiciones especiales.

194. La valuación del carácter decisorio del hecho, ¿es cuestión de pura apreciación ó de derecho?

Este modo común de plantear la cuestión no facilita su solución exacta.

En nuestra opinión, conviene distinguir dos hipótesis.

O el Juez de fondo, considerando los hechos en relación con lo

que se discute, afirma ó concluye que en sí y por sí conducen necesariamente á la afirmación ó á la negación de la intención del que los deduce, y entonces emite un juicio puramente de hecho (1); ó por el contrario, para valuar el carácter decisorio, decide el Juez las consecuencias jurídicas de los hechos deducidos, en cuyo caso habrá un juicio de derecho (2).

195. Una vez pasado en autoridad de cosa juzgada el carácter decisorio del juramento, no puede ser puesto en duda ni por las partes ni por el Juez, siempre que la prestación del juramento haya sido sustancialmente idéntica a la fórmula.

La jurisprudencia nunca ha puesto en duda este principio, derivado de la autoridad de la cosa juzgada (3); siendo, pues, evidentemente errónea la sentencia de la Corte de Casalia que, sin decir siquiera las razones, permitió al Juez de quien procedía una interlocutoria, pasada en autoridad de cosa juzgada, reconociendo el carácter decisorio de un juramento, desconocer este carácter en

(1) Laurent, XX, n. 251, p. 283; Cas. Turín, 13 de Enero de 1895, pon. Cuneo; 28 de Diciembre de 1891, pon. Grimaldi (*Giur. Tor.*, 1895, p. 153; 1892, página 192); 26 de Agosto de 1895, pon. Provera (*Mon. Mil.*, 1885, p. 1141); Casación Fl., 12 de Diciembre de 1892, pon. Salucci (*Ann.*, 1893, I, p. 20); 25 de Mayo de 1885, pon. Antolini (*Tem. Ven.*, 1885, p. 313).

(2) Cas. Turín, 29 de Enero de 1889, pon. Piccioni (*Giur. Tor.*, 1889, p. 125). Véase n. 176. Cas. Turín, 3 de Diciembre de 1901, est. Taglietti (*Giur. Tor.*, 1902, 417).

Un ejemplo notable suministra un caso decidido por el Tribunal de Apelación y por la Corte de Casación de Turín (*Giur. Tor.*, 1902, col. 1575). En una litis sobre impugnación de un testamento por incapacidad mental, se defiere juramento al heredero testamentario para que asegure no haber estado informado de la incapacidad mental del testador en la época en que aquél otorgó el testamento. El Tribunal de Apelación, fundándose en el carácter del juramento con relación á los motivos de conocimiento de los hechos de quien jura, declaró que el juramento no era decisorio, toda vez que los conocimientos de un profano en psiquiatría no tenían valor ninguno, ó en otras palabras, que el conocimiento no podía constituir en aquel caso elemento decisorio (véase, además, n. 215).

La Casación (14 de Julio de 1902, est. Fontana), fundamentó más sólidamente su decisión al sostener que el juramento no podía estimarse como decisorio, porque la apreciación, aun cuando fuera hecha por un técnico, no legaba al Juez (art. 270, Cod. proc. civ.); era, en suma, que el hecho objetivamente no era decisorio, sin que nada tuviera que ver la ciencia que del mismo pudiera tenerse.

(3) Cas. Turín, 30 de Diciembre de 1891, pon. Rovasenda (*Giur. Tor.*, 1892, p. 120); 29 de Diciembre de 1883, pon. Giusto (*Giur. Tor.*, 1889, p. 83); 1.º de Diciembre de 1883, pon. Alberti (*id.*, 1884, p. 65, con muchas referencias).

la sentencia de fondo, á pesar de la prestación del juramento con las palabras textuales de la fórmula (1).

196. Una grave cuestión queda por resolver: la de si es decisivo el juramento que, una vez prestado, no lleva necesariamente consigo la resolución del litigio, pero proporciona simples medios probatorios para resolverla.

La cuestión se presenta en dos distintas formas.

Se pregunta, ante todo, si es decisivo el juramento deferido, no para hacer depender de él la decisión de la causa, sino para procurarse un documento mediante el cual pueda proseguirse.

La jurisprudencia francesa, en sentencias de las cuales no es fácil deducir con seguridad el hecho resuelto, contesta negativamente (2). La misma opinión acogen Laurent (3) y Demolombe (4), fundándose en que el juramento no es un medio de instrucción, sino de decisión.

197. En Italia, la doctrina no ha examinado nunca la cuestión: en la jurisprudencia, la única contribución á su estudio, es la sentencia de la Casación de Roma, 17 de Enero de 1890, ponente Brancia (5).

Litigaban dos individuos sobre la existencia de una sociedad civil de valor superior á quinientas liras.

El que trataba de probar la existencia de la sociedad, invocó, como *principio de prueba escrita* que hiciese admisible la prueba testimonial, una carta del adversario, que presentó en copia, y para el caso de que no se atribuyese á esta copia tal valor, le defería juramento sobre la existencia de esta carta.

La Casación reputó inadmisibile el juramento, porque no son decisorios «los hechos que tienden á la simple admisión de los medios de prueba, siempre que no tengan inmediata y directa relación con el fondo del asunto».

La sentencia es correcta, evidentemente, puesto que el único objeto de la cuestión era la existencia de la sociedad, y la prestación del juramento no decidía este hecho.

(1) 12 de Diciembre de 1881, pon. Ferreri (*Giur. Cas.*, 1882, p. 73).

(2) Cas. francesa, 9 de Noviembre de 1846 (*Dalloz, Rép. per.*, 1846, I, 348, con referencias).

(3) XX, n. 252, p. 233.

(4) XXX, n. 610, p. 527-528.

(5) *Giur. ital.*, I, 1, col. 351; *Bett.*, 1895, I, 1, col. 381. Conforme también: Cas. Turín, 11 de Mayo de 1894, pon. Secco-Suardo (*Giur. Tor.*, 1894, p. 404).

Distinta sería la hipótesis si el juramento sobre la existencia ó el contenido de la carta hubiese resuelto la cuestión sobre la existencia de la sociedad y no se hubiese limitado á procurar un principio de prueba escrita. En este caso, el juramento hubiera sido decisorio, porque tratándose de un contrato que no exigía para su validez documento escrito (art. 1314, n. 5, Cód. civ.), era admisible el juramento decisorio (art. 1364, Cód. civ.). La prestación del juramento comprobando la existencia de un escrito privado judicialmente reconocido, y su contenido conforme á la intención del que lo deducía, hubiera resuelto la causa, puesto que hubiera acreditado el contenido de un documento privado constitutivo de prueba legal y no impugnabile por falsedad.

Hubiera sido fácil, además, resolver toda duda defiriendo el juramento, no sobre la existencia del *documento privado en que se probara la existencia de la sociedad*, sino sobre el *hecho de la existencia de ésta*.

198. La segunda forma que asume la cuestión planteada es ésta: ¿es decisorio el juramento que pueda establecer hechos de los cuales pueda el Juez deducir simples presunciones legalmente admisibles?

La jurisprudencia está de acuerdo, y con razón, resolviéndola negativamente (1). En efecto: una vez prestado juramento sobre el hecho del que pueda deducirse la presunción, ni el Juez está obligado á deducir de él una simple presunción, ni está prohibida al adversario la prueba contra la presunción resultante del juramento, de modo que la decisión del litigio no depende de la prestación del juramento (2) (a).

(1) Ap. Turín, 1.º de Junio de 1877, pon. Marchetti; 22 de Abril de 1879, pon. Volí (*Giur. Tor.*, 1877, p. 544; 1879, p. 614); Ap. Milán, 9 de Noviembre de 1875, pon. Cardone (*Mon. Mil.*, 1876, p. 183).

(2) Sobre la prueba contraria á las presunciones, Senúllas, V, vol. I, 2.ª edición.

(a) Como tenemos ya dicho en otra ocasión, el Código civil, al establecer los medios de prueba de las obligaciones, ha admitido como tal las presunciones, pero sólo en el caso de que el hecho de que han de deducirse esté completamente probado, según así se establece en el art. 1249 de dicho cuerpo legal, conformándose aun más este criterio que presidió á la admisión de dicho medio de prueba, en el art. 1253, al disponer que para ser apreciables en tal concepto es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano.

Las presunciones que la ley establece dispensan de toda prueba á los fa

199. Un precepto taxativo de la ley prohíbe el juramento sobre los convenios para cuya validez exige la ley documento escrito, y para impugnar el hecho que resulte de acto público, haberse realizado ante el funcionario encargado de autorizarlo (a).

vorecidos por ellas, y por lo tanto, bastan á acreditar por sí solas el hecho que trate de probarse por dicho medio, pero pueden ser destruidas por la prueba en contrario, excepto en los casos en que la ley expresamente lo prohíbe.

En todas esas presunciones, que con el tecnicismo antiguo podemos seguir llamando *juris et de jure*, por no admitirse prueba en contrario, desde luego se comprende que no puede ser decisorio el juramento aunque se defiera con dicho carácter para destruir el hecho reconocido ó declarado por las mismas.—(N. del T.)

(a) El Código civil, en su art. 1280, previene que deben constar en documento público:

- 1.º Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación ó extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.
- 2.º Los arrendamientos de estos mismos bienes por seis ó más años, siempre que deban perjudicar á tercero.
- 3.º Las capitulaciones matrimoniales y la constitución y aumento de la dote siempre que se intente hacerlos valer contra terceras personas.
- 4.º La cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios ó de los de la sociedad conyugal.
- 5.º El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado ó que deba redactarse en escritura pública ó haya de perjudicar á tercero.
- 6.º La cesión de acciones ó derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública.

En algunos otros actos jurídicos que no tienen el carácter propio de las convenciones, el Código exige también que se consignent en instrumento público. Prueba de ello, tenemos en el art. 131, según el que deberá hacerse el reconocimiento de los hijos naturales en algún otro documento público cuando no lo hubiere sido hecho en el acta de nacimiento ó en testamento; pues si bien en el antiguo derecho la jurisprudencia había declarado, aplicando la ley 11 de Toro, que el reconocimiento de tales hijos podía ser tácito con tal que se acreditare por cualquiera de los medios probatorios admitidos en el derecho, la nueva legislación ha querido rodear ese acto de todas las solemnidades y garantías posibles para evitar simulaciones y abusos.

Documentos públicos son, según la definición consignada en el art. 1216 de dicho Código, los autorizados por un notario ó empleado público competente con las solemnidades requeridas por la ley; en cuyos breves términos se hallan comprendidos todos los conceptos expuestos en los siete números del art. 596 de la ley de Enjuiciamiento civil.

En todos los casos antes citados será requisito necesario para la validez

No debemos ocuparnos ahora del examen de este precepto, que supone desarrollada la teoría de la prueba escrita para deducir sus relaciones con el juramento (1).

Pero, con todo, debemos recordar la disposición, porque es necesaria para examinar la cuestión relativa al juramento sobre cuestiones de estado civil.

199 bis. ¿Será admitido el juramento decisorio en las acciones populares?

En derecho romano parece preferible la respuesta negativa (2).

En el derecho moderno la ley electoral política (t. I, 28 de Marzo de 1895, n. 83), faculta á cualquier ciudadano que quiera impugnar una deliberación ó decisión de la Comisión provincial ó quejarse por denegación de justicia ó por falsa ó errónea rectificación de la lista permanente del Colegio para promover su acción ante el Tribunal de apelación, produciendo ante él los títulos en que su demanda se apoye, derecho éste extensivo por el art. 47 de la Ley municipal y provincial (t. I, 4 de Mayo de 1898) á las acciones populares en materia de elegibilidad. De igual suerte acaece á tenor del art. 21 de la ley de 15 de Junio de 1893 en materia electoral de los *proviviri* (tal artículo alude á las reglas establecidas por las leyes municipal y provincial), concediendo la acción popular para la formación de las listas, las operaciones electorales, la capacidad electoral y la elegibilidad. Por tanto, en estos casos y en otros análogos (v. art. 20, L. 8 de Junio de 1874 sobre jurados, art. 13 y 18, L. 11 de Julio de 1862 sobre las Cámaras de Comercio), no se puede hablar de admisibilidad del juramento decisorio exigiendo, como la ley exige, pruebas preconstituidas (3).

ó eficacia del acto el otorgamiento de instrumento público; pero nuestra legislación no prohíbe el juramento ó la confesión, ni ningún otro medio de prueba sobre los hechos ú obligaciones consignados en dicha clase de documentos.

También deberán hacerse constar por escrito, aunque sea en documento privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno ó de los dos contrayentes exceda de 1.500 pesetas, y contra la prueba constituida por dichos documentos podrá igualmente utilizarse el juramento y los demás medios probatorios admitidos en derecho.—(N. del T.)

(1) Véase vol. III (1.ª edic.), n. 134 y sig., y 313 y sig.

(2) Fadda, *L'az. popolare* (1894) I, 169. Contra: Bertolini, *Il Girram lec.*, páginas 105, 130.

(3) Consúltese Mazzoccolo, sobre el art. 47 de la ley Municipal y Provin-

Pero nuestra ley conoce otra especie de acciones populares profundamente distintas de las arriba indicadas relativas á la materia electoral y á la elegibilidad. Por el art. 129 de la ley Municipal y Provincial (t. I, 4 de Mayo de 1898), cada contribuyente puede por su cuenta y riesgo, con la autorización de la Junta provincial administrativa, hacer valer las acciones que corresponden al Municipio ó á parte del mismo. La Junta, antes de conceder la autorización, oirá á la Comisión municipal, y cuando la conceda el Magistrado, ordenará al Ayuntamiento la intervención en el juicio. En caso de condena, los gastos corren siempre á cargo de quien promueve la acción. Ahora bien: ¿podrá el actor popular diferir el juramento decisorio? No cabe duda en la respuesta afirmativa estando *habilis ad iudicium*, y si el juramento se prestó, él pagará los gastos, y si se le rehusa el Municipio, vencerá en la litis. De igual modo sucederá si fuera él á quien se le defiriera el juramento, pagando los gastos si rehusare. No se diga que aun pagando los gastos el actor popular perjudicará los intereses del Municipio si el adversario presta el juramento ó él lo rehusa, toda vez que los efectos del juramento repercuten sobre los *litisconsorte* que tengan intereses comunes (1). Infiérese de aquí que el Municipio será afectado por el juramento que preste el demandado en la acción popular como si él mismo hubiera deferido el juramento. El hecho de rehusarse la prestación del juramento por el actor popular le afectará solamente en cuanto le hubiera deferido al Municipio mismo y lo hubiera rehusado.

Idéntica solución debe darse para la acción popular contenida en el art. 82 de la ley sobre Instituciones públicas de Beneficencia, en cuanto por él se concede á todo ciudadano que pertenezca al Municipio ó á la provincia ó al lugar donde la acción de la beneficencia se extienda, el ejercitar la acción judicial en el interés de las instituciones mismas ó de los pobres en cuyo beneficio funcionan, bien con los representantes de aquéllas, bien en su lugar para

vincial, p. 140. También en Francia, doctrina y jurisprudencia declaran inadmisible el juramento decisorio en materia electoral para establecer si los ciudadanos poseen ó no las condiciones requeridas para la inscripción en las listas. Véase Cas. fran., 30 de Abril de 1885 (*Jour. du Pal.*, 1886, I, 284); Aubry y Rau, VIII, pár. 753; Larombiere, art. 1353, n. 9; Demolombe, XXX, 599; Laurent, XX, n. 245. Sobre los motivos aducidos hacemos toda clase de reservas.

(1) Véase, además, n. 457.

hacer valer contra los terceros los derechos que corresponden á las instituciones ó á los pobres.

Adviértese—para justificar la prestación entre el caso precedente y el actual—que por el art. 83 de la ley, la acción popular debe ser siempre interpuesta en contra del Prefecto ó de la legitima representación de la entidad á la cual se refiere; que por el art. 123 del Real decreto de 5 de Febrero de 1891 aprobatorio del Reglamento administrativo para la ejecución de la ley, la Comisión provincial de Beneficencia, subrogada en las funciones de la Comisión provincial por el art. 8.º de la ley de 18 de Julio de 1904, puede nombrar un Procurador, y siendo necesario, un Abogado, para que durante el curso de la litis tutelén y defiendan los intereses de la institución.

200. En derecho romano es innegable que se admitía juramento sobre estas cuestiones.

En efecto, el fr. 3, par. 2, D. *De iureiur.* (XII, 2), dice: *Sed si de conditione personae fuerit iuratum, Praetor iusiurandum tuebatur; ut puta, detuli iusiurandum, et iurasti, in potestate mea te non esse: tuedum erit iusiurandum.*

En este fragmento se fundaba (v. fr. 3, par. 3, D., *eodem.*), el derecho de deferir juramento sobre la preñez de la mujer. Por consiguiente, es también lícito deducir que era deferible juramento decisorio sobre las cuestiones de estado civil, *cum generaliter lex loquatur* (1).

Al mismo concepto se refiere la L. 6, Cód. *De reb. cred. et iureiur.* (IV, 1), que alude á un caso de juramento deferido sobre el estado de libertad ó parentesco, según la interpretación más general y autorizada (2).

La doctrina de los escritores de derecho común no puede prestarnos ningún subsidio, porque la cuestión está íntimamente ligada con la organización moderna del estado civil. Recordaremos sólo que, de común acuerdo, los antiguos doctores reputaban deferible el juramento para probar la celebración del matrimonio, pero no para probar que no se había celebrado. La solución afirmativa se fundaba en el favor debido al matrimonio, y en la renovación de consentimiento que se efectúa en la delación y prestación de

(1) Confr. Ponikau, *ob. cit.*, párr. LX, p. 108.

(2) Bertolini, *ob. cit.*, párr. 27, p. 104, nota 75.

juramento; la negativa, en el temor de que se disolviera el matrimonio por mutuo acuerdo (1).

Del mismo modo opinaban en cuanto á las cuestiones relativas al estado de libertad que *iusiurandum decisorium in causa liberali valet, si pro libertate iuretur, non alias* (2).

201. En el derecho moderno el Código de Procedimiento ticinense (art. 256) prohíbe genéricamente la delación del juramento decisorio en las cuestiones relativas al estado de las personas; el Código francés calla, pero los escritores franceses sostienen la inadmisibilidad de la prueba por juramento en las cuestiones sobre estado, porque á su parecer no son susceptibles de trasacción como cuestiones que son de orden público (3).

202. Parécenos que la cuestión, completamente olvidada por los escritores italianos (4), y casi desconocida de la jurisprudencia, merece examinarse racionalmente.

El nacimiento, el matrimonio y la muerte se prueban con las certificaciones del Registro civil. Si no existiera este Registro, ó hubiese sido destruido ó extraviado total ó parcialmente, ó hubiese interrupción en el mismo, se admite la prueba de nacimientos, matrimonios y defunciones, tanto por documentos y escrituras, como por testigos (art. 364, Cód. civ.). La prueba por juramento lo mismo que la prueba por interrogatorio, está, pues, prohibida por la ley (a).

(1) Véase, por todos, Gluck, *ob. cit.*; Valeron, *ob. cit.*, t. III, q. II, n. 61, p. 146; Urceolo, *De transact.* (Bolonæ, 1679), q. XXVIII, n. 40, p. 159; Linderberg, *De iuramenti delatione contra matrimonium* (Rostoehii, 1708); Ponikau, *ob. cit.*, pár. LX, p. 109. La misma solución acoge Mascardo en cuanto á la confesión; esto prueba la existencia del matrimonio, pero no es admisible *ad infringendum matrimonium* (*De probat.*, concl. 1026, *per totum*, vol. II, p. 360). El Código procesal civil alemán (pár. 557), prohíbe la delación de juramento cuando se trata de hecho que daría lugar á la disolución, nulidad ó invalidez del matrimonio.

(2) Valeron, *Tract. de transact.* (Colonæ, Allobr., 1757, tit. III, q. II, n. 6, página 136.

(3) Demolombe, XXX, 599; Laurent, XX, 425; Duranton, VII, 574; Toullier-Duvergier, V, II, 378; Garsonnet, III (2.^a edic.), pár. 882, n. 3; Stuc., número 531.

(4) Tan sólo Gargiulo (art. 220) reproduce la teoría de la escuela francesa, sin añadir nada por su parte. Conforme también Bensa.

(a) Nuestro Código civil, en su artículo 327, establece el principio general de que la prueba del estado civil de las personas la constituyen la actas del Registro civil, cuya prueba sólo puede ser suplida por otras en el caso

203. En cuanto á la celebraci3n del matrimonio, sabido es que la regla antedicha, que requiere, como principio general, la exhibici3n del acta del Registro civil, se aplica s3lo para reclamar el

de que no hayan existido dichas actas 3 hubiesen desaparecido los libros del Registro indicado, 3 cuando se suscite contienda ante los Tribunales.

Adem3s de este precepto general en cuanto á la prueba del estado civil, consigna dicho C3digo algunas disposiciones especiales relacionadas con dicha materia. La sec. 3.ª, del cap. 1.º, tít. 4.º, lib. 1.º, del citado cuerpo legal, trata de la prueba del matrimonio, fijando las reglas que deben tenerse en cuenta en cada caso.

Seg3n el art. 53, los matrimonios celebrados antes de regir el C3digo, se probar3n por los medios establecidos en las leyes anteriores, y por lo tanto, tendr3n aplicaci3n los arts. 79 á 82 de la ley de Matrimonio civil y el 4.º del decreto de 9 de Febrero de 1875. Los contra3dos despu3s se probar3n s3lo por certificaci3n del acta del Registro civil, á no ser que los libros de 3ste no hayan existido 3 hubieran desaparecido, 3 se suscite contienda ante los Tribunales, en cuyos casos ser3 admisible toda especie de prueba (siendo en este sentido modificado el art. 80 de la ley de Matrimonio), disponi3ndose para dichos casos en el art. 54 del C3digo, que la posesi3n constante del estado de los padres, unida á las actas de nacimiento de sus hijos en concepto de leg3timos, ser3 uno de los medios de prueba del matrimonio de aqu3llos, á no constar que alguno de los dos estaba ligado por otro matrimonio anterior.

Sabido es que el art. 81 de la ley de Matrimonio civil limitaba este medio de prueba al solo caso en que los padres hubiesen fallecido 3 se hallaren impedidos para manifestar el lugar de su casamiento; pero el C3digo, en el deseo de facilitar la justificaci3n del matrimonio, le admiti3 sin excepci3n alguna, si bien con el car3cter de prueba supletoria. No hubo de entenderse as3, sin embargo, en un principio, pues interpretando equivocadamente su precepto, se crey3 que la posesi3n de ese estado con las actas del nacimiento de los hijos en concepto de leg3timos, constitu3a por s3 sola la prueba bastante del matrimonio, y para evitar las dudas que se hab3an suscitado acerca de ello, fu3 modificado dicho art. 54 en la revisi3n hecha por virtud de la ley de 26 de Mayo de 1889, refiri3ndolo expresamente al que le antecede y haciendo constar que no ser3 m3s que uno de los medios de prueba que podr3an emplearse cuando por cualquiera causa falte absolutamente el Registro civil.

En cuanto á los matrimonios contra3dos en pa3s extranjero, donde estos actos no estuvieren sujetos á un registro regular y aut3ntico, dispone el art3culo 55 que podr3n acreditarse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho.

Respecto de la filiaci3n de los hijos leg3timos, el art. 115 del C3digo mantiene el principio de que dicha filiaci3n se prueba principalmente por el acta de nacimiento del Registro civil, 3 por documento aut3ntico, 3 por sentencia firme, en los casos á que se refieren los arts. 110 al 113 del mismo, 3 sea cuando se hiciere impugnaci3n á la legitimidad. A falta de dichas justifi-

título de cónyuge y los efectos civiles del matrimonio (art. 117).

En los demás casos en que se quiera probar el hecho de la celebración del matrimonio, no es aplicable la regla.

Esta afirmación no es, como dice Borsari, una interpretación debida á la servil imitación de los escritores franceses (1), sino una aplicación exacta de la ley italiana.

El ilustre F. S. Bianchi la expone de esta manera: «Cuando la cuestión para resolver la cual se pregunta si es admisible el juramento para probar el hecho de la celebración de un matrimonio, no tenga por objeto directo ni indirecto el estado matrimonial en sí mismo, ni los efectos civiles que produce, sino que tienda á otro fin, y la celebración haya de comprobarse únicamente como un he-

ficaciones, se probará la filiación citada por la posesión constante del estado de hijo legítimo, según previene el art. 116, y en defecto de dicha posesión, podrá probarse por cualquier medio, siempre que haya un principio de prueba por escrito que provenga de ambos padres, conjunta ó separadamente (artículo 117).

Desde luego se observa que, inspirándose el art. 116 antes citado, en el espíritu eminente protector de la legitimidad de los hijos que informa el Código en este punto, se abstiene de declarar cuáles sean las circunstancias que determinen el concepto de la *posesión constante* del estado de hijos legítimos, dejando con su silencio más espacio, dada la variedad de los casos posibles, para la apreciación judicial; pero fácilmente se comprende que, según se expresaba en el proyecto de Código de 1851, serán pruebas eficaces para el indicado propósito, el uso constante del apellido del padre con anuencia de éste, y el trato que, como legítimo, haya recibido el hijo de su padre, de su familia y del público.

Otra regla encontramos también en el pár. 2.º del art. 1252, en cuanto á la prueba del estado civil, pues según él, en las cuestiones relativas á dicho estado, la presunción de cosa juzgada es eficaz contra tercero, aunque no hubiese litigado.

Tales son las prescripciones del Código respecto á las pruebas del estado. De ellas resulta que, en primer término, ha de estarse al resultado de las actas del Registro civil, y sólo á falta de ellas y en determinados casos, podrá acudirse á otros medios probatorios. Ahora bien: entre esas pruebas á que supletoriamente puede acudirse, ¿se cuenta la confesión ó el juramento?

En nuestro concepto, el art. 1237 del Código, citado en anteriores notas, resuelve claramente la cuestión en sentido negativo, pues no pudiéndose transigir sobre el estado civil de las personas ni sobre las cuestiones matrimoniales, según el art. 1814 del mismo, es evidente que no puede pedirse juramento decisorio acerca de ello.—(N. del T.)

(1) *Comm. Cod. civ.*, I, pár. 316, p. 441, nota 1. Entre los escritores franceses debe señalarse Lhomme, *De la preuve du mariage et de la filiation en l'absence du titre* (París, 1873).

«cho que dé lugar á nacimiento, ó extinción de un derecho extraño al estado de matrimonio y sus efectos civiles, entonces las reglas especiales dictadas por la ley á este propósito sobre la prueba de la celebración del matrimonio no serán aplicables. Así, si se disputase sobre si se había ó no verificado ó extinguido un derecho, cuyo nacimiento ó extinción dependiera, por virtud de contrato ó disposición de última voluntad, del hecho de unirse en matrimonio una persona determinada, los medios de prueba admisibles para comprobar la celebración que se afirmase haber ocurrido, no estarían limitados á los que la ley determina especialmente para el caso en que se reclame el título de cónyuge, ó los efectos civiles del matrimonio, sino todos los medios ordinarios» (1).

Otro tanto dice Tartufari (2), quien, para explicarlo, invoca, no sólo el texto de la ley, sino, además, su espíritu. Fuera del caso en que se quiera probar la celebración del matrimonio para reclamar el título de cónyuge y los efectos civiles del matrimonio, falta, en los demás, la razón del rigor de la ley, y hay, en cambio, una razón especial para consentir las pruebas de derecho común. Entonces se trata de probar el matrimonio como un hecho cualquiera; la prueba no da á nadie el título de cónyuge ni atribuye ninguno de los efectos civiles del matrimonio; se invoca sólo por quien no tiene culpa alguna de no haber preconstituido el medio de prueba exclusivamente admitido por la ley (3).

204. Distinta de la prueba de la celebración del matrimonio, es la relativa á sus impedimentos legales dirimentes.

Si éstos, por precepto de ley, exigen prueba legal preconstituida, es indudable que el juramento es inadmisibile. Son precisos, por consiguiente, los documentos adecuados para probar los impedimentos nacidos de defecto de edad, vínculo de matrimonio anterior, parentesco, afinidad, adopción y delito. Pero, ¿quid tratándose de la prueba de falta ó vicio de consentimiento, impotencia, etc.?

Bianchi escribe á este propósito que, «cualquier limitación que el legislador tratase de poner á los medios de prueba admisibles

(1) *Corso di Cod. civ. ital.*, V, I (2.^a edic., Turín, 1893, n. 122, p. 440).

(2) *Effetti del possesso* (Turín, 1886), vol. I, n. 330, p. 274, 275.

(3) Por esto la jurisprudencia belga admite que se puede deferir juramento sobre el estado conyugal de una persona, al objeto de hacerla decaer de una disposición testamentaria subordinada á la condición de mantenerse célibe, siempre que sea lícita. Bruselas, 20 de Enero de 1807 (*Rép. du Journ. du Pal.*, palabra *Serment*, n. 46).

para tales hechos, sería irracional, porque no depende de las partes interesadas tener ó no á su disposición los medios de prueba especiales que el legislador hubiese preferido» (1). Pero cuando el ilustre escritor enumera los medios de prueba, habla de documentos, testigos y presunciones; pero omite por completo el interrogatorio y juramento.

205. En cuanto á la *impotencia*, claro es que los hechos que la constituyen no pueden ser objeto de juramento, sino de reconocimiento pericial. En este caso interviene el valor específico propio de cada prueba.

Fiore (2), dice: «Es natural que el reconocimiento pericial, no sólo no debe ser excluido, sino que, antes bien, debe reputarse necesario, pues considerando que la cualidad de manifiesta debe ser sustancial y objetiva, y que no puede deducirse de juramento, y mucho menos de confesión, resulta evidente que el reconocimiento pericial es indispensable para comprobar sus causas objetivas, absolutas y permanentes.»

206. Respecto de los *vicios del consentimiento*, conviene recordar lo que dispone el art. 105 del Cód. civ.:

«El matrimonio puede ser impugnado por el esposo cuyo consentimiento no hubiese sido libre. Si hubiere habido error en la persona, la acción de nulidad podrá ser promovida por el esposo inducido al error.»

La acción de nulidad, por consiguiente, es relativa y personal al esposo víctima de la violencia ó del error, de manera que no pueden ejercitarla sus acreedores, ni el otro esposo, ni sus herederos si suscitaban la cuestión de estado.

Esto sentado, claro es que el esposo que lamenta la violencia ó el error, debe obrar en juicio y probar los elementos de su acción.

Ahora bien: la prueba por juramento sería inadmisibile, porque el hecho constitutivo de la violencia ó el error, ó no es propio del adversario, ó el simple conocimiento que tenga de ello no es prueba decisiva (3).

Respecto del *dolo* en que pudiera haber incurrido el otro esposo, siendo, por consiguiente, hecho personal suyo, no es posible la

(1) *Ob. y loc. cit.*, n. 122, p. 439.

(2) *Delle persone* (Nápoles, 1893), n. 431, p. 625.

(3) Por esto el Código civil austriaco (pár. 99) dispone que el cónyuge no puede deferir juramento decisivo para probar el impedimento que se opone á la validez del matrimonio.

cuestión, porque, á diferencia del error, no produce la nulidad del matrimonio (1).

¿Podrá probarse por juramento la *violencia* cuando reuna los requisitos necesarios para la anulación del matrimonio, y procediese del otro esposo, siempre que no constituya delito, á tenor del artículo 1364?

La solución afirmativa, en parte, que parece daban los antiguos escritores (2), no puede ser acogida en el derecho moderno por una razón muy sencilla. El juramento del adversario, por mucho que estudie y perfeccione la fórmula, no probará otra cosa que la materialidad del hecho constitutivo de violencia, pero no los efectos de ésta sobre el ánimo de la parte que la sufriera. Ahora bien: precisamente son estos efectos los que constituyen el vicio de consentimiento, siendo, por consiguiente, el hecho decisorio de la cuestión.

El *error en la persona* no es hecho que pueda probarse con juramento del adversario de quien invoca el error; la noticia eventual que tenga de este error el adversario, no reúne todos los elementos que hacen decisoria la prueba (a).

207. Otra cuestión en que se afirma que es inadmisibile el juramento, es la de la *separación personal de los cónyuges*. Pero si se plantea la cuestión exactamente, veremos que la teoría desenvuelta por los escritores de derecho francés, no puede admitirse en nuestro derecho (b).

(1) Véase Bianchi, *ob. y vol. cit.*, n. 69, p. 239, que citan en sentido conforme á Aubry y Rau, Marcadé, Demolombe, Laurent, Pacifici Mazzoni, Ricci, De-Filippis y Buniva. Véase en el mismo sentido, Fiore, *ob. cit.*, número 365, p. 457 y sig.

(2) Mascardo, concl. 1052, n. 8, vol. II, fol. 387.

(a) Téngase en cuenta que en nuestra legislación no puede transigir sobre las cuestiones matrimoniales, según previene el art. 1814 del Código civil.—(N. del T.)

(b) Véase la nota al número anterior. Nuestro Código no admite tampoco la separación personal de los cónyuges por consentimiento de los mismos. Sólo en caso de divorcio ó de nulidad del matrimonio es cuando podría llegarse á la separación.

Con arreglo al art. 68, interpuesta y admitida la demanda de nulidad ó de divorcio, se acordará desde luego la separación de los cónyuges en todo caso durante el juicio, convirtiéndose en definitiva dicha separación en el caso de recaer sentencia en que se acuerde la nulidad ó el divorcio.

No puede admitirse, por lo tanto, el juramento decisorio, porque por ese

En efecto; el Código francés no admite separación por mutuo consentimiento, y de aquí la opinión de la doctrina francesa que niega la admisibilidad del juramento para probar hechos constitutivos de causa de separación judicial, por temor de que las partes, poniéndose de acuerdo, obtengan la separación consensual fingiendo culpa de un cónyuge cuya prueba se proporcionaría mediante juramento (1).

Pero, toda vez que nuestro Código no admite separación consensual, no hay motivo alguno para la prohibición; de modo que los hechos que constituyan motivo legal de separación judicial, podrán probarse por juramento, á menos de oponerse otras razones. El adulterio, por ejemplo, como hecho delictuoso que es, no podrá probarse mediante juramento.

Pero los excesos, los malos tratamientos, las injurias graves (siempre que no constituyan delito), podrán probarse mediante juramento (2).

208. La *filiación legítima* (3) se prueba con la certificación del acta de nacimiento del Registro civil (art. 170), y á falta de este Registro, con documentos, escrituras y testigos (art. 364, Cód. civ.). No estamos, por consiguiente, en el caso de hablar de prueba mediante juramento.

medio podría infringirse la ley, llegando á la separación consensual, con infracción además de los arts. 1237 y 1814 del Código.—(N. del T.)

(1) Demolombe, IV, n. 475, p. 546, que cita en sentido conforme á Duranton y Toullier; Zachariæ-Crome Hand (8.ª edic.), IV, pár. 479; Baudry-Lacantinerie y Honques Fourcade, *Personnes*, III, n. 301 y n. 116-118.

(2) Véase, conf. Ap. Casalia, 8 de Junio de 1872, pon. Lozzi (*Ann.*, 1872, página 322); Gluck (*Pand.*, L. XII, tít. II, pár. 799, p. 269, edic. ital.), hace constar que la mayor parte de los escritores más recientes de derecho común es favorable á la admisión del juramento decisorio para probar los hechos constitutivos de causa legítima de divorcio, y observa que el juramento es el medio más obvio y quizá necesario para probar hechos que permanecen de ordinario secretos. En sentido contrario, pero sin motivar su opinión Laredo, *Dig. ital.*, VI, I, n. 146, p. 360. Ciccaglione (*ivi.*, XXI, II, p. 849, n. 127. En sentido contrario se ha pronunciado muy autorizadamente Fr. S. Bianchi (*Corso*, 2.ª edic., V, II, p. 719), sea por la autoridad de los escritores franceses—que atendida la distinta legislación carece de valor—, sea porque los hechos que son motivos de la separación personal sean torpes é inmorales. Argumento ineficaz, porque la ley excluye el juramento únicamente sobre los hechos constitutivos de delito actualmente punible.

(3) Guyard, *Des preuves de la filiation légitime* (París, 1871); Herold, *De la preuve de la filiation* (Batignolles, 1851); Parisot, *De la preuve de la filiation légitime* (París, 1856).

Además del título, también la *posesión de estado* es medio para la prueba de la filiación legítima (art. 172); pero basta leer en el artículo 172, Cód. civ., cuáles son los hechos que constituyen posesión de estado, para comprender que el juramento no es medio adecuado para probarlo.

Tales hechos no son propios de la persona que debería jurar, ni su pura noticia sirve para dar carácter decisorio á la prueba.

A falta de título ó de posesión de estado, y en los demás casos indicados en el art. 174, la prueba de la filiación puede hacerse por medio de *testigos* sobre la base de un principio de prueba escrita ó de determinados indicios ó presunciones (art. 174, Cód. civ.). La prueba de juramento no es admisible por consiguiente (a).

209. La *filiación natural*, si no se prueba por escrito en que conste el reconocimiento, puede probarse mediante la investigación de la maternidad, siempre admisible ó mediante la investigación de la paternidad, admitida únicamente en algunos casos excepcionales (1) (b).

(a) Véase lo que dejamos expuesto en la nota al n. 202, respecto á la prueba de la filiación legítima, con relación á los arts. 115, 116 y 117 del Código civil, los cuales concuerdan con las prescripciones de la legislación italiana.

Como por precepto expreso del art. 1237 de dicho Código, no puede pedirse juramento decisorio sobre cuestiones acerca de las cuales no puedan transigir las partes, desde luego se comprende que no cabe admitir la prueba de juramento para la justificación de dicha filiación, toda vez que no puede ser materia de transacción el estado civil, con arreglo al art. 1814 del mismo Código.—(N. del T.)

(1) Véase Amiable, *De la preuve de la paternité hors mariage* (París, 1885); Jacquier, *Des preuves et de la recherche de la paternité naturelle* (Grenoble, 1874); Baret, *Hist. et critique des règles sur la preuve de la filiation naturelle en droit français et étranger* (París, 1873); De Pitti Ferrandi, *Recherches sur les preuves de la filiation des enfants nés hors mariage* (París, 1869); Legrand, *Principes du droit français sur la preuve de la filiation naturelle* (París, 1863).

(b) Nuestra legislación exige que el reconocimiento del hijo natural debe hacerse en el acta de nacimiento, en testamento ó en otro documento público. Así lo preceptúa el art. 131 del Código civil, que modificó en este punto el derecho antiguo, el cual, por virtud de la ley 11 de Toro, admitía que dicho reconocimiento pudiera ser tácito, con tal que se acreditare por cualquiera de los medios de prueba. Pero á falta del reconocimiento hecho en alguno de los títulos al principio expuestos, puede también llegarse á la prueba de la filiación natural por la investigación de la paternidad y la de la maternidad, en los casos y con las circunstancias que más adelante expondremos.

En cuanto á la primera de dichas investigaciones, conviene advertir que

En cuanto á la investigación de la paternidad (art. 189, Código civil), es de advertir que, según la enseñanza común, ni la prueba del rapto ó del estupro violento, ni la coincidencia del tiempo en

si bien el art. 132 del citado Código previene que cuando se hiciere el reconocimiento por uno solo de los padres, no podrá revelar el que lo hiciere el nombre de la persona con quien hubiere tenido el hijo, ni expresar ninguna circunstancia por donde pueda ser conocida, prohibiendo á los funcionarios públicos que autoricen documento alguno en que se falte á dicha prevención, bajo la multa, en otro caso, de 125 á 500 pesetas, y disponiendo además que se tachen de oficio las palabras que contengan dicha revelación; esto no obsta para que, con arreglo al art. 137, puedan los hijos ejercitar las acciones que les correspondan para obtener el reconocimiento de sus padres en los casos autorizados por la ley.

Los casos en que el padre está obligado á reconocer al hijo natural, son los siguientes:

- 1.º Cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad.
- 2.º Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre ó de su familia.
- 3.º Si hubiere mediado violación, estupro ó rapto.

En los dos primeros casos citados, no se hace otra cosa sino imponer al padre la ratificación del reconocimiento que implica la existencia de un documento concebido en los términos indicados, ó la posesión del estado de hijo natural, sancionándose de este modo el vínculo establecido por la naturaleza entre los padres y sus hijos.

En los casos de violación, estupro ó rapto, se estará á lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole.

Respecto á la investigación de la maternidad, basta indicar que la madre está obligada á reconocer al hijo natural:

- 1.º Cuando el hijo se halle con relación á ella en cualquiera de los casos mencionados anteriormente al hablar de la obligación del reconocimiento por parte del padre.
- 2.º Cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Las acciones para el reconocimiento de hijos naturales, sólo pueden ejercitarse en vida de los presuntos padres, salvo en los casos siguientes:

- 1.º Si el padre ó la madre hubiesen fallecido durante la menor edad del hijo, en cuyo caso, éste podrá deducir la acción antes de que transcurran los primeros cuatro años de su mayor edad; y
- 2.º Si después de la muerte del padre ó de la madre apareciere algún documento de que antes no se hubiese tenido noticia, en el que reconozcan expresamente al hijo. En este caso, la acción deberá deducirse dentro de los seis meses siguientes al hallazgo del documento.

Hasta aquí hemos hablado de los hijos naturales: en cuanto á los demás hijos ilegítimos en quienes no concorra dicha condición legal, no se admitirá en juicio demanda alguna que directa ni indirectamente tenga por objeto in-

que esto acaeciera con el de la concepción, bastan para hacer constar la paternidad (1) (a).

Esto sentado, y prescindiendo de que el rapto y el estupro son hechos delictuosos, á los efectos del art. 1364, Cód. civ., es evidente que ningún hecho podrá tener carácter decisorio como objeto de fórmula juratoria.

Respecto á la *investigación de la maternidad*, el que reclama la declaración de filiación materna, ¿podrá deferir á la que pretende ser su madre, juramento decisorio? (b).

Una sentencia de la Corte de Rennes (2), aprobada por Cuban (3) y Cadrés (4), responde afirmativamente, porque el juramento decisorio puede deferirse en toda clase de contiendas civiles.

No se opone á esto el carácter de transacción propia del juramento decisorio y la prohibición de transigir sobre una cuestión de estado. El hijo, en efecto, no renuncia á nada, porque al deferir juramento reconoce hallarse desprovisto de todo otro medio de prueba.

Laurent y Bonnier combaten, en cambio, la sentencia, limitándose á repetir, para demostrar la inadmisibilidad del juramento decisorio, que la confesión y el juramento son inadmisibles en las

vestigar la paternidad de los mismos, excepto en los dos casos siguientes:

- 1.º Si la paternidad ó maternidad se infiere de una sentencia firme dictada en proceso criminal ó civil; y
- 2.º Si la paternidad ó maternidad resulta de un documento indubitado del padre ó de la madre en que expresamente reconozca la filiación.

No pudiendo transigirse sobre el estado civil de las personas, según el artículo 1814 tantas veces citado del Código civil, es indudable que no puede pedirse juramento decisorio sobre la filiación natural ó ilegítima, con arreglo al art. 1237 de dicho Código.—(N. del T.)

(1) Véase Bianchi, *Corso di dir. civ.* (Parma, 1872), III, n. 138, p. 863.

(a) Con arreglo al art. 464 del Código penal, los reos de los delitos de violación, estupro ó rapto, han de ser condenados, además de las penas correspondientes á los mismos y por vía de indemnización:

- 1.º A dotar á la ofendida, si fuere soltera ó viuda.
- 2.º A reconocer la prole, si la calidad de su origen no lo impidiere.
- 3.º A mantener la prole, en todo caso.—(N. del T.)

(b) Los arts. 1237 y 1814 del Código civil, no establecen distinción alguna entre el padre y la madre, y por lo tanto, excluyen la posibilidad de la admisión del juramento decisorio para la prueba de la investigación de la maternidad.—(N. del T.)

(2) 16 de Diciembre de 1836 (Daloz, *Rép.*, palabra *Paternité*, n. 631).

(3) *Traité des droits des femmes* (1842), n. 53.

(4) *Des enfants naturels* (París, 1847), n. 49.

cuestiones de estado, y el juramento especialmente, por tener carácter de transacción (1).

La Casación francesa, en sentencia de 23 de Noviembre de 1885, adopta esta opinión con los mismos fundamentos, declarando inadmisibles el juramento decisorio deferido por el tutor de un menor en juicio sobre investigación de la maternidad, porque el juramento decisorio implica la idea de un convenio que no puede recaer sobre el estado de las personas (2).

Bianchi (3) y Borsari (4) siguen en Italia la doctrina francesa, con los mismos argumentos. La jurisprudencia no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión. Sólo puede recordarse una sentencia de la Corte de Apelación de Turín (5), que rechazando la inadmisibilidad de un interrogatorio deducido en juicio sobre investigación de maternidad, alega, entre los motivos del fallo, la razón de que en el interrogatorio no hay transacción, porque la respuesta negativa de los demandados no implicaría la renuncia del actor á ulteriores pruebas.

Nosotros, que hemos negado toda afinidad entre el juramento decisorio y la transacción (6), no podemos recurrir á esta afinidad para resolver la cuestión de si es deferible juramento decisorio en materia de investigación de la maternidad. Pero nos parece que la sentencia puede encontrar bases más sólidas que aquella fantástica afinidad.

La admisión del juramento está excluida por el texto de la ley.

Preciso es, á nuestro entender, poner de manifiesto la gran analogía que existe entre los arts. 174 y 190, Cód. civ.

El primero, reglamentando la prueba de la filiación legítima fuera de los casos de título y posesión de estado, admite la prueba testimonial, y añade: «no podrá admitirse esta prueba sino cuando exista un principio de prueba por escrito, ó cuando las presuncio-

(1) Laurent, IV, n. 6, p. 13, y n. 108, p. 167; Bonnier, *ob. cit.*, n. 410, p. 363. Siguen la misma enseñanza: Marcadé, V, art. 1353, n. 1; Colmet de Sante-
rre, V, n. 337 bis; Massé y Vergé en Zachariæ, III, párr. 608, texto y nota 11; Aubry y Rau, VIII, párr. 753; Demolombe, V, n. 512, p. 540, 541; Richefort, *Etat des familles* (Limoges, 1842), n. 338.

(2) *Journal du Palais*, 1886, I, p. 410.

(3) *Curso* (Parma, 1872), vol. III, n. 145, p. 884-885.

(4) *Comm. Cod. civ.*, art. 190, párr. 462, p. 721, nota 1.

(5) 16 de Septiembre de 1867, pon. Spingardi (*Giur. Tor.*, 1867, p. 642).

(6) V. n. 113 á 118.

nes é indicios resultantes de hechos comprobados sean bastante graves para determinar su admisión».

Si se repara que las mismas palabras son aplicables al art. 190, fácil es advertir que los arts. 174 y 190 aplican la misma regla; *expresamente* el primero é *implícitamente* el segundo no admiten más que la prueba testimonial.

210. En cuanto á la *filiación adulterina ó incestuosa*, toda investigación de paternidad ó maternidad está prohibida; de modo que negada la acción, está negado todo medio de prueba.

Tampoco puede admitirse el juramento de filiación adulterina ó incestuosa en una acción que no tenga por objeto la investigación de la paternidad ó la maternidad, por hallarnos en el caso de hecho delictuoso.

211. Con lo que llevamos dicho hasta aquí creemos no sólo haber resuelto racionalmente las varias hipótesis examinadas, sino haber demostrado que no es posible decir, sin distinción de casos, si el juramento, en general, es deferible en las cuestiones de estado civil.

En cambio, la Casación de Turín, en una notable sentencia, única pronunciada sobre esta materia, afirma que, genéricamente, no puede deferirse juramento en las cuestiones de estado (1).

Creemos que los fundamentos de este fallo proporcionan la prueba más segura de que la cuestión no puede resolverse en general.

En el caso en cuestión se había deferido juramento á un padre que rehusaba reconocer al hijo concebido durante el matrimonio, para que declarase no ser el padre. La solución negativa se justificaba, á nuestro modo de ver, con una observación muy sencilla, á saber: que el juramento tenía por objeto un hecho imposible, dada la presunción de la ley.

Pero la Corte, generalizando la cuestión, la examinó desde un punto de vista más comprensivo, diciendo:

«Cuando se trata de una cuestión de estado, no hay un objeto litigioso de que las partes puedan disponer como mejor las agrade; promovida por interés privado, el orden público la espera para hacerse dueño de ella.

»El estado de las personas no es del exclusivo dominio de las partes litigantes; es algo que se sustrae de ellas, y pertenece á la

(1) 18 de Abril de 1882, pon. Maielli (*Ann.*, 1882, I, 156).

sociedad, como agregado de las personas mismas. Esto en cuanto á la índole de la cuestión; por otra parte, en lo que toca á su objeto, tenemos que no es una cosa valuable, como las que median en los contratos ordinarios.

»En cuestiones de estado, más que de una cosa, se trata de un derecho identificado con la persona.»

Después de estas consideraciones generalés, á las cuales la Corte no parece conceder más valor que el de un elegante exordio, añade:

«Si en vista de la índole de la acción de que se trata, se quiere una primera demostración de que la ley no consiente que las cuestiones de estado se resuelvan por confesión ó *por cualquiera otra declaración de parte*, esta demostración se deduciría del art. 165, Código civil. Si en este artículo se dice que la confesión de la madre no basta para excluir la paternidad del marido, es que la ley sustrae la prueba de esta discusión de cualquiera afirmación de la parte.»

Este primer argumento es absolutamente ineficaz, y más bien contrario al asunto de la citada sentencia.

Ya hemos dicho la razón y alcance del art. 165, Cód. civ. (1). Pero no creemos que este artículo tenga influencia en la cuestión.

Ante todo, la ley no niega toda eficacia probatoria á la confesión de la madre, pues se limita á decir que no basta para excluir la paternidad del marido. Ahora bien: si esta confesión puede producir algún efecto, es que no es contraria al orden público.

Además, si la ley limita en un caso especial la eficacia de la confesión, y no añade ningún límite para la eficacia del juramento, este límite no puede introducirse por el intérprete, cuando la ley declara la absoluta admisibilidad del juramento: declaración que ni siquiera hace en cuanto á la confesión.

Si se tratase de argumentar *à fortiori* de la confesión al juramento, responderíamos recordando que esta argumentación sería un error gravísimo (2).

Finalmente, la sentencia recuerda que el juramento es una transacción, y que sobre las cuestiones de estado no se puede transigir. Pero nosotros remitimos al lector á lo que hemos dicho en otro lugar (3).

(1) V. vol. I, n. 393.

(2) V. n. 125.

(3) V. n. 132 y sig.

La Casación observa, por último, que si es verdad que Ulpiano dice: *iusiurandum et ad pecunias et ad omnes res locum habet* (fr. 34, D., *De iureiurando*, XII, 2), esta máxima no puede extenderse á las cuestiones de estado, porque el estado de la persona es la *persona*, no una *cosa*, no una *pecunia*.

Pero, á nuestro entender, la Corte invoca equivocadamente el derecho romano, porque, como hemos dicho (1), admitía juramento en las cuestiones de estado.

B.—La noticia del hecho como objeto del juramento.

212. La existencia de *hechos propios* se puede y, jurídicamente, se debe afirmar siempre.

Pero los *hechos ajenos* no siempre se pueden afirmar ó negar, no sólo por no tener conocimiento de ellos, sino, en ocasiones, ni siquiera noticias.

Respecto de hechos ajenos podemos, por consiguiente, *creer* si existen ó no; pero no lo podemos afirmar siempre. Lo que podemos afirmar ó negar es si tenemos *conocimiento de ello*.

El conocimiento de hechos ajenos ó la noticia de ellos, podemos afirmarle ó negarle; la existencia ó inexistencia de los mismos la podemos creer ó no creer. En el primer caso *sabemos*; en el segundo *creemos*.

Debemos recordar estos conceptos lógicos para deducir el carácter específico del juramento sobre la simple noticia de un hecho, de que habla el art. 1365, Cód. civ.

Este juramento corresponde á un estado de certidumbre del ánimo, á diferencia del juramento de credulidad, que corresponde á un estado de duda. Así dice Mascardo, *scire se habet ad certum, credere vero ad dubium* (2).

213. El derecho romano conocía el juramento sobre la simple noticia de un hecho en dos casos.

No existía obligación de jurar sobre hecho ajeno; pero en caso de jurar sobre hecho ajeno, como quiera que esto significa que, en el caso especial de que se trata, el que jura conoce el hecho de tal modo que puede jurar sobre él, el juramento era válido.

Existía la obligación de jurar sobre hecho ajeno cuando la per-

(1) V. n. 200.

(2) *Ob. cit.*, concl. 458, n. 5, f. 351.

sona á quien se defiere el juramento funda en el hecho su pretensión ó su excepción, toda vez que, en este caso, demuestra tener pleno conocimiento de él y admite su veracidad. En cambio, el derecho romano desconocía el juramento de credulidad (1).

214. La práctica judicial alemana introdujo este juramento (2), que duró largo tiempo. Le mencionan los escritores de derecho común, que disputan sobre si esta especie de juramento es decisorio, sobre si la credulidad debe nacer de indagaciones especiales ó no, sobre si en algún caso es lícito sobre hechos propios, como *in antiquis et obscuris*, y si sobre hechos ajenos se deba jurar sólo *de credulitate*.

Estas y otras cuestiones no tienen valor alguno en nuestro derecho, porque el juramento de credulidad no se admite entre nosotros (3).

La jurisprudencia es unánime en este punto (4).

215. Mucho se ha disputado sobre si debe admitirse como decisorio el *iuramentum scientiae circa factum alienum* (5).

El Código francés calla sobre este punto, razón por la cual, los escritores están divididos. Laurent (6), por ejemplo, sostiene que es inadmisibles, mientras Durantón (7), enseña lo contrario.

El octavo Congreso de los jurisconsultos alemanes propuso la exclusión absoluta del juramento *de scientia* (8); pero el reglamento alemán de procedimiento civil le admite (pár. 410 y 424).

El Código civil italiano admite el juramento *de scientia*, en lo cual no nos parece que yerra. Si la simple noticia de un hecho ajeno puede producir efectos jurídicos, y si con esta noticia se satisface el que lo difiere, no hay razón para negar el juramento de-

(1) V. Bertolini, *ob. cit.*, pár. 27, p. 106 y 109.

(2) También ahora el código procesal alemán es el único que regula con gran precisión el juramento *de scientia*.

(3) V. Lauterbach, *Dip. de iuramento credulitatis*; Senff, *De verâ iuramenti credulitatis natura et indole* (Lipsiæ, 1725); Gluck, *ob. cit.*, pár. 797, p. 217, edición italiana.

(4) Cas. Roma, 11 de Abril 1892, pon. Tondi (*Corte Supr. Roma, 1892, II, 81*); Ap. Macerata, 21 de Febrero de 1889, pon. Natali (*Legge, 1889, I, 564*); Ap. Turín, 17 de Octubre de 1887, pon. Secco-Suardo (*Giur. Tor., 1887, p. 730*).

(5) V. Ab ecclesia, *Obs.*, P. I, obs. 70.

(6) XX, n. 249.

(7) VII, n. 580.

(8) Arndts-Serafini, I, 1, pár. 115, nota 5, p. 494. También Laurent, en su *Avantprojet*, excluye el juramento *de scientia*.

cisorio *de scientia*. No cabe decir que nadie puede constituirse juez de la causa apelando á su conciencia, que no sabe de la cosa sino por haberlo oído decir, porque no obstante ser erróneo este conocimiento, puede dar lugar á una declaración irrevocablemente eficaz.

Esta observación que Laurent invoca para negar la admisibilidad del juramento *de scientia* en el derecho francés, puede invocarse, evidentemente, en derecho constituyente; pero no nos convence.

Prescindiendo de que es posible equivocarse aun sobre hechos propios, claro es que quien no teme perjurar no teme el error, pues si la persona que ha de prestar juramento es concienzuda, *debet omnes circumstantias maxima circumspectione recte trutinari* (1); de este modo el error no es probable.

Más aún: el error se hace verdaderamente imposible si, como nosotros entendemos, la persona que presta el juramento *de scientia* puede declarar su ignorancia del hecho ajeno.

216. Por lo demás, no es nuestra misión profundizar en un punto de derecho constituyente. Réstanos repetir que la ley admite el juramento *de scientia* (a) (2).

Ya hemos hablado de este juramento, tanto al tratar del jura-

(1) Senff, *ob. cit.*, párr. 1, p. 2.

(a) La ley de Enjuiciamiento civil no prohíbe en absoluto la confesión sobre hecho ajeno del cual se tenga conocimiento, limitándose á autorizar al confesante para negarse á contestar las preguntas que se refiriesen á hechos que no fueran personales del mismo.

Dados los términos del art. 537 de dicha ley, que es el que establece el precepto citado, cabía en lo posible que el litigante á quien se pidiese confesión ó juramento sobre un hecho no personal suyo, renunciando á esa facultad que la ley le concede, no se negase á contestarla, y por lo tanto, la confesión hecha absolviendo dicha posición sería válida y eficaz. Pero el Código civil, en su art. 1231, exige como condición precisa é indispensable para la validez de la confesión, que recaiga sobre hechos personales del confesante, y con arreglo al mismo, no produciría efecto alguno la confesión sobre hechos ajenos.

Esto no obsta á la facultad concedida por excepción en el párr. 2.º del artículo citado de la ley procesal, para que la confesión del hecho extraño se lleve á cabo por un tercero que esté enterado por sí de él, por haber intervenido personalmente en el mismo á nombre del litigante interrogado, si éste lo solicitase aceptando la responsabilidad de dicha declaración.—*(iv. del T.)*

(2) Es evidente que el juramento de ciencia es deferible así sobre la noticia del hecho como sobre la carencia de la noticia. Cf. Cas. Turín, 3 de Abril de 1895, est. Ferrari (*Giur. Tor.*, 1895, n. 286).

mento decisorio necesario, como al ocuparnos de la capacidad para este acto; de modo que aquí sólo debemos poner en claro ese elemento objetivo y las consecuencias que de él se desprenden.

217. Cuando se defiere realmente juramento sobre hecho ajeno, pero el deferente le defiere como si se tratase de hecho propio del adversario, ¿será inadmisibile el juramento ó podrá admitirse consintiendo al que lo haya de prestar que sólo jure válidamente *de scientia*? (a).

La Casación de Roma, entendiendo que se trata de una cuestión de derecho, la resuelve negativamente, y afirma que es inadmisibile el juramento deferido sobre hechos ajenos, si no se defiere explícitamente como simple juramento *de scientia* (1).

En nuestra opinión, la cuestión es de puro hecho, puesto que se trata de averiguar la intención de quien lo defiere; y en caso de duda sobre esta intención, nos parece preferible la opinión de la Casación de Turín y las Cortes de Apelación, que exceptuando la hipótesis de que ya haya sido rechazado por el Juez el juramento *de scientia*, reputan que el juramento deducido sobre un hecho no propio debe presumirse deducido *de scientia*; en esta presunción no hay error de hecho ni de derecho (2).

¿Pero podrá el Juez, á instancia de parte, modificar la fórmula del juramento deferido *de veritate facti alieni*, convirtiéndola en juramento *de scientia*?

La cuestión se relaciona con el derecho, en general, del Juez á introducir variantes en las fórmulas; y como hemos de ver que tiene este derecho á instancia de parte, creemos que debe aprobarse la jurisprudencia de la Corte de Bolonia, que responde afirmativamente á la pregunta (3).

218. Se pregunta, en segundo lugar, por la procedencia de la noticia que se jura tener.

(a) Véase el art. 1236 de nuestro Código civil, en relación con el 1231.—(N. del T.)

(1) 30 de Junio de 1882, pon. Bonelli (*Legge*, 1882, II, 619). Cf. Ap. Casale, 13 de Febrero de 1894. (*Giur. Cas.*, 1894, 72).

(2) Cas. Turín, 29 de Julio de 1892, pon. Massimo (*Mon. Mil.*, 1392, p. 947); 6 de Mayo de 1874, pon. Cassiano (*Giur. Tor.*, 1874, p. 391); Ap. Casalia, 15 de Diciembre de 1882, pon. Garlanda; 22 de Diciembre de 1887; 11 de Marzo de 1881, pon. Pavese (*Giur. Cas.*, 1883, p. 3; 1888, p. 6; 1881, p. 195); Ap. Génova, 20 de Abril de 1877, pon. Secco Suardo (*Eco Gen.*, 1877, p. 348).

(3) 24 y 31 de Marzo de 1888 (*Prat. leg.*, II, 150; *Riv. vol.*, 1888, p. 90). V. n. 291 y 292.

Pocas sentencias han tocado esta cuestión, resolviéndola erróneamente.

Estas sentencias consideran inadmisibile el juramento cuando la noticia del hecho procediera de otra persona ó de indagaciones hechas sobre documentos.

El escaso número de sentencias y la gran importancia de la cuestión, nos induce á analizarla detalladamente.

219. El Senado de Casalia, advirtiéndolo que el juramento *de scientia* es siempre juramento sobre hecho propio, en cuanto procede de ciencia propia de la persona á quien se defiere, ciencia que puede haberse adquirido de cualquier modo adecuado para producir la persuasión y el convencimiento, dice que falta esta ciencia cuando el conocimiento del que jura se deriva de la simple comunicación y afirmación del hecho, hecha por un tercero; prestado el juramento en este sentido, equivale á negación de ciencia propia (1). Según esta teoría, sería menester que el hecho ajeno fuese adquirido *de visu* por la persona que le asegurase (a).

Pero esta opinión nos parece equivocada.

Si la afirmación del tercero es tal que por sí sola convence al que presta juramento, éste hace propia la ciencia ajena, porque no tiene motivo alguno para dudar de la persona que le comunica el hecho. Ahora bien: siendo este estado subjetivo, ni el Magistrado puede inquirirle, ni puede el Juez decir que la persona que afirma saber un hecho no le sabe. La persona que presta el juramento afirma saber el hecho, y esto basta: enuncie ó calle las causas de su conocimiento, nada importa; él es el Juez de si lo sabe

(1) 16 de Agosto de 1844, pon. Causa (Mantelli, XV, ap. p. 19), y conforme, Cas. Florencia, 19 de Junio de 1879, pon. Bucci (*Ann.*, 1879, I, 522).

(a) Nuestra legislación no reconoce el juramento de *scientia* como juramento sobre hecho propio, por proceder del personal conocimiento de aquel á quien se defiere, pues en el único caso en que admite la confesión por persona distinta de los litigantes, exige, no que el conocimiento lo haya adquirido el extraño por cualquiera de los medios que á su disposición tenga para formar por sí mismo conciencia acerca del hecho objeto de la confesión, sino que esté enterado de él *por haber intervenido personalmente en dicho hecho*: es decir, que éste sea *personal* del confesante, y además, que esa intervención la haya tenido á nombre del litigante interrogado, para que á su vez, y en cierto modo, resulte propio de dicho litigante.

Por lo tanto, no es posible que la noticia de un hecho adquirida *de visu* pueda ser materia adecuada para la confesión, toda vez que ésta ha de recaer sobre hechos personales del confesante, según el art. 1231 del Código civil.—(*N. del T.*)

ó no, dada una causa de ciencia. Acaso al Juez no le bastaría aquella causa de ciencia para persuadirle; pero la cuestión no es esta.

Por otra parte, si se afirmase que no es posible tener noticia cierta sino de aquello que sucede ante nuestros ojos, se anularía todo el funcionamiento de las ciencias y se impediría la misma vida social.

Finalmente, se violaría la letra de la ley, que exige la *simple* noticia del hecho; adjetivo que debe tener algún significado. Además, se violaría también su objeto, porque la mayoría de los hechos ajenos se conocen por oírlos decir, bastándonos esta fuente para la simple noticia.

220. La Casación de Turín (1) aplicó los principios del Senado de Casalia, reputando no equivalente á la ciencia propia de la existencia de una deuda la noticia habida de ella por conducto del acreedor. Esta opinión parece á primera vista aceptable; pero en el fondo es igualmente equivocada. Si al deudor le basta para tener noticia de la existencia de la deuda, la afirmación del acreedor, es cosa que toca al deudor, no al Juez. El deudor puede considerar tan íntegro á su acreedor que le preste fe ciega, aun cuando hable en interés propio; el Juez no puede penetrar en estas relaciones de confianza.

Comprendemos que, en algunos casos, la persona que jura *de scientia*, indique una causa para significar que no pudo bastarle al efecto de ponerle en conocimiento del hecho; pero una vez afirmada la noticia del hecho, queda cumplido el precepto de la ley.

221. La Casación de Roma (2) reputa que no es juramento *de scientia* aquel para responder al cual, la persona llamada á jurar debe inspeccionar sus libros de administración, porque esto supone las más de las veces un juicio de apreciación que repugna en absoluto á la naturaleza del juramento decisorio (3), el cual, si tiene por objeto el conocimiento ó ciencia, debe versar sobre la noticia de un hecho al que la persona que le presta puede responder con conciencia tranquila y segura.

No podemos aceptar esta decisión.

Ante todo, puede combatirse con los mismos argumentos ya

(1) 31 de Diciembre de 1888, pon. Dionisotti (*Giur. Tor.*, 1889, p. 148).

(2) 30 de Junio de 1882, pon. Bonelli (*Legge*, 1882, II, 619).

(3) Ya Toepler advertía que es inadmisibile el juramento de *articulis qui calculum continent* (*ob. cit.*, n. XIII, p. 30, 31).

aducidos; pues ni la especialidad del caso ni de los argumentos nos separa de nuestra opinión.

La valuación de los hechos es una necesidad propia de toda persona que debe prestar juramento; el examen de conciencia, la consulta de notas, cartas, libros y registros, antes de jurar, es cosa normal, que no repugna en modo alguno á la naturaleza del juramento (1) (a).

El examen en cuestión no impide que la persona responda con conciencia tranquila y segura; antes bien es un requisito que hace posible este estado de ánimo.

§ 4.—REQUISITOS PROCESALES DEL JURAMENTO DECISORIO

SUMARIO

222. División de la materia.

A.—*Jurisdicciones ante las cuales es admisible el juramento decisorio.*

223. El juramento ante los *conciliadores*, los *tribunales*, como Jueces de primer grado, y la *casación*.

224. El juramento ante los *hombres buenos*.

(1) En efecto: el Código procesal alemán pone en la fórmula de prestación del juramento *de scientia* las siguientes palabras: «*después de cuidadosa investigación y examen*» (pár. 424).

(a) La ley de Enjuiciamiento civil, en su art. 585, autoriza al confesante para que consulte en el acto simples notas ó apuntes, cuando á juicio del Juez sean necesarios para auxiliar la memoria.

Excusado es decir que ese examen ó consulta ha de hacerse en el acto mismo de la declaración, según previene la ley, para evitar que con ese motivo procure el confesante asesorarse de lo que le conviene contestar, y por lo tanto, no puede aplazarse la absolución de posiciones para otro día.

Si el declarante insistiere en que no puede contestar sin consultar sus libros ó antecedentes, y pidiere plazo para ello, no debe concederlo el Juez, y teniendo por evasiva ó negativa dicha respuesta, le habrá de apereibir de tenerle por confeso si persistiere en ella.

Este es el rigor de la ley y la recta interpretación de la misma, pero algunos comentaristas estiman que si la parte contraria se allanase al aplazamiento, debe el Juez otorgarlo para que el confesante pueda contestar con seguridad.

Como dice la ley que ese previo examen concedido por excepción se otorgue cuando á juicio del Juez sea necesario, éste de oficio ó á instancia de parte, tendrá que ver los apuntes ó notas que trate de examinarse para apreciar si son ó no precisas para auxiliar la memoria respecto del hecho objeto de la posición; y de este modo se evitará que con dicho pretexto intente el confesante valerse de algún borrador de respuesta, á pesar de la prohibición establecida en dicho artículo.—(N. del T.)

225. Razones para considerarle admisible.
 226. Razones por las cuales le consideramos admisible.
 227. El juramento ante los *árbitros*.
 228. El juramento ante los *pretores: acciones posesorias*.
 229. El juramento ante el *pretor como Juez de segundo grado*.
 230. El juramento ante la *justicia administrativa*.

B.—*El estado de la instrucción y la delación del juramento.*

231. División de la materia.

a) La absoluta falta de prueba y la delación del juramento.

232. Sistema de nuestro Código.
 233. Opiniones de los escritores de derecho común.
 234. Si sólo debe admitirse juramento decisorio á falta de otras pruebas.

b) La admisión de otros medios de prueba y la admisión del juramento.

235. Reglas fundamentales sobre la admisión del juramento después de la proposición, la admisión y la denegación de otros medios de prueba.

c) La práctica de otras pruebas y la admisión del juramento.

236. Planteamiento de la cuestión.
 237. Éxito *indiferente* de los medios experimentados.
 238. Éxito *favorable ó contrario* al que después quiere deducir juramento decisorio.
 239. La máxima: *qui intentionem suam probatam habet non tenetur amplius iurare*.
 240. Planteamiento exacto de la cuestión.
 241. Opiniones legislativas y doctrinales: jurisprudencia.
 242. Argumentos en favor de la inadmisibilidad absoluta.
 243. Refutación.
 244. Argumentos contrarios á esta tesis.
 245. Opinión de Mattiolo seguida por nosotros.

C.—*El grado de la causa y la delación del juramento.*

246. El juramento en grado de apelación y en grado de devolución.
 247. Modificaciones en la apelación de la fórmula propuesta y rechazada en primer grado.

222. Distribuiremos las materias en tres partes, á saber:

- A) Jurisdicciones ante las cuales es admisible el juramento decisorio;
 B) El estado de la instrucción con relación á la admisibilidad del juramento decisorio;
 C) El grado de la causa respecto á la admisibilidad del juramento decisorio.

A.—JURISDICCIONES ANTE LAS CUALES ES ADMISIBLE
EL JURAMENTO DECISORIO

223. Es absolutamente cierto que el juramento puede deferirse ante los *conciliadores* (1), y los *tribunales como Jueces de primer grado*, y asimismo lo es que no puede deferirse en *casación* (a) (2).

Pero surgen dudas respecto de otras jurisdicciones.

224. Se pregunta, en primer término, si es admisible ante los *hombres buenos*.

Creemos que debe responderse negativamente (3).

Respecto de la tesis contraria, es de recordar cómo el proyecto Bertí de 30 de Mayo de 1883, que en el art. 39 contenía reglas sustancialmente idénticas á las del art. 38, creyó oportuno, en el artículo 41, prohibir el juramento de oficio.

(1) Según el procedimiento napolitano, era dudoso que se pudiera deferir juramento ante los conciliadores; pero esta duda fué resuelta afirmativamente por decisión ministerial de 27 de Enero de 1819. Véase Gargiulo, sobre el art. 452, n. 1, p. 158, vol. 3.° En Hungría, la L. XXII de 1877 prohíbe, como regla general, la prueba por juramento en los asuntos de poca importancia (art. 19).

(a) En nuestro sistema procesal, ante el Juez municipal como *conciliador*, no puede prestarse el juramento; porque el acto de conciliación en el derecho vigente no constituye juicio, y por lo tanto, no puede haber prueba en él; pero ante dichos Jueces, cuando conocen de los juicios verbales, sí es dado utilizar dicho medio de prueba como todos los demás admitidos en derecho, si bien acomodándolos á la naturaleza jurídica de esos juicios y á las condiciones de los mismos.

Ante los Jueces de *primer grado* ó de primera instancia, no sólo es indudable que puede deferirse el juramento, sino que es una de las principales pruebas, ó mejor dicho, la más importante, por ser la más perfecta y eficaz.

También puede deferirse ante las Audiencias ó Tribunales de *segundo grado* en aquellos casos en que, con arreglo á los arts. 862 y 897 de la ley de Enjuiciamiento civil, pueden recibirse á prueba los autos en segunda instancia. Pero de ningún modo cabe intentarlo ante el Tribunal de Casación, porque en nuestra legislación este recurso extraordinario es puramente de derecho y no de hechos, y por lo tanto, no pueden admitirse en él pruebas de ninguna clase, toda vez que no pueden alterarse los hechos declarados probados por la sentencia recurrida.—(N. del T.)

(2) Y ni siquiera es deferible pendiente el juicio de casación, esto es, después de la sentencia definitiva de segundo grado y pendiente el término para la interposición del recurso de casación ó una vez realizado éste.

(3) En sentido contrario, pero sin demostración, véase Granata, *Il giudizio dei probiviri* (Messina, 1894); p. 65; Maletti, *Il tribunale del lavoro* (Napoli, 1894), p. 228 y sigs.

Se podría creer, por consiguiente, que la omisión de esta prohibición en la ley vigente significa la admisibilidad del juramento como medio de prueba.

Pero, en nuestra opinión, la enumeración de los medios de prueba que se hace en el art. 38, es taxativa, sin que la falta de la prohibición expresa pruebe nada, porque en el art. 38 de la ley el legislador se propone regular todo el procedimiento instructorio, excluyendo que se recurra al derecho común.

El Senador Costa, ponente de la ley en el Senado, escribe efectivamente: «Es opinión de la Comisión central que la ley sobre hombres buenos debe dar por completo las reglas del procedimiento, de manera que no deba entenderse que se refiere á las reglas comunes del procedimiento judicial, sino cuando, como ocurre en el art. 40, la referencia sea expresa. Conviene advertir esto, porque sería extremadamente perjudicial á la sencillez y celeridad de los juicios que se introdujesen, casi inadvertidamente, las complicaciones, agravadas á veces por las costumbres forenses, del procedimiento judicial de derecho común. La Comisión central cree que el proyecto responde á esta intención y espera que se entenderá y aplicará de esta suerte.»

225. Sin embargo, hay declaraciones hechas en dicha Cámara en sentido contrario (1).

Al efecto de hacer punible el falso juramento en juicio, pedía Palberti que el último período del art. 39 hiciera referencia al artículo 221, Cód. pen., que trata del falso juramento de una parte en juicio.

Conviene reproducir la breve discusión que se entabló con este motivo:

«PALBERTI.—*Ante el jurado de hombres buenos pueden deferirse juramentos de orden definitivo ó de orden supletorio.* Ahora bien: existiendo la referencia solamente en alguno de los artículos del capítulo 4.º, y quedando uno expresamente sin ella, podría surgir la duda de que el falso juramento, ante el dicho jurado, no fuese objeto de sanción penal.

»DANEO (*Ponente*).—Yo entiendo que, dada la manera de expresarse la ley penal, la cual castiga á toda parte que en juicio civil

(1) 16 de Febrero de 1893, *Atti uff.*, p. 1486.

asegure un hecho falso con juramento, es supérflua toda referencia.

»BONACCI (*Ministro de Gracia y Justicia*).—Estoy plenamente de acuerdo con las declaraciones del Ponente.»

De aquí resulta que, tanto Palberti, como el ponente y el ministro, suponen en sus declaraciones ser lícita la delación del juramento decisorio ante los hombres buenos.

226. No se nos oculta la autoridad y gravedad de estas declaraciones; pero aun cuando la cuestión sea discutible, nos inclinamos á la solución opuesta.

Ante todo, las declaraciones hechas ante la Cámara no tuvieron por objeto especial el punto controvertido. Se supone verdadero lo que con relación al Senado consideraba falso. Tenemos, además, otros hechos, á saber: que la ley no alude al art. 221, Cód. pen., y sí, en cambio, á los 214-220; que si fuera exacto lo que Daneo decía, sería inútil aludir á estos artículos; y que el art. 38 no alude al juramento decisorio, y, en cambio, toda su redacción nos persuade de su carácter taxativo.

227. También ha surgido alguna dificultad respecto á la jurisdicción de los *árbitros*.

Si se lee sólo el art. 15 del Código procesal civil, podría creerse que en el juicio arbitral sólo se admiten pruebas escritas; pero los arts. 17 y 18 demuestran que el legislador no ha querido excluir las pruebas orales.

Una vez admitidas éstas, el juramento es admisible *à fortiori* por la amplia disposición general del art. 1364, Cód. civ. (1). En este punto están de acuerdo las principales legislaciones civiles; tan sólo el Código alemán (párrs. 861-862) dispone que el juramento de las partes, ante la jurisdicción arbitral, debe prestarse ante el Juez competente á solicitud de parte diligente (a).

(1) Conf. Blancus, *Tract. de compr.*, quest. VIII, n. 18, 19; Boucher, *Man. des arbitr.*, n. 269, p. 148; Goubeau, *Traité de l'arbitrage* (París, 1827), II, p. 161; Mongalvy, *Traité de l'arbitrage* (Bruxelles, 1837), n. 159, p. 93; Chaveau, q. 3290; Charrier, *Le Serment*, p. 140; Mattiolo, I (5.^a edic.), n. 772; Cadovella, *Del Comp.*, n. 259, p. 394; Amar, *Giudizi arbitrati*, n. 162 y sig.; Cas. Turín, 18 de Mayo de 1889 (*Ghur. Tor.*, XXVI, 70); Ap. Venecia, 19 de Abril de 1891, pon. D'Ossvaldo (*Tem. Ven.*, 1891, p. 549).

(a) Nuestras leyes de Enjuiciamiento, reconociendo el principio de que no puede rechazarse la libertad de las partes para someter sus diferencias al juicio de personas que les merezcan entera confianza, ahorrando así las di-

228. Respecto á la jurisdicción de los *pretors*, es juramento deferible, por regla general, cuando el pretor juzga en primera instancia.

Puede surgir una duda en cuanto á las acciones posesorias.

Por ejemplo: según la legislación austriaca, no se admite juramento decisorio en las causas por alteración de la posesión, instituidas en juicio sumarísimo, porque en estos juicios no se trata sino de tomar medidas encaminadas á proteger ó restituir la pose-

laciones y los dispendios propios de los litigios ante los Tribunales, admitieron también el juicio arbitral en las dos formas que en la actualidad se conocen, estableciendo las reglas convenientes que garantizasen el cumplimiento de tan justa aspiración y evitaran los gravísimos inconvenientes que una libertad sin freno por parte de los litigantes podría originar en la práctica.

Los autores de la ley de 1855, huyendo previsoramente de toda exageración, colocáronse en el justo medio y dotaron al juicio arbitral de condiciones tales de bondad, que han resistido, según puede decirse, hasta el presente, puesto que las modificaciones hechas en la vigente se reducen á ligeras adiciones.

Como es sabido, dos son las formas admitidas: una, que es el juicio arbitral propiamente dicho, en el que los Jueces avenidores, llamados árbitros, han de resolver con arreglo á las leyes, y con sujeción á los procedimientos establecidos por las mismas, las contiendas sometidas á su decisión; y otra, que es el juicio de arbitradores ó amigables componedores, los cuales deben decidir la cuestión litigiosa según su leal saber y entender, ó conforme á la verdad sabida y buena fe guardada, sin sujeción á formas legales.

En la primera de dichas normas, ó sea en el juicio arbitral propiamente dicho, son admisibles los mismos medios de prueba que en el ordinario de mayor cuantía, según el art. 811 de la ley de Enjuiciamiento civil, y por lo tanto, habrá lugar á la admisión del juramento en sus dos conceptos de decisorio é indecisorio. Las pruebas que se propongan se practicarán con igual solemnidad y en la misma forma que la llevada á efecto ante los Tribunales judiciales, y para las diligencias que no puedan practicar por sí mismos, los árbitros impetrarán el auxilio del Juez de primera instancia, el cual expedirá los mandamientos, exhortos y demás despachos que fueren necesarios, conforme á lo dispuesto en el art. 812 de la citada ley, toda vez que dichos árbitros no ejercen autoridad pública y no tienen otras facultades y atribuciones que las que nacen de la voluntad y sumisión de las partes.

En la segunda de las formas indicadas, los arbitradores ó amigables componedores han de limitarse á recibir los documentos que les presenten los interesados, á oír á éstos y á dictar sentencia, sin sujeción á formas legales y decidiendo, según su leal saber y entender, las cuestiones sometidas á su fallo. No existen, pues, pruebas, y no habiéndolas en esta clase de procedimiento, no hay para qué hablar de la admisión del juramento en él.—
(N. del T.)

sión, providencias que sólo son válidas interinamente (1). También el actual Reglamento de 1895, excluye en el procedimiento de la acción, interruptora de la posesión, el examen simple ó jurado de las partes.

Pero bajo la vigencia del derecho romano, se enseñó unánimemente la deferibilidad del juramento, incluso en las acciones de reintegración. Fué desarrollada esta teoría por Popich (2), cuyas conclusiones se fundan en el principio de que el juramento decisorio es admisible en toda especie de controversia no expresamente exceptuada, en la admisibilidad del mismo, tratándose aun de juicios sumarios, como los posesorios, y en el carácter solícito y rápido efecto de la prueba mediante juramento.

En nuestro derecho, es evidente que puede deferirse juramento decisorio en los juicios posesorios (3), puesto que es deferible en toda especie de controversia civil (art. 1364, Cód. civ.). No se opone á esto el procedimiento probatorio indicado en el art. 696 del Código civil (4), porque el juramento proporciona una prueba más segura que las que concede este artículo y porque el retraso eventual ocasionado por el término que se fijó en el art. 223, Cód. procesal civil (admitiendo que sea aplicable al juramento en los juicios pretorios), es fruto de la voluntad del actor (a).

(1) Gennari, *ob. cit.*, pág. 405.

(2) *De probanda exceptione spoli per delationem iuramenti* (Halæ Magdeb., 1724).

(3) Cesáreo Consolo (*Trat. del possessio*, n. 538), adoptó nuestra opinión. Nótese, no obstante, que cuando el despojo violento de la posesión constituya un acto de ejercicio arbitrario de derechos, será delito (art. 235, Código pen.), y entonces estará prohibido el juramento.

(4) V. vol. I (2.ª edic.), n. 172.

(a) En el orden de enjuiciar establecido por nuestra legislación, el conocimiento de las acciones posesorias, y por lo tanto, el de los interdictos que con la posesión se relacionan, corresponde á los Jueces de primera instancia en juicio sumarísimo.

La ley de Enjuiciamiento civil de 1855, respetando la nomenclatura romana de los interdictos, adoptada entre nosotros desde el siglo XIII, comprendió en ella, como ha dicho un autor, todos los juicios civiles que reclaman con urgencia una medida que los termine por interesarse inmediatamente el orden público, la seguridad amenazada de las personas y de las cosas, ú otros derechos privados, que á no ser atendidos sin dilación, pueden perderse.

A esa clase de juicios corresponden los interdictos posesorios, ó sean los de adquirir, retener ó recobrar la posesión, y al establecer la ley procesal la tramitación de los mismos, ha procurado conciliar el respeto que se debe á

229. Cuando el pretor juzga en apelación sobre la competencia del conciliador, el juramento decisorio no es deferible.

Ante todo, porque se trata de una cuestión de derecho (1), la competencia que, como tal, no es susceptible de resolverse mediante juramento (2).

Además, porque el texto de la ley excluye la posibilidad de la delación del juramento.

En efecto, en los casos de los arts. 456, 458, Cód. proc. civ., las partes no comparecen ante el pretor ni hay debate contradictorio.

En el caso del art. 459, se trata de verdadera apelación; pero tampoco se admite debate contradictorio entre las partes (3).

Cuando el pretor juzga del fondo, como Juez de segundo grado, no hay razón para negar la delación del juramento que se admite en cualquier grado de la causa.

230. Finalmente, existen dudas acerca de si es deferible el juramento ante la *justicia administrativa*.

En Francia falta, como entre nosotros, un texto preciso de la ley, por lo cual los escritores se proponen la cuestión, examinando si la naturaleza de las cuestiones administrativas no se opone á la prestación de juramento. Una sentencia del Consejo de Estado niega la delación del juramento; pero Bonnier no aprueba esta jurisprudencia (4).

En nuestro país, creemos que tantas veces como sean admisibles pruebas simples ante la justicia administrativa, será admisible también el juramento decisorio (5).

La intervención ó presencia en la causa de una administración

la posesión y á la propiedad con la urgencia que demanda la resolución de los mismos. Con tal objeto ha establecido una tramitación breve y rápida, como puede verse en las secciones 1.ª y 2.ª del título 20, libro 2.º de dicha ley. En ella se reducen las pruebas admisibles á las de posiciones ó de confesión judicial, á la documental y á la de testigos. (Véanse los arts. 1644 y 1656 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente.) Es, pues, admisible el juramento en esta clase de juicios.—(*N. del T.*)

(1) V. n. 178.

(2) V. Ap. Bolonia, 6 de Agosto de 1872 (*Ann.*, 1872, II, p. 561).

(3) Confr. Mattirolò, I, n. 341 á 346, p. 309-311.

(4) *Ob. cit.*, n. 411, p. 364; Charrier *Le Serment*, p. 138-139, es más bien favorable á la admisión del juramento en Sede administrativa, si bien afirma que prevalece la opinión contraria.

(5) V. vol. I, n. 89 (2.ª edic.), p. 136 y sig. Cf. Mattirolò II, (5.ª edic.), número 866.

pública, no constituye un obstáculo para que el juramento decisorio sea deferible á las personas jurídicas (1). La objeción querría deducirse de la naturaleza de las controversias que se debaten ante la jurisdicción administrativa (2); mas para nosotros es evidente, que, si son admisibles pruebas simples, no hay razón para no admitir el juramento decisorio cuando el hecho tenga la idoneidad necesaria. No vale oponer la teoría común de que la delación del juramento decisorio exige una capacidad especial, puesto que (aceptando en hipótesis esta teoría), nada prohíbe que concurra á suministrarla la competente autorización. Argumento favorable á nuestra tesis, suministra la decisión del Tribunal de Cuentas (3) de 25 de Febrero de 1896, la cual, sólo rechaza la delación de un juramento decisorio, por haber sido hecha *directamente*, cosa que, en puridad, significa una negación relativa que, seguramente, no se hubiera producido, si el deferente hubiera invocado la aplicación del art. 27 del Real decreto de 5 de Octubre de 1862, n. 884.

B.—EL ESTADO DE LA INSTRUCCIÓN Y LA DELACIÓN DEL JURAMENTO

231. El segundo punto de nuestro estudio, se refiere á la relación entre el estado de la instrucción y la delación del juramento.

Este estudio comprende tres puntos, á saber:

- a) Si puede deferir juramento decisorio el que no haya suministrado prueba alguna.
- b) Si puede deferirle el que propuso otros medios de instrucción aun no terminados.
- c) Si puede deferirle la parte cuyas alegaciones quedaran contradichas por otras pruebas practicadas.

a) *La falta absoluta de prueba y la delación del juramento.*

232. El primer punto lo resuelven textualmente los Códigos francés, portugués (art. 2524) é italiano.

Declara este último en el art. 1366, que puede deferirse juramento decisorio «aun no existiendo principio alguno de prueba de la demanda ó excepción sobre la cual se defiera el juramento» (4).

(1) V. atrás n. 160 y sig.

(2) Orlando, *La Giust. amm.*, en su *Trat. de dir. amm.*, III, 378, p. 1031.

(3) V. atrás n. 125.

(4) V. pár. 749, Reglamento pontificio.

Con tan clarísima disposición, queda resuelta una de las más graves contiendas de los intérpretes del derecho romano.

233. Entre los antiguos intérpretes, en efecto, unos suponían que no podía deferir juramento la parte que no había podido probar nada; otros opinaban en sentido contrario (1). Algunos distinguían diciendo: *Si actor nihil probare tentavit, set ab initio petiit, ut sibi vel reo deferatur iuramentum*, entonces la cuestión debía responderse afirmativamente: *cum enim iura dicant actorem debere probare, videtur quod ista sit quedam species probationis factae per iuramentum*. Pero si *actor noluit a principio iuramentum deferre, sed onus probandi assumpsit, et probare non potuit*, entonces no podrá deferirse juramento decisorio (2).

Si tuviésemos que declarar nuestra opinión como intérpretes del derecho romano, diríamos con Bertolini, que es deferible el juramento aun cuando la persona que lo defiera no tenga ningún principio de prueba; los textos citados por este escritor y la rigurosa argumentación con que los interpreta, disipan toda duda (a).

(1) Bertolini, *ob. cit.*, p. 32, p. 121, enumera diligentemente los secuaces de las dos opiniones; pero no menciona la tercera de que nos ocupamos en el texto.

(2) Paciano, *ob. cit.*, L. I, C. LXX, p. 419-420.

(a) La misma doctrina ha sido mantenida siempre en nuestra legislación.

Hemos dicho ya en otra ocasión, que el juramento, tanto decisorio como indecisorio, está comprendido en la confesión judicial, y por lo tanto, á las leyes que regulan la *conoscencia* ó la confesión en juicio habremos de estar para la demostración de dicho aserto.

Las de Partidas no exigían condición alguna al que proponía este medio de prueba, ni imponían limitación alguna para el uso del mismo; pues tanto las prescripciones del tít. 13 de la Partida 3.^a, como las del tít. 25 de dicha Partida, se referían á las circunstancias del confesante, al objeto ó materia de la confesión y á las condiciones en que debía ser prestada ésta, dejando en libertad á las partes para utilizar dicha prueba, sin subordinarla á la concurrencia ó no de otros elementos probatorios.

Según dichas leyes, para que la confesión pudiera ser válidamente utilizada y surtiera sus efectos como tal medio de prueba, había de reunir las circunstancias siguientes:

1.^a Que el confesante fuera mayor de veinticinco años, y si era menor de dicha edad, pero mayor de catorce, que declarase con intervención de su curador, quedándole, sin embargo, á salvo, el beneficio de restitución *in integrum*, en caso de lesión (leyes 1.^a y 4.^a del tít. 13, y 3.^a del tít. 25 de la Partida 3.^a).

2.^a Que fuera hecha libre y espontáneamente, sin coacción física ó moral de ninguna clase (leyes 4.^a y 5.^a del tít. 13 de la misma Partida).

No sería distinta nuestra opinión en derecho constituyente; y,

3.^a Que fuera hecha á sabiendas ó con ciencia y conocimiento cierto de lo que se declara, y no por ignorancia ó error de hecho; pues el error de derecho no anulaba la confesión (las mismas leyes antes citadas).

4.^a Que el confesante declarase contra sí mismo ó para obligarse (ley 4.^a antes citada).

5.^a Que fuera hecha en juicio y ante Juez competente (la misma ley 4.^a, y la 2.^a, tít. 9.^o, y 4.^a, tít. 28, libro 11 de la Novísima Recopilación).

6.^a Que fuera hecha estando presente la parte contraria ó su Procurador (leyes 2.^a, 3.^a y 4.^a del tít. 13 de la Partida 3.^a), siendo de advertir, que si bien este requisito quedó sin efecto por la ley 2.^a del tít. 9.^o, libro 11 de la Novísima Recopilación, y por la de Enjuiciamiento civil de 1855, que permitían fuese recibida la confesión secreta y apartadamente, ha venido á ser restablecido por la vigente ley procesal, toda vez que exige la citación de la parte contraria, teniendo los litigantes el derecho de presenciarla, como resulta del art. 588.

7.^a Que recayera sobre cosa, cantidad ó hecho cierto y determinado (leyes 4.^a y 6.^a del tít. 13, Partida 3.^a); y

8.^a Que no fuese contra la naturaleza ni contra las leyes.

Estas eran las reglas establecidas en nuestra antigua legislación para regular la confesión en juicio, y por tanto, el juramento decisorio ó indecisorio, base de la misma.

La ley de Enjuiciamiento civil respetó y mantuvo ese estado de derecho, como tiene reconocido el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de Diciembre de 1876, al exigir para que la *conoscencia* tenga el valor y eficacia que como medio de prueba le atribuyen las leyes, que reuna todas y cada una de las condiciones y requisitos indicados, y como resulta además de las sentencias de dicho Tribunal de 4 de Octubre de 1860, 6 de Febrero de 1863, 5 de Mayo de 1865, 28 de Abril y 13 de Noviembre de 1866, 7 de Marzo de 1878 y 26 de Diciembre de 1879, y otras.

La ley procesal vigente consagra al régimen de esta prueba los arts. 579 á 595, ambos inclusive, pero todos ellos se refieren á la forma en que debe llevarse á efecto, sin que se establezca en los mismos ningún precepto nuevo, respecto á los requisitos de la confesión, más que el de haber de versar sobre hechos personales del confesante, para que éste pueda ser obligado á contestar las posiciones correspondientes (art. 587).

El Código civil, aceptando la doctrina corriente de antiguo en nuestro derecho, admitió también en su art. 1215 la confesión para la prueba de las obligaciones, no imponiendo ningún otro requisito para la validez y eficacia de la misma, que el que tenga capacidad legal para prestarla el confesante, que recaiga sobre hechos personales de éste y que no verse sobre hechos punibles ni sobre cuestiones acerca de las cuales no puedan transigir las partes.

De la exposición que queda hecha de las reglas por las que se ha regido y rige en nuestro derecho la prueba de confesión judicial, claramente resulta que en el mismo nunca se ha exigido para la admisión de ese medio probatorio, que cuente con otros elementos de prueba el proponente de la

en este sentido, diremos con Pothier (1), que nadie ha sabido como Vinnio demostrar lo racional de la solución.

Observa muy bien Laurent (2), que no vale decir que quien no posee pruebas no debe obrar en juicio; la ley no ha podido nunca negarle la acción en juicio, porque la parte que carece de pruebas, con todo, puede tener derechos que defender.

Por lo demás, ya que nosotros escribimos de derecho positivo, parécenos supérfluo entrar en un análisis que el texto de la ley haría innecesario.

234. Hay, además, otra cuestión que el texto de la ley excluye evidentemente.

Según nuestro Código, no es admisible la teoría de Domat (3), que declara no ser deferible el juramento sino cuando falta todo otro medio de prueba. Esta restricción es el criterio que *de hecho* regula la delación del juramento; pero *de derecho* no está escrita en la ley, y antes bien, está excluida terminantemente.

b) *La admisión de otros medios de prueba y la admisión del juramento.*

235. La proposición de medios instructorios, hecha por cualquiera de las partes, ¿quita á la parte que la hiciera ó al adversario el derecho de deferir juramento? Responderemos formulando algunas reglas de evidencia intuitiva, á saber:

1.^a No pueden experimentarse *simultáneamente sobre el mismo objeto*, el juramento decisorio y otros medios de prueba, por la sencilla razón de que, en este caso, el juramento dejaría de ser decisorio (4).

confesión ó el que defiere al juramento de su contrario la resolución del litigio ó la justificación de los hechos de su demanda.

Por el contrario, establecida la confesión en el art. 578 de la vigente ley de Enjuiciamiento civil y en el 1215 del Código civil, como uno de los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio sin subordinar su virtualidad y eficacia, ni menos la admisibilidad del mismo, á la concurrencia de ningún otro elemento probatorio, como consecuencia lógica de los principios y del espíritu en que se inspiraron dichas leyes, es de todo punto evidente que cualquiera de los litigantes puede utilizarle aunque no cuente con ningún otro principio de prueba, sin más limitaciones que las fijadas en los artículos antes citados del Código, y en los 565 y 594 de la ley de Enjuiciamiento civil. —(N. del T.)

(1) *Obligat.*, P. IV, cap. 3, art. 1, pár. 2, n. 914, p. 271 y sigs.

(2) XX, n. 232.

(3) *Lois civiles*, L, III, tít. 6, sec. 6, n. 2. En el mismo sentido véase la doctrina alemana citada por Gennari, *ob. cit.*, pár. 116, p. 428.

(4) Véanse, por ejemplo: Ap. Casalla, 3 de Noviembre de 1886 (*Giur. Cas.*,

2.^a En caso de delación simultánea, tiene preferencia el juramento decisorio (1).

3.^a Son deferibles, *simultánea* y *sucesivamente*, el juramento decisorio y otros medios de prueba cuando tengan *objeto distinto*, cosa que no es imposible, porque sabemos muy bien que el juramento puede deferirse para decidir *uno solo* de *muchos* puntos discutidos (2).

4.^a La admisión de cualquier medio instructorio hecha á instancia de la parte deferente ó aun de la contraria (3), ó de oficio, no impide como tal la delación sucesiva del juramento decisorio, admisible por su naturaleza sobre el mismo objeto, y recíprocamente, la *inadmisión* de cualquier medio instructorio, no impide, como tal, la delación sucesiva del juramento decisorio, admisible por su naturaleza sobre el mismo objeto.

Esta tesis ha sido repetidamente sancionada y defendida por la jurisprudencia. La Casación de Roma, dice (4): «Ninguna ley dispone que el juramento deje de poder ser propuesto, cuando, por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, se hubiese ordenado otra prueba. Y es que no podría dictarse tal disposición, que desconocería y negaría la virtud del juramento decisorio, el cual es admisible mientras el pleito se agita aun sobre la base de las pruebas y no haya pasado del dominio de las partes al del Juez, esto es, hasta que se termina el período de instrucción.»

1886, p. 358); Ap. Venecia, 5 de Septiembre de 1876, pon. Velsecchi (*Tem. Ven.*, 1876, p. 305); Ap. Brescia, 15 de Febrero de 1867, pon. Biagi (*Mon. Mil.*, 1867, p. 980). El código alemán (pár. 418-419), declara que el deferir, aceptar ó referir el juramento, no excluye para ambas partes el uso de otros medios de prueba.

(1) Ap. Catania, 17 de Agosto de 1883, pon. Alliata (*Giur. Cat.*, 1883, p. 161). No contradice cómo podría inferirse de una lectura superficial, la sentencia Ap. Trani, 28 de Mayo de 1901, est. Bellanbuoni (*Riv. Trani*, 1901, 855), puesto que decide un caso en el cual se pretendió un interrogatorio y subordinadamente un juramento decisorio. En contra: Gluck, *ob. cit.*, p. 196, párrafo 795. Pero sin razón, puesto que con la delación simultánea del juramento, la parte ha declarado su intención de someterse á su resultado; las otras pruebas sólo tienen en este supuesto un carácter subsidiario, y para el sólo caso de que el juramento decisorio no fuese admitido. Otro es el supuesto del juramento decisorio, deducido en vía subordinada (v., además, número 278).

(2) V. n. 191.

(3) Ap. Venecia, 8 de Mayo de 1883, pon. Bonasi (*Tem. Ven.*, 1883, p. 250).

(4) 14 de Abril de 1877, pon. Massari (*Mon. Mil.*, 1877, pág. 466).

A la observación hecha contra esta teoría, diciendo que quita el derecho á la contraprueba, responderemos que si la parte renuncia á una prueba para servirse del juramento, no hay necesidad de contraprobar con el mismo medio lo que con él dejara de probarse.

Y cuando, argumentando extrañamente el art. 345 del Código proc. civ., se afirma que la renuncia á un medio de prueba debe ser aceptada, se debe responder que la renuncia á los actos del juicio nada tiene que ver con la cuestión presente (1).

Para citar un ejemplo que ilustra la primera parte de la regla, diremos que la admisión del juramento supletorio, hecha ó con sentencia interlocutoria ó con sentencia definitiva condicionada, no impide la delación sucesiva del juramento decisorio sobre los mismos hechos, y si se admite que el juramento supletorio no tenga efectos definitivos, esto es, que pueda ser combatido con nuevas pruebas (2). Si se admite, como nosotros (3), que el juramento supletorio una vez prestado no es combatible con nuevas pruebas, entonces el juramento decisorio no es deferible después de la admisión del primero, porque no podría tener efectos diversos. Cierto es que el juramento decisorio es referible, y podría, por tanto, la parte contraria quererlo deferir con el fin eventual de verlo referido, y así ser Juez en la causa, puesto que con su ejecución hacía Juez al adversario.

Pero es fácil responder que quien defiere el juramento no puede invocar ni aducir como un derecho concreto la eventualidad de referirlo ó no; que el adversario jure ó refiera el juramento, es un derecho alternativo; por tanto, cuando la parte jura la eventual deferencia no padece lesión jurídica porque ha dado causa al hecho. Inferese de lo dicho, que la posibilidad de la referencia no autoriza á la parte para que pueda deferir un juramento en forma decisoria, que lo ha sido ya en forma supletoria, puesto que los efectos—en hipótesis—son idénticos.

Y ni siquiera habrá para la parte daño, puesto que si el adversario jura supletoriamente, es natural suponer que habría jurado decisoriamente; si no jura supletoriamente, sucumbe sin duda al-

(1) Véase la conclenzuda sentencia de la Corte de Venecia de 25 de Noviembre de 1879, pon. Gemma, (*Monit. Giur. Venez*, 1880, p. 13.

(2) V. además n. 547 y 548.

(3) V. además n. 549.

guna sin siquiera infringir á la contraparte la obligación de prestar un juramento referido (1).

Para citar un ejemplo que afirma la segunda parte de la última regla que hemos formulado, recordaremos que, según se ha sentenciado, la inadmisión de la prueba testifical no impide por sí la delación del juramento decisorio, naturalmente lícito sobre los mismos artículos (2) (a).

(1) Nuestra conclusión tiene autorizados contradictores. Entre ellos Mattiolo, quien no obstante opinar con nosotros que después de la prestación del juramento decisorio no son lícitas nuevas pruebas (v. además n. 549) equiparando así las dos especies de juramento, cree, por el contrario, que si el juramento supletorio fué admitido con sentencia definitiva condicionada, ya no es deferible el juramento decisorio, reputándolo en cambio deferible cuando se trata de una sentencia interlocutoria que admite un juramento supletorio; sea ella en grado de apelación ó de oposición después de una sentencia definitiva condicionada, pero no firme (v. II, n. 952-953, 5.ª edic.). No podemos aceptar esta opinión, la cual, aun cuando sostenga la identidad de los efectos entre los dos juramentos, nos parece contradictoria. No sabemos como puede distinguirse entre la cosa juzgada naciente de una sentencia interlocutoria—que sería provisional, y la que nace de una sentencia definitiva condicionada—que sería intangible. No admitimos nosotros la delación del juramento supletorio con una sentencia definitiva condicionada (v. n. 530); mas quien la admita debe ver una parte meramente interlocutoria, no susceptible, como la sentencia interlocutoria de pasar como fallo.

En la jurisprudencia encuéntrase decisiones variadísimas. Algunas sentencias admiten la delación del juramento decisorio después de haber sido firme la interlocutoria que ordena el juramento supletorio (v. Cas. Turin, 9 de Febrero de 1886, est. Grunaldi, *Giur. Tor.*, 1886, 225), pero en sentido contrario; Cas. Turin, 15 de Octubre de 1897, est. Gasperini (*Giur. Tor.*, 1897-1441). Otras lo niegan, si el juramento supletorio fué ordenado con sentencia definitiva condicionada; Ap. Turin, 16 de Octubre de 1882, est. Recchini (*Giur. Tor.*, 1883, 51). En cuanto á la delación del juramento decisorio después de la prestación del juramento supletorio, v. además n. 552.

(2) Cas. Turin, 30 de Junio de 1876, pon. Cervi (*Mon. Mil.*, 1876, p. 920), y conf. Laurent, XX, n. 257, p. 288. Decimos *naturalmente lícito*, porque si los capítulos del juramento hubiesen sido declarados ya impertinentes, serían, naturalmente, inadmisibles siempre. V. Ap. Casalia, 10 de Abril de 1886 (*Legge*, 1886, II, 491).

(a) En nuestro derecho procesal, la inadmisión de la prueba testifical, articulada sobre determinados hechos, no impide la delación del juramento decisorio para la justificación de los mismos; pues según hemos demostrado en la nota al núm. 233, nuestras leyes nunca han exigido para la admisión de la confesión ó del juramento, que el proponente contase con algún otro elemento probatorio. Por el contrario, la admisión de dicho medio de prue-