

Fecha de recepción: 07/04/2021	Fecha de aceptación: 20/04/2021
Palabras clave: <i>Juramento necesario; litis contestatio; pacto; pago; novatio; confessio.</i>	Keywords: <i>Necessary oath; litis contestatio; deal; payment; novatio; confessio.</i>



DIVERSAS EQUIPARACIONES DEL JURAMENTO NECESARIO EN LAS FUENTES

DIFFERENT EQUATIONS OF THE NECESSARY OATH IN THE SOURCES

Antonio Villanueva
Universidad de Vigo
avillanueva@uvigo.es
ORCID: 0000-0001-5081-6292

(VILLANUEVA, Antonio. Diversas equiparaciones del juramento necesario en las fuentes. RIDROM [online]. 26-2021. ISSN 1989-1970. p. 384-418. <http://www.ridrom.uclm.es>)

Resumen:

Las fuentes equiparan el juramento necesario a múltiples instituciones jurídicas procesales, pero también extraprocesales. El análisis de estas equiparaciones, muy disímiles entre sí, dará como resultado un perfil jurídico más afinado del juramento necesario, así como una mejor comprensión de sus efectos.

Abstract:

The sources equate the necessary oath to multiple procedural but also extra-procedural legal institutions. The analysis of these very dissimilar equations will result in a more refined legal profile of the necessary oath, as well as a better understanding of its effects.

SUMARIO: I.- Introducción. II.- Equiparación del juramento necesario con la *litis contestatio*/juicio/sentencia. III.- Equiparación del juramento con la *transactio*/pacto; IV.- Equiparación del juramento con el pago. V.- Equiparación del juramento con la *novatio*. VI.- Equiparación del juramento con la confesión. VII.- Conclusiones. VIII.- Referencias bibliográficas.

I.- Introducción.

El juramento necesario, como medio de finalización del proceso¹, aparece en las fuentes equiparado a varias instituciones jurídicas, tales como la *litis contestatio*, el juicio, la sentencia, el pago, el pacto, la transacción, la novación y la confesión.

La sola analogía del juramento con tales instituciones justifica de por sí indagar en el porqué de las mismas, pero, en este caso, la diversidad de las instituciones a las que se equipara el juramento vuelve todavía más pertinente entender la razón detrás de esta asimilación.

¹ El criterio de distinción del juramento necesario es su contenido: si éste coincide con la *intentio* de una *actio in ius* o la *nominatio facti* de una *actio in factum*, se trata de un juramento necesario. En caso de que el contenido del juramento, bien sea una cuestión de hecho o jurídica, no coincida con la *intentio* o la *nominatio facti*, el juramento sería voluntario. Por otro lado, entendemos que la prestación del juramento necesario exige, como cuestión procedimental, la previa concesión de la acción y, por tanto, el entablamiento del litigio, produciéndose los efectos ínsitos a la *litis contestatio* cuando el juicio se concluye por medio de un juramento necesario. Por otra parte, sólo cabe prestar el juramento necesario en acciones con *intentio certa*.

Por otro lado, cabe destacar que el juramento es comparado a múltiples instituciones jurídicas, muy diferentes entre sí y, en teoría, con el juramento. Por medio de este artículo, daremos una respuesta a tales comparaciones, si bien prestaremos una especial atención en las fuentes relativas a la equiparación entre el juramento con la *litis contestatio*, y con el juicio o sentencia, esto es, con una resolución judicial.

II.- Equiparación del juramento necesario con la *litis contestatio*/juicio/sentencia.

Se trata de una comparación natural, toda vez que por medio del juramento se decide el litigio, por lo que asimilarlo a la sentencia o al juicio, entendido como proceso judicial efectivamente iniciado, resulta lógico: el juramento necesario es un medio excepcional de finalización del litigio, como pone de manifiesto el primero de los textos relativos al juramento necesario en el Digesto.

D. 12.2.1 (*Gaius libro quinto ad edictum provinciale*): *Maximum remedium expediendarum litium in usum venit iurisiurandi religio, qua vel ex pactione ipsorum litigatorum vel ex auctoritate iudicis deciduntur controversiae.*

Así, se introdujo la santidad del juramento como máximo remedio para terminar los pleitos, con el cual se deciden las controversias o por pacto de las mismas partes o por la autoridad del juez.

Por la autoridad del juez, el juramento se equipara, en efecto, a la sentencia judicial que, aprobada por el *iudicatum* pretorio, sería ejecutiva. La importancia del juramento como institución procesal que es, además, un medio de terminación del proceso, lo atestigua también el segundo de los fragmentos de este libro del Digesto.

D. 12.2.2 (*Paulus libro 18 ad edictum*) *Iusiurandum speciem transactionis continet maioremque habet auctoritatem quam res iudicata.*

El juramento es una especie de transacción, y tiene más autoridad que la cosa juzgada. Se equipara el juramento no sólo a la transacción, sino también a la sentencia, pues afirma que tiene más autoridad que la cosa juzgada.

Esta última afirmación es difícil de sostener, pues supone que todas las acciones finalizadas por medio de un juramento necesario se consumen *ipso iuris*, y no *ope exceptionis*. Como sostuvimos en otra sede, del juramento necesario se puede derivar una excepción, de tal manera que su prestación debe valorarse en un juicio posterior por medio de su introducción en la fórmula².

En la misma línea se pronuncia la siguiente fuente.

D. 12.2.35.1 (*Paulus libro 28 ad edictum*): *Prodigus si deferat iusiurandum, audiendus non est: idemque in ceteris similibus ei dicendum est. Nam sive pro pacto convento sive pro solutione sive pro iudicio hoc*

² Se deriva una excepción del juramento necesario prestado en un juicio anterior cuando no se verifica la triple identidad de persona, objeto y causa.

iusiurandum cedit, non ab aliis delatum probari debet, quam qui ad haec habiles sunt.

Si el pródigo difiere el juramento no será oído: lo mismo puede decirse de otros semejantes. Pues, o sea como pacto, como pago, o como juicio, no pueden sino prestar el juramento quien tenga capacidad para tales actos.

En este caso, se asimila el juramento al juicio para indicar que no cabe que presten el juramento necesario quienes no puedan actuar en juicio. Como una cuestión de capacidad, la apelación al juicio es más clarificadora que referirse a la sentencia, porque se refiere a la actividad. Por otra parte, también se pone de relevancia que el juramento necesario se presta en un proceso judicial entablado y, por tanto, después de la *litis contestatio*.

Esta última conclusión nos parece clara en el siguiente texto.

D. 12.2.9.3 (*Ulpianus libro 22 ad edictum*): *Si is, qui temporaria actione mihi obligatus erat, detulerit iusiurandum, ut iurem eum dare oportere, egoque iuravero, tempore non liberatur, quia post litem contestatam cum eo perpetuatur adversus eum obligatio.*

Si aquél obligado en virtud de una acción temporal, ofreciera jurar “*dare oportere*”, y se jura, no será liberado por el transcurso del tiempo, porque después de celebrada con él la litiscontestación, queda perpetuada la obligación a su cargo. Por tanto, el deudor le pide al acreedor que jure que le debía dar: el efecto será que, a pesar de transcurrido el tiempo del crédito, se le puede exigir la deuda,

porque el efecto de la *litis contestatio* es la perpetuación de la obligación. El momento de prestación del juramento se sitúa después de la *litis contestatio*, así como los efectos que se derivan de la prestación del juramento tras la *litis contestatio*, efectos que, después de prestado el juramento, se refieren a éste.

En el comentario a este texto, considera BIONDI que la equiparación trae causa en el hecho de que el juramento prestado por una de los deudores solidarios beneficia a ambos (D. 12.2.28.2³), y añade que, sin embargo, la doctrina dominante considera que se basa en la función de *solutio* del juramento (D. 12.2.27⁴; D. 12.2.35.1, ya citado). Este mismo autor indica que, sea debido al carácter novatorio del juramento, sea debido a su asimilación a la *litis contestatio*, la razón por la que el juramento extingue la obligación en caso de deudas solidarias se encuentra en D. 12.2.42.3, según el cual el juramento, como la cosa juzgada, aprovecha al fiador si juró el deudor⁵. Entiende que el compilador ha sustituido la mención de la *res iudicata* por la *litis contestatio*⁶, puesto que en la *cognitio extra ordinem* no existía la división del procedimiento.

En realidad, no es necesario apelar a la eficacia del juramento en las obligaciones solidarias, ya que el juramento es un medio de

³ D.12.2.28.2 (*Paulus libro 18 ad edictum*): *Si ei, qui debitorem meum in iudicium exhibere promisit, iusiurandum detulerim isque iuraverit se omnino exhibitionem eius non promisisse, prodesse debitori meo id non debet: si vero iuraverit se nihil mihi praestare oportere, distinguendum sit et replicatione emendandum, utrum ideo iuraverit an quia post promissionem exhibuerit an vero quia solverit: quod et in fideiussorem debiti distinguendum est.*

⁴ D. 12.2.27 (*Gaius libro quinto ad edictum provinciale*): *Iusiurandum etiam loco solutionis cedit.*

⁵ D. 12.2.42.3 (*Pomponius libro 18 epistularum*): *item si reus iuravit, fideiussor tutus sit, quia res iudicata secundum alterutrum eorum utrique proficeret.*

⁶ B. BIONDI, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, Roma, 1970, p. 41.

resolución del litigio. En todo caso, tanto la equiparación del juramento a la *litis contestatio* como a la cosa juzgada tiene el efecto procesal de consunción de la acción: el juramento es, así, estrictamente decisorio, porque no cabe un medio alternativo para resolver el litigio; y porque, una vez prestado el juramento, no puede volverse a entablar la acción.

Una vez puesto de manifiesto por las fuentes que el juramento se equipara tanto a la *litis contestatio* como al juicio y a la sentencia (ambas deben tenerse por idénticas, puesto que se trata de un juicio finalizado por medio de sentencia), debemos profundizar más en los textos con objeto de discernir el porqué, empezando por la cuestión más dudosa de la equiparación con la *litis contestatio*.

Según DE CASTRO-CAMERO, el juramento no produce los efectos de la *litis contestatio* en tanto que consumación del litigio⁷, afirmación con la que forzosamente hemos de estar de acuerdo pero que no explica la producción de efectos del juramento, ni las fuentes que asimilan ambas instituciones.

Por el contrario, el análisis de otros párrafos nos señala la relación entre el juramento y la *litis contestatio*, por lo que no cabe afirmar simplemente que no producen los mismos efectos.

D. 5.1.28.2 (*Paulus libro 17 ad Plautium*): *Ex quibus autem causis non cogitur legatus iudicium accipere, nec iurare cogendus est se dare non oportere, quia hoc iusiurandum in locum litis contestatae succedit.*

⁷ R. DE CASTRO-CAMERO, *Soluciones in iure a una controversia patrimonial: transacción, juramento y confesión*, Sevilla, 2006, p. 180.

El texto dice lo siguiente: por las mismas causas por las que no se le obliga al legatario a aceptar un juicio, tampoco se le puede obligar a jurar, porque el juramento sustituye a la *litiscontestación*.

De acuerdo con AMIRANTE, la analogía que se produce en este texto entre *iusiurandum* y *litis contestatio* no existe, y ello de acuerdo con D. 12.2.40⁸, que veremos más adelante. Según este autor, la afirmación de que el juramento está en lugar de la *litis contestatio* debe ser literal, en el sentido de que el juramento excluye la *litis contestatio*, pero ello no implica una analogía de efectos⁹.

Para BIONDI, quien comenta conjuntamente los pasajes D. 12.2.35.1 y D. 5.1.28.2, “*il tema del giuramento in iure era dato dall'intentio della formula, e non, come per il giuramento volontario, stabilito dalla volontà della parti*”¹⁰.

Nosotros estamos de acuerdo con BIONDI, ya que el juramento necesario se ofrece en base a la *intentio* de la fórmula: precisamente porque su contenido coincide con la *intentio* de la fórmula, se trata de un juramento necesario. Sin embargo, discrepamos sobre el momento de prestación del juramento, puesto que interpretamos la afirmación de que el juramento sustituye a la *litis contestatio* en el sentido de que los efectos de la misma se le atribuyen al juramento cuando el litigio se decide por medio del juramento necesario. Pero como quiera que el contenido del juramento necesario reproduce el contenido de la *litis*

⁸ D. 12.2.40 (*Iulianus libro 13 digestorum*): *Iusiurandum a debitore exactum efficit, ut pignus liberetur: est enim hoc acceptilationi simile: perpetuam certe exceptionem parit. Idcirco poenam quoque petentem creditorem exceptione summoverti oportet et solum repeti potest, utpote cum interposito eo ab omni controversia discedatur.*

⁹ L. AMIRANTE, *Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle leges actiones e nelle formulae*, Nápoles, 1954, p. 129.

¹⁰ B. BIONDI, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, cit., p. 43.

contestatio efectivamente entablada, la prestación del juramento no sólo resuelve el litigio y evita la repetición del mismo proceso, sino que el momento de prestación del juramento pasa a ser el principal, de la misma manera que lo sería la sentencia en el caso de que hubiese habido sentencia en el proceso.

Así lo confirma la siguiente fuente:

D. 20.6.13 (*Tryphoninus libro octavo disputationum*): *Si deferente creditore iuravit debitor se dare non oportere, pignus liberatur, quia perinde habetur, atque si iudicio absolutus esset: nam et si a iudice quamvis per iniuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur.*

Si el deudor, ofrecido por el acreedor, jura “*dare non oportere*”, entonces queda libre la prenda, porque es como si hubiese habido un juicio. También si el juez absuelve injustamente al deudor, la prenda queda libre. Por tanto, el juramento se equipara a un proceso judicial finalizado por medio de sentencia, a la cual sustituye como acto procesal de referencia en la conclusión del litigio.

La equiparación entre juramento y *litis contestatio* pone más el acento en los efectos que produce el juramento sobre la consunción de la acción, que sobre la resolución del conflicto por medio del juramento. De hecho, la otra fuente que menciona expresamente el juramento y la *litis contestatio* es D. 12.2.9.3, en la que, precisamente, cuando se ofrece el juramento “*dare sibi oportere*” en una acción temporal, la obligación se perpetúa, porque la *litis contestatio* produce este efecto.

Otras fuentes, sin embargo, atribuyen directamente los efectos de la *litis contestatio* a la juramento, sin comparar ambas instituciones, de manera que, como se dijo, se refieren los efectos de la *litis contestatio* ya entablada al juramento porque éste decide el litigio y, por tanto, se convierte en el momento principal del litigio. En ese sentido se expresa D. 12.2.7.

(Ulpianus libro 22 ad edictum): Ait praetor: "*Eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo.*" *Eius rei sic erit accipiendum, sive de tota re sive de parte sit iuratum: nam de eo quod iuratum est pollicetur se actionem non daturum neque in eum qui iuravit neque in eos qui in locum eius cui iusiurandum delatum est succedunt.*

Se señalan los efectos del juramento prestado en un litigio, esto es, la no repetición del litigio cuando el objeto del juramento corresponde, en parte o en todo, al objeto del litigio. En ese caso: "*neque in eum ea res pertinet actionem dabo*", el pretor no dará acción sobre la misma cosa. Este efecto sólo será posible si ha habido la preclusión del litigio y, por tanto, si ha habido *litis contestatio*.

Así, el efecto de consunción de la acción, que se produce tras la *litis contestatio*, se imputa al juramento necesario como resolución decisoria del litigio. Como hemos sostenido en otra sede, ha de hablarse de contenido necesario del juramento más que del juramento necesario, puesto que es necesario el juramento cuyo contenido coincide con la *intentio* o la *nominatio facti* de la acción. Desde esta sola

perspectiva puede explicarse que el juramento necesario consuma la acción.

Sin embargo, este efecto consuntivo no es propio del juramento sino de su contenido, y se desencadena porque se presta después de la *litis contestatio*. En realidad, las fuentes equiparan el juramento y la *litis contestatio*, ya que, para prestarse el juramento, hubo de entablarse el litigio.

Este mismo efecto de la consunción se infiere de D. 12.2.9.

(Ulpianus libro 22 ad edictum): pr. Nam posteaquam iuratum est, denegatur actio: aut, si controversia erit, id est si ambigitur. An iusiurandum datum sit, exceptioni locus est.

Después de que se haya prestado el juramento, no puede volver a reiterarse el proceso, a no ser que subsista la controversia, en cuyo caso se tendrá en cuenta en juramento vía excepción. Por tanto, la acción se denegará porque se habrá consumido tras la prestación del juramento necesario después de la *litis contestatio*. Por el contrario, no se consumirá la acción y el juramento deberá introducirse en un juicio posterior cuando no se verifique la triple identidad de la cosa juzgada: será en esos casos en los que se valorará la prestación de un juramento en un juicio anterior, que no habrá sido necesario.

Antes de concluir con nuestra posición, debemos en este punto considerar con detenimiento otro fragmento relativo a la prenda que AMIRANTE considera prueba de que no existe analogía entre la sentencia y el juramento.

D. 12.2.40 (*Iulianus libro 13 digestorum*): *Iusiurandum a debitore exactum efficit, ut pignus liberetur: est enim hoc acceptilationi simile: perpetuam certe exceptionem parit. Idcirco poenam quoque petentem creditorem exceptione summoveri oportet et solutum repeti potest, utpote cum interposito eo ab omni controversia discedatur.*

El juramento que se pide al deudor libera la prenda, porque es similar a la aceptilación, y produce una excepción perpetua. Por eso el acreedor que pide una pena pueda ser repelido, y el deudor que ha jurado puede repetir el pago porque, una vez que se ofrece el juramento, ha cesado toda controversia.

Como se ha indicado, AMIRANTE entiende no sólo que el texto está interpolado, sino que la extinción de la prenda por medio del juramento debe convencer por sí solo de que la analogía entre el juramento y la *litis contestatio* no existe, puesto que la *litis contestatio* deja subsistente el derecho de prenda¹¹.

Hemos de coincidir con este autor en que en ningún caso el juramento desplaza a la *litis contestatio*, sino que se presta después de la *litis contestatio*, por lo que se han desencadenado los efectos del entablamiento del litigio, además de resolverse la controversia por medio del juramento. Sin embargo, el autor, a diferencia de nosotros, no tiene presente el contenido del juramento, que, si se tratase de un contenido necesario, explicaría por sí sola la liberación de la prenda, de la misma manera que libera la prenda una sentencia absolutoria.

¹¹ L. AMIRANTE, *Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formulae*, cit., pp. 128-129.

Por otra parte, LENEL también entiende que el texto ha sido interpolado. En concreto, sustituye “*iusiurandum a debitore exactum efficit*” por “*eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse*” y “*pignus*” por “*fiducia*”¹². En definitiva, la opinión de este autor es que el texto se refería al pago de la deuda cuando existía una garantía personal, y no a la prestación del juramento en una deuda pignoraticia.

Coincidimos con LENEL, toda vez que el fragmento no hace ni siquiera alusión al contenido del juramento y la mención de la aceptilación excluye que se trate de una cuestión litigiosa y, por consiguiente, de un juramento necesario. Por el contrario, LENEL entiende que el fragmento se refiere a un modo de extinción de la deuda, en este caso por pago, que faculta al deudor a repetir un pago ulterior.

En consecuencia, no sólo el juramento necesario no sustituye o desplaza a la *litis contestatio*, sino que supone el previo entablamiento del litigio, de manera que se producen los efectos inherentes a la *litis contestatio* pero éstos se trasladan al juramento necesario dado que por medio de éste se decide el litigio. La analogía entre la *litis contestatio* y el juramento necesario es tan poco pertinente como comparar el entablamiento del litigio a la sentencia, pues comparte con ésta el mismo *iter* procesal: primero, se concede la *litis contestatio*; y solamente luego, el litigio se concluye bien prestando el juramento necesario, bien por resolución judicial.

¹² O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Graz, 1960, p. 353.

Esta conclusión nos permite dedicarnos más escuetamente a la comparación del juramento sea con juicio, entendido como el proceso finalizado por sentencia, y con la propia sentencia. Al igual que el juramento necesario, tanto el juicio como la sentencia posterior ponen fin a la controversia.

D. 12.2.42.3 (*Pomponius libro 18 epistularum*): *item si reus iuravit, fideiussor tutus sit, quia res iudicata secundum alterutrum eorum utrique proficeret.*

Dice este párrafo que, así también sucederá (esto es, se dará excepción, sobreentendido por el contexto), si juró el deudor principal (*reus*), ya que la cosa juzgada a favor de uno de ellos aprovechará también al otro.

LENEL comenta a propósito de la parte [*res iudicata secundum alterutrum eorum*], “*haec vix possunt esse Pomponii, cum pomponii aetate non res iudicata, sed lis contestata utrumque liberaret*”. Entiende que difícilmente puede ser de Pomponio, porque al tiempo de Pomponio sería *litis contestata*, y no *res iudicata*¹³.

En todo caso, sea la *litis contestatio* en época clásica como ya hemos comentado, sea la sentencia en época postclásica, los efectos del juramento se equiparan al momento más importante del litigio, entendido como aquél que desencadena los efectos de preclusión de la controversia. Y esta conclusión no obsta el hecho de que la sentencia en los juicios de buena fe determinaba también el ámbito

¹³ O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, II, cit., p. 57.

material de la preclusión del litigio, porque recogía los extremos controvertidos en el proceso, que en la fórmula sólo había sido indicados como “*quidquid ob eam causam*”, esto es, todo lo que por esta causa se le debe dar. Como sostendremos más extensamente en otra sede, sólo cabe prestar el juramento necesario en los juicios con *intentio certa*.

D. 44.5.1 (Ulpianus libro 76 ad edictum): *pr. Iusiurandum vicem rei iudicatae optinet non immerito, cum ipse quis iudicem adversarium suum de causa sua fecerit deferendo ei iusiurandum.*

El juramento tiene el efecto de la cosa juzgada; y no sin razón, pues el que defiere el juramento a su adversario lo hace juez de su propia causa. En realidad, esta fuente enfatiza el papel decisorio del juramento necesario y su efecto de cosa juzgada, imposible si se sostuviese que el juramento ocupa el lugar de la *litis contestatio*.

En efecto, un proceso sometido a juramento produce los mismos efectos que si se hubiese concluido por medio de una sentencia, porque tanto el juramento necesario como la sentencia se pronuncian sobre el *petitum* del actor, esto es, sobre la pretensión jurídica que aparece en la *intentio* o *nominatio facti* de la fórmula de la acción. Por consiguiente, es natural la analogía del juramento con el juicio o la sentencia, pero también con la *litis contestatio*, a la que desplaza como el momento decisorio del litigio.

III.- Equiparación del juramento con la *transactio/pacto*.

Ya hemos citado los principales textos en los que se realizan una analogía entre el juramento y la *transactio* y el pacto: D. 12.2.1, y D. 12.2.2, por lo que respecta a la transacción; y D. 12.2.35.1, en lo tocante al pacto.

Aparte de la equiparación expresa, los restantes fragmentos que interesan a esta equiparación hacen referencia a la *conventio* subyacente al pacto, a la *transactio* y, por tanto, también al juramento. En este sentido, destacaremos los pasajes D. 12.2.25 y D. 12.2.26.1.

D. 12.2.25 (*Ulpianus libro 26 ad edictum*): *Sed et si servus meus delato vel relato ei iureiurando, iuravit rem domini esse vel ei dari oportere, puto dandam mihi actionem vel pacti exceptionem propter religionem et conventionem.*

O delado el juramento o devuelto el ofrecimiento, si el siervo hubiese jurado que la cosa era de su dueño o que alguien estaba obligado a darle algo, se le debe dar acción o excepción en virtud de la religión y de la convención. En consecuencia, el juramento implicaba una suerte de *conventio*, al igual que la *transactio* y el pacto: de ahí que se analicen las tres figuras juntas.

D. 12.2.26.2 (*Paulus libro 18 ad edictum*): *Iurisiurandi condicio ex numero esse potest videri novandi delegandive, quia proficiscitur ex conventionem, quamvis habeat et instar iudicii.*

La facultad de jurar puede ser vista como la de novar o de delegar, porque nace del acuerdo, si bien tiene el valor de un juicio.

A pesar de que también encierra la necesidad de una convención, la novación y su relación con el juramento se tratarán aparte, porque la novación es una figura compleja, y debe ser considerada con especial atención. Por otro lado, este fragmento insiste en la existencia común de una convención en el juramento, aunque le atribuye a este acuerdo un valor de juicio.

También BERTOLINI considera que el juramento es una transacción, e indica que debe considerarse así porque no cabe prueba del perjurio y porque está presente la nota de voluntad del elemento negocial, aunque tenga el valor de *res iudicata*¹⁴.

No podemos estar de acuerdo con la opinión de este autor, toda vez que es esta nota de la *conventio* la que consideramos esencial a fin de explicar la analogía entre el juramento, la *transactio* y el pacto, lo cual no implica que el juramento sea una transacción.

Para MAGDELAIN, *pactum* y *conventio* es un pleonasma, ya que pacto hace referencia al intercambio de consentimientos y a todo acuerdo desprovisto de forma sobre el que se articula una estipulación¹⁵. Por su parte, STURM entiende que la confusión entre *pactum* y *conventum* es producto de un mutamiento del significado de *pactum*. Para este autor, *pactio* era una conciliación transactiva que comportaba la renuncia a un derecho, cual es la renuncia a proseguir la ejecución forzada¹⁶.

¹⁴ C. BERTOLINI, *Il giuramento nel diritto privato romano*, en *Studia Juridica XIII*, Roma, 1967, pp. 135 y ss.

¹⁵ A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, París, 1958, pp. 2 y ss; pp. 67 y ss.

¹⁶ F. STURM, *Il pactum e le sue molteplici applicazioni*, en *Contractus e pactum, Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana*, Nápoles, 1990, pp. 149 y ss. Este

Ambas opiniones son irreconciliables, toda vez que la convención en el pacto es el punto de partida para el primero y el punto de llegada para el segundo. Quizás por esta razón, histórica, hemos acogido la postura de SCHIAVONE, que explica el pacto y la transacción desde el punto de vista etimológico.

Así, en opinión de SCHIAVONE, *transigere* se refiere al momento de la conclusión de un acuerdo y la asunción de obligaciones, lo cierto es no está alejada de su significado primitivo (“*passare attraverso, condurre fra, trapassare*”), puesto que individualiza el momento en que se realiza una actividad objetiva, un esfuerzo para llegar a un resultado. Por su parte, pacto, de *pacisci*, es el puro y simple acuerdo entre las partes, frente a las operaciones materiales para llevarlo a cabo que implica la transacción¹⁷.

Por tanto, el pacto, que significa *pax* entre las partes, se comprende dentro de la transacción, que son las operaciones materiales encaminadas a hacer efectivo el pacto anterior. Sin embargo, su comparación con el juramento no implica que se deba sostener la distinción entre el juramento necesario y voluntario dependiendo, como bien indica ésta última denominación, de la existencia de voluntad de las partes, puesto que las partes, en ambos casos, se limitan a señalar una forma admitida por el Pretor para

autor también pone de manifiesto que la propia palabra remite a *pacere* y *pax*, esto es a paz y hacer la paz, de manera que el pactando se hacía la *pax* entre las partes.
¹⁷ A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Nápoles, 1971, pp. 14; 23; 27; 168.

producir efectos¹⁸. Y es que los efectos del juramento dependen del contenido de éste, y no de la voluntad de las partes.

De acuerdo con D. 12.2.34.6¹⁹, el Pretor podía imponer al demandado la alternativa de pagar o de jurar y, en el caso de que no quisiese jurar, debía pagar. Por consiguiente, las partes no podían decidir libremente el juramento, sino aceptar la forma señalada por el Pretor para producir ese determinado efecto, de la misma manera que señalaban la transacción como acuerdo que ponía fin al proceso: la analogía entre el juramento y la *transactio* y el pacto es una cuestión de forma, esto es, los pactos que hubiese en el proceso y la propia transacción debieron de ser jurados ante el Pretor, funcionando el juramento como mera forma solemne. Por esta razón, no sólo los textos han equiparado los tres institutos, sino que se ha señalado la existencia de acuerdo entre las partes en el juramento, dando lugar a la distinción entre juramento necesario y voluntario.

Hemos de destacar que el Pretor exigía determinadas estipulaciones a las partes, entre las que destacan no sólo el juramento de calumnia y el *vadimonium*, sino también determinadas *cautiones*: como se verá en el apartado relativo a la analogía del juramento con la novación, ésta ha de hacerse por medio de una estipulación, que comenzó siendo un juramento.

Debemos sostener que en el juramento, como en los demás actos y negocios jurídicos, las partes señalaban los efectos que querían

¹⁸ A. D'ORS, *Las declaraciones jurídicas en Derecho Romano*, en AHDE (34), 1964, p. 573.

¹⁹ D. 12.2.34.6 (*Ulpianus libro 26 ad edictum*): *Ait praetor: "Eum, a quo iusiurandum petetur, solvere aut iurare cogam": alterum itaque eligat reus, aut solvat aut iuret: si non iurat, solvere cogendus erit a praetore.*

conseguir y éste era el alcance de su voluntad. El Pretor impondría las formalidades conducentes a producir tales efectos, que debieron de revestir la forma jurada en el proceso, al menos en sus inicios.

IV.- Equiparación del juramento con el pago.

Quizás el fragmento más explícito sobre el juramento equiparado al pago sea D. 12.2.27 (*Gaius libro quinto ad edictum provinciale*): *Iusiurandum etiam loco solutionis cedit*, en el que se afirma que el juramento hace las veces de pago, esto es, ocupa su lugar.

Sin embargo, SOLAZZI lo considera interpolado, toda vez que, para los bizantinos, la *solutio* “è divenuta il metro per misurare gli effetti di ogni causa estintiva delle obbligazioni”²⁰.

En este caso, no podemos estar de acuerdo con SOLAZZI, pues el fragmento citado no es el único que da noticia de la equiparación de efectos entre el juramento y el pago, sino que debemos citar, en ese mismo sentido, el pasaje D. 12.2.34.6, que se considera unánimemente referente al juramento necesario.

(*Ulpianus libro 26 ad edictum*): *Ait praetor: "Eum, a quo iusiurandum petetur, solvere aut iurare cogam": alterum itaque eligat reus, aut solvat aut iuret: si non iurat, solvere cogendus erit a praetore.*

Dice el Pretor que a aquél a quien se le pida el juramento, puede pagar o jurar, y ha de escoger entre ambas. Si no jura, entonces el

²⁰ S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, Vol I, Segunda edición, Nápoles, 1935, nt. 1, p. 252.

Pretor le obligará a pagar. Se entiende que este fragmento se refiere inequívocamente al juramento necesario porque el Pretor tiene poder de coerción sobre el demandado.

En todo caso, la alternativa entre pagar y jurar ya aparece, y muy claramente, en D. 12.2.27, primer texto examinado, por el cual el juramento ocupa el lugar del pago. Independientemente de que D. 12.2.27 haya sido interpolado, el juramento necesario extingue la obligación al igual que el pago al decidir el litigio y, una vez que se pide, el deudor solamente podrá o jurar o pagar.

Los dos pasajes que citaremos a continuación, ambos sobre las obligaciones solidarias, insisten en la equivalencia de efectos entre el pago y el juramento.

D. 12.2.28 (*Paulus libro 18 ad edictum*): *pr. In duobus reis stipulandi ab altero delatum iusiurandum etiam alteri nocebit.*

D. 12.2.28.3 (*Paulus libro 18 ad edictum*): *Ex duobus reis promittendi eiusdem pecuniae alter iuravit: alteri quoque prodesse debebit.*

Cuando dos deudores se han obligado a pagar una misma deuda, si uno juró, este juramento perjudicará al otro, mientras que en el texto siguiente se afirma que el juramento también aprovechará al otro. El juramento de un deudor aprovechará al otro deudor, como sucedería en el caso de que uno de ellos pagase la deuda; pero también perjudicará si se jura que se debe dar. En todo caso, así con el juramento como con el pago, la controversia termina, y el modo de finalización de la controversia, una vez que se pide el juramento, no

podrá ser el litigio, sino el pago: como bien se dice en D. 12.2.34.6, el deudor jura o paga, y si no jura, será obligado a pagar por el Pretor.

En consecuencia, la expresión de D. 12.2.27 "*loco solutionis*", es exacta, porque o se jura o se paga y, si se jura, el juramento ocupa el lugar de la *solutio*. En ese sentido, el juramento equivale al pago, si no jurídicamente, al menos sí a efectos prácticos, pues una vez que se pedido el juramento, debe ser prestado o bien pagada la deuda que se reclama, pero ya no cabe celebrar el juicio.

V.- Equiparación del juramento con la *novatio*.

La fuente más explícita sobre esta cuestión la encontramos en D. 12.2.26.2.

(Paulus libro 18 ad edictum): Iurisiurandi condicio ex numero esse potest videri novandi delegandive, quia proficiscitur ex conventione, quamvis habeat et instar iudicii.

El acuerdo de jurar se parece al de novar o delegar, porque se basa en el acuerdo, si bien tiene el valor de juicio. Como en el caso de la equiparación entre juramento y transacción, significa que las partes han de estar de acuerdo en finalizar el litigio por medio de juramento.

También se infiere el efecto novatorio del juramento de la combinación de D. 12.2.20 y D. 12.2.21.

D. 12.2.20 *(Paulus libro 18 ad edictum): Servus qui deltulit vel iuravit, servetur, si peculii administrationem habuit:*

D. 12.2.21 (*Gaius libro quinto ad edictum provinciale*): *Huic enim solvi quoque recte potest et novandae obligationis ius habuit.*

Según estos textos, debe observarse el juramento que dio y ofreció el esclavo si tenía la administración de su peculio, pues puede cobrar válidamente y tiene el derecho a novar.

No se puede dejar de notar la distinta procedencia de ambos fragmentos y, en consecuencia, la intencionalidad del compilador de incluir la mención de la novación en el tema del juramento.

En este punto, los textos concernientes a esta analogía no nos resultan de ayuda, porque se limitan a destacar esta posibilidad en la medida en que las partes pueden llegar al acuerdo de novar, o bien que el propio esclavo puede hacerlo si tenía la administración del peculio. Por ello, hemos de acudir a la doctrina sobre la novación.

Debemos partir de la evidencia de que la novación debía de hacerse siempre por medio de una *stipulatio*. Así, D'ORS declara que era la misma forma estipulatoria la que producía el efecto novatorio, puesto que la forma era solemne. Sin embargo, cuando la estipulación perdió la tal solemnidad, la novación no podía depender de la forma, sino del *animus novandi*²¹. También FERNÁNDEZ DE BUJÁN pone de manifiesto la necesidad de que la novación se lleve a cabo por medio de una estipulación, y refiere el debate doctrinal en torno a la cuestión de la aparición, como requisito, del *animus novandi*.

En todo caso, la *novatio* se ha de llevar a cabo por medio de *stipulatio*, “puesto que un contrato novatorio sin forma vinculante no

²¹ D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 2004, p. 530.

sería efectivo, sino simplemente un *nudum pactum*"²². Por otro lado, la *stipulatio* tiene su antecedente en la *sponsio*, que estuvo en uso hasta la Ley de las XII Tablas. La *stipulatio* prevaleció sobre ésta tras las XII Tablas, porque no sólo englobaba el *ius civile*, sino también el *ius gentium*. En todo caso, ambos son complejos de preguntas y respuestas a través de las cuales surge una obligación²³, de manera que la novación tanto podía haberse hecho por medio de una *sponsio*, antes de las XII Tablas, como por la estipulación después.

Es importante la opinión de BERETTA, según la cual la *sponsio* se deriva del negocio de garantía del derecho sacro y, más específicamente, del juramento, porque no había perdido todavía su carácter religioso. Añade este autor que la estipulación, en un principio, solamente tenía por objeto un *dare*, una cierta suma o una cierta cosa, y que en un segundo momento se pudo estipular un *incertum*, perseguible por medio de una fórmula incierta²⁴.

De hecho, según MARCHI, la *sponsio* llevó a convertirse en un contrato, debido a dos modificaciones que se produjeron a lo largo del tiempo: el propio deudor debía de asumir la deuda junto con el garante en la *sponsio*, que funcionaba como garantía de la obligación; y se debía atenuar la grave responsabilidad que asumía el *sponsor*, y que el propio deudor debía también asumir. De ahí, la *sponsio* se convirtió, en la práctica, en un *sponsio poenalis*, junto a la que se

²² M. FUENTESECA DEGENEFTE, *El problema de la relación entre novatio y delegatio desde Roma hasta las codificaciones europeas*, Madrid, 2000, pp. 142 y 143.

²³ V. ARANGIO-RUIZ, «*Sponsio*» e «*stipulatio*» nella terminologia romana, en *BIDR* (4), 1962, pp. 193 y ss.

²⁴ P. BERETTA, *Sulle formule da stipulazione fideiussoria e novativa*, en *Scritti Ferrini*, I, Milán, 1947, pp. 78 y ss.

desarrolló una *sponsio* por la que se prometía un *incertum, quanti ea res est*, esto es, un resarcimiento por el incumplimiento de la obligación²⁵.

En el mismo sentido se expresa FUENTESECA DEGENEFFE cuando afirma que “*la sponsio, en cuanto promesa vinculante surgió históricamente de un iusiurandum y el ensamblaje en una misma forma de obligatio del spondere del obligatus con la interrogación del stipulator es una cuestión no enteramente superada todavía*”²⁶, de ahí que el juramento, como forma solemne, haya revestido también la *conventio novatoria* en sus orígenes.

Por tanto, el orden cronológico de la novación sitúa al juramento en primer lugar, luego la *sponsio* y por último la *stipulatio*, tal y como indican los autores citados.

En consecuencia, tenemos otro supuesto en el que, al igual que sucedía con la comparación entre el juramento y la transacción o el pacto, la relación entre el juramento y la novación se explica por una cuestión de forma: en sus orígenes, la novación ha requerido forma jurada, que evolucionó a una *sponsio* y, por último, a la estipulación.

La analogía entre el juramento y la novación se fundamenta en una cuestión de forma que ha perdurado desde los inicios de la novación, que debió de hacerse por medio de juramento: de hecho, el propio juramento es una novación en sí misma porque cambia la causa de la obligación. En concreto, el juramento hace abstracta la obligación precedente, de la misma manera que la *sponsio* y la *stipulatio* también hacen abstractas una obligación, y en todo caso, la

²⁵ A. MARCHI, *Storia e concetto dell'obbligazione romana*, I, Roma, 1972, pp. 108 y ss.

²⁶ M. FUENTESECA DEGENEFFE, *El problema de la relación entre novatio y delegatio desde Roma hasta las codificaciones europeas*, cit., p. 24.

forma era creativa, y no declarativa, por lo que la causa de la obligación era la propia forma.

Una vez que la estipulación perdió la forma clásica y se convirtió en un instrumento negocial del *ius gentium*, fue utilizada como contrato, con su propia causa y por eso debe rechazarse toda comparación con el juramento necesario: como ya se dijo, no cabe finalizar un litigio con juramento necesario si se pide un *incertum*.

La asimilación del juramento con la *novatio* es, por ello, una reminiscencia de la antigua forma solemne que revestían las obligaciones, y que las novaciones debían asumir necesariamente a fin de modificar la obligación anterior.

VI.- Equiparación del juramento con la confesión.

El propio Digesto manifiesta en qué manera la confesión y el juramento estaban relacionados.

D. 42.1.56: *Ulpianus libro 27 ad edictum. Post rem iudicatam vel iureiurando decisam vel confessionem in iure factam nihil quaeritur post orationem divi Marci, quia in iure confessi pro iudicatis habentur.*

Según el texto, desde un rescripto de Marco Aurelio, una vez la cosa litigiosa fue decidida por juramento o por confesión *in iure*, esto es, ante el magistrado, "*nihil quaeritur*": no se vuelve a examinar la causa. Independientemente de que haya autores que afirmen²⁷ que

²⁷ L. DEBRAY, *Contribution a l'étude du serment nécessaire*, París, 1908, pp. 9 y ss; O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, II, Graz, 1960, p. 579.

esta fuente ha sido interpolada, no se discute que tanto el juramento como la confesión prestados en un juicio impiden examinar de nuevo la causa.

Entiende COGLIOLO que la máxima “*confessus pro iudicato habetur*”, presente en este texto, era totalmente cierta, de manera que, tanto en el caso de la confesión como en el caso del juramento necesario, cuando se hacían *in iure*, no se seguía la contestación de la *litis*. Así, la *actio iusiurandi* llevaba a la ejecución, y la *exceptio iusiurandi* impedía que se repitiese un juicio por la misma pretensión: sólo se podía entablar un *arbitrium litis aestimandae* cuando el objeto de la confesión (o del juramento) no fuese una suma de dinero²⁸.

Afirma DI PAOLA, “*in origine la confessio era probabilmente un atto formale consistente in una dichiarazione perfettamente corrispondente all'affermazione dell'attore*”, y su ejecutividad, en la época arcaica, era inmediata. Asume esta autora que la ejecución de la *confessio* se vio mermada con el paso del tiempo en tanto que era necesario que mediase actuación de la administración de justicia, y no una mera autocomposición entre privados, razón por la que no podía dar lugar directamente a la ejecución y simplemente se tenía por juzgado el asunto²⁹.

De hecho, como indica SCAPINI, en el momento de la *confessio* podría no existir un vínculo entre el deudor y el acreedor³⁰. Nosotros no estamos de acuerdo porque implica que no tuvo lugar una

²⁸ P. COGLIOLO, *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata*, vol. 1, Roma, 1883, pp. 364-365.

²⁹ S. DI PAOLA, *s.v.*, *confessione*, en *NNDI*, IV, pp. 8 e ss.

³⁰ N. SCAPINI, *La confessione del Diritto Romano I, Diritto Classico*, Turín, 1973, pp. 121 y ss, en las que analiza, entre otras, D. 42.2.3, y D. 42.2.5.

cognición pretoria conducente a la concesión de la acción y, desde luego, no se cumple el propósito de finalizar la *litis* precedente, como sucede en el caso del juramento necesario.

PUGLIESE indica que la confesión tendría la misma eficacia que la *intestatio* (por ejemplo, que el fundo Corneliano era del actor; que debía dar el esclavo Estico al actor), y que la *confessio*, cuando se trataba de una suma de dinero, producía los efectos de la sentencia (Ley de las XII Tablas), mientras que si la *confessio* tenía por objeto una cosa determinada, la acción proseguía, con la fórmula modificada, a fin de que estimar la cosa. Si la acción tenía cláusula arbitraria, la acción proseguiría igualmente, y el juez tendría que dar la oportunidad de devolver la cosa, antes de proceder a la condena. Si se trataba de una obligación de un *incertum* (*quidquid dare facere oportet*), la confesión no cambiaría el procedimiento *in iure*, y no determinaría un cambio en la fórmula, de manera que “*questa confessio avrà avuto soltanto efficacia di mezzo di prova dinanzi al giudice*”³¹.

Sin embargo, tal y como sostiene DE CASTRO-CAMERO, la naturaleza de la confesión era procesal y sólo producía efectos si era prestada delante del magistrado³².

En definitiva, sea cual sea el momento de la prestación de la confesión, y más allá de que se haya utilizado en el proceso arcaico para poner fin al conflicto entre privados y, por tanto, sin que hubiese habido intervención pretoria, la relación entre el juramento y la

³¹ G. PUGLIESE, *Lezioni di Istituzioni di Diritto Romano*, II, Perugia, 1985, pp. 220-221.

³² R. DE CASTRO-CAMERO, *Soluciones “in iure” a una controversia patrimonial: transacción, juramento y confesión*, cit., pp. 124-125.

confesión se revela muy claramente en el fragmento que veremos a continuación: en realidad, la relación entre ambos es de alternancia, de manera que si hay una negativa a prestar el juramento se produce, al mismo tiempo, una confesión tácita. Así se dispone en D. 12.2.38.

(*Paulus libro 37 ad edictum*): *Manifestae turpitudinis et confessionis est nolle nec iurare nec iusiurandum referre.*

Manifiesta vergüenza y confiesa si no jura ni remite el juramento, esto es, si no devuelve la posibilidad de jurar. Este texto está ubicado, según LENEL, en el libro “*De rebus amotas*”³³. Por lo tanto, este juramento se refiere de una cuestión de hecho y, en concreto, al juramento “*nihil divortii causa amotum esse*”, tal y como se dispone en D. 25.2.11.1³⁴.

De acuerdo con IOACHIMOVICI, este texto ha sido interpolado, de manera que, en realidad, debió de ser así: *Manifestae turpitudinis et confessionis est nolle iurare*. Según este autor, este fragmento procede de un libro de Paulo que se refería a la *actio rerum amotarum*, y de ahí que se hable de esta sanción, pensada para una cuestión de hecho y no de derecho. Y sigue diciendo que las expresiones *nec...nec e iusiurandum referre* tienen su origen en los

³³ O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, cit., p. 1044.

³⁴ D. 25.2.11.1 (*Ulpianus libro 33 ad edictum*): *Qui rerum amotarum instituit actionem si velit magis iusiurandum deferre, cogitur adversarius iurare nihil divortii causa amotum esse, dum prius de calumnia iuret qui iusiurandum defert.*

compiladores de Justiniano, que quisieron convertir una regla particular en general³⁵.

Puesto que la mujer debía jurar que no robó y sólo podía jurarlo la mujer (D. 25.2.11.2³⁶), entonces confesaba que había robado si se negaba a jurar, es decir, su oposición a jurar equivalía a una clara confesión. En la *actio rerum amotarum* no cabía la posibilidad de referir el juramento, por lo que sólo la parte demandada (como hemos sostenido en otra sede, la legitimación pasiva le correspondía exclusivamente a la mujer) podía jurar, y el contenido de ese juramento era “*nihil divortii causa amotum esse*”.

La negativa a jurar en el caso de la *actio rerum amotarum*, que implica la confesión, tiene el efecto de condena en la *actio rerum amotarum*, que sólo era evitable pagando la estimación del litigio. En consecuencia, en D. 12.2.38 se utiliza el término *confessio* en su sentido técnico, y propiamente la confesión tácita que resulta de la negativa a jurar no coincide con la *nominatio facti* de la *actio rerum amotarum*, como en el caso del juramento, sino con la declaración hecha por el demandado.

La negativa a jurar supone que no se niega el derecho del demandante ni se afirma el propio, por lo que, tácitamente, a quien se le ofreció la posibilidad de jurar confiesa que la parte contraria tiene derecho. En el caso de la *actio rerum amotarum*, al que se refiere

³⁵ V. E. IOACHIMOVICI, *Le iusiurandum necessarium a l'époque classique du droit romain*, Paris, 1912, p. 138.

³⁶ D. 25.2.11.2 (*Ulpianus libro 33 ad edictum*): *Iurare autem tam vir quam uxor cogetur. Pater autem amoventis iurare non cogitur, cum iniquum sit de alieno facto alium iurare: is ergo cogitur iurare, qui amovisse dicitur. Et idcirco nec heres eius, qui quaeve amovisse dicitur, iurare cogetur.*

el pasaje D. 12.2.38, es paladino que la cuestión jurada, como cuestión de hecho, sólo cabe que la preste la mujer y su negativa, además, supone reconocer haber robado con ocasión del divorcio. En los restantes casos, estos son, cuando el juramento tiene por objeto una cuestión de derecho o la pretensión jurídica, cabe que se devuelva la posibilidad de jurar si no hay una certeza sobre el propio derecho: negarse a jurar o a remitir el juramento implica igualmente una confesión.

En conclusión, la diferencia entre el juramento y la confesión radica en su diferente contenido: mientras que el juramento se afirma la posición jurídica de quien lo presta, la confesión acoge la posición jurídica de la parte contraria. De ahí que la negativa al juramento conlleve, tácitamente, la confesión.

A diferencia de las anteriores categorías, la analogía entre el juramento necesario y la confesión se basa en el contenido, por lo que el juramento y la confesión se excluyen mutuamente y, al mismo tiempo, la negativa a prestar el juramento implica una confesión tácita del derecho afirmado por la parte contraria.

VII.- Conclusiones.

Hay tres planos en los que produce la analogía del juramento necesario en los textos con las otras instituciones: en el plano formal, del contenido, y de los efectos.

En el plano formal, el juramento se compara con la transacción, el pacto y la novación. En estos casos, los acuerdos revestían la forma jurada. De hecho, en el caso de la novación, ésta se realizaba, en sus orígenes, por medio de juramento, y sólo después mediante *sponsio* y *stipulatio*. Pero también la transacción y los pactos que hayan tenido lugar en el proceso requerían la forma jurada, que el Pretor imponía cuando las partes señalaban los efectos sobre los que llegaron a acuerdo.

Y es que la distinción entre el juramento necesario y voluntario es una cuestión de contenido del juramento, y no, como la denominación pudiera dar a entender, de la existencia de voluntad de las partes: en todo caso, las partes han de ceñirse a las formas requeridas en Derecho, de manera que su voluntad solamente alcanza a decidir los efectos que desean. En el proceso, el Pretor no sólo exige el juramento de calumnia al demandante, sino solicita el *vadimonium* al demandado, así como determinadas cauciones. Todas ellas, sin embargo, tenían como característica común una formalidad solemne, que debió de ser jurada, al menos en los inicios del proceso formulario.

Por tanto, el juramento se equipara a la transacción, al pacto y a la novación porque la forma jurada, que es solemne, no puede desligarse de la producción de los efectos típicos de estos institutos y, en puridad, esta solemnidad constituyó el propio Derecho, pues la forma era creativa y no meramente declarativa.

En el plano del contenido, el juramento se equipara a la confesión porque conforma una alternativa excluyente a la misma: el

juramento afirma la posición jurídica de quien lo presta, mientras que la confesión implica la adhesión a la postura de la parte contraria. Si hay una negativa a la afirmación del propio derecho, tácitamente supone una confesión y, en consecuencia, la admisión de la pretensión del contrario.

Respecto al plano de los efectos, el juramento se compara sea con la *litis contestatio*, sea con el juicio o la sentencia, sea al pago. Sin embargo, el juramento, al igual que la sentencia, como momento decisivo del proceso, es el acto al que se refieren los efectos ya producidos de la *litis contestatio*, cuya comparación tiene la virtud de subrayar que el momento de prestación del juramento tiene lugar después de que el juicio haya sido entablado. Por sí mismo, el juramento no tiene un efecto consuntivo, sino que es la *litis contestatio*, ya entablada, la institución procesal que desencadena ese efecto: en el caso de que el juramento no implicase una previa concesión de *litis contestatio*, la acción podría ser ejercitada de nuevo y el juramento, aun necesario, se limitaría a producir una excepción.

En cambio, el Pretor exigía el juramento una vez entablado el litigio, de tal manera que la acción se consumía y, en la medida en que se produjese la triple identidad de la cosa juzgada, se consumía la acción.

También el juramento produce los efectos del pago y no podía ser de otra forma puesto que el juramento, como el pago, extinguen la obligación, en el caso de que el juramento haya sido prestado por el demandado afirmando que no debe dar. Al mismo tiempo, una vez que se solicita el juramento, sólo cabía o pagar o jurar, y si bien el

Pretor no podía imponer el juramento, sí podía obligar a pagar. Por consiguiente, desde el punto de vista del demandado, pago y juramento son las dos posibilidades dentro de la alternativa procesal derivada de la petición del juramento.

Por último, debemos destacar que las analogías del juramento con otras instituciones responden a la doble naturaleza del juramento, como forma solemne y como institución jurídico-procesal, y la riqueza de esta doble naturaleza hace complejo el estudio del juramento necesario en las fuentes, que responden, asistemáticamente, a ambas naturalezas. Sin embargo, esta perspectiva enriquece el estudio del juramento necesario y lo dota de un particular interés dentro del Derecho Romano.

VIII.- Referencias bibliográficas:

L. AMIRANTE, *Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formulae*, Nápoles, 1954.

V. ARANGIO-RUIZ, «*Sponsio*» e «*stipulatio*» nella terminologia romana, en *BIDR* (4), 1962, pp. 193-222.

P. BERETTA, *Sulle formule da stipulazione fideiussoria e novativa*, en *Scritti Ferrini*, I, Milán, 1947, pp. 77-101.

C. BERTOLINI, *Il giuramento nel diritto privato romano*, en *Studia Juridica* XIII, Roma, 1967.

B. BIONDI, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, Roma, 1970.

- P. COGLIOLO, *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata*, vol. 1, Roma, 1883.
- L. DEBRAY, *Contribution a l'étude du serment nécessaire*, París, 1908.
- R. DE CASTRO-CAMERO, *Soluciones in iure a una controversia patrimonial: transacción, juramento y confesión*, Sevilla, 2006.
- S. DI PAOLA, *s.v., confessione*, en *NNDI*, IV, p. 8.
- A. D'ORS, *Las declaraciones jurídicas en Derecho Romano*, en *AHDE* (34), 1964, pp. 565-574.
- D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 2004.
- M. FUENTESECA DEGENEFFE, *El problema de la relación entre novatio y delegatio desde Roma hasta las codificaciones europeas*, Madrid, 2000.
- V. E. IOACHIMOVICI, *Le iusiurandum necessarium a l'époque classique du droit romain*, Paris, 1912.
- A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, París, 1958.
- A. MARCHI, *Storia e concetto dell'obbligazione romana*, I, Roma, 1972.
- O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Graz, 1960.
- O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, II, Graz, 1960.
- G. PUGLIESE, *Lezioni di Istituzioni di Diritto Romano*, II, Perugia, 1985.
- N. SCAPINI, *La confessione del Diritto Romano I, Diritto Classico*, Turín, 1973.
- A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Nápoles, 1971.
- S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, Vol I, Segunda edición, Nápoles, 1935.
- F. STURM, *Il pactum e le sue molteplici applicazioni*, en *Contractus e pactum, Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana*, Nápoles, 1990.