

Nosotros no admitimos, como luego se verá, el juramento decisorio; pero no puede negarse su analogía con la confesión y lo que obsta al uno debe obstar á la otra; vé lo expuesto en el 1202 tomado también del 1413 Sardo.

PARRAFO II.

Del juramento judicial (1).

Al tratarse de esta materia presenté por escrito á la sección de Código civil las observaciones siguientes:

Dos largos títulos hay en el Derecho Romano sobre el juramento; el 1, libro 4 del Código, y el 2, libro 12 del Digesto: este segundo lleva por epígrafe "*del voluntario, necesario y judicial.*"

Omito las divergencias de los intérpretes sobre la definición é inteligencia del segundo y tercero; son meras disputas de palabras sin trascendencia al fondo de las cosas.

Lo más recibido es llamar necesario al deferido por la parte en juicio; *judicial*, al que el juez defiere de oficio; en el voluntario ó deferido por la parte fuera de juicio no había divergencia.

Los intérpretes dividían el judicial en *purgatorio*, cuando el juez lo defiere al reo, y *supletorio* si lo defiere al actor.

El título 11, Partida 3, es "de las juras;" en la ley 2 se admiten las tres especies; pero se llaman *necesario ó de premia* al deferido de oficio por el juez, que no se puede referir; y *judicial*, al deferido por la parte en juicio; en las restantes leyes copia con redundancia y aun con rapidez todas las Romanas sobre las personas capaces de jurar ó deferir el juramento y sobre su forma y efectos.

El Código Frances, artículo 1357, no admite sino el juramento prestado en juicio: puede el Juez deferirlo en ciertos casos, y si

1. Véase la nota de fojas 187 en que está con signado todo lo relativo á la confesión judicial. —N. de los EE

lo defiere la parte lo llama decisorio; está más diminuto que el Derecho Romano y Patrio, pero conviene con ellos en el fondo y sustancia.

¿Conviene conservar el juramento decisorio?

Maximun remedium expediendarum litium in usum venit juris jurandi religio, etc. dice la ley 1, título 2, libro 12 del Digesto, hablando de todas las especies de juramento: "acabamiento y fin de todas las contiendas," lo llama la ley 12, título 11, Partida 3.

¿Pero se ha terminado en nuestros días un solo pleito por este medio? ¿Hay memoria de que en algún tiempo haya sido practicado por nuestros tribunales? ¿A qué, pues, empeñarse en resucitar lo que no puede ser de vida y consignar en el Código un título sin aplicación? La parte que tiene el recurso de la confesión y posiciones en cualquier estado del pleito y con la protesta de no estar á ellas más que en lo favorable, ¿será tan necia que apele al juramento decisorio? ¿Irá á deferir el juramento cuando tiene ya una prueba de la mala fé en la negativa? ¿Y el que negó, reparará en perjurar? Tiene un doble motivo é interés para hacerlo. ¿Excluimos la prueba testimonial por desconfianza en la moralidad de los testigos á pesar de su juramento y admitiremos el de la parte que es más interesada? Esto es una contradicción.

Juramento deferido por el juez.

También rechazo por punto general esta especie de juramento como medio de prueba, *an debeat: Solent enim saepe Judices in causis dubiis, exacto jurejurando, secundum eum judicare, qui juraverit* ley 31, título 2, libro 12 del Digesto. Ete es todo el apoyo del tal juramento en Derecho Romano y los mismos intérpretes no se entienden cuando, dividiéndolo en *supletorio* y *purgatorio*, dicen que el primero está en contradicción con la ley 19, párrafo 1, título 20, libro 4 del Código, según la cual, no probando el actor plenamente, debe ser absuelto el demandado.

La ley 2, título 11, Partida 3, es más clara y razonable, pues no admite este juramento sino en los casos de robo, fuerza ó engaño; si probado esto por el actor no pudiese probar cuantas cosas perdió ni cuanto valían, el juez, atendida la calidad de la persona, debe apreciarlas y deferirle juramento; lo admite también en los pleitos de diez maravedises abajo, cuando solo se prueba por un testigo sin sospecha.

La primera parte de esta ley está tomada de la 9, título 4, libro 8 del Código y el Heinecio dice que no puede darse cosa más equitativa: el otro por su delito ó dolo dió causa á la incertidumbre ó imposibilidad de prueba; la de preexistencia, sobre imposible en ciertos casos, no pasa de formularia.

El título 3, libro 12 del Digesto, es de "in litem jurando" ó vulgarmente "juramento in litem," para probar no se si debía, si no cuanto; y generalmente tenía lugar cuando el reo no restituía por dolo ó culpa lata: el actor podía entonces jurar sobre el valor real y afectivo de la cosa hasta lo infinito, quedando al juez la facultad de moderar el exeso; leyes 1, 2, 4 y 5 de dicho título. La ley 5, título 11, Partida 3, aprueba generalmente esta disposición, no solo en cuanto al valor real de la cosa sino en cuanto á los daños, cuando, habiendo probado el demandador su intención en razón de la cosa, fuese contienda entre las partes de la valía de aquella cosa ó del aprecio del daño recibido en razón del *tuerto ó engaño* probado: la ley dispone lo mismo para otros casos semejantes designados especialmente en otras leyes: no habla expresamente del precio de *afcción*, y repite lo de la ley 2 sobre la previa apreciación del juez. Ni en el discurso 59 ni en el 61 franceses se dice nada sobre la necesidad ó conveniencia de la prueba del juramento: poco y no muy satisfactorio en el 60: yo la hallo en contradicción con la exclusión de la de testigos.

En resumen, rechazo el juramento *decisorio* por inútil y ajeno de nuestras costumbres como ocasión de perjurios y contradic-

torio de la exclusión del dicho y juramento de los testigos.

Admito el deferido por el juez como lo admiten las leyes 2 y 5, título 11, Partida 3, combinando y aclarando el título 13, libro 12 del Digesto, con la ley 9, título 4, libro 8 del Código.

El artículo 1366 Frances es demasiado vago por no expresar como nuestras leyes las especies de casos en que puede tener lugar: en el discurso 60 se pone, por ejemplo, la sustracción de cosas de una herencia y esto hace ver como se entendió el artículo; mas por lo mismo debe expresarse.

A continuación de estas observaciones propuse á la sección del Código civil los artículos 1233 y 1234, que fueron aprobados en su fondo y casi á la letra.

ARTICULO 1233.

En los juicios sobre obligaciones civiles, procedentes de delito, falta ó dolo puede el juez deferir el juramento al demandante con las circunstancias y efectos siguientes:

1º *El delito, falta ó dolo, han de resultar debidamente probados.*

2º *La duda del juez ha de recaer sobre el número ó valor real de las cosas ó sobre el importe de los daños ó perjuicios.*

3º *El juez no estará obligado á pasar por la declaración jurada del demandante, sino que podrá moderarla á su prudente arbitrio y aun absolver al demandado.*

El delito, falta ó dolo, etc.: es conforme á las leyes 1 y 5, título 11, Partida 3 y á las Romanas de que fueron tomadas: el robo, fuerza, engaño ó dolo, como fundamento de la acción civil, han de resultar bien probados.

El delito ó falta deben entenderse con arreglo al Código penal.

Cuando el dolo no constituya delito ó falta debe entenderse con arreglo al Código civil.

Por Derecho Romano y Patrio la *culpa lata* era generalmente equiparada al dolo en lo civil y señaladamente en esta materia, leyes 226, título 16, libro 50 del Digesto, y 11, título 33, Partida 7.

Nuestro artículo debe entenderse en el mismo sentido quedando al prudente arbitrio del juez la calificación de la culpa *lata*, aunque en este Código no se halle definida como lo está en el Romano y Patrio, cuyos ejemplos podrán servir de norma al juez para apreciarla.

Las palabras *falta ó dolo* comprenden también la contumacia del deudor en no restituir la cosa pedida en juicio.

La *duda del juez, etc.*: conforme con las mismas leyes.

Valor real. Téngase presente que por esto no se excluye la responsabilidad de daños y perjuicios con arreglo á la sección 4 del capítulo 3 de este título y salvo lo dispuesto en el artículo 18 del Código penal para los casos en él comprendidos.

Tampoco se excluye el juramento de la parte (salva la moderación del juez) sobre el precio *aficcional* de la cosa, según está ya adoptado en el artículo 117 del Código penal.

Arbitrio potius domini rei pretium statuendum est, dice la ley 8, título 3, libro 12 del Digesto; y la 68, título 1, libro 6, *Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit quo minus possit, is quantum adversarium in litem sine ulla aestimatione in infinitum juraverit damnandus est.*

Lo mismo disponen otras leyes Romanas y con todas parece hallarse conforme la 5, título 11, Partida 3. "La parte debe jurar que por tanto no quería aver menos aquella cosa que demandava por razón de aquel tuerto, ó de aquel engaño."

En efecto, sería infuso que el dueño, sin hecho propio y solo por la malicia ajena, quedase privado del dominio de su cosa, sin poder conseguir mas en ningún caso que su precio natural, cuando él la habría comprado, siendo otro su dueño, en mucho mas, ó no la habría vendido sino en mucho mayor precio por la *aficción* que le tenía.

El artículo primitivo decía *valor real*; en el mio añadía yo para mayor claridad y de *aficción del demandante*. La Sección convino en el fondo del pensamiento, como que

estaba ya sancionado en el artículo 117 del Código penal y me encargó lo explicase así en los comentarios: pero conservó las palabras *valor real*, por ser este el caso ordinario de duda, y la regla general al paso que el de *aficción* suele ser raro y siempre es excepcional.

El juez no estará obligado, etc.: Item et si juratum fuerit, licet iudice vel absolvere vel minoris condemnare, ley 5, párrafo 2, título 3, libro 12 del Digesto. *Ubi cumque iudicem aequitas moverit aequae oportere fieri interrogationes, dubium non est*, ley 21, título 1, libro 11 del Digesto; y lo mismo se encuentran en las Partidas, "puñar deve el juzgador."

Segun Derecho Romano y Patria, el juez debía hacer previamente la tasación, y dentro de ella se permitía jurar á la parte; mas natural parece que ella jure con entera libertad, salvo el arbitrio del juez para moderar el exceso, pues que pudo no deferir el juramento.

ARTICULO 1234.

El juramento ha de hacerse por la parte ó por su apoderado especial.

Vé el artículo 1230 de este título. El 1472 Sardo no lo permite sino á la parte. El 1982 Holandés dispone lo mismo, salvo que el tribunal pueda por causas graves autorizar á la parte para jurar por procurador especial, expresándose en el poder todos los hechos relativos al litigio.

El 1010 de Vaud no lo permite ni aun á la parte en causas, cuyo capital exceda de veinte francos: el de la Luisiana calla sobre toda especie de juramentos en esta materia.

Yo propuse que solo pudiera jurar la parte: *Vulgo praesumitur alium in litem non debere jurare, quam dominum litis: denique Papinianus ait, alium non posse jurare quam eum, qui litem contestatus est*, ley 7, título 3, libro 12 del Digesto. "A otro non deve ser dada esta jura, si non al señor mismo del pleito;" ley 5, título 11, Partida 3, que

exceptúa á los tutores: la Sección se apartó en esto solo.

TITULO VI

Del contrato de matrimonio.

CAPITULO I.

Disposiciones generales.

ARTICULO 1235.

Los bienes del matrimonio se gobiernan por las reglas de la sociedad legal, á falta de pacto expreso en contrario (1).

1. El contrato de matrimonio puede celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal ó bajo el de separación de bienes.—En los dos casos mencionados en el artículo anterior, puede tener lugar la constitución de dote, que en ambos se regirá por lo dispuesto en los capítulos 10, 11, 12 y 13 de este título, cuyos capítulos tratan de la dote, de la administración de ella, de las acciones dotedales y de la restitución de la dote. Estos capítulos no los consignamos íntegros en esta nota, ya por no hacerla mas extensa y ya también porque debemos mas adelante ocuparnos de ellos, y por lo mismo deben verse en el código civil.—Arts 2099 y 2100, cap. 1, tit. 1, lib. 3. cód. civ. vigente.

La comisión dice: "Las innovaciones contenidas en el título 3 del código civil vigente, cuyo título trata del contrato de matrimonio, son verdaderamente radicales; porque mejorada la condición de la mujer, conforme al espíritu de la sociedad moderna, debía naturalmente modificarse la legislación relativa á los derechos y obligaciones de los consortes, tanto respecto de la propiedad, como de la administración de sus bienes; y por lo mismo, le pareció conveniente adoptar algunos principios de los códigos extranjeros estableciendo un sistema, que si bien es cierto, no llena todas las exigencias de la vida doméstica, también lo es, que da á ésta nuevos elementos y puede con las reformas que indique la experiencia, producir algún día el inestimable beneficio de cerrar la puerta á las desagradables y perniciosas cuestiones de familia.

Agrega la misma comisión, que conforme al capítulo 1, citado en esta nota, el contrato de matrimonio puede celebrarse bajo el origen de sociedad conyugal ó bajo el de separación de bienes, y que al disponerlo así lo hizo porque de esta manera los esposos quedan en plena libertad para arreglar su situación particular en el matrimonio, sin que en ninguno de estos casos se impida la constitución de la dote.—N. de los EE.

Los bienes del matrimonio se componen de los propios de cada cónyuge y de los comunes cuando los haya.

1392, 1393 y 1400 Franceses, 2312 de de la Luisiana, 174 Holandés: el 1085 de Vaud, 345 Prusiano, título 1, parte 2, 12 3 Austriaco, 32 Bávaro, capítulo 6, libro 1, 1346 y 1347 Napolitanos, exigen estipulación expresa en las capitulaciones matrimoniales para que haya sociedad ó comun; pero no todos los Códigos mencionados dan la misma significación y efectos de la *comunión* y á la sociedad de conquistas ó ganancias: unos, como el Frances, admiten la comunión á falta de pacto en contrario y lo requieren especial para que rija la sociedad de conquistas, artículos 1400 y 1498; otros, como el de la Luisiana, artículo 2369, disponen expresamente lo mismo que nuestro artículo.

La sociedad legal de ganancias entre marido y mujer es indudablemente de origen Germánico, así como el usufructo foral de las viudas, las arras y otras disposiciones favorables al bello sexo, en el que *inesse sanctum aliquid, et providum putant: Dotem non uxor marito, sed maritus uxori affert: laborum, periculorumque sociam: Sic vivendum, sic pereundum; Tacito de moribus Germaniae*, números 8 y 18.

Hallamos, pues, la sociedad de ganancias en la ley 16, título 2, libro 4 del Fuero Juzgo, 1, título 5, libro 3 del Fuero Real, que es la 1 recopilada, título 4, libro 10, en proporción á los bienes de cada cónyuge. Pero de la misma ley 16 se desprende que esto daba lugar á disputas y pleitos: la 1 del Fuero Real los cortó, adjudicando las ganancias por mitad.

Nuestro Fuero excepcional del Baylio, por el que se comunicaban y partían como gananciales todos los bienes que los casados llevaban al matrimonio y los que durante él adquirían por cualquiera razón, era el derecho comun ó estatutario en Holanda y en otros países: sobre su origen y diferencias con la comunión ó sociedad universal de bienes por pacto dotal entre los Roma-