

contendor, lo quitó de aquella debda quanto á juycio de este mundo, como quier que nuestro Señor Dios, gelo pueda demandar quando quisiere." No conteniéndose pues, en nuestras leyes pena alguna contra esta clase de perjurio, ni estando tampoco admitida la limitacion de la prueba testimonial respecto de valores ó cantidades determinadas, segun hemos espuesto en otras adiciones, no tienen lugar entre nosotros las dudas y dificultades que con motivo de estas disposiciones se ofrece en el derecho y la práctica francesa, y que espone M. Bonnier en el número 427.—(N de C.)

§. IV. NEGATIVA DE PRESTAR O REFERIR EL JURAMENTO.

SUMARIO.

428. Casos en que puede referirse el juramento.
429. Obligacion de prestarlo ó de referirlo. En Austria prueba *pro exoneranda conscientia*.
430. Capacidad requerida para la confesion tácita.

428. La persona á quien se defiere el juramento puede elegir, ó el prestarlo ó el referirlo á la otra parte, que no puede quejarse de encontrarse en la posicion en que ella quiso poner á su adversario. Pero como no se puede deferir el juramento sobre un hecho que no es personal á la parte que lo defiere, no se permite á esta parte referirlo, cuando el hecho de que se trata le es puramente personal (C. Nap., art. 1362). Así, el menor perseguido por un acreedor por sustraccion de efectos de la sucesion, y á quien éste defiriese el juramento, no sería admitido á referirlo. Esta escepcion á la facultad general de referir el juramento, no es la única. Cuando la parte interpelada para jurar es un incapaz, tal como un menor que puede hacer mejor su condicion, pero no empeorarla, este incapaz puede prestar el juramento que se dirige á libertarle; pero no se le permite referirlo, pues esto comprometeria singularmente sus intereses.

En cuanto al juramento extrajudicial, ya hemos visto que la delacion de este juramento en nada es obligatoria, y es evidente, que debe decirse lo mismo del juramento referido extrajudicialmente. Si se pres-

ta este juramento, resultará una transaccion, pero no se podrá condenar al que se negó á prestarlo.

429. Cuando se defiere en juicio el juramento á una persona capaz, si rehusa prestarlo ó referirlo, hay por su parte confesion tácita, y debe sucumbir en su demanda ó en su defensa (C. Nap., artículo 1361). *Manifeste turpitudinis et confessionis est, nolle nec jurare, nec jusjurandum referre* (Paulo, l. 38, D. *De jurej*). Hay, no obstante, personas á cuya conciencia repugna ganar el pleito con un medio tan fácil; se *probare malle que affirmet*, dice Quintiliano (Inst. orat., lib. V, cap. VI), *quam dubium, cuiquam relinquere an pejeraverit*. El Código de procedimiento austriaco (§. 266) autoriza á estas personas á hacer la prueba directa de su derecho; *pro exoneranda conscientia*; pero si no consiguen hacer esta prueba, pierden el derecho de prestar el juramento ó referirlo. Nuestro legislador no ha entrado en estas delicadas distinciones.

430. Entiéndase bien, no obstante, que la confesion tácita no es abmisible sino en los casos en que puede admitirse la confesion espresa. Así es, que el incapaz no podrá ya perjudicarse ni guardando silencio ni defiriendo ó refiriendo el juramento. Igualmente, el silencio de un co-obligado no podrá comprometer á los demás obligados, sino en cuanto tenga poder espreso ó tácito para representarlos. Sobre esto hay que referirse á los principios que estableceremos mas adelante sobre la autoridad de la cosa juzgada.

En cuanto á los efectos que produce, por derecho español, la resistencia ó negativa de las partes á prestar el juramento ó á referirlo en los casos que deben hacerlo, siéntase en general, que produce prueba completa en favor de la otra parte, sin que se admita prueba en contrario acerca del hecho que se ventila, así como el juramento prestado por la parte á quien se defirió ó devolvió, produce prueba tambien completa en favor de lo que se juró, sin que se admita tampoco prueba en contrario. Así se deduce de lo prescrito por la ley 2, tít. 11,

Par. 3.º que dice, que cuando aquel á quien se defiere el juramento non quisiere jurar, debe ser dado por vencido en aquel pleito, fueras ende si mostrara alguna razon derecha porque la non debiere facer (la jura), y en la ley 8 de dicho título, que dice, que la parte que hubiere aceptado el juramento tenuta seria de facer de dos cosas la una, ó jurar ó pagar, ó quitarse de aquella cosa sobre que era la contienda. La nueva ley de Ejuiciamiento civil de 1855 dispone tambien su artículo 297, que si el llamado á declarar no compareciere á la segunda citacion sin justa causa, si rehusare declarar ó persistiere en no responder afirmativa ó negativamente, á pesar del apercibimiento que se le haya hecho, podrá ser tenido por confeso si se pidiere por el coltigante, inmediatamente, y sin esperar á la sententia definitiva. Sin embargo, algunos autores opinan que los efectos de esta confesion *tácita ó ficta* son relevar de toda prueba á la parte contraria sobre los hechos que confesó el declarante en contra suya, ó á que se negó á contestar la parte á quien se defirió el juramento, esto es, transferir en esta parte la obligacion de verificar la prueba que incumbia al que solicitó la confesion, puesto que la ficcion debe ceder siempre á la verdad. (V. Cañada *Instituciones prácticas*, de los juicios civiles, al tratar de la confesion ficta que tiene lugar respecto del demandado por no contestar á la demanda, y Avilés y Gutierrez en sus *quest pract.*) La nueva ley de Enjuiciamiento, previene asimismo, que la providencia que se dictare declarando á alguno confeso ó denegando esta declaracion es apelable, é interpuesta la apelacion, se admitirá para ante el juez correspondiente, continuándose, no obstante, la sustanciacion de los autos hasta dictar sententia definitiva. Puede verse sobre esta materia lo espuesto en nuestro *Tratado histórico crítico filosófico de los procedimientos judiciales segun la nueva ley de Enjuiciamiento*, libro 2.º, núms. 852 y 876.—(N. de C.)

SECCION SEGUNDA.

INADMISSION
DEL JURAMENTO DECISORIO EN MATERIA CRIMINAL.

SUMARIO.

431. Uso de este juramento en la antigüedad.

431. Si el juramento decisorio supone una transaccion, no es desde entonces ad-

misible este juramento, como hemos reconocido, sino en las materias sobre las cuales es permitido á las partes transigir. No se puede concebir su uso en lo criminal sino bajo el imperio de legislaciones que permiten la acusacion á los particulares. En la antigüedad, donde estaba en pleno vigor este sistema, parece en efecto haberse ampliado el juramento con frecuencia, para decidir el resultado de una causa criminal. En Atenas, las oraciones ó informes de Demóstenes ofrecen mas de un ejemplo de esta práctica que parece tan singular en nuestras costumbres (1). En Roma, Quintiliano que se ocupaba casi esclusivamente en sus *Instituciones oratorias* de los asuntos criminales, presenta la delacion del juramento (l. V, cap. VI) como una medida peligrosa y reprobada por los antiguos prácticos: *Nobis adolescentibus seniores in agendo facti pœcipere solebant, ne unquam jusjurandum deferremus*; pero por lo mismo que advierte que se use de él con suma sobriedad, es fácil ver que lo considera como perfectamente admisible.

Entre los modernos, el uso del juramento decisorio en lo criminal, parece haberse abandonado prontamente. Desde luego, donde prevaleció el sistema inquisitorial, fué abolida la facultad de transigir sobre las acusaciones, facultad en que se apoya la delacion de este juramento. Y aun en los países en que, como la Inglaterra, se ha conservado el sistema de las acusaciones privadas, no se admite casi en la práctica esta consecuencia tan extrema, ante la cual no retrocedió la antigüedad. No se vé pues, como en Atenas y en Roma provocarse respectivamente al juramento el acusador y el acusado. El buen sentido del jurado se niega á hacer depender de un medio de prueba tan peligroso la suerte de una acusacion capital. En el procedimiento aleman, "aun- que se han levantado muchas veces, dice "Mittermaier (cap. 56), para que se admita el juramento en el proceso de acusacion,

1. Por eso el orador ateniense declara en uno de sus informes [*in Aphol.*, III, §. 16] que él habia ofrecido referirse al juramento que prestase el acusado sobre la cabeza de su hija; pero que esta no quiso ni prestar ni referir el juramento.

"se ha reconocido á tiempo, que esto era un acto de procedimiento antipático á todo proceso criminal; la delacion 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 decisorio, como habiendo desaparecido completamente de los pueblos modernos en materia criminal.

Nuestra ley 10, tít. 11, Part. 3ª autoriza la delacion del juramento en las causas criminales con las siguientes palabras "Otro sí 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 disposicion deducen tambien algunos autores, que en cuanto á delitos, solo puede tener lugar el juramento deferido en aquellos que desaparecen con el perdon 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 dia no tiene ya lugar en las causas criminales la disposicion de la ley de Partida citada, ni la doctrina de los autores sobre el juramento que llamaban de propagacion de indicios, ni otro alguno, ya versen aquellas sobre delitos públicos ó sobre delitos privados, desde que por el artículo 291 de la Constitucion 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 declaracion.
433. Fé que se atribuye, ya á la declaracion del demandante, ya á la de una de las partes, á eleccion 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 afirmacion 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 declaracion 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 previo se hacia dueño de la heredad. De esta suerte los perjuros tenian seguridad de hacer adquisiciones (V. la ley de los Lombardos, lib. II, tít. 55, cap. XXXIV). Hasta la reaccion 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 declaracion 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*, declaracion 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 cancillería 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 declaracion; otras veces se deja al juez la facultad de referirse á él en la declaracion de la una ó de la otra de las partes, á su eleccion, y entonces es cuando interviene el juramento supletorio, de que nos ocuparemos en último lugar (2).

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

2. Véase, respecto del derecho español, la adiccion inserta á continuacion del núm. 438.

SECCION PRIMERA.

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

SUMARIO.

434. Motivos de este crédito esclusivo.
435. Cualidad de la persona. Locatario ó arrendatario.
436. Declaracion del dueño sobre los salarios.
437. Afirmacion del procurador reclamando la distraccion 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 declaracion 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 posicion 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 disposicion se halla templada por la facultad concedida al locatario ó arrendatario de pedir su tasacion 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 disposicion no ha sido objeto de censuras formales como contraria á la igualdad democrática, porque acontece con frecuencia en la locacion, que la posicion 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 afirmacion 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 declaracion, 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 expresion misma de *dueño* tiene algo mal sonante para oídos democráticos. Así, la abrogacion de este artículo fué vivamente solicitada despues de la revolucion de 1848. La prposicion de modificar el Código en esta materia, se tomó en consideracion 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 discusion sobre este punto, en la sesion 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 escede de ciento cincuenta francos, una multitud de pequeñas informaciones, lo cual es contrario, tanto el espíritu de nuestra legislacion, 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 institucion, 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 legislacion 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-