

"se ha reconocido á tiempo, que esto era un acto de procedimiento antipático á todo proceso criminal; la delación del juramento supone una especie de pacto, y no puede haber pacto, sino donde se admite el desistimiento con respecto al objeto litigioso." (V. el núm. 99). Se puede pues considerar el juramento decisivo, como habiendo desaparecido completamente de los pueblos modernos en materia criminal.

Nuestra ley 10, tít. 11, Part, 3ª autorizaba la delación del juramento en las causas criminales con las siguientes palabras "Otrosí decimos, que en todo pleyto criminal que non pueda ser probado por otorgamiento de las partes, ni por testigos, que puede el un contendor dar la jura al otro, si se avinieran en ello." De esta disposición deducen tambien algunos autores, que en cuanto á delitos, solo puede tener lugar el juramento deferido en aquellos que desaparecen con el perdón de la parte ofendida, como sucede en las injurias leves, mas no procede jamás en aquellos en que se interesa la vindicta pública. En nuestro juicio, en el día no tiene ya lugar en las causas criminales la disposición de la ley de Partida citada, ni la doctrina de los autores sobre el juramento que llamaban de propagación de indicios, ni otro alguno, ya versen aquellas sobre delitos públicos ó sobre delitos privados, desde que por el artículo 291 de la Constitución de 1812, restablecida como decreto por la ley de 16 de Setiembre de 1837, á nadie ha de tomarse juramento en materias criminales sobre hecho propio.—(N. de C.)

TERCER MEDIO DE PRUEBA ORAL.

DECLARACION DEL DEMANDANTE.

SUMARIO.

432. Peligro de esta declaración.
433. Fé que se atribuye, ya á la declaración del demandante, ya á la de una de las partes, á elección del juez. *Affidavit* inglés.
432. Tan natural como es referirse al testimonio de terceros desinteresados en el litigio, ó á la confesion del mismo demandado, tan extraño parece referirse á la afirmación del demandante, llamado de esta

suerte á hacer ganar el litigio por medio de su propio testimonio. Cuando ciertas legislaciones bárbaras permitieron, á influjo de un sentimiento exagerado de la moralidad humana, referirse en toda clase de materias á la declaración del demandante, esta facultad dió origen á enormes abusos. Así, entre los lombardos, en su origen, bastaba al que presentaba la escritura ó título de una heredad, si se suscitaba controversia, jurar sobre los Evangelios la verdad de este título, y sin ningun juicio prévio se hacia dueño de la heredad. De esta suerte los perjuros tenían seguridad de hacer adquisiciones (V. la ley de los Lombardos, lib. II, tít. 55, cap. XXXIV). Hasta la reacción que tuvo lugar en la opinion pública contra estos escándalos (1) parece haber contribuido poderosamente á propagar el uso del combate judicial.

433. Actualmente, la declaración del demandante, sin tener tan grande autoridad, es invocada aun con frecuencia, por lo menos en derecho civil, y ya veremos que este medio de prueba, atacado frecuentemente con justo motivo, es en ciertas hipótesis justificable, y aun á veces necesario.

Volvemos á encontrarlo en Inglaterra, en el *affidavit*, declaración jurada y detallada que hace una parte en apoyo de su pretension (V. los *affidavit* presentados por el conde Appony el 27 de Febrero, y por el abogado Kossuth el 16 de Marzo de 1861 en el tribunal de la cancellería inglesa, en el asunto del emperador Francisco José contra Kossuth).

Una distincion importante domina la materia. Unas veces es la ley quien designa exclusivamente á una de las partes, por lo comun el demandante, para cortar el debate por medio de su declaración; otras veces se deja al juez la facultad de referirse á él en la declaración de la una ó de la otra de las partes, á su elección, y entonces es cuando interviene el juramento supletorio, de que nos ocuparemos en último lugar (2).

1. Ab Italia proceribus est proclamatum, ut imperator sanctus, mutata lege facinum indignum destrueret. [Ley de los Lomb., *ibid.*]

2. Véase, respecto del derecho español, la adición inserta á continuación del núm. 438.

Guillermo S. Saunders.

SECCION PRIMERA.

CASOS EN QUE DA LA LEY CREDITO ESCLUSIVO A LA DECLARACION DE UNA DE LAS PARTES.

SUMARIO.

434. Motivos de este crédito exclusivo.
435. Cualidad de la persona. Locatario ó arrendatario.
436. Declaración del dueño sobre los salarios.
437. Afirmación del procurador reclamando la distracción de los gastos.
438. Juramento del demandante.

434. Dos clases de causas pueden determinar á la ley ó referirse únicamente, respecto de ciertas cuestiones, á la declaración de una de las partes, y aun por lo comun, á la del demandante (1). Algunas veces es la cualidad de la persona quien la hace juzgar digna de confianza; otras veces la posición enteramente especial del demandante hace que él solo se halle en estado de dar noticias sobre el hecho litigioso.

435. La cualidad de la persona ha determinado al legislador á referirse exclusivamente á una de las partes, cuando quiere que el locador sea creído por su juramento, en caso de controversia sobre el precio de un arrendamiento verbal que ha comenzado á ejecutarse (C. Nap., art. 1716). Esta disposición se halla templada por la facultad concedida al locatario ó arrendatario de pedir su tasación por peritos, siendo de su cuenta los gastos de esta diligencia, si la tasa de los peritos es mayor que el precio que él declaró (art. cit.); así es que esta disposición no ha sido objeto de censuras formales como contraria á la igualdad democrática, porque acontece con frecuencia en la locación, que la posición social del locatario es mas elevada que la del locador.

436. No sucede lo mismo respecto del art. 1781 del Código Napoleon, segun el cual, en lo relativo al salario de los domésticos y operarios, al dueño se le cree por su dicho ó afirmación en cuanto á la cuota de

1. Entiéndase bien, que llamamos aquí demandante á aquel á quien incumbe la prueba del hecho en apoyo del cual se invoca su propia declaración, aun cuando su pretension viniera á presentarse incidentalmente en un procedimiento civil en que fuese demandado.

los salarios, para el pago del salario del año vencido, y para lo que diga haber dado á cuenta por el año corriente, cuando el doméstico ó criado no presenta recibo alguno. Este artículo, impregnado de un espíritu poco democrático, parece una reminiscencia del antiguo adagio consuetudinario: *no hay gran lealtad en gran pobreza*. La expresión misma de *dueño* tiene algo mal sonante para oídos democráticos. Así, la abrogación de este artículo fué vivamente solicitada despues de la revolución de 1848. La proposición de modificar el Código en esta materia, se tomó en consideración por el poder legislativo, pero no hubo conformidad sobre cuál era el mejor sistema que debia adoptarse para reemplazar el artículo 1781. En la última discusión sobre este punto, en la sesión del 9 de Mayo de 1851 (*Monit.* del 10 de Mayo), se reconoció que era imposible volver al derecho comun, sin autorizar, en los casos muy frecuentes en que el valor del litigio no excede de ciento cincuenta francos, una multitud de pequeñas informaciones, lo cual es contrario, tanto el espíritu de nuestra legislación, como á la igualdad bien entendida, puesto que el dueño no podria hacer oír como testigos á otros domésticos (C. de proc., art. 283), mientras que los domésticos podrian prestarse respectivamente testimonio. Era preciso, en su consecuencia, introducir en favor de los domésticos y de los operarios del campo, la *libreta* por lo menos facultativa. Esta institución, que respecto de los operarios propiamente dichos, dá ya lugar á graves dificultades, hubiera tenido poco éxito, sobre todo en el campo, donde frecuentemente ninguna de las partes sabe escribir. Una idea mucho mas sencilla, admitida por unanimidad por el comité de legislación de la Asamblea Constituyente de 1848, consistia en permitir al juez deferir el juramento á la parte que estimase mas digna de fé, como se practica en las contestaciones comerciales. El motivo que hizo rechazar esta idea en 1851, y conservar el *statu quo*, fué el temor de que, segun el espíritu de las localidades, se defiriese siste-

máticamente el juramento, bien á un operario, bien á un dueño. Esta suposición nos parece injuriosa á la magistratura, y creemos que hubiera valido mas dejar á ésta un poder discrecional, de que no era de creer que hubiese abusado en favor de los domésticos.

Como quiera que sea, y volviendo á la ley existente, debe notarse, que se supone que el dueño es, ya demandante, ya demandado. Es demandado (1), cuando se trata de la cuota de los salarios que se reclama contra él; es por el contrario demandante, en virtud de la regla: *Reus excipiendo fit actor*, cuando una vez probada la cuota de los salarios, alega á su vez, un pago total ó parcial. En una y en otra hipótesis, hace fé su afirmación. ¿Pero qué deberá entenderse por esta afirmación? Algunos creen que basta la simple declaración del dueño, puesto que la ley no exige el juramento, como hace espresamente cuando se trata del arrendamiento de cosas (*ibid.*, art. 1716). Pero la palabra *afirmación* se toma frecuentemente en el sentido de declaración jurada, y así es especialmente como se entiende la afirmación que viene á sancionar la prueba de los créditos en las quiebras (C. de com., art. 497). Mas dejando á un lado la dificultad gramatical, para llegar al fondo de la cuestión ¿hay algun motivo razonable para rehusar al doméstico todas las garantías apetecibles de la sinceridad de una declaración que está obligado á aceptar? Si la ley obliga al arrendatario de una heredad á prestar juramento, aunque el arrendador tenga la facultad de practicar la prueba contraria, por medio de un juicio pericial (art. cit. 1716), el doméstico á quien se ha rehusado este recurso, respecto del cual es perentoria la afirmación del dueño, debe, con mas razon, hallarse autorizado para hacer un llamamiento solemne á la conciencia de su adversario.

1. Es raro que se refiera la ley á la declaración del demandado bastante protegido por su posición, que le asegura ganar el pleito, por el solo hecho de haber duda en él. Pero aquí se ha querido, á fin de agotar el manantial de los litigios, impedir que el doméstico pudiese invocar la prueba testimonial, aun para los valores que no exceden de ciento cincuenta francos.

Los mancebos son domésticos de un órdén particular, á quienes se considera atenderse igualmente á la fé del patron por las condiciones de la locación de sus servicios (Rouen, 10 de Julio de 1843), pero el artículo 1781 no es aplicable á los secretarios, á los escribientes, etc., que ejercen una profesión liberal.

Además, el crédito que se concede de esta suerte al dueño, se apoya en las relaciones puramente personales. Si, pues, llega á morir, se podrá tal vez referirse á la declaración de la viuda y de los hijos que viven con él; pero será ciertamente imposible atribuir la misma prerrogativa á los herederos estraños, respecto de los cuales el doméstico quedaria en los términos del derecho comun, que autoriza la prueba testimonial del crédito, si no excede de ciento cincuenta francos, y que obliga al demandado á justificar los pagos que alegó. Menos dudoso es, que el art. 1781 del Código civil debe limitarse estrictamente á lo concerniente á los salarios, único punto respecto del cual se presume que el doméstico se atuvo á la buena fé del dueño. Respecto á todo lo demás, y por ejemplo, si reclamase efectos personales, no se le podría rehusar el derecho de verificar la prueba segun las reglas ordinarias.

437. Puede citarse tambien como motivada, en atención á la cualidad de la persona, la disposición del Código de procedimientos (art. 133), que autoriza al procurador de la parte vencedora para reclamar la distracción de los gastos en beneficio suyo, afirmando, que hizo la mayor parte de los adelantos. La posición de oficial ministerial, no permite suponer que quiera comprometer su carácter y su porvenir con una declaración falsa. No se trata, por otra parte, de un debate en el fondo entre el procurador y su cliente, sino de una medida provisional de ejecución. Aquí la práctica constante de nuestros tribunales, no exige el juramento, y esta práctica ofrece poco peligro en último resultado, puesto que puede obligarse al procurador á presentar el libro que debe llevar conforme al

art. 51 de la tarifa (núm. 410); libro que justifica la exactitud de sus aseveraciones (Lismoges, 27 de Agosto de 1823).

438. Finalmente, hay casos en que la necesidad misma obliga á referirse á las alegaciones del demandante; entonces es imposible probar de otro modo el valor reclamado, é interviene el juramento en el pleito (*en plaidis*), de que trata el art. 1369 del C. Nap. Esta es por lo menos la única aplicación que tiene este juramento entre nosotros.

El juramento *in litem* tenia en Roma una aplicación mas estensa: empleábase para castigar el dolo del demandado, autorizando al demandante á fijar el precio de afección que daba al objeto reclamado. *Non ab judice doli estimatio*, dice Ulpiano (l. 64, D. de judic.), *ex eo quod interest fit, sed ex eo quod in litem juratur*. El juramento podia entonces tener lugar por un valor ilimitado, solamente era de elección del juez añadir una *taxatio*, es decir, fijar un *máximum* que no debia exceder al de la declaración (Ulp., l. 4, §. 2, *ibid. de in lit. jur.*). Entre nosotros se contenta la ley con señalar en este caso daños é intereses bajo una base mas amplia (C. Napol., art. 1150 y 1151). El juramento sobre el valor del objeto demandado no puede deferirse por el juez al demandante, sino cuando es por otra parte imposible consignar de otra suerte su valor (C. Nap., art. 1369). "El *juramentum affectionis*, dice Pothier (Oblig., núm. 930), "no tiene lugar en nuestros usos y costumbres; pues solamente hemos admitido en "ellos el *juramentum veritatis*."

Há lugar á este último juramento, siempre que acreditándose una pérdida, no se puede probar su importancia, sino por la declaración de la parte misma que la ha sufrido, si no es posible invocar de hecho la prueba testimonial, aunque sea por comun fama. Esta parte debe entonces afirmar en conciencia, no el precio de afección que atribuia al objeto perdido, sino su valor real. Así, cuando un viajero pierde sus efectos en una posada, donde le era imposible moralmente probar su valor, se ha re-

conocido en todo tiempo que es preciso en semejantes circunstancias referirse á su declaración, teniendo en cuenta la cualidad de las personas y de las circunstancias de la causa. Entonces el juez, como se hacia casi siempre en Roma, determina (C. Nap., *ibid.*) la suma hasta cuya concurrencia debe ser creído el demandante por su juramento. Mas aun; el juramento prestado no liga al juez, que puede en último análisis, si la tasación le parece exagerada, reducir la condena á una tasa inferior. Así lo admitia Ulpiano *ex magna causa et postea repertis probationibus* (l. 4, §. 3, D. de in lit. jur.). Tal es igualmente la doctrina de Beaumanoir (capítulo XXXIX, §. 79), y lo que enseña Pothier (Oblig., núm. 932), y es poco probable que los redactores del Código civil hayan tratado de separarse de esta doctrina.

El juramento *in ítem*, mas personal aun que el juramento supletorio, no puede tampoco ser referido (*ibid.*, art. 1368).

Por nuestro derecho, el juramento estimatorio ó decisorio en el pleito, tiene lugar en los pleitos en que se trata sobre el valor ó la estimación de la cosa que se demanda y no aparece, ó sobre el perjuicio recibido, para determinar la cantidad en que ha de condenarse al demandado: no puede deferirse sino cuando no hay otro medio de probar la estimación de la cosa, del daño sufrido ó de los perjuicios ocasionados, pues solo en caso de necesidad es justo abandonar la prueba al arbitrio ó conciencia del interesado: debe deferirse al actor precisamente y no al demandado, y ha de hacerse ante el juez con citación de éste. Como el demandante podria hacer escesivamente esta valuación, si se le dejara en completa libertad para ello, se ha determinado que el juez, atendiendo al grado de confianza que aquel merece, á su estado y cualidad, y á la naturaleza y circunstancias del negocio, prescriba y determine la cantidad hasta cuya concurrencia puede ser creído, y despues, le exija el juramento, al cual debe conformarse en la sentencia, no siendo la valuación superior á la tasa ó límite que se designó. (V. la ley 5, tít. 11, Part. 3).

En cuanto al juramento que se recibe al locador de trabajos, de que trata M. Bonnier en los núms. 434 y siguientes, segun el espíritu de nuestra legislación de Partida

y recopilada, cuando no se ha establecido el precio de un modo espreso, se entiende que las partes se han convenido tácitamente en el precio comun del trabajo ó servicio que es objeto del contrato, y no habiéndolo, se supone que se ha dejado su estimacion al juicio de peritos. (V. la ley 5, tít. 11, Part. 3^a) En el proyecto del Código civil de 1851, se dispone espresamente, que el amo es creído afirmándolo bajo juramento salvo prueba en contrario: 1^o sobre el tanto del salario del sirviente doméstico: 2^o sobre el pago de los salarios devengados en el año corriente: (V. el art. 1526).

Respecto de los honorarios de los abogados; cuando hay reclamacion de parte sobre su valuacion, se suelen pasar los autos al tasador para que los regule y tambien los valúan los mismos jueces, atendiendo á las circunstancias: art. 192 de las Ordenanzas de las Audiencias.

Acerca de los procuradores, cuando quieren recibir de sus principales morosos las cantidades que les adeudan por sus derechos, ó por los que hubiesen adelantado para pagar á los demás curiales, presentarán la correspondiente instancia á la Sala, en que esté radicado el negocio respectivo, y si juraren que les son debidas y no pagadas las cantidades que piden, y presentaren cuenta de ellas, la Sala manda pagar con las costas lo que resultare de la tasacion, sin perjuicio de que hecho el pago, pueda el deudor reclamar cualquier agravio; y en el caso de que el procurador se hubiera escedido en su cuenta, devolverá el duplo del esceso, con las costas que se causen hasta su completo resarcimiento. Igual derecho que los procuradores tendrán sus herederos, respecto á los créditos de esta naturaleza que aquellos les dejaron: art. 220 de las Ordenanzas de las Audiencias. Tambien se previene á los procuradores por el art. 211, que lleven un libro de cargo y data en que pongan con toda distincion y claridad sus cuentas pendientes con los que hayan otorgado poder.—(N. de C.)

Respecto á los honorarios de los abogados, peritos y demás personas que intervienen en juicio y pueden cobrarlos serán regulados cuando hubiere contradiccion en costas por el secretario de la Sala ó actuario del Juzgado conforme al arancel y á la minuta que presentaren los interesados, cuyo importe se incluirá en la regulacion. De esta regulacion se dá vista á las partes por término de tres dias á cada una y si hubiere oposicion el Juez ó la Sala oírán á las partes, decidiendo dentro del tercero dia y sin admitir recurso alguno esa decision art. 214 al 216 Cód. de proc.—[N. de los EE.]

SECCION SEGUNDA.

DECLARACION DEL DEMANDANTE O DEL DEMANDADO, A ELECCION DEL JUEZ.—JURAMENTO SUPLETORIO.

SUMARIO.

439. Peligro de este juramento.

439. *Solent judices in dubiis causis*, dice Gayo (l. 31, D. de jurej.), *exacto jurejurando, secundum eum judicare, qui juraverit*. Esta práctica no tiene nada contrario á las reglas ordinarias, cuando se defiere el juramento por el juez al demandado, puesto que su adversario podria siempre imponerle la misma obligacion, defiriéndole el juramento decisorio. Pero cuando es al demandante á quien se defiere este juramento, se dirige á destruir la máxima, tan conveniente como razonable, que obliga al demandante á hacer la prueba. Supónese entonces al juramento una eficacia que se halla sobrado desmentida por la esperiencia. Así, esta clase de prueba tan equívoca, cayó desde luego en descrédito en nuestra antigua jurisprudencia. “Juramentos supletorios, dice Papon, no se reciben en el Parlamento de París como cosa perjudicial á la salvacion eterna, por haber llegado las costumbres de los hombres depravados, por inclinacion del tiempo, hasta tener tal juramento en poca cosa.” Pero no se supo conservar esta sábia práctica, y en el último siglo llegó á ser sumamente frecuente el uso del juramento supletorio. Sabida es la declaracion que hace Pothier, con este motivo, en su *Tratado de las obligaciones* (núm. 925). “Hace mas de cuarenta años que ejerzo mi profesion” (habla aquí como juez y no como profesor): “he visto infinidad de veces deferir el juramento, y no he visto que ocurriera mas de dos veces que se detuviera una parte por la religion del juramento en persistir en lo que habia sostenido (1).”

1. Portalis se ha explicado en estos términos, en el Consejo de los Ancianos, á propósito del juramento impuesto á los sacerdotes por las leyes revolucionarias: “Hubiera sido digno de nuestro siglo reconocer que el juramento es una débil prueba para los hombres cultos y refinados; que no es necesaria sino en los pueblos toscos á quien la falsedad ó la mentira cuestan menos que el perjurio, pero que en nuestras costumbres esta angus-

Si este espediente puede ofrecer alguna utilidad, es tan solo en casos enteramente especiales, en que la buena reputacion de una parte puede suplir á lo incompleto de las pruebas que invoca, ó bien relativamente al juramento *in litem*, admitido segun hemos visto (núm. 438) por necesidad. Pero el número de inconvenientes sobre este punto supera en mucho al de las ventajas. Nuestra legislacion ha autorizado no obstante el juramento supletorio en materia civil (1); y ha debido desecharlo menos en materia criminal, en la que se ha sostenido en otras naciones, como veremos al concluir (2).

DIVISION PRIMERA.

USO DEL JURAMENTO SUPLETORIO EN LO CIVIL.

SUMARIO.

440. Casos en que puede hacerse uso de este juramento.

441. A quién conviene deferirlo.

442. Deben ser los hechos personales.

443. Facultad de retractar el juramento supletorio.

444. Negativa de prestarlo.

445. Imposibilidad de referirlo.

446. Puntos comunes á este juramento y el juramento *in litem*.

440. ¿En qué casos tiene el juez facultad para deferir este juramento? El Código Napoleón (art. 1367), que reproduce la doctrina de nuestros antiguos autores, no se explica muy claramente sobre este punto. “El juez, se dice en él, no puede deferir de oficio el juramento, ya sea sobre la demanda, ya sobre la escepcion que se opone á ella, sino con las dos condiciones siguientes: es preciso, 1^o que la demanda ó la escepcion no se halle plenamente justificada: 2^o que no esté desvirtuada enteramente de prueba. Fuera de estos dos casos, debe el

ta ceremonia no es mas que una fórmula que ultraja al cielo, inútil para la sociedad y ofensiva para aquellos á quienes se obliga á someterse á ella.”

1. El número de los juramentos judiciales propende á disminuir. Desde 1840 á 1850, por término medio, los juramentos deferidos por las partes han sido de 535 por año; los juramentos deferidos por el juez, de 296 solamente.

2. Véase respecto del derecho español, la adición inserta á continuacion de los núms. 446 y 450.—(N. de C.)

juez admitir ó desechar pura y simplemente la demanda.”

Resulta de aquí indudablemente, sin contradiccion, que no puede deferirse de oficio el juramento en los dos casos estrechos en que es completa la prueba ó en que falta enteramente. Pero ¿cuál es la posicion intermedia, en que podrá el juez deferirlo? Este punto se abandonaba á su prudencia, entre los romanos, y los antiguos intérpretes definian muy vagamente, lo que llaman pruebas *semi-plenas* (1). Pero, en nuestra legislacion, que rechaza la prueba testimonial de las convenciones, cuyo objeto esceda en valor de ciento cincuenta francos, es bastante natural someter á la misma restriccion el juramento supletorio, mucho mas peligroso aun que el testimonio de los terceros. Así la doctrina y la jurisprudencia entienden el art. 1367 en el sentido de que es permitido al juez deferir el juramento en los casos en que es admisible la prueba testimonial. En sentido inverso, donde no existe restriccion para el uso de la prueba testimonial, puesto que los jueces pueden condenar por simples indicios, pueden corroborarlos, defiriendo el juramento supletorio (sent. deneg. de 22 de Enero de 1828 y de 9 de Noviembre de 1831). Sin embargo, no há lugar á poner absolutamente en la misma línea la admisibilidad de este juramento, y la de la prueba testimonial. “Deben esceptuarse de esta regla” dice Pothier (*Oblig.*, núm. 926), “las causas de gran importancia, tales como las causas matrimoniales.” Y en el dia, que no admitimos ya la máxima: *Creditur virgini juranti*, etc., es preciso desechar en materia de filiacion el juramento supletorio, así como el decisorio (núm. 410), aun cuando fuera admisible la prueba testimonial. Si la probidad aparente de un litigante puede permitir al juez referirse á su delicadeza en un asunto puramente pecuniario, no debe ser lo mismo cuando se trata de los intereses mas sagra-

1. Hoc intelligendum, dice Dumoulin [sobre el título 1^o del Código] “de conjecturis presumptionibus judicis gravibus, bonis efficacibus, non autem de frivolis et stultis.” Mascardo [concl. 957, núm. 8], pone por ejemplo una alegacion fundada en la declaracion de un solo testigo.

dos de la sociedad. En cuanto á la cuestion de si, por el contrario, es admisible este juramento, sin que lo sea asimismo la prueba testimonial, con el apoyo del registro ó libro que un comerciante invoca contra un particular no comerciante (Cód. Nap., artículo 1329), se refiere sobrado íntimamente á la fé de los libros ó registros, para que convenga tratarla aquí anticipadamente.

441. Al juez solo pertenece habitualmente elegir la parte á que quiere deferir el juramento. Su eleccion se guiará, por lo comun, por los antecedentes mas ó menos favorables de los litigantes y por las circunstancias de la causa. Pero, en igualdad de circunstancias, deberá dirigirse al demandado, no siendo admisible la afirmacion del demandante en su propia causa, cuando no hay nada que haga inclinar la balanza en su favor. Hay un caso en que la ley misma hace la eleccion, y es aquel en que un comerciante á cuyos libros ofrece la otra parte dar crédito, rehusa presentarlos (C. de Com., art. 17); entonces el que ha pedido esta presentacion es quien debe deferir el juramento. La negativa de presentar sus libros es, en efecto, una presuncion grave contra el adversario. En semejantes casos, en que se eleva una fuerte presuncion contra una de las partes por razon de su conducta en el litigio, si, por ejemplo, negó un hecho, que se halla en seguida claramente probado, los jueces se conformarán con el espíritu de la ley, defiriendo siempre el juramento á la otra parte. Además, esta es una cuestion de apreciacion personal, y no de capacidad. *Adolescens vero, si velit, jurare potest*, dice Ulpiano (l. 4^o, pr. D. de *lit. jur.*).

442. Háse preguntado si puede deferirse de oficio el juramento sobre un hecho que no es personal á la parte; en el silencio de la ley, nos parece imposible autorizar á los jueces para poner á un litigante en el caso de afirmar bajo juramento, un hecho que le fuera completamente extraño. Invócase inoportunamente, en este sentido, la autoridad del tribunal de casacion; pues en el caso en que autorizó la delacion del jura-

mento supletorio (sent. deneg. de 18 de Diciembre de 1823), se trataba de un préstamo hecho á la madre de la parte; no se trataba pues en último resultado, mas que de un juramento de credibilidad, y ya hemos visto que semejante juramento puede deferirse aun por la parte contraria (núm. 412), puesto que la creencia invocada de esta suerte no es otra cosa mas que un hecho personal. De la misma manera puede explicarse la decision (sent. deneg. de 19 de Mayo de 1842) que autoriza para deferir el juramento al marido, en un proceso en que éste asiste á su mujer.

443. La prestacion del juramento supletorio no corta de una manera perentoria la contestacion, como la del juramento decisorio. No se trata pues aquí, de una transaccion, sino de un medio de prueba ordinario, al cual no se ha adherido el adversario en manera alguna (Gayo, l. 31, D. de *jures.*). Es pues permitido combatir en causa de apelacion las alegaciones de la parte contraria, aunque apoyadas por un juramento de esta naturaleza (sent. deneg. de 15 de Marzo de 1852), y el juez de apelacion puede tambien, como enseña Pothier (Oblig. núm. 928), deferir el juramento al litigante á quien el primer juez no quiso dirigirse. Por el mismo motivo, el Código, conforme á la antigua doctrina, no reproduce, en cuanto al juramento deferido de oficio, la disposicion que prohíbe probar la falsedad del juramento que se hubiera referido ó deferido á sí mismo (Cód. Nap., art. 1363). Nada se opone á que pueda mostrarme parte civil, y reclamar daños é intereses, cuando es llamada la jurisdiccion criminal á apreciar la sinceridad de un juramento, al cual jamás he querido someterme (sent. deneg. de 20 de Enero de 1843).

444. La negativa de prestar el juramento supletorio hará casi siempre perder su pleito á la parte interpelada para jurar. Pero esto solamente sucederá por lo comun de hecho. En principio, la negativa de jurar no se considera ya aquí como una confesion tácita. Aplícase la máxima, cuyo verdadero sentido hemos desarrollado mas ar-

riba (núm. 399 y siguientes), que no queda ligado el juez por una decision interlocutoria. Si por ejemplo, se ha recobrado una pieza decisiva, despues que se ha ordenado el juramento, se ha juzgado con razon (Limoges, 23 de Marzo de 1825; Tolosa, 3 de Julio de 1827) que el tribunal puede volver sobre la delacion del juramento. En semejante caso, la negativa de prestar el juramento, no perjudicaría á la parte cuyos derechos se hallan así claramente demostrados (sent. deneg. de 10 de Diciembre de 1823).

445. Un punto sobre el cual está terminante la ley, es la imposibilidad de referir el juramento deferido de oficio (Cód. Nap., art. 1368). Cómprendese que la confianza concedida por el juez á uno de los litigantes es enteramente personal.

446. Ya hemos visto (núm. 438), que la imposibilidad de referir el juramento, así como la facultad de volver sobre el juramento prestado, existen igualmente respecto del juramento *in litem*, que no es en último resultado mas que una variedad del juramento supletorio.

El juramento supletorio ó que defiere el juez de oficio ó manda hacer á una de las partes para completar la prueba, se halla sancionado en nuestras antiguas leyes. V. la 2, tít. 11, Part. 3^a. Puede deferirse al actor por razon de la accion, y al demandado por razon de la escepcion cuando la demanda ó la escepcion no están plenamente justificadas ni desnudas enteramente de pruebas, y debe deferirse por el juez despues de examinadas las pruebas hechas por una y otra parte, para ver si conviene ó no deferirle y á cuál de las partes.

La nueva ley de Enjuiciamiento, conforme con las leyes anteriores, faculta tambien á los jueces y tribunales para exigir de oficio la confesion judicial á cualquiera de los litigantes sobre hechos que estimen de influencia notoria en el litigio y que no resulten probados; cláusula con que se ha querido espresar que no han de estar los hechos *plenamente* probados, por lo que bastará para exigir esta confesion que exista prueba semi-plena. Así, pues, cuando una de las partes haya presentado prueba, pero insuficiente, para hacer constar la verdad

de un hecho que influye notoriamente en la decision del litigio, de suerte que el juez no se haya convencido con la evidencia que se requiere para formar un juicio exacto sobre él y dictar sentencia definitiva, puede de oficio pedir á la parte contraria que confiese la verdad del mismo, para constituir plena prueba por medio de esta confesion, como acontecerá si reúne las circunstancias que hemos espuesto al tratar de la fuerza que tiene la confesion judicial.

Existe tambien respecto de la confesion que se hace á instancia de parte, y de la que se hace de oficio la diferencia de que aquella puede pedirse, segun el art. 294 de la ley, bajo juramento decisorio, esto es, sometiendo la persona á cuya solicitud se hace, á tener por cierto lo asegurado por el declarante, con tal de que sea sobre un hecho personal del mismo, y la confesion requerida de oficio por el juez no puede exigirse sino bajo juramento indecisorio ó supletorio, esto es, sin quedar obligado por ella la parte por quién se pide á pesar por lo que la otra jure, sino estando solo á lo que le sea favorable, pues que no verificándose á instancia de aquella, no puede obligarse ni entenderse obligada á pasar por lo que jure la contraria. Esta diferencia entre la confesion solicitada por la parte y la que provee el juez, y asimismo la circunstancia de verificarse de oficio y no á instancia de parte, puede servir de regla para conocer los artículos de la ley que tratan de la confesion á instancia de parte, que son aplicables á la confesion requerida por auto para mejor proveer, que aquí hemos indicado.

Respecto de la fuerza de este juramento, como solo tiene calidad de prueba semiplena, puesto que para que pueda deferirse exige la ley que la demanda ó la escepcion no carezcan enteramente de pruebas, puede ser atacado de falsedad y la sentencia dada en su virtud, no solo está sujeta el recurso de apelacion, sino que puede revocarse por instrumentos hallados nuevamente que prueben lo contrario: leyes 2, 16 y 25, tít. 3^o y leyes 13 y 19, tít. 27, Part. 3^a.—(N. de C.)

DIVISION SEGUNDA.

INADMISION DEL JURAMENTO SUPLETORIO EN LO CRIMINAL.

SUMARIO.

447. Tres sistemas sobre este punto.
448. Primer sistema: Juramento deferido en la acusacion.

449. Segundo sistema: Juramento purgatorio, deferido al acusado.

450. Tercer sistema, que proscribiera todo juramento en lo criminal.

447. Pueden concebirse, en materia criminal, tres sistemas en cuanto al juramento supletorio. La ley puede permitir deferirlo al acusador, á fin de corroborar su alegación: puede, por lo contrario, constituir un medio de defensa para el acusado, y entonces se llama *juramento purgatorio*; finalmente, puede proscribir todo juramento de una ú otra de las partes en los procesos criminales. Cada uno de estos sistemas corresponde á un período diferente en el estado de la civilización y de la legislación penal.

448. El primer sistema pertenece á la infancia de la justicia criminal. El referirse á la declaración del demandante, en lo relativo á los intereses pecuniarios, puede tolerarse, al menos como lo hemos visto en ciertas circunstancias. Pero que se disponga de la vida ó del honor de un acusado, porque el juramento del acusador haya venido á corroborar una prueba incompleta, es una práctica deplorable, y que no es necesario admitir en los países en que se abandona la acusación á los particulares. Cuando se hallan así en juego intereses tan sagrados, conviene atenerse estrictamente á la regla: *Actore non probante, reus absolvitur*. Entre los pueblos primitivos que han conservado una gran fé en la palabra del hombre, y un estado de civilización en que es difícil practicar pruebas ordinarias, encontramos este uso del juramento. Las leyes galas (Legg., Wall. Cód. Wotton, lib. III, capítulo III, §. 31) autorizan para acreditar la acusación de robo manifiesto por medio del juramento del acusador y de otras tres personas, prestado á la puerta de la iglesia, y en fin, sobre el altar. Estas leyes se refieren igualmente al juramento de una jóven soltera respecto del atentado contra las costumbres, lo cual recuerda nuestra antigua máxima: *Creditur virgini jurandi se ex Titio pregnantem*. Semejante sistema no se encuentra en el día sino en las comarcas de Oriente, donde se administra la justicia criminal con la mas increíble ligereza. Allí, el legislador,

supliendo la cualidad de las pruebas con su número, autoriza á probar el asesinato por medio de *cincuenta juramentos* prestados por los parientes de la víctima (V. los *Estudios sobre la ley musulmana*, de M. Vincent, págs. 65 y sigs.). No se encuentra sin duda alguna semejante abuso del juramento en Atenas y en Roma. Véase allí, sin embargo, ofrecer todavía el acusador espontáneamente su juramento, que sin tener una fuerza perentoria, entra en los elementos de la convicción del juez (1). Pero cualquiera que sea el sistema de instrucción criminal adoptado en las naciones de la Europa moderna, el juramento supletorio del acusador es universalmente desechado, así como el juramento decisorio en lo criminal.

449. No sucede lo mismo con el juramento purgatorio, cuyo uso subsiste aún entre ciertos pueblos civilizados. La facultad de deferir el juramento al acusado, es en efecto mas favorable, puesto que se dirige á libertarle en vez de agravar su posición, porque es preciso reconocer, á no confundir los principios del procedimiento criminal con los del procedimiento civil, que no debe considerarse aquí la negativa de jurar como una confesión tácita. Así, en Atenas, podía el acusado con el consentimiento del acusador, obtener su absolución por medio de un juramento con imprecación sobre su propia cabeza. El juramento purgatorio habia adquirido una gran importancia en la Edad Media. Según las costumbres germánicas, el acusado llevaba consigo cierto número de parientes ó de amigos que juraban con él (conjuradores) (2). Primitivamente la institución de los conjuradores no era otra cosa que una transformación de las guerras privadas; los miembros de la misma familia y de la misma tribu, llamados así en juicio, no daban un testimonio propiamente dicho, sino que sostenían la causa del acusado por medio de su juramento, como lo habrían

1. Véase el juramento solemne del acusador en la oración de Demóstenes contra Conon, §. 14.

2. En materia de violación, de adulterio, de virginidad, las leyes galas admiten la esculpación por medio de cierto número de juramentos. Sabido es que tres obispos y trescientos señores afirmaron solamente la legitimidad de Clotario II para disculpar á su madre la famosa Fredegunda.

sostenido con las armas en la mano. Mas adelante, la Iglesia se apoderó de esta institución, que se llamó *purgatorio canonica*, y la trasformó en un medio de prueba comun, que entraba en el espíritu del antiguo procedimiento inquisitorial, donde se trataba sobre todo de hacer un llamamiento á la conciencia del acusado. Su aplicación se restringió al caso en que fueran inciertas y ligeras las pruebas de la acusación. Hállanse ejemplos del uso de estos *conjuradores* en Alemania hasta 1548; en Suecia una ordenanza de Cristina (§. 4) lo autorizó todavía en 1653. Y el juramento purgatorio deferido al acusado solo sobrevivió en el derecho comun alemán á la abolición del juramento colectivo. Pero en el día, no se usa ya sino en materia no capital, en los casos de sospechas graves contra personas cuyos antecedentes son honrosos por otra parte. Este juramento se refiere á la *absolutio ab instantia*, permitiendo obtener una absolución completa, en vez de permanecer perpetuamente amenazado por la acusación. Puede considerarse como un correctivo impuesto á un sistema vicioso. Hállase igualmente en las antiguas leyes inglesas la admisión de la oferta de afirmar por parte del demandado, aun cuando no se tratase mas que de una multa. "La ley, dice Blackstone (lib. III, capítulo XXII, §. 6), "en la sencillez de los antiguos tiempos, no presumia que un hombre quisiera hacerse perjuro por todos los bienes de este mundo." La democracia americana consagra un abuso mucho mas grave del juramento purgatorio, cuando autoriza al plantador, acusado de violencia contra sus esclavos, para disculparse, afirmando con juramento su inocencia, lo cual es una prima que se ofrece al perjuro (V. M. Eliseo Reclus, *Revista de Ambos Mundos*, tom. 30, pág. 872).

450. En una civilización avanzada, no es tampoco permitido al legislador tener tanta fé en la moralidad humana. Debe desaparecer el juramento purgatorio, como ha desaparecido hace mucho tiempo en los pueblos modernos el juramento deferido al acusador. En Inglaterra, desde el tiempo de Blackstone (lug. cit.), se ha imaginado sustituir á las acciones en que se admitía al demandado á afirmar, acciones nuevas en las cuales no se admite esta afirmación. La jurisprudencia francesa ha rechazado, hace mucho tiempo, todo juramento supletorio en lo criminal, aun respecto á la acción civil (Mascardo, *prelim. quest. 9, núm. 31 y 37*). Es de creer que en Inglaterra el juramento purgatorio (1), cuya aplicación es menos frecuente cada día, no esté destinado á una larga existencia (M. Mittermaier, cap. 56 y sigs.). Pero es de temer que en América la preocupación que se refiere al color sea mas tenaz, como lo atestiguan las tristes complicaciones que amenazan hoy día la integridad de la obra de Washington.

Por derecho español, no puede deferirse el juramento supletorio en las causas criminales, aun al mismo reo para purgarse de los indicios que resultan contra él, como se practicaba anteriormente, pues en el día, y según ya hemos espuesto en otras adiciones á esta obra, no puede tomarse juramento á persona alguna en materias criminales sobre hecho propio, ni tampoco tiene lugar la delación de este juramento al acusador, pues como dice un escritor notable, nada se adelanta en dichas causas con este juramento.—(N. de C.)

El art. 594 del Cód. de proc. que enumera los medios de prueba que la ley reconoce, no hace mención del juramento supletorio y ya en otra parte hemos dicho que en general el juramento ha sido sustituido con la protesta de decir verdad por la ley constitucional [N. de los EE.]

1. Este juramento se ha abolido en Toscana por el art. 6 de la ley de 1785; rechazálo igualmente la ordenanza criminal de Prusia, y la ordenanza de Baden sobre el juramento, §. 12.