

c) *El experimento de otras pruebas y la admisión del juramento.*

236. ¿Qué influencia ejerce sobre la admisión del juramento decisorio, el hecho de agotarse los medios de prueba?

237. Distingamos.

Las pruebas experimentadas pueden haber dado resultado *indiferente*, *favorable* al que las dedujera ó *contrario*.

Si el resultado es *indiferente*, es como si nada hubiese probado, y entonces, según texto preciso del art. 1366, el juramento decisorio es admisible, por no poderse aceptar la teoría de que habló Paciano (1).

Ocurre especialmente esta hipótesis en materia de interrogatorio.

Presentado éste, puede suceder que no haya obtenido nada el que le defiere ni el que le presta, de suerte que el resultado ha sido indiferente. Entonces, puede deferirse juramento decisorio sobre los mismos capítulos que fueron objeto de interrogatorio (2).

Lo mismo puede decirse de la prueba testifical ó pericial que diera resultado indiferente (3).

238. Cuando el resultado fuera *favorable* ó *contrario* al deduciente, la solución, á nuestro modo de ver, es esta: tanto el que haya

ba puede producir, en algún caso, un impedimento ú obstáculo para que sea admitida la testifical.

Véase, en confirmación de ello, el art. 637 de la ley de Enjuiciamiento civil, según el que, no puede admitirse á ninguna de las partes la prueba de testigos para corroborar hechos probados por confesión judicial: prohibición que es debida al concepto que siempre ha tenido en nuestra legislación este especial medio de prueba.—(N. del T.)

(1) V. n. 233.

(2) Ap. Palermo, 20 de Abril de 1900, 17 de Diciembre de 1897 (*Foro Sic.* 1900, 265; 1898, 45); Ap. Perugia, 11 de Junio de 1877, pon. Salucci (*Bett.*, 1877, I, 2, 816); Ap. Venecia, 4 de Noviembre de 1887, pon. Federici (*Tem. Ven.*, 1887, p. 606, *motivos*); Cas. Turín, 17 de Junio de 1894, est. Nicolás (*Giur. Tor.*, 1894, 454); Cas. Turín, 8 de Febrero de 1884, pon. Galassi (*Giur. Tor.*, 1884, p. 289), 31 de Mayo de 1894, pon. Secco-Suardo (*id.*, 1894, p. 401). Análogamente las negativas espontáneas de la parte no hacen inadmisibile el juramento: Ap. Casalia, 2 de Diciembre de 1881, pon. Maioli (*Giur. Cas.*, 1882, p. 12), como no hacen inadmisibile el interrogatorio. V. vol. 1.º, n. 407.

(3) Ap. Turín, 29 de Agosto de 1883, pon. Deandrei (*Giur. Tor.*, 1884, página 16), y Ap. Casalia, 30 de Abril de 1883, pon. Bellavita (*Giur. Tas.*, 1883, p. 291).

probado su asunto, como aquel cuyo asunto quedó destruído por la prueba, pueden todavía deferir el juramento decisorio, siempre que la prueba experimentada no sea una prueba legal (1).

La cuestión nace especialmente en el caso en que la persona que defiriera el juramento fuese aquella cuya prueba hubiese quedado destruída, y es natural que sea así, porque el que cree haber probado sus afirmaciones, no arriesgará la victoria defiriendo juramento. Pero como la cosa no es imposible, nos parece oportuno su examen para que la teoría quede completa.

Se ha resuelto que es inadmisibile el juramento decisorio sobre un hecho que ya resulte de la confesión judicial de quien debiera jurar (2); estas sentencias se hallan enteramente de acuerdo con nuestra opinión, puesto que la confesión judicial es precisamente una prueba legal (a).

239. En cambio es grave el desacuerdo en la solución del caso inverso, á saber: si puede deferir juramento decisorio la persona cuyo asunto está plenamente probado (3).

(1) En otro lugar examinaremos la cuestión de si después de la admisión ó prestación del juramento supletorio es admisible el decisorio.

(2) Ap. Casalla, 29 de Julio de 1876, pon. Demarchi (*Legge*, 1877, I, 252); Cas. Turín, 26 de Agosto de 1885, pon. Provera (*Giur. Tor.*, 1885, p. 561). Conf. Laurent, XX, n. 260 hacia el fin, p. 296.

(a) También en nuestro régimen procesal es inadmisibile el juramento, y lo mismo todos los demás medios de prueba utilizables en juicio, respecto de aquellos hechos confesados ya por las partes, en cumplimiento de lo ordenado en el art. 549 de la ley de Enjuiciamiento civil, durante la discusión escrita, pues con arreglo á los artículos 565 y 566 de dicha ley, toda la prueba que se proponga ha de concretarse á los hechos fijados definitivamente en los escritos de réplica y dúplica, ó en los de demanda y contestación, y en los de ampliación en su caso, *que no hayan sido confesados* llanamente por la parte á quien perjudiquen; debiendo los Jueces repeler de oficio las que no se acomoden á dicho precepto. Por lo tanto, si una parte defiriese juramento decisorio ó indecisorio á la contraria sobre hechos reconocidos y confesados ya como ciertos en sus respectivos escritos, al fijar definitivamente los hechos objeto de la litis, deberá desestimarse dicha prueba; pero no por la razón de ser favorable ó contrario el resultado de otras que se hubieren practicado, sino por no haber materia para la prueba, con arreglo á la ley.—(*N. del T.*)

(3) No nos parece que esta cuestión deba subdividirse en dos, según que la persona á quien se defiera juramento tenga para sí un principio de prueba ó una prueba verdadera. Esta distinción formal, hecha por Mattiolo (II, n. 861), supone la apreciación del Magistrado, cosa que es posterior, por lo

240. Nosotros creemos que, prescindiendo del prejuicio tradicional de algunas sentencias y la influencia inevitable, y quizá útil, de las varias clases de hechos, la incertidumbre se deriva de un conocimiento poco profundo del mecanismo probatorio.

Esto se manifiesta hasta en el modo poco preciso en que algunos escritores y sentencias plantean la cuestión, y en la inexactitud con que se atribuye á los autores y sentencias que se han ocupado de ella, una ú otra de las varias opiniones posibles.

Ante todo, es evidente que la cuestión no debe surgir cuando las pruebas del hecho sobre el cual quiere deferirse juramento no son plenas, ó, lo que es lo mismo, decisivas.

En segundo lugar, es de advertir que la cuestión tampoco surge tratándose de las demás pruebas no preconstituídas, porque el Juez puede siempre reclamar su admisión considerándolas innecesarias (1).

Debemos aludir, por último, á una opinión prejudicial, según la cual la cuestión no es susceptible de solución en regla general. Se trataría de una cuestión de pura apreciación y todo dependería del arbitrio del Juez, el cual podría admitir ó negar el juramento, según los casos (2).

Esta solución, que eliminaría toda duda doctrinal, parécenos que no debe acogerse.

Verdad es que está motivada por el laudable intento de hacer prevalecer criterios prácticos adaptables á cada caso; pero cambiando el carácter de la cuestión, parte de ideas inexactas sobre la índole del juramento y la clasificación de las pruebas.

El juramento es una prueba legal, y se defiere para hacer depender de ella la solución de la controversia (1363, n. 1, Cód. civ.); las pruebas, atendido su objeto, se distinguen, incluso por las leyes vigentes, en pruebas plenas, *ope legis*; en pruebas cuya eficacia se confía á la apreciación del Juez, y pruebas cuya eficacia, *minus plena*, está precisada por la ley (3).

La teoría indicada arriba no tiene en cuenta estos principios

cual nosotros creemos que la cuestión debe resolverse con el criterio de la prueba legal plena y la que no lo es, bien sea ésta luego valuable como principio de prueba ó como prueba plena moral.

(1) V. vol. I, n. 168.

(2) Esto es lo que dice en Francia Larombière (art. 1361, n. 6), y entre nosotros Bertolini (*Tem. Ven.*, 1887, p. 258).

(3) V. vol. I, n. 341.

que son fundamentales é indiscutibles en el derecho probatorio; queriendo ser eminentemente práctica, no ha sido nunca acogida, ni siquiera indicada, por ninguna sentencia; y este hecho, por sí solo, es un poderoso argumento en contrario.

241. La cuestión, pues, no es de especies, sino de principios; es cuestión de derecho, y no de apreciación.

En el derecho canónico hay una regla positiva (cap. sicut 2 *extra de probat.*), de suerte que entre los intérpretes de este derecho no hay duda alguna sobre la inadmisibilidad del juramento: «*Si jam plene per eum, cui defertur, intentio rel exceptio, super qua iusjurandum defertur, probata sit*» (1).

En el derecho pontificio (pár. 750) se admitía juramento, incluso contra la confesión judicial de la parte, no obstante ser ésta una prueba legal.

En nuestro derecho, las opiniones pueden reducirse á las siguientes:

1.^a Una vez que el Juez ha formado convencimiento de que la prueba es plena, el juramento deja de ser admisible.

2.^a Aun cuando las pruebas practicadas le hayan convencido plenamente, el Juez debe admitir siempre el juramento decisorio.

3.^a La cuestión debe resolverse, distinguiendo: ó las pruebas son, por virtud de la ley, pruebas plenas, y entonces el juramento es inadmisibile; ó no, por estar las pruebas encomendadas á la apreciación del Juez, y entonces, éste, cualquiera que sea la convicción que haya formado, debe admitir el juramento (2).

(1) Vœt, L. XII, tít. 2.º, n. 15, p. 507; Ponikau (*ob. cit.*, pár. LVIII, p. 105, 106). Gluck (*ob. cit.*, n. 735, p. 192). Igualmente, según el código alemán (párrafo 411), «no es admisible el juramento deferido sobre hechos que el Tribunal estima probados en sentido contrario». En sentido precisamente contrario v. *Cod. proc. civ.* griego, art. 351.

(2) No es fácil, sin un examen concienzudo de los escritores y sentencias, indicar la teoría exacta de cada uno.

En cuanto á las sentencias, no hemos encontrado una sola aceptando la admisibilidad del juramento decisorio, cuando contra el hecho objeto del juramento hubiera pruebas plenas, *ope legis* (documento público, art. 1317, Cód. civ.; documento privado reconocido ó legalmente considerado como reconocido, art. 1320, Cód. civ.; confesión judicial, art. 1356, Cód. civ.). Y las sentencias son: Cas. Roma, 19 de Octubre de 1900, est. Rocco Lauria (*Cort. Sup. Roma*, 1900, II, 336), que admite al confeso á diferir el juramento decisorio al adversario; Ap. Génova, 28 de Octubre de 1902, est. Magliani

Nosotros seguimos la tercera opinión, y para demostrar su exactitud, refutaremos, ante todo, la opinión de la absoluta inadmisibilidad y la de la admisibilidad absoluta, demostrando que ésta

(*Foro ital.*, 1903, I, 41), que admite el juramento decisorio cuando va contra el hecho el contenido de una escritura privada reconocida.

Respecto á las pruebas cuya apreciación está confiada al criterio inenurable del Juez de fondo (prueba testifical), la jurisprudencia está dividida. Pero conviene, ante todo, excluir de la enumeración las sentencias que consideran admisible el juramento cuando el hecho sobre que debe prestarse está probado sólo *suficiente ó parcialmente*. Ap. Génova, 17 de Abril de 1891, pon. Adami (*Foro ital.*, 1891, I, 1150); Cas. Roma, 21 de Abril de 1887 (*Mon. Trib.*, 1887, p. 566); Cas. Turín, 28 de Mayo de 1899, est. Serra (*Foro ital.*, 1899, I, 997); Cas. Turín, 14 de Septiembre de 1876 (*La Legge*, 1877, I, p. 85). Como ya hemos dicho, la cuestión no es posible en este caso. Las sentencias que admiten el juramento contra la *prueba plena moral contraria*, son las siguientes: Cas. Turín, 19 de Marzo de 1898, est. Favini (*La Procedura*, 1898, 525); Cas. Turín, 1.º de Junio de 1886, pon. Dionisotti (*Bett.*, XXXVIII, I, 1, 595); 6 de Diciembre de 1884, pon. Pinelli (*Giur. Tor.*, 1885, p. 81); 19 de Octubre de 1883, pon. Pasini (*Bett.*, XXXVI, I, 1, 267); 7 de Julio de 1883, pon. Gallassi (*Giur. Tor.*, XX, p. 987); 2 de Julio de 1883, pon. Basteris (*Giur. Tor.*, XX, p. 837); 21 de Diciembre de 1877, pon. Secco Suardo (*Foro ital.*, 1878, p. 155); 13 de Diciembre de 1877, pon. Secco Suardo (*La Legge*, 1878, I, 512); 18 de Marzo de 1871, pon. Prato (*Giur. Tor.*, VIII, 298); 14 de Junio de 1867, pon. Gervasoni (*Bett.*, XIX, I, 439); Ap. Turín, 23 de Agosto de 1883 (*Bett.*, XXXV, II, 702); 19 de Mayo de 1891, pon. Secco Suardo (*Bett.*, XLIII, II, 597); 22 de Febrero de 1864, pon. Sciofla (*Giur. Tor.*, I, 137); Cas. Roma, 17 de Mayo de 1904, est. Ricobono, rel. Basile (*Foro ital.*, 1904, 469); Cas. Roma, 14 de Abril de 1877, pon. Massari (*La Legge*, 1877, I, 676); Cas. Náp., 27 de Marzo de 1889 (*Foro ital. Rép.*, 1889, palabra (*Giur. civ.*, n. 8); Ap. Venecia, 5 de Junio de 1900, est. Morgante (*Tem. Ven.*, 1900, 363); Ap. Venecia, 19 de Junio de 1883, pon. Dei Bei (*Bett.* XXXV, II, 595); Ap. Trani, 1.º de Marzo de 1887, pon. Surrentino (*Riv. Giur. Trani.*, 1887, p. 501); Ap. Milán, 18 de Julio de 1893, pon. Cappa (*Mon. Mil.*, 1893, p. 325); Ap. Catania, 17 de Julio de 1899 (*Giur. Cat.*, 1899, 158); Ap. Génova, 28 de Julio de 1894 (*Tem. Gen.*, 1894, 533).

Por el contrario, no admiten el juramento contra la *prueba plena moral contraria*, las sentencias: Cas. Fl., 17 de Mayo de 1897, est. Salucci (*Foro ital.*, 1897, I, 933); Cas. Fl., 16 de Mayo de 1892, pon. Banti (*Tem. Ven.*, 1892, p. 351); 4 de Diciembre de 1890, pon. Antolini (*La Legge*, 1891, I, p. 298); 10 de Junio de 1889, pon. Puppa (*Bett.*, 1889, p. 480); 24 de Marzo de 1887, pon. Antolini (*Bett.*, XXXIX, I, 1, 474); 21 de Diciembre de 1876, pon. Bisci (*Ann.*, 1877, p. 95); Ap. Ancona, 29 de Marzo de 1879 (*Foro ital.*, 1879, *Rép.*, palabra *Giur. civ.*, número 11); Ap. Venecia, 29 de Mayo de 1900, est. Galeotti (*Foro ital.*, 1900, I, 1054); Ap. Venecia, 15 de Diciembre de 1887, pon. Federici (*Tem. Ven.*, XIII, 144); 9 de Marzo de 1876, pon. Borsari (*Bett.*, XXIII, II, 567); Ap. Cagliari, 1.º de Julio de 1857 (*Gazz. Trib.*, IX, 465); Ap. Palermo, 20 de Septiembre de 1872 (*La Legge*, XII, I, 960); Ap. Casalla, 7 de Junio de 1892 (*Giur. Cas.*, 1892, p. 557); Ap. Roma, 6 de Diciembre de 1893 (*Riv. univ.*, 1894, 134), y algunas

debe aceptarse en caso de preexistencia de pruebas morales plenas.

242. Los mantenedores de la inadmisibilidad absoluta del juramento, ante la prueba plena en contrario, dicen:

a) La *equidad* y la *economía de los juicios* quedarían violadas, si se hiciese jurar al que ya hubiere probado sus alegaciones. Lo contrario crearía injustas molestias, favorecería la malicia y consentiría un medio probatorio supérfluo, abusivo, caprichoso y cansado,

sentencias menos recientes de las Cortes de Apelación piamontesas, poco notables por su motivación.

En cuanto á los escritores; difícil es decir cuáles han tenido presente la distinción entre la preexistencia de pruebas legales plenas y la preexistencia de simples pruebas morales plenas.

La distinción parece haber sido entrevista por Durantón (VII, n. 579); pero quien explícitamente la hizo fué Mattirolò (II, 5.^a edic., n. 859 y sigs.), habiéndola acogido luego Cuzzeri (III, art. 220, n. 7, p. 62), y Martinelli (*Ann. proc. civ.*, palabra *juramento*, p. 363), los cuales sostienen la tercera opinión indicada en el texto; opinión que la Casación de Turín (21 de Diciembre de 1877, citada) tuvo ocasión de afirmar expresamente diciendo que sólo es inadmisibile el juramento decisorio cuando se contradice un hecho que la ley misma eleva á verdad jurídica. La distinción parece acogida por la Casación de Roma, 18 de Octubre de 1893 (*Tem. Rom.*, 1893, 497), habiéndolo sido también por el Tribunal de Lucca, 25 de Abril de 1903, est. Gini (*Giur. ital.*, 1903, II, 448), que rechazan el juramento decisorio deferido por quien resulta deudor en virtud de escritura privada reconocida. El Abogado Busatti (*Foro ital.*, XVI, I, 1150), recuerda esta distinción y la rechaza, sosteniendo la primera opinión.

Entre los demás escritores, siguen la segunda opinión de la inadmisibilidad absoluta: Mascardo, *ob. cit.*, II, concl. 955, n. 19-20; Ricci (*Prove*, n. 275; p. 486); *Tod. proc. civ.*, II, n. 184, p. 162); Gargiulo (*Cod. proc. civ.*, II, art. 220, n. 8, p. 54); Vita Levi, *ob. cit.*, pár. 22, p. 43); Sabbatini (*Foro ital.*, 1878, I, 155); Carberlotto (*Mon. Trib.*, 1883, p. 944); Laurent *Principes*, XX, n. 242, p. 274); Dalloz (*Rép.*, v. *Obligat.*, n. 5244); Marcadé, art. 1358 á 1360); Bonnier, *ob. cit.*, n. 346); Boncenne (*Chéorie*, II, p. 404); Chauveau (*Suppl.*, quest. 502-505); Bioche (*Dict.*, palabra *Sérment*, n. 40); Tortori (*Bett.*, XLIII, IV, p. 281); Venzl su Pacifici-Manzoni (*Instit.*, II, 4.^a edic., p. 758, letra g).

Siguen la opinión contraria: Piccaroli (*Giur. Tor.*, 1883, p. 804); Pescatore (*Sposiz. compend.*, I, p. 259); Borsari (*Comm. proc. civ.*, I, n. 220, p. 316); Saredo (*Istit. di proc. civ.*, I, 431); Pacifici-Mazzoni (*La Legge*, 1871, I, 452); Farinata (*Giorn. Trib.*, 1878, p. 685); Aubry y Rau (VI, pár. 513); Lomonaco (*Delle obbl.*, III, p. 508); De Petris (*Proc. civ.*, p. 534); Ferruci (*Foro ital.*, V, p. 900). En este sentido es unánime la jurisprudencia francesa (v. Fuzler y Darrás, *Cod. civ. an.*, 1358, n. 58).

La misma opinión era *communis* en los antiguos doctores, según referen Ab Ecclesia (*Obs. for.*, I, obs. 58, n. 11 y 27); Bertolotti (*Istituz.*, IV, n. 344); Donello, cap. *De iureiurando*, cap. 13, n. 16.

al cual recurriría, por puro espíritu de vejación, el litigante desprovisto de pruebas (a).

b) Que es contrario á los *principios del derecho probatorio*; porque si es verdad que los arts. 1366 del Código civil y 220 del Código procesal civil, dicen que el juramento es deferible en todo estado y grado de la causa, aun no existiendo principio de prueba, con todo, considerado el juramento por la ley como un medio de prueba, está sujeto á los principios generales del derecho probatorio.

(a) En nuestra legislación, si bien la confesión judicial es un medio de prueba como los demás admisibles en juicio, tiene, sin embargo, la especialidad de poder ser utilizada fuera del período probatorio.

La anterior ley de Enjuiciamiento civil, de acuerdo con las leyes 1.^a y 2.^a del tít. 12 de la Partida 3.^a y con la jurisprudencia constante de los Tribunales, ordenó, en su art. 292, que todo litigante estaba obligado á declarar bajo juramento, en cualquier estado del juicio, desde que fuera contestada la demanda hasta la citación para sentencia; y si bien la nueva ley, para evitar las dilaciones y abusos á que dicho sistema se prestaba, y además, por haber dado á los reconocimientos hechos en los escritos de demanda y contestación, réplica y dúplica, el mismo valor que á la confesión judicial, modificó el primero de los términos de dicho período, dejó subsistente el segundo, y por lo tanto, puede darse el caso de apelarse á la confesión judicial después de salir el juicio del trámite de las pruebas y en todo el tiempo transcurrido desde la conclusión de dicho período hasta la citación para sentencia. Y si alguna de las partes así lo hiciere, no habría más remedio que acceder á ello, aunque el colitigante á quien se defiera el juramento hubiera justificado ya en el período probatorio sus alegaciones; pues de lo contrario se mermarían los derechos de la defensa respecto de la parte que hasta entonces no hubiera podido estar en condiciones de deferir el juramento, y violados quedarían la disposición del art. 579 de dicha ley y los principios de justicia en que debe inspirarse toda contienda judicial.

No por eso puede decirse que con tal proceder se crearían injustas molestias y se favorecería la malicia, consintiendo un medio probatorio superfluo, abusivo y caprichoso, como alegan los sostenedores de la inadmisibilidad absoluta; porque la ley procesal, procurando previsoramente evitar esos inconvenientes, ha autorizado á los Jueces para repelar de oficio, con arreglo al art. 566, todas aquellas pruebas que á su juicio sean impertinentes ó inútiles.

La confesión judicial, como medio probatorio que es, está sujeta en tal concepto á la regla general consignada para toda clase de pruebas en el citado art. 566, y por lo tanto, si caprichosa, abusiva, innecesaria ó superflua-mente se defiriese el juramento ó la confesión por alguna de las partes, el juzgado habría de repelar dicha prueba como impertinente ó inútil, y no llegaría el caso, que se dice, de crear injustas molestias al colitigante ó de favorecer la malicia ó la mala fe del que acudiese indebidamente á dicho medio probatorio.—(N. del T.)

Ahora bien: á la manera que es inadmisibile, á pesar de no haber prohibición expresa, el juramento relativo á hechos no discutidos ó no relevantes, así debe también serlo el que se refiere á hechos que, una vez probados, dejan de ser discutidos para el Juez (a).

c) Por la *indole del juramento*. En este punto observan: c¹) La teoría contraria pretende basarse en que, siendo el juramento la prueba por excelencia, conviene que se pueda recurrir siempre á ella como *ultimatum*. Esto no es exacto: el juramento como medio de prueba, produce efecto igual al de los demás medios probatorios; luego una vez excluido un hecho, á consecuencia de la práctica de una prueba, no se debe volver á ponerle en discusión, reduciendo á estado incierto lo que quedó realmente comprobado. c²) La ley considera desfavorablemente el juramento, el cual se sostiene, más que por nada, por la fuerza de la tradición, la costumbre y el prejuicio; admisible cuando es supérfluo, es cosa que debe repudiarse.

d) Por la *igualdad de las partes en el juicio*. Se observa: la teoría contraria perjudicaría en dos maneras á la igualdad de las partes en el juicio. Ante todo, mientras la parte que carece de prueba en su favor puede referir el juramento que la defiera, el que ha probado sus alegaciones no podría hacerlo. Además, si se dice que la

(a) Véase lo expuesto en la nota al núm. 238. Según entonces dijimos, las pruebas tienen que concretarse, por precepto expreso del art. 565 de la ley de Enjuiciamiento civil, á los hechos que no hubiesen sido confesados llanamente por la parte á quien perjudiquen, y además, han de ser pertinentes y útiles. Por lo tanto, si se tratase de un hecho no discutido, la prueba que para su justificación se propusiere no estaría autorizada por la ley, y tanto por este concepto, como por resultar notoriamente inútil, debería ser repelida, con arreglo al art. 566. Lo mismo decimos si el hecho que se tratase de probar no tuviera relación con las cuestiones que constituyesen la materia de la litis, ó no ejerciera influjo para la decisión del juicio, pues entonces, como impertinente, tendría que ser desechada dicha prueba, según el mismo artículo antes indicado.

Pero si bien resulta justa esta limitación en la admisión de la prueba cuando se trata de hechos no discutidos ó inadecuados ó impertinentes, no se encuentra en dicho caso el juramento que se desiriese al litigante que hubiere probado ya los hechos en que funde su acción ó su excepción, pues con esa contraprueba puede quedar desvirtuada la justificación anteriormente hecha, y por el sólo hecho de su alegación, vienen á quedar controvertidos y puestos en discusión y controversia los hechos indicados, y por consiguiente, la sola consideración de tener dicha parte probadas ya sus alegaciones, no puede ser una razón admisible para desechar las pruebas aducidas en contrario.—(N. del T.)

parte que defiere juramento á la que ha probado sus afirmaciones muestra tener gran seguridad en su derecho, se estimula á los litigantes á deferir juramento, alterándose de este modo el libre uso de los medios probatorios, y favoreciéndose el perjurio.

e) Por el *derecho histórico*, en que se admitía la máxima, que hoy no está derogada expresamente: *qui intentionem suam probatam habet, non tenetur amplius iurare*.

243. En muchos de los argumentos contrarios, es fácil, sin necesidad de una crítica muy sutil, descubrir la petición de principio. Cuando se dice que admitir el juramento contra la prueba contraria, es inútil, vejatorio, cansado, etc., se parte de la máxima —que es precisamente el *demonstrandum*—de que pueda el Juez considerar útiles y concluyentes, pruebas que impugna una de las partes, defiriendo juramento.

En segundo lugar, no es menos evidente que la teoría contraria invoca principios genéricos y elásticos, sin apoyarse en ningún artículo de la ley; llevada al derecho positivo, procura salir de él con habilidad.

Después de estas advertencias generales, he aquí cómo creemos que puede refutarse la teoría que combatimos, empleando argumentos directos y discutiendo los que aducen sus defensores.

La ley, cuando habla de juramento, evidentemente le considera como medio de prueba; y como la ley no establece en parte alguna reglas generales sobre la admisión de cada prueba, aquellas que dispone para alguna de ellas, deben entenderse como síntesis completa de la voluntad legislativa y excepción absoluta de los principios doctrinales, sancionados por la ciencia y la costumbre.

Después de esto, no diremos que las restricciones impuestas por la ley á la admisibilidad del juramento sean taxativas, porque expresaríamos algo equivalente á una petición de principio; pero sí diremos que como el legislador sabe que el juramento es una prueba y conoce los principios doctrinales de ésta, entre los cuales es uno el de que no se admitan más pruebas, cuando el hecho, en opinión del Juez, está probado ó excluido, al reglamentar la admisibilidad del juramento, no puede menos de decir, expresa y enteramente, su voluntad. Así, pues, las restricciones expresadas en los artículos 1364 y 1365 del Código procesal civil, deben ser las únicas que el legislador ha querido consagrar. En cuanto á las demás pruebas, el hecho de no haber expresado restricciones especiales, significa que dejó intactos los principios doctrinales.

Con estas observaciones nos parece haber respondido á todos los argumentos contrarios, exceptuando los citados en las letras *c*², *d* y *e*. Ocupémonos de cada uno de éstos.

Que el juramento le mire la ley desfavorablemente, es completamente cierto; pero no por esto se debe creer que la ley le haya sometido á medidas restrictivas (*a*).

Decir que debe rechazarse un juramento superfluo, es, lo repetimos, una petición de principio.

En cuanto á la igualdad de las partes en el juicio, ignoramos de dónde se ha sacado el principio que prohíbe referir juramento al que ha probado sus afirmaciones. Respecto á los cálculos psicológicos sobre la moralidad de las partes contendientes, es notorio que pueden muy bien invertirse, puesto que el hecho del que, en contra de las pretendidas pruebas plenas, desfiere juramento, puede ser considerado por el Juez favorable ó desfavorablemente.

Además, nuestra conclusión viene en socorro de la verdadera igualdad de las partes, facilitando al que carece de pruebas que oponer al adversario, la suprema prueba del juramento decisorio; prueba que, si se negara, equivaldría á que la ley desarmara á esta parte en el momento en que el adversario se dispone á atacarla.

Respecto al derecho histórico, Busati ha demostrado hasta la evidencia, en su doctísima nota, que la máxima *qui intentionem*, etc., era, más que una regla, un consejo dado al Juez; y, además, como regla se refería al juramento supletorio y no al decisorio.

Bueno fuera que recordasen esta demostración las sentencias que, con deplorable superficialidad, se apoyan en la citada máxima.

244. Todavía se pueden añadir argumentos directos en contra de la teoría opuesta.

Si el Código ha conservado el juramento, ha sido en beneficio de la parte que, falta de otras pruebas, quiera recurrir á la última tentativa. Ahora bien: ¿cómo considerar inútil un medio que puede conservarse como última esperanza por el que se ve amenazado de una condena injusta, aunque legal, aparentemente?

(*a*) En nuestra legislación no tiene otras restricciones la confesión y el juramento, más que la general, establecida respecto de todos los medios probatorios en el art. 566 de la ley de Enjuiciamiento civil, y además, las especiales consignadas en los arts. 1231 y 1237 del Código civil y en el 594 de la citada ley procesal, según el que no pueden exigirse nuevas posiciones sobre hechos que hayan sido una vez objeto de ellas, ni exigirse más de una vez por cada parte después del período de prueba.—(*N. del T.*)

Si el adversario tiene razón, jurará con la conciencia tranquila, no sufrirá perjuicio alguno por esta breve demora; pero en caso contrario, se encontrará ante la pena del perjurio. Basta la posibilidad de esta alternativa, que puede resolverse en el triunfo de la verdadera justicia, para conservar la deferibilidad del juramento, incluso á la parte que hubiere probado

En segundo lugar, conviene tener presente la gravedad de los efectos del juramento: cuando se ha jurado, el Juez comprueba la materialidad del hecho y decide; el juramento, pues, es cosa gravísima y de consecuencias extraordinarias, por cuya razón no es ilógico decir que, si por una parte produce efectos tan resolutorios, por otra no debe prohibirse que se obtengan sin que la prohibición se halle en la ley.

Al modo que prestado el juramento decisorio no sería admisible otra prueba en contrario, así tampoco merecen atención en contra del juramento deferido las pruebas anteriormente practicadas.

En tercer lugar, es evidente que el Juez, por deber propio, debe preferir la decisión de la causa cuando se halle en aquel conjunto de condiciones en el cual ha desaparecido toda posibilidad de duda. El juramento le dará la absoluta certidumbre legal, que en vano buscaría en las demás pruebas morales. Verdad es que puede darse el caso de que el Juez esté convencido de que el que jura, jura en falso; pero no lo es menos que la víctima, mediante perjurio, es fruto del querer del que sucumbe y de lo dispuesto en la ley, de suerte que el ánimo del Juez se halla exento de toda perplejidad.

Por consiguiente, es claro que ante pruebas morales idóneas, el Juez no puede rehusar la prueba contraria legal que se le ofrece teniendo una eficacia superior.

No es de olvidar que antes de la sentencia definitiva no puede decirse en modo alguno que un asunto está probado, porque si es cierto que en virtud de la sentencia que reconoce la influencia decisiva de las pruebas practicadas, el éxito favorable de éstas no puede menos de ir acompañado del resultado favorable del pleito, también lo es que aun no se hallaba comprobado tal resultado de las pruebas, puesto que éste depende de la apreciación del Juez, y podía darse el caso de que el Juez encontrase que el éxito de las pruebas no correspondía á la intención del autor, ó que, correspondiendo sólo en parte, él mismo se encontraría en la necesidad de recurrir al juramento supletorio.

Para concluir, recordemos que el juramento es admisible en todo estado de la causa (art. 136^o, Cód. civ.; 220, proc. civ.), y que, por consiguiente, no puede rechazarse mientras la instrucción se halla abierta; y que el juramento, ó es una prueba, y entonces siempre es lícito contra ponerla á otras, ó es una transacción, y entonces nadie prohíbe transigir cuando se tiene la probabilidad de perder ó ganar el pleito.

245. Consideramos errada, por consiguiente, la teoría que declara absolutamente inadmisibile el juramento contra la prueba plena contraria.

Pero declararemos también que esta teoría debe acogerse cuando contra el juramento existen pruebas legales.

Y aquí es preciso expresarse con exactitud, declarando que por pruebas legales entendemos aquellas á que el Juez reconoce tal cualidad.

La confesión es prueba legal, pero es menester que el Juez reconozca en ella la cualidad de confesión.

El instrumento público es prueba legal, pero conviene que el Juez reconozca la validez de su parte extrínseca y la eficacia probatoria de la intrínseca (1).

Pero dada una prueba legal, es decir, una prueba que no admite prueba en contrario, es absurdo admitir el juramento, que no es sino una especie de prueba, al menos, según el Código dice, cuyo juicio sobre la esencia del juramento no debe olvidarse en una cuestión de interpretación (a).

(1) V. vol. I, n. 340.

(a) En nuestro sistema de enjuiciar, no existe realmente esa incompatibilidad entre las pruebas legales y las simples. Por el contrario, los litigantes pueden utilizar conjuntamente todos los medios de prueba establecidos en el artículo 578 de la ley de Enjuiciamiento, con la sola excepción que hemos indicado ya en anteriores notas respecto á la prueba de testigos, la cual no puede ser admitida con arreglo al art. 637 de la misma, cuando se alegare para corroborar hechos probados ya por confesión judicial. Por consiguiente, aunque por documentos públicos ó por cualquier otro medio de prueba igualmente idóneo y eficaz resultare probado un hecho, no podría ser obstáculo esto para que *en su contra* pudiera aducirse, no sólo el juramento, sino todos los demás medios de prueba admisibles, en juicio; pues como tenemos dicho, nuestra ley procesal no reconoce esas pruebas legales, previamente establecidas, que no admiten prueba en contrario.

El Código civil, sin embargo, ha venido á establecer un caso en que parece posible la incompatibilidad, y por lo tanto, la inadmisibilidad de la prueba. En efecto, al legislar acerca de la prueba de las obligaciones, admi-

Con todo, dice Busati, que combate la teoría seguida por nosotros, distinguir entre pruebas simples y pruebas legales complica más todavía las dificultades é incertidumbres.

No nos parece que debe temerse este inconveniente, porque esta distinción la hace la ley, y en cuanto á su aplicación no caben dudas.

Pero, añade Busati, la ley prohíbe expresamente el juramento contra el instrumento público, que hace prueba legal, y no le prohíbe contra las demás pruebas legales.

Para responder al anterior sutil argumento, serviría el aforismo: *ubi eadem ratio legis, ibi eadem dispositio*; pero prescindiendo de estas armas gastadas de la hermenéutica escolástica, es evidente que la razón de la ley viene en socorro nuestro, mientras subsista en el Código la separación entre la prueba moral y la legal.

Ni vale decir que puede ser una necesidad de justicia probar el error de hecho de la parte confesa, puesto que, ello sería un error subjetivo del deferente, y no un hecho propio de aquél que debe jurar. Lo mismo debe decirse de las deficiencias de la voluntad de quien quisiere oponer con el juramento del adversario, las resultancias de una escritura privada ya reconocida.

C.—EL GRADO DE LA CAUSA Y LA DELACIÓN DEL JURAMENTO

246. Sobre la deferibilidad *ex novo* del juramento en los juicios de apelación y devolución, no hay duda alguna. Ya sabemos que en los juicios de apelación y devolución son inadmisibles pruebas nuevas (1): ahora bien: siendo el juramento una prueba, evidente-

tió en su art. 1215 como uno de los medios utilizables para ello, las presunciones, y reprodujo en cierto modo la antigua distinción entre presunciones *juris et de jure* y presunciones *juris tantum*; pues si bien consignó en su artículo 1251 la regla de que las presunciones establecidas por la ley pueden ser destruídas por la prueba en contrario, exceptuó de su precepto aquellos casos en que la misma expresamente lo prohibiese. Por lo tanto, alegándose para probar una obligación una excepción de aquellas que no admitan prueba en contrario, tendrá que ser desechado el juramento y los demás medios probatorios que para su impugnación fueren propuestos, pero debe tenerse en cuenta que, como ha dicho un autorizado comentarista de nuestra legislación procesal, la presunción de derecho ó *juris et de jure* no es, en rigor de principios, un verdadero medio de prueba, sino una declaración que hace la ley del derecho de las partes en la cual ha de fundarse el fallo: es decir, que puede juzgarse por presunción, pero que no debiera admitirse como medio probatorio, como tampoco debe admitirse la prueba del derecho (*N. del T.*)

(1) V. vol. I, n. 204 y 224.

mente es inadmisibile. Por otra parte, el Código civil declara que el juramento es admisible en todo grado de la causa (a).

247. Pero se discute, si deferido en un primer juicio juramento decisorio y declarado inadmisibile en la fórmula propuesta, cuando la sentencia correspondiente sea llevada en apelación, la parte apelante podrá proponer fórmula nueva.

Algunos sostienen la opinión negativa para el caso de que la sentencia apelada se limitara á ordenar nueva instrucción después de haber rechazado el juramento (1).

Nosotros no aceptamos esta solución, porque es regla cierta que la sentencia que, rechazando un medio de prueba, ordena ulterior instrucción, es apelable, y en el juicio de apelación se pueden suministrar nuevas pruebas (2).

Si esta solución es cierta, incluso en el caso de sentencia que se limite á ordenar ulterior instrucción, lo es mucho más todavía cuando la sentencia que rechaza el juramento haya fallado en cuanto al fondo.

Reproducir el juramento con fórmula correcta, es, en este caso, un derecho evidente (3).

§ 5.—ACTUACIÓN DEL JURAMENTO

SUMARIO

248. Períodos de la actuación del juramento.

A.—Primer período: desde la delación hasta la admisión.

249. División de la materia.

a) *Requisitos personales.*

250. No el Juez, sino sólo las partes, pueden deferir el juramento decisorio.

251. El tercero que interviene en el pleito, ¿tiene capacidad activa y pasiva respecto al juramento?

252. Capacidad activa y pasiva del tercero embargado y del deudor embargado.

253. Distinciones á este efecto: convenio entre el tercero y el deudor.

(a) Nuestra ley de Enjuiciamiento civil admite la prueba en la segunda instancia, si bien limitándola á los cinco casos establecidos en el art. 862 de la misma.—(N. del T.)

(1) Dirección de la *Giur. Tor.*, 1886, p. 512, nota.

(2) V. vol. I, n. 126.

(3) La tesis contraria fué siempre rechazada por la jurisprudencia. V. Turín, 23 de Abril de 1886, pon. *Giusto Giur. Tor.*, 1886, p. 152; Ap. Génova, 23 de Febrero de 1883, pon. Martemucci (*Bett.*, 1883, II, col. 209).

- 254. Disconformidad entre ambos.
- 255. La delación del juramento debe ser obra personal de la parte (art. 221, Cód. proc. civ.).
- 256. Si necesitan poder especial los Procuradores del Erario.
- 257. Facultad general de deferir juramento.
- 258. Doctrina y jurisprudencia.
- 259. El poder no debe contener la fórmula.
- 260. La producción del poder debe ser simultánea á la delación.
- 261. Firma de la parte en el escrito.
- 262. Si es deferible el juramento en el acto de citación.
- 263. Delación verbal del juramento.
- 264. Ratificación. Delación en apelación.
- 265. Notificación por original del escrito en que se ha deferido juramento.
- 266. Delación de juramento ante Juez único.
- 267. Presentación personal en el escrito en que se defiere juramento.

b) *Requisitos formales.*

b¹) *Forma extrínseca.*

- 268. Variedad de formas según los varios procedimientos.
- 269. Procedimiento formal.
- 270. Opinión de Bolaffio.
- 271. Juramento deferido una vez cerrada la instrucción.
- 272. Solución reinante en la jurisprudencia.
- 273. Procedimiento sumario.
- 274. Procedimiento ante Juez único.
- 275. Si es deferible el juramento en vía subordinada.
- 276. Planteamiento de la cuestión.
- 277. Opiniones.
- 278. Creemos que es deferible el juramento en vía subordinada.
- 279. Con tal forma de delación conserva su carácter propio.
- 280. No se convierte en supletorio.
- 281. Ni se retrasa la solución del litigio.
- 282. La letra y el espíritu de la ley confirman nuestra tesis.

b²) *Forma intrínseca.*

a) *Función de la parte.*

- 283. La fórmula ha de proponerse por el que defiere.
- 284. Debe concebirse en términos afirmativos.
- 285. Debe enunciar los hechos.
- 286. Y ser única sobre cada hecho.

β) *Función del Juez.*

- 287. Misión del Juez respecto á la fórmula.
- 288. Derecho romano.
- 289. Legislación comparada.
- 290. Sistema francés.
- 291. Sistema italiano.
- 292. Facultades del Juez sobre variantes en la fórmula.

- 293. Si el Juez puede de oficio variar la fórmula.
- 294. Criterio para las variaciones de la fórmula.
- 294 bis. Apelación para el caso de variación de la fórmula.

c) *Efectos de la delación.*

e¹) *Efectos generales.*

- 295. Si la delación de juramento en procedimiento formal, una vez cerrada la inscripción en lista, abre de nuevo la instrucción.
- 296. Opinión de Cuzzi.
- 297. Pruebas contra la delación del juramento en el caso del núm. 295.
- 298. La delación del juramento y el art. 660, Cód. proc. civ.
- 298 bis. La delación del juramento y la deducción de otras pruebas en vía subordinada.

c²) *Revocación del juramento.*

- 299. Concepto de la revocación.
- 300. Plazo para la revocación: Código italiano.
- 301. Derecho romano y común.
- 302. Cuándo es lícita la revocación para variaciones de fórmula.
- 303. Si es lícita cuando el Juez, sin variar la fórmula, reserva al que ha de jurar la facultad de variarla jurando.
- 304. Si la revocación de la fórmula se hace en grado de apelación.
- 305. Fórmula de la aquiescencia á las variaciones.
- 306. Irrevocabilidad del juramento aceptado.
- 307. Forma de la revocación.
- 308. Efectos de la revocación.
- 309. Si puede volverse á referir el juramento revocado: derecho romano y doctrina francesa.
- 310. Doctrina italiana.

c³) *Aceptación del juramento.*

- 311. Concepto de la aceptación.
- 312. Forma de la aceptación.
- 313. Efectos de la aceptación.
- 314. Muerte ó incapacidad de la parte que hubiese aceptado el juramento.
- 315. Sistemas alemán y austriaco.
- 316. Sistemas romano, francés ó italiano.
- 317. Según algunos, la muerte no equivale nunca al juramento.
- 318. Teoría de Stryck.
- 319. Teoría de Carpzovio.
- 320. Teoría de Puffendorf.
- 321. Teoría de Malblanc.
- 322. Juramento *de scientia* á los herederos.
- 323. Teoría de Seyfried.
- 324. Según la jurisprudencia, la muerte equivale á prestación en caso de retraso, debido á dolo ó culpa del adversario.
- 325. Fuera del caso del núm. 324 no hay equivalencia.
- 326. Pero siempre es lícito deferir á los herederos el juramento *de scientia*.
- 327. Pero los herederos no tienen derecho á prestar el juramento deferido á su autor.

e⁴) Relación del juramento.

- 328. Concepto de la relación del juramento.
- 329. Por qué es justa la relación.
- 330. Plazo para la relación.
- 331. La relación del juramento en relación á la proposición de modificaciones en la fórmula.
- 332. Forma de la relación.
- 333. Si el que refiere puede variar la fórmula.
- 334. Efectos de la relación.
- 335. Requisitos para la relación.
- 336. Relación sobre la verdad de un juramento deferido *de scientia*.
- 337. Relación sobre la ciencia de un juramento deferido *de veritate*.

e⁵) Probatio pro exoneranda conscientia.

- 338. Concepto de esta prueba.
- 339. Su génesis histórica.
- 340. Legislación comparada.
- 341. Ventajas de la *probatio pro exoneranda conscientia*.
- 342. Doctrina italiana.
- 343. Jurisprudencia.
- 344. Nuestra opinión.

e⁶) Admisión del juramento.

- 345. Su necesidad.
- 346. Si puede el Juez rehusar la admisión del juramento decisorio.
- 347. Opinión negativa y su fundamento.
- 348. Forma del proveído admitiendo el juramento.
- 348 bis. Efecto de la Sentencia que admite el juramento.

B.—Segundo periodo: Prestación del juramento.

- 349. Momentos de la prestación del juramento.

a) Preliminares para la prestación.

- 350. Fijación del día para la prestación del juramento.
- 351. Notificación del proveído fijando este día.
- 352. Que este proveído es una *ordenanza*, no un *decreto*.
- 353. Si la parte obligada á jurar que provoca por sí misma la determinación del día para prestar el juramento, debe notificar al adversario; opiniones varias.
- 354. Doctrina francesa: nuestra opinión.
- 355. Examen crítico de la opinión contraria acogida por la Casación de Roma.
- 356. Plazo entre la notificación de la ordenanza y el día establecido para la prestación del juramento.
- 357. Si debe guardarse también este plazo ante Juez único.

b) Prestación del juramento.

- 358. La prestación del juramento debe hacerse *personalmente*.
- 359. Derecho romano: textos relativos á la cuestión.

360. Interpretación de las fuentes.
361. Derecho común.
362. Leyes modernas.
363. *Lugar* en que se presta el juramento.
364. Por regla general se presta en audiencia.
365. *Quid* si después de establecida la prestación en audiencia sobreviene un impedimento.
366. Opiniones.
367. Si es válido el proveído que ordena la prestación de juramento ante delegado, sin indicar los motivos graves de esta excepción.
368. Argumento en favor de la tesis contraria á la que nosotros sostenemos.
369. Refutación.
370. Intervención de las partes en la prestación del juramento.
371. Intervención de representantes.
372. Prohibición de esta intervención.
373. Admonición al que jura.
374. Defectos en la admonición.
375. Prestación efectiva del juramento.
- 375 bis. Si es lícito al jurante no leer ó repetir la fórmula, limitándose á responder *juro* una vez leída aquélla.
376. Si la persona que jura puede servirse de escrito preparado á este efecto.
377. Si la prestación de juramento puede hacerse con intervalos.
378. Declaración de la persona que jura de que no se acuerda, ó juramento en cuanto recuerda.
379. Influencia en el juramento *de scientia* de la respuesta *no me acuerdo*.
380. Influencia en el juramento *de scientia* de la respuesta *en cuanto recuerdo*.
381. Influencia de las cláusulas en el juramento *de veritate*: diferencia psicológica que revelan ambas fórmulas.
382. Opiniones sobre el valor de la fórmula *no me acuerdo*, en el juramento *de veritate*.
383. Argumentos en pro de la opinión que reputa recusado el juramento.
384. Nosotros creemos que esto debe confiarse al criterio del Juez.
385. Distinción propuesta por Mattiolo.
386. Por qué no aceptamos esta distinción.
387. Opiniones sobre el valor de la cláusula *en cuanto recuerdo*, en el juramento *de veritate*.
388. Nosotros creemos que el juramento debe tenerse por recusado.
389. Si la persona que jura puede variar la fórmula: texto del art. 226, Cód. proc. civ., y relación Pisanelli.
390. Leyes extranjeras.
391. Teoría de Pescatore.
392. Teoría de Bensa.
393. Teoría de Cuzzeri.
394. Crítica de la opinión de Cuzzeri.
395. Opinión que prevalece en la doctrina.
396. La jurisprudencia acoge la opinión de Bensa.
397. Adiciones á la prestación contrarias al interés del que confiesa.
398. La jurisprudencia acoge también la teoría de Pescatore.

399. Pero la jurisprudencia reinante rechaza tal teoría; ya sigue la doctrina dominante.
400. Ya la opinión de Cuzzeri.
401. Ya la opinión de que son lícitas las adiciones, con tal que la persona que presta juramento se las reservara al aceptarle.
402. Crítica de esta teoría.
403. Por qué preferimos, en general, la teoría de Pescatore.
404. Crítica de la opinión contraria.
405. La crítica se hace más eficaz examinando los casos sentenciados.
406. Adición de una causa distinta á la deducida en la fórmula: ya se reputa ilícita.
407. Ya lícita.
408. Ya se introducen distinciones.
409. Adición de la existencia de una condición que no se ha verificado en el hecho objeto de juramento.
410. Adición de un hecho extintivo de la obligación.
411. Adición de hechos extraños ó indiferentes.
412. Resumen de nuestras conclusiones.
413. Si la prestación de juramento es revocable.
414. Reiteración del juramento prestado.

C.—Negativa á jurar.

415. Efectos de la negativa.
416. Negativa de pronunciar la palabra *juro*.
417. Negativa resultante de la prestación parcial.
418. Negativa tácita; hechos que constituyen impedimentos legítimos.
- 418 bis. Si la enfermedad mental del jurante, no reconocida, constituye legítimo impedimento para jurar.
419. Si implican negativa las excepciones sobre la no deferibilidad del juramento admitido.
420. Plazo para justificar el impedimento.
421. Negativa á firmar el acta: jurisprudencia.
422. Doctrina.
423. Nuestra opinión.
424. Prueba de la negativa á jurar.

248. La actuación del juramento tiene dos momentos esenciales: el uno comienza en la delación y llega hasta la admisión del juramento; el otro se refiere á su prestación. De aquí la división natural de la materia en dos partes.

A.—PRIMER PERÍODO

249. El primer período, del cual vamos á ocuparnos, se relaciona naturalmente, con la observancia de ciertas formalidades y el concurso de ciertos requisitos, y produce efectos particulares.

a) *Requisitos personales.*

250. Es indudable que el juramento sólo puede deferirse á una parte por la otra. Por consiguiente, ni el *juez*, ni quien no sea *parte*, pueden deferir el juramento; ni puede ser deferido el juramento á quien no sea parte (a) (1).

Pero como tanto el actor como el demandado son partes en la causa, y uno y otro pueden tener la obligación de la prueba, resulta que tanto el uno como el otro, indiferentemente, pueden deferir juramento (2).

251. El tercero que interviene en causa puede deferir juramento; pero, ¿puede deferirsele á él? (b).

(a) En varias notas hemos indicado ya, que si en nuestro sistema procesal sólo puede deferirse el juramento y recibirse confesión á las partes, la ley de Enjuiciamiento civil, en su art. 537, establece, sin embargo, la excepción de que puedan absolverse posiciones por un tercero que no sea parte en el juicio, cuando los hechos sobre que versa la confesión judicial no sean personales del litigante á quien se defiere el juramento, siempre que el tercero hubiere intervenido en ellos á nombre de éste.

Pero en rigor, esta excepción que dicha ley admite, no altera el principio, porque para que tenga lugar la absolución de posiciones por el tercero, es preciso que lo solicite el litigante interrogado y que éste acepte la responsabilidad de la declaración. Es decir, que de su voluntad depende la confesión en dicho caso, y en realidad, lo que existe es una subrogación del extraño en la personalidad del interrogado.

La delación del juramento es hecha al litigante: la aceptación se lleva á cabo por éste, y la contestación se hace en sustitución suya; pues por su aceptación es como si él la hiciese, y en su perjuicio ó bajo su responsabilidad; concurriendo, por lo tanto, las mismas circunstancias que si hubiese sido prestada la confesión por la parte.—(N. del T.)

(1) Sobre la imposibilidad de deferir el juramento decisorio á quien no sea parte en la litis, aun cuando pueda aparecer en ella interesado, véase Cas. Turín, 28 de Noviembre de 1893 (*Mon. Mil.*, 1894, 83).

(2) Para el derecho romano: V. Pauli, *Sent. Rec.*, II, 1, 1, Fr. 9, párs. 3 y 6, *D. de iureiur.* (XII, 2); Fr. 25, párs. 1, *D. de pec. const.* (XIII, 5); L. 8 y 12, pr. *Cod. De reb. cred.*, IV, 1; y conforme Bertolini, párs. 25, p. 98-99.

(b) En nuestro procedimiento no puede haber un tercer interesado en el juicio civil que no figure como parte en el mismo. El tercero que es citado de evicción, por ejemplo, si comparece á virtud de ella en los autos, se constituye en la condición de demandado para impugnar la demanda del actor. El tercerista que por ser dueño de los bienes trabados á las resultas de una ejecución ó por considerarse con mejor derecho al cobro que el ejecutante, viene á los autos á defender su dominio ó su preferencia, igualmente adquiere la condición de parte en el juicio como actor que es en la

Según el Código alemán (párrs. 414 y 66), «el juramento deferido ó referido al que interviene adhiriéndose á la causa, sólo tendrá lugar cuando pueda considerársele como coadyuvante de la parte principal en el litigio».

Dado el silencio de nuestra ley, debemos distinguir.

Si se trata de intervención ordenada de oficio por el magistrado, el que interviene no asume cualidad de parte en la causa, y, por consiguiente, no hay posibilidad de que defiera ni de que se le defiera juramento decisorio (1).

En los demás casos de intervención precisa distinguir.

Evidentemente, si sólo se trata de la decisión de la controversia nacida del exclusivo interés del tercero, la solución es afirmativa (2).

Pero surgen dudas y dificultades respecto á las cuestiones que interesen, no sólo al tercero, sino á las partes.

252. En caso más frecuente se presenta en las cuestiones á que dan lugar las declaraciones hechas por el tercero embargado.

¿Podrá resolverse esta cuestión con el juramento deferido por el tercero, no al acreedor que embarga, sino al deudor embargado voluntariamente que interviene en la causa, ó viceversa?

Esta cuestión, que á primera vista parece complicada, y para resolver la cual parece que deben invocarse los principios fundamentales sobre la situación jurídica del tercero y sobre la autoridad de la cosa juzgada, en realidad es bastante sencilla si se repara la situación probatoria de las partes.

tercería. Lo mismo debemos decir de las demás personas, que después de entablado un juicio pueden acudir, ya por llamamiento de los contendientes, ya por propia iniciativa; pues ó vienen como coadyuvantes del actor á sostener la demanda, ó con la condición de demandados para impugnarla, y tanto en uno como en otro caso tienen la condición de parte. Siendo, pues, parte legítima en el pleito, pueden deferir y serles deferido el juramento. (N. del T.)

(1) Conforme por todos: Sabbatini, n. 89, p. 154, y Ap. Venecia, 29 de Diciembre de 1892, pon. De Biasi (*Tem. Ven.*, 1893, p. 135), y vol. V (1.ª edic.), n. 40-52.

(2) La evidencia de la tesis es tal, que la doctrina ni siquiera la menciona. Véase, sin embargo, para la analogía entre el derecho de deferir juramento al tercero y el de deferirle éste: Sabbatini, *Su Interv. in causa* (2.ª edic.), n. 69, p. 121. La jurisprudencia ha admitido el derecho de deferir juramento al tercero que interviene en la causa, siempre que se trate de resolver las cuestiones que le interesen. V. Ap. Turín, 3 de Agosto de 1889, pon. Demarchi (*Giur. Tor.*, 1890, p. 15).

Ante todo, el caso sólo ocurre cuando la declaración del tercero contradiga el interés del acreedor; si no existe esta contradicción, podrá haber disputa entre el deudor y el tercero, pero el acreedor quedará extraño á ella.

Dada la contradicción, las aserciones del tercero embargado podrán ser confirmadas ó impugnadas por el deudor embargado.

253. Si el tercero y el deudor embargado están de acuerdo contra el acreedor embargante, evidentemente es absurdo hablar de deducción de juramento entre ellos.

El deudor embargado afirma, por ejemplo, que ha dejado de ser acreedor del tercero, y el tercero declara que la deuda se ha extinguido. ¿A qué deferir juramento para probar lo que una prueba legal, á saber, la confesión judicial, ha puesto de manifiesto? (1).

Esta sola observación trunca toda controversia, sin que sea menester decir, como dijo la Casación de Turín para llegar á la misma solución que nosotros, que es dudoso que el deudor embargado sea parte en la causa, que éste y el tercero se funden en una sola persona jurídica, y que, por el contrario, el acreedor que embarga y el deudor embargado lo son distintas (2). Parécenos que estas observaciones conducen á la misma conclusión por caminos menos claros.

254. Si, por el contrario, las declaraciones del tercero embargado, contrarias á las pretensiones del acreedor, son combatidas por el deudor embargado, entonces no hay razón, verdaderamente, para negar la deferibilidad del juramento entre el tercero y el deudor embargado.

En este concepto están de acuerdo, y con razón, doctrina y jurisprudencia (3).

En efecto:

a) El embargo no puede vulnerar de modo alguno los derechos

(1) V. n. 240 y sig.

(2) Cas. Turín, 26 de Marzo de 1886, pon. Talice (*Mon. Mil.*, 1886, p. 430).

(3) Cesareo Consolo, *Tratt. della espropriazione contro il debitore* (Turín, 1893), II, cap. XXI, n. 23, pág. 356; Manfredini, *Dell'esecuzione forzata* (Bologna, 1892), n. 136, p. 415; Dettori, *Dell'esecuzione sopra i beni mobili*, n. 271; Maurizi, nota en el *Bett.*, 1875, col. 497; Cas. Turín, 27 de Julio de 1870, pon. Valperga (*Giur. Tor.*, 1870, pág. 549), 30 de Diciembre de 1874, pon. Balegno (*Bett.*, 1875, I, 496), y conf. Cas. francesa, 18 de Febrero de 1862 (Daloz, *Ééc. pér.*, 1862, I, 248).

del tercero. Este puede probar, por consiguiente, su derecho de cualquier modo, puesto que la ley no pone restricción alguna.

b) Es un error creer que el juramento es un contrato que tiene por objeto la cosa ó el crédito sobre que recae, para deducir de esto que, después del embargo, el embargado no puede disponer en modo alguno de la cosa embargada. Por el contrario, la índole especial del juramento y la virtud probatoria que le atribuye la ley, hacen de él un medio de prueba especialísimo, en su forma, solemnidades y consecuencias; pero esta especialidad no impide que el juramento siga siendo un medio idóneo para establecer exclusivamente la existencia de derechos ya nacidos y no para crearlos de nuevo (1).

c) La posibilidad en abstracto de conflictos entre el embargado y su aparente acreedor, no puede servir de obstáculo á la prueba; el dolo y el fraude no se presumen; tocará al que embarga, demostrarlo, si cree tener elementos suficientes al objeto, y al Juez decidir definitivamente, habida cuenta del conjunto de las circunstancias del juicio.

255. La delación del juramento (sin que sea menester invocar la analogía entre transacción y juramento), debe ser obra personal de la parte; por esto la ley dispone que el procurador no puede deferir (aceptar ó referir) juramento decisorio (revocar el juramento deferido ó dispensarse de prestarlo) *sin poder especial para este objeto*, á no ser que la parte suscriba la comparecencia (art. 221, Código proc. civ.) (a).

(1) Sobre el carácter del juramento, véase n. 113.

(a) En nuestro derecho procesal ha sido también objeto de controversia la cuestión de si podía ó no absolverse posiciones por medio de procurador. La ley 1.^a, tít. 13 de la Partida 3.^a, y la 2.^a, tít. 9.^o, libro 11 de la Novísima Recopilación, lo permitían si la parte estaba ausente y el Procurador tenía poder especial y además las instrucciones necesarias para ello; pero dicha confesión no perjudicaba al poderdante si, estando éste presente, la contradecía, ó si, hallándose ausente, reclamaba contra ella, probando que el Procurador la hizo por yerro ó por engaño.

Partiendo de la condicionalidad de dicha confesión, según la legislación citada, algunos tratadistas entendieron que no debía tenérsela por eficaz sino mediante la ratificación expresa ó tácita de la parte interesada, ó sea de aquel de los litigantes á quien se había deferido ese medio de prueba; pero la opinión contraria fué haciendo tantos progresos, que si bien en la ley de Enjuiciamiento de 1855 no llegó á resolverse de una manera expresa y terminante, en la vigente ha quedado fuera de toda duda dicha cuestión.

Esta disposición, impuesta bajo pena de nulidad absoluta (1), exige algunas aclaraciones.

256. Ante todo, se pregunta si los *procuradores del Erario* necesitan poder especial. La Corte de Catania ha respondido afirmativamente (2), con entera razón. En efecto, el reglamento que determina el carácter de los funcionarios de la abogacía del Estado (16 de Enero de 1876, art. 8.º), les autoriza á representar en juicio á la Administración pública sin necesidad de poder, bastando que conste su cualidad á este propósito. Pero si esta disposición hace inútil la procuración para pleitos, no impide que el que comparece en juicio no sea el procurador del Erario, sino otro funcionario. El procurador del Erario no es parte en la causa, sino sólo repre-

al ordenarse en su art. 585 que ha de contestar *por sí mismo* el litigante que fuera llamado á declarar, con arreglo al art. 579, el cual ha venido á confirmar aún más la doctrina contraria á la absolución de las posiciones por procurador, al limitar á los *litigantes* la confesión en juicio.

Cierto es que no existe una derogación expresa del precepto de las antiguas leyes, que admitían la intervención del Procurador en la absolución de posiciones por su poderdante; pero esa derogación virtualmente surge de la letra y del espíritu de los artículos citados de la ley procesal y aún más del 587, que establece la única excepción de la regla adoptada, pues si el litigante ha de responder *por sí mismo* á las preguntas hechas por vía de confesión, y si *únicamente*, en el supuesto del art. 587, puede admitirse la confesión por un tercero, es clara y evidente la prohibición de prestarla en esa forma en ningún otro caso, y por lo tanto, no puede serlo por Procurador, aunque tenga poder especial para ello y las instrucciones necesarias, á no ser que en él concurren las circunstancias del art. 587 indicado. Pero si entonces puede admitirse su dicho para absolver las posiciones, no será por su condición de Procurador de la parte á quien se defiere el juramento, ni por virtud del poder recibido, sino por haber intervenido en el hecho objeto de la pregunta á nombre de su representado y por estar en su consecuencia enterado personalmente del mismo.

La justicia, la moral y aun la propia conveniencia de los litigantes, exigen la prohibición indicada y aconsejan la necesidad de que los mismos litigantes sean los que absuelvan personalmente las posiciones, por haber de referirse á hechos personales acerca de los cuales sólo ellos pueden dar razón directa.—(N. del T.)

(1) La Casación de Florencia, 18 de Julio de 1881, pon. Bandi (*Tem. Ven.*, 1881, p. 42); ha sentenciado con exactitud que la falta de las formalidades prescritas en el art. 221 implica nulidad insubsanable, según el art. 57, Código proc. civ.

(2) 31 de Mayo de 1886, pon Bruno (*Giur. Cat.*, 1886, p. 121). Confer Morata, *Man. pr. civ.* I, (4.ª edic.), n. 51, p. 48.

sentante en ella, con mandato general preventivo resultante de su función pública (a).

(a) Entre nosotros tampoco necesita procurador el Estado para su representación en juicio.

Suprimidas las jurisdicciones especiales por el decreto de unificación de fueros, pasó su representación al Ministerio fiscal, hasta que por Real decreto de 16 de Marzo de 1886 se concedió á los Abogados del Estado. La Real orden de 9 de Abril siguiente, dictada para la ejecución de dicho decreto; el reglamento orgánico de la Dirección de lo Contencioso de 5 de Mayo del mismo año; la circular de la Dirección citada de 5 de Junio de 1891; el reglamento del Cuerpo de Abogados del Estado de 9 de Agosto de 1894; la Real orden de 30 de Octubre de dicho año, y algunas otras disposiciones, organizaron dicho servicio confiriendo á los individuos del citado Cuerpo la representación, no sólo de la entidad jurídica Estado en el concepto estricto de la misma, como sujeto de derechos y obligaciones, sino también de la Hacienda, y aun de la Administración general en algunos casos, con la facultad de delegarla en cuanto á los asuntos del Estado en los liquidadores del impuesto de derechos reales en aquellos juzgados en que no residieren Abogados del Estado.

Respecto de la representación de la Hacienda, conviene tener presente la circular de 5 de Junio de 1891, ya citada; los arts. 74 del reglamento del impuesto del Timbre del Estado de 15 de Septiembre de 1892, y 52 de igual reglamento de 30 de Septiembre de 1896, que confiere intervención como parte en los incidentes de pobreza á los Abogados del Estado y á los Liquidadores del impuesto de derechos reales, *en su caso*, en concepto de representantes de la Hacienda; la Real orden de 22 de Noviembre de 1897, que ordena se les dé vista de toda tasación de costas que se practique, tanto en los autos de la jurisdicción civil, contenciosa ó voluntaria, como de la criminal, aunque en ellos no haya sido parte el Estado é interesen sólo á particulares, y prohíben se archiven ningunos autos sin que previamente se pasen al Abogado del Estado ó al Liquidador del impuesto de derechos reales, para que examinen si se ha usado en ellos el timbre correspondiente; y por último, la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 20 de Octubre de 1893, que estableció la doctrina de que debe estimarse permanente la delegación hecha en favor de los liquidadores citados por la circular de 5 de Junio de 1891 para defender á la Hacienda en aquellos asuntos en que sólo persigue el Estado un interés fiscal.

En cuanto á la representación de la Administración general del Estado, se la confieren á los Abogados del Estado en los Tribunales provinciales contencioso-administrativos las leyes de 13 de Septiembre de 1888, el reglamento de 29 de Diciembre de 1890 y la ley y reglamento de 22 de Junio de 1894.

De la exposición que queda hecha, resulta que, tanto el Estado como la Hacienda y la Administración, no tienen necesidad de Procurador para comparecer, tanto en los Tribunales del fuero ordinario como en los de la jurisdicción contencioso-administrativa, estando representados en ellos por un funcionario á quien la ley confía la defensa de sus derechos y acciones; y concretándonos ahora á los primeros, ó sea á los Tribunales comunes,

257. Se pregunta si la facultad general de deferir juramentos, atribuida al procurador en el poder para pleitear, satisface las exigencias de la ley.

258. Nosotros creemos que la cuestión debe resolverse distinguiendo: ó el poder es *general* para todos los pleitos, y entonces no es suficiente; ó es *especial* para el pleito en que se defiere el juramento, y entonces nos parece que la facultad concedida en él para deferir juramento satisface los deseos de la ley.

Los escritores, sin hacer esta distinción, responden negativamente á la cuestión formulada, tal como nosotros la hemos planteado (1).

La misma respuesta da, por lo general, la jurisprudencia, sin que en el mayor número de las sentencias sea posible comprender si se trataba de un poder general para pleitos ó de un poder especial para un pleito determinado (2).

Dada la poca claridad de estas sentencias, no podemos asegurar, aunque parece posible, si la distinción propuesta por nosotros ha sido acogida en las que se limitaron á reputar como no válido

desde luego se comprende que, como á dicho funcionario no puede considerarse como parte interesada en el litigio, sino como mero representante y defensor del Estado en sus litigios, no cabe el que se le defiera el juramento ni la absolución de posiciones, como sucede con el Procurador ó el Abogado de los particulares litigantes. Por eso el art. 595 de la ley de Enjuiciamiento civil dispone que, en los pleitos en que sea parte el Estado ó alguna corporación del mismo, no podrá pedirse posiciones á su representante, sino que en su lugar habrán de proponerse por escrito las preguntas que quieran hacerse á dicha parte, las que serán contestadas, por vía de informe, por los empleados de la Administración á quienes conciernan los hechos.—(N. del T.)

(1) Cuzzi, art. 221, n. 1, p. 67 del vol. 3.º; Gargiulo, art. 221, n. II, p. 64, vol. 2.º; Forleo-Casalini, en la *Riv. giur. salentina*, 1895, fasc. 3.

(2) Ap. Turín, 1.º de Marzo de 1867, pon. Barbaroux (*Giur. Tor.*, 1867, p. 233); 16 de Enero de 1872, pon. Giriodi (*id.*, 1872, p. 252); Ap. Nápoles, 26 de Abril de 1872, pon. Saliceti (*Legge*, 1882, I, 874; Pretura Naso, 12 de Febrero de 1879, pon. Pacclarelli (*Mon. Pret.*, 1879, p. 295); Ap. Casalia, 11 de Febrero de 1888 (*Giur. Cas.*, 1888, p. 65). Explícitamente el Tribunal de Trani (15 de Diciembre de 1901, *Foro Puglia*, 1902, 34), declaró insulente un mandato general para pleitos, en el cual no se contenía la facultad de deferir juramentos. Por el contrario, el Tribunal de apelación de Roma (21 de Febrero de 1903, est. Spirito, *Riv. Prat.*, 1903, 159), si bien de un modo incidental, declaró bastante un mandato general (cf. L. Ferrara en nota *ibí.*).

el poder general para pleitos con la facultad genérica de deferir juramento (1).

259. Pero dado el poder especial, no es preciso que contenga literal y exactamente la fórmula. Esta proposición, hecha en el seno de la Comisión legislativa fué rechazada; porque la redacción de la fórmula del juramento depende de la condición de la causa; por consiguiente, debe hacerse por el procurador, y no por la parte (2).

260. El Código sardo de procedimiento civil de 1859 disponía en el tercer apartado del art. 278, que no presentándose el poder especial para la delación de juramento, ó no depositándose en la secretaría, el tribunal fijaría un plazo oportuno para la producción ó el depósito; transcurrido el plazo sin hacerlo, rechazaría desde luego la instancia para la admisión del juramento.

El art. 221 del Código procesal civil no ha reproducido aquella disposición. ¿Será, no obstante, bajo el imperio del Código vigente, consentido al Magistrado el ordenar la regularización del procedimiento, ó deberá sin vacilaciones rechazar el juramento?

La jurisprudencia esta muy dividida (3).

De la variación del texto legal poco puede deducirse. A quien opusiera el silencio del Código vigente, podría responderse que sería inútil una explícita mención á propósito del juramento relativa á las facultades ordenadoras, que siempre corresponden al Juez.

La cuestión estriba en investigar si existe ó no esa facultad.

Para esta indagación ayuda el observar que una sentencia de primer grado ó de apelación, que rechaza la delación de un juramento por falta de poder especial, es siempre una sentencia que repone los autos al estado que tuvieran, pudiendo, por tanto, la

(1) Tribunal Lecce, 12 de Febrero de 1895, pon. Turchiarulo (*Riv. giur. sal.*, 1895, p. 66); Ap. Náp., 16 de Mayo de 1870, pon. Parascandoio (*Gazz. Proc.*, V, p. 203).

(2) Gargiulo, art. 221, n. II, p. 63, vol. II.

(3) Declaran sin vacilar que debe rechazarse el juramento: Ap. Casale, 23 de Enero de 1866, est. Pugno (*Giur. Tor.*, 1866, 143); Ap. Catania, 23 de Febrero de 1872, est. Trombetta (*Giur. ital.*, 1872, II, 129); Ap. Turín, 27 de Junio de 1872, est. Saccarelli (*Giur. Tor.*, 1872, 578). Autorizan al Juez á emitir una *ordinatoria litis* para regularizar el procedimiento: Cas. Náp., 3 de Julio de 1901, est. Petruccelli (*Corte Puglie*, 1901, 211), y análogamente, Ap. Turín, 27 de Marzo de 1903, est. Savini (*Giur. Tor.*, 1903, 543).

parte subsanar la omisión en que incurrieran. Siendo así, la sentencia que rechaza el juramento deferido por el procurador que carece de mandato, no producirá como efecto el rechazar de un modo definitivo el juramento mismo.

Aparece la cuestión planteada entonces en el puro terreno de la mayor ó menor economía en los gastos judiciales, pudiendo resolverse de esta manera: ó la parte á quien es deferido el juramento pide la reposición, en cuyo caso el Juez deberá ordenarla, condenando al abono de los gastos al deferente, reservando á éste, sino lo hubiere sido ya con anterioridad, el derecho á reproducir la delación; ó la parte á quien es deferido el juramento no pide la reposición, y el Juez puede de oficio ordenar la regularización del procedimiento, así como puede hacerlo, según la opinión general, cuando la demanda avanza irregularmente (1), principio que no puede negarse atendidos los efectos meramente interinos de una reposición del juramento.

261. La ley equipara al poder especial la firma puesta por la parte en el escrito; firma que, como es sabido, no puede sustituirse por el signo de la cruz (2), que suelen hacer los analfabetos y que debe cerrar el documento, y no preceder á una parte del en que se contenga la delación (3) (a).

(1) V. vol. I (2.ª edic.), p. 197, nota 1.

(2) Ap. Turín, 27 de Junio de 1872, citada, y V. vol. III (1.ª edic.), n. 108.

(3) Ap. Casalia, 9 de Abril de 1869 (*Tem. Cas.*, II, 135); 13 de Febrero de 1894 (*Giur. Cas.*, 1894, p. 72).

(a) En nuestro derecho procesal, no es necesario el poder especial para la delación del juramento. Constituyendo la confesión judicial un medio de prueba común y admisible en toda clase de juicios, es evidente que no requiere la especialidad de poder en el Procurador para articularla, sino que, por el contrario, basta para ello el general para pleitos en que se haya conferido la representación al mismo, sin necesidad de que contenga cláusula especial alguna. Lo mismo decimos de aquellos Procuradores cuya personalidad no nace del poder, sino de la mera designación de la parte ó de la ley, como sucede respecto de las partes que litigan en el concepto de pobres; pues siendo este medio de prueba uno de los elementos de defensa que pueden ser utilizados en juicio, se privaría de él á quien no pudiera otorgar poder en otro caso, y además se violarían los principios de justicia en que debe inspirarse la liti, si á las partes se les privase de ese medio común y ordinario de defensa ó se les pusieran limitaciones para su ejercicio.

Sólo en un caso es necesaria, con arreglo á la ley de Enjuiciamiento, la voluntad de una de las partes para que tenga lugar la confesión; pero esto no es para la delación del juramento, sino para su admisión, lo cual tiene

262. La delación de juramento hecha en el acto de la citación es válida (supuesto que no es sino la deducción de un medio de prueba), con tal que esté suscrita por la parte (1).

Verdad es que el art. 221 habla de escrito; pero evidentemente la ley atiende á lo que sucede de ordinario, y sería absurdo negar que existe certeza legal en cuanto á la voluntad del deferente, cuando éste firma un documento válido para la delación (2).

263. Igualmente cierta es la voluntad de la parte expresada por ella personalmente ó ante el presidente, ó quien haga sus veces en la Audiencia, con tal que esté debidamente asistida (3).

264. La ratificación se equipara á la voluntad preexistente á la delación, siempre que resulte de modo cierto (4).

Se ha reconocido que existe ratificación en el hecho de la parte que hace notificar al adversario la sentencia ordenando la prestación de juramento deferido por procurador no habilitado con mandato especial (5), ó que refiere el juramento (6), ó que lo presta (7).

Propuesto, con las formalidades de que habla el art. 221, Código civil, juramento en primer grado, ¿qué formalidades son precisas en apelación?

lugar en el caso del art. 587; pues entonces, para que pueda absolver las posiciones un tercero, es preciso que el litigante interrogado lo solicite y acepte la responsabilidad; cuya solicitud y aceptación debe hacer en el mismo acto de ser interrogado y de negarse á declarar, por no ser personales suyos los hechos acerca de los que se le pregunta, consignándolas en el acta, que habrá de firmar en prueba de su conformidad.—(N. del T.)

(1) V. vol. I, n. 80.

(2) Cas. Roma, 11 de Agosto de 1891, pon. Barletti (*Legge*, 1891, II, 649); Ap. Lucca, 18 de Diciembre de 1875, pon. Paparoni (*Ann.*, 1876, II, 109). Erróneamente, á nuestro parecer, el Tribunal de Génova, 29 de Marzo de 1895 (*Temi Ven.*, 1895, 233), sostiene como válida la delación de un juramento decisivo hecha en citación no firmada por la parte. La tesis sólo es aceptable con escrito firmado y repetida la delación. Conf. Ap. Venecia, 30 de Enero de 1885, est. Redolfi (*Temi Ven.*, 1885, 109), confirmada por la Casación de Florencia, 23 de Noviembre de 1885, est. Giordano (*Foro ital.*, 1886, I, 77).

(3) Cuzzi, art. 221, p. 68 del vol. III.

(4) Cuzzi, art. 221, p. 68 del vol. III; Mattiolo, II (5.ª edic.), n. 971, página 846.

(5) Cas. Náp., 2 de Marzo de 1872, pon. D'Alena (*Ann.*, 1872, I, p. 157); Ap. Lucca, 18 de Diciembre de 1875, citada.

(6) Cas. Fl., 18 de Julio de 1881, pon. Banti (*Legge*, 1881, II, p. 765).

(7) Jurisprudencia unánime, v., por último, Ap. Génova, 18 de Abril de 1898, est. Tommasi (*La Procedura*, 1898, 372).

La Casación de Roma responde con mucha exactitud, que el primer juramento (esto es, el propuesto en primer grado), no necesita nuevas formalidades, siendo suficiente las que se observaran en el primer grado (1).

La razón es clara.

El juicio de apelación es continuación del de primer grado; y, por consiguiente, persiste la voluntad de deferir juramento: sería un error judicial presumir el cambio de voluntad.

265. Se ha pretendido que, en virtud del art. 221, Cód. proc. civ., el escrito suscrito por la parte que defiere el juramento decisorio, debe notificarse por original.

Pero la Corte de Módena rechaza, con razón, esta tesis extraña, observando que no se puede consentir una derogación de los artículos 162, 163, Cód. proc. civ., que la ley no ha sancionado (2).

266. Las reglas expuestas son aplicables, sin distinción, á toda forma y especie de juicios ante tribunales colegiados.

Ante juez único tenemos una regla expresa respecto al pretor.

El art. 425, Cód. proc. civ., dispone: «el juramento decisorio puede ser deferido por la parte personalmente ó por medio de mandatario. El poder debe ser especial para este objeto, á no ser que la parte suscriba el documento en que se defiere».

En cuanto á los juicios ante el conciliador, el art. 452, Cód. procesal civ., supone ya legalmente deferido el juramento, de modo que debe entenderse aplicable el citado art. 425, en virtud de la disposición general del art. 464.

267. Lo mismo que en los juicios ante tribunales colegiados (3), también ante el pretor la suscripción hecha por la parte en el documento en que se defiere juramento decisorio admite equivalentes de los cuales resulte con certeza la voluntad de la parte.

De aquí que, siguiendo á Razzetti (4), no consideremos necesa-

(1) 17 de Enero de 1895, pon Brancia (*Corte Spr. Roma*, 1895, P. II, civ., página 11). Conf. Cas. Náp., 23 de Diciembre de 1892, pon. De Luca (*Bett.*, 1893, I, 1, 131); Ap. Milán, 18 de Julio de 1879, pon. Bellorini (*Mon. Mil.*, 1879, página 801); Cas. Turín, 19 de Mayo de 1883, pon. Bellorini (*id.*, 1883, p. 621, *motivos*); Ap. Venecia, 27 de Junio de 1897, est. Valbusa (*La Procedura*, 1897, 646).

(2) 8 de Julio de 1887, pon. Galli (*Riv. leg.*, 1887, p. 197).

(3) V. n. 263.

(4) *Mon. pret.*, 1880, p. 97.

ria la firma en el escrito que la parte en persona presenta en la audiencia del pretor.

En efecto: presentado este documento por la parte en persona, se supone que es obra suya, ó, cuando menos, que la ha leído y conoce. En la hoja de audiencia se comprueba la comparecencia personal de la parte, y el pretor comprueba el contenido y fecha de la instancia (1).

Creemos, con la Casación de Florencia, que si la parte interviene en la audiencia en que su mandatario defiriera juramento y no se opone á él, no puede alegar luego falta de poder (2). En efecto, el silencio, como dice Burckard, equivale á consentimiento cuando no se habla, pudiendo y debiendo hablar (3).

b) *Requisitos formales.*

b¹) *Forma extrínseca.*

268. La forma de deferir juramento es varia, según los procedimientos.

269. En el *procedimiento* formal, creemos necesaria una distinción.

Si el juramento se defiere estando aún abierto el período de instrucción, se seguirá el procedimiento incidental; pero también será posible, como ya sabemos, proveer directamente ante el Colegio (4) (a).

(1) La opinión de Razzetti ha sido acogida luego por la Casación de Florencia, 12 de Noviembre de 1883, pon. Del Mercato (*Tem. Ven.*, 1884, p. 4).

(2) 18 de Julio de 1881, pon. Bandi (*Tem. Ven.*, 1881, p. 430), y 12 de Noviembre de 1883, citada.

(3) V. vol. I, n. 545.

(4) V. vol. I (2.^a edic.), n. 81.

(a) En nuestro procedimiento no existen esos dos períodos instructorios, ni hay como en lo criminal un Juez instructor encargado de sustanciar la controversia hasta quedar fijados los términos de la litis, y un Tribunal colegiado ó unipersonal á quien corresponda la resolución del juicio, por más que ésta sea la base en que se inspiran algunos proyectos recientes de reforma; todavía la organización judicial otorga á un mismo Juez la tramitación del pleito y la decisión del mismo.

Por eso en nuestro sistema procesal civil no puede surgir la cuestión examinada por el autor en este número, ni tampoco existe ese procedimiento *incidental* para la prueba de confesión ó para el juramento.

Con arreglo á la ley de Enjuiciamiento civil, recibidos los autos á prueba, el término probatorio se divide en dos períodos distintos: uno, para propo-

270. Por el contrario, cree Bolaffio, contra la enseñanza común, que el procedimiento incidental no es admisible nunca para la delación del juramento decisorio (1).

Según este ilustre escritor, cuando se defiere juramento decisorio no se propone una fórmula, si bien se ofrece al adversario el medio de acabar el pleito con la prestación del juramento. El tema de la delación traza, por consiguiente, la órbita de la contestación, que *puede* surgir; una órbita que, por la naturaleza misma del juramento, absorbe en sí todo la causa.

ner la que intenten utilizar las partes; y otro, para practicar la que se hubiere propuesto y fuere admitida como pertinente. En ese primer período se articulará la prueba de confesión como todos los demás medios de que puede hacerse uso en juicio, sin necesidad de incidente especial alguno para su admisión, que la ley no lo autoriza, excepto en el caso de la prueba pericial; pues respecto de ella, la parte contraria á la que proponga, puede, con arreglo al art. 612 de la de Enjuiciamiento civil, impugnar su admisión, exponiendo lo que estime oportuno sobre su pertinencia ó impertinencia, ó ampliarla en su caso á otros extremos. Pero esta especie de incidente que puede promoverse sobre la admisión de dicha prueba, no requiere [un procedimiento especial ó independiente, sino que ha de sustanciarse en los mismos autos principales en que fueren propuestos todos los medios probatorios articulados por las partes. Lo mismo sucede [con la práctica de las pruebas; pues todas forman parte de los autos principales y deben llevarse á efecto en el segundo período probatorio.

En la confesión judicial, sin embargo, pueden ocurrir distintos casos en que la misma sea propuesta antes ó después de dicho período. Así sucede, con arreglo al art. 497 de la citada ley procesal, cuando el que pretenda demandar solicite declaración jurada de aquel contra quien se propone dirigir la demanda acerca de algún hecho relativo á la personalidad de éste, y sin cuyo conocimiento no pueda entrarse en el juicio: en cuyo caso, como diligencia preliminar ó preparatoria del juicio, habrá [de recibirse dicha confesión, sirviendo después de base á la demanda.]Puede también tener lugar la confesión después de terminado el período de las pruebas; pues la ley, en consideración á la índole especial de la misma, la admite hasta la citación de las partes para sentencia, para facilitar así la resolución del pleito por el medio de la confesión ó [del juramento. Y por último, puede darse también lugar á ella, aun después de [citadas las partes] para sentencia, cuando para mejor proveer considere [preciso el Juez ó Tribunal exigir confesión judicial, según el art. 340, á cualquiera de los litigantes sobre hechos que estime de influencia en la cuestión y no resulten probados. Por tanto, en estos casos, como en los demás en que se articule este medio probatorio en el primer período de prueba, la forma ó el procedimiento para su articulación es el mismo, y no se precisa ningún incidente instructorio especial. (N. del T.)

(1) *Temis Ven.*, 1886, p. 257, nota.

Sería, pues, un error promover un incidente, porque el juramento decisorio no puede nunca constituir una fase del juicio, sino que es la conclusión del juicio entero.

No podemos aceptar esta enseñanza.

El juramento, según el Código, es una prueba, y las pruebas en el procedimiento formal se proponen en rito incidental (a). Además, como las partes pueden estar de acuerdo, ¿á qué prohibir tal procedimiento?

271. Si el juramento se defiere estando cerrada la instrucción, no se puede recurrir al procedimiento incidental, pero sí á un escrito especial (1) ó al de conclusiones, ó á otro añadido á este último (2). Que el procedimiento incidental no sea idóneo en este es-

(a) Véase lo expuesto en la nota al núm. 269.—(N. del T.)

(1) Art. 162, Cód. proc. civ., y conf. Ap. Fl., 5 de Agosto de 1878, pon. Giuliani (*Foro ital.*, 1878, I, 738).

(2) Naturalmente este escrito, añadido al de conclusiones, debe presentarse antes que la discusión de la causa quede cerrada (conf. Laurent, XX, n. 256; Duranton, VII, 590; Mattei, art. 1366, n. 2, p. 705 del vol. IV).

La Corte de Apelación de Módena (12 de Junio de 1874, pon. Biagi, *Ann.*, 1874, II, p. 447) tuvo ocasión de examinar este punto, dilucidándole en una notabilísima motivación.

Y siendo este fallo verdaderamente notable, estimamos oportuno reproducir algunos párrafos del último considerando.

«En todo procedimiento formal son necesarios tres distintos estados: el *primero* para instrucción, que dura desde la caducidad del término para comparecer hasta la conclusión de la instrucción, y en el cual se integra exclusivamente la obra de las partes litigantes y del Presidente ó Juez instructor, mientras que la intervención del Tribunal sentenciador no puede iniciarse sino merced á distinto procedimiento de carácter incidental y sumario. El *segundo* para la discusión oral en audiencia pública después de cumplidas las formalidades establecidas por los arts. 172, 178 y 179, Cód. proc. civ., en el cual también corresponde á las partes la función principal, pudiendo también intervenir la relación hecha por el Juez, y una vez comenzada ésta, no es posible ya comprender irracional concepto el del cambio del estado jurídico de las cosas si se atiende á su pasado integrado por esa relación. Y el *tercero* lo constituyen el examen imparcial, la deliberación y la sentencia, con la cual se pone término á la *litis*, siendo ésta la obra exclusiva del Tribunal sentenciador.

Cuando el Código civil, en el art. 1366 y el de procedimientos en el artículo 220 y 175 disponen que el juramento decisorio pueda deferirse en cualquier grado y estado de la causa, aluden evidentemente, y por la naturaleza misma de las cosas no pueden menos de aludir á ciertos estados de la *litis*, en los cuales pueden obrar é ingerirse las partes litigantes, bien sea en el estado preliminar de la instrucción, sea en el de expedición hasta el oc-

tado de la instrucción, es enseñanza no discutida (1). Pero no debemos negar que la jurisprudencia antigua acogió en algún caso la solución contraria.

mienzo de la audiencia pública, pero nunca al último período reservado única y exclusivamente á la deliberación del Juez sin ninguna ingerencia de las partes *functae munere suo*.

Efectivamente, después de los discursos de los representantes ó Abogados de las partes constitutivos del último acto legítimo que por las mismas se realiza en la instrucción del juicio, ó bien por el escrito interpuesto por la ausencia de una de ellas sin que el procedimiento deje de ser contradictorio por tal ausencia, y después de las conclusiones que formule verbalmente el Ministerio público en los casos taxativamente determinados por la ley, cerrada, en suma, la discusión, no se concede ya á las partes el hablar de nuevo ni siquiera para formular observaciones meramente jurídicas: *functae munere suo*; en aquella instancia el proceso escapa para siempre de su dominio, de su ingerencia que ya no sería lícita, quedando sólo á la del Magistrado sentenciador que, dueño absoluto del juicio, se lo reserva legalmente para deliberar tras de maduro examen y poner término con definitiva sentencia á la *litis*, que no necesita para su fallo de más amplia instrucción. Y á esta última parte del juicio los litigantes quedan extraños por completo y sin ingerencia ninguna, hasta el punto de que no se les consiente tampoco practicar por sí ó por sus procuradores ó defensores informaciones privadas, permitiéndoseles solamente trasmitirla inmediatamente al Presidente por medio de una simple nota que deberá leerse al abrirse la deliberación secreta en Cámara de Consejo (arts. 259 y 233 del reglamento judicial); el depósito ó consignación de esa nota debe hacerse inmediatamente, por cuanto según regla general, el Magistrado debe deliberar en una de las próximas audiencias (art. 356 del Cód. proc.). A decir verdad, sobre esto no ha habido gran controversia ni en la jurisprudencia ni en la doctrina de los intérpretes del derecho antiguo y del moderno. Algunas legislaciones estatutarias admitían que el juramento decisorio pudiera ser propuesto en el curso de la instrucción y durante los términos ordinarios probatorios; otros extendían el término hasta el momento de la sentencia y la constitución Estense de 1771, en el pár. I, tít. 22, lib. I, querían que se defiriese momentos antes de ordenarse aquélla, si bien podría haberse prestado válidamente en cualquier otro estado de la causa». El Tribunal, argumentando á *contrario sensu*, invoca la doctrina del art. 386 del Cód. proc. civ. y concluye sosteniendo que el ser el juramento *maximum remedium expediendarum litium*, no le quita el carácter de ser una prueba, y como tal, sujeta á los términos fijados para su producción, y que la apreciación reservada al Juez sobre el *an iuratum sit* confirma este carácter probatorio del juramento.

En el mismo sentido se han pronunciado el Tribunal de Génova, 2 de Marzo de 1867, est. Selmi (*Legge*, 1887, II, 417), el de Bourges, 27 de Enero de 1845 (*Journ. du Pal.*, 1846, II, 683) y el Colmar (2 de Mayo de 1832, *ivi*, 1842, II, p. 80).

(1) Mattiolo, III (5.^a edic.), n. 617, nota 5, p. 505; Cuzziari, art. 175, n. 5, p. 138, vol. II.

Así, aun no negando, naturalmente, que puede deducirse juramento aun después de la inscripción en lista de la causa, se consideró inadmisibile el juramento deferido en el escrito de conclusiones (1).

Y esto por varias razones:

a) Porque si pudiere proponerse tan inesperadamente, atendida la contemporaneidad que se exige á las conclusiones de la parte, aquella á quien se defriese el juramento se encontraría en la imposibilidad de presentar sus observaciones escritas sobre la instancia de su adversario.

b) No puede decirse que el art. 175 demuestra el error de esta tesis. Verdada es que el art. 175 habla de escrito para la delación del juramento decisorio, hecho firme por la inscripción de la causa en lista; pero aquél es un término general que se usa indistintamente, ya para las peticiones dirigidas al presidente, ya para las que se presentan al tribunal. En efecto, el art. 185, Código procesal civil, referente al procedimiento incidental, dice que toda citación para comparecer ante el Presidente, puede hacerse en el escrito mismo proponiendo el incidente ó por volante.

c) No es permitido sacar un argumento del art. 222, porque al prescribir éste que la *ordenanza* ó *sentencia* admitiendo un juramento contenga su fórmula, autoriza á las partes para dirigirse al presidente ó al colegio, á elección suya.

Con la palabra *ordenanza* no designa este artículo la decisión propia de la jurisdicción del presidente, en oposición á la palabra *sentencia*, que designa la jurisdicción del colegio. Las palabras *ordenanza* y *sentencia* se refieren sólo á la jurisdicción del colegio, según que existe ó falta acuerdo entre las partes. La palabra *ordenanza* no puede referirse á la jurisdicción del presidente, en contraposición á la del colegio entero, aunque podría también ser lícita.

272. Pero la jurisprudencia actual sigue la opinión contraria (2). En efecto, según los artículos 220, Cód. proc. civ., y 1366,

(1) Cas. Turín, 24 de Noviembre de 1869, pon. Valperga; Ap. Casalia, 19 de Abril de 1869, pon. Frato (*Giur. Tor.*, 1870, p. 18; 1869, p. 403); Ap. Mesina, 16 de Noviembre de 1866, pon. Muratori (*Ann.*, 1866 67, II, p. 310).

(2) Cas. Turín, 29 de Marzo de 1878, pon. Rossi Doria (*Giur. Tor.*, 1878, p. 312); 7 de Junio de 1880, pon. Voli (*Gazz. leg.*, 1880, p. 91); Conf. Moisé Vita Levi, pár. 45, p. 103, 104; Cas. Florencia, 25 de Mayo de 1885, pon. Antolini (*Temì Ven.*, 1885, p. 313); Ap. Venecia, 9 de Agosto de 1884, pon. Puppa (*id.*, 1884, p. 457); Ap. Módena, 8 de Julio 1887, pon. Galli (*Riv. leg.*, 1887, p. 198). Conf. Moisé Vita Levi, *op. cit.*, pár. 45, p. 103-104.

Cód. civ., el juramento decisorio puede deferirse en cualquier estado y grado de la causa (a). Así, pues, el art. 175, Cód. proc. civ., al prescribir un término para la instrucción de la causa, declinó el rigor de esta disposición en favor del juramento decisorio, concediendo, por vía de excepción, que se pueda deferir aun después de cerrada la inscripción de la causa en lista. Por consiguiente, así como podría deducirse el juramento decisorio en escrito aparte, así también puede deducirse en el escrito de conclusiones indicado en el art. 176, Cód. proc. civ., consiguiéndose perfectamente el objeto que el legislador se propuso alcanzar con el art. 176. La opinión contraria contradeciría el concepto que informa los artículos 1336, Cód. civ., y 220, Cód. proc. civ.

Tampoco el art. 206 es aplicable, porque tratándose de juramento deducido una vez completada y cerrada la instrucción, no puede hablarse de incidentes instructorios. Si el juramento puede deferirse en escrito posterior al del art. 176, *à fortiori* puede deducirse en éste.

273. En cuanto al *procedimiento sumario*, ya sabemos que las pruebas pueden proponerse ó en procedimiento incidental ó en el escrito de conclusiones (1).

274. Ante los *pretores* y *conciliadores*, la fórmula de la delación se concreta en la petición propuesta verbalmente ó por escrito, y cerrada la instrucción, también mediante declaración especial (artículos 416, 421, 452, Cód. proc. civ.).

275. Sentadas estas reglas comunes sobre la forma de la dela-

(a) Con arreglo á nuestra ley de Enjuiciamiento civil, la confesión, ya sea bajo juramento decisorio, ya como indecisorio, puede proponerse ó deferirse, no en cualquier estado ó grado de la causa, sino desde que se recibieren á prueba, los autos hasta la citación para sentencia en la primera instancia, y en la segunda, sólo en el término de prueba, si se recibieren los autos á dicho trámite.

La anterior ley procesal autorizaba la confesión en cualquier estado del juicio, desde la contestación á la demanda hasta la citación para sentencia; pero, como tenemos dicho ya en otra ocasión, se modificó su precepto en el art. 579 de la vigente, limitando su proposición desde que se reciba el pleito á prueba, para evitar las dilaciones y los abusos á que se prestaba aquel sistema, y además porque carecía realmente de objeto, toda vez que en los escritos de réplica y dúplica pueden los litigantes confesar ó negar los hechos que les perjudiquen, sin necesidad de acudir á la confesión judicial, toda vez que tienen el mismo valor que ésta las manifestaciones que en dicho sentido hicieren en esos escritos.—(N. del T.)

(1) V. vol. 1.º, n. 86.

ción, conviene precisar el concepto del juramento deducido subordinadamente.

276. Para llegar á una solución exacta, conviene ante todo precisar el concepto del juramento deducido subordinadamente.

Esta hipótesis se verifica en el caso de que, en vía principal, se propongan otras pruebas, para que si el Juez las declara *inadmisibles*, se defiera el juramento, como también si en vía principal se solicita la decisión del fondo del asunto considerando *suficientes* las pruebas alegadas, y subordinadamente se defiere juramento (1).

En cambio, no se verifica la hipótesis de que hablamos cuando en vía principal se alegue que la acción es improcedente ó incompetente el Juez, y en el fondo se defiera juramento. Entonces, si el Magistrado rechaza las excepciones prejudiciales, debe desde luego examinar si es admisible el juramento (2).

Desde otro punto de vista conviene también observar que no debe confundirse la delación del juramento decisorio en vía subordinada con la súplica dirigida al Juez de deferir juramento supletorio. Laurent ha puesto de manifiesto esta distinción, de capital importancia (3).

277. Pero vengamos al caso en que se defiera *realmente* en vía subordinada un juramento *indudablemente* decisorio.

¿Deberá el Juez admitirlo?

Los escritores de derecho criminal preferían la solución afirmativa (4)

En Alemania, el párrafo 453, Cód. proc. civ. de 1838, reconoce expresamente el juramento deducido en vía subordinada, declarando que «si se hacen valer otros medios de prueba, el juramento sólo se considerará deferido en el caso de que los otros medios sean infructuosos».

En Francia, salvo rara excepción, la jurisprudencia se ha pronunciado en sentido negativo; pero esta respuesta tiene escasa autoridad, si se reflexiona que es tradicional en la jurisprudencia francesa el principio que considera la delación del juramento decisorio como una facultad de las partes subordinada al beneplácito

(1) Cas. Florencia, 18 de Mayo de 1885, pon. De Petri (*Legge*, 1885, II, 139).

(2) Cas. Turín, 19 de Julio de 1876, pon. Valperga (*Foro ital.*, 1877, I, 127).

(3) Laurent, XX, n. 258, pág. 288.

(4) Glück, *ob. cit.*, pár. 795, p. 196 198 (edic. ital.); Donello, en *Dig. tit. De ureiur.*, cap. 12, n. 6 y 7; De Coccol, *Ins. civ. contr.*, I, 12, tít. 2, q. 25.

del Juez (1). Además, las sentencias francesas son de un laconismo tan absoluto, que prescindiendo de su autoridad pública, no llevan á la ciencia ningún elemento de estudio (2).

En Bélgica, en cambio, la jurisprudencia se pronuncia unánime por la validez de la delación del juramento en vía subordinada (3).

La doctrina francesa reacciona, no obstante, contra esta dirección, afirmando que puede deducirse juramento en vía subordinada (4). No falta algún autor que opine lo contrario (5).

En Italia, la jurisprudencia está dividida. La doctrina, en cambio, exclusión hecha de Pescatore (*Spos. Comp.*, I, 1, 249), y de Pacifici (*Inst.*, IV, 4.^a edic., p. 739), es unánimemente favorable á la tesis de la deferibilidad; solución ésta de gran peso, porque se trata de una cuestión en que la llamada práctica no tiene absolutamente parte alguna, cosa que no sucede en las demás cuestiones que se presentan con indole científica (6).

(1) Véase, además, n. 346.

(2) Véase últimamente el *Journal du Palais*, 1889, I, 1, p. 229, y *Revue trimest. de dr. civ.*, 1902, p. 652, donde se resume diligentemente la jurisprudencia.

(3) *Revue Trim.*, 1902, 652.

(4) Zacharreae-Crome, *Hand des franz. civilr.* (IV, 8.^a edic.), párr. 779; Iluc. VIII, 361; Charrier, *ob. cit.*, p. 147; Laurent, *ob. y loc. cit.*; Demolombe (XXX, 617-622); Mareada, art. 1359, n. 3; Larombiere, *Obligat.*, art. 1368, números 6, 18, 22 y 23; Bonnler, *ob. cit.*, n. 346; Borleaux, art. 1360; Dalloz, *Rep. voz Oblig.*, n. 5188; Aubry y Rar, VIII, párr. 753, p. 190; Masse y Verge sur Zacharreae, III, p. 531-532; Garsonet, *ob. cit.*, III, párr. 884, p. 132.

(5) Toullier, *Droit. civ.*, n. 404, 405; Merlin, *Rép. palabra Sèrment.*, 552, artículo 2.^o, n. 7; Chardon, *Del dolo e della frode* (Venecia, 1835), I, n. 147, p. 165; Demolombe recuerda la singular opinión de Devilleneuve, según el cual, el Juez decidirá á su arbitrio si el juramento decisorio deferido en vía subordinada pierde su carácter de decisoriedad.

(6) *Jurisprudencia.* — Por la admisibilidad: Cas. Roma, 1904, est. Ricco, bono, relat. Basile (*Foro ital.*, 1904, 649); Cas. Roma, 18 de Agosto de 1885-pon. Auriti (*Foro ital.*, 1885, I, 390); 17 de Diciembre de 1891, pon. Ridolfi (*id.*, 1892, 1, col. 576); Cas. Palermo, 1902, est. Pittini (*Foro sic.*, 1902, 521); Cas. Palermo, 19 de Septiembre de 1885, pon. Cuzzo-Crea (*Circ. giur.*, 1886, p. 77, *motivos*); Cas. Turín, 18 de Febrero de 1890, pon. Massimo (*Giur. Tor.*, 1890, 106); 31 de Diciembre de 1883, pon. Parasassi (*Foro ital.*, 1889, I, 632); 13 de Diciembre de 1860, pon. Canina (*Bettini*, 1861, I, 724); 18 de Diciembre de 1894, pon. Secco-Suardo (*Giur. Tor.*, 1895, p. 179); 15 de Octubre de 1897, est. Gasparini; 9 de Septiembre de 1897, est. Cardone (*Giur. Tor.*, 1897, 1441, 1364); 25 de Febrero de 1899 (*ivi.*, 143, 621); 12 de Febrero de 1900, est. Muisa (*ivi.*, 1900, 225); Cas. Náp., 18 de Junio de 1883, pon. De-Tilla (*Gazz. proc.*,

278. Nosotros tenemos por exacta la opinión de la doctrina, y creemos que el examen atento de las razones aducidas por la jurisprudencia contraria, demuestra que son infundadas por completo.

XVIII, 249); 14 de Diciembre de 1872, pon. Laudisio (*Legge*, 1873, I, 418); 1.º de Mayo de 1869, pon. De Monte (*Bett.*, 1869, I, 281); Cas. Fl., 23 de Diciembre de 1903, est. Bergamaschi; Cas. Fl., 15 de Marzo de 1875, pon. Borsari (*Ann.*, 1875, 1, 200); Ap. Turín, 22 de Diciembre de 1888, pon. Secco-Suardo (*Giur. Tor.*, 1889, 171); 10 de Marzo de 1882, pon. Massimo (*id.*, 1882, 257); Ap. Venecia, 29 de Marzo de 1895 (*Temì Ven.*, 1895, 272); Ap. Bolonia, 30 de Mayo de 1888, pon. Cugini (*Riv. giur. Bol.*, 1888, 154); Ap. Milán, 22 de Diciembre de 1889, pon. De Rogatis (*Monit. Mil.*, 1890, 84); Ap. Génova, 29 de Diciembre de 1896, est. Seillaniá (*La Procedura*, 1897, 175); 8 de Marzo de 1889, pon. Schiavo (*Annali.*, 1869, 2, 234); 24 de Mayo de 1878 (*Legge*, 1879, I, 277); 21 de Febrero de 1890 (*Temì Gen.*, 1890, 206); 23 de Diciembre de 1893, pon. Guasconi, 2 de Febrero de 1894, pon. Copperi (*id.*, 1894, p. 127, 132); 29 de Diciembre de 1896 (*Temì Gen.*, 1897, 27); Ap. Catania, 17 de Septiembre de 1876, pon. De Prola (*Giur. comm. Gen.*, 1876, II, 1); Ap. Cagliari, 26 de Septiembre de 1893 (*Giur. Sarda*, 1893, p. 147).

Por la inadmisibilidad: Cas. Roma, 5 de Noviembre de 1902, Rel. Basile (Cas. única, p. civ., p. 334 (*); Cas. Fl., 13 de Febrero de 1879, pon. Ricci (*Foro ital.*, 1879, I, 425); 18 de Mayo de 1885, pon. Petri (*Legge*, 1885, II, 189); 21 de Junio de 1884, pon. Del Mercato (*Temì Ven.*, 1884, 429); Cas. Turín, 6 de Septiembre de 1882, pon. Serra (*Legge*, 1883, I, 737); 23 de Mayo de 1888, pon. Parassì (*Giur. Tor.*, 1888, 641); 16 de Julio de 1873, pon. Canina (*Legge*, 1874, I, 56); 24 de Noviembre de 1869, pon. Valperga (*Bett.*, 1869, I, 753); 16 de Mayo de 1873, pon. Zanella (*Legge*, 1873, I, 754); 2 de Septiembre de 1874, pon. Pantanetti (*Bett.*, 1875, I, 226); 21 de Abril de 1885, pon. Rovasenda (*Giur. Tor.*, 1885, 414); 19 de Abril de 1885, pon. Parasassi (*La Cass. di Torino*, I, 1, 306); Cas. Palermo, 28 de Octubre de 1895 (*Foro sic.*, 1896, 143); Ap. Perusa, 2 de Junio de 1878 (*Legge*, 1879, I, 97); Ap. Casalia, 28 de Enero de 1884 (*id.*, 1884, II, 171); Ap. Palermo, 20 de Septiembre de 1872 (*Legge*, 1872, I, 960); Ap. Venecia, 23 de Julio de 1878 (*Temì Ven.*, 1878, 357); Ap. Turín, 28 de Marzo de 1887, pon. Croce (*Giur. Tor.*, 1887, 367).

Doctrina.—Lomonaco, *Inst.* (2.ª edic.), v. p. 495; Venzi, Pacifici y Borsari, *Cód. civ.*, pár. 3344; *Cód. proc. civ.*, art. 220; Saredo, *Istit.*, I, n. 578, p. 427; Ricci, *Proc. civ.*, n. 183, p. 195; Prove, n. 278, p. 908; Mattiolo, II, 5.ª edic., n. 843-844; Piccaroli, (*Giur. Tor.*, 1882, 527; Donello, en *Dig.*, Tít. de *iureiur.*, cap. 12, n. 6 y 7; Hilliger, *ad Donell.*, n. 4; De Cocceii, *Ius civ. contr.*, 1, XII, tít. 2, q. 25; Gargiulo, II, 57; Bertolini, *Monit. trib.*, 1884, 194; Caberlotto (*id.*, 1881, 265); Casanova, *Giorn. Trib.*, VII, 541; Levi, *ob. cit.*, pár. 25; Cuzzeri, *Offidigo proc. civ.*, art. 220, n. 10; Cesareo Consolo (*Annali proc. civ.*, IV, 314); Pappagallo, *Riv. giur. Trani*, XII, 605; Mattel, art. 1366, n. 3, p. 706 del vol. IV.

(*) En esta sentencia se lee, á pesar de todo: «está ya fuera de duda en la doctrina y en la jurisprudencia que el juramento decisorio no puede deferirse subordinadamente». ¡Y es la casación quien escribe esto!