

301

REVISTA
DE

PROFESION

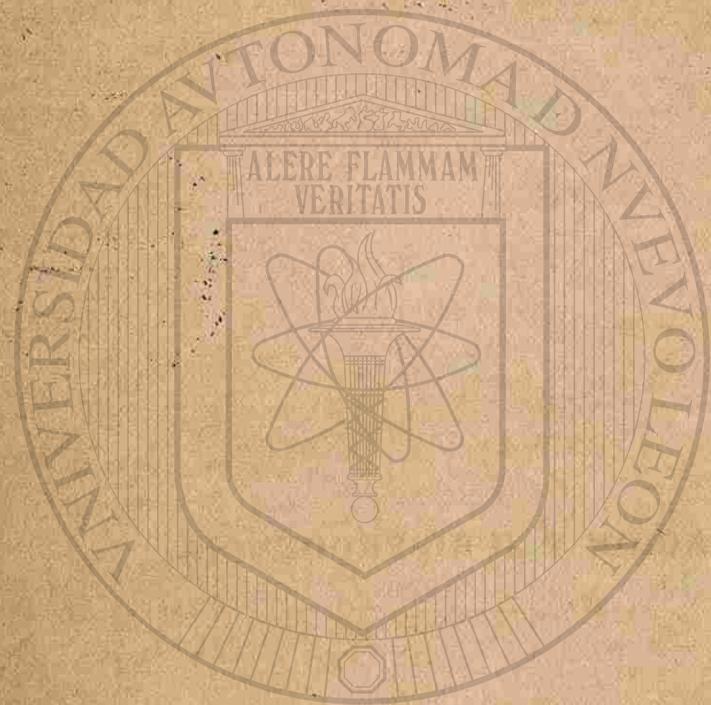
DE ABOGADOS

53

58

328

R



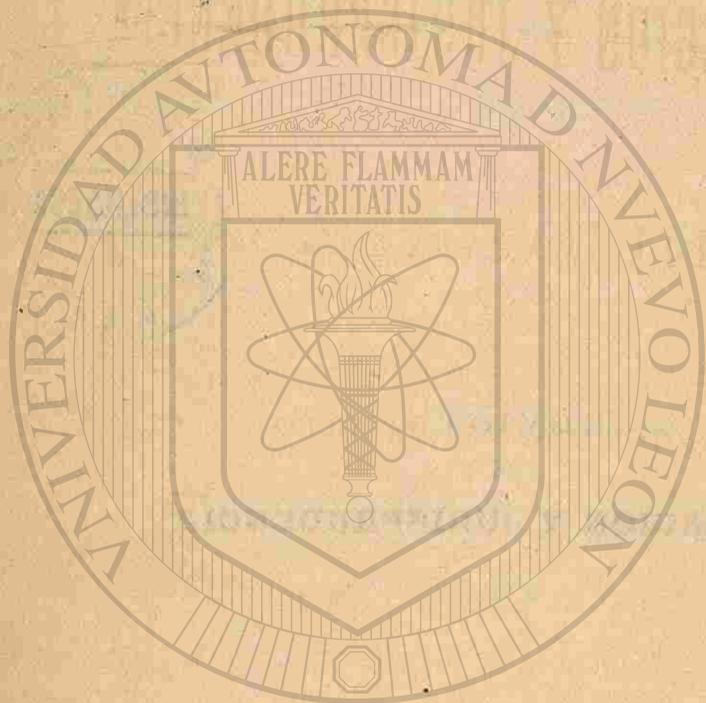
Montevideo, 11 de Abril del 90
Manuel Fuentes



REVISTA
DE
LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA.
III.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

11 MAR. 1990



REVISTA

DE

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

PUBLICADA POR

EMILIO RABASA

Y

VICTOR MANUEL CASTILLO.

1890.
ENERO-JUNIO.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS
MEXICO.

TIP DE LA «REVISTA DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA»
(3ª Avenida Oriente núms. 555 y 560.)

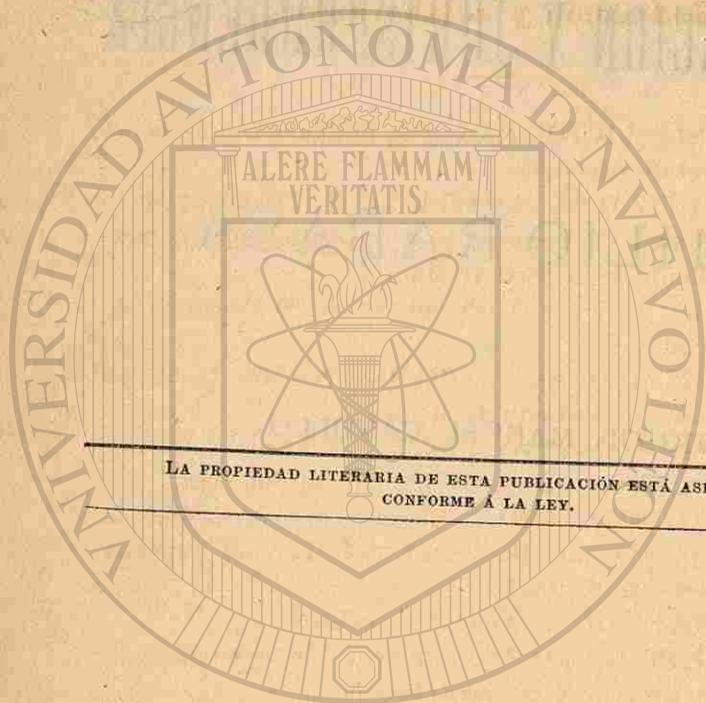
1890.



UANTL



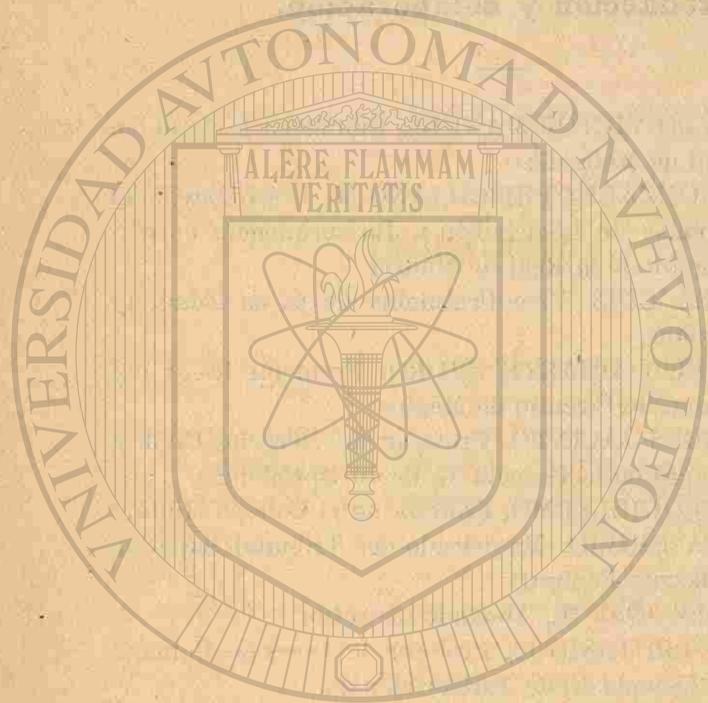
328
R.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Redacción y colaboración.

- Sr. Lic. CASTILLO VICTOR MANUEL, Bibliotecario de la Sociedad de Abogados.
- „ DIAZ GONZALEZ PRISCILIANO M., Presidente de la Academia de Legislación y Jurisprudencia correspondiente de la Real de Madrid.
- „ MENDEZ LUIS, Vice-Presidente de la Sociedad de Abogados.
- „ MONTIEL Y DUARTE ISIDRO, Promotor fiscal del Tribunal de Circuito de México.
- „ PALLARES JACINTO, Profesor de Derecho Civil y Mercantil en la Escuela N. de Jurisprudencia.
- „ PRIETO GUILLERMO, Profesor en el Colegio Militar.
- „ RABASA EMILIO, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Federal.
- „ RAMIREZ JOSE H., Abogado consultor.
- „ TAGLE PROTASIO P., Profesor de Derecho Romano en la Escuela N. de Jurisprudencia.
- „ VALLARTA IGNACIO L., Ex-Presidente de la Suprema Corte de Justicia, Ex-Ministro de Relaciones Exteriores, &c., &c.
- „ VELASCO EMILIO, Ex-Ministro Plenipotenciario de México en París y Profesor de Derecho Administrativo en la Escuela N. de Jurisprudencia. &c., &c., &c.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

REVISTA

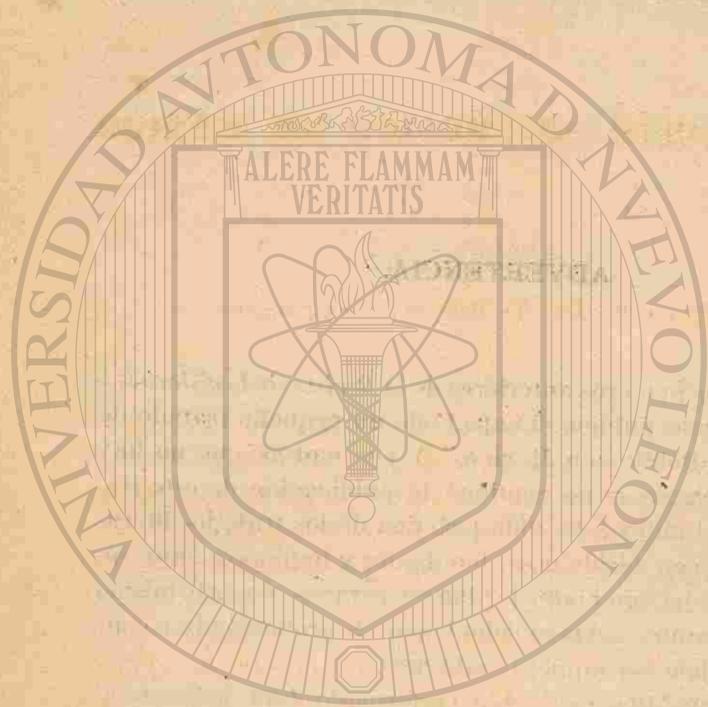
--DE--

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.

ADVERTENCIA.

En uno de los números anteriores de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* se publicó el cap. 1º de un pequeño tratado de "El Ministerio Público en México." Y por causas que no hay necesidad de expresar no continuó la publicación de este trabajo. Vuelto el autor á la vida práctica de los trabajos literarios y habiendo adquirido más abundantes y luminosos datos sobre la materia, ha cambiado de plan en su tarea, y por lo mismo ha cambiado también el mencionado cap. 1º proponiéndose continuar la publicación siquiera cada mes.

El trabajo que ahora se publica reformado, está dedicado al Jefe del Ministerio Público que es el Secretario de Estado en el Departamento de Justicia, y siendo una justa defensa de la libertad é independencia del Ministerio Público, que es el órgano legítimo del Supremo Gobierno cerca de los Tribunales, se ha procurado ilustrar, consultando la legislación y jurisprudencia antigua, lo mismo que la legislación y jurisprudencia extranjera. ®



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

DEL MINISTERIO PÚBLICO EN MÉXICO.

CAPÍTULO 1º

Origen, organización, legislación extranjera.

§ I

El Forum judicium que fué el primer Código que tuvieron los españoles como ley de raza en la España visigoda presenta el ejemplar más antiguo del Ministerio Público que en nuestro foro se conoce. La ley 1ª título 3 libro 2º de dicho Código dice: "Flavius Recesvintus.—Quod Principum et Episcoporum negotia non per eos sed per subditos sint agenda—Matorum culminum excellentia quanto negotius rerum dare indicium decet, tanto negotiorum molestiis sese implicare non debet. Si ergo Principem vel Episcopum cum aliquibus constiterit habere negotium, ipsi pro suis personis eligant quibus sua dicenda committant; quia tantis culminibus videri poterit contumelia inrogari, si contra eos vilior persona in contradictione cause videatur adsistere. Ceterum et si Rex voluerit de re qualibet propositionem adsumere, quis erit qui ei audeat ullatenus resultare? Ytaque ne magnitudo culminis huius evacuet veritatem non per se, sed per subditos agat negotium actionis."

Esta ley es un testimonio irrecusable de que el Ministerio Público debió su primitivo establecimiento, más que á un principio religioso y á una razón de estado, á una consideración de decorosa conveniencia pública "quis erit qui ei audeat" y de profundo respeto á la verdad y justicia imparcialmente debidas á todos aun cuando sean personas humildes á quienes aconsejado está: Cum potentioribus ne contendas. Es verdad que el gobier-

no visigodo era una democracia militar, así que el Príncipe solo era primus inter pares; y sin entrar en el intrincado laberinto de la legislación que precedió á las Partidas, debe decirse que también este famoso código conoció el Ministerio Público, aunque preciso sea confesar que tal Ministerio dista mucho de alcanzar la misión á que llamado está en una buena administración de justicia, porque el Fuero Juzgo no habla del representante del Rey como de un funcionario establecido para auxiliar á los Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones, sino de un mandadero particular del Rey ó del Obispo.

§ II

Y si bien la Ley 12 tit. 18 Part. 4 habla de un funcionario público encargado de negocios judiciales, tal funcionario sólo era un home puesto para razonar ó defender en juicio todas las cosas é los derechos que pertenecen á la cámara del Rey; así que ninguna intervención tenía en las causas criminales; y decirse puede que si el derecho foral conocía el Ministerio fiscal en Valencia y Aragón para causas criminales no por esto quedó suprimido el empleo de patrono del fisco que estableció la ley general, la cual no vino á crearlo en amplia escala sino en las leyes de la Recopilación de Castilla que establecieron la planta de los Tribunales.

§ III

Poco hace á nuestro propósito precisar la fecha exacta en que el Patronus fisci hubiérase convertido en Ministerio fiscal, bastando decir que recorriendo las leyes recopiladas siquiera con mediana diligencia se ve que los Reyes D. Fernando y D^a Isábel en las Ordenanzas de Medina en 1489 ya hicieron men-

ción de fiscales, como de funcionarios establecidos de antemano, y que en 21 de Junio de 1494 los mismos Reyes ordenaron que en las causas criminales en que no es necesaria acusación de la parte interesada y que por apelación vinieren á la audiencia, el Procurador fiscal de ella tomara la voz por las Justicias que deben conocer de ellas. Ley 2 tit. 11 y 4. tit. 17 lib. 5. N. R.

D. Felipe II mandó en 1527 que en las Audiencias haya dos fiscales uno que asista á las causas civiles y otro á las criminales; y que el más antiguo de los que residen ó residieren en dichas audiencias, pueda elegir el cargo de las causas civiles ó criminales sin embargo que el fiscal más nuevo sea proveido en lugar del fiscal que solía tener el cargo y ejercía las causas civiles ó en lugar del que trataba las causas criminales.

Y D. Felipe V en su advenimiento al trono de España pretendió dar á los Tribunales una nueva organización, importando nombres y empleos franceses que no llegaron á aclimatarse en el país, y por eso en 9 de Junio de 1715 dictó el decreto que dice: Anulado el empleo de Fiscal General, el de los Abogados generales, es mi voluntad se restituya á su antiguo método y manejo la fiscalía del Consejo de Castilla y considerando que por la importancia y mayor número de negocios que se han aumentado con la agregación de los reinos de Aragón y Valencia y ahora Cataluña, siendo uno solo el Fiscal puede detenerse y atrasarse el despacho de ellos en perjuicio de mi servicio, he resuelto que en adelante hayan de ser dos los fiscales, encargándose el uno de los negocios y dependencias civiles y el otro de los criminales.

§ IV

La Recopilación de Indias en ley dada en 5 de Octubre de 1626 y 1632 dice: Es nuestra merced y voluntad que en cada una de las reales audiencias de Lima y México haya dos fiscales, que el más antiguo sirva la plaza en todo lo civil y el otro en lo criminal.

Solórzano en su Política indiana dice: Regidas y ordenadas en el modo que se ha dicho las Audiencias de las Indias, pareció también poner en ellas á imitación de las de España procuradores ó abogados fiscales que defendiesen el derecho y hacienda real. Porque al principio no se nombraron sino uno de los Oidores suplía por ellos y ejercía este oficio como consta de sus erecciones y de algunas cédulas antiguas. Y en las audiencias de México y Lima como se crearon distintas plazas y Salas para Oidores y para Alcaldes del crimen, como ya lo he dicho, también dos fiscales, que el uno se llama de lo civil y el otro de lo criminal.

Enseña Bobadilla en su Política: Que por ley está mandado que los fiscales tomen la voz en los pleitos de la jurisdicción real y los sigan y que se despachen de gracia y sin costas.

§ V

Tal era el estado que en la antigua y nueva España tenía el Ministerio fiscal, cuando el régimen constitucional se estableció en una y otra, régimen en el cual declaró la Constitución que á las Cortes corresponde fijar el número de Magistrados que habían de componer el Tribunal Supremo (hoy Suprema Corte) y las Audiencias de la Península y de Ultramar, como lo hicieron en efecto en el bien pensado decreto de 9 de Octubre de 1812 en donde se ordenó que en la Audiencia de México hubiera dos Fiscales, Audiencia que en el año de 1822 estaba reducida en México á dos Magistrados propietarios y un Fiscal que el Congreso de esa época confirmó en sus destinos, como por decreto de 22 de Febrero de 1822 confirmó todos los Tribunales y justicias establecidas en el Imperio.

§ VI

La nueva España aunque independiente siguió exactamente lo establecido en los decretos de 9 de Octubre de 1812, debiendo decirse que esto fué así porque en el Tratado de Córdoba se

declaró que las leyes vigentes continuarían rigiendo en todo lo que no se opusieran al Plan de Iguala, y mientras las Cortes mexicanas formaban la Constitución del Estado. Y dicho sea de paso que por decreto de 13 de Septiembre de 1813 las Cortes dividieron los partidos judiciales y ordenaron que en cada uno hubiera un Promotor Fiscal que fuera letrado, y que este funcionario fuera nombrado por el Jefe Político Superior de la Provincia, oyendo el parecer de la Audiencia y del mismo Juez de 1ª Instancia, por ser muy árduas y elevadas las funciones que ellos tenían que ejercer.

§ VII

Una vez establecido el régimen constitucional, la ley fundamental de 1824 estableció el Ministerio Fiscal en la Suprema Corte (art.124) y en los Tribunales de Circuito (art.140) sin determinar nada expresamente respecto de los Juzgados. (art. 143 y 144.)

§ VIII

Pero la ley de 14 de Febrero de 1826 reconoció como necesaria la intervención del Ministerio Fiscal en todas las causas criminales y en todas las civiles en que se interese la Federación ó sus autoridades, es decir en los conflictos de jurisdicción para entablar ó no el recurso de competencia. Y también hizo necesaria la presencia del Ministerio Público en las visitas semanales de cárcel.

§ IX

El decreto de 29 de Mayo de 1826 es el que más pormenorizadamente habla del Ministerio Fiscal como se vé especialmente en el cap. V y aunque en su rubro ofrece hablar de los agentes, nada en verdad dijo de estos funcionarios.

§ X

Y la ley de 22 de Mayo de 1834 reconoce la existencia del Ministerio Público en toda causa criminal, y cuando se interese la causa pública y la Nación, y nótese que dice en su art. 42: En cada Juzgado de Distrito habrá un Promotor Fiscal nombrado como el de Circuito y con las mismas funciones.

§ XI

Variado el sistema de federal en central no por eso dejó de existir el Ministerio Fiscal, mirándose por eso que la ley de 23 de Mayo de 1837 dice que el Fiscal tendrá el tratamiento de señoría en los asuntos oficiales; detalla el modo de suplir sus faltas, establece un agente, fija su sueldo, hace necesaria su intervención en los negocios judiciales seguidos en la Suprema Corte; así como también en los Tribunales Superiores de los Departamentos.

§ XII

La ley Ceballos dada en 17 de Enero de 1853 fué dada como ley puramente local para el Distrito en que funcionaba e i-
tonces la Corte considerada en dicha ley no como Tribunal Supremo de la Nación, sino como audiencia particular del Distrito. Pruébalo así su mismo preámbulo que dice: "Juan B. Ceballos Presidente interino de los Estados Unidos Mexicanos á todos sus habitantes sabed: Que siendo objeto de la más alta importancia para el restablecimiento del orden público la recta administración de justicia y la organización de los funcionarios y Tribunales que hayan de ejercerla en el Distrito Federal, he tenido á bien decretar se observen las reglas siguientes que ha consultado la Suprema Corte."

Pruébalo además el mismo rubro conque se publicó de "Jueces menores.—Su establecimiento."

Pues bien, esta ley reconoce el Ministerio Fiscal no en los Juzgados menores ni en los de primera instancia sino sólo en la segunda instancia que comete á la Suprema Corte á la cual reconoce en su calidad de audiencia local del Distrito diciendo por eso en su art. 44: "Pronunciada la sentencia (de 1ª instancia) se hará saber al reo en el mismo día de su fecha, y en el propio ó al siguiente, á primera hora se remitirá el proceso á la Suprema Corte."

§ XIII

La ley Laros dictada el 6 de Diciembre de 1853 reconoció también el Ministerio Fiscal, y lo reconoció acentuando bien su representación y gerarquía según veremos en el capítulo siguiente, estableciendo Promotores aun en los Juzgados de primera instancia, lo mismo que hizo la ley Miranda dada el 29 de Noviembre de 1858.

§ XIV.

La revolución de Ayutla que dió origen á la administración reformista que decretó la Constitución de 1857 nos trajo la ley Juárez la cual ordenó que entretanto se arreglaba la Administración de Justicia en la Nación se observaran las reglas que ella establecía, siendo una de ellas el reconocimiento que del Ministerio Fiscal hizo desde su art. 1º, siendo de advertir que esta ley tiene el carácter de Federal y derogó las de administración de justicia posteriores al 31 de Diciembre de 1852, de modo que derogó la ley Lares, la ley Miranda y la ley Ceballos dada en 17 de Enero de 1853, la cual se declaró vigente sólo en la parte que creó los Jueces menores pues por lo demás la expresada ley Juárez dijo en su art. 77: Quedan insubistentes todas las disposiciones que sobre administración de justicia se han dictado desde Enero de 1853 hasta la fecha (Noviembre 23 de 1855) y desde su primer artículo reconoció el Ministerio Fiscal.

§ XV.

Un poco más tarde la administración Comonfort dictó la ley de 4 de Mayo de 1857 para arreglar los procedimientos judiciales en los negocios que se siguen en los Tribunales y Juzgados del Distrito y territorios y aunque de paso reconoció la existencia del Ministerio Fiscal diciendo que los fiscales cuando informen en estrados hablaran antes ó después que los patronos de las partes, según sean actores ó reos de la instancia.

§ XVI.

El Sr. Juárez en la ley de 29 de Julio de 1862 dando por su puesta la existencia del Ministerio Fiscal reglamentó su ejercicio en el capítulo 5º de dicha ley que tiene el carácter de general, consagrando á este objeto once artículos en armonía con las prevenciones del derecho constitucional que deriva de la Constitución de 1857. (*)

Y la administración del general Don Porfirio Díaz expidió la ley de organización de Tribunales del Distrito Federal y del Territorio de la Baja California y en el artículo 8º de ella reglamentó más extensamente el Ministerio Público que había de ejercerse en dichos Tribunales.

§ XVIII.

Por último el proyecto de ley de procedimientos federales se encarga en su sección 4ª de reglamentar el Ministerio Público, como iremos haciendo notar en los capítulos siguientes.

§ XIX.

A nada conduciría el estudio de antigüedades del Fuero Juzgo y de las Partidas para sacar de sus escombros el organismo que tuviera el Ministerio Público en los Tribunales de los Reyes Godos y de Don Alonso el Sabio, por que la verdad es que

(*) Con fecha 19 de Diciembre de 1855 ocupado México por el invasor expidió éste una ley especial para la organización del Ministerio Público, la cual consta de 57 artículos que pueden consultarse con positiva ventaja por estar desarrollados en ella principios lemosos de derecho público.

no ha tenido influencia en el desarrollo del Ministerio fiscal que vino á establecer la legislación recopilada que es la fuente de donde primitiva y sustancialmente se deriva el Ministerio Fiscal que pasó á las leyes constitucionales de España.

§ XX.

El libro 5º de la Novísima recopilación contiene las reglas relativas á la organización de las cancelerías y audiencias, y muy especialmente habla del Ministerio Fiscal el título 17 de dicho libro en el cual se ve que legislaron sobre la materia Don Fernando y Doña Isabel, Don Carlos I y Doña Juana y Don Felipe II haciéndose esta indicación para que los que deseen mayor ilustración histórica sobre la materia ocurran á esta fuente teniendo siempre la consideración que las leyes anteriores aun cuando derogadas estén, son un poderosísimo auxiliar para facilitar y fundar la aplicación de las leyes vigentes según el auto acordado de 4 de Diciembre de 1713.

§ XXI.

LEGISLACIÓN EXTRANJERA.

El Ministerio Fiscal que tanta y tan importante misión tiene que desempeñar en el terreno de la administración de justicia no podía ser desconocido en la legislación romana; y de ello es una prueba la ley 1, ff. título 19, libro 1 en donde se ve que el célebre jurisconsulto Ulpiano comentando el Edicto, dijo: *Quæ acta (gestaque) sunt á Procuratore Caesaris sic ab eo comprobantur atque si á Cesare facta sint.*

XXII.

Con la autoridad de Tácito enseña Heinocio en sus Pandectas: *Procuratores Caesaris duorum erant generum. Alii enim res Principum fiscales tantum curabant, alii in Provinciis minoribus vice Praedum fungebantur qualis in Judea Pontius Pilatus.* De esta manera unos estaban encargados de los negocios de hacienda propia de los principes como se comprende por los diversos títulos que les dan los autores y otros en los tiempos de Claudio conocían de las causas fiscales.

§ XXIII.

En las "Prelectiones juris romani" dadas por Antonio Pérez como profesor de la Academia de Lovaina se lee: *Questores constituti sunt qui pecuniae praesent deinceps haec cura ad Aediles translata, poste ad Praefectos et Praetores, tandem in perpetuum creatus Praefectus aerarii, cujus summa in urbe erat auctoritas ut in Provinciis Procuratoris Caesaris, quia uterque in causis aerarii et fisci partes iudicis sustinebat inter fiscum et privatum bona fisco delata agnocebat vel repudiabat l. 4 § Si bona ff. fideicommissi libert. Erat et Procurator privati patrimonii ejusque exemplo constitutus ab Hadriano Cesare fisco patronus qui causam cesarii tueretur et augetur cui nom ab similibus Procurator sacri patrimonii ab Anastasio comitis titulo insignitus.*

En vista de la elevada categoría que el Procurador del Cesar llegó á revestir en el imperio romano, forzoso es decir que hoy la misión del Ministerio Público no es la misma que cometida le estaba en Roma sin olvidar que si rodeado estaba de una muy grande respetabilidad era cabalmente por la representación que asumía en las causas del erario y del fisco.

§ XXIV.

La muy autorizada voz del Sabio Fiscal Juan B. Larrea enseña: *Muneris fisci patroni et advocati qui dicitur fiscalis electionem fecit Imperator Adrianus.* Y en otro lugar dice: *Sed post Hadrianum fiscales creantur Galienus, Constatinus et Theodossius legibus ad hoc editis . . . antea res so'um ad b'eni iam elige'antur fisci patroni . . . sed hodie en perpetum eriguntur dum Principi placeat ex Cujacio et Gotofredo et D. Alfaro.*

§ XXV.

Las doctrinas que van citadas son monumentos históricos que acreditan que la legislación romana conoció, autorizó y enalteció la institución del Ministerio Fiscal, resultando por lo mismo in fundada la enseñanza de cierto profesor de la escuela francesa que dice: *Incomité à Rome ou chaque citoyen avait le droit de poursuivre les crimes l'institution du Ministres public a été emprunté à notre ancien droit et elle existe aujourd'hui dans tous les pays.*

XXVI.

El derecho novísimo de España está enseñado con relación á la materia, por los Doctores Serna y Montalvan en su «Tratado Académico forense de los procedimientos judiciales,» por el Sr. Ortiz de Zúñiga en su «Práctica Universal forense» y por el Sr. García Fernández en sus «Breves nociones de actuaciones judiciales.»

Puede consultarse también con positiva ventaja el Manual del Promotor Fiscal escrito y publicado por Don Eduardo Alonso Colmenares y el ensayo Teórico práctico del Promotor Fiscal cuyo autor es el aventajado jurisconsulto Don Vicente Ferrer y Minguct.

§ XXVII.

Para tratar ordenadamente de la acción del Ministerio Público crea de los funcionarios que ejercen el Poder Judicial y para facilitar la interpretación de la legislación relativa á la Administración de Justicia es necesario por esto consultar la legislación del Continente Americano á fin de poder comprender como tiene establecida esta institución importante para la causa pública. Y consultada la de las Repúblicas del Continente Americano se vé que unas han mantenido el antiguo sistema de fiscalías que recibimos de las leyes españolas, otras han creado un Procurador general de la Nación, alguna ha hecho que el Poder legislativo participe del ejercicio del Ministerio Público y por último los Estados Unidos le han dado una forma propia y peculiar á esta legislación.

§ XXVIII.

IMPERIO DEL BRASIL.

Este imperio que por razón de origen y similitud de ideas, hábitos y costumbres sigue las huellas de Portugal, tendrá que amoldarse por mucho tiempo á la legislación de este país que está por cierto muy adelantada en este ramo de tan vital importancia para la vida práctica de sociedad. Su Constitución no dá sin embargo mucha luz sobre la materia, que seria

necesario estudiar en sus leyes secundarias; lo cual sobre ser difícil no creemos necesario para nuestro propósito que es el de acumular medios de interpretación que adecuarse puedan al estado actual del Ministerio Público en el foro mexicano.

§ XXIX.

La República de Chile en su Constitución dice: Habrá en la República una magistratura á cuyo cargo esté la superintendencia directiva, correccional y económica sobre todos los Tribunales y Juzgados de la Nación, con arreglo á la ley que determine su organización y atribuciones. Y si ha de juzgarse por la opinión de un célebre publicista sud-americano, su Ministerio Público es una imitación del francés; pero haciendo pesar el gobierno su autoridad de manera que la acción expeditiva menoscabe los fueros de la libertad según las miras del mismo gobierno, y con todo, nos resistimos á creer que haya verdad y justicia el asentar que en Chile hay paz y justicia como en Rusia ó en la China, pero que también hay como en aquellos imperios degradación y esclavitud; y nos resistimos á creer esto porque el mismo autor nos dice: «Tal sería la suerte de Chile si su creciente civilización y la buena índole de sus gobernantes no mitigase el rigor de sus instituciones.»

§ XXX.

La Constitución de Uruguay dice:

La Suprema Corte es la llamada por la Constitución á ejercer la superintendencia directa, correccional consultiva y económica sobre todos los Tribunales y Juzgados de la Nación.» Debemos confesar que no conociendo las leyes de Procedimientos de esta República ni la historia de su aplicación somos

de todo punto incompetentes para hacer la apreciación de esta suprema facultad, y de creer es que la Suprema Corte sea muy mirada en su ejercicio para no traspasar los límites naturales de su misión de inspección y prudente vigilancia.

§ XXXI.

PARAGUAY.

La Constitución de esta República dice: «El Superior Tribunal es la alta cámara de justicia en la República y en tal carácter ejerce una inspección de disciplina en todos los juzgados inferiores.» De la misma naturaleza de las facultades que otorgadas están á este Tribunal, y más que todo eso al Tribunal de casación viene la necesidad de confiar á estas corporaciones la inspección disciplinaria de los Tribunales inferiores, en lugar de dar al Poder Ejecutivo la atribución de cuidar que se administre pronta y rectamente justicia en los Tribunales, lo que parece darle cierta superioridad que no puede tener según los buenos principios de legislación.

§ XXXII.

BOLIVIA.

La ley fundamental de esta República dice: El Ministerio Público se ejerce á nombre de la Nación por las comisiones que designe la asamblea ó el Consejo de Estado en los casos respectivos por el fiscal general y demás oficiales creados por la ley. A esto puede hacerse la observación de que siendo el Ministerio Público el órgano y el brazo del gobierno, éste y no otro poder es el que debe hacer el nombramiento de los funcionarios que hayan de ejercerlo.

§ XXXIII.

PERÚ.

La Constitución de la República del Perú dice literalmente: «Los Vocales y fiscales de la Corte Suprema serán nombrados por el Congreso á propuesta en terna doble del Poder Ejecutivo; los vocales y fiscales de las Cortes Superiores serán nombrados por el Ejecutivo á propuesta en terna doble de la Corte Suprema y los Jueces de 1ª instancia y agentes fiscales á propuesta en terna doble de las respectivas Cortes Superiores.»

§ XXXIV.

REPÚBLICA ARGENTINA.

La Constitución de la República de la Plata nada dice respecto del Ministerio Público pero llevada por su espíritu de imitar á la gran República de los Estados Unidos de Norte América no se separa mucho de lo que ésta tiene establecido aunque esto lo hace de una manera implícita pero que subentendiendo cualquiera que estudie el modo de proceder de los funcionarios judiciales.

§ XXXV.

VENEZUELA.

La ley fundamental de esta República de 23 de Mayo de 1873 dice: «La alta Corte federal se compone de cinco vocales cuyas funciones serán determinadas por la ley.» Y esto deja al Ministerio Público sin cimiento en la ley fundamental.

§ XXXVI.

COLOMBIA.

La antigua Constitución de Colombia cuando era República federal decía: «El Ministerio Público se ejerce por la Cámara de Representantes, por un funcionario denominado Procurador general de la Nación y por los demás funcionarios que determine la ley.»

§ XXXVII.

ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA.

En esta República el Ministerio Público está confiado á un número considerable de funcionarios que son:

El Procurador general.

El Solicitador general.

El Auxiliar del Procurador general.

El Auxiliar del Procurador general ante la Corte de reclamaciones.

El Auxiliar del Procurador ante el Departamento del Interior.

El Auxiliar del Procurador general ante el Departamento de correos. [®]

El Solicitador del Ramo de Rentas internas.

El Solicitador de la Marina.

El Examinador de reclamaciones.

El Fiscal de Hacienda.

El Auxiliar de id.

Los Promotores de los Distritos.

Esta ligera reseña de la legislación extranjera es la mejor

prueba de la muy alta misión que está confiada á los funcionarios del Ministerio Público, misión que es necesario hacer más y más patente para que no se desconozca queriendo considerar á los funcionarios que ejercen el Ministerio Público como si fueran empleados subalternos de los Tribunales cerca de los cuales funcionan; lo cual pueda acaso ser consecuencia de preocupación ó desigualdades personales realmente existentes entre Jueces y Promotores que no pueden estimarse autorizadas por ninguna ley.

ISIDRO MONTIEL Y DUARTE.

DISCURSO

PRONUNCIADO por el Sr. Lic. José Algara, en la apertura de las clases de la Escuela N. de Jurisprudencia, el día 7 de Enero de 1890.

Sr. Director, Sres. Profesores, jóvenes alumnos:

Aun no ha mucho, no existía entre nosotros esta práctica de dirigiros la palabra en la ocasión tan solemne como es la apertura anual de las cátedras.

El año de 1881 nuestro difunto Director el Sr. D. José María del Castillo Velasco, de grata memoria, la inició, continuando después y arraigándose por modo tal, que forma hoy, sin duda, parte de nuestras tradiciones y costumbres escolares.

Y si esto es así, Jóvenes Alumnos, por fuerza habrá que convenir en que esa costumbre es buena y responde á alguna necesidad ó la reclaman nuestras circunstancias particulares. Yo lo juzgo así en efecto; durante el año entero enseña el maestro los principios de la ciencia y sus discípulos lo conocen principalmente á través de ese medio; pero hombres son unos y otros y que mucho que de vez en cuando, den tregua á aquel rigorismo despótico y se comuniquen sus impresiones, sus éxitos felices y sus fracasos, sus temores y sus esperanzas. Que mucho que se repitan estas conferencias, estas confesiones entre quienes siguen una misma carrera científica y que tanto necesitan de mútuos auxilios y estímulos poderosos, que estrechen sus afectos y fortalezcan sus voluntades para llegar unidos al deseado fin.

Quando considero el modo de ser particular de nuestra escuela y nuestras costumbres, no se trasporta mi imaginación á

prueba de la muy alta misión que está confiada á los funcionarios del Ministerio Público, misión que es necesario hacer más y más patente para que no se desconozca queriendo considerar á los funcionarios que ejercen el Ministerio Público como si fueran empleados subalternos de los Tribunales cerca de los cuales funcionan; lo cual pueda acaso ser consecuencia de preocupación ó desigualdades personales realmente existentes entre Jueces y Promotores que no pueden estimarse autorizadas por ninguna ley.

ISIDRO MONTIEL Y DUARTE.

DISCURSO

PRONUNCIADO por el Sr. Lic. José Algara, en la apertura de las clases de la Escuela N. de Jurisprudencia, el día 7 de Enero de 1890.

Sr. Director, Sres. Profesores, jóvenes alumnos:

Aun no ha mucho, no existía entre nosotros esta práctica de dirigir la palabra en la ocasión tan solemne como es la apertura anual de las cátedras.

El año de 1881 nuestro difunto Director el Sr. D. José María del Castillo Velasco, de grata memoria, la inició, continuando después y arraigándose por modo tal, que forma hoy, sin duda, parte de nuestras tradiciones y costumbres escolares.

Y si esto es así, Jóvenes Alumnos, por fuerza habrá que convenir en que esa costumbre es buena y responde á alguna necesidad ó la reclaman nuestras circunstancias particulares. Yo lo juzgo así en efecto; durante el año entero enseña el maestro los principios de la ciencia y sus discípulos lo conocen principalmente á través de ese medio; pero hombres son unos y otros y que mucho que de vez en cuando, den tregua á aquel rigorismo despótico y se comuniquen sus impresiones, sus éxitos felices y sus fracasos, sus temores y sus esperanzas. Que mucho que se repitan estas conferencias, estas confesiones entre quienes siguen una misma carrera científica y que tanto necesitan de mútuos auxilios y estímulos poderosos, que estrechen sus afectos y fortalezcan sus voluntades para llegar unidos al deseado fin.

Quando considero el modo de ser particular de nuestra escuela y nuestras costumbres, no se trasporta mi imaginación á

esos modernos emporios del saber que sostienen las capitales del mundo civilizado y en los que de boca de las más altas eminencias reciben las multitudes inteligentes el tesoro de la ciencia; nó, pienso más bien en aquellos colegios que fundaban las antiguas universidades en los que maestros y discípulos se identificaban, y sabían aquellos no sólo robustecer la inteligencia sino dirigir el corazón.

Sucede que trasplantado á nuestro suelo el moderno sistema de enseñanza oral, lucha con los recuerdos de otros tiempos; y el corto número de cursantes, nuestro carácter particular y sobre todo, por parte del profesor, el ahinco de procurar el adelanto, sin parar mientes en gerarquías, son parte á engendrar una amistad para con el alumno y una familiaridad si se quiere, que antes que dañar contribuyen eficazmente al adelanto intelectual y moral de maestros y discípulos.

De mí se decir, que antiguo alumno de esta escuela, muy especialmente me atrae y me liga cuanto se relaciona con su modo de ser y sus tradiciones, sus progresos y su fama; y cuantas veces al entrar á ella como profesor, si bien nunca debiera haber entrada sino como estudiante, recuerdo con emoción los momentos dulces y amargos de la primera juventud, dulces y amargos porque si el tiempo que prestigia el pasado los presenta como lisonjeros y dichosos casi siempre, nos asalta en seguida la memoria de hondas penas y acervos dolores, compañeros inseparables de los afiliados de la ciencia, desde que pisan el sagrado de su templo hasta que lo abandonan, ora con gloria, ora muertos en vida por los desengaños.

Nunca podréis llegar á comprender vosotros, Jóvenes Alumnos, todo el interés que inspiráis y el anhelo con que seguimos todas las peripecias de vuestros estudios, vuestros triunfos y presagios de sonriente porvenir, los que hemos traspuesto ya la medianía de la cumbre de la vida cuyo horizonte va entolándose y oscureciéndose hasta acabar en las negruras del sepulcro, á donde nueva vida empieza.

La venda rosa ha caído ya de nuestros ojos y descubrimos con toda claridad el dilatado panorama del mundo con todo sus detalles sus puntos luminosos y sus sombras, sus escollos y sus precipicios. Con grande afan procuramos ciertamente que

evitéis los malos pasos y os empeñéis en los senderos floridos; más será sin resultado, porque ley es de la humanidad que cada hombre lleve en sí mismo la conciencia de su ser y un caudal de propia experiencia, cada hombre es una vida, una época que no deja en lo moral traza ni huella sino en una infinitésima parte.

Cuanta experiencia, cuanto saber, cuantos conocimientos no atesoraría el anciano que gozara de doble existencia que la nuestra y si todo ello había de transmitirlo al sucesor que comenzara donde el progenitor caducase, que diferentes las leyes del progreso y que terrible desequilibrio; pero limitada y finita es la naturaleza del hombre y recorre éste un camino siempre nuevo y siempre el mismo; sin embargo, algo queda y se perpetúa, algo se hereda de generación en generación que constituye el progreso del mundo; á veces parece que éste se detiene ó retrogada, pero en verdad avanza sin cesar en una escala siempre ascendente, en cuya cima, según la frase de Lamartine, habita el vértigo que la razón arremolina.

No sigáis nuestras adustas teorías ni os contagien nuestros temores, inspiráos en vosotros mismos y tomad en vuestra conciencia el aliento necesario para cumplir vuestro destino, más tampoco cerréis los ojos á la luz, recibid el consejo de la experiencia, examinadlo, despreciad lo que tenga de mudable y apropiaos la esencia. A vuestra tendencia de vida propia responde la persistencia nuestra en dirigir todos vuestros actos; los impulsos agotados y la acción que provoca la reacción constantes resortes de los que depende el equilibrio universal; to lo hombre deseando dominar á todos sus semejantes y al mundo, de cuya tendencia nacen el orden, la armonía y la paz. La juventud no puede amoldarse á la edad madura, ni ésta á la vejez, luchan mutuamente unas y otras para vencerse y dominarse y en ese combate perdurable que sostienen desde el niño hasta el decrepito cuyas aspiraciones se confunden con la creencia de una vida propia y dóciles instrumentos, realmente de una voluntad superior, pasamos por la vida como las olas de un río, más altas unas, más bajas otras, pero precipitándose insensible y tumultuariamente hácia el océano de lo eterno.

Forma y ha formado el fundamento de nuestro criterio jurí-

dico el estudio profundo del derecho romano; ni podría ser de otro modo si Escuela de Jurisprudencia ha de ser esta y Abogados vosotros. No conozco arte ni ciencia que pueda ostentar timbres más honrosos ni ejecutorias más limpias que ese admirable conjunto de doctrina fuente de todo derecho privado y aun público; la razón escrita como sin hipérvole pudo llamarle Camús, impera hoy como hace diez y seis siglos é imperará todavía cuando hayan desaparecido sociedades y gobiernos crecidos á su sombra.

Debióse el antiguo sistema de estudios jurídicos á la Compañía de Jesús tras de reflexivos ensayos y su expresión más fácil se encuentra en el antiguo colegio de San Ildefonso, hoy extinguido que produjo más sazonados frutos que ningún otro plantel del Nuevo Mundo y de cuyos antecedentes gloriosos es esta Escuela heredera universal y fiel depositaria; pero aquella enseñanza resentíase de la época; apenas desaparecido el régimen colonial, aislado México de las otras Naciones, entre hermanos se suscitaban las disputas de mayor interes y los principios de derecho privado suministraban materia bastante para resolverlas así como tema fecundo para las discusiones de Academia.

México, Señor de dos mares, agente intermediario forzoso del comercio más activo de la tierra, contribuyendo á este comercio con su propio contingente, rico su suelo inexplorado que promete al extranjero pingüe ganancia, antes proscrito y olvidado comienza su vida cosmopolita y cuida con diligencia de extender los lindes de la instrucción jurídica que entre sus hijos propaga.

En 1867, cuando el triunfo de la República, mucho se avanzó en el estudio del derecho público con anterioridad apenas iniciado, y actualmente, el programa de estudio novísimo que empezó á regir el año próximo pasado de 1889, corresponde sin duda á las nuevas necesidades del país.

Sin postergar por esto el estudio del derecho internacional público, un curso especial de derecho internacional privado se dará desde este año, procurándose así que los conflictos que surjan entre los ciudadanos de las naciones todas del mundo civilizado que se han dado cita en la República, sean resueltos

como reclaman la justicia y la ley internacional por esas mismas Naciones aceptada.

Ni es esto todo, relaciones internacionales nos unen con nuestros vecinos del Norte regidos por un sistema federal como el nuestro y que admite leyes especiales para cada uno de los Estados que forman la Unión y aun alcanza más allá el derecho internacional privado, en la República misma pueden presentarse entre sus diversos Estados sugetos á diferentes legislaciones conflictos que aquel puede resolver.

Legislan hoy los Estados en materia civil y penal y lo hacen sin la debida precaución y sin tener en cuenta las facultades del poder federal; poner de acuerdo aquellas legislaciones reservando sus fueros á la Federación, señalar los límites de la jurisdicción concurrente sobre todo en asuntos que á los extranjeros y á la diplomacia atañen, árdua empresa es que corresponde también al derecho internacional así como al constitucional Mexicano.

Este último derecho mal pudiera haber sido olvidado en el mismo programa y el filósofo su autor en una pequeña exposición de motivos que publicara enaltece debidamente y le señala como preciso método de estudio el que deriva de la comparación con el derecho constitucional Norte-Americano, quedando así proscrita toda otra nociva escuela.

Federación y Centralismo, hé aquí las dos palabras escritas con sangre en la Historia de México desde la Independencia hasta la época actual.

Quien conozca la estructura de nuestro país, sus elementos de unidad, su extenso territorio y los diversos hábitos de sus seminados habitantes, por fuerza tendrá que vacilar antes de pronunciar fallo definitivo en la contienda.

No que esté por decidir expresamente después del pacto federal de 1857, sino que bajo distintas formas se presenta día por día, momento por momento, cada vez que dejan sentir sus resultados los elementos que en ella influyen.

Resuenan aun las filípicas del P. Mier en 1824 y en las brillantes defensas de los constituyentes en 1857, más sobre el principio de la federación de indiscutible conveniencia por razón del extenso territorio y de la índole diversa de los habitan-

tes del país pesan mil y mil singularidades que lo modifican y caracterizan sin desnaturalizarlo.

Con cuanta desconfianza recibireis las inovaciones, con cuanto acierto resolveréis las dificultades de todo género que sobre tan trascendental materia se presenten, como conservaréis el principio federativo y conoceréis al de unidad lo que deba exigir; fuertes con vuestro derecho constitucional, concededores de las constituciones extranjeras que os importa conocer, no haya miedo de imitaciones serviles ni de concesiones exorbitantes; á cada principio se otorgará lo que es suyo y al país su felicidad.

La República hoy extendida por todo el mundo de Colón y que tanto prestigio adquiere con regir en la culta Francia, manifiesta vicios inherentes á ella que en épocas de paz y bienestar necesario es corregir y extirpar, no en épocas de combate y de revueltas, en las que basta conseguir la salvación de los principios.

República, cosa del pueblo, cosa pública, cosa de todos, no se sabe con cuanta propiedad se denominó así la forma de Gobierno que nos rige. Monarquía, Gobierno de uno, Gobierno del hombre. ¿Pero la voluntad del pueblo dueño dónde está? Ella es algo intangible que nadie personifica, diversa en todos los instantes, imposible de conocerse y apreciarse, que huye y se esconde obedeciendo á leyes desconocidas, para presentarse de sorpresa en los momentos supremos; y en medio de esa vaguedad y de ese abismo surge el gobernante el hombre, que todo lo domina y asume la fuerza y de aquí la carcoma del personalismo y de la corrupción. Dése cauce á la voluntad del pueblo, revistáse la de ciertas formas y se fortalecerá la base de nuestro sistema, no se elimine del todo al hombre sino engrandéscasele y engrandeciéndole se le restituirá á su verdadero lugar, no que queriéndole nulificar absolutamente en apariencia, se le otorga un poder mayor que al abuso tiende.

Problemas tan trascendentales como los indicados, se estudian hoy empeñosamente en Francia y en los Estados Unidos y á vosotros, Jóvenes Alumnos, os incumbe coadyuvar á su resolución definitiva; en auxilio de vuestros conocimientos constitucionales vendrán los no menos profundos que adquiriréis en derecho administrativo y debidamente utilizados unos y otros

dareis cumplido lleno á una de las más altas exigencias del importante papel que os ha tocado desempeñar.

La preferencia que el programa actual dá á ciertas materias á que acabo de referirme se halla sin duda subalternada á la que con razón concede á la filosofía del derecho.

Hay quienes digan que ésta no debiera estudiarse en este plantel á la manera que deja de hacerse en las escuelas inglesas y norte-americanas; hay quienes digan que la filosofía del derecho debe ser la base y no el coronamiento de la educación jurídica.

Que no se estudie la filosofía del derecho, extremo es al que jamás podré llegar y estoy por decir que nunca podrán llegar tampoco cuantos me escuchan y cuantos guarden con nosotros alguna afinidad de raza, de educación y de tendencias.

Es en mi concepto innegable la existencia inata en el hombre de una noción simple de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto, susceptible de educación y desarrollo en la que todo derecho tiene su asiento

Ensanchada esta noción hasta lo falso ha servido para declarar de derecho natural dislates de gran tamaño y hasta para esconder pretenciones políticas de los fautores de tan condenable sistema.

De esto á negar el derecho natural y á rechazar su enseñanza hay un abismo.

Mal podría el nuevo programa dar en error tan lamentable y con tachársele, como se le ha tachado, de positivista, no ha solicitado la adopción de ningún principio, ha pedido solamente un lugar.

La filosofía del derecho ó el derecho natural formaba antes la base del estudio y de esa base se deducían los ordenamientos del derecho positivo; á ese sistema sintético háse sustituido el analítico que comienza por dar á conocer los ordenamientos de derecho positivo, para deducir de ellos el principio que los sustenta.

¿Se deducirá el derecho natural? ¿no se deducirá ese derecho y quedará en falso su enseñanza que el alumno podrá rechazar *á posteriori*?

Si buena fe ha habido al solicitar la inversión del orden en los

estudios la buena fé también se ha concedido (*) y que pobre sistema fuera el que no resistiese prueba semejante. Triunfante saldrá de ella el derecho natural, pero importa sobretodo conservar á todo trance su estudio ó sea el de la filosofía del derecho.

Conocemos el derecho positivo pero ¿adonde descansa, á que principios obedece, qué leyes gobiernan la existencia del hombre por lo que al mismo derecho atañe? Leyes físicas, conocemos algunas cuya trascendencia no es posible medir; el bruto lo mismo que el hombre saben que el cuerpo abandonado á sí mismo cae, pero descubiertas por Newton las leyes de la gravedad cuántas aplicaciones y aprovechamientos del fenómeno. Ve el ojo y toca la mano, pero aun cuando se construyan instrumentos perfectísimos, nunca se podrán descubrir las relaciones misteriosas de la materia con la vida y el espíritu.

Y si ello es así en las ciencias físicas qué no será en las morales mucho más ocultas y rodeadas de tinieblas. Obra el hombre y obra siempre de manera tan concreta como es concreta la ley positiva y el fenómeno físico de constante observación ¿y por qué obra así el hombre, qué fuerza lo impulsa, á qué instinto obedece? arcanos con que desafían á todas las ciencias y á todas las filosofías ¿Habrémos por esto de abandonar la lucha?

Descúbranse las leyes de una sola de las inclinaciones ó afectos del hombre y qué resultados se obtendrán tan asombrosos, porque lo que se conoce en su naturaleza se domina y se le señala cauce y se nulifica si es necesario.

Antes de las reglas de Aristóteles, discurríase con lógica y las naciones eran ricas antes de conocerse los pocos principios hasta hoy verdaderos de la economía política. Los fenómenos de la justicia, si así pueden llamarse, todos los palpamos y se producen diariamente, ¿pero cuál es su naturaleza y las leyes á que obedecen? no lo sabemos; ni un solo humano deja de observarlos, más ninguno puede descifrarlos. Nuestros incesantes estudios de filosofía del derecho, nos permitiran descorrer alguna vez el velo ó más bien estaremos destinados como los seres irracionales á obrar instintivamente dentro de una órbita igno-

(*) El actual programa de enseñanza de la escuela de derecho fué propuesto por el profesor, Lic. Dn. Jacinto Pallares á la junta de catedráticos y aprobado por ésta se elevó á la Secretaría de Justicia, que lo puso en rigor desde el año próximo pasado de 1889.

rada y á llenar un lugar en el Universo sin saber cual sea, constituyendo aquellos mismos estudios el *non progredis amplius*, de los conocimientos humanos, la más noble y la más estéril aspiración permitida al hombre que se eleva hasta su Creador y pretende en vano sorprender el secreto de su existencia?

Con armas tan nobles como las que constituyen los estudios que el nuevo programa contiene, habiendo hecho yo ligerísima reminiscencia de los que en él se encuentran de resalto, salis al mundo, Alumnos de esta Escuela, en momentos tan propicios que bien merecen detenerse á considerarlos siquiera sea por breves instantes.

Si através de los tiempos y de las vicisitudes de la historia mexicana, se investigan los rasgos distintivos de nuestro pueblo, sin temor de equivocación pueden señalarse dos: la inteligencia y el valor; y en verdad por más que cavilo no comprendo que dotes más relevantes ni más nobles pudieran haber cabido en suerte. No parece sino que la Providencia así como proporciona á cada ser lo necesario para vivir en el medio físico que le corresponde se complace también en hacerlo por lo que mira á su vida y desarrollos morales; ó es que los pueblos comprenden instintivamente su situación relativa y su destino y cultivan aquellas cualidades que un día podrán fortalecerlos y salvarlos.

Ni vuestros deberes ni vuestra responsabilidad son los mismos que los del comun de vuestros conciudadanos; pertenecéis á la clase directora por exelencia y apenas si otras profesiones empiezan á abrir claros en nuestras filas formadas hace más de medio siglo por la flor de las inteligencias del país.

Las Naciones como los individuos tienen sus horas que señalan épocas de engrandecimiento y de progreso, así como también de decadencia y de ruina y cuantas hemos tenido en nuestra breve historia de las primeras que se han trocado tristemente en las segundas. Pero desde la restauración de la República en 1867 y principalmente en la actualidad, cada día, cada hora son de mayor interés y pueden contribuir á fijar definitivamente los destinos del país; por ventura esos días y esas horas trascurren serenos coincidiendo los altares de

vues.ra juventud en los de la paz que embellecen nuestro territorio.

Los elementos materiales de este desempeñan un papel muy principal en aquel admirable espectáculo pero ¿qué no está reservado á los elementos morales y á quienes los personifican? que solidaridad tan estrecha no tiene que exista entre todas las energías del país, si bien no es lícita la duda sobre que la inteligencia y la idea imperan sobre el mundo físico por más seductoras que fueren sus manifestaciones?

Hoy los asuntos propios de nuestra carrera revisten carácter especial y en esto me refiero principalmente á los civiles antes postergados; y más que revestir nuevo carácter agregó, que manifiestan el que les es propio y de suyo les corresponde.

¿Qué era la profesión de la abogacía hace algunos años en México? al ismo en donde se perdían las más conspicuas inteligencias y las aspiraciones más nobles. Sin teatro suficiente, el saber y la ciencia rotaban sobre sí mismos sin objeto y sin destino. No exigían nuestras necesidades sociales la instrucción que en conjunto significaban los Abogados y estos representaban no el número de profesores necesarios para dirigir las relaciones jurídicas de los particulares, sino una clase casi exótica alimentada de su propia sustancia y que ni de su potencia daba señales por razón del viciado medio ambiente en que vivía. Sin embargo, aquel refugio único de las inteligencias privilegiadas que no cegara la cuchilla de la guerra civil, cuántos y cuántos hombres ilustres no produjo, cuantas glorias científicas de las más puras y legítimas. El estudio por el estudio y la ciencia por la ciencia, hé aquí nuestro patrimonio de entonces y hé aquí la simiente de donde brotaron las robustas encinas á cuyo frescor nos acojemos.

Hoy os esperan jóvenes alumnos, unidos á la inteligencia y á la constancia el fausto de las riquezas y el refinamiento del lujo; pero éste es nuevo, es accidental, de ahora, el resultado de la civilización del siglo diez y nueve; pero esos no sois vosotros, esos no fueron vuestros padres; por nosotros mismos, hijos somos de la pobreza y del trabajo que no del bienestar ni de la holganza; la miseria, la soledad, el abandono, las persecucio-

nes, las crueldades y la muerte, de aquí han nacido los pocos sabios que en el mundo han sido.

Aquella es vuestra genealogía y no renegaréis de vuestros padres; de tal modo que si á los momentos de calma y bienandanza suceden los de prueba y de infortunio, permaneced en la brecha hasta rendir el aliento.

Yo no exagero, el cuadro de la vida se presenta á la mente por sí sólo con una verdad que aterroriza; de entre vosotros mismos mientras unos lleváis descuidados vida de regalo, otros habéis menester de una abnegación heroica para llegar al final de vuestros estudios y vuestro pan está mojado con lágrimas . . . ¡Oh para estos cuanto haya de más santo y de más noble en los corazones de sus profesores!

¡Alumnos de la Escuela de Jurisprudencia, reflexionad sobre vuestra tarea honrosa sobre todas y cumplidla en todo lo que contiene de grandiosa y excepcional; no haya obstáculo que no ceda, ni dificultad que no desprecie vuestra fe. Las envidias, las desconfianzas del propio valer, la desproporción entre las propias facultades y la alteza de vuestros propósitos no sean parte á que desmayéis ni á quebrantar vuestro empeño; progresad siempre y llegad al paraiso del triunfo . . . ¡Circuya vuestro nombre gloria tanta que alcance á vuestros postereros y á vuestros maestros, á vuestra Patria y á la humanidad!

EL CASO ESTRELLA.

LA COSA JUZGADA EN MATERIA CRIMINAL.

Más por lo raro que porque envuelva ó exija la resolución de arduos problemas jurídicos, ha llamado la atención el caso de Pedro Estrella, que se vió en jurado en los últimos días de Diciembre. Teniendo sólo aquella condición, bastaría referirlo con algunos pormenores, para que la *Revista* cumpliera con lo que debe á sus lectores habituales; pero á tales comentarios ha dado lugar, tales opiniones se han formulado con respecto al famoso doble proceso, que creemos oportuno estudiar las cuestiones que con el carácter de principales se desprenden del debatido caso.

A la postre quizá parezca por demás un estudio en asunto que no tiene dificultades; tal vez la simple lectura del caso baste para que el lector imparcial forme una opinión incommovible, dada la sencillez del asunto; conste, por tanto, que para nosotros, no se trata de investigaciones difíciles, sino solamente de una discusión de oportunidad.

En Mayo de 1887 fué asesinado en la plaza del Baratillo de esta Capital, un hombre llamado José María Aguilar. Consignado el hecho al Juez competente, tocó al 1º de lo Criminal, quien

tomando por base la acta levantada en la Comisaría de la 3ª Demarcación, instruyó la averiguación correspondiente. Fué designado como autor del homicidio Vicente Pérez; y pruebas recogidas, cuya fuerza no tenemos por qué calificar, dieron al Ministerio Público, fundamento bastante para formular acusación contra el presunto reo. Vista la causa en jurado, Vicente Pérez fué declarado culpable del homicidio por una mayoría de seis votos.—Entabló el defensor el recurso de casación y la sentencia, que imponía á Pérez prisión por ocho años, fué casada.—Volvió á verse en jurado la causa, y nuevamente fué Pérez declarado culpable, por mayoría de ocho votos, y condenado á la misma pena. Esta sentencia causó ejecutoria.

En Enero de 1889, hallándose de turno el Juzgado 1º de lo Criminal, cuyo personal había cambiado hacia pocos días, consignó el Ministerio Público, una acta de la 3ª Comisaría, en la que constaba la denuncia hecha por Agapita Ramírez del homicidio de José María Aguilar, cometido por Pedro Estrella en Mayo de 1887. Afirmaba la Ramírez haber presenciado el hecho (contra Pérez no hubo testigos presenciales), y daba de él pormenores minuciosos.

El Juez abrió la averiguación, llamó á la vista el proceso de Pérez y buscó las pruebas que iban surgiendo de las mismas diligencias. Dictó oportunamente el auto de prisión preventiva con el cual se conformó el Ministerio Público; continuó después la formación de la causa, y al fin el Ministerio Público, representado por nuevo agente, formuló sus conclusiones, acusando á Pedro Estrella como autor del homicidio, con circunstancias calificativas.—A fines del pasado Diciembre vióse en jurado este segundo proceso, bajo la presidencia de un tercer juez, y Estrella, declarado por unanimidad de once votos, autor del homicidio de Aguilar, con circunstancias calificativas y sin ninguna atenuante, fué condenado á muerte.

La sentencia condenatoria de Vicente Pérez es la cosa juzgada, la verdad legal. ¿Pudo, no obstante, ser juzgado Pedro Estrella por el mismo delito? ¿Podría Estrella alegar en su favor la cosa juzgada, para librarse del proceso?

La regla *non bis in idem*, consagrada por las legislaciones de los pueblos civilizados, no es simplemente un principio del Derecho común, fundado en miras de conveniencia, ó en la necesidad de poner fin á las controversias judiciales. Su aplicación en materia penal, responde á más alto objeto, y constituye una garantía individual que cae bajo el dominio del Derecho Público y queda bajo el amparo de las leyes constitucionales. Así, la nuestra establece en su art. 24 que "nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva ó se le condene."

Esta garantía quedaría violada si volviera á juzgarse á Vicente Pérez en el caso que nos ocupa.

Podría alegarla en la vía de amparo, si el segundo juicio tuviera por objeto demostrar circunstancias agravantes no consideradas en el primero; y la misma disposición constitucional podía servir de fundamento al Ministerio Público, como ley suprema en materia penal, para oponerse á que en nuevo juicio se averiguaran circunstancias atenuantes, ó se revisara el proceso anterior, por la aparición de pruebas antes desconocidas, ó con cualquier pretexto. Más nadie habrá que suponga que aquella garantía se viola en la persona de Estrella, puesto que no se le juzga segunda vez por el mismo delito. Tampoco puede alegarse el citado art. 24 en el fuero común, como opuesto á la averiguación contra Estrella; porque es evidente que la expresión del artículo constitucional, al hacer uso del vocablo *nadie*, significa que *una misma* persona, no puede ser juzgada dos veces por *un mismo* delito. Es decir, que la aplicación de la regla *non bis in idem*, requiere desde luego dos condiciones: identidad de hecho é identidad de persona.

¶ El objeto enteramente distinto que se proponen el Derecho Civil y el penal, dan á uno y otro indoles muy diversas y fundamentos que no pueden confundirse sin graves errores. Las relaciones civiles, enteramente normales y siempre premeditadas, pueden y aun deben someterse á fórmulas establecidas y más ó menos convencionales. Puede establecerse que un contrato no será válido si no se otorga en escritura pública; que esa escritura debe asentarse en un libro que reúna tales y cuales condiciones; que en cada página debe haber cierto número de líneas de escritura, &c., &c.

¶ Para juicios puede establecerse un término probatorio improrrogable; una fórmula ritual, esencial para promover; pormenores minuciosos, cuya falta anule un derecho. Todas estas exigencias de la ley pueden preverse en cada caso, y quien las descuide, tendrá que culpar á su negligencia y nada más.

En lo penal, las circunstancias son enteramente opuestas. La premeditación, la posibilidad de precaverse y ajustarse á las reglas de la prueba, no existen más que á favor del criminal. Las reglas del juicio, tienen que cambiar totalmente por esta sola consideración.

Si á ella agregamos la diversidad de la materia que es objeto de las investigaciones en los juicios civiles y criminales: intereses pecuniarios ó relaciones civiles en unos, y la responsabilidad personal en los otros, no hay ya necesidad de buscar mejores fundamentos al principio, ya universalmente reconocido, de que en Derecho civil basta el conocimiento de la verdad formal, mientras en Derecho penal es forzoso para la realización de la justicia, llegar á la verdad absoluta.

El Derecho penal para ser perfecto, necesita llegar á este resultado: castigar *s'empre* al culpable; no oprimir, ni vejar, ni ofender *nunca* al inocente. La verdad legal no puede dejar tranquila á la sociedad ni satisfecha la justicia, si un inocente sube al patíbulo ó se pudre en una celda. Por estas razones, aplicar el principio de la cosa juzgada en materia penal, como se aplica en lo civil, sería un absurdo tanto más grave, cuanto que consagraria en muchos casos el respeto á la iniquidad más espantosa.

Y sin embargo, en materia civil, los efectos de la cosa juzga-

da no son ni tan extensos ni tan absolutos que dañen ó aprovechen á un tercero cuyos derechos no han sido discutidos en el juicio. «Afinado juyzio que da el judgador entre las partes derechamente ha maravillosamente gran fuerza; que dende adelante son tenudos *los contendores ó sus herederos* de estar por él.» Esto decía la ley 19, tit. 22, Part. 3^a, y esta puede decirse que es, en Derecho civil, la regla capital en punto á los efectos de la cosa juzgada; porque «guisada cosa es é derecha que el juyzio que fuere dado contra alguno non empezca á otro;» ni le aproveche tampoco, por razones enteramente iguales, especialmente si se trata de la imposición de una pena.

Los tratadistas; que es escusado citar, porque van todos conformes en ello, estudiando las condiciones en que la excepción de cosa juzgada es admisible, exigen que la segunda demanda se entable: 1º Sobre la misma cosa; 2º Por la misma causa; 3º Entre las mismas partes; 4º Con la misma calidad. Pueden variar las expresiones de que los tratadistas usan, pero nunca dejan de estar conformes en el fondo, ni dejan de exigir entre los requisitos indispensables la *identidad de personas*.

Veamos ahora la opinión de los tratadistas de Derecho penal, sobre los efectos de la cosa juzgada.

«De la cosa definitivamente juzgada, dice Garraud, (*) resulta una excepción de orden público, que debe impedir el enjuiciamiento ó detener el proceso en el estado en que se encuentre.» «Pero para que la decisión invocada como insuperable obstáculo á toda averiguación, produzca su efecto, es indispensable el concurso de varias condiciones. La excepción de cosa juzgada en materia represiva, supone, en efecto, como en materia civil,

(*) *Précis de Droit Criminel*, pág. 323.

la identidad de *objeto*, la identidad de *causa*, y la identidad de *persona* entre la acción que ha llegado á una resolución definitiva, y la que se va á ejercitar.»

Examina á continuación y sucesivamente estas condiciones, y al llegar á la tercera dice:

«En materia penal como en materia civil, la cosa juzgada no tiene efecto sino con relación á la persona á quien se aplica. *Res inter alios judicata aliis neque nocere, neque prodesse potest.* En derecho, el Ministerio Público puede promover averiguaciones sucesivas, en razón del mismo hecho, cualquiera que haya sido el resultado de la primera. Así aunque un individuo haya sido condenado por *tal homicidio*, otro puede serlo también por el mismo crimen *sin que pueda invocar la contradicción que pretendería existiese entre la primera condenación y la que contra él se pide.*

Magin no difiere de esta opinión.

«La cosa juzgada, dice: (*) no puede resultar sino de una decisión que tenga el carácter de juicio y que sea susceptible de ejecución.»

«Es preciso que sea irrevocable, que haya identidad de partes, identidad de causa es decir, de delito.»

Explicando lo relativo á la primera identidad, se extiende algunas páginas de las que tomaremos dos párrafos.

«Es un principio cuya verdad no puede discutirse que las sentencias no tienen la autoridad de cosa juzgada, sino respecto á los acusados que han sido partes.»

«M. Merlin habla de esta cuestión con motivo de la influencia que la cosa juzgada puede ejercer respecto á un tercero. «En el caso de que dos procesos criminales se intenten sucesivamente sobre el mismo hecho, la sentencia pronunciada en el primero no tiene ni puede tener influencia sobre la del segundo, porque éste no debió necesariamente ser precedido por aquel; ó en otros términos, porque aquel no es prejudicial á éste. Así se explica como á pesar de la sentencia contra Pedro por envenenamiento, no impide que Pablo sea en seguida perseguido, acusado y condenado como culpable del mismo delito. Así se explica como aunque Pedro haya sido condenado como culpable de haber

(*) Magin.—*Traité de l'action publique et de l'action civile*.—Tomo 2º pág. 216.

«envenenado á Juan, Pablo puede ser en seguida condenado como culpable y único culpable de este envenenamiento.»

«Yo creo que M. Merlin tiene razón en la hipótesis en que se coloca, y que debe ser lo mismo en todos los casos en que se trata de un delito que puede tener por autor á tal ó cual individuo indiferentemente, como un robo, un homicidio, un incendio, &c.

Hé aquí la doctrina de Haus sobre el mismo punto (*)

«Para que la sentencia produzca este efecto (excepción de cosa juzgada), es necesario el concurso de varias condiciones. La excepción de cosa juzgada en materia represiva ó la excepción fundada en la máxima *non bis in idem* supone la identidad del hecho material; la identidad de la acriminación en caso de libertad del detenido; la identidad en fin, del acusado mismo.»

«En principio, añade después, la sentencia irrevocable no surte efecto sino respecto á la persona á quien se aplica. Nada impide al Ministerio Público, promover averiguación sobre el mismo hecho, contra distinta persona, cualquiera que haya sido la sentencia. Así, aunque el acusado haya sido condenado, otro puede ser sentenciado á juicio como culpable del mismo crimen.»

Ortolán en su conocidísima obra *Elementos de Derecho Penal*, se expresa en los siguientes términos: «La tercera condición para la existencia de la autoridad de la cosa juzgada, la identidad de partes, es necesaria en Derecho Penal, como en Derecho civil, adaptándose á las particularidades de este derecho.»

«¿Quiérese atender á la parte acusada? Lo juzgado respecto á una persona, no lo está respecto á otra. La extinción de la acción pública, no es relativa sino á aquellos á quienes se aplicó la sentencia que ha llegado á ser irrevocable; en cuanto á los demás, extraño á esta sentencia, subsiste la acción, aun cuando se trate del mismo hecho; y esto es cierto, cualquiera que haya sido la sentencia, absolutoria ó condenatoria.»

«Así después de condenado un individuo por un crimen, puede enjuiciarse á otro como culpable del mismo hecho, aun cuando sea indudable que no pudo haber más que un delincuente. El error judicial, cometido con respecto al primer inculpado, si error hay, no puede ser causa de impunidad para el segundo, sin perjuicio de que la legislación provea los medios de repa-

(*) Haus.—Principes généraux du droit pénal belge. Tomo 2.º pág. 200. ■

rar el error, por la parte en que lo haya habido, en cuanto sea posible tal reparación»

Inútil parece acumular más citas, después de oído el sentir de cinco notables autores, que coinciden hasta en las palabras. Quizá consultando otros pudieramos llegar á decir que en este punto *todos* los tratadistas están de acuerdo.

La resolución que los autores citados, dan al punto debatido, está perfectamente conforme con lo que dispone nuestro Código penal, en el que vamos á encontrar nuevo fundamento de aquella teoría.

Si la cosa juzgada produce una excepción perentoria en favor del delincuente no enjuiciado, será porque la acción penal se extingue por una sentencia irrevocable. Pero ¿se extingue de una manera absoluta, impidiendo al Ministerio Público ejercitarla en todo caso? No hay en todo el Código Penal artículo que explícita ni implícitamente consagre semejante absurdo.

Por el contrario, implícitamente existe en el artículo 278 la declaración de que puede perseguirse á un individuo, aunque otro haya sido condenado ó absuelto por el mismo delito. Dice así: Pronunciada una sentencia irrevocable, sea condenatoria ó absolutoria, no se podrá intentar de nuevo la acción criminal por el mismo delito *contra la misma persona*. *Argumentum á contrario sensu*: luego sí puede intentarse por el mismo delito *contra persona distinta*.

Los progresos del Derecho Penal, van cada día dando mayor flexibilidad á la aplicación de la ley, único medio de hacerla justa y de desbrozar á la justicia de lo mucho que antes tenía de inícuo. Este es el mejor fundamento del jurado, y el mejor fundamento de la facultad de gracia, atribuida en los pueblos cultos al poder ejecutivo. La verdad absoluta de la cosa juzgada en derecho civil, que hace de lo negro blanco, no lo es en Derecho Penal. Si aparecen pruebas de la inocencia de un sentenciado, se abre el procedimiento de indulto necesario, y aunque no por vía de revocación, sino de indulto, se anulan los efectos de la sentencia irrevocable.

Es inútil discutir si en el caso de Vicente Pérez procede ó no el indulto necesario, porque ni el juez ni el Ministerio Público tenían que dirigir á ese fin sus procedimientos. Nosotros creemos que procede, porque en Derecho Penal, según la expresión de Haus, el castigo del culpable y la libertad del inocente son la razón suprema. Por algo se interpretan las leyes y son importantes las ejecutorias. Pero en el caso de que se declare improcedente el indulto necesario, queda el indulto por gracia, que es el último medio sabiamente establecido de hacer posible la justicia.

EMILIO RABASA.

EFFECTOS INTERNACIONALES

DE LAS

SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES

I.—Estado de la cuestión; su importancia y modo de tratarla.

Uno de los más importantes problemas que en nuestro tiempo deben resolverse, es el de regular las relaciones entre los ciudadanos de los diversos Estados, y organizar la sociedad internacional de tal modo que cada cual encuentre en ella la garantía de sus derechos, lo mismo que sucede en las sociedades civiles. Urge más cada día resolver dicho problema, porque el prodigioso desarrollo de la industria y del comercio internacional, que van aproximando entre sí los ciudadanos de distintos países, funden, por decirlo así, los intereses de todos los pueblos, y cambian ó modifican la vida jurídica de las naciones.

Los jurisconsultos y hombres de Estado se muestran cada vez más convencidos de que existe en el actual estado de cosas una incuestionable imperfección en todo lo concerniente á la condición civil de los extranjeros, á la extensión y garantía de sus derechos, y el seguro desenvolvimiento de su actividad en las relaciones internacionales, y por esto es por lo que, en estos últimos años, se ha desarrollado considerablemente el estudio del Derecho internacional privado, y va convirtiéndose en una de las principales partes de la enciclopedia jurídica. Todos reconocen la necesidad de asegurar á cada cual el goce de sus derechos civiles, no sólo en su patria sino también en los países extranjeros, y de determinar con criterio cierto y constante las leyes que deben re-

Los progresos del Derecho Penal, van cada día dando mayor flexibilidad á la aplicación de la ley, único medio de hacerla justa y de desbrozar á la justicia de lo mucho que antes tenía de inícuo. Este es el mejor fundamento del jurado, y el mejor fundamento de la facultad de gracia, atribuida en los pueblos cultos al poder ejecutivo. La verdad absoluta de la cosa juzgada en derecho civil, que hace de lo negro blanco, no lo es en Derecho Penal. Si aparecen pruebas de la inocencia de un sentenciado, se abre el procedimiento de indulto necesario, y aunque no por vía de revocación, sino de indulto, se anulan los efectos de la sentencia irrevocable.

Es inútil discutir si en el caso de Vicente Pérez procede ó no el indulto necesario, porque ni el juez ni el Ministerio Público tenían que dirigir á ese fin sus procedimientos. Nosotros creemos que procede, porque en Derecho Penal, según la expresión de Haus, el castigo del culpable y la libertad del inocente son la razón suprema. Por algo se interpretan las leyes y son importantes las ejecutorias. Pero en el caso de que se declare improcedente el indulto necesario, queda el indulto por gracia, que es el último medio sabiamente establecido de hacer posible la justicia.

EMILIO RABASA.

EFFECTOS INTERNACIONALES

DE LAS

SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES

I.—Estado de la cuestión; su importancia y modo de tratarla.

Uno de los más importantes problemas que en nuestro tiempo deben resolverse, es el de regular las relaciones entre los ciudadanos de los diversos Estados, y organizar la sociedad internacional de tal modo que cada cual encuentre en ella la garantía de sus derechos, lo mismo que sucede en las sociedades civiles. Urge más cada día resolver dicho problema, porque el prodigioso desarrollo de la industria y del comercio internacional, que van aproximando entre sí los ciudadanos de distintos países, funden, por decirlo así, los intereses de todos los pueblos, y cambian ó modifican la vida jurídica de las naciones.

Los jurisconsultos y hombres de Estado se muestran cada vez más convencidos de que existe en el actual estado de cosas una incuestionable imperfección en todo lo concerniente á la condición civil de los extranjeros, á la extensión y garantía de sus derechos, y el seguro desenvolvimiento de su actividad en las relaciones internacionales, y por esto es por lo que, en estos últimos años, se ha desarrollado considerablemente el estudio del Derecho internacional privado, y va convirtiéndose en una de las principales partes de la enciclopedia jurídica. Todos reconocen la necesidad de asegurar á cada cual el goce de sus derechos civiles, no sólo en su patria sino también en los países extranjeros, y de determinar con criterio cierto y constante las leyes que deben re-

gir en donde quiera las derechos pertenecientes á las personas, las relaciones de las mismas con sus bienes, y la legalidad de sus actos. Trátase de constituir respecto de estos puntos un derecho uniforme y hacerlo aceptar como derecho común por los Estados, fijando así la competencia legislativa de cada soberanía de un modo racional y conforme con la naturaleza de las relaciones jurídicas, determinando la autoridad territorial ó extraterritorial de cada ley, y asegurando de este modo el respeto á los derechos que á cada cual corresponden.

Uno de los argumentos que la ciencia moderna ha comenzado á estudiar, y respecto del que urge establecer un derecho uniforme, es el de la autoridad extraterritorial de las sentencias dictadas por Tribunales competentes. El hecho de respetar la autoridad de los fallos no puede considerarse de interés público solamente en el Estado en que fueron dictados, sino que debe atribuírsele también un interés universal, puesto que llegaría á faltar la seguridad de los derechos de las personas si las sentencias de los Tribunales competentes; en las cuales se reconociesen los derechos discutidos en un litigio, no tuviesen autoridad y eficacia en todas partes.

Cierto que no puede sostenerse que las sentencias de los Tribunales extranjeros pueden ser eficaces y ejecutivas del mismo modo que las dictadas por los Tribunales nacionales, pues se opone á ello la autonomía de cada Estado, la independencia de las soberanías y la misma naturaleza del *imperium*, de la pública *auctoritas* y de la *jurisdictio*, que tienen por base el territorio nacional; pero no puede, en modo alguno, admitirse que los derechos adquiridos por las partes, mediante la cosa juzgada, deban ser desconocidos, que las sentencias dictadas por un Tribunal extranjero competente pueden considerarse ineficaces, ni que su ejecución haya de subordinarse á condiciones tan difíciles ó á procedimientos tan complicados, que su autoridad sea más aparente que real, y nula casi siempre. Debe, pues, admitirse que la eficacia internacional de las sentencias ha de estar subordinada á ciertos requisitos legales que deberán considerarse como indispensables en toda sentencia que se produzca para establecer mediante ella la autoridad de cosa juzgada, ó para proceder á su ejecución fuera del Estado en que fué dictada.

¿Cuáles son los principios según los cuales podrá establecerse la autoridad extraterritorial de la cosa juzgada?

¿Cuáles las condiciones legales y los requisitos que debe reunir una sentencia para que pueda tener eficacia fuera del Estado en que haya sido pronunciada?

¿Cuáles las formalidades procesales que deben preceder ó mediar para ejecutar las sentencias pronunciadas por Tribunales extranjeros, y por qué reglas debe regirse la ejecución de las mismas?

Estos serán los puntos sobre que han de versar nuestras investigaciones especiales, y que aquí nos proponemos dilucidar con objeto de examinar cuál de los diversos sistemas formulados por los jurisconsultos y sancionados por las leyes de los distintos países es el más conforme con los principios racionales del derecho, y debe ser la base del derecho común acordado y aceptado por los Estados.

La necesidad de sustituir los diversos sistemas por un sistema uniforme que asegure la eficacia extraterritorial de las sentencias en materia civil y comercial, no sólo ha sido evidenciada por los jurisconsultos y publicistas de todos los países (1), sino que ha sido

(1) Acerca de este punto, pueden consultarse las obras siguientes:

Pisanelli, *Comento al Codice ni procedura sardo*, t. 1º;

Borsari, *Com. al Cod. proced. civ. italiano* (al art. 941);

Gargiulo, *Idem, id.*, tomo III, arts. 941 y siguientes;

Fiore, *Effetti internazionali delle sentenze e degli atti*;

Saredo, *Procedimento in Camera di Consiglio*, cap. VIII;

De Rossi, *Esecuzione delle sentenze straniere*, 1876;

Mattirolo, *Elementi di diritto giudiziario italiano*, tomo VI;

Fusinato, *L'esecuzione delle sentenze straniere in materia civile é commerciale*;

Gianzano, *Lo straniero nel diritto civile italiano*, tomo I, parte 3ª;

Fœlix, *Traité de droit international*, tercera edición con notas de Demangeat, núms. 314-470;

Massé, *Droit commerc. dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, núms. 789 á 820, París, 1874;

Thevenet, *Autorité internationale des jugements en mat. civ., etc.*, París, 1880;

también confirmada en varios Congresos internacionales que de ella se han ocupado (1), y reconocida por los mismos Gobiernos, algunos de los cuales han tomado ya la laudable iniciativa de invitar á los demás á estudiar y resolver en común el importantísimo problema de la ejecución extraterritorial de las sentencias, estableciendo las reglas fundamentales y las condiciones y garantías reales para la eficacia de las mismas (2).

Lemoine, *Effets produits par les jugements étrangers en mat. civ., etc.*, Nancy, 1881;

Moreau, *Effets internationaux des jugements en matière civile*, Paris, 1884;

Constant, *De l'exécution des jugements étrangers dans divers pays*, Paris, 1883;

Asser, *De l'effet ou de l'exécution des jugements rendus à l'étranger en matière civile et commerc.*, *Revue de droit int. priv.*, 1869, páginas 82, 408 y 473;

De Paepé, *De l'exécution des décisions rendues en mat. civ. ou comm. par les juges étrangers*, 1879;

Bar, *Das international privat und Strafrecht*, Hannover, 1862, § 125-27;

Piccott, *Foreign judgments, and their effect in the English Courts*, Londres, 1879 á 1881;

Westlake, *A treatise on private international Law, etc.*, § 292 á 321;

Wharton, *A treatise on the conflict of Law, etc.*; § 646 á 675.

(1) Véanse *Annales de l'association internationale*, Congresos de Bruselas, de Gante y de Amsterdam: *Association for the Reform and Codification of the law of nations*. Esta se ocupó de ello en la reunión habida en Brema en 1876, y en la celebrada en Amberes en 30 de Agosto de 1877, en la que se leyeron dos memorias, una por Tristan y la otra por Alexander. La cuestión se discutió después en la reunión celebrada en Milán en 1883, en la que se tomó un acuerdo consignando las reglas fundamentales, para la ejecución de las sentencias extranjerías, que se insertó en el *Journal du droit international privé*, tomo X, pág. 564.

(2) La primera tentativa diplomática para un acuerdo entre los Estados para arreglar de un modo uniforme la ejecución de las sentencias fué hecha por el Gobierno holandés en 1874, habiendo éste promovido, por una nota de su Ministro de Estado, el Barón Geriche Hercoymen, una conferencia internacional. Esta nota fué publicada en el *Journ. du droit international*

No se nos ocultan las graves dificultades que se oponen á la solución de una cuestión tan importante, ni las no menos graves que se derivan de las legislaciones de los diversos países, las cuales imponen á cada soberanía el deber de armonizar el derecho común que se trate de establecer, con el contexto de las leyes interiores. Procuraremos, sin embargo, dilucidar la cuestión bajo el punto de vista general, convencidos como estamos de que el investigar y consignar las reglas fundamentales es el modo más sencillo y el expediente más útil para facilitar el acuerdo.

II.—Doctrina de los escritores; leyes de los diversos países acerca de la materia; principios racionales.

Los jurisconsultos de la Edad Media que discutieron la cuestión de la eficacia extraterritorial de las sentencias, aplicaron para resolverla los mismos principios que para decidir acerca de la territorialidad ó extraterritorialidad de las leyes. Esto hace, entre nosotros, Burgundius, el cual divide las sentencias en tres clases: *Omnium condemnationum summa divisio pariter in tria genera deducitur. Aut enim in rem, aut in personam, aut in utramque concipiuntur. In rem, quoties alicui res asseritur, hoc est, ejus esse dicitur, vel jure creditoris, aut alio modo posidenda datur. In personam, si condemnetur ad aliquid dandum, aut faciendum aut*

priv., tomo I, pág. 159. Planteóse de nuevo la cuestión en el Parlamento holandés en la sesión del 5 de Diciembre de 1878 (Véase el *Journal* citado, tomo VI, pág. 369) En 1881, siendo Mancini ministro de Negocios Extranjeros en Italia, se hizo otra tentativa para promover una conferencia diplomática que se habría reunido en Roma si circunstancias imprevistas no lo hubiesen impedido. En efecto, casi todos los Gobiernos de Europa se adherieron al pensamiento: Austria-Ungria, Bélgica, Baviera, Dinamarca, España, Francia, Grecia, Inglaterra, Portugal. Suécia y Noruega habían aceptado ya la invitación que al efecto se les había dirigido.

non faciendum, vel si personæ statum afficiat. In utramque, si et res et personæ simul in condemnationem veniant (1).

La mayor parte de los jurisconsultos de aquella época aceptan la distinción y se sirven de ella para establecer los criterios acerca de la eficacia extraterritorial de las sentencias. Del mismo modo que dividieron las leyes en *personales, reales y mixtas*, considerando como de autoridad universal las leyes personales, as también fueron consideradas eficaces en todas partes las sentencias que decidían acerca de las obligaciones personales ó del estado de las personas, con tal que hubieran sido pronunciadas por el Juez á cuya autoridad estaba sujeta la persona. Esta es la teoría sostenida por d'Argentré cuando dice: *Nam de omni personali negotio iudicis ejus cognitionem esse, cui persona, subsit, sic, ut quocumque persona abeat, id jus sit, quod ille statuerit* (2).

La misma opinión sostienen Huberus (3), Voët (4), Baldo (5), Bartolo (6) y otros, y Gaill consideró esta teoría tan cierta, que calificó de absurda la opinión contraria. *Absurdum enim fore si post sententiam definitivam alia esset ferenda sententia, et procesum in infinitum trahi, litemque ex liti oriri debere* (7).

Respecto de las sentencias relativas á las cosas inmuebles, admitido el principio de que los inmuebles debían considerarse sometidos en todo á la *lex rei sitæ*, consideraron contrario á los derechos de la soberanía territorial el mantener la eficacia de una sentencia relativa á esta clase de bienes pronunciada por un Juez ó Tribunal extranjero. Voët se expresa á este propósito del modo siguiente: *Licet autem regulariter iudex requisitus non cognoscat de justitia sententiæ per alterum iudicem latæ, nec eam ad examen penitus revocet, sed pro justitia ejus ex equitate presumat, tamen si animadvertat eam directa contra sui territorii*

(1) Burgundius, *Tractatus* 3, pág. 84.

(2) D'Argentré, *Commentarii in patrias Britonum leges*, art. 218, glos. 6ª, núm. 47.

(3) Huberus, *De conflictu legum*, tomo II, lib. 1º, tit. 3º, § 3º.

(4) Voët, *Ad Pandec.*, t. 2º, lib. 42, tit. 1º, núm. 41.

(5) Baldus, In L. 1, *C. de S. Trinitate*, núm. 93.

(6) Bartholus, In L. 1, *C. de S. Trinitate*, núm. 14. Hertius, *De Coliss, legum*, § 4º, núm. 73.

(7) Gaill, *Pract. observ.*, 113, núm. 11.

statuta latam esse circa res innociles in suo territorii sitas, eandem non esequertu (1).

Entre los jurisconsultos franceses hubo también algunos que no sólo negaron la eficacia extraterritorial á las sentencias *in rem* y á las mixtas *in rem et in personam*, sino que también, respecto de las sentencias puramente personales, mantuvieron como indispensable que las personas estuviesen sujetas á la jurisdicción, bien como ciudadanos del Estado, ó bien como domiciliados. De esta opinión era Boullenois (2), que fué seguido por Aguesseau, y desde entónces comenzó á abrirse paso y á predominar la teoría de que las sentencias de un Tribunal extranjero, en aquellas cuestiones en que estuviese interesado un francés, no podían tener autoridad alguna, en Francia, porque, como decía Aguesseau: «es una máxima inviolable que un francés no puede ser nunca obligado á comparecer en juicio ante un Tribunal extranjero» (3).

En época más reciente han seguido los escritores diversos caminos. Han sostenido algunos, sin hacer distinción de ningún género que todas las sentencias definitivas deben ser eficaces en todas partes. Así han opinado, entre otros, Vattel (4) y Puffendorf (5). «La administración de justicia, escribe el primero, exige necesariamente que toda sentencia definitiva pronunciada con arreglo á la ley sea considerada como justa, y como tal ejecutada. El intentar el examen de si es ó no justa una sentencia definitiva es atacar la jurisdicción del que la ha dictado. El Príncipe no debe, pues, intervenir en las causas de sus súbditos en país extranjero.» A lo que observa Pinheiro Ferreira: «Una sentencia judicial dictada en definitiva con arreglo á las leyes de un país extranjero, debe ser respetada cualquiera que sea la opinión que de ella tengan las partes ó el Gobierno. Hé

(1) Voët, *Ad Pand.*, loc. cit.

(2) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, observ. 25 pág. 618.

(3) D'Aguesseau, *Œuvres*, t. 5º, p. 87.

(4) Vattel, *Droit des gens*, lib. 2º, § 84, y la nota de Pinheiro Ferreira, *ibidem*.

(5) Puffendorf, *Observ. jur. Univers.*, observ. 28, § 8º.

aquí lo que significa la máxima: limitase á afirmar que debe considerarse la decisión como el verdadero derecho de las partes; *pro veritate habetur.*» (1).

Otros escritores han negado, por el contrario, toda autoridad á las sentencias de los Tribunales extranjeros, pudiendo citarse entre ellos á Merlin que, modificando la teoría sostenida por él mismo, siguió las huellas de los que mantenían que la autoridad de la cosa juzgada procede del derecho civil y no del de gentes. «La autoridad de la cosa juzgada, escribía este autor, sólo saca su fuerza del derecho civil de cada nación, Ahora bien; el derecho civil no comunica sus efectos de una nación á otra: la autoridad pública de que se halla revestido cada soberano no se extiende más allá de los límites de su territorio, por tanto, la de los Magistrados que instituye está necesariamente encerrada en los límites, y por consiguiente los actos emanados de estos funcionarios deben perder en la frontera toda su fuerza civil. La autoridad de la cosa juzgada no puede,

(1) Nota á Vattel, loc. cit.

Vease también en el mismo sentido á Klüber, *Droit des gens*, § 59, el cual dice: «Debería respetarse en país extranjero, no sólo la *litispendencia* de una causa, sino también las *sentencias* dictadas por Juez competente, del mismo modo que se respetan y reconocen válidos por do quiera los contratos hechos en el extranjero... En estos casos deberían admitirse las excepciones de *cosa juzgada* y considerarse como ejecutivas dichas sentencias.

Heffter, en la última edición de su obra, se expresa en estos términos: «En ningún Estado deberían negarse á reconocer á los fallos dictados por Tribunales competentes en el extranjero la autoridad y fuerza de un contrato judicial estipulado entre las partes, y deberían, por consiguiente, ser declarados ejecutivos después de sometidos á un previo examen que debería versar únicamente sobre la competencia del Tribunal, sobre la regularidad del procedimiento, la ausencia de toda disposición contraria á las leyes y á las instituciones del país, y por último, sobre la autoridad de cosa juzgada.» *Le droit intern.*, § 39.

Conf. Haas., *Diss de effectu excep. rei judic. in territ. al.*; Calvo, *Droit int.*, § 276 y sigs.; Halleck, *Intern Law*, cap. 7º, § 30; Asser, *Rev. du droit intern.*, 1859.

pues, ser invocada en un Estado respecto de los fallos dictados por los Tribunales de un Estado extranjero.» (1).

Ajustáronse á las de Merlin las conclusiones del Procurador general Leclercq ante el Tribunal de casación belga, y es idéntica la base de su razonamiento. (2) Dice éste que el Poder judicial es una parte de la soberanía, y que sus actos y decisiones no pueden traspasar las fronteras, en las cuales se encuentra con otra soberanía en la plenitud de sus derechos; y concluye diciendo que el conceder á una sentencia dictada por un tribunal extranjero la autoridad de cosa juzgada, equivaldría á atentar á la independencia del Estado.

El defecto de esta teoría consiste en haber considerado la sentencia del magistrado competente como un acto de soberanía por la consideración de que el poder de juzgar es un poder público que pertenece á la misma. El Juez recibe del Príncipe el poder para decidir; pero la sentencia de aquel es un silogismo cuya premisa es la ley, que por sí misma debe regir la relación jurídica controvertida. Reconocida la relación entre la ley y el hecho, el Juez no hace otra cosa que aplicarla al caso de que se trata, y por consiguiente, su decisión es la verdad jurídica, la autoridad del hecho y la del derecho, y no deberá variar por el cambio de lugar. (3) Sin duda que la autoridad extraterritorial de una sentencia debe estar subordinada á ciertas condiciones, como sucede respecto de la autoridad extraterritorial de las leyes, y veremos más adelante cuáles deben ser éstas; pero no puede establecerse como máxima que la autoridad de la cosa juzgada concluye en la frontera, que es lo que Merlin sostenía.

Un tercer grupo de escritores ha creído que podía seguir un término medio, templando en sus consecuencias la teoría injus-

(1) Veanse sus conclusiones en la causa discutida el 7 de Enero de 1806, y consignadas por él en su *Repertoire* voz *jugement*, § 8º Conf. Troplong, *Régimen hipotecario*, art. 2123, núm. 2º; Carré, *Lois de la Proced. civ.*, art. 546, cuest., 1899; Delvincourt, *Cours de Cod. civ.* (edic. 1834), tomo I, páginas 32 y 33.

(2) Vease *Pasicrisie Belge*, 1848, parte 1ª, pág. 341.

(3) Conf. L. 55 y 56, *Dig., De re judic.*, XLII, 1; L. 3; *pr. Dig., De Agnoscendis*, XXV, 3; L. 9, *Cod., De sent.*, VII, L. 65, § 2º; *Dig., Ad. Sen.—Cons. Trebel.*, XXXVI, 1.

tificable, que negaba á la sentencia extranjera toda eficacia. Sosteniendo, pues, que dicha sentencia no podía tener la autoridad de cosa juzgada, han creído la mayoría de escritores franceses más modernos, que deben atribuirse ciertos efectos á las sentencias extranjeras. Del mismo modo, dicen, que los contratos celebrados ante los Notaríos públicos extranjeros, cuando aquellos se hallan revestidos de todas las formalidades prescritas por la ley del lugar en donde fueron redactados, deben ser considerados eficaces para probar en todas partes el contenido de los mismos, debe suceder lo propio respecto de las sentencias, que en todas las legislaciones se consideran como actos auténticos, y que deben, por consiguiente, ser valederos en todas partes como título probatorio de los hechos en ellas declarados. El Magistrado debe tener en cuenta todo lo consignado en la sentencia, y considerarlo como probado mientras no haya oposición ó prueba en contrario. (1)

La teoría de dichos escritores ha sido también sostenida por Pardessus. «La ley política, dice éste, que no permite al Juez francés considerar en Francia como cosa juzgada la sentencia extranjera, no le quita la facultad de considerarla como noticia y presunción susceptible de esclarecer la apreciación de las circunstancias sobre que debe juzgar.» (2)

Debemos observar que la doctrina de estos últimos escritores, por evitar consecuencias absurdas, infunde en contradicción palmaria, y tenemos una verdadera satisfacción en ver confirmada nuestra opinión con la autoridad del eminente jurisconsulto M. Starkie. «El principio, dice, por el que se admite la autoridad de la sentencia para todos sus efectos entre las partes, es que cuando el litigio ha sido decidido y juzgado por

(1) Conf. Vallette, *Revue du droit franc. et étrang.*, tomo VI, pág. 607; Toullier, *Cod. civ.*, tomo X, núm. 86; Dalloz, *Jurisp. gen.*, v. *Droit civil*, número 420; Chauveau, *Sur Carré*, quest. 1899; Demolombe, *Cours de droit civ.*, 1103; Demangeat, *Cond. des étrang.*, núm. 82; Zacarías, § 31, y Aubri y Rau, nota 35 al § citado; Ermerigon, *Traité des assur.*, cap. IV, sec. 8^a; Fœlix, *Droit int. priv.*, § 369; Bonfils, *De la compétence*, páginas 223 y siguientes.

(2) Pardessus, *Dr. comm.*, núm. 1488. p. 248 del t. IV (6^a edic.

una Autoridad competente, sería infitil y vejatorio renovar el juicio. Si este principio se aplica á las sentencias de los Tribunales extranjeros lo mismo que á las de los nacionales, ¿por qué ha de ser menos eficaz la sentencia en el primer caso que en el segundo? Si no se aplica á las sentencias de los Tribunales extranjeros, ¿cómo puede admitirse que aquéllas puedan considerarse como títulos probatorios? Aceptándolas como prueba, está reconocida en principio su autoridad. ¿Cómo, pues, se justifica la limitación de sus efectos como si el Tribunal extranjero no hubiese oído más que la relación de los hechos y la prueba?»

Las sabias observaciones de M. Starkie inducen á concluir que, ó á la sentencia extranjera se quiere atribuir autoridad, y es necesario admitir que debe servir de fundamento para establecer el derecho de las partes, y que, par consiguiente, debe ser una excepción válida para impedir un nuevo juicio entre las mismas partes y para el mismo objeto, ó se quiere seguir la opinión de Pardessus, que dice: «Aun cuando el fallo dictado en país extranjero lo hubiese sido á instancia de un francés, y se emplease como excepción á su nueva demanda, debe debatirse de nuevo el fondo como si nada se hubiese hecho,» y en tal caso no debe tener ningún valor la sentencia, ni aun como título probatorio, ni valdría lo que él mismo dice respecto á que todas las legislaciones colocan las sentencias entre los actos auténticos, porque esto podrá ser exacto en lo que se refiere á las sentencias, pero según su sistema no podrá llamarse sentencia «el juicio común á las partes, puesto que nada se había juzgado.» (1)

En contradicción más manifiesta incurren aquellos otros escritores franceses que opinan que debe negarse autoridad de cosa juzgada á las sentencias cuando se hayan dictado contra un ciudadano del Estado en que se alega la autoridad de cosa juzgada. (2) Los sostenedores de semejante doctrina aduce

(1) *Loc. cit.*, p. 247.

(2) Duranton, t. XIX, núm. 332; Berriat-Saint-Prise, *Cours de proced.*, página 451 (3^a edic.); Malleville, *Analise sur l'art. 1223*; Foucher, *Trat. des lois d'organ. jud.* (de Carrer), t. III, tp 250.

en su apoyo que tiene su fundamento en la célebre Ordenanza de 1629, llamada *Código Michaud*, la cual declaraba en su art. 121, que no tenían ninguna fuerza en Francia las sentencias dictadas en país extranjero contra un francés, cualquiera que fuese la causa, y admitía al francés á debatir de nuevo el fondo de la cuestión relativa á sus derechos ante los Tribunales franceses. Más fundada nos parece en este punto la opinión de los que sostienen que dicha Ordenanza quedó derogada por el art. 3º de la ley de 21 de Marzo de 1804 y por los artículos 1123 del Código civil y 546 del Código de procedimiento civil. Pero dejando á los mismos el derecho de discutir acerca de las leyes vigentes en cada época en Francia, (1) no podemos admitir que sea científicamente justificada la desigualdad de condición jurídica entre el extranjero y el ciudadano, ni que el interés privado de los franceses pueda motivar una aplicación excepcional de los principios del derecho. En el supuesto de que un francés se haya sometido voluntariamente á la jurisdicción extranjera, ¿cómo ha de poder declararse nula respecto al mismo la autoridad de la sentencia y permitirle suscitarse de nuevo y sostener el litigio en Francia? Dico Pardessus que no hay contradicción en que se juzgue dos veces por diferentes Tribunales la misma causa entre las mismas partes y por el mismo objeto; pero nosotros no participamos de su opinión, antes bien la consideramos en abierta oposición con los principios del derecho moderno, que tiende á borrar toda diferencia entre el ciudadano y el extranjero en lo que á la condición civil se refiere.

Acceptando la doctrina de los jurisconsultos franceses, se llegaría á esta conclusión: que el deudor de mala fe podría buscar y hallar en las leyes de su país un medio cómodo de frustrar los legítimos derechos de su acreedor. El francés condenado por un Juez competente (á cuya jurisdicción se hubiese sometido voluntariamente) eludiría la ejecución de la senten-

(1) Conf. Boitard., art. 546, *Cód. de proc.*; Soloman, *Essai sur la cond. des etran.*, parte 2ª, págs. 108 á 114; Marcadé, t. I, números 143 á 145; Paul Pont, *Priv. e hipot.*; Bonfils, *De la compét.*, págs. 228 y sigs.; Massé, *Droit comm.*, núm. 795.

cia condenatoria transportando de antemano sus bienes á Francia, en donde estarían seguros y podría vejar á su acreedor obligándole á sostener un nuevo litigio ante los Tribunales franceses y en todas las instancias ó grados de jurisdicción, como si no se hubiese dictado fallo alguno, y á hacer grandes gastos y sobre todo á la *cautio judicatum solvi*, consiguiendo de este modo hacer inútiles los esfuerzos del acreedor para que se reconociesen judicialmente los derechos mejor fundados. Estas consecuencias prueban que la teoría es contraria á los principios de la ley moral, y no debe ser sostenida por los jurisconsultos de un país que pretende hallarse á la cabeza de los pueblos civilizados.

Debemos ante todo hacer justicia á los pocos escritores franceses que se han separado de la mayoría y han admitido que la sentencia de un Tribunal extranjero debe tener en Francia la autoridad de cosa juzgada, entre los antiguos debe citarse á Bourjou, que, aun admitiendo que la sentencia extranjera no debe llevar consigo hipoteca sobre los bienes existentes en Francia, dice, sin embargo, que debe atribuirsele autoridad de cosa juzgada, y que no debe admitirse en Francia al condenado á nuevo juicio, pues la máxima *res judicata pro veritate habetur* es de derecho de gentes. (1)

También Massé hace notar la gran diferencia entre la ejecución de una sentencia, que consiste en poner por obra sus disposiciones, y la autoridad de la cosa juzgada, que constituye una sola excepción, y concluye que la sentencia extranjera, como título en favor del que la haya obtenido, deberá oponerse en todas partes contra la parte adversa. (2)

Moreau, en su libro verdaderamente importante titulado *Efectos internacionales de las sentencias en materia civil*, después de haber expuesto el modo como se ha resuelto la cuestión de la ejecución de las sentencias extranjeras por las principales legislaciones, procura resolver correctamente, y acepta y sostiene la teoría más moderna, esto es, la que atribuye á la sen-

(1) Bourjou. *Droit comm.*, art. 165: *Cout. de Paris*, Sec. V.

(2) Massé. *Droit comm.*, núm. 789

tencia extranjera el valor de cosa juzgada excluyendo toda revisión en el fondo. (1)

Entre los escritores de los demás países han seguido algunos á los franceses, dando la preferencia á la teoría de aquellos que desconocen la autoridad de la sentencia extranjera, otros se han separado completamente de ellos, debiendo citarse á Asser (2) que á fines de 1862 sostuvo que la sentencia extranjera definitiva debe considerarse eficaz para fundar en ella la ejecución de la cosa juzgada. También debemos añadir que en el Congreso internacional celebrado en Gante en 1864, habiendo sostenido algunos que la reciprocidad diplomática debía ser considerada como una de las condiciones y de las garantías reales para la eficacia extraterritorial de las sentencias, se negó Asser á aceptar de un modo tan absoluto semejante reserva, sostenida con calor por Waclbreck (3), y le fué favorable la mayoría.

Los escritores italianos (4) están todos de acuerdo en sortener el principio que ha prevalecido en nuestra legislación, que conduce á admitir la autoridad extraterritorial de las sentencias, sujetando únicamente la ejecución de las mismas á ciertas condiciones, respecto de las cuales no hay el más perfecto acuerdo, existiendo bastante disparidad de opiniones respecto de las condiciones á que deben subordinarse las sentencias extranjeras para ser ejecutivas.

En las legislaciones de los diversos países en que se ha previsto por medio de leyes á la ejecución de esta clase de sentencias, pueden reducirse á cuatro categorías los sistemas que han prevalecido, cada uno de los cuales admite ciertas subdivisiones.

(1) Moreau, cuarta parte, pág. 230. Confr. la traducción de mi *Derecho internacional privado*, hecha por Pradier Fodéré, 1875, apéndice, pág. 702.

(2) Asser, *Droit intern. privé.*, § 23, y la *Rev. de Dr. int.*, tomo I, pág. 82, tomo VII, pág. 385.

(3) Véase las actas del Congreso de Gante, *Anal. de l'assotiat., etc.* 1864, pág. 167.

(4) Véase los escritores italianos citados en la nota de la pág. 11.

nes, que no consignamos por no hacer demasiado extenso este trabajo (1).

Pertencen á la primera categoría todas las leyes que niegan á las sentencias extranjeras en materia civil y comercial la autoridad de cosa juzgada. Tal sucede en Suecia y Noruega, en Portugal, y, en el fondo, acontece lo mismo en Francia, en Bélgica y en los demás países en que se admite la revisión del asunto en el fondo, porque en dichas países se ejecutan, en último término, las sentencias del Juez nacional, que las pronuncia admitiendo las partes á discutir de nuevo y defender sus respectivos derechos.

A la segunda categoría corresponden todas las leyes que subordinan la eficacia de las sentencias extranjeras á la reciprocidad legislativa ó diplomática, como sucede según el Derecho germánico, el ruso, el austriaco, el de Dinamarca y otros países.

Deben incluirse en la tercera categoría las leyes de aquellos Estados que niegan el *executur* á la sentencia extranjera cuando se pronuncia contra un ciudadano. Esto sucede, según el Derecho vigente en Grecia.

(1) Véase el *Journ. de droit int. privé* la exposición del Derecho vigente para la ejecución de las sentencias en los artículos siguientes:

Derecho germánico; Heyssner, tomos IX y X, y Beschorner, tomo XI.

Derecho austriaco; Lombard, tomo IV, págs. 210 y sig.

Derecho español; Silvela, tomo VIII.

Derecho italiano; Fiore, tomos V y VI.

Derecho ruso; Martens, tomo V, y Engelmann, tomo XI, pág. 113.

Derecho inglés; Alexander, tomos V y VI, y Pigott, tomo X.

Derecho americano; Coudert, tomo VI.

Derecho suizo; Roguin, tomo X, pág. 113.

Derecho búlgaro; Comunicación del Ministro de Justicia, tomo XIII, página 570.

Derecho belga; Humblet, tomo IV, pág. 339.

Derecho de Mónaco; Loth, tomo IV, pág. 121.

Derecho sueco y de Noruega; Olivecrona, tomo VII, pág. 83.

Derecho dinamarqués; Goos, tomo VII, pág. 368.

Derecho griego; Saripolos, tomo VII, pág. 83.

A la cuarta categoría pertenece el sistema sancionado en el derecho italiano, que distingue en la sentencia la autoridad de la misma, en lo que se refiere á la cosa juzgada, y su autoridad como título ejecutivo que sirve para legitimar los actos consiguientes.

El sistema sancionado en la legislación italiana se distingue de todos los demás en que admite como principio que la sentencia extranjera que reúna los requisitos para ser considerada como tal deba reputarse eficaz en Italia y ser ejecutiva cuando le conceda esta cualidad nuestro Tribunal competente. Procede esto de lo sancionado por el legislador en el art. 10 de las disposiciones generales, que dice así: «Las sentencias dictadas por autoridades extranjeras serán ejecutivas en el reino cuando sean declaradas tales con las formalidades establecidas por el Código de procedimiento civil.»

El sistema italiano tiene un carácter especial en cuanto admite que, cuando se compruebe que la sentencia extranjera reúne los requisitos para ser reputada como tal sentencia y sea declarada como ejecutiva, no sólo debe tener por sí misma el valor jurídico de la *resjudicata*, sino que debe ser ejecutada.

Por consiguiente, la declaración de ejecutoriedad hecha por el Tribunal (*Corte*) tiene efecto retroactivo en el sentido de que convalida y hace eficaces los derechos atribuidos á las partes por la sentencia extranjera desde el día en que ésta fué pronunciada, lo cual significa que la sentencia del Tribunal italiano que declara ejecutoria la dictada por un extranjero, no atribuye á las partes nuevos derechos, sino que dá eficacia á los adquiridos en virtud de la cosa juzgada, y no hace más que comprobar judicialmente que no carece de los requisitos que debe tener la sentencia extranjera y que están determinados en el Código de procedimiento civil.

Asser, que con tanta competencia ha estudiado la importante cuestión de que nos ocupamos, reduce á tres categorías todas las legislaciones actualmente en vigor; y al ocuparse de que yo enumero en mi obra cuatro sistemas, haciendo del italiano un sistema aparte, se expresa el jurisconsulto holandés en estos términos: «M. Fiore menciona un cuarto sistema que distingue entre la ejecución que se conceda con ciertas reservas

y el reconocimiento de la cosa juzgada, y llama á este sistema el más racional y el más liberal. No sabemos que este sistema se haya admitido por ninguna legislación de las actualmente vigentes.» (1)

Suponemos que el insigne jurisconsulto no ha tenido en cuenta el principio sancionado por nuestro legislador en el art. 10 de las disposiciones generales que preceden al Código civil, confrontando con éstas las sancionadas en el respectivo Código de procedimiento. De esta confrontación resulta evidente que las sentencias extranjeras no pueden ser ejecutivas en Italia sino cuando se han declarado tales, observando las formalidades prescritas por el Código de procedimiento civil, pero cuando cumplidas dichas formalidades declara el Tribunal ejecutoria la sentencia extranjera, es esta misma la que se ejecuta, lo cual lo dice muy claro el legislador en el citado artículo 10: «Las sentencias dictadas por Autoridades extranjeras en materia civil serán ejecutivas en el reino cuando sean declaradas tales con las formalidades establecidas por el Código de procedimiento civil.»

Aplicando nuestros Tribunales esta disposición, han establecido que, según nuestra ley, no sólo está prohibido examinar directa ni indirectamente el fondo de la sentencia extranjera (2), sino que ni aun es lícito modificar las consecuencias de la misma á no ser por motivos de orden público. Por consiguiente, deben limitarse nuestros Tribunales á examinar si se está ó no en el caso de declarar ejecutoria la sentencia extranjera, y pueden proveer á todo lo necesario para que la ejecución tenga efecto, pero no pueden disminuir, aumentar ni modificar la ejecución misma decretada por el Juez extranjero, salvo cuando así lo exijan motivos de orden público. Así por ejemplo, si el Magistrado extranjero hubiese decretado la ejecución con caución ó fianza, no podrá nuestro Tribunal eximir

(1) Asser, *Elements de Droit int. priv.*, traducción francesa de Mr. Rivier, página 179.

(2) Respecto de las aplicaciones hechas á cuestiones relativamente recientes, véase Trib. de cas. de Nápoles, 6 de Diciembre de 1886, y Trib. de cas. de Florencia, 23 de Diciembre de 1867.

á la parte del deber de prestarla, ni podrá modificar bajo ningún aspecto la condena ni aun bajo pretexto de interpretarla, de modo que los derechos adquiridos por las partes á la ejecución, con arreglo á lo establecido en la sentencia extranjera, deben ser íntegra y escrupulosamente respetados, salvo el caso ya repetido de que se opongan á ello motivos de orden público. Todo esto es consecuencia necesaria de lo dispuesto en el art. 10, esto es, que la sentencia extranjera es la que debe ejecutarse en el reino, y por esto decimos que la sentencia del Tribunal italiano que declara ejecutiva la extranjera no sólo reconoce en ella la autoridad de cosa juzgada, sino que tiene efecto retroactivo, en el sentido de que reconoce todos los derechos que se derivan de la sentencia á contar de su fecha.

Siendo esto así, como lo es en efecto, teníamos razón al decir que esta parte de la legislación italiana forma un sistema distinto, é insistimos en sostener que es el más racional y más liberal de todos los sistemas.

Es el más racional, porque de todos los sistemas es el que mejor se acomoda á los principios generales del derecho. Es el más liberal, porque el legislador no ha subordinado la eficacia de las sentencias extranjeras á ninguna condición de reciprocidad legislativa ó diplomática, ni ha establecido diferencia alguna porque las partes litigantes sean ambas extranjeras ó tenga alguna de ellas el derecho de ciudadanía italiana. En ambos casos debe el Tribunal limitarse á examinar si existen ó no las condiciones establecidas en nuestro Código de procedimiento civil.

Queriendo resolver la cuestión de conformidad con los principios racionales, es necesario distinguir la sentencia en cuanto título eficaz en favor del que la obtiene, para fundar sobre ella la *exceptio rei judicatae*, y en cuanto título ejecutivo, en virtud del cual puede el acreedor proceder á los actos de ejecución contra la persona ó contra los bienes del deudor condenado.

No puede, en verdad, pretenderse que la sentencia extranjera tenga la autoridad de cosa juzgada, si antes no se ha comprobado que reúne todos los requisitos necesarios para que se le considere eficaz fuera del Estado en que fué dictada. Aun cuando varios Estados acordasen por un tratado reconocer co-

mo eficaces las sentencias de los respectivos Tribunales, no podrían por menos de establecer ciertas condiciones para la eficacia extraterritorial, y sería necesario también, en esta hipótesis, hacer un sucinto examen para cerciorarse de que se habían cumplido las condiciones estipuladas.

Por consiguiente, todo lo que puede racionalmente admitirse es que la sentencia extranjera que reúne todas las condiciones establecidas por el *consensus gestum* para su eficacia extraterritorial, y las exigidas por los principios del Derecho internacional, debe tener la misma eficacia que una sentencia de los Tribunales nacionales, y por consiguiente, que del mismo modo que en el interior del Estado *post rem judicatam nihil quaeritur, quia res judicata pro veritate accipitur* (1), esto mismo debe suceder respecto de la sentencia extranjera en lo que se refiere á los efectos de la cosa juzgada.

En lo que concierne á la eficacia de la sentencia en cuanto atribuye la facultad de proceder á los actos ejecutivos, así como la fuerza de todo título de esta especie procede de la soberanía, y esto presupone el *imperium*, la *auctoritas* y la *jurisdictio* sobre el territorio en que se trata de proceder á la ejecución, así también es natural que dicha fuerza ejecutiva deba ser escasa donde impera otra soberanía, y que sólo pueda darla á la sentencia el Magistrado nacional en nombre del respectivo Poder supremo. Corresponde, pues, á cada ley interior la facultad de establecer las formalidades y el procedimiento para hacer ejecutivas las sentencias extranjeras.

Siguese de todo lo dicho, que está conforme con la razón, con la justicia y con la naturaleza de las cosas, el subordinar la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras á ciertas

(1) L. 25 *Dig., De statu hominum*, (1, 5). Los sabios juriscónsultos romanos consideraron la sentencia como una verdad, y como de interés social y tutelar la fuerza jurídica de la *res judicata*. *Quum Praetor, cognita causa, per errorem vel etiam ambitiosè juberet hereditatem, ut ex fideicomiso restitui, etiam publicae interest restitui, propter rerum judicatarum auctoritatem*. L. 65, § 2º, *Dig., Ad Senat. Consult. Trebel.*, 36, 1, y Cicerón, en su oración *Pro Sila*, cap. XXII, § 63, dejó escrito: *Status enim rei publicae maxime judicatis rebus continetur*.

garantías legales y á ciertas condiciones que deben establecerse con objeto de proteger los derechos y los intereses de las partes y de los de tercero, así como los de soberanía territorial y su autonomía é independencia. Admitiendo, pues, como máxima, que la sentencia extranjera debe producir los efectos de la cosa juzgada cuando reuna todas las condiciones exigidas para su eficacia extraterritorial, y que debe ser ejecutada con arreglo á las leyes del lugar en donde quiere procederse á su cumplimiento, aparecerá que toda la cuestión se reduce á determinar cuales sean las condiciones legales á que debe estar subordinada la eficacia extraterritorial de las sentencias.

II

Condiciones legales á que debe estar subordinada la eficacia de las sentencias extranjeras.

Las condiciones legales á que debe estar subordinada la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras deben ser diversas según el distinto punto de vista bajo que quiera considerárselas. Toda sentencia debe reunir ciertos requisitos extrínsecos y otros intrínsecos: los primeros conciernen á la forma de la sentencia, á su autenticidad y á las formalidades exigidas respecto á su inscripción, firma, registro transcripción, etc. Ahora bien, correspondiendo á cada soberanía establecer por leyes propias los requisitos extrínsecos que debe reunir un acto para que se la pueda reputar como tal sentencia, convendrá referirse á la ley del lugar en donde fué pronunciada para decidir si aquella reúne ó no todos los requisitos extrínsecos exigidos por la ley, y si la falta de cualquiera de ellos puede ser causa de nulidad.

Nos abstendremos, pues, de ocuparnos de este punto, diciendo únicamente que para todo lo concerniente á las formalidades extrínsecas de los actos, y, por consiguiente, de las sentencias, debe prevalecer la regla general *locus regit actum*. Discurriré-

mos, por tanto, acerca de los requisitos intrínsecos, los cuales deben observarse fielmente como garantías legales indispensables de toda sentencia extranjera siempre que se trate de pedir su eficacia fuera del Estado en que aquella fué pronunciada. Estos requisitos deben considerarse indispensables porque son necesarios para proteger el derecho de la soberanía y su recíproca autonomía, los intereses de los litigantes en el extranjero y el respeto al derecho público territorial y al derecho social. El principal requisito de toda sentencia es el de la competencia del Juez que la dicta. ¿Cómo admitir que pueda ser válida para estatuir respecto del derecho de las partes la decisión de un Juez que haya sentenciado sin tener la *potestas cognoscendi et decidendi causam*? No podría ser considerada aquella como tal sentencia, porque no es tal Juez el que no tiene jurisdicción para resolver un asunto. *Qui neque jurisdictioni præest, neque á Principe potestate aliqua præditus est, nec ex compromiso sumptus, vel ex aliqua lege confirmatus est, iudex esse non potuit* (1). Se ha controvertido en la doctrina y en la jurisprudencia la cuestión de la ley á que debe someterse la competencia del Juez extranjero que dictó la sentencia de que se trata (2).

Partiendo de la consideración de que el poder para juzgar se deriva de la soberanía, y que ésta sólo puede obligar al actor y al demandado á someterse al juicio, han deducido algunos que ninguna sentencia puede dictarse por quien no sea competente con arreglo á la ley de aquel territorio; y como por otra parte debe ser competente el Tribunal con arreglo á la ley del país en que se ha sustanciado el pleito, ha concluido de aquí que sólo puede ser eficaz una sentencia cuando ha sido dictada por un Tribunal competente según la ley del lugar en que se siguió el litigio, y la de aquel en que la sentencia haya de ser ejecutada (3). Otros entienden que debía limitarse la aplicación

(1) L. 81, Dig, *De judiciis*.

(2) Véase mi obra *Effetti internazionali delle sentenze* (materia civile), § 66 y siguientes.

(3) Veáanse las conclusiones del Procurador general Leclercq cerca del Tribunal de casación belga. Cas. 19 de Julio de 1849, *Passicris. belg.*, 1849, página 341.

de dicha regla al caso en que se tratase de ejecutar la sentencia dictada en el extranjero contra un ciudadano (1).

También hay quien sostiene que la cuestión de la competencia debe depender por completo de la ley del lugar en que se dictó el fallo (2), habiendo entre aquellos algunos que exageran de tal modo la aplicación de esta regla, que llegan hasta considerar competente al Juez siempre que su competencia se deriva de la *lex fori*, aunque ésta atribuya dicha competencia contra todo principio de derecho común, y aunque la ley extranjera hubiese atribuido á los Tribunales del Estado la competencia que en dicho caso debería corresponder á los Tribunales de la nación en que la sentencia deba ser ejecutada.

Los sostenedores de esta teoría admiten como regla absoluta que cuando el Tribunal sea competente, con arreglo á la *lex fori*, debe considerársele tal respeto de todos los Estados sin restricción ni limitación alguna.

Según las leyes de ciertos países, la competencia del Tribunal que dicta una sentencia debe apreciarse con arreglo á la ley del lugar en que quiera hacerse valer aquella. Esto sucede según la ley de Baviera de 2 de Junio de 1811. Bár. *Dus internation. privat und Strafrecht*, § 125, número 14.

En Francia se admite como máxima que la competencia del Tribunal extranjero debe apreciarse con arreglo á la *lex fori*, pero considerándose, en suma, contrario al orden público ejecutar una sentencia dictada por un Tribunal extranjero que no sea competente con arreglo á la ley francesa; se llega de este modo á resolver que el Magistrado extranjero ha de ser también competente con arreglo al derecho francés. (V. Moreau, *Effets internationaux des jugements en matiere civile*, 156.

En Dinamarca para nada se tiene en cuenta la sentencia extranjera, si el Tribunal que la ha dictado es competente con arreglo á las leyes de aquel país. Véase en el *Journal de Droit int. priv.*, el artículo de Goats, tomo 7º En la mayor parte de los cantones suizos se considera también como una de las condiciones para conceder el *exequatur* la competencia según la ley del cantón en que la sentencia extranjera haya de ejecutarse. Véase el artículo de Roguin en el *Journal* citado.

(1) Confr. las conclusiones del Ministerio público en la causa Musso. Cas. de Turin, Bettini 1859, 1, 17; y Scialoia, Com. al Código sardo, § 226.

(2) Confróntese Gargiulo, *Procedura civile*, tomo II, pág. 851.

Otros, admitiendo la regla general opinan, sin embargo, que no puede considerarse competente al Tribunal extranjero que haya usurpado la jurisdicción de los Tribunales nacionales (1).

Algunos han considerado como una dificultad insuperable la conciliación de tan opuestas opiniones, y cuando por iniciativa del Gobierno holandés se trató de provocar un acuerdo internacional acerca de la ejecución de las sentencias extranjeras, propúsose también que se resolviese la cuestión de competencia adoptando reglas uniformes acerca de la misma.

En apoyo de esta proposición se aducía que debía considerarse la sentencia como un acto destituido de todo valor si no había sido pronunciada por un Magistrado competente, y que ante la soberanía del país en que se trataba de ejecutar la sentencia, no podía considerarse Juez competente el que no lo fuese también con arreglo á la ley territorial de dicho país.

Para resolver la cuestión de la competencia del Tribunal extranjero y determinar la ley según la cual debe decidirse dicha cuestión, conviene ante todo precisar bien el objeto de la discusión.

Comenzaremos por notar que los dos conceptos *jurisdicción* y *competencia* se han confundido muchas veces por los escritores, y que tan deplorable confusión ha sido alentada por haber adoptado en los Códigos los legisladores una ú otra palabra indistintamente: conviene, sin embargo, distinguir perfectamente ambos conceptos.

Cujacius define la jurisdicción: *Restio sive statuendi pronuntiandive potestas que jure magistratus competit* (2), la cual denota el campo de acción de cada Poder judicial abstractamente considerado es. la *facultas cognoscendi et decidendi causam*.

La competencia denota á su vez el poder que corresponde al Magistrado (que según la ley tenga la jurisdicción) de juzgar un asunto determinado, de *aquel valor, naturaleza y cantidad*. Por consiguiente, para que un Magistrado pueda decidir

(1) Véase Borsari, *Comento al art. 941*, núm. 2 del Código de procedimiento civil italiano.

(2) Cujacius, in tit. *De jurisdictione*, cap. II.

un asunto contencioso, debe exigirse que tenga jurisdicción y competencia; y por tanto, para que su decisión pueda tener la autoridad de cosa juzgada, debe examinarse si correspondía á éste la *facultas cognoscendi et decidendi causam* y además si *quantitas intra jurisdictionem judicantis sit*.

Conviene también advertir que la cuestión de la jurisdicción puede surgir con relación al Derecho interior y con relación al Derecho internacional, y siendo esta de diverso alcance debe también resolverse por principios distintos.

La cuestión de jurisdicción y de competencia en el interior de un Estado debe resolverse (como cualquier otra cuestión de Derecho público interior), de conformidad con la ley que emana de la soberanía territorial, á la que corresponde con la más absoluta independencia establecer las jurisdicciones territoriales y fijar los límites de cada una (1).

La cuestión de jurisdicción con arreglo al Derecho internacional no puede resolverse de conformidad con la ley interior de un Estado, porque, no pudiendo una soberanía fijar y proclamar con sus leyes los principios del Derecho internacional, no puede tampoco establecer las reglas de jurisdicción correspondientes.

Cuando se trate de decidir si la *facultas cognoscendi et decidendi causam* debe atribuirse á los Tribunales italianos, á los españoles ó á los de otro Estado, es esta una verdadera cuestión de Derecho internacional, porque presupone un conflicto entre los derechos correspondientes á diversas soberanías, y es claro que no puede ser resuelta en virtud de una ley interior. Corresponde á esta repartir las jurisdicciones en el territorio nacional y fijar la competencia de cada una de ellas: lo cual significa que en el supuesto de que el derecho de juzgar una cuestión determinada debe atribuirse, por ejemplo, á la soberanía francesa, deberá determinarse con arreglo á la ley francesa cuál de los Tribunales de aquel país debe considerarse competente. Debiendo resolverse con arreglo á la ley interior la cuestión de la competencia territorial, es natural que, suponiendo

(1) Véase Fiore, *Derecho internacional público*, tomo I, § 395 y siguientes, y 466.

do incontrastable el derecho de jurisdicción internacional, deba considerarse competente el Tribunal que sea declarado tal con arreglo á la ley del Estado investido del derecho de juzgar aquel asunto determinado, y que la sentencia por él dictada deba considerarse eficaz en los demás países, aunque fuesen en ella diversas las reglas acerca de la competencia.

Por consiguiente, en el supuesto que según la ley de aquel país no existiesen Tribunales especiales para juzgar los asuntos mercantiles ó que el Pretor pudiese entender hasta en litigios por valor de 3,000 libras ó más, ó que la autoridad judicial pudiese delegar la jurisdicción propia, ó el Juez de paz ó cualquier otro Magistrado pudiese juzgarlas, etc., y las leyes del país en donde la sentencia debía ser eficaz fuesen de naturaleza distinta respecto de las jurisdicciones territoriales y de la competencia, no podría ser por sí misma una razón suficiente para reconocer la autoridad del fallo ó sentencia. ¿Qué importa que aquello Magistratura no sea competente con arreglo á la ley del país en donde deba ser válida la sentencia? Si toda soberanía es y debe ser autónoma para fijar las jurisdicciones territoriales y los límites de cada una, es necesario considerar, por tanto, como dictada por Magistrado competente la sentencia pronunciada por el declarado tal con arreglo á la *lex fori*.

Supongamos ahora que el Soberano de un Estado hubiere conferido con su ley á los Tribunales propios del derecho de juzgar una cuestión que, según los principios del Derecho internacional, debe ser juzgada por otra soberanía: ¿podrá por ventura decidirse en este caso que sólo porque aquel Tribunal haya sido declarado competente con arreglo á la ley de aquel Estado, debe reputarse tal en los demás, y que la sentencia por aquel dictada haya de tener autoridad y eficacia extraterritorial como debe tenerla toda sentencia dictada por un Magistrado competente? Evidentemente no. Ninguna soberanía puede atribuir á sus Tribunales, mediante una ley interior, la *potestas judicandi causam* correspondiente á una soberanía extranjera, y cuando ésta lo hubiese hecho arbitrariamente, la sentencia dictada por el Tribunal á que se atribuyó la jurisdicción contra los principios del Derecho internacional podrá tener autoridad y eficacia en el territorio en que se dictó, pero no en los sometidos á distinta soberanía.

nía, lo cual equivale á decir que no puede tener autoridad extraterritorial, ni el valor como la cosa juzgada por un Tribunal competente.

Supongamos que en una cuestión de petición de herencia hubiese resuelto el Tribunal de un país que según los principios de derecho común no hubiese jurisdicción, pero que se hubiese declarado competente por la voluntaria sumisión de las partes, admitiendo que se pudiese prorrogar la jurisdicción por los Tribunales de un Estado ó los de otro con dicha sumisión voluntaria. Supongamos que en una cuestión de sociedad, cuyo domicilio principal se halla en un Estado extranjero, haya atendido un Tribunal francés, fundando su competencia en el artículo 14 del Código civil, sólo porque en ella estaba interesado un francés.

Supongamos que para obligar á un deudor español al cumplimiento de un contrato hecho y exigible en España, pero en el que estuviese interesado un francés, se citase á dicho deudor ante el Tribunal francés que se hubiere declarado competente porque tiene jurisdicción respecto de este asunto con arreglo al artículo 14 del Código francés. Supongamos que promovida una acción preventiva ante los Tribunales españoles, á los que, con arreglo á los principios del derecho común, corresponde la facultad de juzgar y decidir, fuese presentada después ante los Tribunales de otro Estado, los cuales, contra los principios del Derecho internacional, hubieran rechazado como inadmisibles la excepción de *litis-pendentia* y hubieran retenido los autos usurpando la jurisdicción de los Tribunales españoles. En estos casos y otros análogos, si se hubiera atribuido la jurisdicción al Tribunal de la ley territorial, no sería esta una razón suficiente por sí para considerar la sentencia como pronunciada por Tribunal competente para sus efectos internacionales y para su eficacia extraterritorial. No; para que el Juez pueda ser considerado competente en las relaciones internacionales, se requieren dos condiciones, á saber: primera, que tenga jurisdicción con arreglo al Derecho internacional; segunda, que tenga jurisdicción y competencia con arreglo á la ley territorial. Faltando una ú otra de estas condiciones, la sentencia pronunciada deberá considerarse destituida del principal requisito para su eficacia extraterritorial, esto es, de la competencia del Juez.

No puede decirse con esto resuelto el problema, porque siempre queda en pié la cuestión de investigar con arreglo á qué principios deberá decidirse á cual de los Tribunales de los demás Estados deberá atribuirse el derecho de juzgar cada cuestión, es decir, á cual deberá corresponder la jurisdicción.

Para resolver esta cuestión especial deberían los Estados ponerse de acuerdo y estipular un tratado en el que se fijasen los principios de jurisdicción internacional, dejando á cada soberanía la facultad de arreglar con sus leyes propias la jurisdicción y la competencia territorial.

Nosotros sostenemos que es necesario llegar á esta solución para establecer reglas seguras acerca de la eficacia extraterritorial de las sentencias. No creemos que sea necesario á tal objeto lo que proponía Asser, á saber: que los Estados debían ponerse de acuerdo para establecer reglas uniformes en cuanto á la competencia (1). Esto equivaldría á que cada soberanía abdicase su derecho de autonomía para fijar los límites de las jurisdicciones territoriales y de las competencias. El acuerdo es conveniente y podrá llevarse á efecto respecto de las reglas de jurisdicción internacional, es decir, para fijar los principios y las reglas para resolver los conflictos entre los derechos concurrentes de las diversas soberanías á que pudiere corresponder la *facultas cognoscendi et decidendi causam*, y determinar á cual de ellas debe atribuirse con preferencia el derecho de juzgar.

Existen principios y reglas para fijar bien las de jurisdicción internacional, y son muy oportunas ciertamente las establecidas por el Derecho romano para determinar la esfera de acción de las diversas Magistraturas (2). En aquel imperio, que

(1) Asser, *Revue de Droit inter.*, año 1869, p. 412.

(2) Entre los romanos, el Magistrado aunque investido de jurisdicción general ó especial para ciertos negocios determinados, no podría ser Juez entre todas las personas ni en cualquier parte del territorio del Estado, si no sólo en la región y en el territorio circunscrito en que ejercía su autoridad respecto de las personas y de los actos jurídicos. En tiempo del Imperio sólo el Emperador era Juez competente en todo el Estado; las demás magistraturas, tanto antiguas como modernas, ejercían sus

fué un agregado de Municipios, que eran una especie de Estados independientes, teniendo cada cual sus leyes, su administración y sus magistraturas propias, fué su circunscripción territorial el límite de su jurisdicción, tanto que el poder del Magistrado no se extendía más allá de los límites del territorio, y sólo era eficaz respecto de las personas y de las cosas sometidas á su jurisdicción. *Præfectus urbi cum termino urbis exierit, potestatem non habet* (1). *Extra territorium jus dicenti impune non paretur* (2). *Præses provinciae, in sua provincia homines tantum imperium habet, et hoc dum in provincia est, nam si excessisset privatus est* (3).

Del mismo modo que entre los romanos, cuando cada Magistrado tenía la jurisdicción en la provincia ó en el distrito para que se le había nombrado, las dudas que podían surgir acerca de la potestad para juzgar una cuestión correspondiente á uno ú otro se resolvían teniendo en cuenta la ciudadanía de las personas, la situación de las cosas y la naturaleza de los asuntos jurídicos, así también debería practicarse en nuestros días para resolver la cuestión sobre si la *potestas judicandi causam* debía atribuirse con preferencia á los Tribunales de este ó del otro Estado, y del mismo modo que no se consideraba allí como sentencia la dictada por el Magistrado que no tenía jurisdicción según las reglas fijadas por el derecho, así también no debía considerarse eficaz en mucho tiempo la sentencia dictada

poderes en la determinada esfera del territorio para que habían sido propuestas; fuera de esto, el Magistrado, á excepción del Procónsul, no podía ser Juez, puesto que no se diferenciaba del particular. La jurisdicción dependía de la sumisión (*soggezione*) de las personas, que era siempre consecuencia de la ciudadanía de una determinada localidad (*forum originis*, del que no se diferenciaba, lo que podía ser consecuencia de la *adoptio* de la *manumissio* ó de la *electio*) ó de las especiales relaciones jurídicas en virtud de las cuales entraba la persona en relación con una ciudad determinada. Savigny, *sistema del Derecho romano*, tomo VI (de la edición castellana).

(2) L. 3, Dig., *De officiis præfecti urbi*, 1, 12.

(3) L. 20, Dig., *De jurisdictione*, 2, 1.

(4) L. 3, Dig., *De officio præsidis*, 1, 18.

por un Tribunal que no tuviese jurisdicción con arreglo al Derecho internacional.

Este es el lugar oportuno, según las reglas generales, de exponer sucintamente cuáles pueden ser los títulos para legitimar la jurisdicción de los Tribunales de un Estado en concurrencia con los otros.

La voluntaria sumisión de las partes.—La libre sumisión de las partes puede ser una fuente de jurisdicción, pero dentro de los justos límites establecidos por el estatuto personal de cada uno y cuando se trata de competencia *ratione personæ*. La voluntaria sumisión no puede alegarse ni ser válida para justificar la prorrogación de la jurisdicción de los Tribunales de un Estado á los de otro cuando se trate de jurisdicción *ratione materiæ*. La voluntad de las partes debe reputarse insuficiente para despojar de la jurisdicción á los Tribunales de un Estado que sean de pleno derecho competentes, y atribuírlos á los de otro Estado (1). Por consiguiente, si para juzgar ciertas cuestiones se designase una jurisdicción especial como exclusiva, no podría valer la voluntaria sumisión de las partes para suplir la falta de jurisdicción. Aquella podrá ser eficaz entre las partes para subsanar la falta de jurisdicción por un motivo

(1) Los escritores y los Tribunales franceses, para justificar la aplicación de las anómalas disposiciones del art. 14, aducen que cada cual puede renunciar á la jurisdicción de su Juez natural y someterse á otra distinta, de donde deducen que el extranjero que contrata con un francés, sabiendo que puede ser citado en Francia para el cumplimiento de sus obligaciones, consiente tácitamente en ello y viene á someterse á la jurisdicción de los Tribunales franceses, estando por consiguiente justificada ésta. Estos escritores y Tribunales no tienen en cuenta, sin embargo, que la voluntaria sumisión de las partes puede determinar la relación de la persona con un orden de leyes y con un poder público, y que puede suplir á la falta de jurisdicción por un motivo meramente personal, pero que los particulares no pueden á su arbitrio crear jurisdicciones internacionales ó derogar las establecidas con arreglo á los principios del Derecho internacional.—Véase mi obra *Derecho internacional público*, tomo I § 403. y Lanelli, *Della competenza*, parte 1ª páginas 839 y siguientes.

meramente personal ó relativo y respecto de las partes que hayan intervenido en el juicio, no contra terceros que no lo hayan verificado.

Contrato.—El contrato es el acto más importante en virtud del cual se somete el deudor á la jurisdicción de la soberanía que impera en el lugar en que se haya obligado. La persona jurídica puede considerarse representada en los actos, y por consiguiente, cualquiera que sea el lugar en donde cada cual la realiza, se somete á la ley allí vigente. La jurisdicción debe extenderse, por tanto, á todas las relaciones de que se deriva una obligación convencional. *Omniem obligationem pro contractu habendam existimandum est: ut ubicunque aliqui obligentur et contrahi videatur, quameis non ex crediti causa debeatur* (1). De aquí que deberían comprenderse bajo este título los cuasi-contratos, y sobre todo los que nacen de la gestión (*forum geste administrationis*).

Podrá discutirse además acerca de la residencia de la obligación contractual y surgir la duda sobre si la jurisdicción debía atribuirse al Magistrado del país en que hubiese quedado aquella perfeccionada ó al del lugar destinado á la ejecución.

Nos inclinamos á seguir una opinión intermedia. Cuando el acuerdo resulte de un acto escrito, para las cuestiones relativas á la existencia del contrato y las acciones de rescisión, revocación y nulidad podría atribuirse la jurisdicción al Magistrado del país en donde se concluye el contrato: para las cuestiones relativas al *onus conventionis*, á la interpretación y al modo de verificar el pago, y á todo lo concerniente á la ejecución debería atribuirse la jurisdicción al Magistrado del país en donde deba ejecutarse el contrato (2).

Elección de domicilio.—La elección de domicilio para el cumplimiento de una obligación es un acto jurídico, suficiente por

(1) L. 20 Digest.; *De iudicis et ubi quisque agere*, 5, 1.

[2] Véase mi obra de *Derecho internacional privado* en la que están expuestos los principios acerca de la ley á que debe estar sometida la obligación, y de los cuales es una consecuencia lógica la opinión aquí manifestada

si mismo para sostener la parte á la jurisdicción de la soberanía del país en donde la elección se haya hecho, para las cuestiones relativas al cumplimiento de la obligación. (1) Es indudable que cuando en el contrato se haya hecho expresa elección de domicilio para el cumplimiento del mismo, evitase con esto toda cuestión respecto de la jurisdicción, debiéndose preferir, para todas las controversias relativas á tal contrato, la jurisdicción del Estado en que se haya fijado la elección de domicilio.

Situación de la cosa.—La jurisdicción del Estado en donde se halla la cosa debe admitirse con preferencia y sin contradicción para las acciones reales y para las posesorias. También respecto de la cosa mueble, que se encuentra en una localidad determinada, debería atribuirse con preferencia la jurisdicción al Magistrado *res sita*. (2)

(1) Según el Derecho romano, la autoridad del Magistrado y su jurisdicción respecto de la persona, derivase siempre de la sujeción del individuo á la misma. Se exigía constantemente un acto material mediante el cual entraba la persona en relación con la ciudad, á cuyo Magistrado debía someterse, considerándose tales actos el domicilio y la habitación (ley 239, Dig., *De verborum significatione*, 50, 1.) Por consiguiente, se atribuyó al Magistrado de la ciudad, con quien el individuo entraba en relaciones jurídicas voluntariamente, una jurisdicción concurrente con la del Magistrado del lugar del nacimiento. *Forum domicilii* y *Forum originis*.

(2) La regla debe entenderse aplicable para la *actio in rem* propiamente dicha, con la cual no deberá confundirse la acción inmobiliaria que en ciertos casos puede ser personal y no caer bajo la regla por nosotros establecida.

Así, para determinar la naturaleza ó la extensión de un contrato relativo á los inmuebles, la jurisdicción procedente *ex stipulato* podría atribuirse al Magistrado de un Estado distinto, en virtud de las reglas aplicables á las acciones personales. Entiéndase bien, sin embargo, que también en este caso las cuestiones que puedan surgir para la ejecución del fallo, y en el ejercicio de la acción real de reivindicación deberán estar sometidas para todo lo concerniente á la jurisdicción á la regla establecida. Respecto á la acción real mobiliaria, debemos notar que si las leyes del Estado en donde la cosa mueble

Sucesión.—La jurisdicción respecto de las cuestiones relativas á la sucesión, débese atribuir á los Tribunales del Estado en donde el *De cuius* estaba domiciliado en el momento de la muerte: La grave dificultad en esta materia consiste en si la jurisdicción de este Magistrado debe extenderse á todo el patrimonio del difunto, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y el lugar en que se hallen situados, ó si debe limitarse á los bienes muebles, estén donde quiera, y á los inmuebles situados en el Estado en donde la sucesión se haya abierto. Si prevaleciese el concepto moderno sostenido por la escuela alemana y adoptado por el legislador italiano, esto es, el de que la *hereditas* debe considerarse como una *universitas* y como la continuación de la persona del difunto, y sin distinguir si la forman muebles ó inmuebles, y si éstos se hayan situados en un lugar ó en otro, deberá admitirse una jurisdicción única, á saber: la de los Tribunales del Estado donde se haya abierto la sucesión, y todas las controversias relativas á ella podrán resolverse por una sola ley y con unidad de criterio.

Sociedad.—La jurisdicción en las cuestiones que se originen acerca de las sociedades, debe atribuirse evidentemente á los Tribunales del Estado en donde la sociedad tenga su principal domicilio. Cuando tenga además sucursales en otros Estados, la jurisdicción corresponderá á los Tribunales del Estado en donde aquellas se hallan, respecto de los actos jurídicos y de las obligaciones que se hayan asumido.

Quiebra.—El concepto que prevalece en nuestros días, es el de que debe ser único el juicio de quiebra, y que para no crear á cierta clase de acreedores una situación privilegiada deberá hacerse de todos los bienes del quebrado, sean muebles ó inmuebles, y cualquiera que sea el lugar en que se hallen situados, se halle equiparada esta acción á la personal (como sucede según la ley italiana, art. 90 y siguientes del Código de procedimiento civil,) esto no valdría para cambiar la regla antes establecida acerca de la jurisdicción internacional, porque, según repetidas veces hemos dicho, las reglas de jurisdicción y competencia territorial no pueden ejercer influencia respecto de la jurisdicción internacional.

dos una sola masa para proceder de este modo á una liquidación única del activo y á una sola comprobación de los créditos, sin establecer diferencia alguna entre nacionales y extranjeros. (1)

La consecuencia necesaria de este exacto concepto es la de que debe ser única la jurisdicción en materia de quiebra, á saber: la de los Tribunales del Estado en donde el quebrado tenga su domicilio comercial.

Cuestiones de estado.—Conviene considerar como exclusiva la jurisdicción de los Tribunales de la patria de cada individuo, porque debe reconocerse la competencia especial de los mismos respecto de la recta aplicación de la ley personal para resolver con arreglo á la misma las cuestiones relativas á la persona. (2) Debe además admitirse que pudiendo el Magistrado, á quien corresponde la decisión de un litigio principal, decidir también las cuestiones incidentales, no puede excluirse la jurisdicción del Magistrado que entiende en el asunto principal, al decidir entre extranjeros las cuestiones de estado que surjan incidentalmente en el curso del juicio.

Abordaje.—Parece más conforme á la naturaleza del juicio

(1) He procurado demostrar en otro lugar que éste es el sistema preferible. Véase mi monografía *La quiebra, según el Derecho internacional*, y mi obra titulada *Derecho internacional privado*, y las proposiciones votadas por el Instituto de Derecho internacional en su reunión de Turín, y la memoria de Carle sobre este asunto así como la monografía del mismo titulada *La Faillite en Droit international privé*, traducida por Dubois.

El Tribunal inglés, en el litigio Filips (vease Hunter, 2, H. Blac, 402), establece con mucha oportunidad y sabiduría el gran principio de las leyes de la quiebra, y la justicia de que se funden en la igualdad.

(2) Importante es la cuestión sostenida acerca de este punto entre los escritores, y muy discordante la jurisprudencia. Véase Dalloz, *Repert.*, 602, *Droit civil*, núm. 316 y sig.; Massé, *Droit com.*, núm. 666; Pissanelli, *Della competenza*, núm. 496. En contra: Demangeat, notas á Félix, *ob. cit.*; Bonfils, *De la compt.*, núm. 196; Gianzana, *Lo stranjero nel Diritto civile italiano*, páginas 195 y sig.

y al interés mismo de los litigantes, que la jurisdicción por este concepto se atribuya á los Tribunales del Estado á donde la nave se haya visto obligada á arribar á consecuencia del choque. Allí es donde pueden reunirse más fácilmente las pruebas oportunas para apreciar los daños y todas las circunstancias del hecho. (1)

Delitos y cuasi delitos.—Es evidente que la jurisdicción por obligaciones civiles que tienen su origen en los delitos ó en los cuasi delitos, debe atribuirse al Magistrado donde se verificó el hecho que ha dado lugar al procedimiento, ó al de aquel en que se halle el autor del acto delictuoso.

Averías comunes.—La jurisdicción para decidir acerca del reparto de las pérdidas sufridas durante el viaje, deberá atribuirse al Magistrado del país en donde aquel cesa. Esta regla está fundada en la consideración de que los que emprenden una expedición marítima consienten de antemano someterse á la jurisdicción indicada por la naturaleza misma de las cosas y por la común utilidad, y en que el Magistrado del país donde cese el viaje puede evaluar mejor que los demás las pérdidas sufridas y repartirlas entre los interesados.

Providencias urgentes.—La jurisdicción debe atribuirse en este asunto al Magistrado del Estado en donde hayan tenido lugar los actos que puedan dar motivo á dichas providencias. Esta regla está aceptada universalmente.

Providencias de jurisdicción voluntaria.—Teniendo en cuenta que la administración de justicia no puede considerarse instituida en beneficio exclusivo de los ciudadanos, conviene admi-

(1) Hay quien opina que la jurisdicción debe atribuirse á los Tribunales de donde sea ciudadano el autor del choque. Conf. Dubergier, consultas legales en la causa de *Mongibello*, inserta por Dalloz. Debemos, sin embargo, observar que, aceptándose esta regla, debería el perjudicado verse obligado á seguir al autor á su domicilio para obtener el resarcimiento de daños, y que un exámen pericial en el puerto de arribada no siempre podría ser suficiente para determinarlo.

tir que cuando el extranjero se dirija al Magistrado de un Estado é invoque una providencia de jurisdicción voluntaria, dicho Magistrado [en el supuesto de que sea competente con arreglo á la ley territorial] podrá proveer teniendo en cuenta la ley personal del extranjero.

Las reglas anteriormente propuestas deberían desarrollarse y discutirse más ampliamente, y aun podrian perfeccionarse, pero ya sean éstas ú otras más perfectas aquellas mediante las cuales debe determinarse si la jurisdicción debe atribuirse á los Tribunales de éste ó de aquel Estado, lo cierto es, que para los efectos internacionales de una sentencia, no podrá esta considerarse pronunciada por Juez competente, si la jurisdicción atribuida por el Soberano de un Estado á los Tribunales, lo hubiese sido violando los principios del Derecho internacional.

Ya hemos dicho, y debemos repetirlo, que para resolver á fondo la cuestión propuesta de la competencia del Juez, es necesario que los estados se pongan de acuerdo para estipular mediante un tratado las reglas de jurisdicción internacional. Hasta que se haya hecho esto, los Tribunales de un Estado que deban declarar eficaz la sentencia de un Tribunal extranjero para asegurar que aquel que la pronunció tenía potestad legislativa para entender del asunto, no podrán hacer más que referirse á los principios generales del derecho para decidir si los Tribunales del Estado que dictaron el fallo tenían jurisdicción internacional y á la *lex fori* para decidir la cuestión de jurisdicción y de competencia territorial. [1]

[1] En Italia dispone el Código de procedimiento civil en el art. 941, que el Tribunal, para declarar ejecutiva una sentencia extranjera, debe examinar si ha sido pronunciada por Magistrado competente, y el art. 1º del Código civil dispone que la competencia y la forma del procedimiento deben regirse por la ley del lugar en donde se haya seguido el juicio.

III

Condiciones legales á que debe estar subordinada la eficacia de las sentencias extranjeras.

A.—De las citaciones.

Con arreglo á los principios del derecho común, es uno de los elementos esenciales del juicio que las partes comparezcan personalmente para hacer valer sus razones, que estén legítimamente representadas, ó que sean declaradas en rebeldía con arreglo á las prescripciones legales. Para llenar estos requisitos es indispensable la citación, mediante la cual se previene á la parte contra quien se dirige la instancia, para que pueda hacer valer sus derechos y proveer á su defensa.

Los jurisconsultos romanos que tanto ensalzaron la autoridad de la *res judicata*, consideraron nula toda sentencia contra un ausente, si no se habían observado, respecto del mismo, las reglas del procedimiento relativas á la rebeldía, *ea qua statuitur adversus absentes non per contumaciam, scilicet denunciationibus nequaquam ex more conventos. Judicatio rei firmitatem non obtinere certum est.* (1)

La regla de justicia universal, según la cual no puede haber juicio sino á condición de que se haya garantido al demandado el derecho natural de defensa, encuentra su justa aplicación aun en la hipótesis de que el litigio se haya seguido en el extranjero; y por esto es por lo que no puede tener autoridad de cosa juzgada la sentencia pronunciada á instancia de una parte contra otra que no haya sido debidamente citada. (2)

(1) Leg. 7^a Cod. *Quomodo et quando iudex, etc.*

(2) Hé aquí como determina Ulpiano la obligación jurídica de la citación: *Qua quisque actione agere vollet eam edere debet: nam a quissimum videtur, eum qui acturus est, edere actionem ut proinde sciat reus utrum est cedere aut contendere ultra debeat, et si contendendum putat veniat instructus ad agendum cognita actione qua conveniatur.* L. 1^a Ulp., libro 4^o, ad edictum.

La grave dificultad en esta materia surge cuando se trata de decidir si un residente en el extranjero debe ó no considerarse como legalmente citado, para poder declararlo legalmente en rebeldía. Admítese en general, que los actos del procedimiento deben regirse por la *lex fori*, de donde se pretende deducir que un residente en el extranjero debe considerarse legalmente citado, y legalmente también declarado en rebeldía cuando se hayan observado respecto del mismo todas las formalidades prescritas por la *lex fori* para la citación de los ausentes, ya sean eficaces por sí mismas para conseguir el fin propuesto [esto es, el de prevenir al demandado acerca de la cuestión en que deba defenderse], ora no lo sean.

Conviene, ante todo, tener en cuenta que, según las leyes de algunos países, tal como lo dispone, entre otras, la ley francesa [número 9^o del art. 69 del Código de Procedimiento,] para citar á una persona residente en el extranjero, debe remitirse la cédula de citación al representante Fiscal del Tribunal ante el que deba incoarse la acción correspondiente, dejando al cuidado de dicho funcionario el remitirla por la vía diplomática al país del domicilio del demandado; y si no fuese conocido del actor, se aplicará á instancia del mismo el párrafo octavo del mencionado artículo, en el que se dispone que la citación se fijará en la puerta principal del local donde celebre sus sesiones el Tribunal á que se haya dirigido la instancia, y se remitirá una segunda copia al representante Fiscal, el cual pondrá su visto bueno en el original.

Fácil es comprender que semejante modo de proceder puede ser muy perjudicial á los citados ante los Tribunales franceses. Si en la cédula de citación indica el actor el domicilio del extranjero, es siempre indispensable que la copia dirigida á éste siga todos los trámites y rodeos necesarios para llenar las formalidades diplomáticas, esto es, que el representante Fiscal deberá remitirla al Ministro de Justicia, éste á su vez al Ministro de Estado, quien la transmitirá igualmente al agente diplomático francés acreditado en el domicilio del extranjero, el cual la hará llegar al Ministro de Estado del referido país, cuyo dignatario deberá cuidar finalmente de hacerla llegar á la persona á quien vaya dirigida.

La observancia de tales formalidades exige tanto tiempo, que sucede las más veces que el demandado recibe la citación cuando ya se haya dictado la sentencia. Esto sin contar con que generalmente acontece que el actor declara que ignora el lugar del domicilio ó residencia del extranjero demandado, y que la noticia ó edicto de citación fijado á la puerta del local del Tribunal no puede llegar á conocimiento de dicho demandado.

Sosteniendo como principio que la forma de la citación debe regirse por la *lex fori*, deberá también admitirse que, para poder cumplir el objeto de la citación y que ésta no sea meramente ilusoria, deberá procurarse evitar en cada ley que los extranjeros que no tengan la residencia en el Estado en donde haya de celebrarse el juicio pueden saber que se les llama para poder alegar en su defensa lo que estimen conveniente.

No puede bastar para esto que la citación de los ausentes se haga de cualquier modo, debiendo hacerse aquella en la forma que, según la naturaleza de las cosas, se considere indispensable para que no falte la principal garantía social en la administración de justicia, esto es, la de no privar al demandado de la posibilidad de la defensa.

No desconocemos que en el actual estado de cosas es la dificultad poco menos que insuperable, porque en realidad están todos de acuerdo en admitir que las formas del procedimiento, y por consiguiente las de citación, deben regirse por la *lex fori*; y como casi todas las leyes establecen reglas para la citación de los ausentes, y conceden á los mismos un plazo para comparecer en el que se tiene en cuenta la distancia del lugar en que se hayan los demandados, no puede negarse que debe tenerse por hecha legalmente la citación cuando se hayan observado las prescripciones de la ley.

Debemos notar, sin embargo, que la condición en que se hallan los extranjeros ausentes no puede equipararse por completo á la de los ciudadanos que se encuentran en el mismo caso. Estos, cuando se marchan del lugar de su habitual residencia, dejan un representante legal, en cuyo caso pueden ser también citados en la persona de su apoderado, y cuando no hayan dejado dicho representante, puede suponerse con razón que no faltará quien, cuidando de sus intereses, pueda darles económi-

miento de la demanda y citación para que comparezcan en juicio.

Los extranjeros ausentes no pueden ordinariamente dejar estos representantes para que se ocupen de la defensa de sus intereses ni tienen quien se cuide de avisarles para que comparezcan ante el Tribunal, y esta es la razón por qué convendría establecer respecto de los mismos formas especiales para proteger más eficazmente el derecho que tienen á que se les notifiquen las citaciones ó emplazamientos.

Sucede con frecuencia, que las formalidades para la citación de los extranjeros ausentes son menos eficaces para conseguir el objeto propuesto, en vez de ser más favorables. En Francia, por ejemplo, se admite en la práctica que los términos para comparecer no son aplicables cuando el actor declare que ignora el domicilio ó residencia del demandado (núm. 8º del art. 89 del Código de Procedimiento civil), y en tal caso se acostumbra á pronunciar la sentencia en rebeldía después de transcurrido el plazo ordinario de ocho días prescrito por el art. 72 del mismo Código.

A fin de evitar tan graves inconvenientes, es indispensable que los Estados se pongan de acuerdo respecto de la citación de los extranjeros ausentes, y es indiscutible la conveniencia de que al satisfacer el deseo general de que se establezcan reglas para la ejecución de las sentencias de los Tribunales extranjeros, se fijen también algunas concernientes á la citación de los extranjeros ausentes.

Algunas leyes han provisto ya de algún modo, como sucede por ejemplo en Bélgica, y prescrito que cuando sea conocida la residencia estará obligado el juez á remitir por el correo copia de la citación al lugar donde el extranjero resida. Otros Estados, para simplificar las formalidades de la vía diplomática, han estipulado por convenios especiales que las Autoridades judiciales de los respectivos países podrán entenderse directamente para el envío de las citaciones y demás actos de esta especie que deban ser notificados.

También sería oportuno determinar en cada Estado un órgano oficial que dedicase una parte especial á la publicación de las citaciones de los extranjeros cuyo domicilio se ignore.

Convendría igualmente admitir que el Magistrado extranjero requerido por suplicatorio para que notifique la citación, debiera remitir un atestado en que constara el día que se hizo la notificación, y haberlo verificado con arreglo á las leyes de país; sería conveniente, por último fijar de un modo uniforme, los términos para comparecer, teniendo en cuenta la distancia y haciendo una distinción entre los Estados limítrofes, los Estados continentales y los Estados de Ultramar (1), cuyo término debería correr á contar desde el día en que el Magistrado del Estado extranjero requerido hubiere verificado la notificación de la citación con arreglo á la ley del país, pudiendo también apelarse á otros expedientes más eficaces á fin de que desaparezca el gravísimo inconveniente, de que pueda declararse legalmente rebelde ó contumaz á aquel que no haya tenido noticia alguna de la acción contra él incoada (á causa de la imposibilidad moral de tenerla y que sea condenado sin que haya sido posible la defensa).

Uno de los medios más eficaces podría ser el de que cuando el demandado fuese un extranjero ausente, y habiendo llenado todas las formalidades para citarlo no haya comparecido, el Tribunal que entienda del asunto deberá nombrar un curador *ad litem* ó un Procurador oficioso que represente y defienda al demandado [2].

Hasta que los Gobiernos no se pongan de acuerdo respecto de las formalidades que habrán de llenarse para citar á los extranjeros ausentes, no puede admitirse como regla general que

[1] El Código de Procedimientos en los Países Bajos reproduce en su artículo 4º las disposiciones de los números 8º y 9º del Código francés, pero añade ante todo la obligación de publicar al citación en uno de los periódicos del lugar en donde recida el Tribunal, ó en el más inmediato, y en el artículo 1º dispone que si la persona citada no reside en el reino, el plazo para comparecer deberá ser de cuatro meses por lo menos para los que residen en Europa; de seis meses para los que residen fuera de Europa, pero más acá de los cabos de Hornos y de Buena Esperanza, y de un año para los que residen más allá de dichos puntos.

(2) Conf., el Código de Procedimiento austriaco, art. 391 y 492 que provee convenientemente á la citación de las personas que se hallen fuera del Estado.

toda sentencia dictada en rebeldía por un Tribunal extranjero deba ser ejecutada, siempre que el demandado haya sido citado con arreglo á las formalidades prescritas por la *lex fori*, pues así como la citación es uno de los elementos esenciales del juicio, y debe reputarse como uno de los requisitos indispensables para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras el haber sido el demandado convenientemente protegido en cuanto debe á su derecho á defenderse, no admitirse que puede tener, respecto del mismo autoridad de cosa juzgada la sentencia extranjera cuando la ley correspondiente no provea suficientemente acerca de la citación de los extranjeros que se hallen fuera del Estado y de la declaración legal de rebeldía de los mismos ante el Tribunal juzgador, de un modo conveniente á los altos fines de la recta administración de justicia.

En Italia, con arreglo á lo prescrito en el art. 491 del Código de Procedimiento civil, una de las garantías legales exigidas para la ejecución de la sentencia extranjera, es la de que haya sido pronunciada después de citada legalmente la parte, y de estar legalmente representada ó declarada en rebeldía con arreglo á las leyes. La audiencia (*Corte*) de Milán, considerando que el elemento esencial de la justicia de una sentencia en rebeldía es la legalidad de la citación, ha decidido que no podía bastar la simple presunción de que la citación habría sido notificada (fundada en el simple hecho de que el actor haya verificado la petición legal al Ministerio público y éste la haya remitido al Ministerio de Negocios Extranjeros), sino que habiéndose probado que este Ministerio no la había remitido á la Legación ó á la Embajada del Estado á que el demandado pertenecía, éste, por no haber sido citado legalmente, no podía ser considerado en rebeldía con arreglo á las leyes, y por consiguiente no podía ejecutarse contra él la sentencia dictada en aquella forma, porque faltaba uno de los elementos esenciales exigidos por la ley italiana para dar en el reino fuerza ejecutiva á una sentencia extranjera (1).

(1) Audiencia (*Corte*) de Milán, 22 de Julio de 1858, *Jurisprudencia italiana* de Bettini, 1858, parte 9ª, pág. 755. También la Audiencia de Niza había negado el *exequatur* á una sentencia

Esta decisión está perfectamente fundada en derecho. En Francia la doctrina y la jurisprudencia admiten que el Ministerio público debe ser considerado como el mandatario del demandado, y que si no cumple, ó lo hace imperfectamente, su cometido, podrá esto dar lugar á la acción de daños y perjuicios por parte del mismo demandado que esté obligado á responder de la omisión, pero que las consecuencias de la falta de cumplimiento de su deber no puede perjudicar los derechos del actor, que, cuando haya remitido copia de la citación á dicho funcionario, el cual, con arreglo á la ley, tiene el mandato necesario de representar á la parte citada á juicio, ha llenado por completo las formalidades exigidas para la validez de la citación; que así como el Fiscal recibe la citación únicamente en interés del demandado, debe considerársele también como el representante y el mandatario legal de dicho demandado, que debe sufrir los efectos de la negligencia del mandatario de que la ley le ha provisto (1).

No nos ponemos á discutir aquí acerca del fundamento jurídica de este pretendido mandato. Si hubiera de admitirse una ficción jurídica, parecería más racional considerar al Ministerio público como mandatario del actor á quien incumbe suministrar la prueba de que se ha notificado la citación, y que debería, por consiguiente, asegurarse de que á la citación por él entregada al Fiscal se le ha dado el curso conveniente. Por consiguiente, aun concediendo que los juriconsultos y los Tribunales franceses puedan entender la cosa á su modo, como el derecho territorial no puede tener autoridad para decidir acerca de los requisitos esenciales, y para la eficacia extraterrito-

del Tribunal de Marsella, pronunciada en rebeldía contra un Sardo á consecuencia de una citación notificada al domicilio del Fiscal, pero no enviada al demandado. Sentencia de 20 de Febrero de 1841, en la citada *Colección de Jurisprudencia*, 1849, pág. 343.

(1) Véase en este sentido Carré, *Les lois de la Procedure*, tomo I, cuestión 372 y siguiente; Perrin, *Traité des nullités*, cap. 3º, sección 7ª; Boitard, tomo I, pág. 146 y siguiente; Favard, tomo I, pág. 144; Dalloz, tomo XIV, pág. 521; Merlin, vº *Signification*.

rial de una sentencia, y como corresponde al Tribunal que ha de conceder el *exequatur* á una sentencia extranjera, decir si ésta reúne ó no los requisitos esenciales para atribuirle autoridad de cosa juzgada, entendemos que debe reconocerse al Tribunal del Estado en que deba ejecutarse una sentencia en rebeldía dictada por un Tribunal extranjero, la facultad de decidir, con su prudente arbitrio, si el demandado puede ó no considerarse legalmente rebelde, y que pueda, por consiguiente, negarse la ejecución á una sentencia pronunciada contra un individuo que, con arreglo á la *lex fori*, se halle en la imposibilidad moral de ser legalmente representado y defendido.

B.—Sentencia contra el orden ó el derecho público territorial.

Uno de los requisitos indispensables para que una sentencia extranjera pueda tener autoridad de cosa juzgada en un Estado, es el de que, el atribuir á la misma la autoridad de cosa juzgada, no implique ofensa al orden ó al derecho público interior. No consideramos necesario detenernos á demostrar cuán fundado es el derecho de soberanía territorial al exigir que las leyes, las sentencias y los actos de la soberanía extranjera no tengan autoridad en el territorio sujeto á su imperio, dicha el reconocer autoridad lleve consigo una ofensa al orden y al derecho público territorial (1).

La dificultad en esta materia surge cuando se trata de determinar bien los casos en que el orden y el derecho público territorial deben considerarse lesionados por haber atribuido autoridad de cosa juzgada á una sentencia extranjera, ó autorizado su ejecución, que es en realidad de lo que se trata. Los que pretenden justificar el derecho de revisar en el fondo la

(1) Véase mi obra *Autoridad extraterritorial de las leyes*, traducida y anotada por García Moreno, tomo I, *Derecho civil internacional*, páginas 36 y 245 á 259.

sentencia extranjera antes de conceder el *exequatur*, aducen, en apoyo de su doctrina que es contrario al orden público ejecutar una sentencia evidentemente injusta, y que, como el Tribunal no puede conocer la justicia de una sentencia extranjera si no examina á fondo el contenido de la misma, es indispensable la revisión.

Inspirase esta teoría en un sentimiento de desconfianza de la rectitud de los Jueces extranjeros, lo cual es ofensivo admitir como regla general, en el supuesto de que el Tribunal sea competente.

Ya hemos demostrado que la sentencia del Tribunal competente debe tener siempre la fuerza jurídica de la *res judicata*, y, como decían los romanos, *post rem judicatam nihil queritur* (2). Teniendo en cuenta, pues, la presunción legal de la justicia del fallo, debe más bien reputarse contrario al orden público el no respetar su autoridad, sin poner de nuevo á discusión el asunto. Únicamente podemos conceder que sea contrario al orden público el atribuir autoridad de cosa juzgada á un acto que carezca por completo de los requisitos intrínsecos y esenciales para ser considerado como sentencia: tales son aquellos que todas las legislaciones consideran esenciales á la misma.

Según los principios del derecho común, deben preceder al fallo los motivos en que se funde; por lo cual, la decisión que carezca por completo de exposición de motivos jurídicos, no puede ser considerada como tal sentencia, ni ejecutada, por consiguiente, sin ofensa contra el orden público. Si en realidad no puede considerarse como sentencia una decisión de los Tribunales nacionales que no esté motivada, ¿cómo había de serlo la dictada por un Tribunal extranjero?

Por otra parte, debe comprenderse bien nuestro pensamiento, y no exagerar este principio, considerando no motivada una sentencia, cuando los motivos aparezcan vagos ó insuficientes al Magistrado que debe declararla ejecutoria, pues entendiendo de este modo la regla propuesta, vendría á admitirse que el Magistrado podía examinar y apreciar los motivos, y calificarlos de vagos, infundados é ilegales, llegando así á legitimar el

(1) L. 56, Dig., *De re judicata* (42, 1).

examen de la sentencia en el fondo, lo cual entendemos que es absolutamente injustificado. Nuestra regla debe, pues, aplicarse á la sentencia que carezca por completo de motivos, como sería, por ejemplo, la que dijese: «Vista la rebeldía del demandado, condenamos, &c.»

Es contrario el derecho común y á los principios de la justicia natural, condenar á una parte sin examinar ni discutir las razones que pueda alegar, ó presumir bien fundada la demanda del actor, sólo porque el demandado no haya comparecido para formular oposición. A veces incumbe á la parte demandante probar el título en que funda su demanda, y al Juez apreciarlo; y ni las afirmaciones pueden sustituir ó hacer veces de prueba, ni sostenerse que ésta ha sido realmente practicada cuando la sentencia carezca por completo de motivos (1).

También debería reputarse contrario al orden público declarar ejecutoria una sentencia que contuviese manifiestas contradicciones en la parte dispositiva, siempre que aquellas sean evidentes y resulten, sin examen detenido ni discusión, de la simple lectura del documento (2). Esto puede verificarse siempre que los diversos extremos de la parte dispositiva sean inconciliables entre sí, de tal modo que se excluyan y contradigan.

Al aplicar esta regla conviene entenderla en su justo sentido. No bastará, en efecto, para declarar contradictoria una sentencia, pretender hallar contradicciones lógicas en los motivos ó cualquier incoherencia, porque si pudieran hacerse tales indagaciones, podría esto conducir á examinar de nuevo la decisión en el fondo. La decisión de que hablamos debe hallarse en la parte dispositiva de la sentencia, y ser tan clara que no haya modo de conciliarla. Sólo en este caso admitimos que el permitir la ejecución habiendo absoluta é inconciliable con-

(1) Confróntese las sentencias del Tribunal de aplicación de Génova de 28 de Septiembre de 1858 y 1º de Abril de 1862, Jurisprudencia italiana de Bettini, 1858 y 1862, parte segunda, pág. 847 y 584 respectivamente.

(2) Confróntese la sentencia del Tribunal de casación de Florencia de 20 de Junio de 1870. Bettini, *obra cit.*, 1870, parte primera, pág. 557.

tradición en el fallo que trate de ejecutarse. sería naturalmente contrario al orden público. Por consiguiente, si el Tribunal extranjero que dictó la sentencia ha rechazado una parte de la demanda, y por motivos independientes y diversos hubiese estimado la otra, no podría invocarse como suficiente motivo para justificar la denegación del *exequatur* el de la contradicción de dicha sentencia; si la demanda era divisible.

Debe considerarse contrario al orden público el declarar ejecutoria una sentencia extranjera que esté en oposición con otra de los Tribunales nacionales pasada en autoridad de cosa juzgada (1). ¿Como advertir, en efecto, que puede atribuirse autoridad de cosa juzgada á una sentencia extranjera que desconozca la *res judicata* de los Tribunales del Estado?

La única dificultad para la aplicación de esta regla puede surgir cuando se trate de determinar si la sentencia extranjera y la de los Tribunales nacionales versan sobre un mismo objeto, y si una tiene respecto de la otra los requisitos necesarios para considerarla como cosa juzgada, lo cual no siempre es fácil.

Supongamos, por ejemplo, que un extranjero demandado en España haya opuesto como excepción un título, y que éste haya sido discutido por las partes y no admitido, condenando al demandado. Supongamos, además, que éste se presentase como actor ante los Tribunales de su país é incoase una acción fundada en el mismo título ante el Tribunal competente, y que obtuviese sentencia favorable: si quisiera después de ejercitar esta sentencia en España, podría surgir una cuestión gravísima si se opusiese la excepción de cosa juzgada. Pisanelli opina que una demanda interpuesta por compensación y no admitida no puede reproducirse en otro juicio, porque se tropezaría

(1) Véase la sentencia del Tribunal de casación de Turín de 18 de Julio de 1877 (*Jurisprudencia italiana*, 1877, pág. 559) cuyo Tribunal, en el recurso entre M. Pons y F. Contie y Compañía, confirmó la sentencia del Tribunal de apelación de Milán que había negado la ejecución de las 12 de Febrero y 1º de Junio de 1872 del Tribunal de comercio y de apelación de Lyon, que habían fallado el mismo asunto decidido por los Tribunales italianos.

con el obstáculo de la cosa juzgada (1). Pero un título discutido con motivo de una excepción, y rechazada, al ser reproducido contra el mismo adversario como acción principal ¿encontraría también el obstáculo de la cosa juzgada? Respecto de este punto no todos están de acuerdo é interesa mucho dilucidar esta cuestión. Nosotros sólo haremos notar aquí que no ofrece dificultad alguna ni dudas la aceptación de la regla propuesta; pero, al aplicarla, no siempre pueden evitarse dudas al establecer que la sentencia extranjera y la de los Tribunales nacionales constituyen una respecto de otra la excepción de cosa juzgada.

Puede darse el caso de se solicite el *exequatur* de una sentencia extranjera pronunciada en un litigio todavía pendiente ante los Tribunales nacionales. ¿Deberá considerarse contrario, en este caso, al orden público, permitir la ejecución de esta sentencia extranjera?

Las leyes orgánicas de todos los países sancionan el principio de que, cuando un mismo asunto se ha promovido ante dos autoridades judiciales igualmente competentes, deberá decidirse por aquella ante la cual se haya promovido primeramente. En virtud de esta regla se admite que, en el interior de cada Estado, la excepción *litis-pendencia* es eficaz para impedir á la otra parte incoar la misma ante otro Magistrado de la misma nación. Sin embargo, no se admite generalmente que subsista la dicha excepción entre los Tribunales de diversos Estados (2.).

No creemos oportuno discutir aquí á fondo esta cuestión.

(1) *Comentarios al Código de Procedimiento sardo*, tomo 1º, parte 1ª, número 527.

(2) En Francia prevalece la máxima de que la excepción de *litis-pendencia* sólo puede utilizarse entre los Tribunales del mismo Estado. Conf. el Tribunal de apelación de Marsella, sentencia de 5 de Julio de 1824; Tribunal de Casación, sentencia de 11 de Diciembre de 1860 Bonfils, *De la competencia* núm. 86. En contra, Fœlix, núm. 182.

En Italia no están de acuerdo los jurisconsultos y la jurisprudencia. Curceri, *Comentario al Código de Procedimiento civil*, tomo 3º, pág. 746. Matirolo, *Derecho procesal civil*, tomo 6º, párrafo 803, y tomo 1º, párrafo 688. Saredo, notas en el diario *La ley*, año 1883, págs. 2 y 348. El Tribunal de apelación de

Nosotros entendemos que establecido el principio de que toda sentencia de un Tribunal competente debe tener autoridad extraterritorial de cosa juzgada, debe también admitirse como consecuencia que la excepción de *litis-pendencia* ha de considerarse eficaz cuando se promueva entre dos autoridades judiciales de Estados distintos é igualmente competentes, y para evitar las cuestiones que pudieran surgir en este punto, deberá prevalecer la jurisdicción del Magistrado del Estado ante el que primero se haya promovido el pleito, excluyendo la posibilidad de que una de las partes incoe el mismo juicio ante un Magistrado extranjero que sea igualmente competente. Estamos convencidos de que, cuando sea un hecho el acuerdo acerca de las reglas de jurisdicción internacional, podrá prescindirse de la cuestión de que nos ocupamos. En el actual estado de cosas puede darse el caso de que la excepción de *litis-pendencia* promovida ante el Tribunal extranjero sea rechazada que éste haya decidido la cuestión, y que su sentencia llegue á ser ejecutoria mientras pende todavía la *litis* ante los Tribunales del Estado donde haya de ejecutarse la sentencia extranjera.

En esta hipótesis entendemos que, principalmente cuando se promueva el litigio ante el Magistrado nacional, aun considerando también como indudable la competencia del Tribunal extranjero, puede, sin embargo, negarse el *exequatur* por razones de orden público, sin que valga aducir que debe prevalecer la autoridad de la cosa juzgada, pues parecerá contrario al orden público territorial admitir que una sentencia extranjera pronunciada mientras pende la *litis* ante los Tribunales nacionales, pueda tener en el Estado mayor autoridad que la de los Tribunales nacionales que habian de conceder el *exequatur*.

Aceptando nuestro orden de ideas, esto es, que la excepción Turín, en sentencia de 19 de Enero de 1866, sostiene que la excepción de *litis-pendencia* puede autorizarse entre Tribunales de distintos Estados, cuando así se haya convenido por medio de un tratado. El Tribunal de apelación de Milán sostiene lo contrario en sus sentencias de 19 de Agosto de 1867 y 10 de Julio de 1868. *Monitore dei Tribunali*, págs. 446 803.

de *litis-pendencia* debe prevalecer entre Tribunales de diversos Estados, puede resolverse la dificultad que surgiría en caso de que se dictasen dos sentencias contrarias por dos Tribunales extranjeros, cuya ejecución se exigiese en el Estado. Este caso se presentó en Francia á propósito de dos sentencias contrarias pronunciadas, una por un Tribunal ruso, y la otra por un Tribunal suizo. El Tribunal de apelación de París decidió que correspondía al Juez francés, en vista de los autos, apreciar y resolver cuál de las sentencias debía ejecutarse, excluyendo la otra (1). Estando allí admitido el examen en el fondo para conceder el *exequatur* á la sentencia extranjera, tuvo razón el Tribunal citado al decidir como lo hizo; pero en el sistema por nosotros defendido, suponiendo incuestionable la competencia de ambos Tribunales, debería darse la preferencia á la sentencia de aquel que antes hubiese empezado á conocer de la *litis*.

Tócanos ahora examinar cuándo puede negarse autoridad á una sentencia extranjera por la consideración de que su contenido lleve consigo una ofensa al orden ó al derecho público territorial.

Respecto de esta justa limitación, conviene fijarse bien para evitar equivocaciones.

El derecho y el orden público de un Estado no pueden considerarse lesionados admitiendo la eficacia de una sentencia extranjera dictada aplicando leyes contrarias á las de orden público vigentes en el Estado, sino que es necesario que las consecuencias que quieran deducirse de la ejecución de la sentencia extranjera lleven consigo la lesión de las citadas leyes. Para expresarnos con claridad, diremos que sólo debe admitirse la excepción, cuando las consecuencias que se derivan de la cosa juzgada en el extranjero, ó los hechos á que se quiere que dé origen dicha ejecución, estén en abierta oposición con los principios de orden y de derecho público, y no cuando la *regla de derecho* que el juez extranjero haya aplicado al dictar el

(1) París 12 de Mayo de 1873; Clunet, *Journal*, 1875, página 189.

fallo sea contraria á una ley de orden público del Estado en que se le quiera hacer valer. (1)

De la aplicación de esta regla puede deducirse, que una sentencia extranjera que haya declarado la paternidad natural á consecuencia de las indagaciones hechas por el hijo contra su padre, y la prueba de la paternidad natural permitida con arreglo á la ley extranjera pueden declararse eficaces en un Estado en donde la ley vigente prohíba esta indagación, y de aquí que el hijo pueda promover el *exequatur* de dicha sentencia para hacer valer sus derechos, como por ejemplo, para obligar á su padre á prestarle los alimentos. Y no se diga, en esta hipótesis, que estando prohibida la indagación de la paternidad por la ley territorial por razones de orden público, resultaría éste lesionado atribuyendo eficacia á una sentencia que haya permitido dicha indagación prohibida por la ley territorial; porque no se trataría de aplicar dicha ley extranjera para efectuar las indagaciones prohibidas por la ley nacional, sino de sacar las consecuencias legales del reconocimiento forzoso, que es en este caso por sí mismo un hecho jurídico perfectamente legal, porque se había engendrado en un país en donde la ley vigente lo autorizaba. ¿Puede acaso mantenerse que es contrario al orden público reconocer los derechos de un hijo natural legalmente reconocido?

Puede considerarse lesionado el orden público cuando el hecho que mediante la sentencia extranjera trata de establecerse es en sí mismo contrario á una ley de orden público. Así, por ejemplo, si una ley extranjera permitiese las indagaciones de la paternidad aun en el caso que de ella pudiera resultar la prueba de la filiación adulterina, y el Tribunal extranjero hubiese declarado padre á instancia del hijo, á un italiano casado, y en el supuesto de que esta sentencia se quisiese ejecutar en Italia contra dicho italiano casado; sería evidente la lesión de nuestra ley de orden público, que no permite el reconocimiento del hijo adulterino. En tal hipótesis sería el hecho en sí mismo, ó sea la relación de filiación adulterina, el que ofen-

(1) Vease mi obra *Efectos internacionales de las sentencias* (parte civil), párrafo 57.

dería una ley italiana de orden público. En el mismo sentido debería resolverse la cuestión si la sentencia de un Tribunal extranjero que hubiere pronunciado el divorcio quisiera llevarse á efecto en un Estado cuya ley no lo admita.

Supongamos el caso que ofrece mayores dificultades, esto es, el de una mujer italiana ó española casada con extranjero ciudadano de un país en donde según la ley esté admitido el divorcio, que habiéndose convertido esta mujer en una extranjera á consecuencia del matrimonio, se hubiese pronunciado el divorcio por el Juez competente, y que esta sentencia se quisiera ejecutar después en Italia ó en España á fin de hacer valer los derechos que se derivan de la disolución del matrimonio, como, por ejemplo, para proceder á la separación de los bienes ó para remover el obstáculo de poder celebrar nuevas nupcias. ¿Podrá en tal caso aducirse que no admitiendo la ley vigente en Italia el divorcio debía considerarse contrario al orden público el reconocer eficacia en este país á una sentencia extranjera que hubiere pronunciado el divorcio?

Así parece á primera vista, porque considerando que por un verdadero ó supuesto principio de orden público dispone el legislador italiano que no es lícito disolver el matrimonio válido salvo el caso de muerte de uno de los cónyuges, al admitir una ley extranjera que disponga que un matrimonio válido puede ser legalmente disuelto mediante sentencia de un Magistrado que pronuncia el divorcio, traería consigo una ofensa al orden público interior. Sin embargo, examinando más detenidamente la cosa, se llega necesariamente á la conclusión contraria.

No pretendemos impugnar que la ley que permite ó prohíbe el divorcio sea por su naturaleza una ley de orden público interior, y por esto no estamos de acuerdo con los que sostienen que en el actual estado de la legislación, los extranjeros casados pueden presentarse ante el Tribunal italiano, para que éste pronuncie su divorcio con arreglo á su ley nacional. Esto parece opuesto á nuestra ley que, no admitiendo la institución del divorcio, resultaría infringida si en virtud de una ley extranjera pudiera regir en Italia una institución que en nuestra ley no reconoce y aun prohíbe.

Pero la cosa varía de aspecto en el caso en que el divorcio

se haya pronunciado en el extranjero y entre extranjeros sometidos á la ley que lo permite. La disolución del matrimonio debe considerarse, respecto de éstos, como un acto jurídico y legal. Basta, en efecto, tener en cuenta que la ley del divorcio, aunque inspirada en razones de orden público, tiende á regular el estado de las personas y las relaciones de familia, y no se le puede, por tanto, negar la autoridad de tal respecto de las personas sometidas al imperio del legislador. Parece, pues, evidente que, en la hipótesis propuesta, se habría pronunciado el divorcio entre personas sujetas á la autoridad de la ley que lo permite, y que, por consiguiente, no podría por menos de reconocerse la disolución del vínculo matrimonial, como un acto verificado legalmente en el extranjero. No puede, pues, haber ofensa para el orden público por el mero hecho de conceder el *exequatur*, la sentencia de divorcio ó regulando con arreglo á ella los derechos de los cónyuges divorciados, porque en realidad no puede considerarse contrario al orden público interior el admitir las consecuencias jurídicas de un acto también jurídico, legalmente realizado en el extranjero.

Para mantener la opinión contraria, habría necesidad de suponer un absurdo, esto es, que la ley italiana, que es la que debe regir las relaciones de nuestra familia, puede tener autoridad para decidir las relaciones de familia en el extranjero, suponiendo además que el legislador italiano tiene el monopolio de la moral, y que sólo porque la ley vigente en Italia, no debe existir el divorcio en nuestro territorio, no puede tampoco tener efecto legalmente en cualquiera otra parte del mundo.

De lo dicho se deduce claramente que el conceder el *exequatur* á una sentencia de un Tribunal extranjero competente que haya pronunciado el divorcio entre extranjeros, no puede considerarse contraria al orden público interior.

Cuando resultaría indudablemente la ofensa á este orden, sería si se pretendiese ejecutar una sentencia de divorcio pronunciada por un Tribunal competente con arreglo á la *lex fori*, pero no con arreglo al Derecho internacional.

Supóngase, para mayor claridad, que dos españoles domiciliados en uno de los países de América en que se considera suficiente para decretar el divorcio entre extranjeros, que la

parte que inicie la acción tenga allí su domicilio y que la causa en que funde su demanda de divorcio haya tenido lugar en dicho país.

Si se pidiese después la ejecución de semejante sentencia en Italia, sería contrario al derecho público interior declararla ejecutoria; pues además de la cuestión de competencia de los Tribunales extranjeros en lo que se refiere al estado y á las relaciones de familia que antes hemos apuntado y que excluiría en este caso la competencia de los Tribunales americanos respecto de las relaciones de una familia española, si la competencia quisiera justificarse por la *lex fori*, como el legislador italiano ha sancionado la regla de que el estado y las relaciones de familia deben regirse por la ley nacional de cada individuo, y como según la ley española no puede disolverse el matrimonio por medio de divorcio, sería contrario al orden público interior atribuir autoridad de cosa juzgada á una sentencia extranjera en oposición con los principios de Derecho internacional, sancionados por el legislador italiano.

Con más razón debería, pues admitirse nuestro principio si se tratase de la ejecución de dicha sentencia en España, puesto que no siendo lícito á los ciudadanos de un país someterse á las leyes extranjeras para legitimar hechos y relaciones jurídicas prohibidas de un modo absoluto por su ley nacional, sería más evidente la lesión de derecho público territorial si en virtud de una ley extranjera pudiera disolverse el matrimonio entre españoles, fuera de los casos marcados por la ley española.

Este principio sería también aplicable en el caso en que se hubiese pronunciado el divorcio entre franceses, por un Tribunal extranjero, por una causa que no estuviere consignada en la vigente ley francesa sobre el divorcio.

Entendemos, pues, que debe generalizarse nuestra teoría, estableciendo como regla: que no puede tener eficacia extraterritorial una sentencia pronunciada contra lo terminantemente prescrito por los principios del Derecho internacional privado. Esta regla sólo puede aplicarse en la actualidad en los Estados en que se hallen codificados los principios del Derecho internacional, como sucede en Italia en donde el legislador ha fija-

do y sancionado los principios mencionados, debiendo, por tanto, reputarse contrario al orden público interior el ejecutar una sentencia extranjera en la que se hayan violado los preceptos de Derecho internacional privado relativo al estado de las personas y á las relaciones de familia sancionados por nuestro legislador, porque éstos forman parte del derecho público territorial. Por consiguiente, habiendo sancionano el legislador italiano la regla de que las relaciones de familia deben regirse por la ley personal del marido, no podría declararse ejecutoria la sentencia de un Tribunal extranjero, por la que se hubiesen sometido las relaciones de una familia francesa á una ley que no podría tener autoridad respecto de la misma. Tal sería el caso de divorcio entre franceses pronunciado de conformidad con la ley extranjera, por una causa por la que no haya lugar á dicha separación según la ley francesa. Lo mismo sucedería en la hipótesis de que se hubiese dictado una sentencia por un Tribunal extranjero, por la que se hubiera anulado un matrimonio aplicando la ley local y violando la regla de Derecho internacional privado, que establece que el estado de las personas debe regirse por la ley personal de cada una. Esta puede ser la ley personal ó la del domicilio; pero si no se hubiese aplicado una ni otra y el Tribunal hubiere hecho aplicación de la *lex fori*, resultará evidente que el atribuir autoridad territorial á esta sentencia pronunciada en oposición á los principios del Derecho internacional traería consigo en Italia una ofensa al derecho público interior; por lo cual parece que puede negarse con razón en este caso el *exequatur*.

Aun más aplicación podrá tener nuestra teoría cuando los Estados se pongan de acuerdo acerca de las reglas relativas al estado de las personas, á la capacidad jurídica de las mismas, á las relaciones de familia, á la sucesión, etc.; pues entonces deberá admitirse que una sentencia extranjera pronunciada contra los principios declarados por el común consentimiento de los Estados, principios de Derecho común internacional, no podrá tener eficacia extraterritorial cuando se haya dictado con violación del Derecho internacional privado establecido por dicho común consentimiento.

Debemos examinar, finalmente, el caso en que la forma de

ejecución decretada por el Juez ó Tribunal extranjero esté en oposición con el derecho público territorial.

Por regla general conviene establecer que, respecto de la ejecución de la sentencia, debe proveer el Juez que haya conocido del asunto, según el aforismo jurídico *judex cognitionis est judex executionis*. Cuando las providencias ejecutivas deban producir su efecto en país extranjero, deberán aplicarse las leyes procesales allí vigentes para proceder á los actos ejecutivos, y éstos sólo podrán comenzar cuando el Magistrado local competente haya declarado ejecutoria la sentencia extranjera.

Debemos notar, sin embargo, que cuando la sentencia extranjera haya sido declarada ejecutoria, adquiere la misma fuerza jurídica de una sentencia de los Tribunales del Estado, aun en lo que respecta á los actos de ejecución decretados por el Juez extranjero. El acreedor sólo deberá proceder á la ejecución con arreglo á la ley territorial; pero como puede darse el caso de que la providencia ejecutiva decretada por el Juez extranjero no puede tener efecto sin violación de una ley territorial de orden público, en este caso puede el Tribunal territorial modificar ó suprimir dicho medio de ejecución si se halla en oposición con el derecho público territorial. Esto sucedería, por ejemplo, en el caso de una sentencia extranjera que hubiese autorizado la prisión del deudor por una obligación comercial, y que se tratara de ejecutar en un país en donde según la ley vigente no esté permitido el apremio personal ó prisión por deudas. Lo mismo ocurriría en el caso de una sentencia que hubiese decretado la apelación al auxilio de la fuerza armada para conducir la mujer al domicilio del marido, ó para que ésta entregue los hijos, cuando dicha sentencia haya de ejecutarse en un país en donde según la ley vigente no esté permitido este medio de ejecución.

Este caso se ha presentado en Italia en el litigio Rosset contra Rosset. Tratábase de un marido francés á quien una sentencia del Tribunal de primera instancia y del de apelación de Bourdeaux, había autorizado á obligar á su mujer, hasta apelando á la fuerza armada, á volver al domicilio conyugal ó á entregar al padre los hijos. No permitiendo la ley italiana emplear medio alguno de coacción personal contra la mujer, nació naturalmente la cuestión de si la sentencia francesa podía eje-

cutarse en Italia, empleando la fuerza pública. No creemos oportuno discurrir acerca de los particulares de este caso concreto (1). En el terreno de los principios, debe notarse que las leyes concernientes á la libertad personal son eminentemente de orden público, por lo que no debe admitirse que pueda imponerse ninguna clase de limitación á la libertad de las personas que viven en un Estado, sino en los casos previstos por la ley territorial y con arreglo á lo que ésta misma dispone para estos casos. El tribunal territorial que no pueda negar el *exequatur* á una sentencia extranjera, puede, sin embargo, decidir que no debe tener lugar un determinado medio de ejecución cuando á él se oponga una ley territorial de orden público. En tal caso podrá el Tribunal territorial limitar la ejecución á lo que sea compatible con el derecho allí vigente, y podría, por ejemplo, declarar que una sentencia extranjera que hubiere autorizado al acreedor para servirse acumulativamente de los medios de ejecución real y personal, pueda limitarse á la primera, ó sea á la ejecución real. Cuando el medio de ejecución sea uno sólo y no esté consentido por la ley territorial, no puede el Tribunal hacer otra cosa que declarar inejecutable la sentencia, dejando á las partes el cuidado de pedir al Tribunal competente nuevos expedientes ó medios para que la ejecución pueda llevarse á cabo.

Fundándonos en estos principios, entendemos que una sentencia extranjera que haya autorizado el medio de recurrir á la fuerza armada para hacer volver los hijos menores á la casa paterna, no puede ejecutarse sin violación del derecho público territorial en Italia, donde según la ley vigente, no es lícito hacer uso de la fuerza pública en tales casos.

Los requisitos intrínsecos de que hasta ahora nos hemos ocupado, son los que no deben faltar en una sentencia extranjera cuando haya de atribuirse á la misma la autoridad de la *res ju-*

(1) Veanse las sentencias del Tribunal de Casación de Roma de 10 de Abril de 1878, en el *Foro italiano* del mismo año, págs. 519 y 533, las notas á dichas sentencias puestas por Rossi en aquella publicación; la Memoria de Pescatore en el *Giornale delle leggi*, 1878, núm. 19; la nota de Vattel en el *Journal du Droit int. privé*, 1877, págs. 515 y 523.

dicata. El hecho de determinar el tribunal competente para examinar y decidir si una sentencia extranjera reúne ó no los requisitos indispensables para poder ser ejecutada en el Estado, corresponde á cada ley territorial, así como el establecer el procedimiento conveniente para que se declare ejecutoria una sentencia extranjera y todo lo concerniente á las formalidades, oposiciones, grados de jurisdicción y reglas para resolver las cuestiones que puedan surgir en lo referente al *exequatur*. Todas estas cuestiones son del dominio de cada ley interior y no interesa discutir las.

Únicamente debemos notar que, según los principios racionales, sólo debe considerarse necesario el *exequatur* en el caso de que la sentencia que se pretenda ejecutar tenga el carácter de sentencia extranjera, y siempre que se esté en el caso de atribuirle la fuerza jurídica de la *res judicata*, y no sólo cuando haya de procederse á los actos ejecutivos, como erróneamente han opinado algunos.

El carácter de sentencia extranjera deberá atribuirse siempre á la pronunciada por un tribunal ó Juez de otro país, no pudiendo reputarse como tales las sentencias de los Cónsules y tribunales consulares nacionales pronunciadas en países extranjeros, en los que por virtud de tratados ó de la costumbre esté admitida la jurisdicción consular. Por la misma razón no pueden calificarse de extranjeras las sentencias pronunciadas durante la ocupación militar, si el Gobierno provisional del territorio extranjero ocupado estuviese constituido en nombre de la soberanía de la nación ocupante. Por el contrario, si en una parte del territorio nacional se hubiese verificado la ocupación militar en nombre de la soberanía extranjera, y el Gobierno provisional estuviese constituido también en nombre de la misma y hubiese modificado las leyes relativas á los juicios, deberían considerarse extranjeras las sentencias dictadas por aquellos Tribunales durante el interregno.

Quando se haya verificado la anexión de una ó varias provincias á consecuencia de un tratado de paz y se pretenda ejecutar en las provincias anexionadas una sentencia dictada con anterioridad á la anexión, deberá considerarse también esta sentencia como extranjera, siempre por la razón de que aun-

que pronunciada en el mismo país en que fué dictada debe ser ejecutada allí cuando imperaba otra soberanía, y por consiguiente, por una jurisdicción respecto de la soberanía que ha de conceder la ejecución, debe reputarse extranjera.

Los tribunales italianos, llamados á decidir si las sentencias dictadas por los de Parma y Lombardia y por los Estados Pontificios antes de la anexión de aquellas provincias al reino de Italia, debían hallarse ó no sujetas al *exequatur* para poder ser ejecutadas en las mismas provincias, sostuvieron la negativa, considerando: que no podía quitarse á la cosa juzgada su originaria fuerza ejecutiva; que, por otra parte, no podía desconocerse el derecho reivindicado por los particulares que habían obtenido aquellas sentencias, de ejecutarlas sin otros requisitos; que era, finalmente, incorrecto que el mismo Magistrado que había dictado la sentencia, debiera, en ciertos casos, ser llamado á revisarla. Esta teoría ha sido defendida después por muchos jurisconsultos (1).

Nosotros entendemos que, en el terreno de los principios, no es aceptable, porque la reunión de un Estado ó de una provincia á otro Estado no puede tener efecto retroactivo, ni hacer que deban considerarse como sentencias nacionales las que, en el momento en que fueron dictadas, lo fueron por una jurisdicción extranjera. Una vez variado por el hecho de la anexión, el derecho y el orden público territorial, es siempre indispensable, cuando sea necesario ejecutar una sentencia pronunciada antes de la anexión examinar si su contenido es contrario al derecho y al orden público territorial en el momento en que se trate de ejecutarla.

Según este mismo orden de ideas, si en lugar de la anexión se hubiese verificado la separación de una parte del territorio, las sentencias emanadas de los tribunales de las regiones separadas, no podrían calificarse de extranjeras respecto del Esta-

(1) Véase Ricci, *Procedura civile*, tomo III, núm. 586; Saredo, *Institutione di procedura civile*, tomo II, pág. 1514; Gianzana, *Lo straniero nel diritto civile italiano*, tomo I, parte tercera, § 47; y en contra mis obras *Efectos de las sentencias civiles de los Tribunales extranjeros*, § 152 y siguientes, y *Disposiciones generales de las leyes*, tomo II, § 906.

do contra el que la separación se hubiese verificado. Por esto ha sostenido con razón el Tribunal del Sena, que no puede calificarse como sentencia extranjera, respecto de Francia, la dictada por el Tribunal de Génova cuando esta región formaba parte del territorio francés, no obstante haber tratado de ejecutarse después que Génova se había separado de Francia y reunido al Piamonte (1).

Hemos dicho que el *exequatur* debe considerarse necesario siempre que se trate de atribuir la autoridad de cosa juzgada á la sentencia extranjera. Algunos jurisconsultos italianos opinan lo contrario (2), y sostienen que sólo cuando se trate de proceder á los actos ejecutivos propiamente dichos (ejecución mobiliaria, inmobiliaria ó personal, cesión de muebles ó de inmuebles y otras análogas), es indispensable el *exequatur*, porque fuera de este caso falta la razón política y la jurídica para el juicio de *exequatur*. Debemos observar en contra de lo dicho, que cuando se trate de atribuir á la sentencia extranjera la fuerza jurídica de la *res judicata*, equivale ésta á la ejecución, y que esto no puede tener lugar hasta que el Tribunal territorial competente haya examinado y decidido que no carece aquella de los requisitos indispensables para atribuirle autoridad de cosa juzgada.

No significa esto que nosotros impugnemos que la sentencia extranjera tenga todos los caracteres del acto auténtico, y que como tal deba tener valor probatorio sin necesidad de *exequatur*. Podemos, sin embargo, admitir este principio, cuando la sentencia extranjera se haya presentado con el solo objeto de establecer ciertos hechos jurídicos y suministrar la prueba correspondiente. Supongamos, por ejemplo, que el tribunal competente haya pronunciado la interdicción ó la separación de los cónyuges, ó que haya declarado la quiebra y nombrado síndicos autorizándolos para hacer efectivos los créditos del quebra-

(1) Tribunal del Sena de 24 de Julio de 1815. Conf. Moreau, *Efectos internacionales de las sentencias*, § 68.

(2) Véase Mattiolo, *Diritto giudiziario*, tomo VI, § 751 y 769; Rossi, *La ejecución de las sentencias extranjeras*, cap. IV, § 2.º, pág. 43.

do, y que una de estas sentencias se presente en un país extranjero á fin de establecer la incapacidad del interdicto para obligarse y hacer que se reconozca la autoridad del tutor que se ha nombrado, ó que la mujer casada extranjera presente la sentencia de capacidad personal con el único objeto de establecer que no necesita autorización del marido para poderse obligar válidamente. En estos y otros casos semejantes no puede negarse que la sentencia extranjera debe tener la fuerza probatoria de auto auténtico, sin necesidad del *exequatur*. Pero si la autoridad de dicha sentencia fuese impugnada por la parte interesada ó por terceros, de modo que venga á suscitarse la cuestión de la existencia misma de la cosa juzgada, en este caso, aunque no se trate de proceder á ciertos actos ejecutorios para los que se exija la intervención de la fuerza pública y de la autoridad local, opinamos, sin embargo, que no puede concederse á una parte fundar en oposición á la otra la excepción de cosa juzgada sobre una sentencia extranjera, hasta que ésta haya sido reconocida eficaz por el Tribunal competente para decretar el *exequatur*.

Conviene advertir que el atribuir á la sentencia extranjera la fuerza jurídica que le corresponde, equivale siempre á darle fuerza ejecutiva, y que para esto, no es necesario que se trate de la ejecución mobiliaria, inmobiliaria ó personal. Siempre que se reconoce la autoridad y la eficacia de una sentencia extranjera en cuanto atribuye ó modifica derechos personales, ó estatuye sobre negocios ó actos jurídicos, viene á atribuirse á la misma cierta fuerza, si no al menos efectiva y jurídica, y como esto equivale á darle fuerza material, ejecutiva, no puede admitirse sino á condición de que reuna aquella los requisitos intrínsecos que hemos demostrado son indispensables para que una sentencia tenga autoridad extraterritorial de cosa juzgada.

Los principios anteriormente expuestos relativos á la autoridad de las sentencias, deben aplicarse á todas las dictadas por un Tribunal extranjero, con tal que sean definitivas y susceptibles de ejecución, con arreglo á la *lex fori*, sin que sea necesario, como ya hemos dicho, hacer distinción alguna en el caso de que se halla dictado contra un ciudadano del Estado en que después se pida el *exequatur*.

Entendemos que sólo debe hacerse una excepción en el caso en que la sentencia extranjera se halla dictado, aplicando la ley del Estado en que después se quiere ejecutar aquella. En este caso, si el Tribunal extranjero hubiese aplicado mal el derecho, esto es, hubiese incurrido en error legal al decir, podrá ser este error un motivo para oponerse á la concesión del *exequatur*. La oposición podría hacerse por la parte misma interesada ó por el Ministerio público, y el Tribunal podría decidir esta cuestión de derecho y negar el *exequatur*, puesto que al aplicar el Tribunal extranjero el derecho del Estado en que debe hacerse valer la sentencia, había cometido error respecto de la existencia del derecho vigente.

Parece evidente que cuando la razón principal de la decisión haya sido la de considerar existente una ley determinada ó un principio de derecho positivo, y el Tribunal se haya equivocado, no podrá el del Estado considerar la sentencia extranjera como subsistente y reuniendo los efectos de la *res judicata* ni concederle el *exequatur*.

Conviene, sin embargo, fijar mucho la atención para no entender mal esta regla. No intentamos sostener que el tribunal nacional pueda examinar si el Magistrado extranjero ha aplicado rectamente ó no el derecho vigente en el Estado en que se ha pedido el *exequatur*, pues esto equivaldría á atribuir al mismo la facultad de examinar el fondo de la decisión ejerciendo las atribuciones de un Tribunal de Casación á quien corresponde examinar si se ha aplicado ó no debidamente la ley, ó si la que era aplicable ha sido ó no violada al hacer la aplicación de la misma, á lo cual debe proveer cada legislación interior, estableciendo los diversos grados de jurisdicción para reparar la indebida aplicación de una ley existente. El error á que nos referimos es el relativo á la existencia misma de la ley y del derecho y supone el caso en que el Magistrado extranjero haya resuelto un litigio aplicando la ley del Estado en que la sentencia debe ejecutarse ó producir sus efectos. Sólo en este caso es en el que admitimos que el Tribunal del Estado al cual se haya pedido el *exequatur*, puede con razón negarlo.

En el Código de Procedimiento civil portugués de 8 de Octubre de 1876, cuyos artículos 1087 á 1091 regulan la ejecución

de los fallos extranjeros, hallamos una disposición en armonía con dicho principio. Este Código enumera en efecto, entre las oposiciones que pueden hacerse en el juicio de *exequatur* de una sentencia extranjera, la de que ésta se haya pronunciada contra un portugués, aplicando mal el derecho civil de esta nación cuando la cuestión deba resolverse con arreglo á las disposiciones de este derecho.

No aceptamos, sin embargo, esta regla en absoluto, porque esto equivaldría á justificar la revisión en el fondo respecto de la recta aplicación de la ley. Opinamos que esta regla del Código mencionado deberá restringirse al caso en que habiendo decidido, por ejemplo, el tribunal extranjero la litis aplicando el derecho español se hubiere equivocado respecto del derecho vigente en España, y la sentencia dictada por él hubiere de ejecutarse en esta misma nación. Sólo en esta hipótesis consideramos bien fundada la denegación del *exequatur* por un tribunal español, pero cuando el Magistrado extranjero no haya incurrido en tal error y la parte aduzca sin embargo que aquél se ha equívocado al aplicar la ley española al acto controvertido, no podemos admitir, teniendo en cuenta el principio por nosotros sentado, que el Tribunal español pueda examinar la debida aplicación de la ley, porque esto llevaría consigo la revisión en el fondo, y equivaldría á asumir, respecto de los Tribunales extranjeros que hayan decidido en todos los grados de jurisdicción, la posición y los derechos de un Tribunal de Casación. Toda sentencia extranjera que reúna los requisitos extrínsecos ó intrínsecos de que hasta ahora nos hemos ocupado y que haya sido declarada ejecutoria por el Tribunal territorial competente, deberá tener la misma fuerza jurídica que una sentencia de los Tribunales del Estado.

Para que los principios por nosotros expuestos puedan convertirse en reglas de derecho positivo, sería oportuno que los principales Estados civilizados estipulasen un tratado constituyendo una especie de *Unión* como lo han hecho respecto de la protección de la propiedad industrial, de las reglas relativas al abordaje, y de otras materias de interés común.

Hé aquí cómo entendemos nosotros que debían resumirlos en el siguiente:

PROYECTO DE TRATADO INTERNACIONAL
PARA LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS.

Protocolo preliminar.

En este protocolo convendrá establecer:

- a) Las reglas relativas á la jurisdicción internacional de los Tribunales (1),
- b) Las reglas relativas á la citación de los extranjeros ausentes (2).

Art. 1º Las sentencias pronunciadas por los tribunales respectivos de los Estados que forman parte de la *Unión*, tendrán, en todos los territorios de los demás, la fuerza jurídica de la *res judicata*, y cuando sean definitivas y ejecutorias, según la ley del Estado en que fueron dictadas, deberán reputarse eficaces y ejecutorias en los demás países de la *Unión*, sin más condición que la del *exequatur* concedida por el tribunal territorial competente, lo mismo cuando se hayan pronunciado contra un ciudadano del Estado que contra un extranjero.

Art. 2º El tribunal competente para conceder el *exequatur*, no deberá volver á examinar el fondo del litigio, sino que se limitará únicamente á inspeccionar si la sentencia extranjera reúne los requisitos legales para atribuirle eficacia extraterritorial.

Art. 3º Los requisitos exigidos para la eficacia extraterritorial de las sentencias, serán:

(1) Véase lo dicho anteriormente, págs. 98 y 101. También deberá formar parte del acuerdo la regla de la excepción de la *litis pendencia*.

(2) Véase lo dicho en las págs. 241 y siguientes.

a) Que se haya dictado por el tribunal competente teniendo en cuenta las reglas de jurisdicción internacional acordadas entre los Estados de la *Unión*, á fin de determinar la competencia de los tribunales de los distintos países;

b) Que la parte haya sido legalmente citada y haya estado legalmente representada, ó se la haya declarado en rebeldía con arreglo á la ley, teniendo en cuenta las reglas para la citación de los extranjeros ausentes, acordadas entre los Estados de la *Unión*;

c) Que la sentencia no carezca por completo de motivos y que no se noten contradicciones evidentes en su parte positiva;

d) Que no se haya dictado violando las reglas del Derecho internacional privado, cuando éstas se hayan acordado también en los Estados de la *Unión*.

Art. 4º Podrá negarse el *exequatur*:

a) Cuando las consecuencias legales que de la sentencia quieran deducirse ó el hecho jurídico que en ella quiera fundarse, sean contrarios al orden público ó al derecho público territorial;

b) Cuando habiéndose pronunciado la sentencia contra un ciudadano del Estado y habiendo decidido el Juez extranjero aplicando la ley de este Estado, haya cometido error respecto del derecho vigente en el mismo;

c) Cuando el medio de ejecución decretado por el Juez extranjero, esté prohibido por la ley territorial.

Art. 5º Las formas y los procedimientos para la ejecución deberán regirse por la ley del lugar en donde deba ejecutarse la sentencia.

Art. 6º El *exequatur* será siempre necesario para que la sentencia extranjera tenga la fuerza jurídica de la *res judicata*, salvo siempre el valor de la misma como acto auténtico y la fuerza probatoria que como tal tenga.

Art. 7º La sentencia extranjera provista del *exequatur* tendrá la misma fuerza jurídica que una sentencia de los tribunales del Estado, ya se trate de su ejecución, ya se invoque sólo para los efectos de la cosa juzgada.

Art. 8º Las reglas relativas á la competencia y á las jurisdic-

ciones territoriales y de los Tribunales que deben conceder el *exequatur* acerca del juicio en que éste haya de acordarse ó negarse y de los grados de jurisdicción del mismo, así como las relativas á las oposiciones, incidentes y recursos en el procedimiento ejecutivo, serán del dominio exclusivo de cada ley territorial.

PASQUALE FIORE,

Profesor ordinario de la Universidad de Nápoles.

EL RECURSO DE INDULTO

CON RELACIÓN Á LOS PROCESOS DE VICENTE PÉREZ
Y DE PEDRO ESTRELLA.

Aceptando por completo que la *cosa juzgada* es una excepción de orden público que sólo se refiere á la misma causa, á la misma persona y al mismo objeto; y que por consiguiente condenado un hombre, puede ser juzgado y condenado otro por el mismo delito, aunque sólo haya un autor; pasamos únicamente á estudiar la cuestión del indulto para quien corresponda, emitiendo humildemente nuestra opinión.

Estableciendo el art. 287 del Código Penal en la parte final de la frac. 1^a, la posibilidad de que un individuo resulte inocente después de haber sido declarado culpable de un delito común (cuya pena priva de la libertad) por sentencia irrevocable, claro es, que el error judicial cometido debe repararse por el mismo medio que la ley citada señala, es decir, por el recurso de indulto. Esta prescripción de la ley, descansa en una de las verdades cuya comprobación se obtiene diariamente: *La falibilidad del humano juicio*. Con ocurrir á la historia de los tribunales judiciales, se convencerá el ánimo más preocupado, de que, de la mejor buena fe se puede herir por la autoridad, *la honra, la libertad y la vida del hombre*.

Seguramente los autores del Código Penal en el artículo citado, procuraron hasta donde lo consienten el buen orden de la Administración de Justicia y el prestigio que debe rodear á la *cosa juzgada*, un remedio á la flaqueza del entendimiento humano. Atribuir otros orígenes á esta disposición legal, no se aviene ni

con su texto expreso, ni lo que es más, con la naturaleza del recurso que crea. En efecto, al establecer que un condenado en sentencia irrevocable, tiene como derecho la petición del indulto cuando aparece posteriormente inocente, se han consagrado dos principios: Primero, la sentencia que lo condenó permanece con todos los respetos que le son debidos, ya que no es susceptible de revisión ó revocación en forma; judicialmente continúa siendo la última y suprema palabra pronunciada en el proceso. Segundo, pero como esos respetos no han de llegar á sacrificar los bienes más estimados del hombre, que según la declaración de la Carta Magna de 57 «son la base y el objeto de las instituciones sociales;» cuando por pruebas bastantes se llega á acreditar suficientemente que la verdad legal tuvo su raíz en el error, entonces y en el orden administrativo se ha creado el recurso del *indulto necesario*. Pues con él, remediándose el mal, no se cae en el inconveniente de abandonar la *cosa juzgada* á los ataques que pudieran dirigirsele con maliciosos intentos.

Siendo por consecuencia natural y lógico suponer de más grave peso las resoluciones que se dictan por los tribunales, mientras más razones, testimonios y documentos puedan tener á la vista, es necesario concluir: que en materia penal, las resoluciones que prestan más garantías de acierto, son aquellas que se fundan en más numerosos elementos de verdad; cuando después de haberse dilucidado en un proceso la culpabilidad de un hombre, vuelve esta á discutirse aunque indirectamente en otro proceso posterior, en virtud de atribuirse el mismo hecho criminoso á distinta persona (como en el caso de Vicente Pérez y de Pedro Estrella, procesados y condenados separadamente y en orden sucesivo por el homicidio de José María Aguilar), y cuya averiguación previene la ley no obstante haberse declarado legalmente la culpabilidad del primero. Artículos 1, 2, 11, 12, 28, 30, 35, 36, 40, 41, 44, 45, 71, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 340, 347, 209, 414 y 415 del Código de Procedimientos Penales; 51 y 73 de la ley de Organización de Tribunales, 253 y 378 del Código Penal y 126, 1 y 24 de la Constitución de 1857; todos citados con fidelidad por el Agente del Ministerio Público, en su alegato ante la segunda sala del Tribunal Superior de Justicia, en la vista en apelación de la causa instruida á Pedro Estrella; además de los

tratados de derecho criminal filosófico y de leyes extranjeras.

Ningún espíritu tranquilo y razonador puede desconocer, que los funcionarios públicos en la prosecución de tales investigaciones, caminan con más cuidado, el análisis se extrema, y sobretodo, los elementos de prueba sobre estar más depurados, seguramente son más numerosos; *pues á los del primer proceso hay que añadir los del segundo.* En esa virtud y por regla general, las resoluciones posteriores deben servir de norma y de criterio para la concesión del indulto necesario respecto del primer condenado; pues además de lo dicho: en el segundo proceso el tribunal ha podido establecer una comparación de cuya luz forzosamente ha estado privado en el primer caso. *La comparación entre la prueba rendida en el primer juicio y la obtenida en el segundo, ninguno puede apreciar con más acierto el respectivo vigor de cada una de ellas, que el tribunal que tiene á la vista ambas* (como tuvo la del proceso de Pérez y la del de Estrella juntamente, el jurado del pueblo que por la unanimidad de once votos, declaró culpable á Estrella del homicidio de José María Aguilar y por el que anteriormente fué condenado Pérez por mayoría de ocho votos).

Tan poderosas razones se encuentran corroboradas por la práctica extranjera de las naciones mas cultas, que ha instituido un tribunal revisor que es dueño y tiene el deber de armonizar dos condenaciones, ambas legalmente pronunciadas, y cuyos términos constitutivos mutuamente se destruyen y no consienten su coexistencia en el campo de la verdad, por estar apartados por la contradicción más completa. En la legislación mexicana, obedeciéndose tal vez á la herencia jurídica que nos dejaron otros tiempos, en vez de la constitución de un semejante tribunal, no se encuentra más que la facultad concedida *al Presidente de la República: para venir á cubrir con una declaración honrosa y hasta donde es posible, el mal sufrido por un hombre en su honor y libertad.*

Nada obsta que el Código de Procedimientos Penales, *ley esencialmente adjetiva*, requiera para la consecución del indulto (artículos 575, 576, 577, 578 y 580) formalidades y elementos que en

muchos casos son imposibles de llenar, por ejemplo: Primero, cuando la sentencia del condenado descansa como la del Juez de lo Criminal, en el veredicto del jurado, el cual á su vez se funda en la amplia convicción moral (art. 494 del Código de Procedimientos Penales). Segundo, cuando si descansa en testigos, estos se han muerto ó desaparecido y por consiguiente no pueden ser declarados judicialmente falsos, prohibido como está en nuestro sistema judicial criminal, el procedimiento en rebeldía ó en ausencia del presunto ó presuntos reos (en el caso Vicente Pérez, la sentencia del Juez de lo Criminal descansó en el veredicto afirmativo de culpabilidad que pronunció el jurado conforme á su conciencia; y aun en el supuesto de que ella se hubiera fundado en testigos, hay que advertir que Marcelina Soto, Manuel Gutiérrez y Rafael Villagomez, los tres únicos que figuran en el proceso sobre hechos indirectos, han sido buscados por la policía empeñosamente á virtud de órdenes repetidas, en distintas épocas, durante año y medio hasta el día del jurado de Estrella y no han sido encontrados). O bien tercero, cuando averiguada la insuficiencia de una declaración, se halla evidenciado á sí misma por la sinceridad que la animó desde el primer momento: la buena fe del testigo, quien puede ser verídico y sin embargo no puede ser obstáculo á que otro ú otros testigos en un segundo proceso, ameriten la condenación de un segundo procesado por el mismo hecho que fué condenado el primero. Eventualidad que puede realizarse igualmente tratándose de documentos que aun en el supuesto de ser falsos, ya por la acción del tiempo ó por cualquier fortuito accidente hayan desaparecido.

Así pues, en la imposibilidad científica y de razón natural, de aplicar á todos los casos los requisitos que para el indulto necesario exige el Código de Procedimientos Penales; se debe *por analogía, más aun por mayoría de razón* (principio que el Código Penal en el art. 182 prohíbe se tome de base para el sólo caso de aplicar una pena, y aun así restringe la prohibición), emplear un procedimiento ya indicado en la ley para los casos antes descritos; pues de lo contrario quedaría en teoría y sin práctico alcance, uno de los más importantes y trascendentales preceptos del Código Penal, art. 287: *«En la concesión de*

indulto de penas que privan de la libertad por delitos comunes se observarán estas dos reglas:

1ª *Se podrá conceder indulto sin condición alguna, cuando el que lo solicite haya prestado servicios importantes á la Nación: cuando el Gobierno juzgue que así conviene á la tranquilidad y seguridad públicas: ó cuando aparezca que el condenado es inocente;*) que siendo ley esencialmente *sustantiva* no puede ser ni ampliada ni restringida por otra ley de esfera inferior (como lo es el Código de Procedimientos Penales) y que por su carácter *adjetivo* le debe de ser absolutamente subordinada.

Por otra parte, la regla de derecho: «*Quoties æquitatem desiderii naturalis ratio aut dubitatio juris moratur justis decretis res temperanda est;*» regla extensísima y suceptible de aplicarse á todos los puntos del derecho (por consiguiente no puede restringirse con ejemplos determinados), viene á apoyar la cuestión aun en el terreno de la duda. Aquella quiere en efecto, como lo hace notar el comentador alemán jurisconsulto Eyer Bronchorst: *que en caso de duda que resulte de pugna entre el derecho estricto y la equidad, se adopte un término medio, de lo cual ocurren frecuentes ejemplos al determinar las causas. Porque no pudiendo comprenderse en las leyes ó constituciones todos los casos ocurrentes, es necesario hacer uso de decretos adecuados para la resolución de aquellos, respecto de los cuales nada ha establecido el derecho.* Y tan justa doctrina encuentra su apoyo en la ley X, tit. 3º, libro 1º del Digesto: «*Neque leges, neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque incidunt, comprehendantur, sed sufficit et ea, quæ plerumque accidunt contineri.*» Y con la ley 13, pár. 17, tit. 1º, lib. 27 también del Digesto: «*si enim quis propter ægritudinem vel aliam necessitatem (puta maris, vel hyemis, vel incursus latronum, aut aliam quam similem) constituto tempore non poterit venire: ignoscendum ei est: cujus fidem tametsi sufficit firmare ex ipsa naturali justitia, tamen et constitutio imperatorum Veri Antonini hæc dicit.*» En la primera ley se fundan los autores para que pueda alegarse la razón natural en la resolución de las causas. Y en la segunda se dice: *que es bastante acreditar alguna cosa por medio del derecho (si se puede) ó de la justicia*

natural. Y advierte el comentador alemán ya citado: *por esto ha dicho Baldo que la razón natural debe ser el mejor escudo y defensa de la ley, y que el Juez debe apoyarse en ella tanto como en la ley escrita; porque buscar ley cuando se tiene la razón natural, es una enfermedad del entendimiento.*

Se ve pues que en todo caso, las leyes antiguas y los principios fundamentales del derecho, resolverían de acuerdo con la doctrina que venimos sosteniendo, la duda que espíritu asáz suspicáz, pudiera oponer á su adopción.

Ahora, respecto de la indemnización de los perjuicios que el error judicial puede causar á una víctima inocente, toca por claro al Ejecutivo, que con atribución á gastos extraordinarios de justicia ó por autorización especial del Congreso, puede rezarcir pecuniariamente hasta donde es dable, un mal sufrido sin merecerlo.

Para concluir diremos: que es de desearse para evitar posibles aunque futuras dificultades, se corrija lo poco explícito de la ley adjetiva (Código de Procedimientos Penales), como lo han hecho las legislaciones extranjerías de las naciones que se reputan más civilizadas y que han tomado esta materia como objeto de su preferente atención.

ALONSO RODRÍGUEZ MIRAMÓN.

UNIVERSIDAD
NOMIA DE NUEVO LEÓN
AL DE BIBLIOTECAS

LA COSA JUZGADA.

EL PROCESO ESTRELLA.

C. de Vdes. Febrero 10 de 1890.

Sres. Directores de «La Revista de Jurisprudencia.»

Presente.

Muy Señores míos:

Confiado en el ministerio profesional de Vdes. que atienden á todo asunto de interés jurídico, les suplico que inserten en su digno é ilustrado periódico, la carta adjunta á la presente, dirigida á mí y suscrita por el joven y distinguido juriconsulto Sr. Don Agustín Verdugo; pues ella manifiesta la opinión que le merece el principio de «la cosa juzgada» en general y con relación al proceso de Pedro Estrella, el recurso de indulto. Como quiera que en dicha carta, el buen amigo me dirige frases de bondad excesiva, quiero proclamar públicamente que bien sé lo que valgo y por tal motivo, si las agradezco con el corazón, dado el móvil honrado que las guía, no por eso desconozco lo mediano de mis facultades. Y sólo anhelo hasta donde ellas lo permitan, cumplir siempre con mi deber.

Anticipo á Vdes. las gracias y me ofrezco, como siempre, suyo afmo. y leal servidor.

ALONSO RODRÍGUEZ MIRAMÓN

C. de Vd, Febrero 11 de 1890.

Sr. Agente del Ministerio Público Lic. Don Alonso Rodríguez Miramón.

Presente.

Estimado amigo y compañero:

Deseoso de contribuir en mi humilde pequeñez, como abogado, á la buena administración de justicia en mi país, y animado por su cariñosa carta de 5 del corriente, en la cual se sirve invitarme para que exprese imparcialmente mi opinión en el notable proceso de Pedro Estrella, cuyas conclusiones autorizó Vd. con su firma y sostuvo empeñosamente con su palabra ante el jurado popular el día 28 de Diciembre último, me es satisfactorio expresarle aquella con toda la brevedad que me sea posible, y hago los más sinceros votos porque mis conceptos, obtengan, ya que no el innecesario resultado de aquietar la escrupulosa y delicada conciencia de Vd., si el de decidir, aunque en pequeña parte, á las autoridades á quienes corresponda, en favor de la sentencia de primera instancia que ha sido pronunciada contra Estrella á pedimento de Vd., y que debe ser el indispensable antecedente, para que triunfe y resplandezca la inocencia de Vicente Pérez.

En la vasta extensión que pueden abarcar los litigios humanos, es de continuo casi imposible precisar cual es el punto donde se halla la verdad de hechos controvertibles que, oscurecidos por las pasiones y los intereses encontrados, no es frecuente que se ofrezcan radiantes y luminosos, sin la menor sombra de duda

é imponiéndose con imperio incontrastable á todos los espíritus. De aquí ha surgido en el instinto de los pueblos la idea importantísima de erigir sobre la cima de las sociedades la majestad augusta de los tribunales que, aunque representados por hombres falibles como todos, deben suponerse dotados no sólo de la autoridad inherente á su carácter superior, sino también de cierto don de infalibilidad, á cuya palabra suprema é imponente deben acallarse todos los vocerios y todas las exaltaciones de los litigantes. Sin duda alguna la idea de un tribunal único que decida las cuestiones pendientes entre los asociados, ha sido el sólo y primitivo germen de la jurisdicción en los pueblos de la más remota antigüedad, de tal manera que las varias instancias y sus respectivos recursos de alzada no han venido sino posteriormente, para compensar las exigencias de las partes interesadas y extender hasta donde era posible los derechos de la defensa; pero en todo tiempo debe haberse considerado que el fallo de los tribunales aislados ó sucesivos constituye la última palabra de la controversia judicial, el límite infranqueable de los procesos en que han tenido tiempo de cambiarse sus argumentaciones los litigantes. ¿Qué sería del orden social, si jamás se cerrara la puerta á las mismas pretensiones, deducidas por los mismos interesados, conforme al mismo procedimiento y sobre los mismos hechos? ¿Verdad que toda quietud sería imposible, que la amenaza sustituiría á la seguridad pública, y que con esto serían ahogados el noble afán para el bien y el espíritu de trabajo, germen único y necesario del progreso de los pueblos?

Esto ha hecho que todas las legislaciones, desde las más antiguas hasta las recientes, coincidan sin la menor discrepancia en un principio que es, como la piedra angular del sistema social, sobre la cual se elevan las garantías todas, no solo del hombre y del ciudadano, sino del mismo poder público, instituido para su defensa: este principio es el que la antigüedad clásica del derecho romano expresaba por las siguientes palabras: *iusdem criminibus, quibus quis liberatus est, non debet præsces pati eundem accusari*; y que el derecho canónico condensa más enérgicamente diciendo: «*Ne sæpius de ejusdem hominis admissio quærat*», sobre cuyos términos el gran Cuyacio afirmaba que eran de la más grande importancia, pues dominando toda la materia del

derecho, eran á la vez que el escudo del acusado, la norma honrada y pura del acusador. Es bastante para el primero haber visto por una vez su honra, libertad y vida expuestos á los azares de un juicio humano, á la incertidumbre y á la corrupción de los testigos. ¿Cómo no desear que una vez por todas se extienda un espeso velo sobre el aflictivo cuadro de las debilidades humanas, cuya revelación y castigo podrán constituir una necesidad inevitable, pero no menos un escándalo público?

Empero facultad tan omnipotente, concedida á hombres con efectos tan extensos, atribuidos á juicios necesariamente falibles, no podía ser otorgada por las legislaciones positivas sino acotandola dentro de límites racionales y estrictamente prefijados, que evitaran la interpretación amplia y abusiva de un principio que, en último análisis, no viene á ser sino una importante ficción de derecho. ¿Cuáles tenían que ser esos límites sino los dictados por la razón, y exigidos por la finalidad misma de la ficción, so pena de resultar del todo extraños al alto objeto para el cual aquella había sido aceptada? Proponer esta cuestión, después de lo que acabamos de exponer, es resolverla recta y lealmente. Si lo que perturba y alarma la tranquilidad social en la sucesión indefinida de un mismo juicio, es la perspectiva sin término de los inacabables sufrimientos de un hombre, que parecería no poder encontrar hasta la tumba la quietud de su vida é intereses, claro es que la ficción de *cosa juzgada* no dice relación más que á un solo individuo, y en orden á un mismo hecho y á una idéntica acción. He aquí sobre esta materia dos textos de Ulpiano concebidos próximamente en los mismos términos y en los que se invoca dos veces el testimonio del insigne jurisconsulto Juliano: *Exceptionem rei judicatæ ob stare quotiens eadem questio inter easdem personas revocatur.*—*Exceptio rei judicatæ obstat quotiens inter easdem personas eadem questio revocatur, vel alio genere judicii.* La misma doctrina puede encontrarse en todos los tratadistas de derecho quienes, como si la evidencia de un axioma los hubiera inspirado, proclaman la necesidad del concurso de los tres requisitos, *identidad de causa, identidad de acción é identidad de persona*, para que proceda ese beneficio importantísimo de la cosa juzgada en los litigios.

Ahora bien ¿quién ignora ese texto de vulgar jurisprudencia:

fictio est strictissime interpretationis? Pero si la cosa juzgada es una ficción, no puede ser invocada, sino cuando concurren aquellos tres requisitos á tal extremo que, como dice el juriconsulto italiano Nigro Ciriaco: *Quoties unum ex tribus requisitis de ficit, videlicet, vel quod non sit eadem res, vel eadem persona vel idem jus, tunc non obstat exceptio rei judicata.*

¿Necesitaré por último hacer mención aquí de nuestro precepto constitucional que ha levantado á tamaña altura la misma vieja máxima: *non bis in idem* pero encerrandola dentro de los límites, expresados, de unidad de persona y de causa? En suma, pues, si á nuestra Carta fundamental se añaden iguales textos existentes en el Código Penal y en el de Procedimientos Penales del Distrito Federal, me creo autorizado para afirmar á vd. que sería erróneo y antijurídico pretender hacer valer la excepción de cosa juzgada en favor del acusado Pedro Estrella que, anteriormente al proceso cuyo desenlace ha sido la sentencia del Juez 1º de lo Criminal de 21 de Diciembre último, no se encontró, ni siquiera implicado en algún otro acto de enjuiciamiento, por razón del homicidio de José María Aguilar.

No quiero, sin embargo, concluir esta carta, estimado compañero, sin hacer mérito de los fundamentos sobre que descansa cualquier fallo entre nosotros, dado el sistema de enjuiciamiento por ante el jurado popular. Vd. sabe cuánto influyen en los Jueces para su veredicto las mil circunstancias relativas á los antecedentes del acusado, á su conducta durante el proceso, á la firmeza ó vacilación de sus declaraciones, á su semblante mismo y aun al acento de su voz, etc., etc. El veredicto, pues, que ha sido pronunciado contra Pérez y que tiene que ser el resultado de todos esos pormenores ¿habrá de entenderse inspirado también por los que se refieren á Estrella, cuya aprehensión no se ha logrado sino posteriormente? Afirmar esto me parece equivaler no solo á una inexacta interpretación de la *res judicata*, sino á la concesión á nuestros tribunales de algo más que el don precioso de la infalibilidad judicial, es á saber, del divino y sobrehumano de la adivinación. He ahí, en consecuencia, la necesidad de que sea una misma la persona ya juzgada, que se quiere con todo volver á juzgar por el mismo delito, para que pueda invocarse el principio: *non bis in idem*. Pero en los dos procesos

de que vd. me habla en su carta, se trata de dos inculcados cuyas circunstancias físicas y morales, son diversas, debiendo por lo mismo, sugerir á los jueces conceptos diferentes en orden á la culpabilidad.

Debo ahora hacerme cargo de la última cuestión á que se sirve vd. aludir en su citada carta. No pudiendo prevalecer dos sentencias contradictorias «¿cuál es el medio legal para obtener la libertad de Vicente Pérez, á quién juzga inocente y víctima de un error judicial?» Caso es éste, que exactamente previsto y reglamentado por el Código francés de instrucción criminal (arts. 443 á 447), que establece el importantísimo recurso de la revisión, ya por oficio del Ministro de Justicia, ya á pedimento de parte interesada, carece entre nosotros de norma precisa conforme á la cual sea resuelto, á no ser que se aplique en su más lata interpretación el art. 287 frac. 2ª del Código penal. El artículo 581 del Código de Procedimientos Penales, refiriéndose al anterior, atribuye al Supremo Poder Ejecutivo, la facultad de conceder á los reos el indulto por gracia, cuando á juicio de aquel así convenga á la tranquilidad ó seguridad públicas. He aquí la única disposición que en nuestro enjuiciamiento penal encuentro, aplicable al caso de Vicente Pérez, pues nada inoportuno de su consideración, pareceríame hacer valer en su favor la razón fundada en el justísimo interés social de poner término á los injustos padecimientos de un reo inocente. Con todo y, atento que la excarcelación de Pérez habría de proceder por inocencia del mismo y no por motivos tan extraños á su irresponsabilidad como los mencionados en el inciso 1º del art. 287 del Código penal, que á no dudarlo en estricta interpretación supone la culpabilidad y no la inocencia del acusado, creo más bien que hay, en orden al caso de Vicente Pérez, un vacío en la

ley, que el Poder Legislativo debe apresurarse á llenar para honor de nuestras instituciones judiciales y en desagravio á la inocencia castigada por un error judicial. La excarcelación de Pérez, sería siempre, aun sin expresarlo, el indefectible resultado de la nueva ley, cuyo efecto retroactivo en favor de ese reo estaría de acuerdo con la doctrina de los más afamados maestros del derecho, que á una enseñan, como el mismo interés social, base y fundamento de la garantía de no retroactividad de las leyes, se torna para favorecer á un delincuente, respecto al cual ha desaparecido ya la razón de su castigo, que sólo, con alarmante injusticia podría continuar recibiendo ejecución.

Creo con la ligera exposición de esta carta dejar satisfecha en la medida de mis escasas fuerzas las preguntas que vd. se ha servido dirigirme. Con mil y muy entusiastas parabienes por su empeñosa conducta como Agente del Ministerio Público en este célebre proceso, y por sus elocuentes alegatos ante el Jurado y la 2ª Sala del Tribunal Superior, todo lo cual me mueve á aplicar á vd. la frase de los doctos antiguos: *vir litteris et pietate præclarus*, tengo el gusto de suscribirme su afmo. A. A. y C.

AGUSTÍN VERDUGO.

LA LIBERTAD PREPARATORIA EN EL FUERO FEDERAL.

AUTORIDAD QUE DEBE CONCEDERLA.

DUDA DE LEY.

La libertad preparatoria, establecida por nuestros legisladores, como medio eficaz y aliciente poderoso para conseguir la enmienda del culpable, principal fin de la pena según la conocida frase del jurisconsulto Paulo: «*Pæna constituitur in emendationem hominem*,» (1) es asequible, conforme al Código penal, tanto para los reos del fuero común como para los del federal.

Consecuente con esta idea el decreto de 20 de Diciembre de 1871, previno que: «*Todo reo que tenga derecho á esa libertad, la pedirá por escrito al tribunal que haya pronunciado la sentencia condenatoria en última instancia, presentando su ocurso á la Junta de Vigilancia de la prisión donde se halle extinguiendo su condena.*» (art. 1.º)

Reformado este decreto por el de 14 de Diciembre de 1881, en el sentido de que la libertad preparatoria se pedirá «*por escrito al Tribunal Superior,*» reforma interpretada por la Circular de la Secretaria de Justicia de 6 de Marzo de 1882 en el concepto de que «*el Tribunal pleno es quien debe conceder esa libertad*» por que es «*una gracia y las gracias sólo deben otorgarse por una autoridad superior en su orden,*» suscitase la duda que en la práctica se ha presentado, sobre qué tribunal otorga este derecho en el orden federal.

El carácter de nuestras instituciones que reconocen como ga-

(1) Dig. lib. 48, tit. 19, *De penis*, 20. Fr. Paul.

ley, que el Poder Legislativo debe apresurarse á llenar para honor de nuestras instituciones judiciales y en desagravio á la inocencia castigada por un error judicial. La excarcelación de Pérez, sería siempre, aun sin expresarlo, el indefectible resultado de la nueva ley, cuyo efecto retroactivo en favor de ese reo estaría de acuerdo con la doctrina de los más afamados maestros del derecho, que á una enseñan, como el mismo interés social, base y fundamento de la garantía de no retroactividad de las leyes, se torna para favorecer á un delincuente, respecto al cual ha desaparecido ya la razón de su castigo, que sólo, con alarmante injusticia podría continuar recibiendo ejecución.

Creo con la ligera exposición de esta carta dejar satisfecha en la medida de mis escasas fuerzas las preguntas que vd. se ha servido dirigirme. Con mil y muy entusiastas parabienes por su empeñosa conducta como Agente del Ministerio Público en este célebre proceso, y por sus elocuentes alegatos ante el Jurado y la 2ª Sala del Tribunal Superior, todo lo cual me mueve á aplicar á vd. la frase de los doctos antiguos: *vir litteris et pietate præclarus*, tengo el gusto de suscribirme su afmo. A. A. y C.

AGUSTÍN VERDUGO.

LA LIBERTAD PREPARATORIA EN EL FUERO FEDERAL.

AUTORIDAD QUE DEBE CONCEDERLA.

DUDA DE LEY.

La libertad preparatoria, establecida por nuestros legisladores, como medio eficaz y aliciente poderoso para conseguir la enmienda del culpable, principal fin de la pena según la conocida frase del jurisconsulto Paulo: «*Pæna constituitur in emendationem hominem*,» (1) es asequible, conforme al Código penal, tanto para los reos del fuero común como para los del federal.

Consecuente con esta idea el decreto de 20 de Diciembre de 1871, previno que: «*Todo reo que tenga derecho á esa libertad, la pedirá por escrito al tribunal que haya pronunciado la sentencia condenatoria en última instancia, presentando su ocurso á la Junta de Vigilancia de la prisión donde se halle extinguiendo su condena.*» (art. 1.º)

Reformado este decreto por el de 14 de Diciembre de 1881, en el sentido de que la libertad preparatoria se pedirá «por escrito al *Tribunal Superior*,» reforma interpretada por la Circular de la Secretaria de Justicia de 6 de Marzo de 1882 en el concepto de que «el *Tribunal pleno* es quien debe conceder esa libertad» por que es «una gracia y las gracias sólo deben otorgarse por una autoridad superior en su orden,» suscitase la duda que en la práctica se ha presentado, sobre qué tribunal otorga este derecho en el orden federal.

El carácter de nuestras instituciones que reconocen como ga-

(1) Dig. lib. 48, tit. 19, *De penis*, 20. Fr. Paul.

rantía individual la más fácil y expedita administración de justicia, proclamada y seguida como principio por las leyes procesales, sobre todo en materia criminal, y la naturaleza y fines de la libertad preparatoria, exigen que el Tribunal que haya condenado en última instancia al reo, sea el que le otorgue esta libertad, así como también le condene, si procede, á sufrir la retención á que por su mala conducta se haya hecho acreedor; porque la atenuación ó la agravación de la pena que la libertad preparatoria y la retención implican, no puede ser apreciada con criterio más recto y seguro por otra autoridad que la que haya conocido del delito y tenga antecedentes de la culpabilidad de su autor.

La retención y la libertad preparatoria forman parte de un mismo plan, persiguen el mismo fin, y están colocadas en la misma línea, su objeto en el castigo de los delitos es idéntico; nos lo dice el ilustrado Presidente de la Comisión encargada de redactar el Código Penal, es: «interesar, (en favor del reo, verdadero convaleciente de un mal moral,) los dos resortes más poderosos del corazón humano, á saber: el temor y la esperanza.» El médico hábil de que nos habla Boneville, al ocuparse de este punto, «que *usa* su medicamento ó lo *continúa*, según que el enfermo *ha* llegado ó *no* á una perfecta curación,» (1) es el Juez que concede la libertad ó decreta la retención; y si entre nosotros (art. 73 del Código Penal) el Tribunal que falló en última instancia es el que conoce de la retención, debe también ser él quien otorgue la libertad. No hay razón para que en tesis general sea una la autoridad que agrave la pena y otra quien la atenua.

El art. 1º del Decreto de 20 de Diciembre de 1871, así lo prevenía, pero se sostiene que este artículo está derogado, aun para el fuero federal, por el decreto de 14 de Diciembre de 1881 que textualmente dice: «Artículo único: Se reforman los arts. 1º, 2º y 11 de la Ley reglamentaria de 20 de Diciembre de 1871, en los términos siguientes: Art. 1º Todo reo que tenga derecho á la libertad preparatoria, la pedirá por escrito al *Tribunal Superior*, presentado un ocurso á la Junta de Vigilancia de la prisión donde se halle extinguiendo su condena.»

Disentimos por completo de esta opinión y vamos á exponer

(1) De l'amélioration de la loi criminelle, tom. 1º p. 595.

las razones que existen para no dejar de considerar vigente en el fuero expresado el art. 1º del decreto de 1871, á menos de hacer vana la prometida libertad preparatoria á los delincuentes del orden federal, por falta de autoridad que deba concederla.

Si se atiende al texto literal del decreto de 81, resulta contrario á los principios elementales de competencia jurisdiccional. No es cierto, á no ser que se dé ingerencia á las autoridades locales en asuntos de otro fuero, que *todo reo* que tenga derecho á la libertad preparatoria deba dirigirse por escrito al *Tribunal Superior*. Los responsables de delitos contra la federación tienen derecho á esa libertad y no les sería permitido, por más que el decreto parezca decirlo, dirigirse á ese respetable cuerpo; pero como saber las leyes no es conocer sus términos sino profundizar su espíritu y extensión, (1) á nadie se ha ocurrido semejante despropósito; y para que esta disposición legal no parezca absurda es necesario convenir en que el legislador quiso referirse únicamente á los delincuentes del orden común.

No cabe otra interpretación, pues las palabras Tribunal Superior no significan en un sentido recto, ni pueden significar en el lenguaje de nuestra legislación, la primera autoridad judicial en cualquier fuero, sino exclusivamente en el local del Distrito, de la Baja California, ó de algún Estado; puesto que los tribunales federales no han tenido ni tienen semejante denominación. Explicado así el artículo, queda su sentido claro, comprensible y su aplicación fácil y sencilla: Todo reo (del fuero común) que tenga derecho á la libertad preparatoria deberá dirigirse por escrito al Tribunal Superior, &c.

Nos confirma en esta opinión la Memoria presentada por la Secretaría de Justicia al Congreso de la Unión, en 16 de Septiembre de 1883, que se ocupa del decreto de 81 y circular citados, en el capítulo de las reformas introducidas en «la Administración de Justicia del *Fuero común*,» y á este propósito dice: «Con motivo de los nuevos preceptos que sobre jurisdicción contiene el Código de procedimientos penales de 1880, (para el Distrito Federal) se dudó acerca de quién fuera la autoridad com-

(1) Scire leges nom hoc est verba eaurum tenere, sed vim ac potestate. Ley 17 De Legibus Dig. Lib. I, tit. III. Fr. Celsus.

petente para conceder la libertad preparatoria, supuesto que el Tribunal Superior del Distrito dejó de ser en muchos casos, tribunal de última instancia en los procesos que dan mérito para imponer la (pena) de prisión; en esta virtud y teniendo en cuenta que el otorgar la expresada gracia debe estar reservado á una autoridad superior, por decreto de 11 de Febrero de 1882 (1) y resolución de 6 de Marzo del mismo año se reformaron los art. 1.º, 2.º y 11.º de la ley de 20 de Diciembre de 1871, en el sentido de que el Tribunal Superior en *acuerdo pleno*, concediera la libertad preparatoria.» (2)

Se ha creído, á pesar de lo expuesto, que con aquella teoría se restringe el espíritu y la extensión del decreto discutido, y que habiendo *reformado*, como él mismo lo dice el art. 1.º del de 1871, este artículo no conserva ya ninguna fuerza obligatoria, y los trámites para la libertad dicha, en lo federal, ó quedan sujetos á la nueva disposición auténtica y filosóficamente interpretada ó no hay ley que los reglamente; pero aparte de que del sentido gramatical y espíritu lógico del decreto no puede deducirse una aplicación extensiva, bien conocido es el principio de que deben interpretarse las leyes nuevas por las antiguas (3) así como la siguiente regla de interpretación, también del juriconsulto Paulo: *posteriores leges ad priores pertinent: nisi contrarie sint* (4).

Si las leyes posteriores pertenecen á las anteriores á no ser que sean contrarias, ó para valernos de las expresiones del Código Civil, si la ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior (art. 8.) es necesario concluir que no habiéndose referido el decreto de 81 á los reos del fuero federal, queda en este punto vigente el art. 1.º del decreto de 20 de Diciembre de 1871.

Aceptada esta conclusión, no urge á título de penetrar la intención del legislador buscar una interpretación por analogía en la circular de 6 de Marzo de 1882, que además de ser forzada no tendría base muy firme en la naturaleza y fines de la libertad preparatoria.

(1) Fecha de la publicación del decreto citado de 14 de Diciembre de 1881.

(2) Memoria cit. pág. XX.

(3) *Non est novum, ut priores leges at posteriores trahantur.*—Dig. Lib I, tit III, De Legibus.—L. XXVI Fr. Paul.

(4) Ley XXIII eod.

La Junta de Vigilancia del Distrito resolvió en Febrero del año anterior, en el caso de Manuel Rodríguez, sentenciado por falsificación de moneda, que á la Suprema Corte de Justicia debía remitirse el ocurso de este reo en que solicitaba libertad preparatoria. Las razones que tuvo para dictar este trámite fueron: 1.ª la de que estaba derogado el art. 1.º del decreto de 20 de Diciembre de 1871, y 2.ª la de que los mismos motivos para que en el fuero común sea el Tribunal Superior y no unas de sus salas, quien deniegue ú otorgue la libertad preparatoria, existen para que la Suprema Corte y no otro tribunal federal se avoque, en su fuero, el conocimiento de estos casos.

Creemos haber demostrado que el decreto de 1871 en su art. 1.º no está abrogado, y pasamos á examinar el argumento por analogía deducido de la Circular de 6 de Marzo, que fué ocasionada por consulta del Tribunal Superior del Distrito, refiriéndose por lo tanto exclusivamente al fuero común.

Entre las razones alegadas por la Sección, dice la Circular. «figuran como principales, para atribuir al Tribunal Superior constituido en Tribunal pleno, la facultad de conceder la libertad preparatoria, la circunstancia de ser esta una gracia, de que las gracias deben otorgarse por la autoridad superior en su orden, á que la autoridad judicial del fuero común en el Distrito, reside en el Tribunal Superior del mismo &c.» (1).

Los términos de esta circular convencen de que no se ocupó de extenderse, el decreto que interpretaba, al fuero federal; pero atribuyen á la libertad preparatoria, como lo han hecho todas las disposiciones citadas, *la circunstancia de ser una gracia*, que es el único fundamento para declarar competente á la Suprema Corte; pues aceptadas las premisas de que la libertad preparatoria es una gracia y de que las gracias deben otorgarse por la autoridad superior en su orden, parece lógica la consecuencia de que la Suprema Corte debe tener esta atribución por ser la autoridad superior en el orden judicial de la federación.

Pero la libertad preparatoria, en nuestro humilde concepto, no es una gracia sino un derecho que la ley da á todo reo

(1) Memoria cit. pág. 127.

que por su buena conducta, por haber contraído hábitos de orden, de trabajo, moralidad y particularmente por haber dominado la pasión ó inclinación que lo condujo al delito, (1) se hace acreedor á ella, y que no podría ninguna autoridad sin injusticia denegarla.

El elemento constitutivo de la gracia, la libertad de concederla: «*Quod principi placuit.*» (2) «*quod si nolisset non tenebatur dare,*» (3) no se encuentra en el derecho que los reos tienen de disminuir, con una conducta ejemplar, la pena que se les haya impuesto, por más que parezcan facultativos los términos del art. 74 del Código penal, cuando dice: «*se les podrá dispensar (á los reos) condicionalmente el tiempo restante, y otorgarles una libertad preparatoria,*» y por más también que los textos formales que llevamos citados, y algunos autores como Boneville, (4) le den esta denominación.

La posibilidad que el artículo 74 indica, no se refiere al arbitrio del tribunal que debe otorgar la libertad preparatoria, sino á la capacidad que tiene el sentenciado á prisión ordinaria ó reclusión por dos años ó más, de cumplir con las condiciones exigidas por los arts. 98 y 99 para obtenerla.

El mismo artículo 98 que define la libertad preparatoria cuando dice: «*que se concede á los reos que por su buena conducta se hacen acreedores á esa gracia,*» nos indica en esta frase paradógica, la verdadera naturaleza de la libertad condicional de que tratamos; puesto que expresa que los reos pueden llegar á ser *acreedores* de su libertad, es decir, son capaces de adquirir el *derecho* de exigirla, de donde se deduce la *obligación* correlativa que la autoridad tiene de concederla.

Y en una relación jurídica en que figuran acreedores, y deudores, derechos y obligaciones, desaparece la Gracia, «*quæ de imperio principi luta est,*» no puede existir «*el don que hace el Rey si quisiere,*» por que el *imperium* se restringe y quiebra ó no el Rey, debe otorgarse el *don*.

(1) Art. 99 del Código Penal.

(2) Ley 1ª De Constitutionibus. Dig. Lib. I. tit. IV.

(3) Gregorio López, L. 3ª tit. 32 Pat. 7ª Gratia vero est, cum quid aliqui datur, quod si nolisset, non tenebatur dare.—E. Gracia non es perdonamiento, más es don que hace el Rey á algunos, que con derecho se puede escuzar de lo fazer si quiere.—Ley cit.

(4) Obra cit. tom. 1º pág. 609.

Este carácter de la libertad preparatoria se deduce de la necesidad filosófica que la ha dado nacimiento. No hay derecho de imponer más pena que la estrictamente necesaria, y allí donde el derecho de castigar concluye, comienza la libertad individual: se busca en el castigo, la corrección del delincuente, y la libertad preparatoria supone al culpable corregido. No otorga ninguna *gracia*, quién reconoce este derecho: rinde culto á la Justicia.

Nada estraño sin embargo es que los textos legales y algunos autores, supongan que la libertad preparatoria sea una concesión del *derecho de gracia*, que «*ha sido el más bello florón de la Corona.*» El derecho público moderno á pesar de los progresos que ha realizado, no ha podido destruir del todo las antiguas instituciones; todavía quedan teorías restrictivas que desconocen el papel del individuo en el Estado, y que suponen al Soberano dispensador de todos los bienes. Todavía se olvida en el orden jurídico, que la principal tarea del Estado «*es el desarrollo racional de la libertad humana.*»

Convencidos de que la libertad preparatoria no tiene la naturaleza que le atribuye la circular de 6 Marzo de 82, y que falta por lo mismo la razón primordial para atribuir á la Suprema Corte el conocimiento de ella, veamos si los tribunales federales se encuentran en las mismas circunstancias que los del Distrito, para concluir si es ó no procedente el argumento por analogía que se discute.

El Tribunal Superior del Distrito, tiene un territorio jurisdiccional poco extenso y puede sin agravio de la Administración pronta de Justicia despachar con brevedad los casos de libertad preparatoria que se le presenten, en tanto que la Suprema Corte tiene imperio en toda la Nación y por cierto que en este punto no sería expedita ni fácil la justicia federal, como lo quieren y previenen todas las leyes y con especialidad las referentes á procedimientos penales, si este Supremo Tribunal hubiese de conocer de la libertad preparatoria, solicitada por reos que extinguen su condena á más de trecientas leguas de esta capital y en donde, como en muchos lugares de la República, la dificultad de las comunicaciones es proverbial.

No puede la Suprema Corte, á menos de que haya conocido

del delito, apreciar todas las circunstancias de este y del delincuente, y saber por lo tanto si se ha conseguido ó no el objeto de la ley para otorgar la libertad condicional que se solicite. No bastarán en la generalidad de los casos los informes de las juntas respectivas de vigilancia, y si como generalmente sucede el Tribunal para formarse cabal concepto y resolver en justicia, ordena la ampliación de un informe ó la rectificación de un hecho poco comprobado, para el que se debe tomar alguna información testimonial ó recabar alguna constancia del libro de anotaciones, la dificultad aumenta con grave perjuicio del sentenciado que ve pasar los días sin alcanzar la libertad á que tal vez se ha hecho acreedor.

Las graves atenciones de la Corte, y la multiplicidad de los negocios de que tiene que conocer este alto Cuerpo, obligarían á relegar á un orden secundario la resolución de estos casos.

Para evitar estas dificultades y cumplir el precepto constitucional de que los Tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia, se divide el territorio federal, en ocho Circuitos que comprenden treinta y dos Distritos judiciales.

No están pues los Tribunales de la Federación en las mismas condiciones que los del Distrito Federal en el fuero común. Pero suponiendo que esta diferencia no existiera, y admitiendo sin conceder, que la interpretación por analogía sea procedente, y que siguiendo el espíritu de la circular, tantas veces citada, se eleven los recursos sobre la libertad preparatoria hasta la Corte de Justicia, constituida en Tribunal pleno, esta suprema autoridad no podría conocer del negocio, porque entre las facultades que al Tribunal pleno señala, su reglamento de 29 de Julio de 1862, no se encuentra la de resolver sobre la libertad preparatoria de los reos que lo soliciten; y aunque la frac. 7^a, del art. 6^o, del mismo reglamento dice: «que deberá desempeñar todas las atribuciones, *que especialmente* le cometan las leyes,» no le ha sido la de que se trata especialmente cometida por la ley.

Del ligero estudio que hemos hecho podemos reasumir las siguientes conclusiones:

1^a La libertad preparatoria no es una gracia, sino un derecho que tiene todo reo que por su buena conducta positiva y continua y principalmente por haber dominado la pasión ó in-

clinación que lo condujo al delito, se hace acreedor á él, y que la autoridad no puede sin injusticia dejar de reconocer, una vez cumplidas las condiciones de la ley.

2^a. La autoridad que debe concederla en el Distrito Federal por delitos del orden común es el Tribunal Superior, constituido en acuerdo pleno.

3^a. El decreto de 14 de Diciembre de 1881, y circular aclaratoria de 6 de Marzo de 1882, no son derogatorios del art. 1^o del decreto de 20 de Diciembre de 1871, en lo relativo á la libertad preparatoria de los reos de delitos contra la Federación.

4^a. La autoridad que debe concederla ó negarla en estos casos, es el tribunal que haya sentenciado al reo en última instancia; y

5^a. Es insostenible la teoría que atribuye á la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como autoridad judicial superior en el orden federal, el conocimiento de esta clase de negocios.

La Junta de Vigilancia de Cárceles del Distrito, con motivo de un nuevo caso que se le presentó á fines del año próximo pasado, á propuesta de la primera Comisión de Justicia, en vista de la práctica seguida hasta entonces en el expediente de Rodríguez, único ocurrido con anterioridad, elevó á la Secretaría de Justicia una consulta sobre el trámite que debe dar á los recursos de los reos que se encuentren en las circunstancias expresadas.

Sabemos que el Jefe de la Sección primera en esa Secretaría, nuestro ilustrado y laborioso amigo, el Lic. Antonio de Medina y Ormaechea, ha hecho detenido y concienzudo examen de la cuestión y ha presentado un dictámen que ha merecido la aprobación del Sr. Secretario de Justicia.

Probable es también que un decreto ponga pronto en claro las dudas que han motivado este artículo.

VÍCTOR MANUEL CASTILLO.

México, Febrero 15 de 1890.

NOTAS.

El inteligente y estudioso autor de los «Principios de Derecho civil Mexicano,» nuestro fino amigo el Sr Lic. Agustín Verdugo, acaba de publicar el cuarto tomo de su interesante obra.

Ha tenido la atención, que agradecemos, de obsequiarnos los cuatro volúmenes publicados, y pronto insertaremos en la *Revista* los apuntes que estamos tomando para dar una idea de su importancia.

Parece que la 2ª Sala del Tribunal Superior ha dictado sentencia absolutoria en favor de Pedro Estrella, acusado por el homicidio de José Mª Aguilar y condenado por unanimidad por el veredicto del jurado. La sentencia aun no se notifica á las partes; pero sabemos que el Sr Agente del Ministerio público, interpondrá el recurso de casación en contra de la sentencia de la Sala, dictada por mayoría de votos.

Publicamos hoy dos notables estudios sobre este ruidoso proceso.

Han obtenido el título de Abogados en la Escuela N. de Jurisprudencia, después de sustentar lucido examen profesional, los jóvenes Miguel Diaz Lombardo, Alfredo Garrido y Cayetano Castellanos.

ULTRAGE

Á LAS

BUENAS COSTUMBRES POR MEDIO DE LA PRENSA.

I. Traducción de libros extranjeros en Inglaterra.—Convención Unionista de 1886 y ley territorial.—Responsabilidad del librero y del autor.—Carácter jurídico de la «publication.»—Persecución á las novelas francesas antiguas y modernas.—II. Artículo de un periódico.—Escritor Belga y diario parisiense.—Competencia criminal.

1 Proceso de las novelas de Zola, Dumas hijo, G. Droz, Flaubert, Bourget, Maupassant, Goncourt, Daudet, Th. Gautier, La reina de Navarra, Rabelais, el abate Prévost, en Inglaterra.—Zola en Alemania y en Bélgica.—2.—Proceso en Francia de C. Lemonnier, escritor belga.

Los editores ingleses han publicado una edición económica, de varias obras, vertidas al inglés, del célebre novelista francés Emilio Zola.

Entre estas traducciones se cuentan las de las novelas de *Nana*, *Pot Bouille* y la *Terre*. La opinión pública en Inglaterra se ha pronunciado en contra de la difusión en las clases populares de estas obras, plagadas de descripciones licenciosas. Intervino la Corona; y en nombre de la Reina se entabló acusación en contra de los libreros que habian puesto á la venta estas traducciones y especialmente en contra de Henry Vizetelly, de Londres. Hé aquí un extracto detallado de la audiencia de

NOTAS.

El inteligente y estudioso autor de los «Principios de Derecho civil Mexicano,» nuestro fino amigo el Sr Lic. Agustín Verdugo, acaba de publicar el cuarto tomo de su interesante obra.

Ha tenido la atención, que agradecemos, de obsequiarnos los cuatro volúmenes publicados, y pronto insertaremos en la *Revista* los apuntes que estamos tomando para dar una idea de su importancia.

Parece que la 2ª Sala del Tribunal Superior ha dictado sentencia absolutoria en favor de Pedro Estrella, acusado por el homicidio de José Mª Aguilar y condenado por unanimidad por el veredicto del jurado. La sentencia aun no se notifica á las partes; pero sabemos que el Sr Agente del Ministerio público, interpondrá el recurso de casación en contra de la sentencia de la Sala, dictada por mayoría de votos.

Publicamos hoy dos notables estudios sobre este ruidoso proceso.

Han obtenido el título de Abogados en la Escuela N. de Jurisprudencia, después de sustentar lucido examen profesional, los jóvenes Miguel Diaz Lombardo, Alfredo Garrido y Cayetano Castellanos.

ULTRAGE

Á LAS

BUENAS COSTUMBRES POR MEDIO DE LA PRENSA.

I. Traducción de libros extranjeros en Inglaterra.—Convención Unionista de 1886 y ley territorial.—Responsabilidad del librero y del autor.—Carácter jurídico de la «publication.»—Persecución á las novelas francesas antiguas y modernas.—II. Artículo de un periódico.—Escritor Belga y diario parisiense.—Competencia criminal.

1 Proceso de las novelas de Zola, Dumas hijo, G. Droz, Flaubert, Bourget, Maupassant, Goncourt, Daudet, Th. Gautier, La reina de Navarra, Rabelais, el abate Prévost, en Inglaterra.—Zola en Alemania y en Bélgica.—2.—Proceso en Francia de C. Lemonnier, escritor belga.

Los editores ingleses han publicado una edición económica, de varias obras, vertidas al inglés, del célebre novelista francés Emilio Zola.

Entre estas traducciones se cuentan las de las novelas de *Nana*, *Pot Bouille* y la *Terre*. La opinión pública en Inglaterra se ha pronunciado en contra de la difusión en las clases populares de estas obras, plagadas de descripciones licenciosas. Intervino la Corona; y en nombre de la Reina se entabló acusación en contra de los libreros que habian puesto á la venta estas traducciones y especialmente en contra de Henry Vizetelly, de Londres. Hé aquí un extracto detallado de la audiencia de

30 de Octubre de 1888, de la «Central criminal Court,» de Londres, presidida por el Recorder. (1)

«Henry Vizetelly, bookseller, Henrietta Street, Conventgarden, se ha presentado ante la corte para responder á la acusación que se le ha hecho por haber publicado un escrito delictuoso (*libel*). (2). El acusado tenía en contra cargos de la misma clase por haber publicado otros dos escritos semejantes pero había alegado que no era responsable de ninguno de ellos. Se le permitió sentarse junto á su abogado. El Procurador general (Sir Edward Clarke) M. Poland y M. Asquith, sostuvieron la acusación; M. Francis Williams Q. C. y M. Cluer defendían al inculpado. El Procurador general expuso detalladamente el negocio y dedicó algún tiempo á la lectura de ciertos trozos de las obras incriminadas. El «solicitor general» esplicó que todas estas obras habían sido escritas por Zola, autor francés bien conocido, y dijo, que tenía la convicción de que los jurados, después de examinar el carácter de las obras expresadas, no vacilarían en calificarlas como escritos punibles á los ojos de la ley, hechos para dañar á todos los que los tuviesen á la mano.

«El Jurado interrumpió el discurso del Procurador general para preguntarle si era necesario que continuase la lectura de tales fragmentos.

«El Recorder dijo, que era necesario leerlos para que fuera legalmente entablada la acusación.

«El Procurador replicó, que exprimentaba gran repugnancia ofendiendo los oídos del jurado pero que estaba en la obligación de cumplir con su deber; que sin embargo interrumpiría la lectura tan pronto como el jurado declarase que los libros publicados justificaban la acusación.

«M. Williams intervino y dijo: que, por su parte, el encausado retiraba su declaración de «inculpabilidad» y se confesaba responsable por todos los capítulos de la acusación; que deseaba al propio tiempo retirar de la circulación las obras incriminadas.

«El Procurador quedó satisfecho del giro que tomó el negocio, y agregó que entendía que si estas obras se publicaban por otra

(1) *The Standard* de Londres, 1º de Noviembre de 1888.

(2) *Libel*, es todo escritor delictuoso, licenciado ó difamatorio.

persona procedería contra ella. En cuanto á la pena, dejaba su imposición al juicio de la Corte; pues no requería sentencia alguna especial.

«M. Williams, dijo: que creía justo alegar que el reo era una persona de gran respetabilidad y que tenía testigos dispuestos á comprobar este hecho.

«El Recorder manifestó que el objeto de la acusación no había sido tanto castigar al encausado como cortar de raíz la publicación de estos «libels» escandalosos. Que parecía que este objeto se había alcanzado y en consecuencia imponía solamente al responsable una multa de 100 libras esterlinas; y un depósito de 200 para caucionar su conducta durante un año (*to Keep the peace for twelve months.*)

«Poco tiempo después, el 21 de Diciembre de 1888, M. Evans, librero de Liverpool, fué condenado por el Tribunal de Circuito de este puerto, á 14 días de prisión y á 20 libras esterlinas de multa, por haber puesto en venta las traducciones inglesas de las novelas de Zola, y especialmente la de *La Terre* y una de Paul de Kock, *Le Mauvais sujet.*»

La prensa inglesa ha aprobado estas persecuciones. Para dar á conocer el estado de la opinión en Inglaterra sobre esta cuestión de moral literaria, no creemos encontrar un documento más característico que el «leading article» publicado por el *Standard* (1) á propósito de este proceso.

«El proceso en contra de M. Vizetelly ante la «Central Criminal Court,» ha terminado ayer de una manera satisfactoria para los que respetan las buenas costumbres y la sana literatura; después que el acusado por consejo de su defensor, se ha declarado culpable, es inútil entrar en la cuestión técnica y discutir si las obras de Zola entran ó no, en la categoría de las publicaciones indecorosas. En cuanto á nosotros la cuestión no tiene duda. No debemos manchar nuestras páginas con citas que el mismo Jurado de Old Bailey, no ha querido escuchar.

«Felicitamos á los que desconocen las obras más detestables de este escritor, y con respecto á los que por su profesión lite-

(1) *The Standard*, Londres, 1º de Noviembre de 1888.

raría se han visto obligados á estudiar á este novelista vigoroso pero repulsivo (*repulsive*) no tenemos necesidad de convenarlos. Si alguno, ó al menos algún inglés ha leído á *Nana* y *Pot-Bouille*, sobre todo este ultrage consumado á la decencia y al buen gusto, *La Terre*, sin un sentimiento intolerable de nauseas y de disgusto debe tener nervios extraordinariamente fuertes ó percepciones excepcionalmente obtusas. No es que Zola sea solamente grosero. Hay escritores de este género en todas las lenguas; y no se puede negar que algunos han sido hombres de genio, susceptibles de ser leídos con provecho ya que no con placer.

«Hay grosería abundante en Chaucer, Rabelais, Fielding, Swift, y muchos pasages de estos grandes escritores se aceptarían de buena gana por sus lectores del siglo diez y nueve. Pero la grosería de Zola es de otro carácter. Forma parte de la esencia misma de su obra, más que otra cosa es necesidad pura. Según la indicación de un observador contemporáneo, no llama simplemente azada á una azada, sino que trata de introducir en la conversación este utensilio de agricultura á fin de llamar las cosas por sus nombres. Las cosas obscenas y repugnantes se encuentran en las obras de Zola, sin más razón que su obscenidad y su repugnancia. No somos apóstoles de la emasculación de la literatura. Algunos de los monumentos literarios no han sido ni habrán podido ser escritos para jóvenes de diez y seis años. El vicio y la impureza deben alguna vez estar representados en el arte, si el arte quiere conservar su carácter de realidad.

«No llamamos á Shakespeare inmoral porque ha escrito *Measure for Measure*, ni á Goethe por su *Faust* y *Wilhelm Meister*, ó á Balzac por la *Comédie Humaine*. Pero la inmoralidad de Zola, no admite la excusa que con razón puede alegarse en favor de los grandes maestros de la novela y el drama. No pinta escenas viciosas y brutales porque se pueda derivar de ellas alguna enseñanza artística ó estética, sino pura y simplemente por el placer de describirlas ó por alhagar el gusto de lectores envilecidos y depravados. Y lo que es peor. Tiene un límite el realismo que el arte no puede franquear sin degenerar en chocante y penoso. Zola traspasa á menudo esos linderos.

«Sus descripciones no son sino fotografías indecentes que merecen ser confiscadas tanto como las colecciones de ese género de escritos que nacen en los chirivites y covachas de las grandes capitales.

«La circulación de libros de este género se halla en condiciones distintas de la reproducción de libros de otra época que contienen immoralidades. Ignoramos si hay necesidad, como ha pretendido demostrarlo Lamb, de multiplicar las ediciones económicas de los autores dramáticos de la Restauración, en una esfera social de la que se ha desterrado la atmósfera ética; cuando son muy lógicas las consecuencias que debemos esperar de estas ediciones manifiestamente conocidas como «no espurgadas.»—Sin embargo Dryden y Vanbrugh, Longreve y Wischerlez forman parte de nuestra literatura.

«Muchos compran estos libros sólo por el placer literario que proporciona su lectura.

«Está fuera de duda que muchos han leído los autores dramáticos del siglo diez y siete como leen á Marcial, á Rabelais y á Aristofanes, aun cuando no tengan gusto por lo obsceno. Pero los grandes escritores y aun los menos eminentes, aunque siempre dignos de la atención del estadista, tienen «defectos de sus cualidades» ó cualidades propias de su época. Sería pedantismo no estudiar á los clásicos antiguos porque los escritores griegos y romanos trataban libremente temas que se eluden en los tiempos modernos.

«Sería absurdo proscribir al «padre de la poesía inglesa» porque en los tiempos de Chaucer se gastaban bromas triviales sobre asuntos que no se consideran ya dignos de una época más refinada. Leemos á los escritores del pasado, no á causa, sino apesar de su trivialidad accidental y de sus frecuentes olvidos de la idea estético-moral, formada con posterioridad.

«En todo esto no hay analogía con el caso de los modernos novelistas franceses. Se les lee porque sus obras son sucias y asquerosas y no por otra razón. Se esfuerzan deliberadamente por satisfacer ese gusto raro, que existe en algunos espíritus por todo lo que es deshonesto, aunque parezca incomprendible para los demás. Son libros no sólo obscenos sino desprovistos de valor.

«El que se ha dedicado á ese comercio, trafica con mercancías prohibidas por las leyes de la mayor parte de los países y que son y han sido siempre castigadas por el «*common law*» de Inglaterra, así como por las decisiones recientes que se ocupan especialmente de este tráfico depravado. No se apela al fallo de un sólo país. Se han dictado escrupulosos en Alemania, Austria y en los Estados Unidos. Sin embargo en todos estos Estados la policía ha prohibido la libre circulación de *La Terre*, y sería una vergüenza para Inglaterra si se mostrase más tolerante

«Gracias á la acusación en contra de M. Wizetelly tenemos un escándalo menos.

«Es un ultraje escribir tales libros, es una circunstancia agravante traducirlos y lo que es peor publicarlos en una edición popular y económica, No negamos que halla cierto talento real aunque pervertido en el «Zolaismo,» como con acierto lo ha bautizado Lord Tennisson. Admitimos que los literatos se vean obligados á examinarlo. Así el abogado y el médico tienen que ocuparse de asuntos que los laicos no iniciados hacen bien en ignorar. Pero admitiendo que haya ingleses llamados á profundizar las miras de Zola, nos atrevemos á afirmar que no hay uno sólo que no sea capaz de leer el original. El crítico que no pueda comprender una novela francesa en su lengua original, no tiene derecho de seguir esa rama de la carrera. En francés, y sólo en francés, el mérito evidente de estos autores es apreciable; es decir su estilo, extraordinariamente claro é intencionado. Traducirlos es despojarlos de la única cualidad que los disculpa á los ojos de sus compatriotas. ¿Pero que se puede decir de una traducción literal, común, hecha sin habilidad y sin pretender ningún valor literario? Es como si se quisiese arrancar una obra de medicina de la oscuridad decente de un lenguaje técnico, poniéndola al alcance de los dependientes y niños de escuela, y difundiéndola á título de edición económica.

«Es sofisticos sostener que estableciendo una diferencia entre los malos libros, caros y baratos, se legisla en favor de los ricos en contra de los pobres. Si es malo editar con lujo obras inmORAles, es diez veces malo propagarlas de manera que lleguen á po-

der de millones de jóvenes medio instruidos. No podemos evitar que los que se hayan viciado busquen lo obsceno, pero si podemos y debemos proteger á los que se conservarían puros y sanos si no se les pusiese en contacto con la corrupción. Por esta razón quedamos plenamente satisfechos de que el «Tesor public» haya dado una lección saludable á los empresarios que especulaban con la circulación de esta málefica literatura extranjera.

«No somos partidarios de la censura de la prensa, desde luego porque generalmente es inútil, y en seguida porque jamás ha servido sino para causar un mal mayor del que trata de evitar, pero no queremos que se abuse de la «la libertad de la prensa.» Esperamos que si como en el presente caso, hay obras en circulación visiblemente hechas para depravar el gusto público y ultrajar las costumbres, no se vacilará en aplicar el rigor de la ley contra los que las publiquen.»

No obstante el proceso de Octubre de 1888, Henry Wizetelly siguió vendiendo traducciones inglesas de las obras de Zola. El librero se creía al abrigo de toda reprehensión por haber suprimido algunos pasajes de las obras; espurgó del mismo modo las siguientes: *La femme de feu* de Balot; *Belami* y *Une Vie*, de Maupassant; *Crime d'amour* y *Cruelle énigme*, de Bourget, *Germinie Lacerteux*, de Goncourt; y creyó que estas ediciones *ad usum delphini*, podrían alcanzar gracia del pudor alarmado de su país.

Las esperanzas de Wizetelly salieron fallidas. Por instigaciones de la Sociedad de vigilancia, dirigida por el cardenal Manning y el Arzobispo protestante de York, se entabló nueva acusación por el gobierno, interpelado en la Cámara de los Comu-

nes por sir Richard Fowler y M. Samuel Smith. El 30 de Mayo de 1889, Wizetelly fué emplazado nuevamente para ante la «Central Criminal Court» de la que salió peor librado que la primera vez.

«*Central Criminal Court*, de Londres ante el Recorder. (1)— M. Henry Wizetelly, librero de Henrietta-Street, Coventgarden, ha comparecido para responder de la acusación que se le hizo por haber publicado y vendido escritos delictuosos en forma de libros que contenían traducciones de novelas francesas de Zola. El solicitador general (sir Edward Clarke) y M. Dankwertz se encargaron de la acusación y M. Cock, Q. C. y M. Cluer, se presentaron por el inculpado que se reconoció culpable (*pleaded guilty*).»

«El solicitador general recordó á la Corte que en Octubre de 1888, el acusado lo había sido por un delito semejante y con respecto á los mismos libros; que había entonces declarado que era evidente su culpabilidad (*to resist á conviction*) que estuvo convicto y confeso (*pleaded guilty*) y que se había obligado sin restricciones á suspender la venta; que el inculpado había desconocido su compromiso, que los libros aunque espurgados contenían pasages ofensivos, y que continuaba vendiendo estas publicaciones sin ninguna duda inconvenientes; que en esa vez el procesado caucionó con docientas libras esterlinas su buena conducta y su promesa de no reincidir en el delito. Que él (solicitor general) pedía ahora que se hiciera efectiva la caución además del castigo adicional que la Corte creyera conveniente.»

«M. Cock dijo que se hallaba en la imposibilidad de contra-

(1) *The Standard*, 31 de Mayo de 1889.

riar la acusación, y que su defenso confesaba su delito; pero que hacia notar á fin de pedir indulgencia, que el reo tenía más de setenta años, y mala salud, que algunas veces en otro tiempo había ejercido un comercio respetable como librero y que se comprometía solemnemente á suspender la venta de estas publicaciones reprehensibles, bajo cualquier forma y en todo lugar, (*in any form or scope whatever*).»

«El recorder ordenó que la caución de 200 libras se hiciera efectiva y condenó al reo á tres meses de prisión como responsable de un delito de primera clase.»

«Además de los libros de Zola que hemos citado, la Corte declaró que debían retirarse de la venta los siguientes libros que Wizetelly había traducido y espurgado: *Madame Bovary* y *Salambo*, de Flaubert; la *Vie de Boème*, de Murger; *René Maupérin*, de Th. Gautier; *Sapho*, de A. Daudet; *Mon oncle Brabassou*, de Mario Uchard; *Fanny*, de E. Feydeau; *Monsieur, Madame et Bébé*, de G. Droz, todas calificadas como obras que atacan la moral pública.»

La gravedad de la situación de Wizetelly ante la Corte y ante la opinión pública con respecto al delito especial que se le reprochaba, resalta con singular relieve del procedimiento relatado.

Wizetelly puso su defensa en manos espertas. Su consejero era uno de los abogados de la Reina.

Vemos sin embargo que el honorable abogado confesó en plena Corte carecer de medios de defensa (*it was impossible to offer any defence to the charge*) para enervar la acusación entablada en contra de su cliente. Hubo en esto una táctica de audiencia que no se oculta á los de la profesión. El defensor de Wizetelly tenía probablemente más de una razón para discutir

la inculpación, pero hombre de experiencia, comprendió en el acto que sus esfuerzos serían inútiles. Prefirió acentuar la humildad y el arrepentimiento de su cliente, como único recurso para atemperar el rigor del juez y obtener la atenuación de la pena. Hay una circunstancia de por medio muy instructiva. En casos semejantes, los defensores alegan enérgicamente la absolución del inculpado y la obtienen á las veces, «cuando la obra inculpada es de las que parecen haber sido meditadas larga y seriamente desde el punto de vista literario y del estudio de los caracteres; en donde los pasajes censurados por la requisitoria, aunque reprehensibles son poco numerosos comparados con la extensión de la obra; pasajes que, ya en las ideas que expresan, ya en las situaciones que representan, entran en el conjunto de los caracteres que el autor ha querido pintar aun exagerándolos é impregnándolos de un realismo tal vez vulgar y chocante.» (1)

Las persecuciones en contra de los libros de Zola tienen un alcance considerable para la literatura francesa. Según los datos que recibimos de Inglaterra, las obras de Zola, Guy de Maupassant, Dumas hijo (2), Goncourt, Flaubert, Daudet, Bourget, están de hecho casi prohibidas en Inglaterra, al menos en inglés. Los libreros ingleses que han publicado traducciones no se atreven á ponerlas en venta.

Antiguamente las obras de Bocacio y de Rabelais estaban proscritas. Ni las reinas se han escapado; la primera acusación contra «l'Heptaméron des nouvelles de très illustre et très excellentissime princesse Marguerite de Valois, Reyne de Navarre,» prescribió gracias á la nulidad del procedimiento.

Los libreros franceses establecidos en Londres no se atreven á pedir novelas francesas. Temen cometer un delito vendiendo estas obras aun cuando estén en su lengua original. La campaña activa que dirigen, contra toda clase de libros, las hojas religiosas protestantes y católicas, numerosas é influyentes en el Reino Unido, casi han conducido al Gobierno á contraer ciertas obligaciones. Hasta aquí solamente eran revisadas las traducciones

(1) Sentencia del Tribunal correccional de Paris de 7 de Febrero de 1857, absolviendo á Gustave Flaubert por la publicación de *Madame Bovary*, en vista del alegato del ilustre y sentido maestro Senard.

(2) Especialmente la *Dame aux Camélias*.

inglesas de los libros prohibidos. El Secretario de Gobernación (*Home Secretary*) ha dado á entender recientemente en la Cámara de los Comunes; que se podrían detener y confiscar, á su entrada, los ejemplares originales en francés que se enviaran á Inglaterra.

A principios del mismo año, en Marzo de 1888, fué decomisada en Prusia, por orden superior, la traducción alemana de *La Terre*. Todos los libreros de Berlin que habían sido embargados, se emplazaron para presentarse ante el Tribunal el 16 de Marzo siguiente. La cita dice que los Estrados resolvieron: «poner fuera de la circulación los ejemplares todavía existentes de la traducción alemana de *La Terre*, pues la justicia tenía la convicción de que el contenido de la novela es inmoral y de que habían sido expuestos los ejemplares de esa traducción en los aparadores de diversas librerías de Berlin, lugares públicos.» La exposición del libro traducido es castigada por los arts. 184, 41 y 42 del Código penal Aleman.

Estos datos quedarían incompletos si omitiésemos mencionar el ingenioso simulacro verificado en el naciente foro de Amberes (Bélgica), sugerido por los procesos instruidos en Inglaterra en contra de los libros de Zola.

Inspirandose en las mejores tradiciones de la antigua Curia (*basoche*) los curiales (*stagiaires*) ambereses proyectaron simular un proceso en contra de las novelas de Zola, con la solemnidad acostumbrada en los procesos realmente consignados al jurado criminal.

El viérnes 1º de Febrero de 1889, celebró esta fiesta jurídico-literaria, la Conferencia del foro de Amberes, bajo la dirección del Presidente de la Orden, M. Wouters.

La audiencia se instaló con verdadero éxito.

Desde las 8 P. M. la sala estaba llena de artistas, escritores, abogados, magistrados y periodistas.

El jurado quedó compuesto de dos artistas, un médico, un presunto notario, dos oficiales, el director de un importante ramo municipal, y de cinco negociantes. Los debates duraron tres y fueron seguidos con interés creciente por este escogido auditorio.

El acta de acusación concluía, en estilo humorístico, pidiendo

la persecución de Luis Salembau, librero impresor, de 25 años de edad, natural y vecino de Catargo, avenida Didon, 7, por haber: 1º expuesto, vendido y distribuido en Catargo, por el mes de Enero de 1889, un escrito impreso contrario á las buenas costumbres, intitulado: »Petite bibliothèque naturaliste á 50 centimes le volume *La Terre*, par Emile Zola. Nouvelle édition. Carthage, Louis Salembau, éditeur, 1889.»—2º por haber impreso en Diciembre de 1888, especialmente el 31, dicho escrito contrario á las buenas costumbres, y haberlo expuesto, vendido y distribuido en Enero de 1889.

Uno de los miembros más distinguidos del foro de Amberes, M. Dumercy, había aceptado el cargo de Procurador del Rey; ha sostenido la acusación en una requisitoria en la que, bajo aparente demanda de condenación, el ingenioso Magistrado de una tarde, dejaba comprender los motivos que existían para que el jurado no accediese á ella.

Hé aquí el fin de esta delicada harenga más que recriminatoria, benévola:

«La solución no depende del objeto del autor, cierto es que entre el vil pornógrafo que no tiene otra preocupación que especular con inmundos instintos y el artista convencido que obedece á su inspiración irresistible, la distancia es grande; pero no se trata de saber si se acusa á un miserable ó á un hombre honrado. Trátase de averiguar cual es la voluntad del legislador; de investigar cual es el sentido de los artículos 383 y 384 del Código penal.

«La jurisprudencia ha sido unánime en reconocer que el art. 385 que castiga el ultraje á las buenas costumbres no exige dañada intensión. El ultraje á las buenas costumbres es un delito de culpa y no doloso. La generalidad del art. 388 abarca desde el acto más perverso hasta la satisfacción de la necesidad más legítima. Basta que haya escándalo. Si este no fuera el espíritu del art. 385, no tendrían razón de ser el 383 y el 384 redactados casi en idénticos términos. Sean hechos ó escritos, el sistema de la ley debe ser el mismo. La intención del autor no influye en nada, la ley sólo considera el resultado producido, esté el cuadro desnudo ó medio velado, persiga ó no el escritor un ideal honrado, hay delito desde el momento en que hay cos-

tumbres ultrajadas. Hay escándalo desde el instante en que hay gentes escandalizadas.»

«La cuestión que teneis que resolver es esta: En el estado actual de nuestras costumbres, *La Terre* es por sí sóla capaz de escandalizar al promedio de nuestros ciudadanos?

«Para resolver esta cuestión me bastará leer algunos fragmentos del libro; (el orador lee: la escena de la vaca llevada al toro—la del amor entre Juan y Francisca—la violación y el asesinato de Francisca por Buteau y Lise. Estos tres cuadros un poco subidos producen profunda impresión en la Sala.)»

«Pregunto, Señores, ¿no os habeis escandalizado? ¿Puedo interpretar de otra manera ese movimiento, esa impresión de vuestros semblantes? Cualesquiera que sean vuestras doctrinas literarias ¿vacilaríais en reconocer que semejante libro tiene dos cualidades exageradamente peligrosas para el orden social; ser perturbador y ser admirable? ¿Qué, el efecto que os ha producido no se centuplicará en los seres más sensibles por su edad, sexo, educación, temperamento, y agreguemos, por sus vicios? No, señores no vacilareis. Organos de la ley, penetrados de su espíritu, de sus preocupaciones si se quiere, pronunciareis un veredicto condenatorio.»

La defensa había sido confiada á otro miembro del mismo foro á M. Serigiers, de cuyo vigoroso alegato extractamos lo siguiente:

«No es la obra de un solo artista; lo que vengo á defender, es la libertad artística contra el fariseismo de la sociedad que tolera todo lo que se oculta, que reserva sus simpatías á la perversión refinada y llena de oprobio la obra franca y brutal que ostenta su desnudez bella y audaz.

«El arte se halla entre las más nobles producciones de la inteligencia, quiero que el artista, libre en la concepción del pensamiento, digno del mayor respeto; lo sea en su expresión.

«La obra de arte, la que responde á una preocupación artística no podría ser inmoral. Intentaré definir lo moral.

«Lo moral eleva la naturaleza humana y la rebaja lo inmoral. No concibo como una obra copia fiel de las sozobras del arte, rebaje la naturaleza humana.

¿En qué consiste la inmoralidad de una obra?

«¿En su objeto? Luego toda la historia desde la Biblia y el incesto de Loth, Sodoma y Gomorra, todos los monumentos de la literatura: Rabelais, Corneille, Shakespeare y otros; luego el periodismo, el relato de abominaciones de la vida real de hecho diversas; todo caería bajo la acción de la ley penal.»

«¿En los detalles? ¿cuales son los permitidos, cuales no? ¿que autoridad será competente para deslindarlos? ¿quien se atreverá ó corregir la obra de un maestro? En un país se cubrirán el rostro ante detalles que no escandalizan en los otros.»

«¿En la influencia, en el efecto de su obra? Es evidente que sólo se trata aquí de las obras de arte, no de esos escritos inmundos hechos con la mira de explotar bajas pasiones afrodisíacas, dignos de apartarse de la circulación como cualquier otro veneno.»

«Este sistema es jurídicamente falso. El elemento delictuoso debe residir en el hecho, no en sus resultados. El efecto producido es relativo á la sensibilidad, á la edad, al medio. La obra ha sido hecha para las inteligencias fuertes ¿se querrá rebajar el arte al nivel de la inteligencia de un niño, de la mujer ó de un incapaz?»

«Sólo en la intención del autor puede consistir la inmoralidad de una obra.»

«Esta es la opinión de Nipels á propósito del art. 383, es necesario el pensamiento culpable en las miras del autor. Inspirándose en estos principios el Tribunal del Sena absolvió en otro tiempo á Flaubert perseguido por la publicación de *Madame Bovary*.»

«Paso á ocuparme de la obra acusada, de *La Terre* de Emilio Zola. Conocéis al hombre y al libro. El hombre se distingue por sus obras brutales; parte de frente al enemigo, lo destruye. Es escarnecido, hasta el día en que por la fuerza de su talento se impone al respeto de todos.»

(Hace una descripción de la naturaleza física de Zola, tomada del periódico de Goncourt.) «Una impulsión de esta naturaleza lacerada lo induce á estudiar los pliegues de la miseria, en lo que adquiere una penetración admirable»

«Se le reprocha la rudeza de ciertas expresiones. Al principio chocan, á medida que se avanza en la obra se identifican

en el conjunto, entran en el desarrollo lógico, dan á los personajes y á la acción una realidad, un vigor y un sello tal de originalidad que no podrían conservar de otra manera.»

»Admiro á Zola por su fuerza y su bondad que se prodiga en el grande amor á la humanidad que vibra en toda su obra. La obra es buena.»

«A los debiles, descubre la úlcera que corroe el fruto de la vida, y que el convencionalismo no siempre consigue ocultar, infunde horror al vicio. A los fuertes, inspira sana piedad por los humanos.»

«Hé aquí una moral basada en la bondad del corazón y en la comprensión más lata del hombre y de la fatalidad que pesa sobre él.»

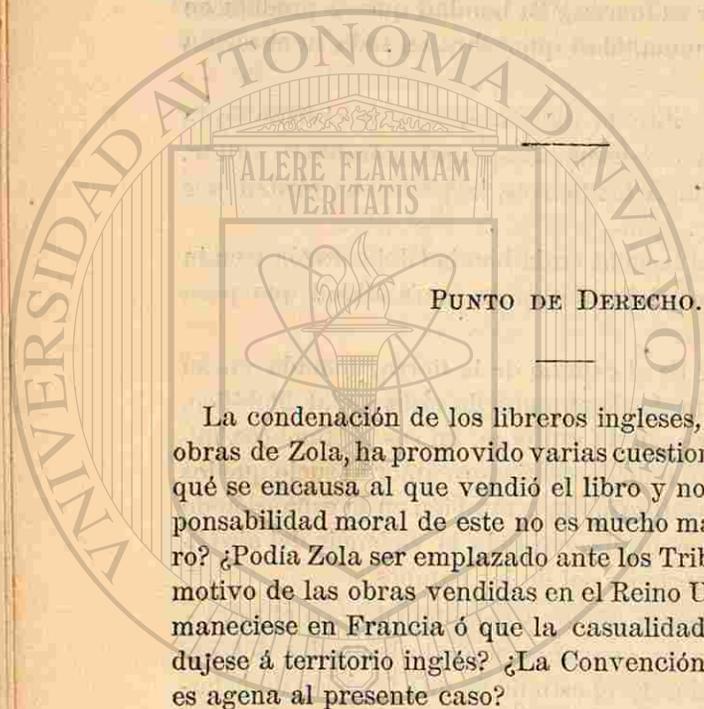
«¿Que es *La Terre*? Es el estudio de la tierra, tomada en su acepción más completa desde el punto de vista social, filosófico, económico, en los seres que la cultivan, en sus costumbres, miserias y pasiones, sobre todo en ese áspero amor al suelo que los impulsa algunas veces al crimen, y también en la expansión de su fuerza pasional fermentada con toda la violencia del aire libre oxigenado y del hermoso sol de los campos.»

«Semejante obra para ser sincera y completa debía ser brutal.»

«Es imposible leerla sin convencerse de la honradez del artista y de su conciencia. Es el estudio de una fracción de la humanidad con el anhelo de hacerla justa, honrada y poderosa.»

Después de este alegato el jurado, impuesto de sus deberes por el Presidente de los Debates, se retiró á la sala de las deliberaciones. A poco volvió con el veredicto negativo sobre las

dos preguntas de culpabilidad que le habían sido sometidas. La Corte pronunció la absolución, y el público aplaudió la sentencia.



PUNTO DE DERECHO.

La condenación de los libreros ingleses, que expendieron las obras de Zola, ha promovido varias cuestiones en Francia. ¿Por qué se encausa al que vendió el libro y no á su autor? ¿La responsabilidad moral de este no es mucho mayor que la del librero? ¿Podía Zola ser emplazado ante los Tribunales ingleses, con motivo de las obras vendidas en el Reino Unido, según que permaneciese en Francia ó que la casualidad de un viaje lo condujese á territorio inglés? ¿La Convención Unionista de 1886, es agena al presente caso?

Procedamos por eliminación. Es cierto que las relaciones en materias literarias y artísticas entre Inglaterra y Francia no se rigen solamente por los tratados de 3 de Noviembre de 1851 y de 11 de Agosto de 1875, (1) sino también por la Convención de Berna firmada y sellada en 1886 por estas dos potencias. (2)

Pero con ocasión de los procesos de las obras de Zola no se ha puesto en juicio el derecho literario, sino sólo se ha tratado de un asunto de policía y de costumbres. Los Estados adherentes á la Unión (Convención citada), garantizándose reciprocamente, el libre y pacífico ejercicio de los derechos de autor en sus respectivos tribunales, se han reservado, expresamente el ejercicio de su soberanía con respecto á las obras introducidas á su territorio.

(1) Journal du Droit international privé, 1875.—pág. 398.
(2) Journal du Droit int. privé, 1886, p. 780.

Esta reserva se ha formulado en términos explícitos en el art. 13 de la Convención: «Se entiende que las condiciones de la presente convención no pueden perjudicar de ningún modo el derecho que el Gobierno de cada uno de los países de la Unión tiene de permitir, vigilar, prohibir, por medidas legislativas ó de policía interior, la circulación, la representación, la exposición de cualquiera obra con respecto á la que la autoridad competente deba ejercer este derecho.»

La Inglaterra ejercitaba un derecho cierto, aplicando su legislación contra una obra extranjera, en las mismas circunstancias que si fuere un libro nacional.

Gracias á los informes de nuestro sabio colaborador Sir James Stephen, uno de los miembros más autorizados de la Suprema Corte de justicia de Inglaterra, podemos hacer algunas indicaciones sobre las otras cuestiones.

La circunstancia de que los libros de Zola han sido originalmente publicados en Francia, y que han nacido de alguna manera bajo el imperio de la ley francesa no se toma en cuenta por la legislación de Inglaterra. La ley inglesa es la únicamente aplicable; y Zola ya permanezca en Francia ó en el suelo británico, no puede ser perseguido en Inglaterra en razón de que aunque el carácter de sus libros es considerado como delictuoso en ese país, su publicación ha tenido lugar fuera de Inglaterra.

Importa precisar lo que el derecho inglés entiende por el hecho de la *publication*, único que en territorio inglés constituye responsable al autor ante los tribunales locales.

«El simple hecho de redactar un *libel* (1) y guardarlo en el escritorio no constituye la *publication*. Pero todo acto que tiene por efecto ponerlo en conocimiento de un tercero entra al contrario en la definición.

«Si un artículo *«libellus»* se publica en el *Times*, el autor, los cajistas, los agentes del periódico, todo el que haya tenido ocasión de leerlo, y que conociendo sus términos lo ha prestado á un amigo ó lo ha vendido, es considerado como *publisher*; y queda desde entonces expuesto á ser perseguido.»

(1) En esta palabra *libel*, la ley inglesa comprende todo escrito punible, libro, ó periódico, difamatorio ó licencioso.

«Rara vez se aplica la ley con toda severidad, pero solamente porque es rara su aplicación. Por lo demás la ley es así. *Dura lex sed lex.*»

«Si alguno es perseguido por haber publicado un «libelo» es preciso probar contra él, que en la actualidad se ha dedicado á una «publication» de las enunciadas.

«Por lo que respecta á Zola, si se hubiese entablado alguna acusación en su contra ante los tribunales ingleses, habría sido preciso comprobar que había enviado el manuscrito al impresor, que ha impreso la versión inglesa de su obra, ó que ha corregido las pruebas.

«Si Zola hubiese prestado en Inglaterra un ejemplar de *La Terre* á un amigo, habría sido considerado este acto como una «publication» en Inglaterra, aun cuando el libro hubiese sido impreso y publicado (en el sentido vulgar de la palabra) en Francia.

«Habría habido en este hecho, «publication» jurídicamente tan caracterizada como si Zola hubiese vendido en su almacén una edición completa de su obra.

«No castiga la ley inglesa la redacción de obras de este género sino solamente su «publication» en Inglaterra. Pero como se ve poco basta (*but a very little is sufficient*) para cometer este delito.

En Francia, la concepción de la ley es diferente.

El hecho sólo de la difusión de un escrito punible en territorio francés, importa la comisión del delito en Francia, aunque el escrito haya sido compuesto y publicado en el extranjero, y aún cuando la publicación imputable al autor se haya verificado fuera del territorio.

El delito se comete en Francia por sólo el hecho de la circulación del escrito culpable. El editor (1) si se trata de un libro, el gerente si de un artículo de periódico, es considerado como autor principal de la infracción. El autor es aprehendido como cómplice por haber facilitado á sabiendas, por la comunicación de su obra, el medio para la ejecución del hecho, art. 50 C. P.

(1) En francés se entiende por *Editeur* la librería que emprende la ejecución y explotación comercial del libro. *Editor*, en inglés, designa el autor del libro, al director de un periódico ó de una revista.

—art. 43 2 y 47 de la ley de 25 de Julio de 1881 sobre la libertad de la prensa.

El ultraje á las buenas costumbres por medio del libro es de conocimiento de la Audiencia (Cour d'assises) el mismo delito cometido por medio del periódico, imagenes etc., es de la competencia del Tribunal correccional (Ley de 27 de Julio de 1881, arts. 28 y 45; ley de 3 de Agosto de 1882 sobre la reprensión de los ultrajes á las buenas costumbres.)

En Francia se hizo una aplicación de estas reglas casi al mismo tiempo que los libreros ingleses eran encausados en Londres y en Liverpool por la «Central Criminal Court,» por haber vendido las obras de Zola.

M. Camilo Lemonnier, escritor belga, de gran talento, había publicado en el *Gil Blas*, diario de París, un artículo intitulado «l'Enfant du crapaud.» El Procurador de la República del Sena juzgó el artículo ofensivo á la moral pública, y persiguió al gerente del *Gil Blas*, como autor principal, y á Camilo Lemonnier como cómplice del delito de ultrajes á las buenas costumbres.

Pero como Camilo Lemonnier, era belga, domiciliado en Bruselas, se libró exhorto á las autoridades belgas para emplazarlo ante el Tribunal correccional del Sena. No existía naturalmente ningún medio para obligar á Lemonnier á abandonar el territorio de su país para presentarse ante los estrados del Tribunal parisiense. Pero conforme á la ley francesa la cita había sido bien hecha. Si Lemonnier no se presentaba (la comparencia es obligatoria en materia correccional) hubiese sido juzgado y condenado en rebeldía. La sentencia del Tribunal se hubiese ejecutado si Lemonnier, hubiera sido últimamente aprehendido en territorio francés.

Lemonnier, conforme á la ley francesa, era el cómplice de un delito cometido en territorio francés consistente para el autor principal, en haber hecho circular un escrito considerado como obsceno. Lemonnier creyó que era un compromiso de honor defenderse contra una acusación que rechazaba su conciencia de artista. Se separó de Bruselas para comparecer personalmente. El proceso concluyó por la condenación de M. Deroule, gerente

del *Gil Blas*, y de M. Lemonnier, autor de «l'Enfant du crapaud,» á pagar una multa de mil francos cada uno. (Trib. correc. del Sena; 9ª C., 28 de Noviembre de 1888.) (1)

La posibilidad de tal proceso, desde el punto de vista jurídico, ha causado admiración á los jurisconsultos ingleses; se han preguntado, si por el hecho de citar á un escritor belga ante los tribunales franceses, no había una usurpación de la soberanía del país del autor.

Creemos que una explicación detallada modificará su opinión. Es un principio que las leyes penales son territoriales, es decir se aplican á todos sin distinción de nacionalidad, y que los tribunales nacionales, son competentes con respecto á todos por igual, para conocer de las infracciones cometidas en su territorio. La ley francesa decide que la simple circulación de un libro ó de un escrito punible en el territorio constituye el acto materia del delito, y que los agentes de este delito son el editor y el gerente, y como complice, el autor. Cada país es libre para determinar el elemento constitutivo, en el sentido inglés de la palabra, de la *publication*. En Francia, se comprende que un escritor cuando consiente que un librero publique una obra de su ingenio, se atiene á todas las consecuencias del pacto; y es la primera de ellas la oferta y la demanda al público, *urbi et orbi*. El mismo razonamiento se impone cuando se envía un artículo á un periódico. Agregaremos que tales principios nada tienen que lastimar la *communis opinio* de las naciones civilizadas.

Si el autor del libro ó del artículo, aprehendido en el territorio, es un extranjero residente en el extranjero, el estado jurídico de la cuestión es la misma. Se tratará de un delito cometido en Francia por un extranjero. La acusación entablada contra él se hará conforme á las reglas de competencia en materia penal.

Podrá suceder que la sentencia no se aplique si el extranjero no pone los piés en Francia. En efecto los tratados de ex-

(1) Nuestro eminente colega y amigo Edmundo Picard, del foro de Bruselas, ha hecho la defensa de Lemonnier, en un alegato tan notable por la elevación del pensamiento como por la originalidad de la forma. Se publicó *in extenso* en una elegante monografía, titulada «le procès de l'Enfant du crapaud.» Bruselas, Larcier, 1888.

tradición no previenen los delitos de imprenta; además el país requerido rehusará la entrega de un nacional. Practicamente el extranjero preferirá que su proceso termine definitivamente en Francia; las condenaciones en esta materia, cuando el juicio es contradictorio no son muy rigurosas; los juicios en rebel-día son al contrario mucho más severos. ¿Para que vedarse el suelo de Francia? Es bueno visitarlo de cuando en cuando, aun que no sea mas que para dar un vistazo á la Exposición. (1)

He aquí como la ley francesa, atribuyendo competencia á los tribunales franceses, en el caso de que se trata, no está en oposición con ninguno de los principios admitidos por la ciencia del derecho penal, y como de hecho los extranjeros no desairan la invitación del Procurador de la República para comparecer ante sus Tribunales.

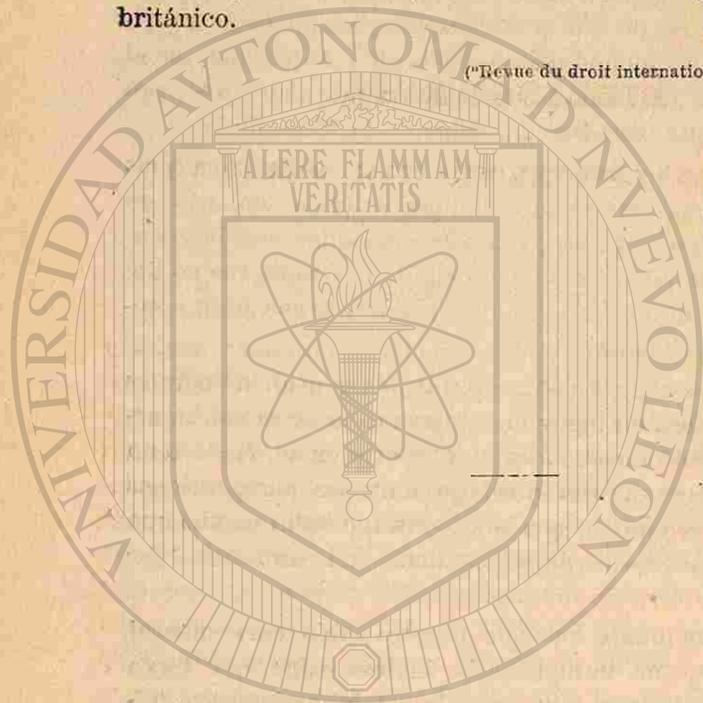
Vamos más léjos. ¿Están seguros los jurisconsultos ingleses de que si Lemonnier, en lugar de enviar desde Bruselas, su artículo al *Gil Blas* de París, lo hubiese inserto en el *Truth* ó en el *World* de Londres, habría quedado libre de persecuciones en Inglaterra en el caso de que la Corona hubiese juzgado que este escrito fantástico-filosófico justificase un «*indictment for libel?*»

Sabemos por las indicaciones de nuestro sabio corresponsal antes expresadas, que la legislación inglesa exige que haya publicación en Inglaterra, pero como lo dice el eminente criminalista sir James Stephen, para que haya publicación no hay necesidad de gran cosa (*but a very little is sufficient*). ¿Zola caería bajo la competencia de la «Central Criminal Court,» si hubiese enviado su manuscrito al librero inglés ó corregido las pruebas! Entonces Lemonnier, en la hipótesis que estudiamos, debía ser justiciable por los Tribunales ingleses, por el hecho de enviar su manuscrito al *Truth* ó al *World* para su publicación ó por corregir las pruebas de su artículo. Por distinto motivo que los tribunales franceses, pero con seguridad, las autoridades inglesas habrían perseguido á un escritor extranjero, autor de un artículo redactado en el extranjero, pero puesto á la vista del público inglés.

(1) Este artículo se publicó en Octubre del año pasado.

La única objeción en pie sería la de saber si la acusación se hubiese entablado contra el escritor belga residiendo en el extranjero, ó si hubiese sido preciso esperar que el caso fortuito de un negocio de un viaje de recreo lo condujese al territorio británico.

(*Revue du droit international privé.* Paris.)



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA

DIRECCIÓN GENERAL DE

BIBLIOGRAFIA.

"PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO"

POR EL LIC. AGUSTIN VERDUGO.

Tomo IV.—En 4^o.—1888-89.

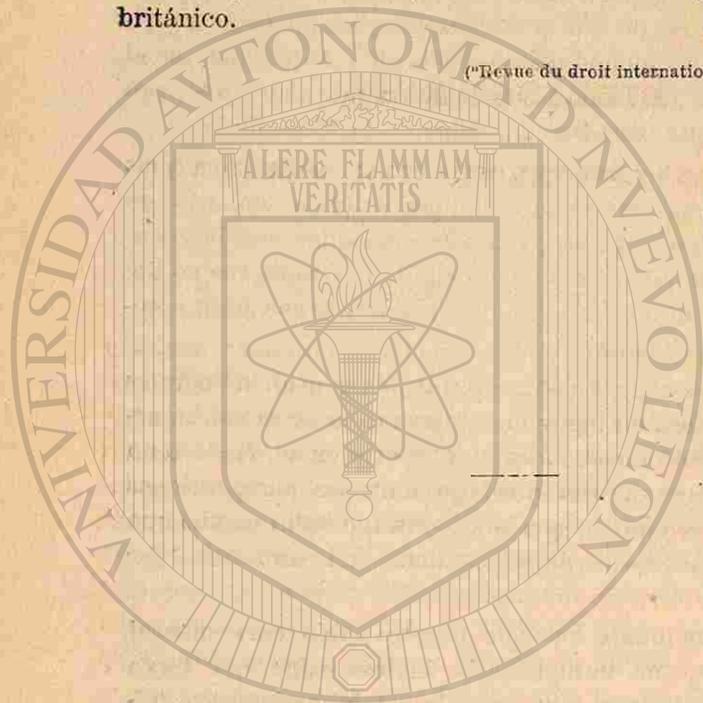
No es cosa fácil para talentos vulgares empuñar con tino y discreción la péñola del crítico, para censurar lo malo y avalorar lo bueno, y las medianías, cuya gracia, según dijo un escritor español, es conocerse, no deben convertirse en censores; como quiera que esta es empresa para elevados ingenios, quienes si pueden juzgar á los demás, y cuyo fallo justiciero es recibido con aplauso así de sabios como de ignorantes.

Más si el ser críticos no nos es dado, no por esto nos está prohibido estampar con letras de molde nuestro parecer acerca de las ajenas obras, sin que esto, importe un juicio crítico sino una opinión lanzada al público, dejando al lector sensato que corrija y disculpe lo malo y que indulgente apruebe y encomie lo bueno. He aquí porque, sin ser en alabanzas pródigo, ni presumir de corrector severo; sin esperar aplausos y temiendo si la censura de los doctos, vengo á decir lo que pienso y siento acerca del estudio hecho por mi apreciable amigo y compañero el Sr. Lic. D. Agustín Verdugo sobre las no triviales materias que se contienen en el IV tomo de su erudita obra de comentario á nuestro Código Civil.

El estudio de una legislación, no solo comprende el conocimiento de sus orígenes, se estiende saber cual es su recto sentido, cual su aplicación, cuales son sus ventajas ó sus desventajas, cuales las dudas que sobre ellas se suscitan y la manera corriente con que los jurisconsultos y los tribunales las resuel-

La única objeción en pie sería la de saber si la acusación se hubiese entablado contra el escritor belga residiendo en el extranjero, ó si hubiese sido preciso esperar que el caso fortuito de un negocio de un viaje de recreo lo condujese al territorio británico.

(*Revue du droit international privé.* Paris.)



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA

DIRECCIÓN GENERAL DE

BIBLIOGRAFIA.

"PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO"

POR EL LIC. AGUSTIN VERDUGO.

Tomo IV.—En 4°.—1888-89.

No es cosa fácil para talentos vulgares empuñar con tino y discreción la péñola del crítico, para censurar lo malo y avalorar lo bueno, y las medianías, cuya gracia, según dijo un escritor español, es conocerse, no deben convertirse en censores; como quiera que esta es empresa para elevados ingenios, quienes si pueden juzgar á los demás, y cuyo fallo justiciero es recibido con aplauso así de sabios como de ignorantes.

Más si el ser críticos no nos es dado, no por esto nos está prohibido estampar con letras de molde nuestro parecer acerca de las ajenas obras, sin que esto, importe un juicio crítico sino una opinión lanzada al público, dejando al lector sensato que corrija y disculpe lo malo y que indulgente apruebe y encomie lo bueno. He aquí porque, sin ser en alabanzas pródigo, ni presumir de corrector severo; sin esperar aplausos y temiendo si la censura de los doctos, vengo á decir lo que pienso y siento acerca del estudio hecho por mi apreciable amigo y compañero el Sr. Lic. D. Agustín Verdugo sobre las no triviales materias que se contienen en el IV tomo de su erudita obra de comentario á nuestro Código Civil.

El estudio de una legislación, no solo comprende el conocimiento de sus orígenes, se estiende saber cual es su recto sentido, cual su aplicación, cuales son sus ventajas ó sus desventajas, cuales las dudas que sobre ellas se suscitan y la manera corriente con que los jurisconsultos y los tribunales las resuel-

ven. Así pues, hay que conocer el origen de la legislación, la razón de justicia intrínseca que entraña y la manera con que la ley se entiende y se aplica. El conocimiento histórico, el filosófico y el jurídico, son los que constituyen el completo estudio de una legislación y todos ellos, á mi entender, concurren en la obra del Sr. Verdugo.

La legislación de los pueblos, ó es el fruto de añejas tradiciones basadas en los hábitos nacionales y en las necesidades generales, reflejándose en ella las ideas y costumbres peculiares de cada nación ó es el engendro de las ideas nuevas, que, ora civilizadoras, levantan en alto á las naciones; ora revolucionarias, siembran la discordia y sumergen á los pueblos en la anarquía. La legislación y la historia de las naciones corren parejas, y mutuamente se esplican y esclarecen, como quiera que, las leyes, ó se dan según las épocas históricas, ó ellas son la causa de acontecimientos posteriores.

Nuestra legislación prueba bien claro esta verdad; porque al hacerse México independiente, dos partidos encontrados aspiraban al poder. El uno sostenía las antiguas tradiciones; el otro traía las ideas del 93, que han conmovido á la tierra, y nuestro derecho público era hoy centralista, mañana federal, siguiendo así las alternativas de la guerra civil, que ora ponía en alto á los conservadores, ora á los liberales.

El derecho civil sin embargo de estos vaivenes políticos, permanecía estacionario, y cuando imperaban las leyes más democráticas, se observaban aún los mandatos del Rey Sábio y del no menos sábio, D. Felipe II, juntamente con las pragmáticas de Carlos III y las leyes de reforma.

Vencido el partido tradicionalista, debía caer á pedazos el edificio antiguo, y la vieja legislación civil, hecha para la antigua sociedad, tenía que ceder el puesto á la nueva; en la que, ideas, costumbres y hasta palabras debían ser nuevas. El odio á la antigüedad y el amor á la novedad, es el carácter distintivo de las sociedades modernas y nuestros legisladores siguieron gustosos esta corriente, que es bendecida por unos, maldecida por otros y que no es ahora mi intento calificar.

Al formar el Código Civil de 1870, no se estudiaron las costumbres nacionales, no se pretendió resumir la antigua legis-

lación aclarando sus dudas, llenando sus vacíos y corrigiendo sus defectos, en nada de esto se pensó: se quiso imitar lo francés, lo español, lo italiano y en estas fuentes encontramos la razón de ser de los artículos de nuestros Códigos civiles, así del primitivo, como del segundo que lo vino á reemplazar y que es más avanzado en ideas.

De aquí es que para estudiar nuestra legislación civil, hay que estudiar la extranjera y en los comentadores de esta encontramos la explicación de las dudas á que dá origen, y ellos nos enseñan la manera de aplicarla y entenderla. Más como estos comentadores son, al par que numerosos, sábios y entendidos, poco campo dejan libre al jurista mexicano, para dar vuelo á su ingenio, pues ellos todo lo han pensado y dicho, por lo que á nosotros solo toca el repetir lo que ellos dicen, no sin agregar algo que nos sea peculiar.

Bajo estas bases vamos á estudiar la obra del Sr. Verdugo, no sin advertir de pasada, que dista mucho de tener así la presunción del gran maestro Antonio Gómez, como de ser un mero compilador de encontradas opiniones como el conocido, y muy digno de perpétua estimación, autor de Comunes contra Comunes.

Ocúpase el libro que examinamos de la Paternidad y Filiación, y el Sr. Verdugo, sigue el mismo sistema que en los anteriores volúmenes; pues ante todo trata de la cuestión de principios descendiendo después á las consecuencias que de ellos se derivan. Desde luego merece la enhorabuena por nuestra parte, porque al tratar de los fundamentos filosóficos de la ley, acude ante todo á la legislación romana, á las añejas; pero siempre dignas de la perpétua lectura, Siete Partidas y á los doctos jurisconsultos de los pasados siglos; pues nadie que aspire á saber la verdadera razón de justicia de las leyes humanas y que no quiera alardear en vano con el título profesional, puede menospreciar esos monumentos de erudición y ciencia; abundantes en filosofía y demasiado claros y explícitos para poder guiar al abogado postulante.

Séame permitido sin embargo llamar la atención del autor, sobre un punto que es á mi entender de grande importancia.

Llevado de su espíritu, más filosófico que práctico, dá gran

preferencia á las cuestiones especulativas, dejando poco espacio á las prácticas. Esto no es una censura; pues bien expuesta, como él por punto general lo hace, la razón de la ley, surge facilmente cual sea su recta inteligencia y su acertada aplicación. De aquí procede que el autor, llevado de su grande afición á la retórica, use más del lenguaje oratorio que del severo y reposado que reclama una obra de este género. Tengo, para mí que si el Sr. Verdugo atendiera á estas pobres observaciones, lograría dar mayor interés á su obra, que es de no escaso mérito, y la haría propia no solo para el que estudia en su gabinete tranquilamente; sino para el que de diario descende al campo siempre oscuro y difícil de la controversia judicial.

Siguiendo el orden de nuestro Código, se ocupa primeramente de los hijos legítimos y con acierto expone el principio de que es hijo legítimo, aquel que es habido en justas nupcias; motivo por el que la ley presume *legítimo* á todo hijo de mujer casada que vive en uno con su esposo. Pasa después á exponer cual es el tiempo de la preñez; pues por el hecho del nacimiento debe venirse á saber el de la concepción y de aquí se puede presumir quien sea el padre del hijo y distingue tres casos que son: el hijo concebido y nacido dentro del matrimonio, concebido antes y nacido dentro del matrimonio, y del nacido después del matrimonio.

Antes de entrar con el autor en estas distinciones, debo hacer dos observaciones que no carecen de interés filosófico y quizá también práctico. Hablando el autor de la presunción que establece la ley respecto del hijo nacido de justas nupcias distingue tres clases de presunciones; los llamados *juris et de jure*; *juris tantum et præsumptivo omninis* y considera á la que ahora nos ocupa como una *præsumtio juris tantum* por poderse rendir prueba en contra de ella, en los casos establecidos por el art. 291 del Código civil, concordante con las leyes españolas y romanas por él citadas. Aquí disciento de la opinión de mi inteligente amigo y sigo el parecer de varios jurisconsultos que reputa esta una presunción de derecho y por derecho, y va la razón.

Con mucho acierto enseña el Sr. Verdugo que toda presun-

ción nace de un hecho cierto del que inferimos otro que nos es desconocido, y de aquí es, que probado el primero, se infiere necesariamente el segundo en este genero de presunciones. El hecho que engendra esta presunción es no sólo el del matrimonio, es como enseñan las leyes 4 y 9 tit. 24, p. 4 la vida de consuno. Esta presunción, nace de dos hechos: de las justas nupcias y de la vida conyugal, y faltando uno cualquiera falta naturalmente la presunción; como quiera que faltando el antecedente falta necesariamente el consiguiente y quitada la causa, desaparece el efecto. La ley no admite prueba en contra de la presunción sino en contra del hecho de donde la presunción toma, su origen.

En las presunciones de derecho y por derecho, probado el hecho, la presunción no puede admitir prueba en contrario. En las demás presunciones, probado el hecho, se admite prueba en contra de la presunción y esta cede ante la evidencia de la verdad. Probado el matrimonio de un hombre y una mujer; no se adelanta nada en favor de la legitimidad del hijo de este, hay que probar además, la posibilidad de la vida conyugal. Probado el matrimonio y la posibilidad de la vida conyugal; la presunción no admite prueba en contrario, y en sentido inverso: probado el matrimonio, y la imposibilidad de la vida conyugal, deja de existir toda presunción. Así pues, no es que no se admite prueba en contra de la presunción, es que esta no existe, que no tiene base, que no hay hecho alguno que la engendre; por donde se ve que es realmente una presunción de derecho y por derecho, muy diversa de aquellas en las que, probados los hechos que los engendran, puede contra ellos producirse prueba bastante á desvanecerlas por completo.

En comprobación de esta opinión tenemos el art. 292 del Código Civil que dice: «El marido no podrá desconocer á los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque esta declare contra la legitimidad, á no ser que el nacimiento se le haya ocultado, ó haya acaecido durante una ausencia de más de diez meses.»—No entra en un ánimo exponer las serias dificultades á que la vaguedad de este artículo puede dar origen, pero por él se vé que probado el adulterio y conforme la madre en declarar que es ilegítimo el hijo, el marido no puede desconocerlo si no es que se prue-

be que faltó el elemento indispensable de la vida conyugal, sea por ausencia ó por otra causa, pues sólo faltando esta vida puede suponer que á un hombre, por tonto que sea, se le oculte el embarazo y alumbramiento de su esposa. Así pues, probado jurídicamente el adulterio de la mujer, conformes ambos conyuges en este hecho, si existió la vida conyugal, si el marido vive con su consorte y si, usando de los términos del art. 291, *pudo físicamente tener acceso con ella*; el hijo nacido de esta mujer es legítimo y ninguna prueba, por robusta que sea, puede destruir esta presunción.

Con sobrada justicia censura el autor, el artículo que he citado, pues sus términos, á más de ser ambiguos, son demasiado extensos á tal punto que pueden hacer que un hijo pase por legítimo no siéndolo y al contrario, que á un hijo se le tenga por adulterino siendo legítimo, y para convencerse de esto basta suponer un caso muy posible: el marido se ausenta del hogar por más de diez meses en los primeros días del embarazo de su esposa, el hijo nace á los nueve y medio meses después de la separación del padre, con lo que basta para que se cumpla la condición del artículo: *que el nacimiento acontezca durante una ausencia de más de diez meses*. De cierto, que esta no es la recta interpretación de este artículo, ni fué la intención de los legisladores, pero esto fué lo que dijeron.

En sentido contrario: se ausenta el marido por espacio de nueve meses del hogar y vuelto á él, á los dos meses nace un hijo, que á todas luces es adulterino y para desconocerlo no le ampara este artículo, por más que el 291 si le dé acción validera. Como estos puedan darse otros casos; porque á mi entender no debió decir el Código que el nacimiento se verificara ó no durante la ausencia más ó menos prolongada, sino la concepción, cuya fecha, aunque incierta, se deduce de la época del nacimiento.

La otra observación que tengo de hacer, es que el Sr. Verdugo dá gran importancia, para esclarecer la legitimidad del hijo, á que este nazca vividero; importancia que á mi juicio no tiene. La viabilidad del feto no depende sólo de que haya estado en el seno materno el tiempo necesario para su desarrollo; depende además de las condiciones del embarazo y así acontece que,

después de un embarazo difícil, nazca un hijo no vividero, sin que por esto deje de ser legítimo. El hecho, pues, de no ser vividero el hijo, sólo prueba en contra de su filiación legítima, en el caso de aborto, concurriendo además las condiciones del artículo 291.

En esta materia, debemos advertir que hay cierta ilación lógica entre la filiación legítima y el adulterio de la mujer. Sólo puede haber duda, respecto á la filiación de un hijo, cuando se duda la conducta de la madre y por lo mismo debemos ver que relación existe entre las acciones que de aquí nacen.

El derecho dá al marido, por razón del adulterio de la mujer diversas acciones civiles y la acción criminal.

Entre las civiles una de ellas es el divorcio y otra el desconocimiento del hijo fruto del adulterio y hay esto de particular, que probada la no paternidad, implícitamente se prueba el adulterio; más la inversa no es verdadera, ó lo que es lo mismo, probado el adulterio, no se prueba la no paternidad ni es motivo bastante para declarar ilegítimo al hijo fruto de aquel matrimonio.

La razón de esto es, que, como ya he indicado, la prueba de la paternidad estriba en dos hechos, en el matrimonio legítimo y la vida de consuno; ambos hechos pueden coincidir y de hecho coinciden en muchos casos con el adulterio: probados, pues, estos dos hechos, aunque se pruebe el adulterio de la mujer, el hijo por ella dado á luz es considerado como legítimo. En sentido inverso: probado que una mujer ha dado á luz un hijo ilegítimo, se prueba implícitamente el adulterio de aquella; por donde podemos concluir que la sentencia que se pronuncie declarando el adulterio de la mujer, ya sea pronunciada en juicio civil ó criminal, no puede traerse como prueba jurídica en el juicio sobre legitimidad de un hijo de esta; pero si puede por el contrario traerse validamente en el juicio sobre adulterio, ya civil ó criminal, ó en el de divorcio, como prueba jurídica la sentencia que se pronuncie en el juicio sobre la legitimidad de un hijo.

En estas breves palabras creo poder resumir todo lo que, con gran copia de erudición expone el Sr. Verdugo, haciendo notar las diferencias de las legislaciones á este respecto.

Pasa el autor á examinar los casos en que deba reputarse por

legítimo el hijo concebido antes y nacido durante el matrimonio; luego estudia el caso inverso y concluye exponiendo la manera de contar los plazos que fija la ley en estos casos. Toma, como es natural, por guía á los tratadistas franceses; pues en estas materias nuestro Código mucho toma del francés.

A este respecto quiero, aunque sea de paso, llamar la atención sobre un punto que á mi modo de ver es oscuro en nuestro Código. El art. 300 trata del carácter que deba tener el hijo nacido después de muerto el primer marido de la madre y cuando esta pasa á segundas nupcias dentro del período prohibido. Las reglas que dá este artículo ¿son aplicables al hijo póstumo, cuando la madre no pasa á segundas nupcias? ¿Es aplicable á este caso sólo el artículo 293 y los 295 á 299? Si lo son ¿por qué en caso de divorcio ó de nulidad del matrimonio, sólo puede desconocerse al hijo nacido después de trescientos días conforme al artículo 293 y en caso de muerte del marido existe este mismo derecho para desconocer al hijo nacido después de doscientos diez días, á quién la ley reputa hijo natural si nació antes de doscientos diez días después de contraído el segundo matrimonio? Tengo para mí, que la frac. 3ª del art. 300, es sólo aplicable al caso en que la madre haya pasado á segundas nupcias y aquí nace otra cuestión importantísima. El artículo 295 sólo dá derecho á los herederos del marido por atacar la filiación legítima del hijo nacido después de trescientos días siguientes de la muerte de este ¿porque causa este derecho se les amplía en caso de que la viuda pase á segundas nupcias, para atacar la filiación del hijo nacido después de doscientos diez días?

Si tomamos por base que el mayor término para la preñez que es el de 300 días, no existe razón fundada para acortar este plazo en los casos de las fracs. 2ª y 3ª del art. 300. Muy justamente el Sr. Verdugo censura por esto á nuestra legislación y como creo que estos puntos debieran tratarse con mayor detenimiento lo que me es imposible, me limito simplemente apuntarlos, esperando que la jurisprudencia dé á la ley su recta interpretación.

Fuera hacer interminable este trabajo si hubiesemos de parar mientes en todas y cada una de las varias é importantes cuestiones que toca el Sr. Verdugo y que son por punto general,

ampliamente dilucidadas y bien resueltas, por lo que sólo tocamos una que otra, que puedan dar margen á discusión.

En el párrafo 64, hablando de la acción que dá el derecho para desconocer al hijo de la mujer casada, dice el Sr. Verdugo que según la ley y la jurisprudencia corresponde sólo al marido y á sus herederos y parece indicar que en rigor debería corresponder no sólo á estos sino á cuantos se creyeran perjudicados por el hecho de tener como legítimo al hijo que no lo es, contándose entre estos los acreedores del marido. A este respecto tengo por demasiado lato el principio de que toda acción deba corresponder á aquel á quién aprovecha, y lo es más en esta materia. La acción de que nos ocupamos mira indirectamente á los bienes y directamente al orden de la familia y este es su objeto principal; por donde se ve, que ella debe sólo concederse á aquellos á quienes interesa tanto la conservación del orden en el seno de la familia, como el derecho á la sucesión del marido; por lo que me parece muy cuerda la disposición de la ley que restringe esta acción al marido y á sus herederos abintestato, pues aquí concurren las dos causas que engendran esta acción.

Por otra parte, á ninguno, más que á estos interesa, pues los acreedores del marido no resienten, ni pueden resentir perjuicio, en que el heredero sea ó no hijo legítimo, pues conocido es el principio de que primero es pagar que heredar; por lo que sus derechos no se perjudican en nada por que exista ó no un hijo legítimo ó ilegítimo de su deudor; y así cuerdamente la ley no les dá una acción que no les aprovecha y que si podía contribuir á la deshonra de una familia y á hacer públicos los yerros de una esposa desgraciada por cuya honra, quizá, los directamente interesados han convenido en prescindir de sus legítimos derechos y han reconocido como legítimo al hijo que no lo es.

Por el contrario; la acción del hijo para demandar su filiación legítima, si aprovecha directamente á sus acreedores; pues una vez deducida tiene aquel derecho para suceder *abintestato* al autor de sus días y con esto podía pagar sus deudas; pero la ley la restringe, y con sobrada razón, á sólo el caso en que el hijo no pueda pagar con sus bienes propios.

En la materia que nos ocupa, hay cierta afinidad entre la jurisprudencia civil y la criminal, como quiera que pueda existir un hecho criminoso que venga á poner en duda el estado de una persona. Una mujer es acusada de adulterio y condenada por este delito, ¿puede la sentencia que la declare culpable servir de prueba en el juicio civil? Ya he indicado que á mi entender no tiene fuerza alguna probatoria, cuando se trata de la filiación legítima del hijo de mujer casada, siempre que se pruebe que el marido, pudo tener acto con ella en tiempo oportuno. Más si en este caso no tiene valor, si lo tendría en el juicio de divorcio promovido por el marido.

Una mujer casada es acusada y condenada por suposición de infante, esta sentencia ¿podría perjudicar los derechos del que aparece como hijo legítimo del marido?

Esta es una cuestión demasiado grave, porque una sentencia, que es la verdad legal, viene á decir que el que hasta hoy había aparecido como hijo de Pedro y Juana, no lo es, y sin embargo, si este tiene la posesión de estado de hijo legítimo y si las actas de nacimiento y matrimonio están acordes no se le puede disputar su estado; tendrá los derechos á la sucesión abintestato y será considerado como miembro de la familia. En este caso hay que considerar que toda la base, así para la declaración que contiene el acta de nacimiento como para la posesión de estado; estriba en el alumbramiento de la esposa; si este no existió, no hay motivo alguno para considerar en el seno de la familia á una persona que realmente no forma parte de ella.

Además este sería un caso de falsedad del acta de nacimiento y declarada esta; para probar la verdadera filiación del supuesto hijo vendrían, conforme al art. 312, los medios ordinarios de prueba.

Examina el autor los casos de reconocimientos nulos ó como él llama siguiendo la moda introducida por Laurent, inexistentes y sobre este punto indica una cuestión grave y apunta solamente la resolución que á su entender es más conforme á la ley, y que me parece ser exacta. Me refiero á la cuestión relativa á la prescripción de la acción de nulidad de un reconocimiento hecho por la mujer casada durante el matri-

monio sin el consentimiento del marido. Cuestión difícil porque la acción corresponde á varios; al hijo reconocido, al marido y en general á todos los herederos de la mujer y nuestro Código es sobre el particular omiso del todo.

Es incuestionable que esta acción por lo que hace al hijo debe prescribir, siguiendo las reglas generales establecidas en el Código; pero la acción del marido y de sus sucesores, yo creo que es imprescriptible ó en caso de serlo, debe seguir las reglas generales de prescripción.

Esta nulidad, si como acciones prescriptible, incuestionablemente, como excepción, es perpetua como quiera que un acto esencialmente nulo, no puede revalidarse por el lapso del tiempo y como quiera que sabido es que «quod est temporale ad agendum, perpetuum est ad exiendum.»

Puntos son todos estos, que en una obra del mérito de la del Sr. Verdugo, debieron en mi opinión, tratarse latamente y no con la brevedad, con que lo están, pues son dignas de estudio; más como pocas ocasiones estos casos se dan en nuestro foro, por esto tal vez no las trató latamente el autor dejando el campo á otros casos más frecuentes.

Entre estos se presenta muy amenudo el de personas que pretenden ser hijos de alguno ya difunto, y existen en nuestro foro ciertos abogados, que explotan esta mina; no sin perder más de una vez la ansiada veta, porque no siempre la injusticia y la mala fe triunfan en esta tierra, en la que tantas y tan frecuentes injusticias tenemos que deplorar.

En esta parte la exposición que hace el Sr. Verdugo es muy completa y á mi entender muy acertada, pues es profundamente inmoral la investigación de la paternidad y está justamente prohibida por la ley.

Llega el Sr. Verdugo á ocuparse del reconocimiento de los hijos naturales, y después de recorrer la historia de la legislación y comparar la vigente con los Códigos nacionales y extranjeros; entra á estudiar las cuestiones jurídicas, que pueden suscitarse conforme á las prescripciones de la ley.

Comienza por demostrar la gran diferencia que existe entre la filiación legítima y la natural, diciendo, con sobrada razón, que las reglas que para la una de ellas dá la ley, no son aplica-

bles á la otra, así como tampoco lo son las presunciones establecidas en favor de la filiación legítima.

En efecto, aquí no puede existir punto de apoyo para ninguna presunción, pues ni aun la vida de consumo puede dar luz alguna respecto del nacimiento de un hijo natural; porque siendo éste género de vida un acto que repugna á las prescripciones legislativas, no puede, ni debe, servir de base para fundar en él una presunción valedera, cosa que daría origen á pruebas demasiado inmorales.

Con sobrada razón sostiene el autor, la teoría de que el reconocimiento, hecho por cualquiera de los medios que establece el art. 340, debe ser expreso y constar en términos claros y precisos, y funda con solo dos argumentos, la doctrina que es en mi concepto muy conforme á la ley. Según la ley, si el que hace el reconocimiento no concurre á la acta de nacimiento, esta no tiene fuerza alguna para probar el reconocimiento por el que aparece haciendolo, como quiera que esto importaría el dar valor legal de una confesión á la simple declaración hecha por persona que no es el mismo interesado y que carece del poder especial, que el mismo Código, requiere para que otro haga el reconocimiento por los padres.

A este respecto ocurre una duda. Dice el Código que no puede ser reconocido el hijo menor si no es con el consentimiento del tutor que tenga ó del que se nombre ad hoc ¿esto es de observarse en el reconocimiento hecho en la acta de presentación? Por una parte el art. 350, es demasiado general, y por otra la ley no limita la libertad de los padres al hacer esa declaración, ni se exige este requisito al tratar de actas de reconocimiento; por lo que puede creerse que en el caso no necesita de tutor. Ignoro que práctica sea la corriente y cuales sean, á este respecto, las resoluciones de la jurisprudencia.

Faculta el art. 351 para que se reconozca el hijo difunto y al que está por nacer, y esto dá motivo á que el autor censure esta facultad respecto al hijo difunto; exponiendo razones dignas de atenderse. Establece el Código el principio de que el hijo no puede ser reconocido sin su consentimiento ó el de su tutor y este hijo difunto, que no es ni mayor ni menor de edad, ¿cómo puede consentir en el reconocimiento? No puede decirse que no

se necesite en el caso del consentimiento del reconocido; pues este acto entraña obligaciones y derechos, por lo que el hijo, que es difunto, debe ser representado en el acto del reconocimiento y solo puede serlo por su legítimo representante, por aquel que represente su persona jurídica y por aquel que tenga interés en el acto de que se trata, y este no puede ser otro más que el descendiente, en quien concurren por una parte el ser el representante de la persona jurídica y el tener interés en el reconocimiento; por cuyo motivo la ley exige para el reconocimiento del hijo difunto, el que haya dejado descendientes; pues ningún otro fundamento jurídico puede encontrarse en esta limitación tan expresa que establece el art. 351. Ciertamente es que el Código no exige en términos expresos ese consentimiento; pero si es evidente que el reconocimiento genera derechos y obligaciones reciprocas de padres á hijos, estos tienen que ser contraídos por el hijo con su anuencia ó con la de su representante legítimo, y del finado. como se ha dicho, solo el sucesor es el que lo representa legalmente.

Así entendido el artículo del Código desaparecen los males que en este género de reconocimientos encuentra el Sr. Verdugo; pues debiendo los hijos del finado consentir en el reconocimiento, cuidado y mucho, tendrán en no prestarse á ello cuando este les prive de una herencia legítima y venga á darla á quien no puede tener legítimo derecho de ella.

Este artículo dá margen á otra seria dificultad con respecto al hijo que aún no nace. Si el reconocimiento tiene que ser en términos demasiado explícitos y terminantes; es indudable que tiene que individualizarse al hijo que se reconoce y respecto del no nacido esto solo puede hacerse designando á la madre, diciendo *reconozco al hijo que nazca de fulana*.

Si ésta la reconoce también no hay dificultad, pero si ella se opone ó simplemente si ella no lo hace ¿se observa la prohibición del art. 341 ó es imposible el reconocimiento?

No parece justo privar al padre del derecho de hacer ese reconocimiento y creo que no es de aplicarse el art. 341, que prohíbe designar á la madre supuesto que los preceptos de la ley deben interpretarse en sentido de que sean hacederos y opinar de otro modo, daría por resultado que no podría nunca

usarse de la facultad que concede el art. 351, porque jamás podría reconocerse á un hijo no nacido, sería pues negatorio este artículo, por lo que aquella y no esta es la recta interpretación de la ley.

Forzado por las proporciones que vá tomando este trabajo, me veo en la necesidad de contarle, no sin indicar que la cuestión relativa á la investigación de la paternidad está bien desarrollada y comprobada, con autoridades, así de sabios jurisconsultos como de sentencias muy dignas de consultarse y que pueden servir de muy segura guía en la presente materia.

Hemos dado una ojeada general á un libro que para comprenderse bien necesita estudiarse despacio, pues la materia es ardua y está bien tratada. Quizá la rapidez con que sobre él hemos pasado, no nos habrá permitido ver todo lo que en él de bueno pueda encontrarse.

Si de él no hacemos el elogio que merece, culpa es de nuestra insuficiencia y no del autor; á quien damos los plácemes ni menos de su obra, que desoíremos fuese estudiada por los jóvenes aspirantes al título profesinal, pues ella, sin duda alguna, los conduciría á conocer á fondo las prescripciones legales y daría á entender así al postulante, como al magistrado el recto sentido de la ley.

RAFAEL G. LINARES.

México, Octubre 24 de 1889.

LOS CONTRATOS SOLEMNES.

"Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum, aut servitatem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum..."

D. 46-7-3—Paulo.

I

INTERPRETACIÓN LEGAL.

1.—Uno de los más eminentes jurisconsultos de la época (1) ha consagrado su inmenso talento, su vasta instrucción y aun el prestigio de su nombre á la defensa de la inflexible aplicación de los textos legales en materia civil, combatiendo con rudeza y energía la tendencia casi universal de los autores á subordinar los preceptos de la ley á las exigencias de sistemas científicos ó de principios de equidad. Pues bien, este puritano de las leyes civiles, no tiene embarazo en confesar con Portalis que los códigos se hacen con el tiempo, que hablando propiamente no se les hace, que ellos son una obra tradicional y que para entenderlos es preciso emprender estudios históricos; (1) no tiene inconveniente en reconocer que no bastando el texto de la ley para entenderla, pues solo es una fórmula abstracta que es preciso vivificar relacionandola con el *desenvolvimiento sucesivo del derecho*, solo la historia nos puede revelar el *sentido y el alcance* de las instituciones jurídicas; (2) no teme finalmente in-

[1] M. F. Laurent.

[1] *Principes de Droit civil*, tomo 1º, núm. 274.

[2] *Op. cit.* núm. 272.

usarse de la facultad que concede el art. 351, porque jamás podría reconocerse á un hijo no nacido, sería pues negatorio este artículo, por lo que aquella y no esta es la recta interpretación de la ley.

Forzado por las proporciones que vá tomando este trabajo, me veo en la necesidad de contarle, no sin indicar que la cuestión relativa á la investigación de la paternidad está bien desarrollada y comprobada, con autoridades, así de sabios jurisconsultos como de sentencias muy dignas de consultarse y que pueden servir de muy segura guía en la presente materia.

Hemos dado una ojeada general á un libro que para comprenderse bien necesita estudiarse despacio, pues la materia es ardua y está bien tratada. Quizá la rapidez con que sobre él hemos pasado, no nos habrá permitido ver todo lo que en él de bueno pueda encontrarse.

Si de él no hacemos el elogio que merece, culpa es de nuestra insuficiencia y no del autor; á quien damos los plácemes ni menos de su obra, que desoíremos fuese estudiada por los jóvenes aspirantes al título profesinal, pues ella, sin duda alguna, los conduciría á conocer á fondo las prescripciones legales y daría á entender así al postulante, como al magistrado el recto sentido de la ley.

RAFAEL G. LINARES.

México, Octubre 24 de 1889.

LOS CONTRATOS SOLEMNES.

"Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum, aut servitatem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum..."

D. 46-7-3—Paulo.

I

INTERPRETACIÓN LEGAL.

1.—Uno de los más eminentes jurisconsultos de la época (1) ha consagrado su inmenso talento, su vasta instrucción y aun el prestigio de su nombre á la defensa de la inflexible aplicación de los textos legales en materia civil, combatiendo con rudeza y energía la tendencia casi universal de los autores á subordinar los preceptos de la ley á las exigencias de sistemas científicos ó de principios de equidad. Pues bien, este puritano de las leyes civiles, no tiene embarazo en confesar con Portalis que los códigos se hacen con el tiempo, que hablando propiamente no se les hace, que ellos son una obra tradicional y que para entenderlos es preciso emprender estudios históricos; (1) no tiene inconveniente en reconocer que no bastando el texto de la ley para entenderla, pues solo es una fórmula abstracta que es preciso vivificar relacionandola con el *desenvolvimiento sucesivo del derecho*, solo la historia nos puede revelar el *sentido y el alcance* de las instituciones jurídicas; (2) no teme finalmente in-

[1] M. F. Laurent.

[1] *Principes de Droit civil*, tomo 1º, núm. 274.

[2] *Op. cit.* núm. 272.

currir en contradicción con sus doctrinas de *dura lex, sed ita scriptum est*, sosteniendo que aunque el código dice que la donación no es un *contrato* sino un *acto*, no por eso dejará de ser contrato la donación, (3) que aunque el art. 1628 del código civil nulifica todo pacto que libre al vendedor de la responsabilidad por el hecho personal de la evicción, ese precepto *es muy absoluto* y debe *limitarse á los hechos del vendedor posteriores á la venta*, (4) que aunque el art. 1071 del mismo código ordena que el defecto de la transcripción de una cesión no puede suplirse ni por el conocimiento de terceros interesados, esto debe limitarse al caso en que esos terceros no sean de mala fe, (5) que aunque no es lícito distinguir donde la ley no distingue, sin embargo cuando la distinción brota del *objeto mismo* del asunto puede establecerse aun cuando la ley no la establezca. (6)

2.—Podríamos presentar todavía más numerosos y patentes ejemplos de la imposibilidad en que se ha visto Laurent para ser fiel á sus doctrinas y principios dominantes, pero bastan los citados para que se comprenda que si el apóstol más celoso, el defensor más autorizado de la servil obediencia al texto de la ley, se ve precisado más de una vez á levantar los principios de la razón, de la lógica y de la ciencia sobre el texto literal de las leyes, es ciertamente porque su texto, por muy estudiado y meditado que haya sido, no puede informar, es imposible que condense, que describa en toda su universalidad y pureza el conjunto de relaciones jurídicas que pretende regular. A este ideal se oponen obstáculos insuperables: las deficiencias ó imperfecciones del lenguaje ó del idioma, pues no existe ninguno que por la precisión y abundancia de sus palabras y giros evite ambigüedades y confusiones: la impotencia de los redactores de leyes, que nunca pueden reunir los heterogéneos y eminentes conocimientos literarios, jurídicos, históricos y sociológicos que se necesitan para atinar con la fórmula precisa é inequívoca de los principios, para generalizar los hechos regulados por la ley y para prever y por lo mismo armonizar las inúmeras consecuencias que puede producir un

[3] Op. y cap. cit. núm. 275.

[4] Op. cit. tomo 24, núm. 256.

[5] Op. cit. tomo 24, núm. 488.

[6] Op. cit. tomo 5, núm. 309.

precepto legal en el inmenso caos de las relaciones jurídicas; y por último, el progreso y aumento incesante de nuevas relaciones jurídicas correspondientes á nuevos hechos, á nuevas necesidades, á nuevas instituciones, y sobre todo á los trascendentales cambios de la ciencia humana que día á día perfecciona la noción de la justicia y el sentimiento del derecho, como perfecciona todas las nociones y todos los conocimientos de la vida.

3.—Esta inanidad del texto de las leyes positivas, oráculos fríos y mudos, ante la flexibilidad y complejidad creciente de los hechos, de los sentimientos y de las ideas (1) es la que ha obligado á Jurisconsultos, á Magistrados y á Legisladores á admitir la facultad de interpretación como un suplemento tan necesario de las leyes, que sin ella la aplicación literal de estas sería no sólo inícuca, sino absurda, desatinada, imposible (2). Por desgracia no se ha escrito aun la obra maestra, la obra fundamental en derecho que dé y enseñe los verdaderos criterios para interpretar las leyes, aquellos criterios que basados no en aforismos tradicionales, ni en fórmulas puramente verbales, sino en la verdadera naturaleza, origen y fines sociales de las leyes positivas, nos den la clave para adaptar la inteligencia de los códigos no á exigencias gramaticales ó puramente ideológicas, sino á las exigencias de la vida social, á las exigencias del progreso efectivo de la vida humana, á las realidades de la actividad siempre creciente de la civilización.

4.—La legislación de un pueblo presenta por lo regular dos fases ó puede dividirse en dos grupos de leyes: unas correspondientes á las necesidades más movibles y transitorias de la vida social y que tienen por lo mismo cierto carácter de empirismo y actualidad; y otras que refiriéndose á necesidades más permanentes de la vida humana previstas, estudiadas, clasificadas y some-

(1) On comprend tous les les jours mieux que la loi n'est pas le droit et ne peut pas être. Elle n'aura jamais ni la finesse, ni la souplesse nécessaires pour prévoir et résoudre convenablement tous les problèmes que se présentent cette tâche ne peut être remplie d'une manière satisfaisante que par des volontés vivantes capables d'apprécier les positions. La loi n'est qu'une forme incomplète une limite approximative destinée à s'opposer aux écarts excessive des individus particuliers ou fonctionnaires etc. (Les Révolutions du Droit par Henri Brocher, tomo 1º pág. 5.)

(2) No es posible aceptar la aplicación textual de la ley sin encontrar á cada paso absurdos y desatinos magistrales. He aquí algunos ejemplos: El art. 16 constitucional declara derecho de *hombre* el de que *nadie* puede ser molestado en su persona sin mandato *escrito* de autoridad competente, es así que los niños son personas, luego no podrán ser corregidos, molestados etc. por sus padres ó tutores en su persona sin mandato *escrito*.

tidas á metodos lógicos, presentan por este motivo un carácter científico y con *la expresión*, no de una voluntad empírica y fugaz del legislador, sino de los adelantos que la experiencia, el trabajo y las transformaciones de los sentimientos han producido en la concepción del derecho, en las relaciones jurídicas de los hombres, en la manera de juzgar y de regular los actos de la vida humana. A esta segunda categoría de leyes pertenecen por lo común todas aquellas que son objeto de códigos formales, como los que rigen los derechos llamados civil, penal, de procedimientos, constitucional, etc. Nadie, por ignorante que sea, deja de sentir la diferencia que existe entre una ley transitoria y sin filiación ni trascendencia jurídica sobre pago de un impuesto, represión enérgica del delito de plagio, cambio del sistema monetario, establecimiento de algunas oficinas, etc. y la ley que fija las condiciones de los contratos, define y establece las servidumbres, determina los sistemas hereditarios é hipotecarios, mide con el compás de la ciencia la responsabilidad de los delincuentes y clasifica los delitos graduando su penalidad.

5.—A esta última clase de leyes es á la que se refieren todos los juriconsultos y todos los filósofos al afirmar que los códigos no se hacen, esto es, que no son obra, que no son creación de los individuos que los redactan, sino que son la obra de los siglos, el fruto lento de muchas generaciones. Efectivamente, los redactores de un código civil por ejemplo ¿son acaso los que han inventado la división de los derechos en reales y personales, de los contratos en nominados é inominados consensuales, y reales, de los bienes en fugibles y no fugibles, de propiedad pública y privada; son acaso los que han descubierto la naturaleza y efectos de la posesión y la prescripción, la división de condiciones esenciales, naturales y accidentales de los contratos y efectos de ella, la accesión natural, industrial y civil, lo que es dominio, lo que es servidumbre y las varias especies y efectos de estas; son acaso los que han analizado últimamente la naturaleza íntima de las obligaciones civiles para clasificarlas magistralmente en condicionales y puras, conjuntivas y alternativas, simples y solidarias, de hecho, de cosa, etc., etc.? Evidentemente que no, que este trabajo estaba ya hecho, que ellos no han sido ni han

podido ser los autores de ese lenguaje técnico, de esas clasificaciones precisas, de esas definiciones exactas, de esos desenvolvimientos lógicos y de esas síntesis y generalizaciones admirables que encarnan inmensas previsiones y seculares experiencias; ellos no han podido hacer esas obras maestras de lógica, de observación y de ciencia, porque esas obras suponen experiencias seculares, ensayos infinitos, esfuerzos de millones de inteligencias para venir á reducir á las sencillas proporciones de un código ó catecismo de derechos, las infinitas necesidades, las inmensas relaciones, las heterogéneas y ampliadísimas manifestaciones de la vida humana.

6.—Si los autores ó redactores de esos códigos, brevariarios de la ciencia, no han sido los autores del espíritu de los mismos, ni de su lógica, ni siquiera de su lenguaje, sino tan sólo compiladores de una ciencia anterior y preexistente, redactores de un simple vocabulario de las últimas doctrinas y enseñanzas de la ciencia, entonces ¿adonde iremos á tomar el verdadero espíritu, la voluntad, el alma de esos códigos, la intención del verdadero legislador? Será acaso en las imperfecciones literarias, en las inexactitudes gramaticales, en las frecuentes antinomias, en las distracciones repetidas, en la mala inteligencia de las fuentes y de los textos aprovechados, en la improvisación y lirismo de las aventuradas generalizaciones, en suma, en los inmemorables descuidos y errores que precisamente tienen que deslizarse en la redacción de un código? (1) A tanto equivaldría afirmar ó sostener este carácter místico, inspirado y semifalible de un código, como á declarar que la Nación mexicana, por ejemplo, ha sometido el gobierno de sus derechos civiles á la inteligencia, voluntad é instrucción de los Sres. Pombo y Ruiz (2) y que abdicando sus derechos para consultar la ciencia, para penetrar en la filiación histórica de ese código, y en sus antecedentes que son la clave de su espíritu, ha querido convertir en oráculo al texto literal de ese código reduciendo al foro de la nación á la triste y pobrísima tarea de chicanear el sentido gramatical de los textos y sutilizar sobre la ortografía y prosodia de las frases.

7.—No, ni el Gobierno, ó sea el Ejecutivo que inició la redacción del código, ni el Congreso ó Legislador que lo aprobó, ni

la nación que tácitamente lo acepta han creído jamás que los conocimientos gramaticales y jurídicos de los compiladores de ese código, como los de ningún otro, forman el *Silabus* del derecho mexicano y que allí muere, allí acaba, allí termina toda la ciencia legal, toda la filosofía jurídica, todo criterio histórico. No, la voluntad del legislador no ha sido, no ha podido ser otra, al aprobar el código civil: que aprobar lo que real y positivamente es un código civil; un compendio abreviado del derecho, pero no el derecho mismo; un compendio abreviado de los principios, de las doctrinas, de los progresos prácticos alcanzados por la ciencia y aceptados por el legislador. El espíritu, la inteligencia de ese compendio debe buscarse en las doctrinas, en los principios, en los antecedentes, históricos, en las fuentes científicas de donde está tomado ese compendio; debe buscarse en los expositores de la ciencia que consultando la historia, que analizando escrupulosamente las consecuencias de los principios legales en la infinita complejidad de los actos civiles, que buscando la razón generadora ó la causa verdadera porque se ha adoptado tal ó cual principio de justicia, tal cual fórmula jurídica, que corrigiendo las imperfecciones de los textos legales que conducen á contradicciones y conflictos, que buscando la armonía y unidad de los principios de justicia adoptada en ese código, nos dan con sus enseñanzas y observaciones el verdadero sentido de la ley, nos revelan su verdadero objeto y propósito, nos conducen á penetrar la verdadera y natural tendencia del pensamiento de justicia imperfectamente vaciado en los textos legales.

8.—Es cierto, y debemos consignar esta limitación á nuestra doctrina sobre la interpretación de la ley, es cierto que á veces esta, aunque incorporada en un código formal, tiene un propósito local ó concreto por la voluntad del legislador que intencionalmente se apartó de todo motivo ó consideración tradicional y jurídico, de toda mira de unidad y armonía y quiso preceptuar algo nuevo ó particular sin referencia á doctrinas, ni precedentes ningunos. Tal sucede por ejemplo en nuestro código civil con los preceptos en que se establece la perpetuidad de la propiedad literaria, la nulidad de las renunciaciones de los beneficios legales sino se cita expresamente la ley cuyo beneficio se renuncia,

el principio de que el mandato es oneroso por su naturaleza, la libertad del interés en el mutuo y otros. Cuando el legislador intencional y expresamente se aparta de todo sistema jurídico anterior y establece con tanta precisión un precepto, es inútil buscarle referencias científicas, sentidos distintos del que resulten sus términos literales; pero ¡cuán pocas veces el legislador obra de este modo en sus códigos! En lo general, en el conjunto de sus preceptos no hace otra cosa que ó reproducir bajo una forma laconica las doctrinas y las máximas del derecho acostumbrado y de los comentadores y códigos antiguos, ó aceptar también bajo la forma laconica de un precepto, algunos de las opiniones opuestas enseñadas ó sostenidas por la ciencia y las legislaciones. Si á esto se reduce el papel de los redactores de un código (1) entonces es ineludible la necesidad de consultar las fuentes de donde está tomado y de seguir el desenvolvimiento científico de esas fuentes en los tradidistas y en la jurisprudencia para comprender el espíritu, el sentido el alcance de los preceptos de ese código, y para tener el acopio de criterios suficientes á efecto de resolver los conflictos, las antinomias, y aún las iniquidades que resulten del texto literal.

9.—Los que defienden la supremacía ó la soberanía de ese texto literal ignoran realmente lo que es un código, lo que es la ciencia del derecho, lo que es la legislación positiva. Espíritus pobres de ideas creen entender la ley porque entienden su sentido literal. Al amparo de un aforismo tan malamente comprendido, como barbaramente explicado, al empeño del axioma que dice que no debe interpretarse la ley cuando es clara (*ubi non est ambiguitas non est locus interpretationi*) suponen que una ley es clara y debe aplicarse judaicamente cuando es claro el sentido de sus palabras, por más que esas palabras encierran un dislate jurídico ó contengan un precepto notoriamente inicuo, notoriamente fuera del espíritu dominante en el conjunto del código, notoriamente extraño á todo antecedente jurídico. Cierta-

(1) Y así lo confesaban los redactores del Código Civil del Distrito de 1890 en la exposición de motivos «Los principios del derecho romano, nuestra ampliada legislación, los códigos de Francia, de Córdena, de Austria, de Holanda, de Portugal y otros y los proyectos formados en México y en España han sido los elementos con que la comisión ha contado, unidas á las doctrinas razonadas y al conocimiento de nuestro foro. Apenas contendrá el proyecto uno á otro artículo exclusivo de la comisión..... el proyecto aumentado lo que la ciencia moderna, considera como útil, y ofrece en un volumen la legislación que hoy está derramada en materias y la presenta con más orden y claridad y consta en el idioma que todos hablamos.»

mente que no es esa la inteligencia del axioma citado, ciertamente que si es una verdad y un principio de legislación que el Juez no tiene facultad para enmendar y corregir las leyes y por lo mismo no debe corregirlas á pretexto de interpretarlas cuando son claras, por claridad de una ley no debe entenderse la claridad de sus palabras, del sentido gramatical de sus frases, sino la claridad jurídica de un precepto, la inteligencia perfecta de la voluntad del legislador, voluntad que como hemos visto, no reside en las palabras, en los defectos, en las inexactitudes de redacción, sino en los precedentes científicos é históricos del código, en las doctrinas y máximas que han inspirado á esos redactores.

10.—¿Hay acaso oscuridad en las palabras de la frac. 1ª del art. 1057 del Código civil que llaman predio *dominante* en la servidumbre legal de luces el que está grabado con la servidumbre de no abrir ventanas en pared propia sino á cierta altura? No, las palabras de la ley son claras, pero su sentido jurídico es un dislate que envuelve un desliz de redacción, y nadie tomará á lo serio ese desliz. ¿Hay oscuridad en las palabras de los arts. 822 del Código civil y 1132 del de procedimientos civiles según los que siendo la *posesión el goce de un derecho*, pueden promoverse interdictos para defender la posesión del *derecho real* de hipoteca? ¿Y á quién le ha ocurrido entablar un interdicto para impedir una simulación de hipoteca ó defender cualquiera otra violación de un derecho hipotecario? A ninguno, porque apesar de que tal desatino cabe en los términos literales de los arts. 822 y 1132 citados, el Jurista, el Abogado y el Juez no son simples deletreadores de palabras, no creen que su deber se limita á estudiar las palabras del Código, sino que penetran su sentido jurídico con ayuda de la ciencia de donde él esta tomado, y saben que en la ciencia del derecho, es un desatino el entablar un interdicto para defender un crédito hipotecario, porque es otro desatino en dicha ciencia aplicar la idea de la posesión á los créditos. ¿Hay oscuridad en el art. 2342 que define el mandato «la facultad conferida por una persona á otra *de hacer en su nombre alguna cosa?*» Ninguna; sin embargo, nadie llamará mandato al acto ó contrato por el cual uno facultá á otro para que en nombre del primero se

encargue de estudiar un plano, de construir un edificio ó de ejecutar cualquier trabajo que debe ó quiere ejecutar el que da el encargo; y nadie llama mandato á este acto á pesar del precepto literal del código porque todo el mundo sabe que este código no quiso destruir la naturaleza esencial del mandato jurídico que consiste no en obrar *en nombre* de otro sino en *representación jurídica* de otro, y que por lo mismo, á pesar de la claridad del texto inexacto de la ley, debe prevalecer la intención del legislador que no fué otra que aceptar el contrato de mandato tal como lo conoce y ha conocido la ciencia y la tradición. ¿Hay oscuridad alguna en las palabras de la frac. 2ª, art. 38 del Código civil que previene tengan entidad jurídica como personas morales las *corporaciones*? No; y sin embargo nadie reconocerá capacidad jurídica en derecho civil, capacidad para contratar, como particular, á un tribunal, á un Congreso, á un batallón, á un cuerpo de profesores de una escuela, á pesar de ser *corporaciones*, de ser cuerpos oficiales esas entidades; y esto, porque el sentido jurídico, la ciencia, la doctrina, la jurisprudencia que sirvió de base á ese artículo del código al explicar lo que son personas morales nos dice que solo tienen y pueden tener ese carácter las corporaciones que entre sus atribuciones ó libertades legales tienen la de administrar bienes. Podían multiplicarse al infinito los ejemplos que demuestran hasta la evidencia que no es la *claridad literal* del texto la que excluye su interpretación, sino la *claridad jurídica*; pero la claridad jurídica no puede tenerse sino por el conocimiento de los precedentes científicos, históricos, doctrinales de donde esté tomada la ley, de las que esta es una simple fórmula abreviada; en el estudio de esos antecedentes es donde está pues el espíritu, la inteligencia, el sentido verdadero de la ley, la voluntad cierta del legislador. (1)

(1) Precisamente la diferencia que hay entre un juriscónsulto ó Abogado y un tinterillo, rábula ó leguleyo consiste en que el primero conociendo la ciencia del derecho puede conocer el espíritu de las imperfectas fórmulas de la ley; y el segundo ignorando la ciencia sólo sabe argucias y cualidades gramaticales sobre el texto de las mismas. Si así no fuera bastaría saber leer para ser Abogado, Magistrado y Jurista.

II

APLICACIONES.

Nos hemos permitido esta digresión preliminar sobre el criterio que debe emplearse para llegar á la sana inteligencia y justa aplicación de las leyes, porque precisamente tratándose de las que van á ser objeto de nuestro estudio, se ha llevado hasta el ridículo el abuso de los textos literales, se ha descendido á ruindades gramaticales, se ha resuscitado la interpretación judaica, esa interpretación que la historia condena como enemiga de la ciencia, de la justicia y de la verdad; se ha convertido al jurisperito y al Magistrado en un manequí gramatical, reducido á hacer silogismos verbales propios de una cátedra de lógica y no de un funcionario dispensador de la justicia.

12.—Se ha aceptado que las antinomias, que las inconsecuencias gramaticales, que los vicios de redacción de las leyes son preceptos inflexibles que ligan al jurista y al Magistrado; y para resolver las inconsecuencias, las injusticias, las repugnancias que resulten de aplicar literalmente esos textos incorrectos ó trunco, en lugar de aceptar los criterios racionales de interpretación que hemos explicado, se pretende aplicar la inflexibilidad judaica del texto literal por más que ella pugnen con los precedentes científicos é histórico-jurídicos del código ó de la ley, por más que ella contradiga el espíritu general y propósitos generales del legislador y las máximas de justicia que le han servido de guía, por más que ella conduzca á la canonización del fraude y de la mala fe. Lo racional, lo justo, lo jurídico es que si la ley, atendida no sólo en sus preceptos aislados, *sino en su conjunto*, se presta á dos sentidos, jamás debe aceptarse el que importe la negación de los precedentes de la misma, el que pugne con los adelantos científicos, el que se preste á favorecer fraudes y estafas; sino al contrario, debe aceptarse aquella inteligencia que más cuadre con la buena

fe de los actos civiles; con la justicia natural y con las exigencias del progreso jurídico. Pues bien, tratándose de la validez ó solemnidad entera de los contratos se ha sostenido fundándose en algunos textos legales aislados, que casi todos nuestros contratos, sobre todo los relativos á inmuebles, son contratos *solemnes*, es decir, contratos en que el consentimiento de los individuos es impotente para producir vínculo jurídico alguno, pues este sólo puede producirse por la realización sacramental de ciertas formalidades extrañas. Si se imputa que á al adoptar semejante interpretación de nuestro código se le atribuye un retardo de siglos, se comete un anacronismo jurídico injustificable suponiéndole exhumador de ridículas é inútiles fórmulas jurídicas condenadas explícitamente por la ciencia, por los adelantos sociales, por los precedentes de nuestra legislación patria y por nuestras tradiciones jurídicas, poco importa todo esto si así evitan los leguleyos el estudio honroso de la ciencia y satisfechas sus literales y pueriles discusiones hacen pasmar por sabiduría del derecho el arte de sutilizar sobre palabras.

13.—Para que se palpe y sienta hasta donde, hasta cuantos absurdos é iniquidades puede conducir esa manera ruin profana y láica de entender las leyes, vamos á presentar el catálogo de contratos *solemnes*, según el texto literal de nuestro código, y se verá que casi todo nuestro sistema jurídico en materia convencional resulta *solemne, formal*; que hemos vuelto no ya á la época de la legislación de las Partidas, no ya á los tiempos anteriores á la ley 1^a tit. 1^o lib. 10 de la Novísima Recopilación sino á los primitivos y mudos tiempos de las Doce Tablas, y que hoy como entonces la fórmula sacramental y no el libre consentimiento, es la base de las convenciones. Según nuestro código civil, siguiendo la rigidez de su letra y atribuyéndole ese sentido y efectos jurídicos, que no está en su espíritu, resulta que todos ó casi todos los contratos son *solemnes*: los arts. 735, 1279 frac. 4^a, 1322, 1323, 1351, 1629, 1679, 1779, 1787, 1788, 1811, 1856, 1864 1889, 1907, 1911, 1981, 1982, 1984, 1985, 2018, 2073, 2113, 2131, 2122, 2152, 2156, 2224, 2225, 2300, 2352, 2353, 2383, 2471, 2532, 2607, 2608, 2611, 2697, 2707, 2763, 2785, 2920, 2921, 2924, 2935, 2947, 2948, 2949, 3082, 3104, 3111, 3118, 3142, 3153, 3168, 3191 y 3194 exigen la formalidad de do-

cumento escrito ó de escritura pública para los contratos de (1) división de inmuebles, á plazo por más de seis meses y cuyo interés pase de \$200, cesión de acciones, prenda, anticresis hipoteca, capitulaciones matrimoniales y su novación, constitución de dotes, donaciones antenupciales y comunes, sociedad de más de \$300, mandato, aparte de obras inmuebles de más de

(1) Art. 935. «La división de bienes inmuebles es nula si no se hace con las mismas formalidades que para su venta exigen los art. 2921 y 2924.»—Art. 1179. «Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones. . . . que se haya celebrado con las formalidades externas que exige la ley.»—Art. 1322. «Todo contrato á plazo por más de seis meses y cuyo interés exceda de \$200, necesita para ser válido constar precisamente por escrito, ya sea otorgándose el contrato mismo en documento privado, ya otorgándose recibo u otra constancia cierta, salvos los casos comprendidos en disposiciones especiales. Si las prestaciones fuesen periódicas su cuantía será regulada por una anualidad. Cuando la persona que beba firmar un documento no supiere escribir, firmará por ella otra persona á su ruego ante dos testigos.»—Art. 1323. «Ningún contrato necesita para su validez más formalidades externas que las expresamente prevenidas por la ley.»—Art. 1361. «La resolución del contrato fundada en la falta de pago por parte del adquirente de la propiedad de bienes inmuebles u otro derecho real sobre los mismos, no surtirá efecto contra tercero de buena fe, si no se ha estipulado expresamente y ha sido inscrito en el registro público, en la forma prevenida en el título 22 de este libro.»—Art. 1629. «Es nula la cesión de acciones si no se hace por escrito privado cuando el valor del derecho cedido no excede de \$500, ó por escritura pública cuando excede de dicha suma, ó cuando conforme á la ley deba constar en escritura pública el derecho cedido.»—Art. 1679. La ratificación y el cumplimiento voluntario de una obligación nula por falta de forma ó solemnidad, en cualquier tiempo que se hagan, extinguen la acción de nulidad; exceptuándose los casos en que la ley expresamente dispone lo contrario.»—Art. 1779. «Cuando la cosa dada en prenda sea un título de crédito que legalmente deba constar en el registro público, no surtirá efecto contra tercero el derecho de prender, sino desde que se inscriba en el registro.»—Art. 1787. «La prenda debe constituirse por escrito en todo caso y en instrumento público siempre que el valor de la obligación pase de \$500.»—Art. 1788. «El derecho de prenda, sea cual fuere la cantidad de la obligación principal, no surtirá efecto contra

\$100 de aprendizaje, de seguros, compra-venta de inmuebles, arrendamiento de más de \$ 100 anuales, censos, y varios contratos de incapacitados; de manera que sólo debieron considerarse como contratos consensuales los de fianza, sociedad de

tercero si no consta en la forma que previene el artículo anterior.»—Art. 1811. «Este contrato (anticresis) es nulo si no consta en escritura pública.»—Art. 1856. «La hipoteca solo puede ser constituida en escritura pública.»—Art. 1864. «El crédito hipotecario puede enagenarse ó cederse á un tercero en todo ó en parte, siempre que se haga en escritura pública de que se de conocimiento al deudor, y que se inscriba en el registro.»—Art. 1907. «Es nulo el registro hecho en contravención á lo dispuesto en los arts. 1897, 1898 y 1906.»—Art. 1889. «La hipoteca no producirá efecto alguno legal sino desde la fecha y hora en que fuese debidamente registrada.»—Art. 1981. «Las capitulaciones (matrimoniales) deben otorgarse en escritura pública.»—Art. 1982. «Cualquiera alteración que en virtud de la facultades que concede el art. 1980 se haga en las capitulaciones, deberá otorgarse en escritura pública y con intervención de todas las personas que en ellas fueren interesadas.»—Art. 1984. «Sin el requisito prevenido en el artículo anterior (registro) las alteraciones no producirán efecto contra tercero.»—Art. 1985. «Los pactos celebrados con infracción de los arts. 1981 y 1982 son nulos.»—Art. 2018. «No pueden renunciarse los gananciales durante el matrimonio; pero disuelto este ó decretada la separación de bienes, pueden renunciarse los adquiridos y vale la renuncia si se hace en escritura pública.»—Artículo 2073. «En las capitulaciones que establecen separación de bienes, se observará lo dispuesto en los arts. 1977, 1979 á 1985. . . .»—Art. 2113. «Son aplicables á las donaciones antenupciales las reglas de las donaciones comunes, en todo lo que no fueren contrarias á este capítulo.»—Art. 2130. «Para que el inmueble comprado según el 4º caso del art. 2129 se considere dotal, es necesario que las dos circunstancias que en él se exigen, consten en la escritura y en el registro.»—Art. 2122. «En la constitución de la dote y en su aumento se observará lo dispuesto en los arts. 1980 á 1985 y en el 1992.»—Art. 2152. «Las enagenaciones que consienten los arts. 2150 y 2151 (enagenación de la dote) se hará en pública subasta con autorización judicial.»—Art. 2156. «Para hipotecar los referidos bienes, se requiere también la autorización judicial y la audiencia del marido en su caso.»—Art. 2224. «La sociedad será nula cuando consintiendo en bienes no se hiciere de estos un inventario que

menos de \$ 300, mandato extrajudicial de menos de \$ 200, de prestación de obras exceptuando el aprendizaje, depósito, donación de menos de \$ 200, prestamo, excepto el que contenga

firmado por las partes deberá unirse á la escritura cuando esta sea necesaria.»—Art. 2225. El contrato de sociedad debe hacerse constar en escritura pública siempre que su objeto ó capital exceda en valor de \$300.» Las variaciones que para la Administración se hagan durante la sociedad, no surtirán efecto contra tercero si no se anotan en la escritura original y en el protocolo.—Art. 2352. «El mandato debe otorgarse en escritura pública: 1º cuando sea general: 2º cuando el interés del negocio en que se conviene exceda de \$1000; 3º cuando en virtud de él haya de efectuar el mandatario á nombre del mandante algún acto que, conforme á la ley, deba constar en instrumento público: 4º cuando se otorguen para asuntos judiciales, salvo lo dispuesto en el art. 2383.»—Art. 2352. «El mandato debe constar por lo menos en escrito privado, cuando el interés del negocio para que se confiere exceda de \$200 y no llega á 1000.»—Art. 2383. «El mandato judicial será otorgado en escritura pública; más cuando el interés del negocio no excediere de \$1000, podrá otorgarse en documento privado autorizado con la firma de dos testigos, ó ratificado por el mandante ante el Juez, quien, cuando lo estime necesario, podrá decretar la ratificación antes de admitir al procurador y aun después de admitido.»—Art. 2354. «La omisión de los requisitos establecidos en los dos artículos que preceden anula el mandato en cuanto á las obligaciones contraídas entre un tercero y el mandante; que solo deja subsistentes las contraídas entre el tercero que haya precedido de buena fe y el mandatario, como si este hubiera obrado en negocio propio.»—Art. 2471. «Siempre que el empresario se encargue por ajuste cerrado de obra en cosa inmueble cuyo valor sea de más de \$100, otorgará el contrato por escrito, incluyéndose en él una descripción pormenorizada, y en los casos que los exigieran, un plano ó diseño de la obra.»—Art. 2532. «El contrato de aprendizaje celebrado entre mayores de edad ó en el que se interesen menores legalmente representados, se otorgará por escrito ante dos testigos; si algunos de los interesados no supiere firmar, lo hará por él y en su presencia, otra persona distinta de los testigos.»—Art. 2607. «Si el valor de los muebles donados excede de \$200, la donación deberá otorgarse en escritura pública.»—Art. 2608. «Si la donación fuere de bienes raíces, solo podrá hacerse en escritura pública, sea cual fuere su valor; y no producirá sus efectos contra tercero, sino desde que sea debidamente registrada.»—

interés superior al legal, contratos aleatorios excepto el de seguros y los mercantiles, venta y permuta de muebles, arrendamiento de menos de cien pesos, transacción de contraversias

Art. 2611. «Si la aplicación (de la donación) se hiciere en escritura diversa, se notificara en debida forma al donante: y la notificación se hará constar en las dos escrituras.»—Art. 2707. «El contrato de seguros es nulo si no se otorga por escrito.»—Art. 2763. «Es nulo el seguro de cosas fungibles, si no se expresan claramente, en número, peso, medida, cantidad y calidad.»—Art. 2785. «En los casos del artículo anterior (constitución de renta vitalicia) se observarán, para la validez y pago de la renta vitalicia, las disposiciones relativas á la solemnidad externa del acto en que se constituyese.»—Art. 2920. «El contrato de compraventa no requiere para su validez formalidad alguna especial, sino cuando recae sobre cosa inmueble.»—Artículo 2921. «La venta de un inmueble cuyo valor no exceda de \$500, se hará en instrumento privado, que firmarán el vendedor y el comprador ante dos testigos conocidos.»—Art. 2924. «Si el valor del inmueble excede de quinientos pesos, se reducirá á escritura pública.»—Art. 2925. «La cuenta de bienes raíces no producirá efecto, con relación á tercero, sino después de registrada en los términos prescritos en este Código.»—Artículo 2935. «Con excepción de lo relativo al precio, son aplicables á este contrato (permuta) las reglas de compraventa, en cuanto no se oponga á los artículos anteriores.»—Art. 2947. «El arrendamiento debe otorgarse por escrito cuando la renta pase de cien pesos anuales.»—Art. 2948. «Si el predio fuere rústico y la renta pasare de \$1000 anuales, el contrato se otorgará en escritura pública.»—Art. 2949. «La forma del arrendamiento de los bienes nacionales y de cualquier establecimiento público, se regirá por las ordenanzas administrativas.»—Artículo 3082. «Todo censo debe constituirse en escritura pública pena de nulidad.»—Art. 3104. La valuación y deslinde (del predio dado en censo enfiteutico) serán hechos por peritos nombrados á voluntad de los contratantes, y el dictamen de aquellos se insertará en la escritura del contrato.»—Art. 3111; «La distribución (de la enfiteusis en lotes) se hará por peritos nombrados por las partes, y no tendrá valor legal sino cuando el dictamen de aquellos se haga constar en escritura pública, incluyéndose en esta el consentimiento expreso del dueño.»—Artículo 3118. «Los predios de menores y demás incapacitados no pueden ser dados en enfiteusis, sino con autorización judicial solicitada por el tutor de acuerdo con el curador, y con audiencia del Ministerio público.»—Art. 3142. El dueño (en el censo

pasadas y contratos á plazo menor de seis meses. Comparando el catálogo de los contratos formales con el de los consensuales ocurren desde luego varias observaciones: en primer lugar el número de los contratos formales es superior al de los simples

enfitéutico) no podrá exigir las pensiones atrasadas de más de cinco años, sino por acción formal, en caso de que el crédito conste en escrito firmado por el enfitentea con dos testigos más, ó reconocido ante un notario.—Art. 3153 «La transacción que previene controversias futuras, debe constar por escrito, si el interés pasa de \$200.»—Art. 3152 «La transacción se rige por las reglas generales de los contratos en lo que no esté expresamente prevenido en este título.»—Art. 3168 «El fiador solo queda obligado por la transacción cuando consiente en ella por escrito.»—Art. 3191 «Solo pueden inscribirse los títulos que constan en escritura pública y las sentencias y providencias judiciales certificadas legalmente.»—Art. 3194 «Los actos y contratos que conforme á la ley deben registrarse, no producirán efecto contra tercero, sino estuvieran inscritos en el oficio respectivo.»—A los artículos anteriores hay que agregar los 516, 518, 382, 197 y 198 relativos á contratos de incapacitados y mugeres casadas y los 9 y 10 del Código de Procedimientos civiles relacionados con todos los anteriores del Código civil y que preceptúan que: «ninguna acción sea real ó personal puede intentarse sino se acompaña el título legal que lo acredite en todos los casos en que el Código civil exige para la validez de los contratos que se otorgue en escritura pública ó en escrito privado; los Jueces desecharán de plano toda acción de esta clase que se intente sin este requisito, bajo la pena de suspensión de uno á seis meses: que siempre que sea obligatorio por la ley ó por convenio de las partes que un contrato conste en escritura pública, y se niegue alguno de los contratantes á firmarla, podrá el otro obligarle á hacerlo ó á que le indemnice los daños y perjuicios. A este efecto los notarios no extenderán en su protocolo ningún instrumento sin exigir previamente que los interesados firmen ante ellos la minuta ó borrador; ó que si no saben firmar den su consentimiento expreso ante el mismo notario y dos testigos mayores de toda excepción, lo cual se hará constar en el instrumento. «En los casos en que se hubieren llenado los requisitos que previene el artículo anterior, y la parte que se oponga á firmar no justifique las excepciones que tenga para no hacerlo, firmará el Juez haciendo que se anote en la escritura; y ésta después que el fallo cause ejecutoria será considerada como título perfecto.»

que llamaremos enumerados: segundo que aunque el Código exige ó prescribe la formalidad de escrito privado ó escritura pública para los contratos enumerados no emplea el mismo lenguaje en todos ellos al someterlos á su formalidad, pues unas veces categoricamente dice que se usará tal forma *bajo pena de nulidad*, otras que los contratantes *deberán reducir á escrito* el contrato de que se trate, sin establecer formalmente la pena de nulidad, y otras, por último, usa de frases ó palabras oblicuas como la de *este contrato no necesita para su validez formalidad alguna* sino en tal caso, sino tratándose de inmuebles, por ejemplo: y tercera, que contratos de más trascendencia y valor, que otros sometidos á formalidades externas, pueden celebrarse sin ninguna formalidad, hasta verbalmente, como la fianza, las transacciones, el mútuo, la renta vitalicia, &c., en los cuales pueden versarse cantidades muy fuertes ó derechos muy importantes, más importantes y valiosos que un inmueble de \$100, que una sociedad, que un mandato, que un contrato á plazo cuyo interés pase de \$100 y en los que el Código exige la formalidad del escrito privado ó de la escritura pública.

(Continuará)

LIC. JACINTO PALLARES.

DISCURSO

PRONUNCIADO por el Sr. Lic. D. Prisciliano M. Díaz González,
en la inauguración de la Academia de Jurisprudencia y Legis-
lación correspondiente de la de Madrid.

LA ABOGACÍA ES EL SOL DE
LA JUSTICIA.

Paignon.

Señor Presidente:

Señores Académicos:

Señores:

La nobilísima profesión del Abogado ha sido siempre el signo de cultura y libertad de los pueblos. La Roma de Cicerón, y la Atenas de Demóstenes, son el primer testimonio de la influencia de la Abogacía en los asuntos políticos de un pueblo libre. La historia de los grandes abogados franceses es la historia de la civilización del país de Aguseau de Beryer y de Dupin, de esa nación simpática que da enseñanzas al mundo. En Inglaterra y en los Estados Unidos tienen poderosa influencia los abogados, porque son el sostén de las libertades públicas. En España la abogacía es el elemento dominante en los más elevados empleos de la Administración. La mayor parte de los eminentes estadistas son abogados, y hé aquí por que es España la nación de los grandes oradores, de los maestros insignes de la elocuencia, de los tribunos de las garantías individuales. Allí donde hay libertad, allí donde la enseñanza de los deberes y derechos del ciudadano está más difundida, encontraremos siempre la influencia bienhechora de los abogados. Ellos han sido en nuestro siglo los que van á la vanguardia de la civilización; ellos conciben, inspiran y aun realizan la reforma de las instituciones; ellos

los que desafiando las iras del despotismo, han iniciado y conquistado muchas veces los principios salvadores de los derechos del pueblo.

Y tenia que suceder, porque el abogado es el maestro del derecho, y sus aulas son en lo privado las conferencias con el cliente, y en público las audiencias. En los debates, en esa hermosa lucha judicial que es un cambio de las ideas, el auditorio piensa, medita, se impresiona, se instruye, toma partido y decide con el abogado. Allí se discute sobre la observancia y cumplimiento de la ley fundamental y leyes secundarias, allí se pone en claro si se guardan las formas judiciales prescritas por las leyes para la salvaguardia de los derechos individuales; y todo esto interesa al pueblo, porque en las lides de la justicia se empeñan los derechos de cada ciudadano. Con razón se ha dicho por escritores famosísimos que después de la magistratura, no hay institución humana que pueda compararse con la abogacía, y que su importancia es una verdad de sentimiento.

La historia de la abogacía en México comprobará estas verdades, porque ella tiene gran parte en las glorias de la Patria, como la ha tenido consolándola en sus sufrimientos.

Os invitaré, señores, al recuerdo si quiera sea á grandes rasgos, de los episodios más notables de la historia nacional, y encontraréis en cada uno de ellos al abogado.

No temáis que me remonte á los tiempos de la Colonia, porque si bien es cierto que la Madre Patria importó á la nueva España toda la civilización que poseía, y fundó los Colegios de Infantes, de San Juan de Letrán, de San Pablo, Tlaltelulco, San Ildefonso, San Ramón, el Seminario y el de Santos ó Mayor, también es cierto que en la Nueva España, lo mismo que en la antigua, la abogacía si bien engalanada con prerogativas legales, no era por su propio esfuerzo un elemento importante, hasta el día de la conquista del sistema constitucional, en la que entró por mucho el influjo de los abogados.

Citaré, no obstante, ejemplos de prodigiosa memoria y de asombrosa inteligencia. Aludo á los doctores don Pedro de la Barreda y don Antonio López Portillo.

El primero, miembro del Insigne y Mayor Colegio de Santa María y todos los Santos, y después orador de Guatemala y Gua-

dalajara, en su oposición á la Cátedra de Instituta, prometió decir de memoria cualquier texto que se le preguntara de todo el derecho canónico y de todo el civil; dar las razones de decidir y de dudar del texto propuesto y argüir repentinamente sobre cualquiera conclusión que se le iniciara. Llegó el momento del certamen, y ante un inmenso y escogido concurso cumplió admirablemente su promesa, sobre tres puntos que se abrieron al acaso. Dijo de memoria ya la letra los textos y expresó de una manera sorprendente las razones de decidir y de dudar sobre las cuestiones contenidas en cada texto.

El Sr. López Portillo á los 19 años, sustentó un acto en la aula mayor de la Universidad, en que cumplió la promesa de decir de memoria y explicar cualquier párrafo que se le preguntase de la Instituta civil y defender cualquiera de todas las doctrinas contenidas en los dos tomos de la obra del Dr. Antonio Pichardo. A los cuatro años siguientes y á raíz de otro acto semejante, sobre Filosofía y Teología sustentó un doble acto de derecho, el 6 de de Junio de 1754. En la mañana se presentó á defender todas las decretales de Gregorio IX, conforme á las notas y comentarios del Dr. González, prometiendo defender todas y cada una de las doctrinas contenidas en los cinco tomos del autor, obligándose á conciliar las que parecieran discordes, y cuando no pudieran conciliarse, defender problemáticamente ambas sentencias. En la tarde del mismo día, se presentó á decir de memoria y explicar cualquiera texto que se le preguntase de la Instituta y defender todas las obras de Arnaldo Vinio, designando las doctrinas discordes para conciliarlas y ofreciendo defender de las dos la que el réplica designara. Por último, el día 11 del mismo mes presentó otro acto prometiendo defender las doctrinas de los diez tomos de Antonio Fabro, cuatro en la mañana y seis en la tarde, ofreciendo lo mismo que respecto de las obras de González y de Vinio.

Los sabios de la época, unos por admiración y simpatía, y otros por celo, concurrieron al acto, y fueron sus réplicas las personas más distinguidas en la ciencia. De todo esto se levantó acta en la Universidad, y se dió parte al rey de los triunfos del Sr. Portillo.

Pero vengamos á nuestro siglo, y encontraremos desde lue-

go, que entre los diputados á Cortés por Nueva España, de aquellos que admiraba el insigne Argüelles, jefe del partido constitucionalista en la Metrópoli, se encuentran abogados tan ilustres como D. Miguel Ramos Arizpe, D. Francisco Molinos del Campo y D. Francisco Fagoaga.

En las primeras inspiraciones de la Independencia, van á la vanguardia los abogados D. Francisco Azcárate y D. Pedro Verdad. El primero fué autor, y el segundo, signatario de la representación dirigida al virrey Iturrigaray, en la que se sostenía el principio de la soberanía del pueblo de Nueva España, para establecer un gobierno provisional, en virtud de la acefalía del Trono español. Este fué el prólogo de la revolución que produjo la independencia; los Sres. Azcárate y Verdad fueron reducidos á prisión, el segundo murió en ella, y el Sr. Azcárate fué más tarde uno de los Vocales de la Junta Soberana de Gobierno, al brillar para México el sol de la libertad. Los dos abogados fueron notables; el primero, después de adquirir un buen nombre en el Foro, fué Fiscal y Vice-Presidente de la Academia de Jurisprudencia teórico-práctica; escribió entre otras obras la intitulada «Ensayo panegirico-é historico, en elogio del mérito de los principales sujetos, así naturales como europeos que más han sobresalido en el Reino.» D. Pedro Verdad fué el protector de la juventud estudiosa. Dígalo D. Carlos M^a Bustamante protegido de D. Pedro.

Entre los primeros caudillos de la Independencia tenemos como representantes de la abogacía al General D. Ignacio Rayón. Después de una brillante carrera literaria en el Colegio de San Ildefonso, y de haber adquirido un alto concepto en el ejercicio de su profesión, no pudo resistir al sentimiento de la Patria, y á pesar de los goces de una posición desahogada y de haberse casado pocos días antes, lo abandonó todo para seguir al insigne jefe D. Miguel Hidalgo.

He recordado hace poco otro nombre ilustre, D. Carlos M^a Bustamante, que figura en episodios notables de la primera época de la Independencia, como el del Congreso de Chilpancingo. Mucho sufrió este abogado benemérito en todo el tiempo de la guerra, hasta el año de 1819, en que pudo vivir en Veracruz con los productos de su profesión. Escribió y editó muchas obras

históricas y políticas, gastando en ello cerca de \$ 45,000; pero su gran fama de abogado tomó origen desde su juventud, por la excelente defensa de Esteban de Castro, mandante del asesinato de D. Lucas de Gómez, capitán general de Yucatán. Su triunfo salvando la vida del acusado, fué tan completo, que el fiscal del crimen, al formular su pedimento, suplicó al Tribunal renumerase al abogado con mil pesos del fondo de cámara, para que su conducta desinteresada y empeñosa, encontrara imitadores.

Vino la segunda época de la Independencia, obra en mucha parte de los abogados; y al instalarse la Junta Soberana Gubernativa, una tercera parte de sus miembros pertenecía al Foro. Aunque la historia conserva íntegra la lista de estos hombres ilustres (1) básteme citar fuera del de Azcárate, los nombres de D. José M^a Fagoaga, D. Isidro Yáñez, Regente del Imperio, D. Juan Espinosa de los Monteros, D. Antonio Gama, D. José M^a Jáuregui, D. Juan B. Raz y Guzmán y D. Rafael Suárez Peredo. De esa Junta fué presidente el Sr. Fagoaga, estudiante distinguido de los colegios de San Juan de Letrán y San Ildefonso, Alcalde de Corte honorario de la Audiencia de México, partidario y servidor del Gobierno Constitucional y después defensor acérrimo de la Independencia. Si bien era de nacimiento español, vino á México á la edad de ocho años y su familia era americana. Fué el suyo uno de los primeros discursos oficiales que se pronunciaron al instalar el primer Congreso Nacional, porque llevó la voz de la Junta que presidía, y esa pieza bellísima mereció el honor de los aplausos.

Se instaló el primer Congreso Nacional, continuaron figurando los abogados en grande escala. Citaré únicamente nombres conocidos de los contemporáneos, como el de D. Francisco M^a Lombardo.

Desde esa fecha, en los Ministerios, en el Congreso y en la Diplomacia han tenido un lugar prominente los abogados. Todas las constituciones del país están suscritas por personajes eminentes del Foro, como son, entre otros, D. Juan Bautista Morales, D. José Guridi y Alcocer, D. Miguel Ramos Arizpe y D. Francisco

(1) Alamán, tomo 5º Apéndice, pág. 29, núm. 12.

M^a Lombardo en la Constitución de 1824; D. Manuel Baranda, Dr. D. José M^a Aguirre, D. Manuel Díez de Bonilla, D. Crispiniano del Castillo, D. Manuel Larrainzar, D. Juan Gómez de Navarrete, D. Manuel de la Peña y Peña, D. Gabriel Sagasetta y Fonseca en las Bases Orgánicas de 1843.

En tiempos más recientes, en la acta de Reformas de 1847 se registran nombres más conocidos, como el de D. Benito Juárez, D. Mariano Otero, D. José M^a Lacunza, D. José Agustín Escudero, D. Octaviano Muñoz Ledo, D. Pascual González Fuentes, D. Francisco Suárez Iriarte, D. Juan Bautista Ceballos, y D. Teófilo Carrasquedo.

En el constituyente de 1856, la abogacía estaba amplia y dignamente representada. Díganlo al menos los nombres de Arriaga, Ramírez, León Guzmán, Castillo Velasco, Castañeda, Rosas, Escudero, D. Antonio Peña y Barragán, Cerquedo, Reyes Villalobos, Cortés y Esparza, y otros muchos, algunos vivos aun, cuyo nombre no menciono, porque solo me propongo recordar á los muertos.

¿Queréis una época angustiosa para la patria? Allí estan tres abogados: el Presidente de la República, D. Manuel de la Peña y Peña, D. Bernardo Couto y D. Miguel Atristain, firmando los tratados de paz de 2 de Febrero de 1848, obra hecha con la más profunda meditación y con la mejor buena fe. Si aun se escuchan rumores de censura, nunca han sido dirigidos á la pureza inmaculada de las intenciones de aquellos hombres ilustres. Quizá la historia, cuando se apague por completo el fuego de las pasiones, haga completa justicia á tres de los más eminentes abogados del Foro de 1848.

(Continuará.)

EL MINISTERIO FISCAL.

CAPÍTULO 2° (1)

Nombres y títulos de los funcionarios que ejercen el Ministerio Fiscal que también se llama Público.—Su categoría ó rango oficial.—Su representación.—Su independencia respecto de la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones y su libertad de acción ó gestión respecto de la misma autoridad.

§ I.

En el capítulo 1° vimos ya el origen y la organización del Ministerio Público en la Antigua España, en la Nueva, su colonia, en México independiente y en las Repúblicas del Centro, Sur y Norte del continente americano. Y en este capítulo vamos á recordar: 1° los nombres que han tenido los que ejercen el Ministerio Público y que hoy conservan todavía; 2° lo que ha sido y lo que es actualmente este Ministerio en el foro; 3° la representación elevada que tiene dentro y fuera del país; 4° su independencia respecto del Poder judicial y 5° su libertad para promover lo que crea conveniente para la mejor administración de justicia.

§ II.

Una ley vigente en el Fuero federal marca el origen del Ministerio Público en España, diciendo: mandamos que non traten

(1) Véase la pág. 6 y siguientes de esta *Revista*.—Tomo 3°

ellos (El Rey y los Obispos) el pleito por sí, más por sus *mandaderos*. (Lib. 1° tit. 3. lib. 2° F. J.) Y atendida la significación de la palabra anticuada «*mandado*» de donde viene *mandadero*, no colocó muy arriba su misión; pero, tampoco muy bajo pues no le dió la significación que en el lenguaje moderno tiene la palabra *mandadero*.

§ III.

«Pasados algunos siglos llamose *Patronus fisce* al home puesto para defender et razonar en juicio todas las cosas et todos los derechos de la Cámara del Rey.» (L. 12, tit. 18 part. 4) viéndose desde luego que ni en el foro de los Visigodos ni en el de D. Alonso el Sabio eran empleados subalternos en la administración de Justicia el Mandadero del Rey ni el *Patronus fisce* sino funcionarios que ni siquiera figuraban como parte componente de Tribunal alguno.

§ IV.

Las leyes recopiladas ya no llaman á estos funcionarios *Patroni fisce*, sino *Fiscales* y antes de D. Juan 2° y de los Reyes Católicos se llamaron *Procuradores Fiscales* y también *Promotores*, notándose que su misión no estaba limitada á defender y razonar en juicio los intereses y derechos de la Cámara del Rey como lo estaba la del *Patronus fisce*, sino que estaba establecido el Ministerio Público para que los delitos no fincaran ni quedaran sin pena ni castigo por falta de acusador. (L. 1° tit. 16. lib. 4° N. R.)

§ V.

De allí vino que como enseña el Sr. Elizondo fueran llamados «*Oradores públicos, Procuradores de la justicia y Abogados del*

Rey los Fiscales de las Chancillerías,» explicando el muy respetable autor citado, que llevan estos nombres por el oficio que tienen que ejercitar, que es una alta dignidad.

§ VI.

Y tengáse muy en cuenta que los autores respetabilísimos de los Códigos concordados y el jurisconsulto D. Joaquín Escriche con ellos, enseñan que el *Ministerio Fiscal* que también se llama *Ministerio Público* es una *Magistratura* que bajo las órdenes del Gobierno tiene por objeto *velar* por el interés del Estado y de la sociedad en cada Tribunal, promoviendo la represión de los delitos, la defensa judicial de los intereses del Estado y la *observancia* de la leyes que determinan la competencia de los Tribunales.» Esta jurisprudencia es la que fluye de la legislación recopilada de España, y que es la misma que rige en México.

§ VII.

Las leyes de Indias hicieron que el Ministerio Fiscal tuviera por punto de partida un miembro del Supremo Consejo de Indias, el cual era un cuerpo establecido para que los Ministros de Estado consultaran con él los negocios relativos al Gobierno de las Colonias de las Indias, llamándose ese alto funcionario *Fiscal del Consejo Real de las Indias*, que era el que tenía la representación oficial, como propia de su elevada misión; pues los solicitadores que también había en el Consejo no eran sino auxiliares del Fiscal del Consejo.

Un poco más tarde, en cada una de las Audiencias de Lima y México había dos *Ministros Oidores* que tenían, el uno la *representación de la R. Hacienda* y el otro la de *Acusador público*,

diciendo á este propósito Solórzano: Pero no consintiendo que nuestra pluma extienda mucho el vuelo en lo que no se ajusta-re á los *Fiscales* de nuestras *Indias*, advierto que de la necesidad y *dignidad* del cargo que ejercen, ha resultado el estar mandado por cédulas dellas que se les guarde así en el salario como en las demás el mismo honor casi que á los *Oidores*....

De manera que á los *Fiscales de las Audiencias, de México* tenían casi la misma dignidad que los *Oidores de la Real Audiencia*.

Dijo por esto Larrea en sus Alegaciones fiscales: *Patronus enim fisci ad tutelam cœrarii Regalium et salutis publicæ eligendus ejus officii auctoritatem, utilitatem et necessitatem ostendit; nam fisci Patronus et advocatus á Conciliis Principis dicitur, quia si Conciliariis ille est, qui salubria consulit et dirigit... nulli magis convenit quam Advocato fisci, ille enim consulit necessaria Principi et defendit et non solum dirigit; sed suis studiis et magno labore ad bonum exitum perducit.*

§ VIII.

Y para concretarnos á la legislación y jurisprudencia apropiada al *Ministerio Fiscal* de las Audiencias de México repetiremos que Solórzano dijo en su «Política indiana:» Pero no consintiendo que nuestra pluma extienda mucho el vuelo en lo que no se ajustare á los *Fiscales* de nuestras *Indias*, advierto que la necesidad del cargo que ejercen, ha resultado el estar mandado por cédulas, dellas que se les guarde así en el salario como en las demás el mismo honor casi que á los *Oidores*... y en otros términos lo observó también D. Francisco de Alfaro las cuales (*Cédulas*) se conforman en esto con la misma costumbre en los Consejos y Audiencias de España, Francia é Italia de que testifican Juan Garcia, Surgento, Jassou y otros muchos que refiere Mastrolo, donde él y los que cita, juntan otras muchas cosas tocantes á las honras y preeminencias de que gozan, y que se les debe el título de Clarísimos como á los Senadores ó Consejeros y

que son como sus *hermanos y compañeros*. Y que en Francia hacen oficio juntamente de Jueces en todos los negocios que no tocan al fisco.

Por lo cual vino á poner en queftion Eguiriaro Baron, fi los debemos llamar *fiscales, fuerzes ó litigantes*. Y afsí tambien en nueftras Indias, les eftá concedido efte poder de juzgar en todos los negocios que fe remitiesen en difcordia de votos, ó en que no huviere número baf tante de Oidores como no toquen al Fisco fegun parece por una cédula dada en Madrid á 20 de Noviembre del año de 1578.

§ IX.

La categoría ó rango oficial de los funcionarios que ejercen el *Ministerio Público* está bien y exactamente marcada por los *títulos* que la legislación y jurisprudencia española ha venido dándoles, desde las leyes de Partida hasta las mexicanas.

§ X.

Y en el derecho público constitutivo de la República se vé muy bien acentuado el rango y categoría de los funcionarios encargados del Ministerio Fiscal. La Constitución de 1824 dijo «que la Suprema Corte se compone de once Ministros y un *Fiscal*;» al hablar de los requisitos necesarios para ser individuo de la Suprema Corte no establece diferencia alguna entre los *Ministros y el Fiscal*; y esto es igualarlos bajo el aspecto, de que según la ley, el que es digno de ser fiscal lo es igualmente de ser Ministro. La citada Constitución otorga al *Fiscal* la misma inamovilidad que á los *Magistrados*; la elección de éstos, lo mismo que la de aquel, debía ser por las legislaturas, especificando quién había sido electo para el cargo de *Fiscal*; el Congreso

calificaba estas elecciones y era tan importante la elección de *Magistrado ó de Fiscal* que debía ser preferida á la de Diputado y aun á la de Senador. Art. 124 y siguientes.

§ XI.

En cuanto á los encargados del Ministerio Público en los Tribunales de Circuito, dijo: Los Tribunales de Circuito se compondrán de un Juez letrado, un *Promotor Fiscal*, ambos nombrados por el Supremo Poder Ejecutivo á propuesta en terna de la Suprema Corte de Justicia y de dos asociados según dispongan las leyes. Art. 140.

§ XII.

La ley de 22 de Mayo de 1834 se encargó de hacerlo, hizolo en efecto en sus arts. 8 y siguientes, y lo mismo que el artículo citado de la Constitución de 1824 están probando que los encargados del Ministerio Público en los Tribunales de Circuito no son *empleados subalternos que sometidos estén á las órdenes del Magistrado* que preside á los asociados.

Y esto es tanto más claro y evidente, cuanto que esta ley dá al Ministerio Público, lo mismo que al Magistrado una participación directa en la elección de los insaculados de los cuales se sacaban por suerte los asociados.

§ XIII.

La jurisprudencia que puede basarse en las leyes fundamentales del centralismo, iguala á los Ministros de la Suprema Corte. DE LEG. Y JUR.—III.—13

te de Justicia con el funcionario encargado del *Ministerio Fiscal* al declararlos partes componentes de aquel Supremo Tribunal; los iguala en los requisitos de eligibilidad; los iguala en que la elección de los *Ministros* y *Fiscal* se haga de la misma manera que la del Presidente de la República, y por último los iguala en que ni los *Ministros* ni el *Fiscal* pueden ser juzgados en sus negocios civiles ni en sus causas criminales sino por la *Cámara de Diputados*.

§ XIV.

Y la ley de 23 de Mayo de 1837 que está declarada vigente por el decreto de 14 de Octubre de 1846 hace lo mismo sustancialmente en sus arts. 10, 11, 13, 15, 22, 24, 26, 38, 39, 42, 45, 50, 51, 52, 53, 58 y 59.

§ XV.

Vigente esta ley en el año 1843, se dictaron las Bases Orgánicas que no contienen cosa alguna que incompatible sea con la aplicación de aquella ley, y vinieron á decir los mismo que el derecho público tenía establecido respecto de las partes componentes del Supremo Tribunal de la Nación y de los requisitos necesarios para poder ser elegido *Magistrado ó Fiscal* de la Suprema Corte de Justicia.

Así que en el año 1843, teníamos respecto de los encargados del Ministerio Fiscal la misma legislación y jurisprudencia que había venido desarrollándose desde 1824.

§ XVI.

Y es muy denotar que en Diciembre de 1853 la dictatura ejercida por el jurisconsulto Lares en materia de admistración de

justicia, vino á implantar expresamente la jurisprudencia de que el Ministerio Fiscal constituye una *Magistratura especial con organización propia, &c.*

Hizose de esta manera una declaración explícita, que si bien, no enalteció más de lo que estaba, la misión del *Ministerio Fiscal*; si la acentuó de tal modo que cerró la puerta al argumento que quisiera emplearse para decir que el Ministerio Público en alguna de sus categorías fuera un empleo subalterno y sometido á las órdenes del Juzgado ó Tribunal cerca del cual funciona.

§ XVII.

La Constitución de 1857 dice: «La Suprema Corte de Justicia se compondrá de once Ministros propietarios, cuatro supernumerarios, *un fiscal y un procurador general.*» Art. 91.

«Cada uno de los individuos de la Suprema Corte de Justicia durará en su encargo seis años, y su elección será indirecta en primer grado en los términos que disponga la ley electoral.» Artículo 92.

«Para ser individuo de la Suprema Corte de Justicia se necesita estar instruido en la ciencia del derecho, á juicio de los electores, ser mayor de treinta y cinco años y ciudadano mexicano por *nacimiento* en ejercicio de sus derechos.» Art. 93.

«Los individuos de la Suprema Corte de Justicia al entrar á desempeñar su encargo, prestarán juramento ante él, y en sus recesos ante la diputación permanente.» Art. 94.

«El encargo de Magistrado de la Suprema Corte de Justicia solo es renunciable por causa grave calificada por el Congreso ante quien presentará su renuncia. En los recesos, la calificación se hará por la diputación permanente.» Art. 95.

§ XVIII.

Todos estos artículos prueban; sin necesidad de comentario que el rango y categoría oficial del Fiscal y del Procurador ge-

neral de la Nación no es el de un empleado subalterno de la Suprema Corte, sino enteramente igual al rango y categoría oficial de cualquiera de los otros Magistrados.

§ XIX.

La verdad de esta proposición que perfectamente patentizada por la ley electoral de 12 de Febrero de 1857, que en su artículo 94 exige: «para ser *fiscal ó procurador general los mismos requisitos que para ser Magistrado aun para ser Presidente de la Suprema Corte según el art. 46.*»

§ XX.

Hubo, desgraciadamente, un interregno de gobierno revolucionario, cuyas disposiciones no pudieron asumir jamás el carácter de leyes, por que existía el gobierno legítimo; pero la llamada ley *Miranda*, bien puede mirarse como obra de jurisprudencia mexicana, autorizada por graves jurisprudencias del país; y ella enseña con autoridad científica lo siguiente: «Para que los intereses nacionales y el gobierno puedan estar legítimamente representados desde la 1ª instancia, á fin de evitar los gravísimos perjuicios que hasta aquí se han seguido á la Nación por esta falta, el Ministerio Fiscal, constituye una *Magistratura especial* de libre nombramiento del Presidente de la República, con organización especial é independiente, aun que agregada á los Tribunales como parte integrante de ellos, para mejor proveer á la administración de justicia, y sujeto á la disciplina general de los mismos conforme á la ley.»

De aquí resulta que la jurisprudencia dominante en el muy autorizado foro de México, miraba el Ministerio Público como la jurisprudencia en 1853 y como mirádo lo había ya la resul-

tante de las leyes recopiladas, según los respetables jurisprudencias que en los Códigos concordados pusieron la nota de que se ha hecho mérito

§ XXI.

El reglamento de 29 de Junio de 62 dado por el Presidente Juárez, tenía que armonizar y armoniza con las declaraciones hechas por la Constitución de 1857 con referencia al Ministerio Fiscal de la Suprema Corte y al Procurador general de la Nación, debiendo decirse que en nada alteró la ley de 22 de Mayo de 1834 que habla del Ministerio Público en la categoría que tiene en los Tribunales de Circuito y en los Juzgados de Distrito; categoría que es la que corresponde á las funciones de fiscal y de Procurador que allí ejercen, con igual representación á la de aquellos.

§ XXII.

La ley de organización de Tribunales en el Distrito federal, siguiendo las huellas de la jurisprudencia basada en las leyes recopiladas y la que resulta de la posterior concordante, declara expresamente «que el Ministerio Público es una Magistratura instituida para pedir y auxiliar la pronta administración de justicia en nombre de la sociedad y para defender ante los Tribunales los intereses de ésta en los casos y por los medios que señalan las leyes.»

§ XXIII.

Por último, el proyecto de procedimientos federales, dice: «El Ministerio Público constituye una Magistratura, &c.

Así pues la jurisprudencia viva hoy mismo basada en las leyes relativas al ministerio Fiscal ó Público, mira á los funcionarios encargados de su ejercicio no como á empleados subalternos, sino como investidos de una Magistratura especial.

§ XXIV.

Y esto era muy natural, supuesto que desde su primitiva creación en nuestro foro eran representantes del Rey; y es seguro y de derecho inconcuso que el que entonces representaba al Rey, según el Fuero Juzgo, no podía figurar en una escala ínfima en las categorías oficiales.

§ XXV.

Un poco más tarde cuando la legislación y jurisprudencia romana rebotando de la Universidad de Bolonia invadió el foro de D. Alonso el Sabio, el funcionario que ejercía el Ministerio Público era el patrono del Fisco; y tan elevado patrocinio no podía dejarlo en la llanura que ocupaban los simples *voceros*.

§ XXVI.

Y si consultamos las leyes recopiladas veremos en ellas la muy alta representación de que fueron investidos, supuesto que llamados estaban á jurar usarían de sus oficios bien y verda-deramente, y que todos los pleitos y causas que comenzaran á nombre del Rey, los proseguirían bien y lealmente fasta los acabar....

Y en las causas criminales representan á la sociedad ofendida, á cuyo nombre y en cuya representación piden la represión

y castigo de los delincuentes, siempre que su persecución no corresponda al ejercicio de una acción puramente privada ó al noble y puro oficio de la autoridad judicial.

§ XXVII.

Y por lo que hace á las leyes de Indias que en representación hecha á las Cortes merecieron cumplido elogio de los Diputados Alamán, Molinos del Campo, Gómez Pedraza, Ramos Arizpe y Zavala, ellas dieron muy alta representación al Ministerio Fiscal como puede verse en el título 5 y 18 del libro 2º del Código expresado; y de lo cual acaso no deba hacerse caudal, en el régimen constitucional establecido en el año 1812.

§ XXVIII.

Pero siendo, como es, respetabilísima la doctrina que viene del Sr. Larrea, no creemos que deba omitirse lo que dice á este propósito: «*Nan fisce patronus semper pars Principis censetur et consiliarius quia ejusdem consilii eesisti existimentur . . . Ydeo socii judicum et fatres appellantur. Avocati fisci, ut quisque pro viriti justitiam administrare procuret . . . Fiscalis solum per se Principem representant alii Senatores et Senatus collegiatim ut ex domino Alfaro, Castrensi, Pronte, Gratiano et Grurba probat D. Amaya, ad l. fin C. de Cur. cap. 3. n. 14, quia illi cura omnium regalium commissa. l. 1. tit. 13 lib 2 R. C.*» Y refiriéndose el mismo Larrea á doctrina anterior, cita la alegación primera, en donde dijo: *Fiscalis repræsentat regnum et ideo procurator reipublicæ et curator dicitur . . .*

§ XXIX.

El Sr. Solorzano en su «Política Indiana» hablando de los Fiscales de las Audiencias de América dice: «Tampoco debe bastar (la enemistad) para excluir al Patrono del Fisco, que como habemos dicho *representa al mismo fisco y al Rey*. El cual no puede seguir por sí estos negocios ni andar ni parecer en las Curias y Tribunales, pone éstos sus procuradores Fiscales con amplísima facultad para que los intenten, sigan ó defiendan, y pidan lo conveniente á su Real patrimonio y á la vindicta pública de los delitos como singularmente lo dice Mateo de Affictis y Julio Claro.»

§ XXX.

Si como debe ser, pasa el estudio á hacer una revista diligente de la legislación constitucional que ha venido dictándose desde 1812, encontrarése allí con el decreto de 9 de Octubre de ese año, que hablando de los Fiscales de las Audiencias dice literalmente: «Los Fiscales tendrán voto en las causas en que no sean parte, cuando no haya suficiente número de Ministros para determinarlas ó dirimir una discordia.»

¿Y diciendo esto la legislación constitucional ha podido haber razón, para pensar siquiera que el Ministerio Fiscal no es una Magistratura tan alta y honorable como la de cualquiera Ministro de Audiencia ó Tribunal Superior?

Según la ley citada, los Fiscales son parte legítima en las causas en que gestiona con la muy alta representación que han venido dándoles las leyes desde el Juero Juzgo y funcionaban como Jueces de 2ª ó 3ª instancia en las causas en que no eran parte.

§ XXXI

En 1824 la Constitución reconoció expresamente el Ministerio Fiscal, dando el caracter de Magistrado de la Suprema Corte al funcionario que lo ejercía en este Supremo Tribunal; pues su artículo 124 dijo: La Corte Suprema de Justicia se compondrá de once Ministros divididos en tres salas y de un fiscal La letra de la Constitución y el espíritu que entraña, atendida la legislación es que el fiscal es tan parte componente de la Suprema Corte como cualquiera de los otros Ministros. Pero donde más patentemente se ve que los funcionarios que ejercen el Ministerio Fiscal en los Tribunales Superiores son verdaderos Magistrados, es en el art. 140 de la misma Constitución que dice: «Los Tribunales de Circuito se compondrán de un Juez letrado un *Promotor Fiscal*, ambos nombrados por el Supremo Poder Ejecutivo á propuesta en terna de la Suprema Corte de Justicia y de dos asociados» Y si algo significa el que el Juez letrado sea propuesto en terna por la Suprema Corte lo mismo que el Promotor Fiscal; ¿y si algo signigca también que el nombramiento de este funcionario venga de idéntica altura que la del Juez letrado, se podrá negar que tienen igual categoría?

Por otra parte, si los asociados ni eran propuestos por la Suprema Corte ni nombrados por el Supremo Poder Ejecutivo; y sin embargo eran Magistrados como el Juez letrado; se podrá negar esta categoría al Promotor Fiscal que bajo este aspecto era de mejor condición que los Magistrados asociados? (R)

§ XXXII

Y aunque los fundamentos que van expuestos no dejan lugar á duda alguna respecto á la categoría de Magistrados que tie-

ne el C. Fiscal de la Suprema Corte viene á corroborar este concepto el art. 12 de la ley de 14 de Febrero de 1826 que en la parte conducente dice: «Si el asunto diere lugar á dos instancias en la Suprema Corte se *llamará* al último Ministro de la 1ª Sala y si la recusación fuere de uno de los de ésta, se *citará al fiscal* no siendo parte.

§ XXXIII

Aun cuando no hubiera más ley que ésta, no podría sostenerse que todos los funcionarios que ejercen el Ministerio Fiscal deben ser llamados para suplir la falta del Magistrado que haya sido recusado por ejemplo; porque lo que la ley prescribe en la calidad de *deber* impuesto á un Magistrado de la Suprema Corte, por mayoría de razón obliga á los funcionarios de menos categoría; pero lo que otorga como facultad debe mirarse como prerrogativa acordada á un alto funcionario, sin que entonces quepa interpretación extensiva. Además la ley de 22 de Mayo de 1834, resuelve como han de cubrirse las faltas de los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito sin llamar á llenarlos á los Promotores de modo que éstos no son suplentes de Magistrados y Jueces, sin que por eso pueda decirse que esa ley los haya hecho descender de su puesto de Magistrados, y por el contrario ella misma patentiza que los Promotores de los Tribunales de Circuito *son de mejor condición* que los Magistrados asociados, pues dice en su art. 9º: «A principio de cada año en el lugar donde resida el Tribunal, el Juez letrado, el *Promotor fiscal* y tres regidores, *procederán á elegir nueve individuos*, de los cuales sacarán dos por suerte que servirán de asociados. Los demás permanecerán insaculados para reemplazar á éstos en los casos de recusación ó cualquier otro impedimento.

§ XXXIV

Tres años después se hizo el arreglo provisional de la administración de justicia, y reconocido en él con relación á la Suprema Corte el Ministerio Fiscal, se declaró que cuando esta ejerciera sus funciones en Tribunal pleno, asistiera *con voto el fiscal*. Así lo dice la ley de 23 de Mayo de 1837 cap. 1 art. 24, debiendo advertirse que esta ley que es de la administración central fué declarada vigente por decreto del gobierno federal de 14 de Octubre de 1846.

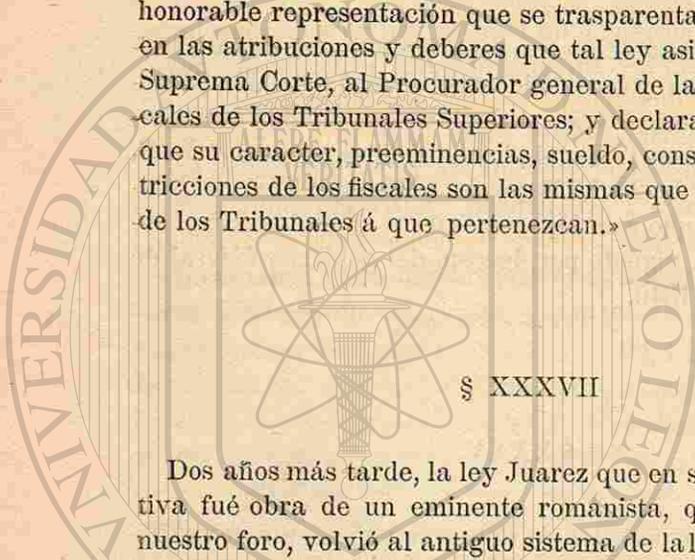
§ XXXV

En este año en consecuencia del pronunciamiento de la Ciudadela, el Ministerio Público volvió á figurar en la Suprema Corte, en los Tribunales de Circuito y en los Juzgados de Distrito, con la misma representación y en la misma categoría en que lo había colocado la legislación de 1824, 1834, 1837 y 1846.

§ XXXVI

Y si bien la ley Lares no puede ser citada como ley propiamente tal con referencia á los Tribunales de la Federación; si puede serlo, al menos, como un monumento auténtico de la alta representación que en 1853 según la jurisprudencia tenía el Ministerio Público en el foro mexicano, pues dijo: «El Ministerio Fiscal constituye una *Magistratura* especial con organización propia é independiente, aunque agregada á los Tribuna-

les como parte integrante de ellos para mejor proveer á la administración de justicia y sujeto á la disciplina general de los mismos conforme á esta ley.» Y como se verá después, la misma jurisprudencia daba al Ministerio Fiscal una muy alta y honorable representación que se trasparenta muy á las claras en las atribuciones y deberes que tal ley asigna al Fiscal de la Suprema Corte, al Procurador general de la Nación, á los Fiscales de los Tribunales Superiores; y declara respecto de estos que su caracter, preeminencias, sueldo, consideraciones y restricciones de los fiscales son las mismas que las de los Ministros de los Tribunales á que pertenezcan.»



§ XXXVII

Dos años más tarde, la ley Juárez que en su redacción primitiva fué obra de un eminente romanista, que todavía honra nuestro foro, volvió al antiguo sistema de la legislación española en cuanto al Ministerio Fiscal en términos de no aceptar la novedad del Procurador general, pues ordenó en su art. 2º que «la Suprema Corte se compusiera de nueve Ministros y dos fiscales que fueran abogados, mayores de treinta años, ciudadanos en el ejercicio de sus derechos y que no hubieran sido condenados en proceso legal á pena infamante.»

Así que, según la legislación vigente en 1855, los Fiscales de la Suprema Corte de Justicia eran Patronos del Fisco, Acusadores públicos, Defensores de la jurisdicción federal, y todavía según el art. 5º de la misma, eran además Magistrados suplentes, calidad esta última que nunca han tenido los Promotores fiscales, sin que negarse pueda á éstos la representación de Patronos del Fisco, de acusadores públicos y de defensores de la jurisdicción federal.

§ XXXVIII.

La Jurisdicción basada en tal legislación no fué alterada en lo más mínimo por la ley fundamental de 57 que tantas novedades importó con fundamento y autoridad incontrastable de los principios consignados en el Plan de Ayutla, y dijo en la Constitución vigente: «La Suprema Corte de Justicia se compondrá de once Ministros propietarios, cuatro supernumerarios, un fiscal y un Procurador general,» habiendo dicho en el artículo anterior: «Se deposita el Poder Judicial de la Federación en una Corte Suprema de Justicia y en los Tribunales de Distrito y Circuito.» Art. 91 y 90.

§ XXXIX.

La categoría suprema del fiscal y Procurador general consta de la perfecta identidad que esta ley establece entre estos funcionarios del Ministerio Público y los demás Ministros de la Suprema Corte, al ordenar la manera de su elección, expresar los requisitos que se necesitan para poder ser electo para cualquiera de estos cargos, y designar la fórmula de su juramento.» (artículos 92, 93 y 94) Y como por esta fórmula «los Ministros, el Fiscal y el Procurador general juraban indistintamente (hoy protestan) desempeñar leal y patrióticamente el cargo de *Magistrado* conferido por el pueblo conforme á la Constitución, y mirando en todo por el bien y prosperidad de la Unión,» de seguro que no existe razón alguna para creer que hay diferencia entre el Fiscal y Procurador general y los demás Ministros de la Suprema Corte en cuanto á representación y categoría oficial.

La exactitud de tamaña verdad queda plenamente corroborada con que el art. 103 de la Constitución y su reforma iguala á los individuos de la Suprema Corte de Justicia es decir á los

Ministros, Fiscal y Procurador en cuanto á los juicios de responsabilidad con los Secretarios del Despacho, con los Diputados y Senadores y aun con el Presidente de la República.

§ XL.

Por otra parte la ley electoral ministra otro argumento concluyente en el mismo sentido, al decir: «Para ser Magistrado propietario ó supernumerario, *Fiscal ó Procurador general de la Suprema Corte de Justicia*, se necesitan todos los requisitos que expresa el artículo 46.»

§ XLI.

Vigente esta legislación y la jurisprudencia que con ella armoniza, vino á verificarse una revolución que si bien, no hizo desaparecer al gobierno legítimo hizolo si cambiar de residencia; pues tuvo que refugiarse en la heroica Veracruz, por haber ocupado á México, el gobierno revolucionario, el cual dijo á propósito de la materia que venimos tratando, lo siguiente:

«Para que los intereses nacionales y el Gobierno puedan estar debidamente representados desde la primera instancia á fin de evitar los gravísimos perjuicios que hasta aquí se han seguido á la Nación por esta falta, el Ministerio Fiscal constituye una Magistratura especial de libre nombramiento del Presidente de la República con organización *propia é independiente* aunque agregada á los Tribunales como parte integrante de ellos, para mejor proveer á la administración de Justicia y sujeto á la disciplina general de los mismos conforme á la ley.»

§ XLII.

No hay necesidad de comentar esta notable y clarísima enseñanza del foro mexicano en 1858 y menos si en cuenta se tiene que desde las leyes recopiladas ha venido autorizada la jurisprudencia que tuvo una nueva manifestación en la llamada ley. Mirando la cual con todo y no tener propiamente este carácter, contiene sí muy sanos principios de administración de justicia, que no hay razón para rechazar, así porque armonizan con la legislación y jurisprudencia recibida en el foro, como porque son bases fundamentales del derecho público que sirven de norma á los Tribunales y á sus procedimientos que son los que hacen efectivos y respetar el goce de los derechos del hombre y sus correspondencias civiles.

§ XLIII.

Continuando en el estudio histórico de nuestra legislación y jurisprudencia relativas al Ministerio Público, se ve que una ley de 29 de Julio de 1862 vino á deslindar las funciones del Fiscal y del Procurador General de la Nación, diciendo implícitamente que el primero tiene la representación de *Promotor* para procurar cuanto interese á la pronta administración de justicia la de *defensor de la justicia federal* la de *vigilante* de la observación de cuanto afecta á la causa pública, en materias de justicia, la de *acusador público* en las causas criminales y en las de responsabilidad, las de *ponente* en las dudas de ley y la de *revisor* de las listas y extractos de que habla el art. 45 de la ley de 14 de Febrero de 1826. Y con referencia al Procurador le dá la representación de *patronus fisci*, así para defender los derechos

de la Hacienda pública como para pedir el castigo de los fraudes que contra ella se cometan y para exigir la *responsabilidad* de los empleados de ésta.

§ XLIV.

La Jurisprudencia del foro mexicano en 1865, al menos en México y en el territorio hasta donde se extendió la acción del usurpador extranjero, proclamó la enseñanza de que los funcionarios del Ministerio Público son agentes del gobierno cerca de los Tribunales; en lo cual nada hay que de alguna manera pugne con la legislación y jurisprudencia obligatoria en todo el territorio sujeto al gobierno legítimo de la República que son las que vinieron rigiendo desde antes con mucho del régimen constitucional.

§ XLV.

Y aunque en 1880 se dió la ley orgánica de los Tribunales del Distrito Federal y de la baja California, no se hizo variación respecto del Ministerio público que debía funcionar y está funcionando en dichas localidades, teniendo muy en cuenta que citamos la ley expresada como un monumento de jurisprudencia local que concuerda con la legislación y jurisprudencia que debe observarse en los Tribunales de la federación.

§ XLVI.

Y para concluir la exposición de los fundamentos de la materia que venimos tratando, debemos decir que del Ministerio de Justicia se nos ha ministrado el proyecto de procedimientos federales que en su art. 95 dice: El Ministerio Público constituye una Magistratura con organización propia é independiente aunque agregado á los Tribunales como parte integrante de ellos.

(Continuará.)

ISIDRO MONTIEL Y DUARTE.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

- ¿Es competente la Jefatura de Hacienda para aplicar la ley de potestad coactiva á fin de conseguir la solución de los adeudos fiscales de la Federación?*
- ¿Cuál es el límite de esa facultad ó hasta qué punto pueda ser ejercida por los empleados fiscales?*
- ¿Es procedente el recurso de amparo contra la aplicación de la ley de potestad coactiva, ó en otros términos; hay violación de garantías individuales al aplicar la mencionada ley?*
- ¿Qué requisitos son necesarios para dictar el auto de suspensión del acto reclamado tratándose de exacciones en favor del Erario público?*
- ¿Es competente la Jefatura de Hacienda para declarar contencioso un asunto de que conoce administrativamente?*
- ¿Qué legislación debe aplicarse en la tramitación de las denuncias y cobro de capitales nacionalizados?*
- ¿Los bienes llamados eclesiásticos son y han sido siempre de la Nación?*
- ¿En cuáles derechos quedó subrogado el Gobierno de la República al expedir la ley de Nacionalización de los bienes administrados por el clero?*
- ¿Procede la excepción de prescripción renunciada por lo contrario al constituirse la escritura de imposición respectiva?*
- ¿Son prescriptibles las cosas destinadas al culto religioso y que por consiguiente están fuera del comercio de los hombres?*
- ¿Qué requisitos son necesarios para que proceda la prescripción?*

**

La Suprema Corte de Justicia ha consagrado una vez más
REV. DE LEG. Y JUR.—III.—14.

de la Hacienda pública como para pedir el castigo de los fraudes que contra ella se cometan y para exigir la *responsabilidad* de los empleados de ésta.

§ XLIV.

La Jurisprudencia del foro mexicano en 1865, al menos en México y en el territorio hasta donde se extendió la acción del usurpador extranjero, proclamó la enseñanza de que los funcionarios del Ministerio Público son agentes del gobierno cerca de los Tribunales; en lo cual nada hay que de alguna manera pugne con la legislación y jurisprudencia obligatoria en todo el territorio sujeto al gobierno legítimo de la República que son las que vinieron rigiendo desde antes con mucho del régimen constitucional.

§ XLV.

Y aunque en 1880 se dió la ley orgánica de los Tribunales del Distrito Federal y de la baja California, no se hizo variación respecto del Ministerio público que debía funcionar y está funcionando en dichas localidades, teniendo muy en cuenta que citamos la ley expresada como un monumento de jurisprudencia local que concuerda con la legislación y jurisprudencia que debe observarse en los Tribunales de la federación.

§ XLVI.

Y para concluir la exposición de los fundamentos de la materia que venimos tratando, debemos decir que del Ministerio de Justicia se nos ha ministrado el proyecto de procedimientos federales que en su art. 95 dice: El Ministerio Público constituye una Magistratura con organización propia é independiente aunque agregado á los Tribunales como parte integrante de ellos.

(Continuará.)

ISIDRO MONTIEL Y DUARTE.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

- ¿Es competente la Jefatura de Hacienda para aplicar la ley de potestad coactiva á fin de conseguir la solución de los adeudos fiscales de la Federación?*
- ¿Cuál es el límite de esa facultad ó hasta qué punto pueda ser ejercida por los empleados fiscales?*
- ¿Es procedente el recurso de amparo contra la aplicación de la ley de potestad coactiva, ó en otros términos; hay violación de garantías individuales al aplicar la mencionada ley?*
- ¿Qué requisitos son necesarios para dictar el auto de suspensión del acto reclamado tratándose de exacciones en favor del Erario público?*
- ¿Es competente la Jefatura de Hacienda para declarar contencioso un asunto de que conoce administrativamente?*
- ¿Qué legislación debe aplicarse en la tramitación de las denuncias y cobro de capitales nacionalizados?*
- ¿Los bienes llamados eclesiásticos son y han sido siempre de la Nación?*
- ¿En cuáles derechos quedó subrogado el Gobierno de la República al expedir la ley de Nacionalización de los bienes administrados por el clero?*
- ¿Procede la excepción de prescripción renunciada por lo contrario al constituirse la escritura de imposición respectiva?*
- ¿Son prescriptibles las cosas destinadas al culto religioso y que por consiguiente están fuera del comercio de los hombres?*
- ¿Qué requisitos son necesarios para que proceda la prescripción?*

**

La Suprema Corte de Justicia ha consagrado una vez más
REV. DE LEG. Y JUR.—III.—14.

en su ejecutoria de 20 de Noviembre de 1889, con motivo del amparo que promovió ante el Juzgado de Distrito del Estado de Guanajuato el Lic. Francisco González Torres contra actos de la Jefatura de Hacienda de Guanajuato por creer violados en su perjuicio los artículos 14 y 16 constitucionales, la doctrina siguiente:

«El uso de la facultad económico-coactiva, no viola garantía individual alguna.»

Es ya sobrado tiempo para dar fin á las vacilaciones que suelen surgir con motivo de la aplicación de las leyes sobre potestad coactiva en las exacciones fiscales que previamente decreta la autoridad legítima conforme está preceptuado por las leyes en nuestro sistema político constitucional; vacilaciones que muchas veces preocupan el ánimo más firme y el criterio más recto de los empleados de hacienda, cuando por acaso se trata de eludir, sino de entretener, el pago del adeudo que se reclama, especialmente en el cobro de capitales nacionalizados, á cuyo efecto suele alegarse por el poseedor del predio responsable, á guisa de recurso, la muy gastada excepción de prescripción con el objeto de conseguir ingeniosamente que el asunto se haga controvertible, y, por tanto, pase al conocimiento de la autoridad judicial.

Y ciertamente es un principio general reconocido por todos, que los negocios administrativos que por cualquier motivo lleguen á revestir un carácter contencioso producen y deben producir estos efectos: 1º la completa abstención de los procedimientos coactivos de la autoridad exactora y 2º el conocimiento inmediato y directo de la autoridad judicial á efecto de dirimir el punto controvertido que originó la existencia de la contención; pero también es evidente que á la sombra de este principio tutelar, que constituye una garantía de imparcialidad en favor del deudor, suele acontecer que la temeridad, la mala fe ó el error, pretenden abrigarse bajo el mismo principio protec-

tor, para enervar la acción fiscal y dilatar ó desvirtuar el pago del impuesto ó del adeudo en favor de la Hacienda pública, dando lugar á que el Erario pierda su acción ó carezca oportunamente de un ingreso seguro con que el Tesoro público cuenta para cubrir los gastos forzosos del presupuesto fiscal.

Para destruir ese error ó mala fe, bastará fijarse en la ley, estudiar su sentido, armonizarla, si necesario fuere, con otras disposiciones que le sean relativas, é interpretarla en su letra ó en su espíritu, de tal manera que los deudores que la invocan, torciendo capciosamente sus preceptos, sean combatidos con la misma disposición legal, debida y rectamente interpretada para los fines que se propone la propia ley, que la autoridad exactora debe hacer triunfar victoriosamente, supuesto que su principal obligación es el acatamiento á aquella, y acatar la ley es procurarle su exacto cumplimiento.

A la citada Jefatura de Guanajuato tocóle la suerte de aplicar la ley de potestad coactiva, con motivo del cobro de un capital nacionalizado conforme á las leyes relativas de 12 y 13 de Julio de 1859, obedeciendo á determinaciones de la Secretaría de Hacienda que en épocas anteriores no se cumplieron y cuyo asunto estaba iniciado desde el año de 1873. El gravamen piadoso lo reportaba el «Rancho de Tirado» y sus anexos «Buenavista» y «Ceballos» de la comprensión de San Miguel de Allende perteneciente á esa entidad federativa, y había la necesidad de conciliar y tener presentes todas las disposiciones relativas que se hallan vigentes en materia de nacionalización.

Sostener tales disposiciones en su conveniente aplicación é interpretar otras varias expedidas sobre facultad económico-coactiva, ha sido el punto capital que ha servido de tema á la mencionada Jefatura para perseguir constantemente el capital nacionalizado á que se ha hecho referencia, no siendo su propósito otro, que el de hacer practicable la ley por medio de la más equitativa y legal interpretación á que dá origen el concienzudo y constante estudio de las disposiciones vigentes en la materia.

Por otra parte la propia Jefatura, nunca se consideró auto-

rizada para declarar si un asunto que le está sometido por ministerio de la ley, es ó no contencioso: bastábale saber que ninguna duda había para aplicar las relativas á la nacionalización, y á este efecto el artículo 2º de la ley de 20 de Enero de 1837 ya había declarado terminantemente cuáles son los asuntos que deben considerarse contenciosos, siendo por consiguiente, tal fundamento la mejor guía de sus procedimientos para continuarlos en la vía de apremio en ejercicio de dicha facultad coactiva.

Pero fácil es sin embargo, preocuparse cuando la oposición del deudor se funda en la *prescripción*, porque su simple enunciación basta y sobra para que la autoridad administrativa sea sorprendida ó pueda confundirse con las determinaciones muy económicas y peculiares dadas para su observancia en la Secretaría de Hacienda, cuyas determinaciones vienen consignadas en las circulares de 13 de Enero y 9 de Agosto de 1869 y han sido expresamente dictadas para marcar los procedimientos administrativos que comienzan con el examen y aceptación ó repulsa de las denuncias que deben dirigirse á la misma Secretaría, quien en todo caso, es la expresamente autorizada para calificarlas y admitirlas ó rechazarlas, según lo dispone el art. 4º de la ley de 19 de Agosto de 1867. Y hay que fijarse en que una vez declarada la validez y procedencia de una denuncia, la Secretaría de Hacienda que usó de su legítimo derecho en virtud de lo preceptuado en dicha circular de 9 de Agosto que abrogó la de 13 de Enero de 1869, dejó, al hacer la calificación, perfectamente obsequiada la expresada circular desde el momento en que ejerció aquella facultad y declaró sobre su aceptación ó inadmisibilidad.

Esta declaración administrativa es, por decirlo así, la última palabra pronunciada por dicha competente autoridad, á menos que sobrevengan atendibles razones y justificados fundamentos que originen su revocación en el orden económico-administrativo, y que en honor de la verdad cabe decir muy bien, que aquella siempre ha procedido con estricta justificación y de entera conformidad con las leyes relativas á la nacionalización de los bienes que fueron administrados por el clero.

Para robustecer estos conceptos bastará observar que desde que fueron expedidas las leyes de 12 y 13 de Julio de 1859 que nacionalizaron los bienes que, administrados por el clero estaban destinados á objetos del culto religioso, el Gobierno federal tuvo inconcuso derecho y más que derecho, obligación de disponer de esos mismos bienes en la forma y en los términos establecidos en las disposiciones especiales dictadas al efecto; recobrando para el Tesoro federal las inmensas riquezas que se hallaban acumuladas en las manos de la ambición que fomentaba la guerra civil en la República. Desde entonces se opusieron mil dificultades por parte de los detentadores de aquellos bienes, de acuerdo con la consigna del partido que había caído á los piés de la República triunfante, procurando eludir los altos fines de la ley, y una de las armas que habrían de esgrimir en el terreno legal, hubo de haber sido la *prescripción*, con cuya excepción han logrado entretener la mayor de las veces, la cobranza de adeudos que indefectiblemente pertenecen á la Nación, dadas nuestras leyes de reforma ó constitucionales.

La fuerza obligatoria de la ley valientemente expedida en Veracruz, no podía ser combatida de frente, y era indispensable que los enemigos de las instituciones se coludieran para eludirla con sofismas, aparentando la posesión de justas excepciones, entre las que descuella la de prescripción que, alegada temerariamente, ha servido más bien para dilatar el pago de adeudos perfectamente claros en favor del acreedor, porque todos sabían que haciendo contencioso un asunto, éste dormiría por tiempo indefinido en los Juzgados respectivos donde la amplitud de nuestras leyes de procedimientos facilita el ejercicio, no solo de recursos que se hacen interminables, sino aun el dolo é ilegal de la *chicana* que surge de la prodigiosa inventiva del deudor cuando se ha propuesto burlar la ley y evitar el pago de un adeudo acreditado con la escritura formal de imposición, que es la exigida irremisiblemente por la autoridad administrativa en cumplimiento de la circular de 9 de Abril de 1862.

Conocida pues la razón de interés público que preparó justificadamente la existencia de las leyes sobre nacionalización, fá-

cil es hacer la aplicación de las disposiciones relativas á los diversos casos ocurrentes, para lo cual deben estudiarse estas concienzudamente, á fin de apreciar mejor aquellos, aun bajo el punto de vista de la prescripción que ha sido el caballo de batalla de los censatarios ó detentadores de capitales piadosos nacionalizados conforme á las supremas leyes ya citadas; pero antes de tocar el punto relativo á la prescripción en general, conveniente y más que conveniente, necesario será conocer la clase de prestación pactada para hacer la clasificación del convenio, elevado por los contratantes á escritura pública.

La escritura como es sabido constituye una ley entre los contratantes y en su otorgamiento han debido observarse para su validez, las prescripciones de las disposiciones vigentes.

La forma del contrato reviste un carácter peculiar y de aquí proceden las mayores ó menores franquicias ó las mayores ó menores sumas de derechos y obligaciones que amplían ó restringen esas mismas obligaciones y derechos.

La hipoteca, por ejemplo, es un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles para garantizar el cumplimiento de alguna obligación y su preferencia en el pago, y en consecuencia los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen á manos de un tercer poseedor, debiendo producir sus efectos desde la fecha en que fuere debidamente registrada, y á este efecto, el art. 3332 del Código civil de conformidad con lo dispuesto por las reales cédulas de 9 de Mayo de 1778 y 16 de Abril de 1783, que crearon los oficios de hipotecas en las cabeceras de Partido, dispone que los actos y contratos que conforme á la ley deben registrarse, no producirán efecto contra tercero, sino estuvieren inscritos en el oficio respectivo.

Pues bien, las imposiciones de capitales tenían lugar generalmente con el carácter de censos consignativos redimibles, porque eran éstos los que más garantías de pago y seguridad daban al acreedor conforme á las leyes de su creación, y de esto nos persuaden las mismas escrituras de imposición otorgadas á ley de depósito irregular. En este sentido, pues, dicen los autores: «que el censo consignativo es compra por la cual dando alguno cierto precio en dinero efectivo sobre bienes raíces de otro, ad-

quiere el derecho de cobrar cierta pensión anual del dueño de dichos bienes quien queda como lo era antes.» Según esta definición se cobra el derecho de percibir ó exigir la pensión y no el capital mismo de la imposición, pues en verdad es un contrato por el que se compraban los réditos y las pensiones. Este censo se divide según los juristas, en cuanto á la duración, en perpetuo y temporal, subdividiéndose el primero en redimible ó irredimible. El redimible se constituye con el pacto de retroventa y se le llama *al quitar*, cuyo censo es de carácter perpetuo por no acabarse con el tiempo, como prueban Vela, en su disert. 33, núm. 52 y Censio *de censib. quæst.* 2. Escriche, voz «Censo consignativo» y Sala Novísimo, Libro II, tít. XIII; aunque hoy según la Ley 5, tít. 15, lib. 10 del N. R. todos los censos tienen el carácter de redimibles, es decir, que comprenden la facultad de poder redimirse, por lo que en su esencia son verdaderos censos *al quitar* que tienen el carácter también de imprescriptibles por su propia naturaleza.

He aquí el fundamento de la declaración que entraña la circular de 12 de Noviembre de 1862 referente á la prescripción, circular que vino á aclarar el concepto de la expedida el 9 de Abril del propio año relativa á la misma prescripción, la cual comprende solo á las pensiones ó réditos, menos los de los últimos nueve años y dos tercios y aun el capital de que aquellos proceden.

La naturaleza de esta clase de censos, no permite que se conceda al censalista la facultad de obligar al censuario á que lo redima, porque entonces no sería censo sino *mutuo* y las pensiones serían usurarias.—Sala Novísimo núm. 33, lib. 2º, tít. XIII.

Así es que tales escrituras han sido otorgadas bajo el nombre de depósito irregular, que son de verdadero censo consignativo, pues el dominio de la finca queda todo en el depositario, y sin embargo de que se cumplan los plazos, estos pueden ser prorogados indefinidamente á voluntad del acreedor, otorgando nueva escritura en que se reproduce la primera ó consignando en esta la deliberada voluntad del acreedor contra quien, por voluntad de las partes contratantes, no corre la

prescripción, ya porque el capital está constituido á ley de depósito, y en pro del depositario ni comienza ni corre la prescripción, y ya también porque, por el consentimiento mútuo se hace exigible el adeudo, cumplido el plazo fijado, á voluntad del dueño del censo ó censualista.

Y hay que considerar que en el cambio de constitución de los censos, al consignar los derechos y obligaciones de los estipulantes, se restringe con estas últimas, la libertad misma del censatario, aun para oponer la excepción de prescripción y que desde luego consientan en renunciar en favor del acreedor, no solo como una solemnidad, sino como una garantía mayor á fin de que por la no reclamación, jamás pueda decirse que se pierde para el dueño el capital censuado.

Tales taxativas constituyen las condiciones de la convención sin las cuales esta no se hubiera verificado, ni hubiera tenido existencia la constitución del censo, hasta revestir la forma de contrato elevado á escritura pública con fuerza obligatoria para los contratantes y aun para aquellos que se subrogasen en sus respectivos derechos y obligaciones con la sola transmisión del gravamen hipotecario; pues todos sabemos que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes, que el que de cualquiera manera se obliga, queda obligado, según la ley 1^a, tít. 1^o, lib. 10 de la Nov. Recop., y que la obligación contraída se extiende no solamente á lo expresamente pactado, sino también á todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conformes á la buena fe, al uso ó á la ley cuyo principio universal de jurisprudencia se halla consignado expresamente en el art. 1392 del Código civil.

Antes de concluir no está por demás manifestar que por haberse publicado aisladamente las principales piezas del asunto de que se trata, se reproducen por su orden á continuación con aquellas constancias que acreditan también la legalidad de los procedimientos ejecutivos y comprueban que, siendo claro y evidente el derecho fiscal y no habiendo duda sobre la aplicación de las leyes de potestad coactiva al caso particular que se versa, ni el recurso de amparo es procedente ni menos hace nugatorios dichos procedimientos que habrán de continuarse has-

ta dejar cubierta la Hacienda pública del adeudo que se reclama, como aparece de dichas constancias aconteció en el cobro ejecutivo del capital que á favor de la nacionalización reconocía el Rancho de Tirado, cuyo predio se habría rematado si sus dueños los Sres Lics. González Torres no hubieran hecho el pago respectivo.

Con la simple lectura de esas constancias se viene en conocimiento de la importancia que entraña el buen uso de la facultad económico-coactiva cuya constitucionalidad está sancionada, no solo para los casos como el de que se trata, sino para todos aquellos en que por la resistencia de los deudores se hace indispensable el ejercicio de esa prerogativa fiscal con el fin de que el Erario perciba lo que legalmente le correspondē sin invadir la esfera judicial y sin que ésta, consiguientemente, pueda ingerirse en la jurisdicción de la autoridad administrativa cuya invasión le está estrictamente prohibida por el art. 18 de la ley de 20 de Enero de 1837 y demás disposiciones vigentes, en cumplimiento de las cuales, la Secretaría de Justicia expidió la circular de 13 de Octubre de 1875 previniendo á los Promotores Fiscales no consientan en la intervención judicial á que se hace referencia.

Solo resta hacer la siguiente ingenua declaración: Los puntos que entraña el cuestionario con que dá principio este preámbulo se prestan indudablemente á tratar con mayor amplitud las cuestiones que sugiere la materia misma del asunto; pero no siendo el presente estudio destinado á dilucidar todos y cada uno de los puntos que se proponen y que constituyen otras tantas cuestiones de derecho, cuyo trabajo queda reservado á los jurisperitos ó á personas que por su ilustración reconocida, son competentes para tratar bien y cumplidamente estas mismas cuestiones, justo es limitarse á presentar este humilde trabajo que, si bien es cierto, carece de todo mérito intrínseco, ha sido sin embargo ventajosamente honrado con la aprobación de la Secretaría de Hacienda, respecto de la aplicación de las leyes de potestad coactiva para obtener el pago de un capital comprendido en las leyes de nacionalización, con cuyos procedimientos no se ha violado ni se viola ninguna garantía individual según

lo tiene resuelto la Suprema Corte de Justicia en la ejecutoria respectiva de 20 de Noviembre próximo pasado.

* *

Con motivo del cobro de un capital nacionalizado ó comprendido en las leyes relativas á la Nacionalización de los bienes que el Clero administraba, y que se reconocía á obras pías sobre el Rancho de «Tirado» y sus labores anexas de «Buenavista» y «Ceballos» en la jurisdicción de Allende, según consta de la respectiva escritura de imposición, cuya copia expedida en la forma legal sirve de fundamento á la Jefatura de Hacienda de Guanajuato para proceder á la exacción del mencionado capital y obedeciendo órdenes de la Secretaría del ramo, hubo necesidad de requerir de pago al propietario de la finca gravada por cantidad de \$ 5600 y sus réditos al 5% vencidos desde Enero de 1861, importantes hasta el 7 de Mayo próximo pasado \$ 7937 42 cs. y cuyo total adeudo asciende á la cantidad de \$ 13537 42 cs; conforme aparece de la liquidación respectiva con que dan principio las diligencias formadas en la vía de apremio con motivo de la aplicación de la ley de potestad coactiva. Notificado en forma el Sr. Gonzalez Torres, replicó al requerimiento en los siguientes términos:

«Allende 15 de Mayo de 1889.—Habiéndose presentado en esta Oficina el C. Lic. Francisco González Torres para contestar al requerimiento que se le hizo, dijo: que estando otorgadas en el año de 1773 las escrituras que se le reclaman por los capitales piadosos que reconoció el rancho de «Tirado», es claro que estaban, y con mucho, ya prescritas al tiempo de la nacionalización de los bienes del Clero, los cuales pasaron al Fisco con los mismos derechos y obligaciones, y como nunca, por ningún Gobierno, y en ninguna Nación civilizada se ha dado el caso de que una Ley haya revivido derechos que ya no existen, y que no existen en virtud de leyes anteriores, es á todas luces evi-

dente que en el presente caso el Fisco no adquirió ningún derecho puesto que el subrogado no adquiere más derechos que los que tiene el subrogatario; por consiguiente, como el Clero habia mucho ántes de la ley de desamortización perdido por prescripción el derecho á cobrar los capitales que reconocía el rancho de «Tirado», el Fisco al subrogarse en los derechos de aquel no mejoró de condición ó lo que es lo mismo, no adquirió ningún derecho por cuya razón no procede el reclamo ó cobro que de \$ 13,537 42 cs. se me hace por capital y réditos vencidos desde la época de la Nacionalización de bienes de la Iglesia hasta la presente fecha.—Desde la primera reclamación que en el año de 1881 me hizo la Jefatura de Hacienda opuse la excepción de prescripción, la cual está suficientemente probada con las fechas de las mismas escrituras que se me reclaman puesto que 88 años habian trascurrido ya desde el otorgamiento de las escrituras á la fecha de la Nacionalización. Con motivo de este reclamo se formó un expediente en el que el último trámite fué una suprema resolución del C. Presidente, en cuya resolución hubo un error substancial, pues en ella se dice que la escritura fué otorgada el año de 1873, habiendo por consiguiente la grande diferencia de un siglo. Sin duda comprendido después este error, así como la justicia que me asiste, no se siguió adelante el cobro cesando toda reclamación durante nueve años hasta hace poco tiempo que el Sr. Labastida me requirió de pago por estos capitales, y habiendo manifestado mis razones para no verificarlo, ha pasado el expediente á esa Jefatura para que ella insista en el cobro, que no procede según he dicho, ni menos ejecutivamente, pues ni aún siquiera están identificados los prédios que se mencionan en las escrituras de imposición y malamente se puede proceder ejecutivamente contra mí por sólo creerse que en el rancho de «Tirado» quedaron refundidas las demás labores de «Ceballos» y «San José de Buenavista», siendo así que el Administrador de Rentas de esta Ciudad al ser requerido para que dijera á quienes pertenecían las labores sobre las que se habían impuesto esos capitales, contestó, que no constaba en los padrones, y que probablemente quedarían refundidas en alguna de las fincas colindantes á ellas, que son «Tirado», «La Arena», «San

Miguel Viejo,» «Guerrero,» &c., &c. No quedó pues probado que dichas labores estén unidas al rancho de «Tirado,» y por lo mismo no procede la reclamación ni mucho menos el embargo contra dicho rancho por todos esos capitales, aún en el supuesto de que no estuvieran prescritos. Que no es sólo el rancho de «Tirado» el que los reportaba, se comprende desde luego atendiendo á que en todas esas labores se impusieron 5600 pesos de capitales; y el Rancho tal como existe se ha vendido según consta en las escrituras de venta, cuyo certificado presenté, en \$ 3000, y sólo yo fui quien dió más por él: \$ 3500. Es evidente que la propiedad ha ido subiendo de precio con el tiempo, luego también lo es, que al imponerse \$ 5600, en el Siglo pasado sobre esas labores, deben evidentemente haber sido de superior clase y mayor extensión esos terrenos entre los que estaba incluido «Tirado» que no podía valer siete mil y tantos pesos que fué el precio en que compró D. Sebastián Miguel de Frias, según la escritura en que funda su reclamación la Jefatura de Hacienda. Por estas razones, que constan en el mismo expediente y por lo prevenido en el art. 2º de la ley de 20 de Enero de 1837 sobre potestad coactiva, se ve claramente que este negocio es contencioso y su resolución pertenece al Juez á quien corresponda.—El artículo citada dice terminantemente: «Para evitar dudas sobre los límites á que se sujeta la facultad coactiva se declara que sólo se entenderán por contenciosos aquellos puntos en que fundadamente se dude sobre la aplicación de la ley al caso particular que se verse ó en que sean forzosas las actuaciones judiciales, como en las causas de contrabando, y en las que se dispute la paga ó deudo de una cantidad que por su origen, por la cuota ó por la variación de tiempos y circunstancias ofrezca motivo fundado de dudar sobre la aplicación de la ley; no debiendo, por consiguiente, calificarse los asuntos de contenciosos sólo por que las partes contradigan ó resistan el pago, lo que hacen muchas veces con el único objeto de dilatarlo.»—Así pues pido que el conocimiento de este negocio pase al Juez á quien corresponda, por no estar autorizada por la ley la Jefatura de Hacienda para resolver por sí y ante sí estos puntos de derecho que hacen contencioso este asunto,

pues en el art. 1º de la citada ley, se le autoriza para ejercer la facultad económico-coactiva á fin de hacer efectiva la recaudación y cobros de créditos pendientes ó que en adelante se causaren sin ingerirse por esto en la jurisdicción contenciosa que corresponde á los Jueces que hasta aquí la han ejercido ó la ejerzan en lo sucesivo legalmente.» Y según el art. 3º, sólo podrán usar de la potestad coactiva tratándose de deudas líquidas como son las de alcances que ya lo estén, las de alcabalas, contribuciones y otros ramos en que legalmente se hayan convenido términos ó señalado plazos para el pago; pues en estos y en los demás casos en que el derecho fiscal sea claro é indudable conforme á las leyes y disposiciones vigentes, los empleados de Hacienda á quienes se comete la potestad coactiva deberán verificar la cobranza. Así pues si mis razones no convencen á la Jefatura de Hacienda para desistir por completo de este cobro espero entónces de su justificación que declarando contencioso este negocio según lo previenen los artículos citados lo pase al Juez competente para que él decida sobre la legitimidad ó procedencia del cobro en la vía que por derecho corresponda, pues de no hacerlo así protesto desde ahora en toda forma contra los procedimientos de la Jefatura.—Francisco González Torres.—Rúbrica.—Dos estampillas de á cincuenta centavos cada una, debidamente canceladas.—Al margen un acuerdo del tenor siguiente.—Mayo 19 de 89.—Informe la Sección de Nacionalización emitiendo su parecer conforme á las disposiciones legales.—Rúbrica del Jefe.»

C. Jefe de Hacienda.—El suscrito encargado de la Sección de bienes nacionalizados, en cumplimiento del acuerdo de vd. ha examinado con el detenimiento que merece, á la luz de las leyes especiales del ramo y á la de los principios generales del derecho, los puntos en que descansa la argumentación del Sr. Francisco González Torres, dueño de la hacienda de «Tirado» á la que se hallan incorporadas las labores de «Ceballos» y «Buenavista,» según se deduce de las constancias que obran en el expediente respectivo.—El Sr. González Torres pidió y obtuvo de esta oficina la suspensión del embargo de la finca, mientras tanto esta

Jefatura se imponía de las razones que fundaban su escrito de oposición, en que hacía valer la excepción de prescripción, para revestir el asunto de un carácter contencioso y por tal medio, apartar el expediente de las manos de la autoridad administrativa para situarlo en las de la judicial que, en su concepto, debe dirimir la supuesta contención.—El punto principal que forma el tema del deudor como se ha dicho, es el de la prescripción, excepción que ha constituido el caballo de batalla de todos aquellos deudores que han carecido de medios para justificar el pago ó redención del reconocimiento.—Antes de refutar la excepción opuesta voy á permitirme manifestar á vd. que el origen de este asunto ha sido la denuncia del capital de \$ 5600 pesos que hicieron en Septiembre de 1873 D. Inés Fonseca y D. Joaquin Wario, comprobándola con la escritura de imposición y el registro de la hipoteca para acreditar que el mencionado capital existía vivo. Pasando el tiempo los denunciantes renunciaron su derecho, y la Secretaría de Hacienda, á quien de todo se dió cuenta, ordenó se continuara el cobro por cuenta del Fisco.—Se dió conocimiento á dicho Sr. Torres de la existencia del gravámen para que expusiera lo que conviniera á sus derechos conforme lo ordena el art. 2^a de la circular de 9 de Agosto de 1869, pues debía oírsele necesariamente en el juicio contencioso administrativo de que conocen y deben conocer las oficinas exactoras de la Federación. El Sr. González Torres hizo poderosos esfuerzos para probar que desde el año de 1848 la finca de «Tirado,» estaba libre de todo gravámen hasta Mayo de 1881 en que ésto tenía lugar, justificando que en este interregno había pasado el predio á varias manos por enagenación, libre de gravámen absolutamente, con cuyo caracter lo poseía aún en la actualidad. Desde entonces el expediente durmió en el polvo del olvido contribuyendo á este fin la poca ó ninguna actividad que se experimentaba por los antecesores de vd. para proceder en materia de nacionalización y esto hizo que el deudor se creyera exonerado de la responsabilidad, permaneciendo tanto tiempo tranquilo y hasta ufano por el buen éxito que sugería el silencio de la Jefatura á pesar de que la Secretaría le ordenaba en 1881 y le repetía sus órdenes en Septiembre de 1887, en sentido de que se activara el cobro del ca-

pital mencionado con sus réditos correspondientes, atenta la identificación de la finca y de los terrenos adyacentes que estaban también afectos al pago del gravámen referido. Así las cosas, y dado á vd. el debido conocimiento del estado que guardaba el expediente, se sirvió acordar el 22 de Abril último, que por conducto del Administrador del Timbre de Allende se requiriera al Sr. González Torres para que en el término de veinte días justificara el legal pago ó redención de los \$ 5600 pesos mencionados bajo el apercibimiento de proceder á lo que hubiere lugar.—Trascurrido el plazo sin que el Sr. Torres hubiera justificado el pago, y alegando por otra parte que había puesto y probado con mucha anterioridad la excepción de prescripción, —lo que no es cierto—hubo llegado el caso de proceder al embargo respectivo al cual se opone hoy haciendo valer como recurso legal dicha prescripción, pero pretendiendo que la califique, no ya la autoridad administrativa sino el Juzgado de Distrito en virtud de existir contención en el asunto.—Los fundamentos del peticionario son algunas aisladas prevenciones consignadas en la ley de 20 de Enero de 1837, que no está en vigor, sino en lo que no se oponga á la de 20 de Noviembre de 1838, que es la que se ha declarado vigente, conforme al artículo 1^o del Decreto de 11 de Diciembre de 1871 y que expresamente dice: «El ejercicio de la facultad coactiva concedida á los Agentes del Fisco por la ley de 20 de Enero de 1837 se hará extensivo á toda clase de adeudos fiscales en los términos prevenidos por la ley de 20 de Noviembre de 1838 que se aplicará en todos los casos que ocurran, preceptuando el art. 4^o que no tendrá lugar el juicio contencioso, es decir, que no podrá abrirse el juicio contencioso sobre la legitimidad del adeudo;» y como para decidir sobre la prescripción, la autoridad judicial, tiene necesariamente que resolver sobre la legitimidad del cobro de ese adeudo, y del adeudo mismo, es inconcuso que no pueden ser pasados al Juzgado para su resolución los asuntos de esta naturaleza que se hallen en las condiciones del de que se trata, y con tanta más razón, cuanto que no hay punto alguno en que fundamente se dude de la aplicación de la ley en el caso particular que se versa—artículo 2^o ley 20 de Enero de 1837—de lo que resulta que tampoco son necesarias las actua-

ciones judiciales, y no hay duda, por que la circular de 12 de Noviembre de 1862 que aclaró el Decreto de 9 de Abril del propio año, dispuso terminantemente que los capitales del Clero se cobrarían *en todo tiempo* por la via ejecutiva, así como los réditos de los últimos nueve años y dos tercios, cuya prescripción comprende al capital de que se trata. Y no se diga que las circulares de 13 de Enero y de 9 de Agosto de 1869 son contradictorias con las determinaciones de la de 1862, supuesto que aquellas se refieren á la tramitación de las denuncias para cuya admisión se fijan reglas y se establece un procedimiento administrativo destinado á aceptar ó repeler esas denuncias, mientras estas últimas fijan, no el procedimiento para la aceptación de dichas denuncias, sino el que debe observarse para la exacción y cobro de los capitales nacionalizados, después de que han sido admitidas tales denuncias.—Pero hay otra consideración para no estimar como procedente la excepción de prescripción que opone el Sr. González Torres. En todo caso debe conceptuarse que la prescripción que intenta oponer aquel no es la positiva, sino la negativa, por que en ella trata de librarse de una obligación y no de adquirir el dominio de alguna cosa. La primera como es sabido, es de derecho público y no puede renunciarse, más la segunda, como que no afecta al público interés, sino al particular del individuo, es de derecho civil privado y puede renunciarse, creándose en virtud de la renuncia, obligaciones y derechos perfectamente trasmisibles, y así vemos que en una larga serie de años se ha consignado en escrituras de depósito irregular la renuncia expresa de la prescripción, como sucede en el presente caso, y no como una vana fórmula, sino para que produzca sus efectos como los produjo necesariamente cuando el Clero en uso de sus derechos exigía estos capitales con seguro éxito después de haber pasado no solo el decenio sino aún los cuarenta años que eran necesarios para prescribir los bienes de la Iglesia pues que tales escrituras de depósito irregular, eran más bien, de constitución de *censos al quitar* que son de carácter perpetuo é imprescriptibles, disfrazados con el nombre de depósito irregular á plazo, pero que con la renuncia de la prescripción negativa se hacían perfectamente hábiles tales escrituras para los fines de la perpe-

tuidad de la imposición y seguridad en todo tiempo, del acreedor, que no estaba ya en la necesidad de prorogar la hipoteca al cumplimiento del plazo.—En consecuencia, á mi humilde juicio, deben de continuarse los procedimientos propios del ejercicio de la facultad coactiva iniciados ya contra el Sr. Torres, dueño del Rancho de «Tirado,» el que responderá en la parte proporcional correspondiente en unión de los terrenos de «San José de Buenavista» y «Labor de Ceballos» que se hallan anejos é igualmente gravados, hasta hacer trance y remate de tales prédios según lo dispone la circular de 13 de Diciembre de 1871; pues ya hemos visto por lo anteriormente expuesto, que no hay duda de ley al aplicarse esta al caso particular que se versa; que la prescripción alegada, ha sido renunciada expresamente al constituirse la hipoteca y que esa excepción de prescripción se renunció y ha podido ser renunciada para que la escritura surta sus efectos en todo tiempo como lo declara de una manera absoluta el Decreto de 12 de Noviembre de 1862; que el art. 2º de la ley de 20 de Enero 1837, considera contenciosos sólo aquellos asuntos en que fundadamente se dude de la aplicación de la ley al caso particular que se verse; que la ley de 1838 que reglamenta el ejercicio de la facultad coactiva, prohíbe además, que se abra juicio contencioso sobre la legitimidad del adeudo y que esta disposición, en lo que no se oponga á la anteriormente citada, es la declarada vigente por el Decreto de 11 de Diciembre de 1871.—Atentas estas consideraciones el que suscribe entiende, que la acción Fiscal de la Federación está en pie, pues el Gobierno como subrogatario de los derechos del Clero, que no era dueño, sino Administrador de los bienes de la Iglesia, que bien ha podido y pudo ejercitar sus derechos antes de la ley de 12 de Julio de 1859, ejercita hoy en virtud de la ley de nacionalización aquellos mismos derechos en favor de la Nación, á quien no pasaron los bienes eclesiásticos, pues estos fueron y han sido siempre de la Nación misma, como lo declara terminantemente el art. 86 de la ley de 5 de Febrero de 1861. En tal virtud y no queriendo hacerme más difuso para el efecto de que se deseche el curso de oposición del Sr. González Torres, concluyo sometiendo á la justificación de vd. la siguiente proposición:—No hallándose el

opositor en ninguno de los casos previstos por la ley para que se conceptúe contencioso el cobro del capital nacionalizado de \$ 5600 pesos y réditos vencidos que le exigen desde 1861 y que debe de satisfacer en la parte proporcional con lo que corresponde cubrir al poseedor de los terrenos de «San José de Buenavista» y de «Ceballos,» anéxos al Rancho de «Tirado,» devuélvase las diligencias respectivas al Administrador del Timbre de Allende para que proceda al embargo de estos prédios, y fecho, devuelva las diligencias para su continuación en esta Jefatura, hasta la diligencia del remate que tendrá lugar el día que se señale en los avisos respectivos.—Guanajuato, Mayo 22 de 1889.—El oficial del ramo de bienes nacionalizados.—*Agustín Gil.*—Rúbrica.

Mayo 22 de 1889.—Conforme, agregándose este dictámen al expediente de ejecución iniciada, la cual ejecución se proseguirá conforme está prevenido.—Rúbrica del Jefe.»

Practicado el embargo de la expresada finca de «Tirado» con arreglo á las disposiciones de la ley de facultad coactiva, y citado el interesado en esa misma diligencia para el valúo y remate de la finca, para que caso de que no se hiciera la solución del pago que se reclamaba, el Sr. González Torres, creyendo que con estos procedimientos se violaban por la Jefatura las garantías individuales, ocurrió desde luego por la vía de amparo al Juez letrado de Allende pidiéndole la inmediata suspensión del acto reclamado, á reserva de la confirmación que del auto relativo hiciera el Juzgado de Distrito, y dicho Juez de Allende, después de sustanciar en artículo tal petición, con fecha 10 de Junio último mandó suspender el acto, dictando la resolución siguiente:

«Allende, 10 de Junio de 1889.—Visto el recurso de amparo promovido por el C. Lic. Francisco Torres contra los actos ejer-

citados por la Jefatura Superior de Hacienda del Estado pidiendo el quejoso se suspenda el acto que reclama, consistente en el embargo y remate del Rancho de «Tirado» de su propiedad con motivo de un capital piadoso que se dice reconoce esa finca alegando el promovente que no procede el cobro del expresado capital por virtud de la prescripción que hizo valer ante la propia Jefatura como legítima excepción, y más que todo que el caso debe considerarse como contencioso y por lo mismo decidirse por el poder judicial federal en un juicio formal: oído el informe del C. Administrador Principal del Timbre de esta Ciudad y el parecer del C. Administrador de Correos, como representante del C. Promotor Fiscal de la Federación quien es de sentir que se conceda la suspensión solicitada y hecha la respectiva citación, se trata de resolver si procede ó no la suspensión que se pide. Reflexionando que sin entrar en pormenores detallados relativos á las defensas y excepciones alegadas por el C. Lic. González Torres tanto por que esto sólo compete al Juez nato del juicio en el caso de que proceda como por que solo puede ser atendible en su oportunidad jurídica debe limitarse el suscrito Juez á declarar si és ó nó admisible la suspensión que se pretende. Considerando que ésta en los términos solicitados por el quejoso si se concede no hay perjuicio alguno y que apoyan á la resolución que debe declararse, las prescripciones contenidas en los artículos 11, 12 fracs. 2ª, 13 y 15 de la ley general de 14 de Diciembre de 1882, con cuyo fundamento el C. Lic. Pedro Negrete, Juez letrado del Partido en ejercicio de las funciones del de Distrito del Estado, actuando con el suscrito Secretario dijo: que debía mandar como manda se suspenda el acto reclamado quedando el Rancho de «Tirado» en su calidad de secuestrado y en depósito en la misma Jefatura Superior de Hacienda del Estado y á disposición del Juzgado sin llevarse al remate por ahora la repetida finca hasta que no resuelva en definitiva el C. Juez de Distrito del Estado á quien se remitirán las presentes actuaciones previa la correspondiente notificación á los interesados á quienes se hará saber este auto. El expresado C. Juez lo decretó y firmó con el Secretario que suscribe.—Doy fe.—*Pedro Negrete.*—Rúbrica.—*Luis V. y Vargas.*—Rúbrica.»

*
*
*

Notificado este auto suspensivo ó que determinaba la suspensión de los procedimientos y remitidas las diligencias por el Juez letrado de Allende al de Distrito, todos los esfuerzos de la Jefatura se encaminaron á excitar el celo del Representante fiscal á fin de que se constituyera el depósito ordenado por el art. 15 de la ley de 14 de Diciembre de 1882, reglamentaria del juicio de amparo, depósito ineludible para que pueda decretarse la suspensión del acto tratándose de cualquiera clase de exacciones, y con tal motivo, se le dirigió con fecha 14 de Junio próximo pasado la siguiente excitativa:

«El Administrador principal del Timbre en Allende, comisionado por esta Jefatura, para proceder al embargo del Rancho de Tirado de aquella jurisdicción, de la propiedad del Lic. Don Francisco González Torres, ha remitido á esta Jefatura copia del decreto de suspensión del acto reclamado por dicho propietario, en el juicio de amparo que ha promovido con motivo del embargo ejecutado en la expresada finca por un adeudo á favor del Fisco federal procedente de un capital nacionalizado, y para cuya exacción esta Jefatura ha tenido que proceder con arreglo á la ley de facultad coactiva de 20 de Noviembre de 1838 declarada vigente por el decreto de 11 de Diciembre de 1871.—Por el decreto de suspensión del acto reclamado, consistente éste, en el embargo avalúo y remate del rancho de «Tirado,» el C. Juez letrado de Allende que no ha podido dictarlo sino provisionalmente y en caso de urgencia que no la ha habido, toda vez que no se ha anunciado siquiera el remate, ni aun procedido el correspondiente avalúo, el Juez de Allende, repito, al suspender el acto, ha violado la ley del procedimiento, supuesto que el artículo 15 de la que reglamenta el juicio de amparo fecha 14 de Diciembre de 1882 terminantemente dice que: «cuando la suspensión se pida contra el pago de impuestos, multas y otras exacciones de dinero el Juez podrá concederla pero decretando el

depósito en la misma oficina recaudadora, de la cantidad de que se trate, habiendo contraído por lo mismo la responsabilidad consiguiente en virtud de hallarse en el caso de las fracs. 1ª y 3ª del art. 64 cuyas penas señala el 66 de la propia ley reglamentaria de 14 de Diciembre de 1882, por que, para que la suspensión fuera procedente, habría necesidad de que el caso fuese urgentísimo y de difícil reparación y sobre todo que se hubieran llenado los requisitos establecidos por la ley entre los que ha debido inexorablemente obsequiarse la terminante prevención del art. 15 ya mencionado.»

«Pero hay todavía necesidad de exponer otra observación: El Juez letrado de Allende en la parte resolutive de su auto de suspensión provisional y aunque provisional improcedente, como hemos visto, manda que el rancho embargado, de cuyo acto se pidió la suspensión, *quede embargado y en depósito en esta Jefatura y á disposición del Juzgado,* de manera que más que suspender el acto de que se queja González Torres, confirma el secuestro, permitiéndose modificarlo con la absurda pretensión de que «ese secuestro se tenga en esta Jefatura á disposición del Juzgado.» ¿Qué auto de suspensión es ese que no suspende, sino que por el contrario mantiene la causa que motiva la queja? Tanto absurdo revela la festinación con que se ha procurado proceder en el asunto, más bien para embrollarlo que para observar las reglas señaladas en la ley y todo á fin de eludir la estricta é imprescindible obligación de constituir el *depósito en dinero* conforme lo ordena el art. 15 de la ley citada ya.—Por fortuna, y de conformidad con el art. 16 de la ley de amparo vigente, el C. Juez de Distrito puede revocar aquel auto provisional de suspensión que absolutamente carece de fundamento legal para cuya existencia, se ha violado abiertamente el art. 15 tantas veces referido, y por fortuna también, la Promotoría del Juzgado de Distrito, está representada por un letrado probo y demasiado competente para pedir con buenos y legales fundamentos la revocación de aquel absurdo auto de suspensión, que en mi calidad de empleado Superior de Hacienda Federal en el Estado, he venido objetando con el celo que demandan los intereses que se me han confiado por la superioridad; pero cuya objeción se limita á remarcar la conveniencia de recomendar á Vd. como me per-

mito recomendarle pida en defensa de los intereses de la Federación que dignamente representa, sea revocado aquel auto por absurdo é improcedente, y en caso de que el C. Juez no lo verificare ó no lo confirmare, como no lo espero de su rectitud é ilustración, se sirva pedir la revisión que concede el art. 17 de la expresada ley ante la Suprema Corte de Justicia, para evitar la responsabilidad á que se contrae el art. 74 de la misma disposición reglamentaria, responsabilidad en que ha incurrido, el sustituto de Vd. en Allende.—Hago punto omiso de la petición que hizo dicho sustituto, el Administrador local de Correos de Allende, al corrérsele el traslado respectivo para resolver sobre la suspensión, por que, profano en el derecho, no podía tampoco disponer de los elementos de que indudablemente dispone el inteligente letrado á quien tengo la honra de dirigirme y que para honor de la judicatura federal desempeña la Promotoría fiscal en este importante Estado de la Federación; pero lo que no puede pasar por alto esta Jefatura es la sutileza desarrollada en el principal fundamento del auto de suspensión referido, que entre otros, se apoya en las prescripciones del art. 15 citado, puesto que, en la parte resolutive de dicho auto, constituye dizque el depósito no de la cantidad que se reclama, si que de la Hacienda ó Rancho de «Tirado» en esta propia Jefatura.—Igualmente hago caso omiso de las consideraciones á que pudiera prestarse el repetido auto, atendida la reconocida ilustración de Vd á quien recomiendo de nuevo este asunto á nombre de los intereses de la Federación cuya defensa le estan encomendados.—Guanajuato, Junio 14 de 1889.—El Jefe de Hacienda.—*J. Castillo.*—Rúbrica.—Al Promotor del Juzgado de Distrito —Presente.»

«Un sello.—Promotoría Fiscal de la Federación. Guanajuato.—Contestando el atento oficio de Vd., fecha 14 del actual en que se sirve referirme lo ocurrido en el recurso de amparo interpuesto por el Lic. Francisco González Torres contra el embargo que en ejercicio de la facultad coactiva que le concede la ley de 20 de Noviembre de 1838 despachó en el rancho de su propiedad denominado «Tirado» y sito en jurisdicción de

Allende, por un adeudo que reconoce al Fisco Federal, procedente de un capital nacionalizado, tengo la honra de manifestarle, que, procurando por los intereses fiscales, ya promoví la revocación del auto de suspensión dictado en el expresado recurso de amparo por el Juez letrado de Allende.—Libertad y Constitución. Guanajuato, Junio 17 de 1889.—*F. Cano.*—Rúbrica.—Al C. Jefe de Hacienda.—Presente.»

«Un sello.—Juzgado de Distrito. Guanajuato.—En el juicio de amparo promovido por el C. Lic. Francisco G. Torres contra esa Jefatura Superior de Hacienda, se proveyó el auto que sigue:—Guanajuato, Junio diez y siete de mil ochocientos ochenta y nueve.—Como parece el C. Promotor Fiscal con fundamento en los arts. 15 y 16 de la ley vigente de amparo, se revoca el auto de suspensión decretado en este juicio por el C. Juez Letrado de Allende con fecha diez del presente. Notifíquese á las partes, pídase á la autoridad responsable el informe justificado que prescribe el art. 27 de la ley citada, comunicándoles este auto para su cumplimiento. El C. Juez de Distrito lo proveyó y firmó. Doy fe.—*Pablo Chico.*—*V. García,* Secretario.—Lo que tengo la honra de trascribir á Vd. para los efectos legales.—Libertad en la Constitución. Guanajuato, Junio 19 de 1889.—*Pablo Chico.*—Rúbrica.—C. Jefe Superior de Hacienda.—Presente.—Al margen un acuerdo del tenor siguiente:—Junio 19 de 1889.—Emitase el informe justificado pidiendo al Juzgado para el efecto, remita la copia del escrito de queja como lo previene el art. 27 de la ley de amparo.—Rúbrica del Jefe.»

Obsequiando el acuerdo anterior, se rindió el informe en los siguientes términos:

«En cumplimiento de lo prevenido en el art. 27 de la ley reglamentaria del juicio de amparo y en virtud de la determinación de ese Juzgado que me ha sido comunicada con fecha de

ayer, transcribiéndome su auto de 17 del presente que revocó el decreto de suspensión provisional dictado por el Juez de 1ª Instancia en Allende sobre el embargo y remate ordenado por esta Jefatura del rancho de «Tirado» en dicha jurisdicción, por un adeudo procedente de la Nacionalización de bienes administrados por el Clero, en cuyo auto se sirve pedirme el informe con justificación á que el artículo, ya citado al principio, se refiere, me honro en producir el que me compete como verdadera autoridad ejecutora de las determinaciones de la Secretaría de Hacienda, y muy particularmente en orden á la ejecución del Rancho mencionado que ha motivado la queja de amparo del Sr. Lic. Francisco González Torres, por violación, según su sentir, de los arts. 14 y 16 constitucionales.—Esta Jefatura, en debido acatamiento á la determinación de la Secretaría de Hacienda, fecha 16 de Octubre de 1874—Documento número 1.—procedió á requerir al expresado Sr. Torres desde la citada fecha, á efecto de que comprobara la legal redención del capital de \$5600 que reportaba su rancho de «Tirado» en Allende, según estaba debidamente comprobado con las respectivas escrituras de imposición de 16 de Marzo y 14 de Mayo de 1773 y del registro hipotecario fecha 7 de Enero de 1881.—Documentos números 2, 3 y 4.—El interesado contestó lo que á sus derechos convino para eludir el pago y se fundaba en un certificado que presentó referente á asunto diverso é inconducente que databa de 17 de Abril del año de 1666, lo cual, comunicado que fué á la Superioridad, provocó la resolución de 1º de Abril de 1881 que previno se continuaran los procedimientos contra el rancho de «Tirado» al que se hallaban anexos las labores de «Buenvista», la de «Quintana» y «Ceballos.»—Documento número 5.—La Jefatura, no obstante la anterior determinación, y sin duda por el gran recargo que tuvo en sus labores, no dió ó no pudo dar á aquella el debido cumplimiento en un largo periodo de tiempo, dejando así trascurrir una regular série de años hasta que la Secretaría de Hacienda volvió á agitar el asunto en 23 de Septiembre de 1887.—Documento número 6.—Y como consecuencia de tan terminante prevención, volvió esta oficina á requerir al poseedor del Rancho de «Tirado» en Allende, por un acto de equidad en que

siempre ha procurado abundar esta propia oficina, á cuyo requerimiento de pago, el Sr. González Torres, solo ha objetado que desde el año de 1848 la expresada finca se encuentra libre de todo gravamen con cuyo caracter la adquirió en 1852 Don Manuel González Torres, trasmitiéndose de igual manera hasta hoy en que el quejoso la sigue poseyendo con título legal de propiedad.—Como tal contestación no satisficiera á esta oficina exactora, la misma creyó conveniente contestar al interesado tan débiles argumentos, precisándole la obligación que tenia de comprobar el pago del reconocimiento piadoso, supuesto que el Fisco ejercita la acción real contra la finca hipotecada, y bajo el apercibimiento de embargo y ejecución con arreglo á las leyes de facultad coactiva concedida á los Agentes del Fisco. El Sr. González Torres limitó su contestación á pedir se pasara el asunto al Juzgado de Distrito en virtud de haber contención, consistente esta en que se oponía al pago de la cantidad que, como adeudo comprendido en las leyes de nacionalización, se le reclamaba; pues á su juicio estaba prescrita la acción del Fisco y el Juzgado era el competente para resolver la excepción de prescripción que alegaba.—Esta Jefatura, celosa siempre del cumplimiento de sus deberes y de la fiel observancia de las leyes vigentes, se vió en el imprescindible deber de negar al Sr. González Torres, aquella pretensión, fundándose para ello, no solo en lo ordenado por la Superioridad que con todo conocimiento del asunto y fundándose en las leyes sobre exacción de capitales nacionalizados, había determinado el cobro ejecutivamente, sino tambien apoyada en la terminante disposición de 12 de Noviembre de 1862 aclaratoria de la de 9 de Abril del propio año; en los arts. 36 y 37 de la ley de 5 de Febrero de 1861 y en la circular de la Tesorería General de 13 de Diciembre de 1871 que insertando una resolución de la Secretaría de Hacienda, se ordena que, *deben continuarse* los procedimientos ejecutivos *hasta el remate*, por adeudos provenientes de la nacionalización, y á este respecto la Secretaría de Justicia expidió en 13 de Octubre de 1875 una circular á los Promotores fiscales para que no consintieran en la intervención judicial pendiente el procedimiento administrativo, y sin expresa consigna-

ción de la Secretaría de Hacienda tratándose de asuntos relativos á la nacionalización de bienes eclesiásticos.—Ahora bien, la Jefatura de mi cargo, ha desechado la pretensión del Sr. González Torres para que el asunto se considere contencioso y como tal sea consignado á ese Juzgado de Distrito, porque, la excepción de prescripción opuesta por el interesado, está ya prevista y resuelta por el decreto de 12 de Noviembre de 1862 que modificó en cuanto á dicha prescripción, el de 9 de Abril del propio año ya citado, y supuesta tal declaración es inútil insistir en que la hagan nuevamente los Tribunales, y sobre todo, la excepción opuesta, no hace contencioso el asunto porque no implica para esta Oficina duda alguna sobre la aplicación de la ley al caso particular que se versa, toda vez que la facultad coactiva que debe ejercerse por los Agentes del Fisco ha de llevarse á efecto sin ingerirse en la jurisdicción contenciosa que indudablemente corresponde á los Jueces; pero por puntos contenciosos deben entenderse aquellos en que fundadamente se dude de la aplicación de la ley y en las que se dispute la paga ó adeudo de una cantidad que por su origen y por la variación de tiempos y circunstancias *ofrezca motivo fundado de dudar sobre la aplicación de esa misma ley*; no debiendo por consiguiente calificarse los asuntos de contenciosos, solo porque las partes contradigan ó resistan el pago, lo que hacen muchas veces con el único objeto de dilatarlo. (arts. 1º y 2º de la ley de 20 de Enero de 1837).—Ya hemos visto que no hay contención porque no existe duda en la aplicación de la ley al caso particular de que me ocupo y no hay contienda tampoco, porque no se halla el caso presente en el art. 10 de la ley de 20 de Enero de 1837 en cuyo evento esta Jefatura hubiera consignado el asunto á ese Juzgado para la resolución del punto que realmente fuera controvertible. Pero hay más: la ley de facultad coactiva declarada vigente por la de 11 de Diciembre de 1871 no es la de 20 de Enero de 1837, sino la de 20 de Noviembre de 1838 y ésta en su art. 2º ordena: que el ejercicio de la facultad coactiva, se extenderá no sólo á embargar bienes equivalentes, sino también á mandarlos valuar y á verificar su remate en almoneda pública; y que solo en el caso de contienda pasará el asunto al Juzgado de Distrito, pero ya he-

mos visto que la contienda no existe porque no se trata de tercería de dominio respecto de bienes que se hubieran embargado, ni existe duda alguna sobre la aplicación de la ley al caso de que se trata, únicos casos en que puede decirse que hay contención ó legítima contienda.—Por otra parte, las escrituras de imposición—Documento número 2 y 3.—contienen la renuncia expresa de la excepción de prescripción que como negativa no es de derecho público sino de interés privado y como consecuencia de esa renuncia la acción para el Clero antes de las leyes de nacionalización, y para el Gobierno federal después de estas leyes, quedó en pié para ejercitarse con buen éxito en el terreno legal, porque esta fué la condición esencialísima del contrato, sin la cual éste no podría existir. Sabido es que en la transmisión de la propiedad se transmiten necesariamente obligaciones y derechos á ella inherentes, y tanto así es cierto, que los interesados en contar el tiempo para la prescripción, cuentan necesariamente el tiempo corrido á su antecesor en la propiedad ó sea su causa-habiente, lo que está admitido como un principio general de jurisprudencia, luego si se hace transmisible este derecho por el acto de la enagenación, transmisibles tienen que ser con ella las obligaciones contraídas.—Podría objetarse quizá, algo sobre la constitucionalidad de las leyes y demás disposiciones relativas á la nacionalización que tengo citadas, más la supuesta objeción desaparecería desde el momento en que se vea que la ley de 29 de Mayo de 1875 previno expresamente: «que los asuntos sobre nacionalización deben resolverse, no por las disposiciones de los Códigos del Distrito federal ó de los Estados, sino por las leyes especiales del ramo, que están consideradas como leyes de reforma, y por tanto deben ser como en efecto son, una parte integrante de nuestra Constitución política, debiendo los Jueces y las Autoridades todas de la República, estarse, aun en caso de conflicto, á lo que dispongan ó tengan dispuesto dicha Constitución y leyes de Reforma.» (art. 126. Constitución General.)—Tal es el prestigio de que disfrutaban las disposiciones de nacionalización y tal es la prerogativa que les conceden nuestras leyes constitucionales.—Voy por un momento á ocuparme del punto relativo á la constitucionalidad de la ley de facultad coactiva

presentando en apoyo de esta teoría, la autorizada palabra del ilustre jurisconsulto, Don Ignacio L. Vallarta, en su estudio sobre constitucionalidad de la repetida ley y cuyo Estudio apareció en el periódico de Legislación y Jurisprudencia, «El Foro» número 80 correspondiente al 8 de Mayo de 1885, dice, ocupándose de la materia: «Serían suficientes estas breves consideraciones tomadas de los mismos textos de la ley para concluir ya, que mal puede haber invasión de atribuciones judiciales, cuando no se ejercen más que las estrictamente administrativas. . . . La autoridad exactora que cobra lo que se debe al Fisco no es un Juez que á su deudor condena, y el Fisco que por los privilegios que goza y que debe gozar siempre sopena de constituirse en bancarrota, asegura el cobro que hace con el embargo administrativo que decreta, tampoco es ni puede ser un Juez. . . . Cuando después de ese embargo, las providencias administrativas se convierten en juicio contencioso, entonces acaba la jurisdicción de la Administración y comienza la jurisdicción de los Tribunales. Esta cuestión de la constitucionalidad de las facultades coactivas, está resuelta entre nosotros por la Autoridad más caracterizada que se pudiera desear.—Esta cuestión se ha discutido ampliamente en el Congreso de la Unión en el mes de Octubre próximo pasado, sesión del día 18, y á pesar de las vigorosas impugnaciones que sufrió el dictamen, el Congreso por una considerable mayoría, votó el artículo que de nuevo sanciona aquella facultad. Esa discusión, ese voto es de irresistible peso en la cuestión que estoy analizando. . . .» A mayor abundamiento y para concluir, me permitiré agregar que en dicho Estudio sobre constitucionalidad de la facultad económico-coactiva del Sr. Lic. Ignacio L. Vallarta que hemos citado, no solo se prueba hasta la evidencia que no se viola garantía alguna con el ejercicio de esa prerrogativa fiscal, sino que entre otros fundamentos aduce el siguiente en la página 38, párrafo VI, al entrar al terreno constitucional para examinar si las facultades económico-coactivas son compatibles con los preceptos de nuestra ley Suprema, y si al poder administrativo es lícito el ejercicio de aquella potestad ó si esta es facultad exclusiva del judicial. «Tantas veces se ha resuelto en el mismo sentido esta cuestión; son tan incontables

y uniformes las ejecutorias del Tribunal que interpreta final y desicivamente la ley Suprema; está tan bien establecida la *verdad legal* sobre este punto, que si mi estudio fuera á encerrarse en los límites de la jurisprudencia, nada más me restaría para concluirlo, que citar esas innumerables ejecutorias que deciden *que es constitucional el ejercicio de la facultad coactiva.*—Reasumiendo debemos concluir: 1ª Que la Jefatura de mi cargo ha obrado conforme á órdenes expresas de la Secretaria de Hacienda fundando sus procedimientos en las leyes y demás disposiciones vigentes en materia de nacionalización, para cuya exacción de capitales ó adeudos de aquella naturaleza deben continuarse los procedimientos hasta el remate como lo dispone la circular relativa de 13 de Diciembre de 1871.—2ª: Que estas disposiciones sobre nacionalización, son especiales, constituyen una parte importante de las leyes de Reforma declaradas vigentes en toda la República, y son aplicables con exclusión de cualquiera otra disposición legal, al caso de que se trata, según lo dispuesto en la ley de 29 de Mayo de 1875.—3ª: Que la ley de facultad coactiva no es la de 20 de Enero de 1837, sino la de 20 de Noviembre de 1838 declarada vigente por la de 11 de Diciembre de 1871 y aquella ley de 38 en su art. 2º ordena terminantemente que el ejercicio de la facultad coactiva para el cobro de toda clase de adeudos como dice la de 11 de Diciembre citada, se extenderá no sólo á embargar bienes equivalentes sino también á mandarlos valuar y á verificar su remate en almodeda pública.—4ª: Que dicha potestad es exclusiva de los Agentes fiscales, entre los que se consideran las Jefaturas de Hacienda.—5ª: Que la referida ley económico-coactiva es estrictamente constitucional, y por último:—6ª Que la Jefatura no ha aplicado ninguna ley de efecto retroactivo ni ha inferido molestia, sin que motive ó funde la causa legal del procedimiento, siendo además autoridad competente para hacer el cobro hasta ejercer, para la exacción del adeudo, la potestad coactiva, á la que se ha circunscrito estrictamente dentro del círculo de sus atribuciones que le tienen marcado las leyes y disposiciones vigentes, en virtud de lo cual no cree haber violado el art. 14 ni el 16 de la Constitución General, que invoca el quejoso D. Francisco González Torres, en su escrito de que-

ja que tengo á la vista y que ha servido á su temeridad para interponer como interpuso ante la justicia federal el recurso de amparo por violación, según afirma, de aquellas expresadas garantías.—Protesto á vd. mi atenta consideración.—L. y C. Guanajuato, Junio 21 de 1889.—El Jefe de Hacienda.—*J. Castillo*.—Rúbrica.—Al Juez de Distrito.—Presente.»

En virtud de la revocación del auto de suspensión de los procedimientos de la Jefatura revocación fundada en el ineludible art. 15 de la ley de 14 de Octubre de 1882, la misma Jefatura continuó como era natural, sus procedimientos coactivos, practicando el valúo y señalando día para el remate de la finca responsable, considerándose verdaderamente expedita para seguir en su sistema de cobranza, con total arreglo á las disposiciones vigentes y en observancia de lo prevenido por la Suprema resolución de 13 de Diciembre de 1871 que determina, que en materia de nacionalización, los procedimientos coactivos no se suspendan, sino que se continúen hasta el remate; pero el Juzgado de Distrito á petición del Promotor Fiscal, Lic. J. Francisco Cano, discurriendo de distinta manera de como había discurrido al principio, y cambiando de opinión, haciendo ahora caso omiso de la terminante prevención del artículo 15 de la ley reglamentaria del juicio de amparo, que exige para decretar la suspensión, el depósito previo de la cantidad que se reclama dictó un auto contradictorio del primero, y que, con el pedimento que lo provocó, fué notificado á la Jefatura de Hacienda en la forma siguiente:—«Juzgado de Distrito en el Estado de Guanajuato.—«En el juicio de amparo promovido por el C. Lic. Francisco G. Torres, contra la Jefatura del digno cargo de vd., se encuentran las constancias siguientes:—«En la misma fecha 11 de Julio dada vista al C. Promotor Fiscal, como lo manda el auto que precede, dijo: que siendo notoria la urgencia del caso, así como de la suspensión del remate, no se sigue ningún perjuicio á la sociedad, al Estado ó

á un tercero y si se consumaría de tal manera la violación que se reclama que dejaría sin materia el juicio, esta promotoría fundándose en lo que prescriben la fracción 2ª art. 12 y los arts. 16 y 18 de la ley de 14 de Diciembre de 1882, pide se libre atento oficio al Jefe superior de Hacienda para que suspenda el remate del rancho de «Tirado» hasta en tanto se pronuncie sentencia en este juicio, decidiendo si existe ó no la violación de garantías que se alega por la parte quejosa.—Firmó.—Doy fé.—*Cano*.—*García*.—Guanajuato, Julio once de mil ochocientos ochenta y nueve.—Apareciendo que la Jefatura de Hacienda vá á proceder al remate del rancho del Tirado con cuyo hecho quedaría sin materia este juicio y consumada de un modo irreparable la violación que se reclama: que con la suspensión del remate no se sigue ningún perjuicio á la sociedad, al Estado ó á un tercero, pues ya está asegurado el interés fiscal según aparece de autos, y en nada se perjudica el fisco con que el remate se suspenda hasta en tanto se falla el presente juicio: que según el art. 18 de la ley vigente de amparo es de la más estrecha responsabilidad del suscrito suspender el acto reclamado cuando éste se consuma de un modo irreparable y es imposible volver las cosas al estado que tenían; estando además, facultado el Juez para decretar la suspensión durante el curso del juicio según el art. 16 de la misma ley. Por tales razones de acuerdo con el parecer fiscal y con fundamento de los arts. 12, frac. 2ª, 16 y 18 de la ley de amparo citada se decreta: que es de mandarse y se manda suspender el remate del Rancho de Tirado á cuyo efecto se libraré atento oficio al Jefe Superior de Hacienda en el Estado. Notifíquese. El C. Lic. Pablo Chico, Juez propietario de Distrito en el Estado, lo proveyó y firmó. Doy fé.—*Pablo Chico*.—*N. García*.—Lo que tengo el honor de trascribir á vd. para su inteligencia y debido cumplimiento.—Libertad y Constitución. Guanajuato 13 de Julio de 1889.—*Pablo Chico*.—Rúbrica.—C. Jefe Superior de Hacienda.—Presente.

*
*
*

Tales procedimientos que no obedecen á una sola regla fija é invariable, no obstante lo terminantemente establecido por el art. 15 de la ley de 14 de Diciembre de 1882 hicieron nacer la necesidad de alegar en el juicio respectivo de amparo, haciendo uso del derecho que otorga á la autoridad ejecutora el art. 38 de la ley relativa y al efecto, pasado el término probatorio, citadas las partes para alegar, el Juzgado de Distrito pronunció la siguiente sentencia que, publicada en el «Periódico Oficial» del Estado núm. 28 de 5 de Noviembre del año próximo pasado, es como sigue:

Juzgado de Distrito.—Guanajuato.

Guanajuato, Octubre treinta y uno de mil ochocientos ochenta y nueve.

Visto el presente juicio de amparo promovido por el Lic. Francisco González Torres en contra del Jefe Superior de Hacienda por violación de los arts. 14 y 16 constitucionales.

Vistos el auto de suspensión de los actos reclamados, lo alegado por el promovente, la exposición fiscal, la citación para sentencia y lo demás que de autos consta, se tuvo presente y ver convino.

Resultando: En virtud de la orden de 23 de Septiembre de 1887, expedida por la Secretaría de Hacienda, la Jefatura del propio ramo en el Estado, procedió á requerir al Sr. Lic. Francisco González Torres, sobre el pago de \$5,600, cinco mil seiscientos pesos, que su rancho el «Tirado» ubicado en la jurisdicción de Allende, reporta de dos capitales piadosos impuestos sobre dicha finca, según consta de las escrituras de imposición otorgadas en aquella ciudad, en seis de Marzo y 14 de Mayo de mil setecientos setenta y tres; á este requerimiento contestó el Sr. González Torres, que el «Tirado» estaba libre de todo gravamen desde el año de 1848; que D. Manuel González

Torres lo había adquirido con tal caracter en el año de 1852; trasmitiéndolo de igual manera, poseyéndolo el actual propietario con título legal de propiedad. No satisfecha la oficina exactora con las alegaciones del requerido, le hizo presente que se justificase el pago del adeudo ó se procedería al embargo y ejecución de la finca que reporta el gravamen referido, con arreglo á lo dispuesto en las leyes sobre la facultad económico-coactiva: opuso entonces el Sr. González Torres, la excepción de prescripción, y con este motivo pidió á la Jefatura de Hacienda pasara el conocimiento al Juez competente, toda vez que por su oposición al pago, aquel revestía el caracter de contencioso y no tocaba ya á la autoridad administrativa resolver sobre la excepción opuesta. La Jefatura de Hacienda se negó á considerarlo como tal, y procedió á embargar el «Tirado,» ocurriendo entonces el Sr. González Torres por escrito de cuatro de Junio del corriente año en demanda del amparo por considerar violadas en su persona las garantías que otorgan los arts. 14 y 16 de la Constitución Federal de la República.

Durante la tramitación del presente juicio, el C. Jefe de Hacienda continuó sus procedimientos ejecutivos en contra de la finca embargada, mandándola valuar sin intervención del propietario y pregonándola á efecto de rematarla en pública subasta. Hizo entonces el Sr. Lic. Joaquín Chico González, apoderado del actor en este juicio, extensivo el amparo á estos nuevos actos de la Jefatura de Hacienda y pidió la suspensión de ellos; la que fué decretada en este Juzgado de acuerdo con el parecer fiscal el 11 de Julio; y habiendo espirado el término de prueba concedido en el presente juicio, alegaron las partes y se citó para sentencia.

Considerando: Aunque no está á la vista el expediente administrativo que la Jefatura de Hacienda debe haber formado, al proceder al cobro del capital nacionalizado que grava el rancho del «Tirado,» aparecen comprobados en autos, bien por la propia confesión de la autoridad ejecutora al rendir el informe justificado que la ley previene, bien por las pruebas rendidas por el representante de la parte actora en este juicio, los hechos siguientes: 1º Que el Sr. González Torres opuso la ex-

cepción de prescripción, al requerirle por segunda vez de pago y pidió que en tal virtud, se remitieran los autos á la autoridad judicial competente, supuesto que el negocio revestía ya desde aquel momento y por su oposición, el caracter de contencioso; 2º Que á pesar de esta oposición la Jefatura de Hacienda no solo mandó embargar el rancho de «Tirado,» sino valuarla sin intervención del propietario y pregonarla en el periódico *El Observador*, á fin de rematarlo en pública subasta, negándose á remitir el expediente administrativo á Juez alguno.

Es fuera de toda duda, que en todos los casos sujetos á la aplicación de las leyes sobre facultad económico-coactiva, siempre que hay contención corresponde el conocimiento de ésta á la autoridad judicial, puesto que como dice el Sr. Vallarta, «la facultad económico-coactiva no llega hasta investir á la autoridad administrativa de atribuciones judiciales; pues si tal sucediera, pugnaría la dicha facultad con el precepto que contiene el art. 50 de la Constitución general y además traería consigo la *iniquidad* de que la parte actora se constituyera en Juez de su propia causa. Si el negocio de que se trata reviste el caracter de contencioso, es óbvio concluir que su conocimiento incumbe desde aquel momento á la autoridad judicial competente. El art. 2º de la ley de 20 de Enero de 1837, vigente en su parte doctrinal, á pesar de lo dispuesto en la circular de 11 de Diciembre de 1871, enumera los casos en que un punto debe tenerse por contencioso y establece entre otros, «cuando se dude fundadamente sobre la aplicación de la ley al caso particular que se verse, no debiendo tenerse por contenciosos los asuntos solo porque las partes contradigan ó resistan el pago.» En concepto de este Juzgado la interpretación de este artículo debe ser, que si la autoridad ejecutora duda de la aplicación de la ley, aun sin oposición del deudor el negocio reviste el caracter de contencioso y debe remitirlo á la autoridad judicial para que resuelva aquella; pero si el deudor se opone al pago lo que siempre hará contradiciéndolo y negándolo, pero fundando su negativa y contradicción, en este caso aunque la autoridad administrativa le parezca la aplicación de la ley al caso que se versa clarísima debe no obstante tener

el asunto por contencioso y remitirlo á la propia autoridad judicial. Si el Sr. González Torres al oponerse y resistirse al pago de los \$5,600 que adeuda su rancho el «Tirado» lo ha hecho fundando su oposición y contradicción en la excepción de prescripción que opuso, esta excepción aunque le parezca al C. Jefe de Hacienda no arguye duda alguna sobre la aplicación de la ley al presente caso, por haber según el propio funcionario disposiciones expresas acerca de ello, esto no obstante tales disposiciones las aplicará la autoridad judicial que es la encargada de aplicar las leyes, más no la administrativa á quien nunca le compete *juzgar*; así aunque para el exactor era sumamente clara la aplicación de la ley en el caso que nos ocupa, el Sr. González Torres, por la excepción que opuso introdujo en el expediente administrativo, una duda fundada, que haciendo el negocio contencioso debió pasarlo desde luego á quien corresponde. Además de estas consideraciones hay la disposición terminante contenida en la circular de 13 de Enero de 1869 que dice: «Pero el ánimo del C. Presidente no ha sido establecer que después de asegurado el fisco se impida á los interesados que acudan al terreno judicial, en el que harán valer las excepciones que les favorezcan, si algunas tienen, para que en el juicio respectivo falle sobre ellas el Juez de Distrito.»

Considerando: Sería cansado que este Juzgado se ocupara en refutar uno á uno los argumentos que el C. Jefe de Hacienda hace valer á favor de sus procedimientos en el informe justificado que produjo; y dejando á un lado la cuestión de si las circulares que cita tienen fuerza de leyes, cuestión que tendrá que resolver el Juez en cada caso que se le presente cuando se trate de aplicarla; el Juzgado se limita á contestar á la razón que hace valer, de que está mandado que en todos los casos de desamortización se aplique la legislación «que entre nosotros lleva el nombre de leyes de Reforma,» que en efecto es exacto lo aseverado; y en todos los casos que á los Jueces federales competan tendrán que aplicarlas, no sólo para resolver las cuestiones que se versen, sino hasta para darle forma al juicio en que aquellos se ventilen; pero á pesar de esto, no hay en toda esa legislación una disposición que diga que un adeudo procedente

de la nacionalización, si llega á hacerse contencioso no es del conocimiento de la autoridad judicial; y si tal disposición hubiera ó alguna pudiera interpretarse en tal sentido, aquella disposición y esta interpretación serían anticonstitucionales, porque traerían consigo la confusión de poderes.

Considerando: Por lo sentado en el primer considerando de este fallo se deduce que el C. Jefe de Hacienda debía de haber limitado sus procedimientos hasta embargar la finca deudora, asegurando con esto el interés del fisco, y debió en seguida pasar el expediente á ese Juzgado para que él resolviera sobre la excepción propuesta por el Sr. González Torres, pues cualquier otro acto ejecutado por aquella oficina, antes de la resolución judicial y en contra de la finca embargada, tenía que ser anticonstitucional y violar el precepto del art. 16 de la Constitución, que requiere en la autoridad competencia para ejercer sus funciones, competencia de la que ya carecía el C. Jefe de Hacienda, cuando mandó valuar y pregonar el rancho del «Tirado» porque ya entonces el negocio á que se ha hecho relación se había trocado de meramente administrativo en contencioso.

Por lo espuesto, de acuerdo con el parecer de las partes y con fundamento en los arts. 101 y 102 de la Constitución general de la República se falla este juicio al tenor de las siguientes proposiciones:

1ª La Justicia de la Unión ampara y protege al Sr. Lic. Francisco González Torres de los actos de que se quejó posteriores al embargo del rancho de «Tirado.»

2ª Elévase lo actuado á la Suprema Corte de Justicia para su revisión y previa notificación de este fallo á las partes.

3ª Publíquese.

Así el C. Lic. Carlos Díaz Infante, Juez 1º suplente de Distrito en ejercicio, lo sentenció, mandó y firmó. Doy fe.

En virtud de dicho fallo la Jefatura de Hacienda que revestía el carácter de autoridad ejecutora en el respectivo juicio de

amparo, haciendo uso del derecho de alegar que el art. 38 de la ley de 14 de Diciembre de 1882 le concede, remitió á la Suprema Corte de Justicia, para que fuera tomado en su alta consideración, el siguiente alegato.

«CC. Magistrados de la Suprema Corte de Justicia:—El que suscribe, Jefe de Hacienda en el Estado de Guanajuato, en el juicio de amparo promovido por Francisco González Torres á virtud de estimar violadas en su persona las garantías protegidas por los arts. 14 y 16 constitucionales, por actos de la oficina de mi cargo provenientes de la aplicación de la ley de potestad coactiva en el cobro de un capital nacionalizado que reporta el Rancho de «Tirado» en la jurisdicción de San Miguel de Allende, alegando en pro del derecho que ejercita con arreglo á la ley, siendo de ella autoridad ejecutora, y en uso del mismo derecho concedido á ésta en la segunda parte del artículo 27 de la ley de 14 de Diciembre de 1882 y de las franquicias que otorga el 38 de la expresada ley reglamentaria, ante la Suprema Corte de Justicia, como mejor preceda, respetuosamente expongo: que la justificación del alto Cuerpo á quien tengo la honra de dirigirme, se ha de servir negar al quejoso el amparo referido, atentas las razones de hecho y de derecho que brevemente me propongo exponer:—En el mes de Septiembre de 1873, fué denunciado con arreglo á la ley de 10 de Diciembre de 1869 el capital de \$ 5600 que reportaba el Rancho de «Tirado» al cual se hallaban ya incorporadas las labores de «Buenavista» y «Lo de Ceballos» que le son anexas, y están comprendidas en el mismo gravamen, comprobándose la denuncia respectiva con la escritura de imposición y el certificado del registro hipotecario cuyos requisitos exigen las leyes del ramo para proceder á la exacción de los capitales nacionalizados. Pasando el tiempo, el denunciante renunció su derecho y la Secretaría de Hacienda, á quien se dió cuenta oportunamente, ordenó se continuara el cobro del referido capital de \$ 5600, y sus réditos por cuenta del Fisco, supuesta la perfecta comprobación del adeudo.—No dió conocimiento entonces de esta denuncia al C. Francisco González Torres, dueño de la

expresada finca de «Tirado» para que como lo previene la ley de 9 de Agosto de 1869 comprobara el pago ó expusiera lo que conviniera á sus derechos, pues debía oírsele en ese juicio contencioso administrativo de que conocen las oficinas exactoras de la Federación. El Sr. D. Francisco González Torres hizo poderosos esfuerzos, intentando probar que desde el año de 1848, la finca de «Tirado» se hallaba libre de todo gravamen hasta el mes de Mayo de 1881 en que esto tenía lugar, tratando de justificar que en este interregno había pasado la finca por enagenación á ó título traslativo de dominio á varios poseedores, libre de todo gravamen, y que con este mismo carácter la había poseído y poseía en la actualidad, razón por la que consideraba dicho Sr. Torres prescrita la acción Fiscal de la Federación.—La Secretaría de Hacienda, á quien se dió cuenta con la exposición del expresado Torres no estimó justificada la excepción de prescripción alegada, y, en 1º de Abril de 1881, ordenó se continuaran los procedimientos ejecutivos, lo que no tuvo verificativo apesar de haberse repetido dicha suprema disposición en 23 de Septiembre de 1877, sino hasta que, examinado entre otros, el expediente respectivo, dicté mi acuerdo de 22 de Abril próximo pasado, mandando la continuación de los procedimientos ordenados con repetición por la Superioridad, y suspensos sin causa alguna justificada por mis antecesores.—Como consecuencia indeclinable se hizo nuevo requerimiento de pago del Sr. González Torres, dueño del Rancho de «Tirado,» y no habiéndolo verificado, se practicó la respectiva liquidación del adeudo, se le dió conocimiento de este, se notificó de embargo y se le hizo saber que si necesario fuese habría de llegarse al remate, para lo cual estaba investido de la facultad económico-coactiva que tiene por principal objeto hacer efectivos los cobros de adeudos Fiscales, encargados exclusivamente á las autoridades administrativas, que, como exactoras, están armadas necesariamente de aquella facultad. Practicado el embargo del Rancho de «Tirado» y citado para el respectivo remate que tendría lugar dentro de treinta días prefijados por la ley, el Sr. González Torres ya referido, protestó de la diligencia oponiendo la excepción de prescripción del adeudo, y pretendiendo que se pasara el expediente adminis-

trativo al Juzgado de Distrito para que este resolviera el punto que el interesado había considerado controvertible, pidiendo, en consecuencia, que desde luego, y por este motivo, el asunto, revestido del carácter de contencioso, pasara á la resolución judicial correspondiente.—Desechada esta pretensión con fundamento del art. 2º de la ley de 20 de Enero de 1837 y del 2º y 4º de la misma ley de facultad coactiva de 20 de Noviembre de 1838 que es la declarada vigente por la de 11 de Diciembre de 1871 y con fundamento también de las demás disposiciones legales relativas á la nacionalización, que citaré adelante, el expresado Sr. González Torres, conceptuando violadas las garantías protegidas por los arts. 14 y 16 de la Constitución, interpuso el recurso de amparo, pidiendo y obteniendo del Juzgado de 1ª Instancia de Allende, en funciones del de Distrito, el auto de suspensión del acto reclamado, auto que fué revocado después por el mismo Juzgado de Distrito á moción interpuesta cerca del Promotor Fiscal por esta Jefatura, y conforme al pedimento perfectamente fundado de este funcionario, porque, tratándose de una exacción de dinero, había antes la necesidad ineludible de constituir el depósito como terminantemente lo ordena el art. 15 de la ley de 14 de Diciembre de 1882 para todos los casos de igual naturaleza, precepto ineludible que el C. Juez Federal, aplicó muy sabia y justamente, como la base, como el perfecto fundamento legal para revocar el auto de suspensión de mis procedimientos seguidos en ejercicio de la facultad coactiva con relación al embargo, valúo y remate del referido Rancho de «Tirado» y contra cuyos actos, justamente considerados como violatorios de garantías constitucionales, solicitó el amparo, pidiendo de todos ellos, la inmediata suspensión, el precitado Sr. González Torres.—El juicio de amparo continuaba sus trámites legales. La suspensión del acto reclamado que, contra el texto expreso de la ley, había decretado el Juez de San Miguel de Allende, ejerciendo funciones del de Distrito, había sido ya revocado por este nato funcionario federal á quien se pasó el escrito de queja y se revocó por no haberse cumplido con la terminante prevención del art. 15 de la ley que reglamenta aquel juicio especial, destinado á hacer efectivas las garantías constitucionales y cuyo precepto exige la cons-

titución forzosa del depósito de la cantidad que se cobre en los casos en que la queja tiene lugar por causa de exacciones, ó contra las autoridades exactoras, sea cual fuere el motivo ó la causa que origine esa misma exacción. La suspensión decretada había comprendido el embargo, el valúo y el remate para cuyo acto había sido ya citado el quejoso, y la revocación de aquel auto de suspensión por el Juez de Distrito, comprendía forzosamente los tres casos referidos, y que en concepto del deudor González Torres según refiere en su escrito de queja, todos ellos violaban las garantías consignadas en los arts. 14 y 16 constitucionales.—Pero aquí, en este estado el juicio que debería continuar sus trámites legales, de una manera inexplicable la parte del quejoso vuelve á insistir que se suspendan los procedimientos de esta Jefatura que, en ejercicio de la precitada ley de facultad coactiva, tenía que continuarlos hasta el remate, según lo ordena el art. 2º de la ley de 20 de Noviembre de 1838 ya citada, y entonces, á virtud de que el remate iba, ó debía tener lugar el día 17 del corriente mes de Julio que fué el día señalado, olvidando el C. Juez de Distrito el precepto ineludible, claro y terminante del art. 15 de la ley de 14 de Diciembre de 1882 que le había servido de fundamento legal, después de haber revocado, como he dicho, el auto de suspensión de mis procedimientos dejando que los continuara en el embargo, valúo y remate del Rancho de «Tirado,» cambia de opinión y decreta la suspensión que había revocado, á título de que el juicio quedaría sin materia, y pasando por encima del requisito esencialísimo que para decretar aquella suspensión previene con toda claridad el mencionado art. 15 que exige como condición *sine qua non* la constitución del depósito de la cantidad que se cobre, anula de hecho su auto de revocación del acto suspensivo que había decretado ya en observancia de la ley; y con fecha 11 del corriente, cuando menos se esperaba y contra su primitiva opinión, decreta el Juzgado nuevamente la suspensión del referido acto y por consiguiente enerva con tal suspensión la acción administrativa, cuya obligación según la ley es la de llegar hasta el remate mismo de la finca deudora.—Tales son los hechos ocurridos en el asunto á que me he venido contra-

yendo.—Para justificar ahora mis procedimientos y dejar perfectamente comprobado el hecho de que como autoridad administrativa he obrado dentro de las leyes vigentes en materia de nacionalización, y de que al aplicar la ley de facultad económico-coactiva, que es constitucional y necesariamente procedente en el caso en que la ha ejercido la Jefatura de mi cargo, he estado ejerciendo atribuciones legítimas, voy á permitirle citar esas disposiciones vigentes que, por estarlo, tienen que aplicarse sin duda alguna al caso particular de que me ocupo.—Veámoslo:—Los procedimientos coactivos por adeudos procedentes de la Nacionalización, deben de continuarse *hasta el remate*, según así lo expresa muy terminantemente la circular de 13 de Diciembre de 1871 comunicada por la Tesorería General bajo el núm. 295, cuya facultad se encuentra ampliamente concedida á los Agentes Fiscales de la Federación por los arts. 36 y 37 de la ley de 5 de Febrero de 1861, es así que el adeudo que se cobra ejecutivamente y con arreglo á las leyes de facultad coactiva, procede de un reconocimiento piadoso declarado de la Nación por las leyes de 12 y 13 de Julio de 1859, luego para su exacción y cobro, ha debido aplicarse aquella facultad con total inhibición de la autoridad judicial, y sin que á pretexto de las contradicciones y recursos que se intenten, puedan llamarse contenciosos los asuntos hasta después de haber satisfecho, á lo menos en calidad de depósito, la cantidad de que se trata: art. 3º de la ley de 20 de Enero de 1837. Por otra parte, la ley de 12 de Noviembre de 1862 que aclaró la de 9 de Abril del mismo año sobre prescripción de créditos en favor del Clero ordena que los capitales provenientes de la Nacionalización, se cobrarán *en todo tiempo* por la vía ejecutiva, así como los réditos de los últimos nueve años y dos tercios, pues fueron consideradas tales imposiciones de depósito irregular, con las renunciadas tales imposiciones de depósito irregular, con las renunciadas de todas las leyes que pudieran favorecer al deudor, como *censos al quitar* los que por derecho son de carácter perpetuo ó imprescriptibles por su naturaleza.—Ahora bien: los adeudos nacionalizados deben cobrarse siempre por los empleados de la Hacienda Pública de la Federación, debiendo observarse también en la sustanciación del expediente contencioso admi-

nistrativo, las leyes especiales del ramo, á pesar de lo que en contrario prevengan las leyes ó disposiciones de los códigos del Distrito Federal ó de los Estados. Así lo previene con toda claridad la ley de 29 de Mayo de 1875 que considerada lo mismo que las anteriores relativas á nacionalización como leyes de Reforma, constituyen hoy, por esta misma circunstancia, el más precioso florón de nuestras leyes constitucionales.—Después de todo lo expuesto, ¿habría ó podrá haber duda para aplicar la ley al caso particular que se versa? ¿Serán aquí necesarias las actuaciones judiciales? ¿Hay acaso contención ó puede llamarse contencioso un asunto solo porque el deudor contradiga ó resista el pago? Evidentemente nó, y aquí es donde conviene realzar la terminante prevención, contenida en el art. 2º de la repetida ley de 20 de Enero de 1837, que previó y resolvió los casos en qué pudiera llamarse contencioso un asunto y sobre el cual se aplicara ó tratara de aplicarse la mencionada ley de facultad coactiva. Dicho art. 2º dice á la letra (Aquí el artículo

.....
 ¿Adonde está aquí la necesidad de las actuaciones judiciales? ¿que duda puede tener la autoridad de aplicar la ley, si lo que podía constituir alguna duda, sobre el punto de prescripción, que proclama el deudor, está perfectamente resuelto en la ley de 12 de Noviembre de 1862 que es constitucional, y la cual ley ordena, que los capitales que el clero administró y fueron comprendidos en las leyes de nacionalización, serán exigidas *en todo tiempo* por la vía ejecutiva así como los réditos de los últimos 9 años y $\frac{2}{3}$; si la circular núm. 295 de la Tesorería General fecha 13 de Diciembre de 1871 en que comunica á las Jefaturas de Hacienda la resolución de la Secretaría del ramo, previene terminantemente que los procedimientos coactivos por adeudos nacionalizados deben continuarse hasta el remate mismo de la finca responsable; sí, para dar mayor firmeza en el terreno de la práctica, á las enunciadas disposiciones, la misma Secretaría de Justicia por circular de 13 de Octubre de 1875 ordena á los Promotores Fiscales que no consientan en la intervención judicial, pendiente el procedimiento administrativo y sin expresa consignación de la Secretaría de Hacienda tratándose de asuntos relativos al cobro de capitales nacio-

nalizados? Por lo hasta aquí expuesto, se ha visto ya que la ley de facultad coactiva, es constitucional y su extensión, tratándose de bienes nacionalizados llega hasta el extremo de valuar y aun de verificar el remate de la finca responsable; —Art. 2º ley de 20 de Noviembre de 1838 y circular de 13 de Diciembre de 1871—que la aplicación de dicha ley, es del resorte de la autoridad administrativa, con exclusión de cualquiera otra autoridad, art. 18 de la ley de 20 de Enero de 1837, que en la substanciación del expediente contencioso administrativo deben observarse las disposiciones de las *leyes especiales del ramo*, á pesar de lo que en contrario dispongan las leyes ó disposiciones de los Códigos del Distrito ó de los Estados. —Ley 29 de Mayo de 1875—no hay contención, pues para que la hubiera, sería necesario que la Jefatura dudara sobre la aplicación de la ley al caso de que se trata, art. 2º de la ley de 20 de Enero de 1837, y que la duda que pudiera existir, está ya resuelta por la aclaración muy importante de la ley de 12 de Noviembre de 1862; debiendo por el contrario, procederse al cobro, con total inhibición de cualquiera otra autoridad, y con prohibición á los Jueces de admitir gestión alguna contra los procedimientos coactivos pendiente el juicio administrativo, artículo 18 de la ley de 20 de Enero de 1837. Concordadas todas estas disposiciones en el sentido de hacer efectiva la cobranza de adeudos fiscales por medio de las leyes de potestad coactiva, con las disposiciones de las leyes de Reforma vigentes en toda la República, que he tenido oportunidad de dejar apuntadas, se vé con la claridad meridiana, que la Jefatura de Hacienda, autoridad ejecutora de estas leyes, que no pugnan con las garantías del hombre consignadas en los arts. 14 y 16 de nuestra Carta constitutiva, ha obrado dentro del círculo de sus legítimas atribuciones y sugetándose estrictamente al texto mismo de las leyes vigentes.—Y no se diga que el acuerdo de la Secretaría de 9 de Agosto 1869 cuyo art. 3º fija reglas para la aceptación ó impugnación de las denuncias, al contraerse á las reglas que señala para apreciar la prescripción, no ha sido observado por la Secretaría del ramo, toda vez que esa calificación *la hizo ya* teniendo en consideración lo expuesto por el censorio sobre el punto de esa misma excepción de prescripción y no estimán-

dola procedente aquella, al someterse al deudor para su calificación al poder administrativo que tuvo á bien resolver negativamente el punto sobre el particular.—¿Qué ley, qué principio constitucional, permite la revisión de lo que uno de los tres poderes en que para su ejercicio está dividido nuestro sistema político, resuelva dentro de la esfera de acción que le tienen trazada esas mismas leyes constitucionales? Absolutamente ninguno.—El art. 50 de la Constitución General proclama en efecto la independencia de los tres poderes constitucionales que forman las principales ramas de nuestro Gobierno Republicano sin que en ningún caso puedan reunirse ni confundirse en uno sólo, dos ó más de esos mismos poderes, y lógico es deducir que los actos de uno de ellos en ejercicio de las atribuciones que la misma ley les comete, nunca pueden ser revisados por cualquiera de los otros, por que desde ese momento concluiría la independencia con que cada uno gira en su órbita constitucional, y se daría el estúpido, el monstruoso caso de que alguno se considerara superior á los demás sobre la línea de su natural y elevada gerarquía.—Pues bien, siendo evidente que la circular de 9 de Agosto de 1869 dada para fijar el procedimiento en lo administrativo respecto de las denuncias de bienes nacionalizados, ha sido observada por quien corresponde, y aun pronunciada la última palabra por quien pronunciarla debía ¿qué quiere decir el Sr. González Torres, al citarla en su escrito de queja como apoyando en ella sus derechos que considera hollados y dando á entender que se violó en él la garantía del art. 14 constitucional que se refiere al caso de inexacta aplicación de la ley? Precisamente en ejercicio de la facultad que tiene la Secretaría de Hacienda conforme el art. 3º de dicha circular, para admitir ó repeler las denuncias de bienes nacionalizadas, rechazó y calificó de improcedente la excepción de prescripción alegada por el referido González Torres, en vista de las constancias presentadas por éste y de la misma escritura de imposición y su registro que obran en el expediente administrativo, escritura en que se renuncia la prescripción y se autoriza al acreedor á que en cualquier tiempo pueda exigirse el cobro ejecutivamente y sacarse los bienes responsables de tercero, cuarto ó más poseedores hasta obtener el pago del capital y réditos vencidos.

—Examinadas las disposiciones legales que han servido de apoyo á las determinaciones de esta Jefatura en orden al ejercicio de la facultad económico-coactiva, solo resta examinar la cuestión, bajo el punto de vista constitucional, ó lo que es lo mismo, bajo el punto de vista en que se dice fueron ó no han sido violadas las garantías constitucionales.—Ya hemos visto que el Juez de Distrito opinó por negar la suspensión del acto reclamado por no haber ofrecido el quejoso constituir el depósito de la cantidad que se cobra conforme lo determina el artículo 15 de la ley de amparo vigente, y como también revocó este auto haciendo suspender el acto reclamado, sin exigir ya el depósito que había conceptuado poco antes indispensable, y ahora después no necesario, ante la consideración de que el juicio quedaría sin materia, mal interpretado así el art. 18 de dicha ley reglamentaria; porque hay que reconocerlo, no es la diligencia del remate, la que trasfiere la propiedad sino la escritura de adjudicación que tendría que otorgarse, no en aquel mismo acto, sino después de haber sido aprobado el remate mismo, por la Secretaría de Hacienda y después también de haberse recibido el dinero que la carta de abono garantizara en la diligencia del remate. Después de la diligencia administrativa de remate, aun restaría todavía muchos trámites previos é indispensables hasta el otorgamiento de la escritura respectiva, escritura que no habría mandado tirar esta Jefatura, mientras no se hubiera pronunciado la última palabra por esa Suprema Corte de Justicia en el asunto de que se trata, el cual debe ser examinado bajo su aspecto constitucional, es decir sobre la violación que hubiere, acaso, de las garantías individuales y con tanta mayor razón cuanto que la ley de facultad coactiva y la de 13 de Diciembre de 1875 solo autoriza á la Jefatura para llegar hasta la diligencia del remate.—Antes de pasar á ocuparme del punto que entraña el escrito de queja, temerariamente interpuesto por Don Francisco González Torres, pues los actos de esta Jefatura en su calidad de exactora de adeudos á favor de la Federación, no han violado ninguna garantía del hombre, según el espíritu de nuestra Constitución política, y para remarcar más la improcedencia de la suspensión del acto reclamado para cuya suspensión ha debido antes

exigirse el depósito de la cantidad que se cobre, según el artículo 15 de la tantas veces citada ley de amparo vigente, voy á permitirme copiar lo que podríamos llamar muy bien: «expresión de motivos de dicha ley» y concretándome al punto relativo á los casos en que proce de la suspensión, la comisión que presentó á la Cámara de representantes el proyecto de esa misma ley, decía en su dictamen y para sostener aquel proyecto, lo siguiente: «Tanto la ley de 1861 como la de 1869 que rige actualmente, tienen consignado el principio de que al comenzarse el juicio se puede suspender la ejecución del acto reclamado; pero como ni una ni otra de aquellas disposiciones, designan los casos en que la suspensión tendrá lugar, ni señalan los efectos que esa suspensión debe causar, resulta en la práctica que la jurisprudencia es variadísima sobre estos particulares, que se hallan verdaderamente á merced del arbitrio judicial. Jueces hay tan exstrictos que no mandan suspender el acto reclamado, sino cuando la reparación del perjuicio que se causa es físicamente imposible y otros á quienes basta que se presente cierta dificultad en la reparación para que decreten la suspensión. Los primeros con su rigorismo hacen muchas veces ineficaz el recurso constitucional mientras los segundos entorpecen con frecuencia y sin necesidad la marcha de la acción administrativa. No ha bastado para que se establezca en este punto una práctica uniforme y racional, el laudable empeño que en estos últimos años ha tomado la Suprema Corte de Justicia para asentar reglas fijas que sirvan de guía á los Jueces y que hagan cesar esta funesta arbitrariedad. La nueva ley que ahora se consulta; la de 14 de Diciembre de 1882, establece en esta materia reglas bastante exactas que determinan los casos en que la suspensión debe decretarse y los efectos que la misma suspensión ha de producir.»—La prenotada ley en su art. 15 señala uno de los casos en que procede la suspensión, me refiero al de exacción de adeudos fiscales, pero tiene especial cuidado de señalar una condición y es la que para decretarla tratándose de dichas exacciones, se constituya antes el depósito de la cantidad que se cobre.— Ocupándose de este artículo el Lic. Fernando Vega en su «Ensayo crítico filosófico de la ley de amparo vigente» dice: «Esta regla obtiene toda nuestra adhesión. Es el único medio posible que

puede neutralizar el interés público y el interés individual. La práctica había enseñado cuan difícil y problemático era obtener del fisco la devolución de una suma percibida indebidamente, no por inmoralidad de los funcionarios públicos (es honroso confesarlo) sino por causas propias de nuestro sistema financiero. Pero bajo el sistema de estos depósitos, todos los intereses quedan asegurados porque ni el fisco carece de las sumas que recauda ni el querellante tendrá obstáculos para la devolución. Con sinceridad puede afirmarse que el Estado no rehusa la devolución de los depósitos confiados á su fe.» La regla pues viene á reducirse á los siguientes términos: «Toda reclamación que tenga por objeto suspender el pago de un impuesto, de una multa ó cualquiera exacción de dinero en perjuicio del fisco, se resuelve por medio de depósitos que aseguran los opuesto intereses que se ventilan.» Esta regla elevada á precepto, como se vé del artículo 15, no ha sido acatada por el Juzgado de Distrito, que solo quiso prestarle su respeto y atención por unos minutos desdiciéndola después á título de que negada la suspensión, peligraba la materia del juicio de amparo.—Nada más fácil que tal razonamiento.—El Sr. Juez no ha querido fijar su atención en que el acto de remate hasta el que me permite llegar la ley Constitucional de facultad coactiva, y hasta donde como autoridad exactora, me es lícito penetrar, no destruye ni deja sin materia el juicio como malamente dicho funcionario cree al fundarse en el procedimiento del Promotor fiscal en la frac. 2ª del artículo 12 y en el 18 de la ley de amparo que invoca como fundamento para decretar la suspensión.—La ilustración de los dignos miembros de esa Suprema Corte al revisar el juicio de amparo de que me he venido ocupando, hará demasiada luz para reconocer que en este particular el Juzgado de Distrito, no ha observado las terminantes prevenciones de la ley que reglamenta dicho juicio, en el punto relativo á la suspensión decretada del acto reclamado, no debiendo por lo mismo insistir más sobre el particular.—Me resta examinar el fundamento de la queja del Sr. González Torres, queja que ha venido á provocar la tramitación de un juicio que previamente debe resolver sobre la violación de garantías que asegura han sido quebrantadas en su contra por esta Jefatura, aunque la introducción

del recurso sirva para prolongar el tiempo en que debe pagar el deudor al fisco federal. La violación la hace consistir en que la ley ha sido inexactamente aplicada al caso particular del cobro del capital nacionalizado, y en que con tal motivo se le ha molestado y molesta en su persona y posesiones, sin causa ó motivo legal que funde el procedimiento. (art. 14 y 16 de la Constitución.) En cuanto al art. 14 es ya un axioma jurídico confirmado por multitud de ejecutorias, que solo puede haber la queja en materia criminal, y tan es así, que el mismo artículo al decir con toda propiedad que nadie puede ser juzgado ni sentenciado etc. se refiere á la persona; pues se dice que alguno es juzgado cuando es sometido á juicio para averiguar y decidir sobre su responsabilidad criminal, y si se trata de negocio civil ó administrativo, ora se hable del actor ó del demandado, ó del requerido de pago, no son estos los que son juzgados sino el negocio y los encontrados derechos que se discuten.—Pero aun suponiendo sin conceder que procedería la queja de amparo por violación del art. 14 ¿cuál es, en donde está, en qué consiste la inexacta aplicación de la ley ó que se diga siquiera, qué ley ó disposición se ha aplicado que produzca ó producir pueda un efecto retroactivo? ¿El no haber consignado un asunto á la decisión del Juzgado de Distrito solo porque el quejoso se opone y resiste al pago, alegando la gastada excepción de prescripción? Los art. 2º y el final del 3º de la ley de 20 de Enero de 1837 resuelven el caso en favor del Fisco y la ley constitucional sobre bienes nacionalizados de 12 de Noviembre de 1862 no deja lugar á duda alguna sobre su aplicación al caso de que se trata. Muy al contrario de lo que asienta el Sr. González Torres, la Jefatura tiene la conciencia de haber dado el debido cumplimiento á dichas leyes procurando su estricta observancia. En cuanto á la violación del art. 16 nada más fácil que demostrar la inexactitud de tal aseveración. Basta solo considerar que la Jefatura es competente autoridad para cobrar los capitales y adeudos nacionalizados, y que desde hace más de quince años se ha requerido al deudor por la responsabilidad que pesa sobre el Rancho de Tirado de su propiedad; que se formó la correspondiente liquidación por capital y réditos; que se le hizo la respectiva notificación expidiendo el man-

damiento que necesariamente fundaba la causa ó el motivo legal del procedimiento, observándose en consecuencia las reglas prescritas en nuestras leyes constitucionales de facultad coactiva y acatando en todas sus partes el art. 16 de nuestra carta magna.—Ni por asomo, ni aun encaprichándose en descubrir sobre el quebrantamiento de estos dos artículos constitucionales, la violación de garantías que la pasión del quejoso pretende descubrir, podrá sostenerse que la Jefatura de mi cargo, se ha colocado en el caso particular de haber atentado ó pretendido atentar contra las garantías que consagran dichos artículos constitucionales al proteger los derechos del hombre que constituyen la base y el objeto mismo de las instituciones sociales, como lo proclama el art. 1º de nuestro pacto federativo y que soy de los primeros en respetar y reconocer. La obra del Sr. Lozano «Los derechos del hombre,» habla extensa, concienzuda y profundamente de los casos en que cabe el amparo, por violación de los arts. 14 y 16 constitucionales y en ninguno de ellos está el que ha servido de motivo al Sr. González Torres para elevar su infundada queja por medio del amparo ante la justicia federal. El Sr. Lic. Eduardo Ruiz que actualmente desempeña con general aplauso el alto y delicado cargo de Procurador General de la Nación, en su obra titulada «Curso de Derecho constitucional y Administrativo» y tratando de los art. 14 y 16 detalla, determina y define con toda precisión y claridad también los casos en que procede el amparo por aquellas preciosas garantías, casos todos que registrados, no presentan como violatorio el de que se queja el Sr. Torres, quien más que deseo de obtener en el recurso de amparo, ha deseado y conseguido embrollar un asunto de suyo claro, para ganar tiempo y prolongar el ejercicio de la acción Fiscal que es enteramente clara, perfecta, justa, legal y expedita.—Reasumiendo y para concluir, haciendo uso del derecho de alegar que á la autoridad ejecutora confiere la ley, creo haber demostrado:—1º Que el capital de \$5,600 que cobra esta Jefatura por responsabilidad hipotecaria viva y no prescrita su acción para el fisco sobre el rancho de «Tirado» procede de las leyes de nacionalización de 12 y 13 de Julio de 1859.—2º: Que el cobro que se hace es perfectamente

fundado en las escrituras de imposición y en el certificado del Registro de hipoteca que se hallan vivos y sin cancelar.—3º Que no cabe la prescripción alegada por el quejoso, porque está renunciada en la escritura de imposición y como negativa ha podido renunciarse porque afecta solo al interés privado y no al derecho público.—4: Que la ley de 12 de Noviembre de 1862 ha declarado que los capitales nacionalizados deben ser cobrados *en todo tiempo* por la vía ejecutiva así como los réditos de los últimos nueve años y dos tercios en cuyo caso se encuentra el capital de que se trata.—5º Que las leyes sobre nacionalización, son las que deben observarse preferentemente y no los códigos del Distrito federal ó de los Estados, según lo determina la ley de 29 de Mayo de 1875.—6º Que las prescripciones de la ley de facultad económico-coactiva arts. 2º y 3º de la ley de 20 de Enero de 1837 y 2º de la de 20 de Noviembre de 1838 han sido igual y estrictamente cumplidos, pues esta oficina no ha dudado un solo instante en la aplicación de la ley al caso particular que se versa, ni son por lo mismo indispensables ni forzosas las actuaciones judiciales.—7º Que durante el ejercicio de la facultad coactiva conferida á los Agentes ó exactores fiscales, y tratándose de bienes nacionalizados como sucede en el presente caso, ni los mismos Promotores del Fisco federal pueden consentir en la intervención judicial bajo ningún pretexto, pendiente aun el procedimiento administrativo y sin expresa consignación de la Secretaría de Hacienda según la circular de la Secretaría de Justicia, fecha 13 de Octubre de 1875.—8: Que el C. Juez de Distrito no debió ni ha debido suspender el acto reclamado, consistente en el embargo, avaluo y remate del rancho de «Tirado,» porque el quejoso no dejó constituido el depósito de la cantidad que se cobra según lo ordena para los casos relativos á exacciones fiscales, el art. 15 de la ley de 14 de Diciembre de 1882.—9: Que no procede el amparo pedido por violación de los arts. 14 y 16 constitucionales porque con el ejercicio de la ley de potestad coactiva que es constitucional y con cuya facultad están investidas las oficinas exactoras de la Federación no se ha violado ninguna garantía.—10: Que no teniendo ni habiendo tenido duda en la aplicación de la ley, la

oficina de mi cargo, ha continuado impasible sus procedimientos, supuesto que no ha habido contención, pues que no deben considerarse contenciosos los asuntos solo porque las partes resistan ó contradigan el pago y con tanta mas razón ha debido continuar sus procedimientos cuanto que la ley de 12 de Noviembre de 1862 que es ley de Reforma y por consiguiente constitucional, declaró ya que los capitales nacionalizados serían cobrados *en todo tiempo* modificando así lo dispuesto en el decreto de 9 de Abril del mismo año en la parte relativa á la prescripción de esos capitales y sus réditos.—A mi humilde modo de ver, las anteriores conclusiones son las que resultan fielmente del anterior escrito en que constan, aunque desaliñadamente, los puntos de hecho y los fundamentos de derecho que brotan, por decirlo así, de las constancias relativas, siéndome honroso someter aquellas á la ilustrada deliberación y á la resolución definitiva de la Suprema Corte de Justicia, á cuyo alto cuerpo suplico se sirva tenerlas presentes al ocuparse de la revisión del juicio de amparo promovido contra actos de esta Jefatura por el Lic. Francisco González Torres, dueño del rancho de «Tirado» sobre el que gravita la responsabilidad de un capital comprendido en las leyes de nacionalización de bienes eclesiásticos elevadas después á la categoría de leyes de Reforma y que por lo mismo constituyen hoy una gran parte de nuestro pacto político constitucional.—Guanajuato, Agosto de 1889.—El Jefe de Hacienda.—J. CASTILLO.

Ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia, revocando la sentencia del inferior. ®

«Un sello que dice.—Juzgado de Distrito. Guanajuato.—Al márgen un sello que dice:—Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos. Tribunal Pleno.—México, Noviembre 20 de 1889.—Visto el juicio de amparo promovido ante el Juzgado de Distrito de Guanajuato por el Lic. Francisco González Torres contra actos del Jefe Superior de Hacienda por via-

lación de los arts. 14 y 16 constitucionales. Vistas las constancias todas de los autos y el fallo del Juez de Distrito que amparó al quejoso y Considerando: 1° Que el Jefe de Hacienda no era la autoridad competente para declarar contencioso el cobro; porque si lo fuera, á todos los cobros de la Hacienda pública se harían contenciosos con solo la oposición de los interesados, ó ninguno con la calificación de la autoridad coactora; en consecuencia el causante debió haber ocurrido á la autoridad judicial respectiva para hacer valer los derechos que creyere tener para oponerse al pago, y constando de autos que desde el año de 1874 en que fué requerido el Lic. Gonzalez Torres, dejó trascurrir un largo período de tiempo sin deducir derecho alguno ante los Tribunales hasta ahora.—Considerando: 2° Que no habiéndole impedido la Jefatura de Hacienda el hacer uso de sus derechos y habiendo procedido ésta con entera sujeción á las leyes no ha violado en la persona del promovente ninguna garantía individual.—Por estas consideraciones y con fundamento de los arts. 101 y 102 constitucionales, se declara: Que es de revocarse y se revoca la sentencia pronunciada por el Juzgado de Distrito de Guanajuato, y que la Justicia de la Unión no ampara ni protege al Lic. Francisco González Torres contra los actos de que se queja.—Devuélvase las actuaciones al Juzgado de su origen con copia certificada de esta sentencia para los efectos legales archivándose el Toca.—Así por mayoría de votos lo decretaron los CC. Presidente y Ministros que forman el Tribunal Pleno de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos y firmaron.—CC. Presidente.—*M. Auza.*—Ministros.—*Félix Romero.*—*Pudenciano Dorantes.*—*M. Sagasta.*—*Francisco M. de Arredondo.*—*J. M. Aguirre de la Barrera.*—*José M. Lozano.*—*M. Saavedra.*—*Manuel Castilla Portugal.*—*Manuel M. Seaone.*—*J. Sandoval.*—*A. Falcón.*—*E. Ruiz.*—*E. Landa*, Secretario.—Es copia que certifico. México, Noviembre 25 de 1889.—*E. Landa*, Secretario.—Es copia que certifico. Guanajuato, Diciembre 3 de 1889.—*V. García.*—Rúbrica.—Secretario.—Es copia que certifico. Guanajuato, Diciembre 4 de 1889.—El Contador, *Mariano Acevedo.*—Confrontada. El Archivero, *José Pérez.*

LIC. AGUSTÍN GIL.

DISCURSO

PRONUNCIADO por el Sr. Lic. D. Prisciliano M. Diaz González, en la inauguración de la Academia de Jurisprudencia y Legislación correspondiente de la de Madrid.

(CONCLUYE.)

Nadie ignora el importante papel de la abogacía en las administraciones de los Sres. Juárez y Lerdo; y así queda definitivamente demostrada esta tesis. La abogacía tiene gran participio en las glorias y en los sufrimientos de la Patria. Allí, exaltándola y gozándose con ella; aquí llorando, sufriendo con ella y consolándola. ¡Hermoso y tiernísimo papel el de la abogacía en México!

¿Me pediréis, quizá, pruebas científicas de los adelantos de la abogacía mexicana? En vuestra conciencia está, que es cierto lo que nos decía hace poco un abogado español por nacimiento, pero mexicano de corazón, porque México le dió educación científica, el título de abogado y es la Patria de su esposa y de sus hijos. En esta misma tribuna proclamaba: que México es la Patria de los grandes abogados; y ha dicho la verdad.

En 1801 se recibió el Sr. Dr. D. José M^a Aguirre, ejerció su profesión cincuenta años hasta el de 1851, en que lo lloró el Foro con la sociedad entera. Era el Néstor de los abogados de la República, su maestro, y rector muchas veces en su ilustre Colegio. Entre sus muchas obras forences, llamó la atención la defensa del matrimonio de D^a María de Jesús García, vecina de San Luis Potosí, al que se argüía de nulidad por los parientes de la señora, por haberse contraído antes de los doce años. El Sr.

lación de los arts. 14 y 16 constitucionales. Vistas las constancias todas de los autos y el fallo del Juez de Distrito que amparó al quejoso y Considerando: 1° Que el Jefe de Hacienda no era la autoridad competente para declarar contencioso el cobro; porque si lo fuera, á todos los cobros de la Hacienda pública se harían contenciosos con solo la oposición de los interesados, ó ninguno con la calificación de la autoridad coactora; en consecuencia el causante debió haber ocurrido á la autoridad judicial respectiva para hacer valer los derechos que creyere tener para oponerse al pago, y constando de autos que desde el año de 1874 en que fué requerido el Lic. Gonzalez Torres, dejó trascurrir un largo período de tiempo sin deducir derecho alguno ante los Tribunales hasta ahora.—Considerando: 2° Que no habiéndole impedido la Jefatura de Hacienda el hacer uso de sus derechos y habiendo procedido ésta con entera sujeción á las leyes no ha violado en la persona del promovente ninguna garantía individual.—Por estas consideraciones y con fundamento de los arts. 101 y 102 constitucionales, se declara: Que es de revocarse y se revoca la sentencia pronunciada por el Juzgado de Distrito de Guanajuato, y que la Justicia de la Unión no ampara ni protege al Lic. Francisco González Torres contra los actos de que se queja.—Devuélvase las actuaciones al Juzgado de su origen con copia certificada de esta sentencia para los efectos legales archivándose el Toca.—Así por mayoría de votos lo decretaron los CC. Presidente y Ministros que forman el Tribunal Pleno de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos y firmaron.—CC. Presidente.—*M. Auza.*—Ministros.—*Félix Romero.*—*Pudenciano Dorantes.*—*M. Sagasta.*—*Francisco M. de Arredondo.*—*J. M. Aguirre de la Barrera.*—*José M. Lozano.*—*M. Saavedra.*—*Manuel Castilla Portugal.*—*Manuel M. Seaone.*—*J. Sandoval.*—*A. Falcón.*—*E. Ruiz.*—*E. Landa*, Secretario.—Es copia que certifico. México, Noviembre 25 de 1889.—*E. Landa*, Secretario.—Es copia que certifico. Guanajuato, Diciembre 3 de 1889.—*V. García.*—Rúbrica.—Secretario.—Es copia que certifico. Guanajuato, Diciembre 4 de 1889.—El Contador, *Mariano Acevedo.*—Confrontada. El Archivero, *José Pérez.*

LIC. AGUSTÍN GIL.

DISCURSO

PRONUNCIADO por el Sr. Lic. D. Prisciliano M. Diaz González, en la inauguración de la Academia de Jurisprudencia y Legislación correspondiente de la de Madrid.

(CONCLUYE.)

Nadie ignora el importante papel de la abogacía en las administraciones de los Sres. Juárez y Lerdo; y así queda definitivamente demostrada esta tesis. La abogacía tiene gran participio en las glorias y en los sufrimientos de la Patria. Allí, exaltándola y gozándose con ella; aquí llorando, sufriendo con ella y consolándola. ¡Hermoso y tiernísimo papel el de la abogacía en México!

¿Me pediréis, quizá, pruebas científicas de los adelantos de la abogacía mexicana? En vuestra conciencia está, que es cierto lo que nos decía hace poco un abogado español por nacimiento, pero mexicano de corazón, porque México le dió educación científica, el título de abogado y es la Patria de su esposa y de sus hijos. En esta misma tribuna proclamaba: que México es la Patria de los grandes abogados; y ha dicho la verdad.

En 1801 se recibió el Sr. Dr. D. José M^a Aguirre, ejerció su profesión cincuenta años hasta el de 1851, en que lo lloró el Foro con la sociedad entera. Era el Néstor de los abogados de la República, su maestro, y rector muchas veces en su ilustre Colegio. Entre sus muchas obras forences, llamó la atención la defensa del matrimonio de D^a María de Jesús García, vecina de San Luis Potosí, al que se argüía de nulidad por los parientes de la señora, por haberse contraído antes de los doce años. El Sr.

Aguirre triunfó en este célebre asunto, ganándose la estimación y el aplauso de los sabios.

¿Queréis ejemplo de un talento claro y decisivo, para derribar con una sola palabra el embrollo de autos voluminosos y obtener justicia? Os presentare el del Sr. Dr. D. Lázaro de la Garza y Ballesteros, después Obispo de Sonora y Arzobispo de México.

Un agricultor de Nuevo León era víctima de esos litigios prolijos y embrollados de los que huyen los patronos. Había ganado el litigante, estaba ya en la vía de apremio y en ella se había promovido tanto, que no era fácil despejarla. Ocurrió el interesado mediante una respetable recomendación, al Sr. Garza.

En unos cuantos días estudió los autos, y bastó un escrito de á pliego para despejar la incógnita y obtener completa justicia; cayó el castillo de naipes levantado por los esfuerzos del adversario, y el cliente del Sr. Garza adquirió bienes cuantiosos. No había cobrado honorarios este personaje tan ilustrado como virtuoso; había olvidádose del beneficio que había hecho, y ya de Obispo de Sonora emprendió la obra monumental del Seminario, fijándose únicamente en la protección de Dios. Había pedido prestados, á un rico propietario de Culiacán, cincuenta mil pesos que le iría exhibiendo en mensualidades de á mil pesos. El mismo día en que recibía el Sr. Garza la primera mensualidad, recibió la noticia de que su antiguo cliente que no tenía herederos forzosos, lo había instituido heredero y podía disponer de \$150,000. Esta es la historia del Seminario de Culiacán, cuyo origen es el triunfo del talento del abogado.

Si se me pide escritores, recordaré, que lo difícil y costoso de las publicaciones, y nuestras vicisitudes políticas, impidieron á los jurisconsultos mexicanos, antes de llegar á la mitad del siglo, dar á conocer los frutos de su talento é instrucción. Citaré sin embargo, á los que á pesar de todas las dificultades publicaron sus obras.

Comenzaré, si me lo permitís, por el discurso sobre las penas contraídas á las leyes criminales de España, cuyo autor fué el insigne D. Manuel Lardizabal y Uribe; sus glorias profesionales nos pertenecen, porque fué mexicano nacido en la hacienda de San Juan del Molino de la provincia de Tlaxcala y estudiante

del Colegio de San Ildefonso. Este personaje honró á México en la Corte y Foro de España, en donde no solo fué individuo, sino Secretario perpetuo de la Academia Española, y uno de los comisionados para la formación de un nuevo Código Penal.

D. Antonio Fernández Monjardín, abogado y después Magistrado intachable, publicó la edición del SALA MEXICANO, con notas, reformas y adiciones á la obra de D. Juan Sala, cuyo título es, ILUSTRACIÓN AL DERECHO REAL DE ESPAÑA. De esta obra se han hecho cuatro ediciones por otros abogados eminentes, según lo exigían los adelantos de la Legislación. D. José M. Lacunza, otro de nuestros letrados distinguidos, escribió unas notas para la segunda edición que fueron un complemento importante.

D. Ladislao de la Pascua, nos dió una edición del FEBRERO DE TAPIA, con las reformas y adiciones correspondientes á la legislación nacional.

Entre esos sabios merece una mención especial D. Juan Rodríguez de San Miguel, antes que por sus *Pandectas Mexicanas*, su *Guía Judicial* y sus *Legendas Jurídicas* obras todas de gran importancia para su época, por sus notas al pequeño *Diccionario de Legislación* de D. Joaquín Eserich. Las notas de Rodríguez de San Miguel empeñaron el estudio del Sr. Eserich, y nos dotó con el monumental Diccionario que no falta en las bibliotecas de los más inteligentes abogados, ni en el estante del más humilde Ayuntamiento de aldea.

Las obras del Illmo. Sr. Dr. Clemente de Jesús Munguía, son innumerables; y entre ellas debe recordarse su *Derecho Natural* y su *Derecho Canónico*, que ha estimado en mucho el clero de Europa.

Pero si los jóvenes y los extranjeros quisieren conocer la ilustración del antiguo Foro, hay cuatro fuentes en donde pueden tomarse los mejores datos; y son *Las Variedades de Jurisprudencia* de *El Seminario Judicial* publicado en 1850. *Los Anales del Foro Mexicano*, *La Gaceta de los Tribunales*, cuya publicación comenzó en 1860, y *El Derecho*, periódico de Jurisprudencia del año de 1868.

En el primer período se encuentran piezas notabilísimas de los abogados de la primera mitad del siglo.

Allí tenemos, por ejemplo, el alegato del Lic. D. Gabriel Sagaceta, defendiendo la validez del Testamento del Illmo. Sr. Arzobispo de Cesarea, D. Juan Manuel Irizarri, en donde se discute y resuelve una cuestión de las más árduas de la época, sobre si constituían una parte integrante del testamento las adiciones del testador escritas en hojas en blanco, que rubricadas por el escribano se dejaban agregadas al testamento; costumbre que abolió la ley de 10 de Agosto de 1857. No puede nombrarse al Sr. Sagaceta sin recordar al seminarista distinguido, al Rector dos veces reelecto, del Colegio de Abogados y Presidente de la Academia de Jurisprudencia teórico-práctica, al Senador y Diputado inteligente y honradísimo, y al político sincero é independiente. Un rasgo caracteriza á este hombre estimable. Habiendo sido siempre conservador y al plantearse el Gobierno del Imperio, prefirió romper con su partido ántes que reconocer á un Gobierno que nunca creyó legítimo. La conciencia que se independe de la consigna del partido y no acepta lo que no cree legítimo, debe ser respetada por todos los hombres de bien.

Los alegatos de los Sres. D. José M^a Cuevas y D. Francisco M^a Lombardo sobre un depósito de barras de la mina de la Luz, son piezas que justifican el gran nombre que esos letrados supieron conquistar entre sus contemporáneos. Los Sres. Cuevas y Lombardo son dos figuras prominentes del antiguo Foro, como lo fueron en la política, ocupando siempre puestos elevados en las diversas administraciones de su época.

Hay también un nombre todavía muy popular entre nosotros por sus anédoctas y aforismos en la práctica de la profesión, y de quien se publicó por la prensa en "LAS VARIEDADES DE JURISPRUDENCIA," un alegato notable, combatiendo una acusación de adulterio. Aludo á D. Mariano Esteva, al abogado querido y respetado de sus compañeros, al nombre libre de compromisos políticos, que nunca pretendió ni aceptó un empleo público, y realizó este precepto de uno de los jurisconsultos extranjeros más eminentes: «El abogado debe ser libre de las trabas que oprimen á los demás hombres, demasiado altivo para tener protectores, y demasiado modesto para tener protegidos; debe vivir sin esclavos y sin señores.» Tal fué, en mi concepto, D. Mariano Esteva.

¡Ah Señores! Sería necesario escribir volúmenes *in folio*, para leerlos ya no biógrafías, sino nombres, con ligeras anotaciones biográficas, tendré que omitir algunos en esta vez para no ser demasiado prolijo; pero quedaría incompleta mi obra, si pasara en silencio tipos simpáticos que por mis impresiones y recuerdos, me fueron ocurriendo al correr de la pluma, sin intención de preferir su reminiscencia á la de otros personajes igualmente ilustres.

Si queréis la representación del correcto, y elegante orador del Foro, recordaré al Sr. Dr. D. Bernardo Couto, cuyos dictámenes, como asesor del Tribunal Mercantil, se leen en las «VARIEDADES DE JURISPRUDENCIA.» Oír á Couto informar en estrados, era lo mismo que oír una caja de música, cuyas armonías deleitaban la inteligencia y exitaban el sentimiento. Cada una de sus frases y de sus conceptos eran una enseñanza del idioma y una máxima jurídica. Su auditorio lo componían siempre los mejores abogados del Foro. Literato y poeta, era la admiración de sus contemporáneos, y sus correligionarios los católicos tenemos que agradecerle su magnífico discurso sobre la constitución de la Iglesia.

Si deseamos un ejemplo prominente de instrucción, de clasicismo en el idioma y de caridad, acendradísima invocaré el nombre de D. Alejandro Arango y Escandón. Su obra maestra sobre el proceso de Fray Luis de León, le conquistó una reputación europea; por gusto puede leerse su defensa en favor de Clemente Villalpando, acusado de homicidio en la persona del Sr. Diputado Juan de D. Cañedo. Fué el protector de los estudiantes pobres, y el rico del Evangelio, que da todo lo que le sobra á los que no tienen un pan para el sustento. Acaba de publicarse una de sus biografías que bien puede reducirse á estas tiernísimas palabras, en la pluma de sus autores y de todos sus protegidos: «Tuvimos hambre, y nos diste de comer.»

Representaba al razonador valiente é incisivo, D. Manuel Castañeda y Nájera, cuyo nombre se pronuncia todavía con simpatía y respecto.

D. Luis de Ezeta, el latinista atildado, el escritor castizo, el anciano que murió casi en la mendicidad, personificaba al defensor desinteresado é ingenioso, al abogado independiente y

enérgico, como lo revelan sus defensas en favor de Fernando Santillán, acusado de asalto y homicidio en la persona del inolvidable Dr. D. Matías Véistegui.

D. Hilario Elguero una de las figuras más salientes entre sus contemporáneos, es el símbolo del abogado inteligente y azás severo en defensa de la justicia, y del derecho. Recuerdo esta anécdota que pone de relieve su carácter. Un juez, de los más rectos y entendidos, había despachado un secuestro por vía de providencia precautoria contra un cliente del Sr. Elguero, y este letrado distinguido le presentó un escrito tan respetuoso como enérgico, en que después de demostrar la fuerza de su derecho, le decía al juez estas palabras, que no olvidaré nunca en casos semejantes: «Señor Juez: vd. y yo somos íntimos amigos; pero en mi corazón pesa más la justicia que la amistad.» El Juez se excusó de conocer, poniendo un auto en estos ó parecidos términos: Después de la lectura de este escrito, el presente juez no se considera con la imparcialidad suficiente para seguir conociendo de estos autos y se excusa. Puede decirse que el Sr. Elguero era uno de los jurisconsultos de más empuje en esa época, que puede llamarse la cuna de oro de la abogacía en México.

Para demostrar este último aserto, me bastará citar nombres tan ilustres como el renombrado Fiscal D. José M^a Cassasola, D. Crispiniano del Castillo, D. Manuel Fernández de Jáuregui, D. Urbano Fonseca, D. José M^a Lacunza, D. Domingo Pérez Fernández, D. Teófilo Marin, D. José M^a Piedra, D. José Fernando Ramírez, D. Florentino Mercado, y quizá ántes de otros muchos, al anciano D. Anastasio Cerecero.

Cada nombre de estos corresponde á un sabio que merece el respeto y elogio de la posteridad.

Os volveré á decir que la lista de los abogados ilustres es inagotable.

Os hablé ya de D. Miguel Atristain como político; como abogado basta su alegato en favor de D. Fernando Benítez, en autos seguidos contra D. Vicente Ballesteros, para conocer la altura de su ilustración.

Para admirar al Sr. Lic. D. Manuel García Aguirre, sería suficiente hojear su estudio jurídico sobre el proceso de Jesucristo

ante Pilatos; su defensa á la memoria de Pio IX, y su alegato relativo á Candelario Alva.

Se agolpan á mi memoria otros nombres muy queridos, como el de D. Ignacio Jáuregui, que me dispensó su cariño y de cuyo talento é instrucción fui constante admirador. En su defensa de D. Antonio Rubio Campo, acusado de falsedad de testamento, se revela la inteligencia del Sr. Jáuregui.

Todavía se recuerdan con aplauso las obras forences de D. José Fernando Ramírez, especialmente la defensa de D^a Nepomucena Alcalde, acusada de parricidio. Este personaje ha sido notable en la política y en diversos ramos de la ciencia.

El nombre de D. Ignacio Aguilar y Marocho; el polemista infatigable, el dignísimo socio del Sr. Munguía en el bufete abierto en Morelia en los días de su juventud, es pronunciado con cariño y con respecto hasta por sus adversarios políticos, porque esta es la honra y el aplauso debido al talento á la virtud. Su defensa por D. Casto Veraza, y un informe relativo á la mina de la Luz, escribió á nombre de los herederos de D. Francisco Posadas, son piezas que harán siempre honor al abogado michoacano, que tanto brilló en el foro de su Patria.

No puede nombrarse al Sr. Aguilar sin que venga á la memoria otro nombre no menos ilustre: el de D. Miguel Martínez, su socio en las polémicas periodísticas, autor de diversas obras y alegatos, especialmente la relativa á nuestras cuestiones con Guatemala; con lo que ha prestado un inmenso servicio á la Patria.

Sería un trabajo ímprobo y casi imposible mencionar nombres de abogados ilustres de los Estados. En cada uno de ellos tiene una historia la abogacía, digna de la cultura de nuestra Patria. La Academia de Jurisprudencia que tengo la honra de presidir tomará á su cargo, por medio de socios correspondientes, la formación siquiera sea de ensayos históricos sobre la abogacía en cada uno de los Estados. El foro de Jalisco, de Puebla, de Michoacán, de Guanajuato, así como los de Yucatán y Oaxaca, han tenido personajes eminentes, cuyas obras formarían una Biblioteca digna de legarse á la posteridad.

Séame lícito como hijo del Estado de México hacer una reminiscencia determinada del insigne León Guzmán, notable no

sólo como orador del Constituyente, sino como abogado cuyas dotes desplegó al ejercer el cargo de Procurador de la Nación, dando á conocer la importancia de esa elevada Magistratura. El nombre de León Guzmán está escrito con letras de oro en el corazón de los hijos del Estado de México, al lado del de D. Mariano Riva Palacio, á cuya memoria se tributa admiración y respeto.

Faltaría á los deberes de gratitud si no recordara en este acto solemne á mi estimado y nunca bien sentido maestro el Sr. Lic. D. Mariano Ariscorreta, á quien debo mi ser social. Fué un orador notabilísimo, la lumbrera del foro del Estado de México. Su prodigioso talento, su esquisita memoria y su elocuencia arrebatadora, le ganaron triunfos innumerables en la tribuna forense y en la parlamentaria. Sus discípulos admirábamos la precisión con que nos mandaba estudiar, en las obras de su rica biblioteca, las doctrinas apropiadas á cada negocio, indicándonos el tomo, el capítulo y hasta la página en que cada autor trataba la materia. Entre sus obras forenses debo mencionar, como esquisitas, una disertación sobre el Notariado y la defensa de D. Benito González, acusado del delito de duelo. Fué el maestro de León Guzmán y de la mayor parte de los abogados de Toluca que han figurado en diversos puestos públicos.

Al foro del mismo Estado pertenece el inolvidable Manuel Alas, el enérgico acusador del General Santa-Anna y el autor de un pedimento fiscal relativo á uno de los episodios políticos más recientes. Alas fué como diputado, como Fiscal y Magistrado de la Suprema Corte, como Magistrado del Tribunal Superior de Toluca, como colaborador para el estudio de los primeros Códigos del Estado, y como hombre político, el tipo del liberal inmaculado, del constitucionalista sincero, del juez independiente y recto y del patriota decidido, que no temió nunca las iras de los déspotas.

No quisiera acercarme á los recuerdos de época más reciente, porque si cada nombre es una de las glorias de que puede México tener un noble orgullo, también cada nombre viene á reproducir emociones tiernísimas en nuestro corazón.

¿Quién no se emociona al recordar á Don Mariano Yáñez, el

eminente consultor de los jurisconsultos mexicanos, el político discreto é inteligente y uno de los primeros autores de los códigos modernos?

¿Quién deja de consagrar una bendición y una lágrima á la memoria de Don Rafael Martínez de la Torre, el orador aristocrático, clásico y elegante, y el padre de sus discípulos? ¿O á la memoria de Joaquín Alcalde, el orador independiente, á veces levantado, como el águila, á las alturas del pensamiento, y á veces festivo, cuando clavaba la sátira como un puñal en el corazón de su adversario?

A propósito de oradores, tendríamos también una inmensa lista y me permitiréis que sólo mencione unos cuantos, como Don José Crescencio Rejón, el insigne Don Mariano Otero, que provinciano y casi sin nombre, vino á México á ser la admiración de sus contemporáneos, el jefe del partido liberal moderado y el príncipe á la elocuencia parlamentaria; Don Julián Tornel—Don José Ladrón de Guevara, el inolvidable Vaca acusador del General Santa-Anna, y en nuestros días León Guzmán, Ponciano Arriaga, Castillo Velasco, Don Antonio de la Fuente, Ruiz, Don Joaquín y casi todas las figuras notables del Congreso Constituyente entre las que descuella Don Ignacio Ramírez, uno de los personajes de más talento é instrucción que hemos conocido en los ministerios, en el Parlamento y en la magistratura. Allí se distingue por el acierto en sus resoluciones pronunciadas á vuelo sin más conocimiento de los autos que el revelado por la discusión, Don Nicolás Lemus cuya palabra era como el rayo que cuando no hiere hace temblar. Juan José Baz, maestro en el manejo de la sátira, de cuyos golpes difícilmente escapaba el adversario.

Entre los oradores forenses, es imposible dejar en el olvido á D. Francisco Hernández y Hernández, tipo del improvisador elegante, no sólo en la forense, sino en la tribuna parlamentaria; al modesto Luis G. Sierra, erudito, vehemente y modelo de los defensores ante el tribunal del pueblo.

Entre los abogados que han florecido en nuestra época, figura en primer término D. Eulalio Ortega. En su elogio casi no puede añadirse una sola palabra á las escritas por uno de nuestros académicos, cuando dice: «D. Eulalio, catedrático de dere-

cho internacional, descorazonaba hablar con él; porque se comprendía desde luego que era imposible, por más esfuerzos que se hicieran, llegar á tal altura. Su mirada de águila penetraba de un solo golpe en los últimos pliegues, en las grietas más recónditas del derecho. Su palabra, al exponer y demostrar, era luz que iluminaba y convencía; al atacar, no era palabra, era el rayo que pulveriza cuando toca.»

Agregaré, sin embargo, que era el abogado de los abogados, porque los más ocurrían á su patrocinio en asuntos personales, y otros á recibir inspiraciones para la mejor dirección en las causas que defendían.

Merece también una mención especial el malogrado D. Manuel María Ortiz de Montellano, cuyo estilo clásico era envidiado por nosotros y cuya inteligencia poderosa, no pudiendo contenerse ya en su cerebro, por otra parte bien organizado, estalló volando con él al cielo y dejando á sus amigos recuerdos gratísimos de su erudición y nobles sentimientos.

El tiempo se me estrecha y debo, con sentimiento, mencionar apenas al inolvidable Manuel Inda, al sabio Linares, y D. Luis Velázquez, á D. Tomás Sierra y Roso, á D. Pedro Ruano y á otros que todavía conocimos y que constituyen un timbre de honor para nuestro foro. Tal será siempre D. Blas José Gutiérrez, con las diversas obras llenas de erudición que nos ha legado, y en donde los jóvenes conocen nuestras tradiciones legislativas.

En la antigua magistratura, los muy ilustres Sres. Peña y Peña, Jiménez Navarrete, Figueroa, Raz y Guzmán, y otros muchos, que como él caracterizan esa alta dignidad social para cuyo elogio basta consignar las palabras del Sr. Navarrete, en su alocución pronunciada al jurar el Acta de Reformas.

Después de asegurur ante la patria y ante el mundo, que la Suprema Corte de Justicia había ejercido las atribuciones señaladas en la ley fundamental, cumplido religiosamente sus juramentos, sin tomar parte directa ni indirecta en los cambios y revoluciones que habían tenido lugar desde el año de 1829, decía textualmente: «Esta conducta á que debe atribuirse la conservación y existencia actual de la Suprema Corte, será la

que observe en lo sucesivo; y puedo asegurar, en nombre de mis dignos compañeros y en el mio, que ni el interés, ni el temor, ni consideración alguna, será capaz de impedir el desempeño exacto y enérgico de las obligaciones que nos impone la Constitución de 1824, ni el ejercicio de las nuevas, difíciles é importantísimas atribuciones con que ha honrado al poder judicial este Soberano Congreso en el Acta de Reformas.

La Magistratura moderna exhibe personajes como Lafragua, D. Ezequiel Montes, D. Sebastian Lerdo de Tejada, cuya talento elevadísimo era la admiración de todos sus amigos. Invenible en las lides de la inteligencia y rico de erudición, por su memoria extraordinaria era verdaderamente admirable en la tribuna. Su talento será el punto de comparación cuando se trate de elogiar á los hombres ilustrados.

La diplomacia ha tenido abogados como Pacheco, Gómez del Palacio y D. Francisco Modesto de Olaguibel; y la primera Magistratura de la República, á Peña y Peña, á Juárez y á Lerdo.

Juárez, el sabio modesto, el jurisconsulto en la extensión de la palabra, cuyas iniciativas y acuerdos iban siempre precedidos de la filosofía del derecho.

No quisiera hablar de la moderna Magistratura del Distrito, porque sangra todavía la herida del corazón doliente, al recordar al estimable D. Teófilo Robredo, discreto é independiente; á Luis Malanco, el escritor dulcísimo y galano; á los Sres. Blanco y Carlos Echenique, herederos de la dignidad de la Magistratura de nuestros abuelos.

Tales son, señores, á vuela pluma, los ligeros rasgos de la historia de la abogacía en México; pero creo que bastan para justificar, que esta República mil veces querida, es la patria de los grandes abogados.

En México, el abogado ha sido sublime hasta en la persecución y en la desgracia, y para demostrarlo, tomaré dos figuras á cual más simpática. Tal es la de D. José Guadalupe Perdígó y Garay, el jefe de la tribuna forense entre sus contemporáneos. Acusado de delito de deserción, se defendió brillantemente ante el Tribunal de Guerra, consiguiendo como un espléndido triunfo, una absolución honrosa.

El otro personaje tiene un nombre olvidado de muchos, odiado y quizá hasta maldecido por algunos. Me refiero á D. Francisco Suárez Iriarte, víctima de una ejecutoria que fué pasando por grados desde la pena de muerte y la de presidio hasta la de cinco años de suspensión en los derechos de ciudadano. Acusado ante el Gran Jurado Nacional del delito de traición á la patria, que se hizo consistir en la conducta observada por él con el invasor americano, cuando Iriarte ejercía las funciones de Presidente de la Asamblea Municipal de México, pronunció en su defensa un discurso admirable que conservo con cariño en mi biblioteca, y del que me decía el Sr. Yañez, era una pieza verdaderamente prodigiosa. Con la lectura se pierde mucho del espíritu con que fué pronunciado el discurso por Suárez, que fué sin disputa uno de los mejores oradores del Congreso, en el cual por mayoría se le declaró con lugar á formación de causa. El discurso de Suárez Iriarte será su defensa para la posteridad, cuando las pasiones se hayan calmado por completo, y yo espero que el triunfo del orador sea la conquista de su rehabilitación ante el Tribunal de la Historia.

Fué, señores, el primer abogado que conocí cuando apenas tenía yo doce años; fué en su juventud el patrono de mi familia, y no olvidaré nunca la agradable impresión que me produjo al presentarme ante él, el señor mi padre. Era de una presencia arrogante y hermosa, su mirada inteligentísima, su lenguaje castizo y correcto, sus modales finísimos y aristocráticos, ganaban el corazón; y yo no puedo creer que en ese hombre se abrigara una alma pérfida y traidora. Por honor á la abogacía mexicana, debiéramos procurar la rehabilitación de su memoria, pero mientras, que el hijo y heredero de sus primeros clientes entreabra la losa de su sepulcro, para llevarle allí un consuelo y una esperanza, con esta reminiscencia cariñosa.

El foro actual, señores, puede dividirse en dos escuelas: la romanista, inspirada en las tradiciones del derecho romano y del derecho colonial; y la francesa, inspirada en los códigos de Napoleón y en sus ilustres comentaristas; pero ambas se dan la mano y marchan por la senda del progreso, hoy se publican obras jurídicas, yendo á la vanguardia las del Sr.

Vallarta, y tenemos autores como Montiel y Duarte, Ruiz, Coronado, López Portillo, y otros que siguieron la senda marcada por Castillo Velasco. En derecho civil corresponde el derecho de las primicias al jóven Agustín Verdugo, después de los Señores Calva y Segura. Hoy se ha despertado el empeño, por publicar disertaciones y alegatos forenses, y tenemos periódicos de jurisprudencia y legislación que revelan frecuentemente los adelantos de la ciencia en todos sus ramos, después de la publicación de nuestros códigos.

No se avergonzará la abogacía mexicana de exhibirse ante el foro de España y demás naciones de Europa, como digna de ellas en el cambio de las ideas.

A este cambio nos invitó la Academia de Jurisprudencia de Madrid, por mi humilde conducto, y respondió la Sociedad de Abogados y respondimos nosotros, aceptando gustosos la confraternidad por los vínculos bellísimos de la inteligencia y por los nobles sentimientos del corazón. México y España se unirán más y más. Son hermanas por la sangre, y deben serlo por la ciencia y por el patriotismo, para que nuestros progresos sean recíprocos; y ella en el viejo continente y nosotros en el de Colón conservaremos siempre el heroísmo de nuestros padres, para la corona del triunfo, ó para la palma del martirio; pero siempre grandes, siempre dignos, para salvar á la patria, con este lema de la hidalguía española, en Zaragoza y Sagunto: La libertad, ó la muerte.

México, 3 de Marzo de 1890.

EL ORDEN PUBLICO
EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Desde mucho tiempo ha, pero sobre todo en la época moderna en que la facilidad de las comunicaciones, ofrecidas por el progreso de la ciencia y desarrolladas por el de las ideas, han producido relaciones incesantes entre los nacionales de diferentes países, se ha tratado de resolver el conflicto que puede presentarse cuando las leyes de diversos Estados, emanaciones de soberanías distintas é igualmente independientes, concurren á resolver una misma relación jurídica.

Este hecho hoy tan frecuente, ha creado una ciencia, llamada en la actualidad Derecho internacional privado, y cuyo objeto puede reasumirse en la fórmula siguiente: determinar, entre varias leyes promulgadas por soberanías diferentes y que se encuentran, á propósito de una relación de derecho, la que deba aplicarse con preferencia á las demás. La aceptación de esta fórmula general puede y debe conducir á que se resuelva, una dificultad jurídica conforme á la ley de un país distinto de aquel en que el hecho se realiza, á que los Jueces de un Estado apliquen la ley promulgada por una soberanía á la que no están sujetos. Este resultado puede parecer inadmisiblesi solo se considera la noción simple y absoluta de la soberanía de cada país, que tiene su más alta y completa manifestación en la ley vigente en cada Estado y que no consiente al parecer que una ley extranjera se imponga en el territorio de otro. Pero esta consideración demasiado raquítica es producto de una concepción exagerada y falsa del principio de soberanía. Es

posible sin comprometer este principio aceptar la aplicación de una ley extranjera, con tal que se respeten ciertas reglas impuestas por la autoridad soberana de cada Estado y consideradas, por razón de su carácter, como indispensables para la buena organización de la sociedad. Estas disposiciones legislativas, especie de fortalezas en la legislación de cada país, constituyen las reglas llamadas de *orden público* y cuya observancia, en cada Estado, basta para asegurar el respeto á la soberanía, aunque se acepte sobre otros puntos la aplicación de alguna ley extranjera.

Fácil es comprender la necesidad de someterse á estas reglas de orden público. El Estado, persona moral, independiente por naturaleza, pierde su carácter esencial sino se opone á la aplicación de preceptos legales que están en contradicción con la que considera, en su libre soberanía, como la expresión misma de los principios fundamentales sobre los cuales pretende basarse, y cuyo respeto, según su modo de ver, es la condición indispensable para el sostenimiento de su buena organización. Si por una disposición expresa ó por un asentimiento tácito que puede inducirse de su silencio sobre este punto, el legislador permite al juez aplicar una ley extranjera cuando lo aconsejen los principios del Derecho internacional privado teórico, su voluntad, formal ó implícitamente establecida, descarta todo escrúpulo relativo al agravio inferido á su soberanía: se conforma con la letra ó el espíritu del texto promulgado. Pero si se concibe que un soberano, penetrado del principio de igualdad de los Estados, acepta la autoridad de un legislador extranjero para ciertas cuestiones suscitadas en un territorio, así como la revindica para otros litigios, cuya resolución deban realizarse en otro país, no se podría admitir que respete la competencia de la ley extranjera hasta sacrificar la condición de su propia existencia, es decir sus reglas de *orden público*; así como tampoco un particular está obligado, por muy convencido que se halle de la igualdad de los hombres, á comprometer sus derechos esenciales por permitir que otro ejerza facultades propias. (1)

Se ve por lo que precede la importancia de determinar el

(1) Heffter. *Le Droit intern. de l'Europe*. §. 27.; Despagnet, *Precis de droit int. privé*, número 22

carácter de cada disposición legal y de resolver si es ó no de orden público. Esta cuestión se encuentra en todos los problemas de Derecho internacional privado é influye directamente en su solución práctica. Los principios más ciertos de la ciencia pueden dar la preferencia á la ley extranjera; pero si se trata de una materia de orden público, el respeto á la soberanía exige, que el Juez que conoce del negocio, se atenga á la ley territorial.

Pero la dificultad de la cuestión es todavía más importante. En ninguna legislación hay un criterio para determinar cuales son las reglas de orden público. Solo por un análisis particular de las disposiciones de la ley, apreciando la intención del legislador deducida de las ideas generales consagradas como base de la organización social del país, puede juzgarse de su verdadero carácter. De seguro nuestra intención no es entregarnos á este trabajo esmerado para todas las disposiciones legales que puedan dar lugar á estas dificultades ni siquiera para las principales: sería empresa demasiado árdua que quedaría siempre incompleta. Nuestro objeto es llegar, por una síntesis de las ideas generales emitidas sobre esta cuestión, al enunciado de algunos principios que quizá puedan servir de guía en la determinación de las reglas que deben considerarse como de orden público en Derecho internacional privado.

I.

Si queremos seguir la génesis de las ideas relativas á la noción de orden público en las relaciones internacionales, comprobamos desde luego la ausencia completa de datos sobre este punto en los jurisconsultos romanos.

Si es cierto, como lo afirma Savigny, (1) que en los conflictos entre las leyes de los diferentes municipios ó colonias del Imperio Romano, se aplicaba á cada uno su propia legislación tal

(1) *Système*, trad. Guenoux, t. VIII, pp. 46, 47, 79 y 84.—V. ideas diferentes en Voigt, *Das jus naturale, æquum et bonum der Ræmer*, t. IV, cap. XVI, Leipzig, 1858.

como estaba determinado por su *origo* ó su *domicilium*, lo que correspondía al principio de la personalidad de las leyes, es preciso creer sin embargo, á falta de textos, que los Romanos que tenían una idea tan grande y absoluta de la soberanía del Estado, no admitían que se pudiese, en calidad de peregrino ó habitante de una colonia lejana, escapar á la aplicación de leyes que consideraban como la salvaguardia del orden público. Basta para convencerse, recordar el rigor que desplegaron contra las sectas religiosas extranjeras que se creyeron peligrosas para la salud del Imperio. (1)

El período bárbaro ó germánico ofrece, desde este punto de vista, la anomalía más curiosa que se encuentra en la historia. Se sabe con qué absolutismo los invasores del Occidente de la Europa aplicaron el principio de la personalidad de las leyes, reservándose su propia legislación, y dejando completamente á los diversos pueblos vencidos las leyes que los regían con anterioridad.

Sin investigar la razón de este modo de proceder (2) limitémonos á comprobar que cada uno estaba sometido á su ley de origen, aun para las cuestiones de derecho criminal, lo que quiere decir que la noción de las reglas de orden público que se imponen á todos en la extensión territorial del Estado y sin distinción de nacionalidad no había sido entrevista por los conquistadores bárbaros. Tal vez sea necesario explicar este hecho por la transformación reciente que acababan de sufrir las hordas germánicas; quasi nómadas hasta entónces que solo comprendían la afiliación á la tribu y la solidaridad de los miembros de esta, cuyo establecimiento sobre un territorio fijo, era demasiado reciente para tener idea completa del Estado, de su soberanía y especialmente de la necesidad, para su salvaguardia, de imponer á todos la observación de reglas legales consideradas como indispensables para el sostenimiento del orden público. Quizá también los Germanos encontraban en las leyes de los pueblos más civilizados que ellos y que habían sometido á su dominio

(1) Se ha sostenido que los Romanos no tenían noción del orden público comprendido (Vl. Weiss, *Traité élémentaire du Droit intern privé*, pp. 532 y 533); pero tendremos ocasión de establecer más adelante una distinción á este respecto.

(2) Montesquieu, *Esprit des lois*, lib. XXVIII, cap. 2º; Savigny, *loc. cit.*, tom. 1º, cap. 3º, §16.—V. la nota siguiente.

la fórmula más precisa que la que habrían podido dar del orden público, cuya observancia deseaban asegurar de la mayor parte de los vencidos.

El periodo siguiente, el de los comienzos del feudalismo, presenta un sistema radicalmente opuesto. Nacidas en su mayor parte de la astucia ó de la violencia, espuestas á los ataques incesantes de sus vecinas, las soberanías feudales, grandes ó pequeñas, independientes ó más ó menos sujetas, viven en continuo temor; se aíslan y son extremadamente celosas del ejercicio de su poder, siempre desconfiadas y alertas contra las usurpaciones que les amenazan. Esta desconfianza se manifiesta particularmente con motivo de la invasión de las leyes ó mas bien de las costumbres consagradas en las otras soberanías, y conducen á rechazar sistemáticamente su aplicación. Además, las potencias feudales, creadas por la concesión de una parte del suelo, basadas sobre la propiedad de la tierra, excluyen desde cualquier punto de vista, en toda la extensión del territorio la intervención de una autoridad extranjera; así sin atender á su domicilio ni á su nacionalidad, cada individuo se rige por la ley del país en que se encuentra; los bienes se rigen por la costumbre del territorio en que están situados: «Todas las costumbres son reales» (1) La misma exageración del principio de soberanía impedía distinguir las reglas de orden público, aplicando exclusivamente la ley territorial sin excepción alguna.

La teoría de los estatutos, nacida en Italia y desarrollada en Francia por los jurisconsultos del siglo diez y seis, fué una reacción contra la máxima feudal de la *realidad* absoluta de las costumbres: descansa esencialmente, como se sabe, en la distinción de leyes territoriales, estatutos reales, y leyes extraterritoriales, susceptibles de aplicarse fuera del territorio en que son aceptadas ó promulgadas, es decir estatutos personales. Ciertamente, y aunque las esplicaciones de los jurisconsultos antiguos sobre este punto no sean muy claras, no cabe duda que, entre las reglas exclusivamente fijadas para la ley territorial, los partidarios de la distinción de los estatutos comprendían todos los que intere-

(1) Bouhier, *Cout. de Bourgogne*, cap. XXIII, n.º 38; Loysel *Inst. contumieres*, lib. II, tit. IV, art. 3 y 4; Mignet, *De la féodalité*, 1.ª parte, cap. III.—Comp. Asser, *Elem. De Droit int. priv.* trad. Vivier p. 8 nota 1.—Lainé, *Introd. Dau roit intern. priv.* p. 276 y sig.

saban al orden público, tal como se consideraba en esa época; estaba en efecto demasiado próximo el imperio de la territorialidad de las leyes y del principio de la soberanía completa de cada Estado sobre su territorio para abandonar las antiguas ideas sobre este punto tan importante y para volver á la personalidad de las leyes tal como la habían aplicado los gobiernos del período bárbaro. El mismo estatuto real que, tal como se le comprendía entonces conforme á su sentido etimológico, solo comprendía las reglas relativas á los bienes, y aún á los bienes inmuebles, no era más que una aplicación de la idea de que deben regirse únicamente por la ley territorial las materias que interesan al orden público. Es preciso no olvidar que, según el regimen feudal, que conservó sus consecuencias jurídicas y sociales cuando no tuvo ya la misma importancia política, la posesión, la investidura, la trasmisión de la propiedad predial se unían íntimamente á la clasificación de los individuos en la gerarquía social, en sus derechos y deberes políticos, en la organización misma del Estado, en una palabra formaban así los elementos esenciales de la constitución del país; lo que significa, que estos diferentes puntos entraban en el orden público tal como se concebía entonces, y debían lógicamente, dadas las ideas del tiempo, encontrarse arreglados por la ley territorial con exclusión de cualquiera ley ó costumbre extranjera. (1)

Se sabe que los jurisconsultos modernos se han ocupado particularmente de establecer la teoría científica sobre los conflictos de las leyes de los diferentes Estados, y á que variedad de resoluciones han llegado. Los jurisconsultos anglo-americanos, dominados por las tradiciones feudales que subsisten en el derecho común de Inglaterra, el *common law*, se atienen, en principio, á la soberanía absoluta de la ley territorial; solo admiten la aplicación de una ley extranjera por cortesía internacional, (*comitas gentium*) y siempre que esta concesión puramente graciosa no perjudique á los intereses del país, ó por mejor decir, siempre que pueda aprovecharle. Demás está decir, que la cortesía internacional tal como quie-

(1) Asser, pág. 90; Despagnet. *Precis*, núm. 95, 489.

ren observarla; no llega hasta sacrificar las disposiciones de la ley local que tienen el carácter de reglas de orden público. (1)

Alemania, país clásico de los sistemas, nos ofrece un gran número para determinar *a priori* la ley aplicable entre varias que se encuentren en conflicto. Pero todos están de acuerdo, tanto más allá del Rin, como en cualquier parte, en preferir la ley territorial cuando se trata de una cuestión que, en las miras del legislador local, interesa el orden público. (2) De Savigny no vacila en decir que las excepciones á los principios de Derecho internacional privado impuestas por el orden público de cada Estado, constituyen, para su determinación, la parte más difícil del problema que tiene por objeto el conflicto de las leyes. (3)

En fin la teoría italiana, tan liberal, que parte de la personalidad de las leyes y determina en general la legislación á que cada uno está sujeto según su nacionalidad, retrocede ante las consecuencias de este principio siempre que se interesen las leyes de orden público. (4)

La unanimidad que comprobamos en los autores sea cual fuere la teoría que sostengan, es también evidente en la jurisprudencia y en la legislación de los diferentes países; sea tácita ó expresamente como el Código Civil francés, art. 3, § 1. y el Italiano, art. 12, siempre de una manera muy clara, cada ley reivindica el arreglo exclusivo, en su territorio, de las cuestiones de orden público.

II.

El acuerdo que acabamos de comprobar entre los jurisperitos y las legislaciones de todos los tiempos, salvo las del período bárbaro, sobre la necesidad de respetar el orden público

(1) Warton. *A. Treatise on the conflict of Laws*, § 84. pág. 81; Westlak, *A. Treatise on Private International Laws*, § 402, pág. 384; Story, 7ª ed. § 20. pág. 20.
 (2) Wrechter, *Archiv. jur. civiles. 1 Praxis* 841, p. 237 y 1842, p. 1. Schöffner, *Entwikeling des internationalen Privatrechts*, § 33; de Savigny, *système*, t. VIII, pp. 53 y sig.
 (3) *Soc. cit.* p. 35.
 (4) Esperson, *Journ. de Droit. intern. privo.* 1880, p. 253 y sig.; P. Fiore, *Droit. int. priv.* cap. IV, p. 47 y sig. (trad. de Pradier Fodéré). Es por esto que el sistema italiano es esencialmente diferente de la personalidad de las leyes de la época bárbara que desconocía la soberanía del Estado (weiss *Traité élémentaire de Droit. int. privo.* p. 513, not. 1.)

de cada Estado resolviendo los conflictos de leyes, no disminuye la dificultad de la cuestión que deseamos estudiar. Importa poco que se quiera unánimemente salvar el orden público sino se conviene en el alcance de esta expresión. Veremos la falta de precisión en las ideas emitidas sobre este punto y la poca armonía que con frecuencia tienen entre sí.

Para comprender con alguna exactitud el orden público, sino para definirlo, lo que parece imposible, es preciso desde luego cuidarse de exagerarlo, y para esto desligarse de ideas tradicionales, cuya influencia se siente desde hace siglos y vicia profundamente la concepción que se debe tener de esta materia. La noción que como más simple se presenta naturalmente al espíritu, cuando se trata del conflicto de leyes, es la de la soberanía absoluta de cada legislador y la de la exclusión de las leyes extranjeras en el territorio en que dominan. Desde este punto de vista han partido nuestros jurisperitos del período feudal. El interés y el derecho del Estado se identifican á sus ojos con la aplicación de la ley territorial, y habrían considerado como un ataque al poder soberano, al orden público diríamos hoy, cualquiera intervención de un legislador extranjero. Pero pronto las necesidades de la práctica les impusieron excepciones que derogaban á este principio absoluto, y debieron adherirse á la teoría italiana de los estatutos que distingue entre las disposiciones legales que exclusivamente se aplican en el territorio, estatuto real, y las que son susceptibles de aplicarse fuera ó estatuto personal. No por eso dejará el principio fundamental de ser siempre el mismo; la noción de la soberanía y la concepción exagerada del orden público mantuvieron el antiguo adagio: «Todas las costumbres son reales,» y las excepciones que provenían de la admisión del estatuto personal fueron siempre muy restrictivas para los unos, es decir los *realistas* como d'Argentré, insuficientemente extendidas para los otros, los *personalistas* y cuyo jefe en Francia es Dumoulin. Con la preocupación evidente de salvar el principio de soberanía exclusiva de la ley territorial, se ha tratado de explicar sus excepciones creadas por la fuerza invencible de las necesidades prácticas. Se dijo que el soberano de cada país *toleraba* por cortesía la aplicación de la ley extranjera en algunos casos par-

ticulares, para evitar dificultades y con frecuencia por interés propio: es la famosa teoría de la *Comitas gentium*. (1)

Esta teoría es también la de los juriconsultos anglo-americanos, los que deducen, poco más ó menos, las mismas consecuencias que los antiguos juriconsultos. (2)

Esta manera de ver es por dos motivos defectuosa, porque da un alcance exagerado á la noción de orden público, y por que la falsea con egoístas consideraciones de interés nacional que conducen á desagradables consecuencias.

Para evitar el primero de estos defectos basta comprobar que, considerando las leyes como esencialmente territoriales, á reserva de introducir muy raras excepciones impuestas por las necesidades prácticas y por el interés, se llega á hacer de la soberanía exclusiva de la ley la regla común, casi siempre aplicable y en definitiva á trasformar casi todas las disposiciones en reglas de orden público. Se desconoce de esta manera el carácter de las leyes, que tan bien hace notar Montequieu, (3) carácter personal en virtud del cual, cada legislación, hecha para los nacionales de un país y teniendo en cuenta su situación particular, es natural y racionalmente competente para regirlos en donde quiera que se encuentren. En lugar de tomar la soberanía exclusiva de la ley en cada territorio como regla general, más ó menos limitada por la aceptación de ciertas leyes extranjeras cuyo carácter personal se reconozca, es necesario tomar por punto de partida la personalidad de las leyes con las únicas restricciones que imponga el respeto de las reglas, que tienen en cada Estado, el carácter de orden público y cuya observancia está considerada como indispensable para la conservación de la buena organización social, política, económica y moral. (4) Procediendo de esta manera se hacen de las reglas de orden público, verdaderas derogaciones al principio en cuya virtud cada legislador debe aceptar la intervención de una ley extranjera respecto de un punto que sea naturalmente de

[1] P. Voet, *De Statuis orunque concursu*; Huber, *Jus publicum universale*, lib. 3º cap. 8º § 7, etc.

[2] Story, *Com. on the conflict of laws* 7ª editt. § §. 20 á 25, 70 y 71; Phillimore, *Private intern. lam. or Comity*, 3ª Ed. 1880.

[3] *Esprit des lois*, liv. I chap III in fine.

[4] Mancini, *Della nationalita come fondamento del diritto delle genti* 1851; *Le droit intern. privé dans la legislation italienne*, ce journal [Esperson,] 1879-1885; Laurent, *Droit civil international*, t. I á VIII, passim.

la competencia de esta última; se está completamente de acuerdo con la regla que expusimos al principio de este estudio y que es, según creemos, la base misma del Derecho internacional privado: respetar en todos los Estados, que son iguales en derecho, la competencia legislativa racional hasta el límite que fije la obligación de defender los principios fundamentales, es decir las reglas de orden público, sobre las cuales cree fundar cada Estado su organización. Ahora bien, se comprende que considerando de este modo, estas reglas de orden público, no pueden constituir, cualesquiera que sea su número, sino la minoría de las disposiciones contenidas en la legislación de un Estado, y así se evita confundirlas con otras disposiciones legales que no tienen el mismo carácter, lo que sucede tomando por punto de partida la territorialidad de las leyes.

La teoría de la *Comitas gentium*, según hemos dicho, tiene también el defecto, de falsear la noción de orden público, haciendo intervenir en ella la idea del interés nacional. Sin duda ninguna las reglas de orden público, mas indiscutibles interesan al Estado, deben también su carácter al interés que presentan para él, en el pensamiento del legislador. Pero bajo pena de caer en exageraciones condenables, en lo completamente arbitrario, puesto que nada es tan variable y tan susceptible de apreciaciones diversas por parte de los magistrados que el interés nacional, es necesario atenerse al estricto derecho del Estado de proteger su existencia y su buena organización con el minimum de las disposiciones legales que considere como no pudiendo ser violadas sobre su territorio sin peligro para él. Es necesario sobre todo abstenerse de emplear esta palabra *interés* que abre camino á lo arbitrario y permite al Estado desechar la aplicación de una ley extranjera, obrando contrariamente á los principios mas racionales del Derecho internacional privado, no para hacer respetar su soberanía, de lo que está en su derecho, sino para obtener una ventaja accidental y no siempre legítima. (1) Que se diría, en efecto, de un particular que impidiese el ejercicio de las facultades de otro, no porque su derecho se violase, sino por que se encontraba perjudicado su interés. Por

[1] Laurent, loc cit., t. VIII, p. 349, 359 et 360.

haber caído en esta confusión del Derecho del Estado y de su interés, es por lo que la Jurisprudencia americana ha declarado fijada la capacidad de un extranjero por su ley nacional ó por la ley americana según la ventaja que en una ú otra de estas soluciones encontraba su contratante americano. (1) Por esto también es por lo que los tribunales franceses han repudiado el principio implícitamente consagrado por el artículo 3º párrafo 2 del Código Civil francés en cuya virtud la capacidad de los extranjeros está fijada por su ley nacional, por que la aplicación de la ley extranjera podía perjudicar á un francés. (2) Semejantes resultados permiten juzgar la teoría que ha sido causa de ellos; los mismos jurisconsultos anglo-americanos han calificado de monstruosa la primera de las dos decisiones que acabamos de indicar, aún cuando sea el resultado de la *Comitas gentium*. Se comienza aún á comprender en Inglaterra y en los Estados Unidos, que el respeto á la soberanía no puede ser causa de que se desechen las leyes extranjeras sino en tanto que violen los principios políticos, constitucionales, religiosos, económicos ó morales del Estado, y no cuando puedan perjudicar el interés de un nacional de este Estado. (3)

Rechazando la teoría de la *Comitas gentium* y por consiguiente la exclusión de la ley extranjera, siempre que no la motive sino una consideración derivada del interés particular de los nacionales del Estado, la mayor parte de los Jurisconsultos modernos opinan que esta exclusión no puede ser justificada sino por la protección de las disposiciones de la ley territorial que consagran la aplicación de los principios fundamentales sobre los cuales basa el Estado su organización, principios cuyo conjunto constituye lo que se llama orden público. Pero esta misma expresión «orden público» está lejos de tener la precisión deseable: no se apoya sobre ningún criterio que permita designar *á priori* y fácilmente las reglas legales que no pueden ser contrariadas por una ley extranjera. También se explica el interés con que la mayor parte de los autores se han esforzado por encontrar una expresión más clara y hacerla por medio de sus explicaciones más comprensible aun.

[1] Story, loc. cit. p. 26, núm. 28 et p. 79 núm. 77.

[2] Cass 16 janvier 1861, Sir. 61. 305; Paris, 8 février 1883, Dal. 84. 2. 24.

[3] Phillimori, t. IV, párrafos 11 á 17.

Es necesario, por lo demás, reconocer que sus esfuerzos por encontrar una fórmula de naturaleza de poder abrazar todos los casos en los cuales la ley territorial excluye á la ley extranjera por respeto á la soberanía del Estado, están muy lejos de haber sido coronados con el éxito. La razón es muy sencilla. Lo absoluto no existe quizá en este mundo, no menos en el orden moral que en el orden físico, y no existe ciertamente en la concepción que los hombres de diferentes épocas y de diferentes países hayan podido tener de las condiciones esenciales de la buena organización del Estado. No obstante los puntos de contacto que se encuentran en la constitución de los pueblos regularmente organizados en una colectividad, establecida sobre un territorio fijo que se llama un Estado, (1) no es menos cierto que todos se inspiran en ideas á menudo muy divergentes en la aceptación ó renuncia de varios principios que parecen muy bien estar unidos de una manera directa al buen orden de la sociedad misma. Sucede lo mismo aun entre países que pueden pretender seguir igualmente lo que se llama la corriente de la civilización, y basta, para convencerse de ello ver cuán en desacuerdo están los Estados europeos acerca de la indisolubilidad del lazo matrimonial, sobre los casos de incesto, la limitación de la tasa del interés, la igualdad de los hombres ante la ley, la organización de la propiedad inmueble, y sobre otros muchos puntos todavía concerniendo todos á la constitución misma de la sociedad. Sería, por lo demás, muy sorprendente lo contrario, estando admitido que cada legislación está fatalmente sometida á influencias eminentemente variables según la religión, el estado político, la situación económica, la raza, el clima y las tradiciones de su país. Así pues, querer caracterizar lo que es esencialmente relativo por una fórmula absoluta, á menos que no sea excesivamente vaga, por consiguiente muy comprensiva y de una mediana utilidad práctica, nos parece una vana tentativa. En el fondo, por otra parte, los jurisconsultos están de acuerdo en reconocer que toda precisión, aun aproximativa es imposible; y su fin al dar una fórmula de orden público es menos el de abrazar todos los casos

[1] Bluntschli, *Theorie de l'Etat*, p. 11 et suiv.

en los cuales puedan presentarse las disposiciones de orden público, que el de indicar al magistrado su deber de excluir la ley extranjera cuando su aplicación pueda comprometer la soberanía del Estado. Hé aquí por qué no concedemos, sino una importancia muy secundaria á las discusiones de los jurisconsultos sobre la mayor ó menor exactitud de tal expresión y crémos que la que se usa comunmente, «orden público» vale en suma tanto, como cualquiera otra, con la condición de que sea ilustrada con un estudio profundo de la legislación, de su espíritu y con lo que llamariamos con gusto el sentimiento de las intenciones del legislador. Vamos á ver, como en realidad, los jurisconsultos modernos no piensan de otra manera.

Wæchter considera deben excluirse absolutamente las leyes extranjeras, las disposiciones de la ley territorial que tengan el carácter de obligación absoluta y rigurosa á las que llama *les leyes vigentes*. (1) Es seguramente cierto que todas las disposiciones de orden público se imponen de una manera estricta y sin reserva; pero á que se debe esta particularidad? La fórmula de la ley, expresión de la autoridad soberana, es casi siempre imperativa, y las diferencias de redacción casi nunca servirán para distinguir las disposiciones que no puedan doblegarse ante una ley extranjera. Savigny sostiene también el principio de la soberanía territorial exclusiva para leyes «de una naturaleza positiva rigurosamente obligatoria,» que no son otras sino las «leges cogentes» de que habla Wæchter y para las instituciones de un Estado extranjero cuya existencia no esté reconocida en el nuestro. (2) Laurent pregunta, y con razón, lo que significan estas expresiones cuya vaguedad repugna á nuestro lenguaje y agrega que se necesitaría comenzar por definir las palabras que se usan. (3) Há sido más feliz el mismo al limitar el dominio de la territorialidad de las leyes á las disposiciones que se refieran á los «derechos de la sociedad? Laurent ha buscado una fórmula que impidiese extender mucho la soberanía exclusiva de la ley en cada Estado alejando la preocupación del interés de los nacionales que domine la teoría

1 Archivo, fur civilis, Praxis, t. XXIV, p. 262, 265 et 266.

2 Loc cit. t. VIII p. 35-36.

3 Loc cit. t. II p. 363.

de la *Comitas gentium*; creemos que ha logrado su objeto respecto de este punto; pero el problema se simplifica cuando se propone determinar los derechos de la sociedad para indicar al mismo tiempo las disposiciones de la ley territorial que deben aplicarse de una manera exclusiva? El Instituto de Derecho Internacional ha querido ser más preciso, teniendo en cuenta las reglas del derecho público (derecho constitucional y administrativo,) y esta multitud de disposiciones refiriéndose á la moral, á la seguridad social (derecho penal) al interés económico etc. . . . que se designa con la vaga expresión: orden público: «En ningún caso las leyes de un Estado podrán ser reconocidas y tener efecto en el territorio de otro Estado, si están en oposición con el derecho público ó con el orden público. (1) En fin un autor ha resumido casi todas las fórmulas propuestas anteriormente en la siguiente: «Ningún acto es válido . . . si es contrario á las *buenas costumbres* ó al derecho público, á las instituciones y prohibiciones existentes en el país en donde deba ejecutarse. (2)

Hé aquí seguramente una muy gran variedad de fórmulas; pero sus autores mismos acaban por confesar que no pueden servir sino como indicación general; siempre que la ley territorial no se exprese claramente respecto del punto de saber si una disposición es de orden público, corresponde al Juez resolver la cuestión. Ahora bien, los tribunales no pueden llegar á una solución sobre este punto sino penetrándose del pensamiento del legislador, investigando sus intenciones, dándose cuenta sobre todo de las ideas generales que la ley, las costumbres, la religión, el estado político y económico hacen considerar en su país, como las condiciones indispensables del orden público.

La determinación del papel que incumbe á los magistrados en la apreciación de las disposiciones legales de orden público nos sugiere una observación, que creemos es de la mayor importancia. Grande es la iniciativa del Juez, cuando es llamado para decidir si una cuestión entra ó nó en el orden

1 Annuaire de l'Institut, t. V p. 57.

2 Domin-Petruskevycz, Précis d'un code du droit international, art. 206; Leipzig, 1861, Brockhaus.

público; en el silencio de la ley, debe investigar el espíritu de ella y á menudo llevar sus investigaciones hasta el examen de los principios constitucionales sobre los cuales se funda la organización del Estado; pero esta iniciativa no podría llegar hasta permitirle criticar el espíritu de la ley misma é inspirarse en sus sentimientos personales para decidir que el legislador estuvo en un error al no admitir sobre un punto la aplicación de la ley extranjera, bajo el pretexto de que esta ley era mejor que la ley territorial, ó que contrariamente á lo que piensa esta última no se trata en el caso del orden público. Un autor de los de más consideración, al confesar por completo que el Juez está estrictamente ligado en las cuestiones de derecho público y de derecho penal, que están arregladas por una legislación penal, ha sostenido que en las cuestiones de moral, el Juez no debe dejarse dominar por las preocupaciones aceptadas en su país, y que su deber es buscar en los datos proporcionados por la conciencia pública, tales como son reconocidos por el conjunto de los hombres civilizados, los elementos necesarios para saber si estas cuestiones interesan al orden público. (1) Ampliando esta manera de ver las cuestiones, es como este jurista declara posible el divorcio para los extranjeros, conforme á su ley nacional en un país en el que la indisolubilidad del lazo matrimonial esté considerada como una regla de moral y de religión impuesta para el bien del Estado. (2) Una preocupación local debida á la influencia particular de ciertas tradiciones religiosas, dice en sustancia este autor no puede constituir una regla que forme parte del orden público internacional.

Nosotros no podremos protestar lo bastante contra esta opinión, que tiende nada menos que á transformar al juez en legislador. Corresponde al juez investigar si, en el pensamiento del legislador, una disposición legal es de orden público; pero cuando su convicción se halla formada sobre este punto, debe, por criticable que le parezca esta solución, declararse por la aplicación de la ley territorial, con exclusión de la ley extranjera, siempre que la autoridad soberana del país haya decidido deba

1 Laurent, loc cit. t. II págs. 377 á 378, et 352.

2 Laurent, loc cit. t. V págs. 274 et suiv.

hacerse así. Poco importa que el legislador se engañe, que se deje influenciar por preocupaciones, que no esté en armonía con la corriente general de las ideas adoptadas por los pueblos civilizados: el magistrado no tiene otra misión que la de aplicar el texto ó el espíritu de la ley y no la de reformarla.

Esto lo comprende muy bien Savigny cuando, citando algunas disposiciones legales que son consideradas como de orden público en ciertos países, aun que muy condenables en sí mismas; tales como las que marcan con incapacidad civil á los judíos ó á los hereges, declara que el mérito de estas leyes es indiferente desde el punto de vista de su carácter esencialmente obligatorio y que no hay lugar á discutir las. (1) P. Fiore reconoce también que puede existir la mayor variedad entre los diferentes Estados sobre la manera de concebir, no solo la organización política, sino también la moral, y que el juez no tiene sino que conformarse al espíritu de la ley de cuya aplicación está encargado. (2) Si como lo cree Laurent, el juez está llamado á apreciar por sí mismo el carácter de las reglas morales que forman parte del orden público desde el punto de vista del conflicto de legislaciones, se llega fatalmente á dos resultados igualmente inaceptables.

Primero los límites del respeto á la soberanía territorial, fijados de una manera absolutamente independiente por cada legislador, podrían á cada instante ser violados por los tribunales, lo que conduce á la ruina misma del principio de soberanía. Sucedería que un juez francés podría admitir la investigación de la paternidad, considerando que el artículo 340 del Código civil francés consagra una regla que está en desacuerdo con la conciencia general y la que no está reproducida por la legislación de un gran número de países civilizados.

Por otra parte, el poder de libre apreciación, dejado á los tribunales sobre el punto de saber si las reglas de moral forman parte del orden público abre el camino á la arbitrariedad más completa y á una verdadera anarquía de decisiones. Sin duda, hay mucho de arbitrario á menudo, en la manera como cada legislador determina las reglas de moral y de buena orga-

1 Système t. VIII p. 161, note c.

2 Loc cit. p. 55.

nización social; pero esta arbitrariedad tiene al menos la ventaja de ser más precisa, más invariable, y aun estar más autorizada que la de los magistrados que resolviesen la cuestión á su antojo, según sus luces, su educación, su talento de espíritu liberal y progresista ó retrógado. Arbitrariedad por arbitrariedad, la primera nos parece únicamente aceptable, sea desde el punto de vista jurídico, sea desde el práctico.

También es necesario no pasar inadvertido, que las ideas personales de los jueces y de los jurisconsultos tendrán, sin embargo de todo, su gran influencia en la mayor ó menor extensión que se dará al orden público, tenemos una prueba de ello en la teoría emitida por Laurent: ella es el resultado de su liberalismo, el que lo ha conducido hasta una exageración inaceptable para un jurisconsulto. Cada vez que el texto ó el espíritu de la ley están dudosos se ven diferir las opiniones según las tendencias particulares de cada intérprete. Es así como, con relación á la validez del matrimonio hecho por los sacerdotes católicos, la jurisprudencia francesa ayudada por la ambigüedad de textos se ha entregado á las inspiraciones de los sentimientos políticos y religiosos que la dominaban en otro tiempo; lo mismo que al cambiar recientemente de opinión sobre este punto, ha obedecido también á la nueva corriente de la opinión, tanto, quizá, como á los argumentos jurídicos decisivos que justifican su nueva solución (V. arret de Cass. del 23 de Enero de 1888). No nos debemos, por consiguiente, sorprender al encontrar el mismo fenomeno cuando se trate de determinar las cuestiones que entran bajo el dominio del orden público, que se refieran á la organización del país desde el punto de vista político, religioso, moral, y económico. Las preocupaciones personales son siempre la causa de las exageraciones que se manifiestan ya en el engrandecimiento, ya en la restricción del dominio del orden público. Creemos no debe buscarse de ninguna manera en otra parte, la explicación de las decisiones de la jurisprudencia francesa declarando la legitimación de orden público, realizable por consiguiente para los extranjeros no obstante las disposiciones de su ley nacional; la sucesión de los inmuebles situados en Francia regida por la ley francesa, cualquiera que sea la ley del difunto; el segundo matrimonio imposible en Francia, ántes

de la ley de 1884, para los extranjeros divorciados regularmente en su país. Nosotros diremos otro tanto, de los juicios hechos en otros países y que hacen de la facultad de divorciar una regla de orden público, de manera que los extranjeros pueden aprovecharse de ella, obrando contrariamente á las disposiciones de su ley nacional.

(Continuará.)

FRANZ DESPAGNET.

Profesor adjunto á la
facultad de Derecho de Burdeos.

Traducción castellana de

LORENZO ELIZAGA.

PROLOGO

DEL LIC. JACINTO PALLARES

A LA EDICIÓN MEXICANA DE LOS «PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL»

POR F. LAURENT.

Es un verdadero acontecimiento en la literatura jurídica de nuestra patria, la traducción y publicación de la grande obra del insigne Jurisconsulto belga, Francisco Laurent.

Los Principios de Derecho Civil Francés, fruto madurísimo y ópimo de una elaboración científica de más de 40 años y reflejo fiel de la elevadísima conciencia de su autor, que adunaba al título de sabio jurisconsulto el de filósofo y moralista, esa obra gigantesca que en admirable unidad condensa todos los adelantos de la ciencia del Derecho civil, ese monumento de erudición, de razonamiento y de lógica inflexible, justamente aplaudido y casi reputado como un oráculo de justicia y de buen sentido jurídico en todos los países de derecho escrito, esa verdadera creación de la filosofía del derecho civil, va á ser traducida al idioma español por primera vez, bajo la dirección de jurisconsultos mexicanos y publicada por Editor mexicano.

Honra en alto grado es semejante empresa, no solo para los distinguidos abogados que la iniciaron y para el editor que la acomete, sino para el foro nacional, porque ella revela, ella mide el adelanto á que ha llegado en nuestra patria el cultivo de la más elevada y noble de las ciencias, de la ciencia de La Justicia. Verdad ó exageración, siempre serán halagadoras para nosotros los que pertenecemos á la milicia del derecho las siguientes frases que un biógrafo de Laurent reproduce tomándolas de un jurisconsulto inglés: «los héroes de la República de

las letras han sido en su mayor parte en el pasado y en el presente siglo los jurisconsultos.» Verdad ó exageración ese pensamiento en los países extranjeros, no podemos menos de en vanecernos al ver que en México es quizá un hecho cierto, porque la actividad literaria y científica parece que en los actuales tiempos se ha condensado precisamente en los estudios y en las producciones jurídicas.

Abre el sendero de las obras clásicas el nunca olvidado jurisconsulto Peña y Peña, cuyos trabajos son todavía estimados, y después de un pequeño período de silencio, al influjo de nuestras instituciones, de nuestras reformas políticas, económicas y jurídicas, al calor de la codificación y del movimiento progresivo de nuestra legislación, se despierta enérgico, lleno de aliento, hasta apasionado, con esa pasión sublime de la justicia y del deseo de aclimatar en nuestro suelo la conciencia plena del derecho moderno, se despierta el espíritu de todos nuestros jurisconsultos viejos y jóvenes, y año por año aparecen obras en que hay originalidad, en que hay estudio profundo, en que hay emulación, en que se reflejan, transformados por cierta fisonomía nacional, la conciencia del derecho, los ideales de la justicia, las aspiraciones al bien moral que agitan hoy el cerebro de todos los pensadores del mundo civilizado.

Ora es Vallarta, estereotipando en arranques que no por ser algo declamatorios dejan de ser sinceros, eruditos y engendadores de luz en el primer crepúsculo de nuestro derecho constitucional, estereotipando el deseo de armonizar el lirismo social de nuestro Código político con las viejas fórmulas del derecho tradicional; ora es el pacífico y sencillo Lozano emprendiendo reducir á lecciones de catequista la inmensa transformación de nuestro derecho público y privado; ora es Calva y Segura, Mateos Alarcón, Aspiroz y Mejía alentando á lo menos con su ejemplo la actividad de nuevos obreros de la enseñanza jurídica; ora es E. Ruiz adaptando á los espíritus escolares las enseñanzas de Zarco, de Castillo Velasco, de Montiel, de Emilio Velasco, de Iglesias; ora, finalmente, Verdugo, ensayando hacer una refundición doctrinaria de todos los trabajos nacionales y extranjeros en el derecho civil.

Verdad ó exageración el pensamiento del escritor británico, el hecho es que ningún ramo de la actividad intelectual en México puede enorgullecerse, de haber emprendido hasta ahora la publicación y traducción nacional de una obra de tan grandes proporciones, tan extensas y cuya difusión en el foro mexicano será signo evidente de la altura á que ha llegado en nuestra patria el amor á la ciencia del derecho.

Para que se comprenda el mérito elevadísimo de la obra de Laurent preciso será dar á conocer rápidamente no solo la extensión de las materias que abarca, la forma en que las trata y el espíritu y doctrinas en ella informados, sino también los antecedentes del autor, el lugar que ocupa en el augusto templo de la ciencia, la autoridad y prestigio de sus escritos, la actividad intelectual de su vida y la época en que escribió la grandiosa obra de que venimos hablando.

Francisco Laurent nació en Luxemburgo el 8 de Junio de 1810, habiendo hecho sus estudios en la Universidad de Lieja con tal aprovechamiento que muy pronto lo veremos figurar en el rol de los más distinguidos Profesores, en aquellos centros científicos á donde solo el mérito aquilatado tiene acceso. Efectivamente, había creado el Rey Guillermo en 1816 tres Universidades (Gand, Liege y Louvaine) que desaparecieron ó quedaron mal trechas bajo la reacción clerical de 1830; pero cinco años después, nuevas corrientes de progreso y de actividad intelectual restituyen la vida á aquellos establecimientos científicos, y Laurent es nombrado Profesor de la Universidad de Gand en 16 de Abril de 1836, donde enseñó las cátedras de derecho público, derecho administrativo, enciclopedia jurídica y derecho civil, enseñanza que absorbió todos los años de su vida y toda su actividad intelectual y moral, juntamente con las producciones científicas de que luego hablaremos.

Alejado de la política, sin inmiscuirse para nada en las tormentas de la vida pública, en las intrigas de la empleomanía y de los negocios de gobierno; léjos de esa atmosfera que rebaja los caracteres, emponzoña las conciencias, extingue los sentimientos más nobles, y familiariza al espíritu con la injusticia y las cobardes contemporizaciones con la iniquidad; aspirando en el silencio de su vida intelectual, y podíamos decir ideal, aque-

llas elevadas y santas propensiones al apostolado del bien, del progreso, del amor por el triunfo de la verdad y de la justicia; sin más contacto con el mundo de los negocios que el necesario y bastante para recoger y aglomerar las lecciones de la experiencia jurídica, para medir las consecuencias de las leyes y de los sistemas, para comprobar con la autoridad de los tribunales las teorías científicas, corregir los errores judiciales y llenar los vacíos y las deficiencias de los códigos con innumerables ejecutorias y decisiones; impulsado por un sentimiento enérgico de lucha laboriosísima en favor de ese divino y universal ideal que se llama justicia, consagra todos sus días y todos sus años y todos sus esfuerzos á profundizar la ciencia de la sociedad y con ella la ciencia del derecho positivo, á buscar las bases de éste en el conocimiento de las leyes naturales que rigen el desenvolvimiento de la civilización en el seno de la humanidad, á armonizar el derecho positivo, la interpretación jurídica, la vida práctica de las leyes con las elevadísimas nociones y sentimientos de justicia natural que posee hoy y que poseerá en lo porvenir la humanidad; finalmente, á divulgar, popularizar con el auxilio de un estilo sencillo, claro y militante, todos los adelantos que el desarrollo de la idea de la justicia, adunado á los trabajos de codificación y legislación, han dado á la vasta ciencia del derecho.

Sus obras todas llevan el sello de la lucha del reformista, el sello del apostolado y del propagandista. No es el frío especulador que recoge y localiza como en un archivo las doctrinas de otros autores y las experiencias de los tribunales; es el filósofo jurisconsulto que enamorado de una vasta idea, de una vasta concepción, impulsado por un grande y comprensivo sentimiento pone al servicio de ellos bajo la ley de la unidad científica todos los conocimientos propios y ajenos, todos los pensamientos y adelantos de su época, todo el caudal copioso de nociones y enseñanzas acumuladas en la conciencia jurídica por el lento trabajo de los siglos.

Sus obras tienden por esto á generalizar los principios y á relacionarlos con la idea capital dominante en todas ellas, la idea del progreso moral de la especie humana. Esa idea, ese sentimiento jamás lo abandona, trasparente en todas sus ideas,

palpita en sus frases, es la sangre que circula en todas sus doctrinas.

Al influjo de ese noble sentimiento comenzó á publicar desde 1855 su grande obra de *La Historia de la Humanidad*, cuyo primer plan fué limitado al *Estudio de Derecho de Gentes*, pero que después amplió en el sentido que indica el nuevo título que dió á su obra. Ella fue concluida en 1870, y respira el más alto espiritualismo en los momentos en que la escuela positivista invadía ya la conciencia de los más elevados pensadores. A pesar de su espiritualismo, Laurent fué calumniado por el clero que no dejó de divulgar la idea de que nuestro jurisconsulto era ateo, que lanzó terribles anatemas contra él y que auxiliado por la acción del Ministro De Decker pretendió impedir la publicación del 5º volumen de dicha obra. Llegó un día en que Laurent no pudo, bajo las iras de esa persecución de la intolerancia y del fanatismo, encontrar imprenta que continuase la impresión de sus trabajos.

Pero el atleta crecía en vigor á medida que sus perseguidores aumentaban sus odios y anatemas, y aunque hubo, para vergüenza de la acción oficial, que regularmente es desatinada y mezquina, hubo un Ministerio de Justicia, M. Weste, que trabajó por impedir la publicación de la obra exclusivamente filosófica y jurídica, titulada *Avant Projet*, Laurent dominó con su constancia, perseverancia y valor los ruines trabajos de sus enemigos descarados y concluyó la publicación de todas las obras que se propuso dar á luz. En 1837 escribió su monografía titulada *Le contreint par corps*, que fué objeto de los calurosos elogios de Mittermaier.

En 1869 escribió el primer volumen de sus *Principios de Derecho Civil*.

En 1879 publicó el último volumen y el índice de esta misma obra, compueta de 33 volúmenes y que es la que hoy por vez primera es traducida al español, correspondiendo este orgullo á editor y traductor mexicanos.

Esta obra (prescindiendo de otras monografías que sería largo enumerar) es una de la que más reputación ha conquistado á nuestro jurisconsulto, pudiendo decirse que ella es la obra de consulta de todas las naciones en que el derecho

escrito sigue el movimiento de adelanto y progreso incesante que la codificación napoleónica le imprimió. ¿Es justa esa veneración? ¿Son legítimos ese prestigio y esa autoridad que la ciencia otorga al jurisconsulto belga?

No hay quizá escritor moderno que haya abarcado con tan amplia mirada y profundo al par que libérrimo estudio, todos los conocimientos y problemas que al derecho civil se refieren, como el jurisconsulto belga cuyos trabajos filosóficos en sus otras eminentes producciones, han sido feliz é intencionalmente utilizados en sus *Principios de Derecho Civil*.

Esta gigantesca obra se compone de 33 volúmenes, en los que el autor ha distribuido toda la materia del derecho civil filosófico y positivo de la manera siguiente:

El primer volumen se ocupa de las leyes en general, de su interpretación, de sus caracteres, de su aplicación, etc., etc.

Los tomos 2º, 3º, 4º y 5º bajo el rubro *De las Personas*, tratan de la división y capacidad de las personas civiles, de la tutela, de la interdicción, del matrimonio, del divorcio, de la filiación, de la patria potestad, de los ausentes.

Los tomos 6º, parte del 5º, y 7º y 8º, se ocupan de la clasificación de bienes, de la propiedad, del uso, del usufructo, de la habitación, de las servidumbres, de la enfiteusis y de la ocupación.

Los tomos 9º, 10º, 11º, 12º, 13º y 14 explican lo relativo á sucesiones testadas é intestadas, á las donaciones, á la división y partición, á los testamentos y á los legados.

Los volúmenes del 15º al 31º, hablan largamente de los contratos y obligaciones civiles, de los cuasi-contratos en general y en particular de cada uno de esos contratos y de esos cuasi-contratos, es decir, de la sociedad, de la fianza, de la compra-venta, de la hipoteca, etc., etc.

El tomo 32º se ocupa de la prescripción, y finalmente el tomo 33º contiene un índice alfabético de todas las materias tratadas en la obra, índice que facilita admirablemente el registro y consulta de aquella.

Tal es el programa inmenso de materias que abarca dicha obra, y la extensión y espíritu razonador, filosófico y jurídico con

que están tradadas se refleja en todas y cada una de las páginas de ese monumento de ciencia, de buen sentido y método admirable.

Lo primero que se advierte es el espíritu en alto grado independiente del autor. El mismo ha dicho: «tengo un profundo respeto por nuestros buenos autores y por las decisiones de nuestros altos tribunales; pero no me someto sino á la razón,» y fiel á ese sentimiento de crítica severa, de opiniones propias, fruto de profundos estudios personales, no se limita á copiar citas, doctrinas y ejecutorias siguiendo servilmente el dictámen de las mayorías, sino que somete al más riguroso análisis las opiniones de los autores y los fallos de los tribunales, por más respetables que sean los primeros y por más repetidos y constantes que sean los segundos. Y en nombre de la razón, de la ley, de la justicia natural, levanta su voz siempre solemne para combatir errores consagrados por la tradición, opiniones aceptadas por la rutina, ejecutorias revestidas del prestigio de los altos tribunales que las dictaron.

La ley ántes que las opiniones; la ley sobre todas las argucias y chicanas del ergotismo forense; la ley sobre la monomanía erudita del derecho romano, la ley moderna en su sencillez y simplicidad sobre el espíritu de embrollo y de erudición inútil de los inválidos de la escuela antigua, hé aquí su constante afán. Pero no por esto se crea que para Laurent la ley positiva es el tipo y criterio soberano de toda justicia; no, el filósofo autor de la *Historia de la Humanidad*, el espiritualista que sueña con identificar la acción de la Divinidad y el progreso positivo de los pueblos, el atleta que ha luchado contra el espíritu de retroceso del clericalismo, esa alma toda idealidad y toda combate por el mejoramiento de la conciencia humana, no podía, no, tomar como oráculo soberano de justicia la imperfecta, la apasionada, la muchas veces ruin y mezquina legislación positiva. Y sin que confunda su misión de filósofo con su misión de jurisconsulto, sin que pretenda la desobediencia de la ley, sin que aconseje su violación ó quiera inmolar su texto ante el ideal de su conciencia, anuncia que va á colocarse en la trípode del filósofo, y en su alta razón hace la crítica de la ley, se remonta á los más altos principios de la ciencia, penetra en los más augustos santuarios de la con-

ciencia y desde allí descubre, á la luz de la historia y de la filosofía los defectos, las aberraciones y aun las iniquidades de las leyes, no para aconsejar su desobediencia, sino para reclamar su reforma. De esta manera su *Curso de Derecho Civil*, no es solo un estudio de derecho positivo, sino un profundo estudio de filosofía de derecho civil que rectifica muchos criterios, combate muchos errores tradicionales, ilumina muchos puntos oscuros, y derrama el sentimiento de la justicia y de la verdad general en toda la serie de sus razonamientos.

Frecuentemente, á cada paso deja escarpar ráfagas de luz que iluminan los más oscuros y debatidos problemas de la historia y del progreso humano. Una ó dos frases profundamente sentidas y enérgicamente expresadas condensan y resuelven á propósito de una cuestión concreta y jurídica, elevadísimas verdades que la historia, la economía política y la ciencia social discuten con penoso esfuerzo. Así por ejemplo, á propósito de servidumbres se le escapa este pensamiento tan verdadero, histórica y filosóficamente, como sencillo en su expresión: «Digan lo que quieran los comunistas, la sociedad moderna se aleja del comunismo en lugar de aproximarse á él como á un ideal. Lo que los hombres buscan y lo que ambicionan es un ángulo de tierra, en que pueden ser señores y arreglar á su gusto su vida privada, de generación en generación nos hacemos cada vez más individualistas: la comunidad es una excepción que será cada vez más rara.» Jamás en frases tan intencionadas y que dicen más de lo que expresan, se ha puesto el sello sacrosanto del progreso sobre el derecho de propiedad, ungiendo sus títulos con el óleo de la libertad y de la dignidad personal.

Pero ni su respeto por la ley, ni sus tendencias filosóficas le impiden enriquecer su obra con copiosísimos, innumerables datos de doctrina y jurisprudencia, ni menos abandonar el sentido práctico, el carácter práctico, la autilidad eminentemente práctica del derecho civil. A pesar de su antipatía por el derecho romano, causa gracia ver como se transparenta en sus razonamientos la ciencia en el derecho romano, y no es raro en los pasajes mismos en que se burla de los que ocurren á citas de derecho romano para comprobar verdades sencillas y de ley expresa, nuestro autor, olvidando su repugnancia por las

citas romanas, deja escarpar alguna en confirmación de su doctrina.

De todos modos, es incontable el número de ejecutorias de tribunales belgas y franceses con que ilustra sus doctrinas, y casi no hay punto alguno de los que trata en su inmensa obra que no esté enriquecido con el extracto de sentencias de casación ó de tribunales inferiores. Así brota espontáneamente el estudio práctico del derecho civil, los ejemplos ponen de relieve la doctrina, y esta es mejor comprendida y perfectamente analizada en la esfera de sus más remotas y complicadas aplicaciones. En cuanto á doctrina, baste saber que escribió su obra después que eran ya conocidas en la literatura jurídica las obras de Troplong, Demolombe, Moulon, etc., etc., y que todas ellas han sido aprovechadas por Laurent, para comprender cuánta riqueza de conocimientos y de trabajos ajenos están utilizados en el *Derecho Civil* de nuestro autor.

Ha sido censurado por algunos su estilo, en el que reconocieron valentía, sentimiento, energía y método, creen encontrar sin embargo, algunas veces, poca claridad y precisión. En cuanto á nosotros, jamás, en las muchas ocasiones que hemos consultado sus obras de derecho, hemos vacilado en comprender su doctrina y fácilmente nos hemos identificado con sus definiciones.

La autoridad de estas en el foro mexicano es inmensa, como es inmenso el prestigio del autor en todos los espíritus cultivados. A pesar de que Laurent representa en el derecho lo que Gambeta en política, el espíritu anticlerical; á pesar de que uno y otro en sus respectivas esferas de acción han reasumido todo su espíritu en la conocida frase «*le cléricalisme, voilà l'ennemi,*» á pesar de todo, no hay biblioteca de abogado mexicano ilustrado, por muy clericales que sean sus ideas, que no esté enriquecida con la obra de Laurent; y el mérito de éste de tal manera se impone, que esos mismos abogados, deplorando las en su concepto aberraciones filosóficas del jurisconsulto, tributan calurosos elogios á sus obras jurídicas y las reputan como oráculos de ciencia, de erudición y de buen sentido.

Grande es pues el servicio que el editor va á prestar á la literatura mexicana al dar en México á luz la primerr traducción

de su obra, y calurosa debe ser la acogida que esta publicación tenga en todo el foro del país. Ella va á ser el vínculo común de doctrina que una á los diversos foros de los Estados de la federación mexicana; ella va á ser un lenguaje conocido para todos los abogados del país; ella va á ser el signo que distinga al jurisconsulto ilustrado del rábula y del tinterillo, y ella evidentemente contribuirá á uniformar nuestra jurisprudencia; á uniformar nuestras opiniones, á disipar multitud de preocupaciones y errores, y á dar á todo el foro nacional cierta comunidad de doctrina, de sentimientos, de filosofía en la concepción del derecho y su desenvolvimiento. La difusión de la obra de Laurent, al difundir el espíritu elevado del autor entre nuestros abogados, sustituirá las rígidas tradiciones formalistas y ruines de la vieja escuela con el sentimiento de equidad y perfeccionamiento que domina en el derecho moderno, y México, que ha entrado al concierto universal de todas las naciones en el progreso jurídico por medio de sus trabajos de codificación, entrará también en ese movimiento que se opera en las conciencias y que tiende á sustituir el *sentimiento* de la justicia á la *fórmula* de la justicia.

JACINTO PALLARES.

DISCURSO

PRONUNCIADO á nombre de la Sociedad de Abogados de México en la solemne instalación de la Academia de Jurisprudencia y Legislación correspondiente de la Real de Madrid, verificada el día 3 de Marzo de 1890 y presidida por el Señor Presidente de la República, General de División D. Porfirio Díaz, por el Lic. Manuel Nicolín y Echanove.

Señor Presidente:

Señores:

Señores Académicos:

Entre las marcadas manifestaciones que en estos últimos años han venido señalando una innegable y simpática tendencia de aproximación de los jóvenes pueblos de Hispano-América hacia la antigua madre patria, acaso ninguna hasta ahora había revestido, bajo el punto de vista histórico, social y científico, un carácter más elevado y trascendental, ni ofrecido tema más digno de atención á los hombres pensadores y reflexivos de habla española, aquende y allende el Atlántico, como la del establecimiento de academias de jurisprudencia y legislación correspondientes de la Real y docta Sociedad que tiene merecido asiento en la que fué, en los pasados tiempos, celebrada metrópoli de las Españas, y de las que toca ahora á nosotros inaugurar la nuestra.

Muévenos á juzgarlo así, señores, la obvia consideración de que ni el establecimiento de relaciones internacionales llevado á cabo después de trascurridos largos años de la sangrienta lucha emprendida para la abolición del viejo régimen colonial, ni la creación de cuerpos igualmente correspondientes consa-

grados al cultivo y á la uniformidad de nuestra común hermosa lengua, ni el planteamiento, en fin, de una unión ibero-americana que abrace en su vasto seno la comunión de toda idea y la gestión de todo interés en recíproco beneficio de los pueblos de raza española en ambos hemisferios,—manifestaciones las más extraordinarias de todas—puede reunir, en nuestro concepto, no obstante su inmensa importancia, el conjunto de circunstancias especiales é interesantes, que tomando origen en nuestro pasado histórico, vienen á reflejarse, como un haz de luz viva y gratisima, sobre la plácida solemnidad que hoy nos congrega bajo la presidencia honoraria del Jefe supremo del Estado.

Fué en efecto, señores, la primera y más lejana de estas manifestaciones entre nosotros, un suceso de provechoso alcance ciertamente, pero en realidad un acto diplomático destinado tan solo á poner el sello oficial sobre la comunicación de intereses, harto copiosa ya desde ántes y nunca interrumpida, puede decirse, entre uno y otro pueblo; tuvo por objeto la segunda, un movimiento de unificación en el difícil y preclaro estudio de nuestro valiosísimo idioma común, pero que no es al fin y á la postre, cosa diversa de la natural conservación al mismo tiempo, de la lengua nativa que nos incumbe perpetuar sobre este vasto y hermoso suelo mexicano; abarca, por último, la tercera tan múltiples y nobles fines, que los detalles llegan á perder en el conjunto una importancia y un vigor que nunca pueden igualarse á los que concurren en una obra toda informada en una consagración especial. Mas en la empresa que inauguramos esta noche, señores, en el edificio cuya primera piedra venimos á colocar unísonos y alborozados, en una Metrópoli frente á la otra, los que bendecimos la alteza de la misión de la criatura humana sobre la tierra, los que amamos el progreso y proclamamos el auge de la propia patria entre los demás pueblos del orbe, encontramos unidos en espléndido y trascendental consorcio, al par que la amplia huella de nuestras tradiciones seculares, iluminada por la gloria especial que la ciencia jurídica ha arrojado sobre las gentes de raza ibera, las evoluciones que se han operado en nuestro modo de ser social, producto ahora, más ó menos modificado, de las semillas depositadas

en la sociedad antigua, y los frutos finalmente, que la labor científica común de estas corporaciones, derivación progresiva así mismo, por más que se niegue, de la vieja sabiduría, deben producir para el adelanto así de la civilización universal, como de la propia tierra.

Y hé aquí perfectamente determinado, señores, el triple interesante aspecto con que la solemnidad de hoy se presenta á los ojos de nuestro espíritu, deleitados con tan ideal esparcimiento, y subyuga nuestra mente, ávida de recorrer esferas tan vastas como espléndidas; esos tres hechos, palpitantes que, como los afluentes de un caudaloso río ensanchan su terroso cauce y aumenta el caudal sonoro de sus aguas, concurren á formar nuestro presente y se precipitan tumultuosos hacia el mar sin riberas de nuestro porvenir. Así es como nosotros, si nos permitís la atrevida figura, aparecemos de pie en la hora actual, á la orilla de esa inmensa corriente secular que pasa envolviendo esos tres fenómenos esenciales de nuestra vida nacional entre las ondas turbulentas de la historia; tomamos de la mano á nuestros hermanos de éste y del otro lado del Atlántico, y emprendemos unidos una larga peregrinación por los dilatados senderos de la civilización y del progreso humano.

La tradición jurídica, señores, que se ha extendido á través de los tiempos al compás mismo con que se desarrollaban los acontecimientos de índole puramente histórica, ¡qué elemento tan esencial é importantísimo es en la obra que iniciamos hoy! Ya parece, si queréis, como la ancha base sobre que se construirá el inmenso edificio para cuya elevación acudimos nosotros á poner las primeras manos en nuestro suelo; ó ya también, si así os place, como la mañana de un largo y hermoso día estival que va acercándose lentamente á los esplendores de su zenit. Pero de cualquiera manera que se considere, por cierto, la relación es tan perfecta entre el pasado y el presente de la obra que esta solemnidad representa, que ella llega á ser, en realidad de verdad, el ineludible seguimiento de una vasta evolución histórica y científica.

La jurisprudencia y la legislación españolas, que han sido también las nuestras, tienen, señores, si las profundizamos hondamente, todas las manifestaciones hereditarias de la diversa

compleción de las razas que han concurrido á formarlas en las variadas fases de su agitada existencia. Encuéntrase en ellas por una parte, si nos es permitido decirlo, un sedimento ibero depositado allí desde aquellos tenebrosos días á donde llegan apenas los pálidos reflejos de la historia, como ibero aparece en ésta el corazón de todos los pueblos que descienden de aquella raza madre, oprimida un tiempo por la implacable tenacidad cartaginesa y conquistada al fin por el incontrastable poder romano entre los horrores y los sacrificios patrióticos continuados de Sagunto y de Numancia. Mirase luego en ellas, por donde quiera que se las examine, aquella clara intuición de las cosas, aquel vigor de raciocinio y aquella inflexibilidad de principios del genio latino, que dueño un día del mundo conocido, paseó á su vez sus águilas victoriosas desde las nevadas cimas del Pirineo hasta las azules ondas del Mediterráneo. Compenétranlas por donde quiera aquella firmeza y religiosidad de espíritu del carácter godo, que de tan profunda manera se apoderó del corazón hispano, que lo preparó maravillosamente, no solo para una resistencia de ocho centurias contra el pavoroso desbordamiento de la raza agarena, sino que lo llevó después, en nuestro concepto, hasta cumplir los más altos destinos en la moderna historia. Cayó por último, señores, como un rocío bienhechor sobre dilatadas campiñas, aquella ciencia árabe, asombro de su tiempo, y aquella suavidad y elegancia de costumbres de la morisca gente, que por medio de un eficaz contraste para ella, puso á la santa reconquista de la patria ibera, valladares tan terribles como los del valor indomable de su brazo, pero que una vez vencidos, consumóse para siempre en la historia la famosa y nobilísima nacionalidad española, y con ella la constitución especial de su ciencia jurídica.

Más de quince siglos ocuparon, señores, en la vida de ese grande y extraordinario pueblo las varias y sangrientas vicisitudes, cuyas prolongadas etapas se dividen y marcan perfectamente por medio de monumentos de Legislación y de Jurisprudencia que superaron á todos los demás por la trascendente magnitud de su fondo y de su significado: La Codificación romana, el Fuero Juzgo y las Partidas. El primero, que llamado con acertada exactitud «la razón escrita,» trasunto de la vi-

rilidad asombrosa del pueblo que lo produjo y en que dejó grabadas eternamente sus leyes, señala la entrada del pueblo ibero en la vasta unidad del mundo, á donde van á parar los tiempos antiguos como á un inmenso océano; el segundo, que recuerda la descomposición de esa vasta unidad, la disolución de la vieja sociedad humana sobre el planeta y su renacimiento, en lo que á España tocaba, á una nueva vida moral y civilizadora; y el tercero, que marca el término de formación de ese admirable pueblo y el punto de partida para sus nuevos y sublimes destinos. Sí, señores: no nos cansemos de admirar ese prodigioso fenómeno histórico que llena al mismo tiempo toda la ciencia de nuestras leyes, las Partidas, ese monumento literario, científico y jurídico á la vez, que no tuvo igual en las demás naciones de su época, salido al mundo bajo las influencias sucesivas ibera, romana, goda y árabe, anticipándose como la idea al hecho, hizo hablar y andar, puede decirse, siglo y medio después, á ese pueblo español ya definitivamente formado, preparó su advenimiento en los anales humanos, cuando bajo los reyes católicos Fernando é Isabel de Castilla, consumó su independencia y su unidad y descubrió y se hizo dueño de la otra mitad del mundo, y de tal manera enunció y sintetizó por fin ese libro, su futura y gloriosa existencia, que publicado á mediados del siglo décimo cuarto, ha regido á todas las ramas de la inmensa genealogía ibérica, hasta las postrimerías del nuestro.

Ningún pueblo, señores, á nuestro modo de ver, y permítasenos la digresión en cuanto se liga y forma la clave del objeto de nuestro discurso, presenta en los fastos de la humanidad, caracteres más singulares y privilegiados, ya se considere bajo el punto de vista de su constitución propia, ya con respecto á la misión que le ha tocado desempeñar en la escena del mundo. Bajo el primer aspecto, ya hemos visto como han concurrido á formarlas las razas más sobresalientes y famosas del globo; la ibera, que fué un desprendimiento de la noble familia jafética; la fenicia, la griega y la cartaginesa, cuyas glorias celebran los anales del mundo desde los tiempos fabulosos, y cuyas colonias aportaron luego á sus risueñas playas. Vienen en seguida la romana, la más grande dominadora del orbe; la goda, con su

espíritu serio y religioso, y por último la árabe, con su sabiduría y sus magnificencias. De ahí, señores, ese carácter fiero, independiente y abnegado á la vez, generoso, elevado y creyente que forma el tipo invariable de la progenie hispana en toda su historia, y cuyos extravíos provienen precisamente de la fácil exaltación de esos preclaros sentimientos.

Ignoramos, señores, si álguien ha hecho alguna vez esta trascendental observación que se desprende visiblemente del cuadro general de la historia. El imperio español que se inicia bajo el cetro glorioso de Fernando é Isabel de Castilla, que llega á su apogeo bajo la espada victoriosa de Carlos V, que contrista el ánimo adusto y apasionado de Felipe II, y que se pierde en una prolongada decadencia bajo el débil cetro de los reyes de la familia borbónica en los comienzos del presente siglo, es el último imperio de conquista propiamente dicho, inspirado por los incentivos de la dominación y encaminado á un fin universal; es la postrera manifestación política de la teoría absolutista de absorción y de unidad. El novísimo Imperio Británico há salido ya, preciso es reconocerlo, de esa tradicional senda y entrado en vías del todo adaptadas á las formas de la nueva civilización y progreso del mundo; él hace una obra civilizadora colectiva y está inspirado en un sistema de colonización y en miras todas de conveniencias y provechos, de la misma manera que las otras grandes nacionalidades modernas practican, al concurrir á una obra también común, una política de engrandecimiento y de defensa en el continente europeo, y una obra de expansión colonial en el exterior. El primer imperio napoleónico que brilló en los encendidos albores del presente siglo, fué solo un día de luz, de demencia y de gloria, y su héroe será, sin embargo, también, si no nos engañamos, el último de los grandes capitanes, como instrumentos de universalización y de unidad, vaciado en el molde de los conquistadores de los antiguos tiempos.

Advertid, empero, señores, cómo ese incesante movimiento de la historia que consiste durante los dos mil años corridos desde el nacimiento de los pueblos hasta que se enciende en los horizontes romanos la luz de una nueva aurora de civilización, en un flujo y reflujo de gentes, de naciones, arruinadas para ser

absorbidas por otras, continúa catorce siglos después, merced á las espantosas invasiones que se desbordan por el Norte y por el Oriente, sobre el plano de la Europa destinada á ser el centro de la nueva trasformación, y se para, por fin, en los postremos días del siglo décimo quinto, al realizarse la conquista del nuevo mundo por la temeridad y el valor extraordinarios de los aguerridos soldados españoles. Cortés y Pizarro, enviados á la conquista de los dos imperios más poderosos del Continente recién descubierto, seméjanse, en mucho, á Amilcar y á Aníbal trasponiendo el Mar Tirreno y las empinadas crestas de los Alpes, para agregar nuevos territorios á la grandeza de Cartago; á Pompeyo y á César zometiendo nuevas provincias á los vastos dominios de Roma. Sí, señores: es ésta una verdad histórica de indestructible evidencia: la España aparece destinada para consumar el triunfo de la inmensa evolución cristiana, que iniciada bajo el grande, pacífico y glorioso reinado de Augusto, proclamada por las armas victoriosas de Constantino, consolidada por el cetro férreo y religioso de Carlomagno, y sostenida bizarramente en los dos extremos de la Europa, en Granada y en Lepanto, va á ser acabada y propagada por fin en el apogeo del poderío español, ora en los campos mismos de la Europa civilizada, ora en las nuevas tierras del misterioso hemisferio adonde aportan providencialmente despues de siniestras tormentas por mares solitarios y desconocidos, las frágiles carabelas del inmortal Colón.

El asombroso descubridor no había visto, es verdad, la primera luz en tierra de España, pero después de haber sido tratado á las puertas de todas las naciones como un insensato, es el fiero, hidalgo y fervoroso pueblo español el único que lo comprende, que hace suya su maravillosa empresa, que se encarga tenazmente de cumplirla por medio de sus guerreros, de sus políticos y de sus sacerdotes, que levanta y cuida, en fin, en América, el largo, pacífico y trascendental reinado que, una vez realizada profundamente la educación de los nuevos pueblos, viene á expirar, después de tres siglos, desde la primera década del nuestro.

Cuando esta prolongada y asombrosa conquista estaba á punto de extinguirse en la carrera tumultuosa de los tiempos, una

nueva evolución histórica que había venido preparándose simultáneamente de antemano, acaba por señalar á la sociedad humana nuevos derroteros: es la revolución francesa de 1789. Pero observemos, señores, cómo no es entonces, en realidad de verdad, la espada de un guerrero afortunado ni una larga y subsecuente dominación, lo que consuma su triunfo y lo introduce definitivamente en la civilización del mundo; los pueblos no van ya á la posesión del porvenir acaudillados por uno que los vence y los ata á su carro de victoria: marchan todos de frente y aparecen guiados á esa civilización y progreso por el poder de la idea que se cierne, precediéndolos, como una estrella brillante y majestuosa en el espacio azul de los cielos. El brazo de Bonaparte sirve sólo para encadenar la revolución insensata y desbordada, y mientras nada queda, puede decirse, fuera del recuerdo glorioso, de las campañas de Egipto y de Italia, de las jornadas de Wagram, de Jena y de Austerlitz, vive y vivirá siempre en el seno de las naciones, aquella obra que como el arca bíblica, guardó todos los tesoros conquistados al fin para la civilización en el orden civil de la sociedad, que sintetizó todo lo que tenía de legítimo, de racional y de humano, ese colosal acontecimiento que llegó á convertirse desgraciadamente en una espantosa catástrofe: el Código Napoleón.

El dogma cristiano había venido á enseñar ya, es verdad, desde su aparición en el mundo, cuánto de más espiritual y sublime puede concebirse acerca de la naturaleza, de la dignidad y del destino del hombre, al mostrarlo creado á semejanza de DIOS, al colocarlo en el centro de la vida teológica y al darle una personalidad moral propia, libre y responsable; pero no tocaba ciertamente á la sociedad religiosa, sino á la política y civil, el desenvolvimiento, en su esfera menos amplia y más concreta, de las consecuencias particulares y prácticas de esos principios, consignando en la ley positiva el goce de derechos especialmente relacionados con la vida social, como se había derivado ya de ellos mismos la abolición de la esclavitud y como se derivarán siempre virtualmente de esa fuente primitiva y purísima todos los progresos legítimos en la civilización del mundo.

No bosquejamos ciertamente, señores, en estos momentos, una

obra esencialísima de Religión, sino principalmente de Historia, de Filosofía y de Derecho; que si lo primero ensayáramos, cuidaríamos sobremanera de llevar nuestra mente por las esferas más elevadas de la visión filosófica y creyente para corroborar aquella tesis de uno de los más grandes pensadores de nuestro siglo, demostrando como en toda gran transformación humana va siempre envuelta una gran transformación religiosa. Pero séanos permitido, si, por cuanto se encamina á nuestro estudio, ocuparnos en lo que de esencial encontramos en la simple narración histórica, sirviéndole de guía, de la misma manera que el que recorre un largo sendero no puede cerrar los ojos á los objetos que se encuentran á su paso. Proceder de otro modo, señores, sería hacer una inconcebible traición á la verdad histórica y eliminar un dato necesario é importantísimo, la clave toda entera, en el intrincado laberinto de la existencia humana.

Al llegar á este punto de nuestro discurso, importa, pues, y mucho, establecer clara y profundamente cuál sea el carácter esencial y el procedimiento empleado por la civilización en el curso de la historia. A ese fin, consideremos, señores, que todo error no es más que una verdad oscurecida y desfigurada, como toda pasión no es más que una virtud, un sentimiento natural y bueno en el fondo, que siendo mal dirigido, ha traspasado los límites de lo justo y entrado á la esfera de lo desordenado y lo culpable. Ahora bien, este dualismo que se agita en el interior del individuo, batalla también en el seno de la sociedad humana, y así como aquel va al bien por la lucha, ésta se encamina magestuosa á la civilización y al progreso por la ancha vía, teatro perpetuo de un inmortal combate. Así es, señores, cómo los principios, los dogmas humanos, puede decirse, por cuanto tienen el asentimiento tradicional de los siglos, en que descansan las ideas de lo verdadero y de lo bueno, de lo racional y de lo justo, en que reposan la naturaleza, la seguridad y el porvenir del individuo, de la familia y del Estado; la idea de Dios, la espiritualidad y la inmortalidad del alma, la responsabilidad moral de las acciones y la vida futura, no fueron desconocidos, ciertamente, de las generaciones paganas; sirviéronlas, por el contrario, de espíritu y de base, pero

desfiguradas y manchadas; en medio de ese mar siempre creciente de iniquidades y abominaciones á donde fué á sumergirse esa civilización asombrosa, la sociedad humana solo pudo salvarse echándose en los brazos de la nueva evolución cristiana que, reaccionando sobre los errores y los vicios, volvióla á colocar sobre sus eternos cimientos.

En los fastos de la humanidad que se cuentan por milenarios, esa aguda crisis, la más terrible que había ella experimentado desde hacia dos mil años, ocupa un espacio de siete siglos; noche tenebrosa producida por las pavorosas invaciones de gentes extrañas y bárbaras que bajan de los regiones septentrionales del planeta como inmensos y espantables fantasmas de nubes en las horas de una horrenda tempestad, y en medio de la cual brilla solo como la luz de una hospitalaria ermita, la institución de la Iglesia cristiana, fruto de la reciente transformación del mundo. Esta institución bienhechora lucha entonces con inaudito esfuerzo contra las tinieblas, y cuando ha logrado dominarlas, cuando del terrible combate, del tremendo choque entre esos dos elementos, ha brotado la chispa eléctrica que colora los horizontes, anunciando la aurora de la civilización que vuelve á visitar el mundo para el que parecía perdida, como la luz del sol después de una larga, tenebrosa y agitada noche, cuando restablecida la calma renacen á nueva vida los pueblos, que se habían caído á pedazos, de la podredumbre romana, bajo el hacha de los bárbaros, se mira á la civilización antigua, preliminar de la que había de seguirla, salvada toda entera en los asilos levantados por los grandes luchadores del progreso humano, y á la Iglesia comenzando la educación de las nuevas naciones sentadas á su regazo.

Da principio entonces, señores, el segundo y menos agudo período de esa crisis que lleva por fin á los pueblos, después de otras cinco centurias, presididos siempre por la Iglesia, á los esplendores del renacimiento de las ciencias, de las letras y de las artes, de la vida civilizadora, en una palabra, con todos sus progresos y sus magnificencias. Esos son, señores, los siglos en que brillaron Abelardo y Tomás de Aquino; Dante, Petrarca, Tasso y Cervantes Saavedra; Miguel Angel y Rafael

Sanzio; Guttemberg y Colón, y al fin de los cuales, los pueblos ya educados, comienzan una nueva evolución para salir oportuna y ordenadamente, de la larga, sabia y severa tutela de la Iglesia.

Pero así como en el período dogmático de la transformación cristiana, período inseparable de todo sistema de civilización, la herejía es el elemento contradictorio que lucha en la sociedad humana, como ántes hemos explicado, y que es al fin vencido; así, señores, la natural y ordenada expansión de la sociedad civil que, ya educada, va á ser regida por nuevas leyes y á encaminarse á nuevos destinos, dando principio al período filosófico de la historia, entra en lucha con el error y la pasión, representados primero por la reforma protestante y luego por el filosofismo, que desnaturalizando la tendencia legítima del progreso, traspasan los señalados valladares de esa nueva etapa, y no solo quieren salir de una tutela acabada en su esfera, y como tal innecesaria, sino que se sublevan al mismo tiempo contra todo poder moral y religioso. El terrible combate entre las dos opuestas fuerzas de ese dualismo que ocupa un gran espacio de la vida del hombre sobre la tierra, va á producir por fin, después de una larga y dolorosa gestación, auxiliada principalmente por los juristas, sus frutos sazonados y legítimos en las aspiraciones racionales de la revolución francesa: la libertad política y civil de los pueblos, la naturalización del elemento democrático que triunfa con el estado llano ó tercera clase de la sociedad humana, y que sube á ocupar su puesto y su nivel al lado de la aristocracia y del sacerdocio, sentados ya, desde los comienzos de la historia, en el espléndido banquete de la civilización.

Y no se diga, no, señores, que la marcha de ésta consista en la creación de elementos y de hechos que ántes no existían en la sociedad humana; esos elementos y esos hechos han existido allí diseminados desde que se tiene noticia del hombre histórico sobre la tierra, pero ya hemos dicho que la obra de la civilización no es otra cosa que el resultado, el producto y el triunfo obtenido de los elementos antitéticos que luchan entre sí, á la manera que el progreso y la perfección del individuo no son otra cosa que el resultado de esa lucha que sostiene en sí mis-

mo. Porque no lo dudéis, señores, no hay cualidad ni ley que se encuentre en el individuo, que no trascienda ó se halle también en la colectividad, así como tampoco hay idea ni acontecimiento que no tenga precedente y engrane en el movimiento siempre ascendente del progreso intelectual, moral y físico: de manera que no hay asimismo concepto más imaginario y erróneo que el de creer que la civilización opera destruyendo y sustituyendo de raíz, cuando ella obra visible é indefectiblemente por compenetración, modificación y superposición.

No, *nada hay nuevo bajo el sol*, señores, nada que no haya sido entregado en este planeta por una Inteligencia y un Poder supremos, á la razón y á las fuerzas del hombre. La materia es abandonada á sus manos, y de allí el progreso físico; la verdad á su entendimiento, y de allí el génesis intelectual; el bien á su corazón, y de allí, señores, el perfeccionamiento moral. Religión y moral, y derechos políticos y civiles, y clases elevadas, privilegiadas y democráticas, y monarquías y repúblicas, había en el mundo desde que los Asirios y los Egipcios adoraban los elementos y los astros, desde que Aristides, Demóstenes y Foción arengaban al pueblo heleno en las calles de la espléndida Atenas, y desde que la plebe romana se retiraba á deliberar al Monte Aventino, y Cicerón conmovía desde sus cimientos á la gran República latina con su poderosa palabra; como había también libros, y carros, y naves que sostuvieron la lucha de los elementos antagónicos de la civilización antigua. Pero no imperaba, señores, en los más profundos senos de la conciencia humana, el conocimiento de un Dios, espíritu infinito, personal y providente, ni la personalidad humana, individual y colectivamente considerada, había llegado á la percepción plena de sus deberes y al goce casi completo de sus derechos, como tampoco la imprenta había difundido la ciencia con la extensión y la rapidez de la luz, ni el vapor y la electricidad habían puesto en inmediato contacto á los pueblos más heterogéneos y apartados.

Al espirar, pues, señores, en una larguísima agonía el reinado que había dejado consumada la última transformación humana operada por medio de la conquista y del absolutismo, y al nacer á la vida la primera de las evoluciones filosóficas, esla-

bonándose todas en la historia, como los inmensos anillos de una vasta cadena, entran, con personalidad propia é independiente, en el movimiento de la civilización y del progreso, los pueblos del Nuevo Continente educados en la larga dominación hispana. Comienzan, entonces, á adaptar su vida política á los nuevos principios, levantando sobre ellos desde luego su derecho público y llevando más tarde las consecuencias de éste al derecho común, que sigue siendo español casi en su totalidad para nosotros, hasta que con la expedición de nuestros primeros Códigos, veinte años há, se hace nuestra Jurisprudencia española y francesa principalmente y al mismo tiempo, cuando no con tendencias á ese cosmopolitismo científico y aun universal á donde parecen encaminarse las naciones.

De ahí, señores, que como una nave combatida por la confluencia de dos grandes corrientes, experimenten esos pueblos recias sacudidas hasta salir á mar sereno, hasta adquirir una fisonomía especial, formada por las influencias antiguas y modernas, combinadas en la marcha de la civilización y adquirir ese modo de ser social que ha de distinguirlos y que formará el tipo de todas las naciones modernas, marchando á una y de frente por esas nuevas vías; fisonomía, señores, que teniendo por base los principios fundamentales de la sociedad humana, saliendo siempre á flote en todos los cataclismos de la historia, presenta, como los esplendores de luz de una nueva corona, cuanto de progresivo y legítimo en todos los órdenes de la vida llega seguramente hasta nosotros en el incesante avance de los tiempos. Sí, señores; porque si la sociedad humana no ha de perecer, ni ha de pararse en su marcha la civilización, debe ser ciertamente á condición de que esa alma y ese cuerpo que las informan física y moralmente, sufran solo las trasformaciones de la educación y del trabajo de los siglos, pero conservando incólume su esencia, á la manera que llega la destrucción de la muerte cuando se rompen en el hombre esos dos elementos esenciales que integran su ser.

Es, por lo tanto extraña, señores, á la esencia del hombre, de la sociedad y de la civilización, la filosofía que, contrariando esos eternos principios, pretende borrar hasta las huellas de la historia, y quiere levantar la vida humana sobre nuevas bases,

sobre nociones puramente objetivas, en el orden de la razón, sobre un determinismo fatal en la esfera de los actos humanos, y sobre un adelanto puramente material en el orden físico; que pugna por operar una evolución que haría del individuo un ser dotado de una racionalidad rayana casi al puro instinto, independiente y progresivo hasta la fiereza y el egoísmo, y del Estado una gran máquina destinada á producir resultados universales é igualmente egoistas, pasando sobre los débiles como un pesado carro de guerra, con atribuciones puramente progresistas, pero de ninguna manera conservadoras, protectoras y distributivas. Pobre y excéntrica filósofa, en nuestro sentir, que ocupándose únicamente en cuanto atañe á las cualidades inferiores del hombre y de la sociedad, rehuye las aspiraciones innatas del sér inteligente y moral, y marcha sola y con la frente inclinada en la carrera triunfal del progreso humano!

No, señores, no; esa filosofía y esa mal entendida civilización no triunfarán, nunca, ciertamente; ellas no representan en la existencia humana más que uno de los elementos de ese dualismo aterrador que, como antes hemos dicho, se descubre en el individuo y en la colectividad. Filosofías ha habido desde los albores de la vida del hombre sobre la tierra, que han pugnado por empujarlo á una vida puramente animal, que han enseñado, separándose de la creencia de las multitudes, los más groseros absurdos, como ha dicho alguno de los más conspicuos ingenios de la antigüedad; pero la humanidad no abdicará jamás su credo y su dirección en manos de las sectas; ella no puede; en manera alguna, abdicarlos, respóndennos de ello, señores, en el terreno especulativo las más claras y profundas lucubraciones de la inteligencia y más de cinco mil años de sucesos en el curso de la historia, desde que, como antes hemos dicho también, se tiene noticia del hombre histórico sobre la superficie del planeta!

¡Oh, señores! si fuera posible que tal cosa aconteciera en la sociedad humana, al punto mismo en que esa trasformación se verificara, en que quedaran borradas todas las huellas de los senderos que nos comunicaban con un mundo espiritual y abstracto, sentiría, sin duda, el hombre un inexplicable vacío en su entendimiento y una amargura profundísima.

en el corazón; preguntaríanse las gentes desoladas qué era lo que habían venido á hacer á esta existencia cuyo origen y fines, cuyo movimiento y cuyos combates no podían presentarse á su vista sino rodando espantosamente á la destrucción y á la nada. A través de sus ojos contraídos por el horror y por la melancolía, figuraríanse esta espléndida morada del hombre, convertida en un inmenso erial lleno de sombras y de abrojos; pareceríanse que las cavidades de la tierra no llevaban ya agua cristalina y murmuradora, que las flores estaban pálidas y sin aroma, y sin vistoso plumaje y sin armonioso canto las aves; no tendrían por qué recibir, en fin; en medio de la familia alborozada y sonriente de esperanzas, al hijo que viniera á la primera luz, ni por qué derramar lágrimas de dolor sobre los sepulcros de sus muertos.

Los pueblos hispano-americanos, decíamos, pues, señores, marchan ahora en una misma línea con los demás pueblos del orbe en esta gran jornada de la civilización que nos ha tocado por dicha contemplar, sobre todo á las generaciones que alcanzan el período final del presente siglo y que lleguen á saludar la hermosa mañana del que pronto se anunciará con los suaves colores de la aurora. Ellos gozan, por una parte, de las conquistas definitivamente incrustadas en el camino del progreso humano en todos los órdenes, de los principios y de los hechos inamovibles en que descansan la verdad, el bien y la justicia; de la armonía, de la libertad y del respeto que dominan en el individuo, en la familia y en el Estado; y asisten por otra al planteamiento y á la próxima resolución de los problemas todavía pendientes, relativos al orden social, político y civil, que incumben á la actual evolución humana que venían todos incluidos desde antiguo, en el curso de la civilización.

Y en tan extraordinario período, ¡qué tarea tan inmensa, tan interesante y tan honrosa para la inteligente actividad de los pueblos, qué esfera tan vasta para el trabajo intelectual y colectivo! Asómbranos, señores, la perspectiva del camino abierto á las generaciones que vivirán el siglo á cuyas portentosas puertas tocamos ya con nuestras manos. Pasma pensar, de veras, lo que haya de ser dentro de un siglo de este misterioso

planeta, cuando vueltas al pleno goce de la civilización las regiones del Asia y del Africa, por medio de la progresiva comunicación de ideas y de costumbres por una parte, y de la expansión colonial de las naciones europeas, por otra, quede realizada la nueva unidad del mundo.

Oh! no triunfará, señores, no, ciertamente, una transformación atea y materialista, cuando la materia misma quiere casi idealizarse, suprimiendo las distancias y los obstáculos por medio de los agentes físicos entregados al ingenio del hombre; cuando la ciencia, la fraternidad universal y el derecho, ideas todas abstractas, espirituales y sublimes, tundadas en la eterna naturaleza intelectual, moral y social del sér humano, nos llevan en anchurosa corriente hacia una idealización, un amor, y una unidad asombrosos. Asistimos, señores, en nuestro concepto, á las últimas manifestaciones de la fuerza y del éxito, postreros restos de los medios rudos y necesarios que la civilización ha tenido que emplear en los pasados siglos; el mundo, puesto todo en armas como no lo estuvieron nunca Babilonia, Grecia y Roma en el apogeo de su grandeza, nos representa el último esfuerzo de impulsión de toda potencia que toca á su fin y va á reaccionar en la inercia. Acabarán de resolverse los más intrincados problemas del orden social y político; el cuarto estado social, el proletario, hará al fin y en su hora su evolución para sentarse al banquete de la vida, mejorando sus condiciones, pero sin una espada y sin una dominación redentoras, sino apoyando por la moral y por la ciencia, porque el apogeo del reinado de la verdad, del bien, de la justicia, del orden, de la fraternidad, de la libertad y del derecho va á venir; pero á condición, señores, de que sea sobre la base de los arquetipos eternos que la civilización en la carrera, de más de cincuenta siglos, trae hasta nosotros, como el oleaje del océano que llega á nuestras playas.

Observad, señores, en efecto, cómo se plantean en nuestro tiempo todos los problemas internacionales en el orden político, civil, penal y económico para acercar y facilitar la vida de unos pueblos con otros, para refundirlos hasta donde es posible, sin perder el tipo hermoso de la patria, amplificación de la familia y elemento de un cosmopolitismo racional, elevado y

factible; cómo se estudian en particular las leyes de los organismos social y político para decidir las cuestiones que entraña la democracia legítima, que es el llamamiento de todos los hombres al bien, á fin de conciliarla con el orden y á este con la libertad en las formas más adecuadas, cómo se estudian las ciencias físicas para poner la unidad y el progreso material al servicio de esta civilización nunca vista por los hombres.

Y pensad, por último, señores, levantando vuestra consideración á un punto de vista más elevado sobre la historia de todos los tiempos, cómo si el guerrero fué el instrumento de la civilización para formar y ordenar á los pueblos á la manera del terreno en que debía consumir aquella su obra, es luego el sacerdote, el teólogo, el que hecha los cimientos de ésta, por medio de los eternos principios que deben servirle de indestructible base, surgen en seguida filósofos que plantean todas las cuestiones, y llegan á la postre los juristas que han de resolverlas prácticamente dando á los hombres y á las naciones lo que necesitan. Porque, ya lo hemos dicho, señores: aunque no hay elemento de la vida humana que no haya existido desde el principio en la morada del hombre y que no se haya desarrollado proporcionada y relativamente en diversos grados y sentidos, cada uno de ellos, sin embargo, va consumando á su tiempo su señalado destino, va triunfando en la marcha compleja pero ordenada y final de la civilización.

Parece corresponder, de verdad, señores, esa ley á poco que la contemplemos, á un sistema de educación ó formación universal del género humano, que garantiza primero la existencia por medio de la acción ó la fuerza, que deposita en seguida en la inteligencia y en el corazón los conocimientos ó fundamentos necesarios é indestructibles de todo ser, que luego lo estudia todo por medio de la filosofía, y que lo aquilata, por fin, lo resuelve y lo decide todo por medio del derecho.

Si el derecho es, pues, señores, el alma de esta grande y hasta ahora conocida evolución humana, ante la cual han de comparecer todos los hombres, todas las razas, todos los pueblos, todas las naciones, todas las clases, cada uno con sus aspira-

ciones legítimas, personalísimas é inalienables en virtud de una ley superior que los abraza á todos; si el derecho ha de estudiarse ahora, desde la vida internacional hasta la comunal, las agrupaciones científicas de hombres de ese género están llamadas, más que nunca, á asociarse á su vez entre ellas mismas para prestar ese necesario é inmenso servicio á la transformación que se opera.

Por eso, señores, nos hemos congratulado precisamente en gran manera, desde el principio de esta ya larga y cansada peroración, cuyo objeto y cuyos límites, no nos permiten abordar, por otra parte, un somero análisis de nuestra ciencia jurídica, por el establecimiento de estas sabias corporaciones; si el universalismo y la confraternidad empujan á unos pueblos hacia otros, ¡cuánto más nos acercarán á los que tienen una reconocida y cultivada comunidad de origen, de educación y de tendencias! Hemos discurrecido, largamente, es verdad, sobre la historia y la misión del pueblo español en la tierra; pero nadie puede dudar que al hacerlo, hemos referido también al mismo tiempo nuestra propia historia. Ochenta años, que son apenas un día en la vida de los pueblos, han trascurrido solamente desde la hora, no precisamente en que quedaron desligados los destinos de ambas nacionalidades, pero sí en que resonando por la primera vez en nuestros valles y en nuestras montañas el grito de libertad y de independencia, se marcó después de tres siglos, el primer antagonismo en nuestra vida é intereses comunes.

Desde ese punto, señores, entramos con todos los demás pueblos de Hispano-América, como ántes hemos dicho, en el movimiento de la civilización con una personalidad propia, que tomó su origen desde que, hace cerca de cuatro siglos, se ingertó la transformación cristiana en el estado idolátrico que había quedado rezagado y oculto en las regiones de este Continente desconocido y la noble y altiva raza española en la benévola y valerosa progenie indígena. Descendemos, por decirlo así, de ese aventurero y romanesco consorcio entre Fernando Cortés, el fiero extremeño descendiente de aquel puñado de valientes que resucitaron la nacionalidad española en la cueva de Covadonga, y de Marina, famosa indiana bosquejada por la pluma ruda é

ingenua de Bernal Díaz del Castillo; noble, buena, inteligente y varonil mujer, por cuyas venas corrió la sangre de la raza de Xicotécatl y de Cuautemoc, próceres venerandos de un vasto y floreciente imperio, sacrificados necesariamente á la obra de la civilización, augustos vencidos que no cedieron ciertamente en valor y heroísmo á sus vencedores, pero que sí les superaron sin duda, en los arranques de la grandeza y sublimidad del alma.

Hemos entrado, pues, señores, con ilustre origen y con gloriosa historia en la vida común de los pueblos, y á ello nos toca corresponder dignamente. Ruda ha sido la tarea que durante medio siglo ha llegado hasta poner en peligro la vida de los pueblos hermanos que se extienden desde el prolongado y casi desierto cauce del Bravo hasta las sonrientes y dilatadas márgenes del Plata; pero acaso se aproxima ya el momento señaladísimo en que, dando definitivamente punto á las continuas agitaciones de su vida, prosigan con serenidad y perseverancia la labor que les ha tocado desempeñar en la historia contemporánea y en la venidera. La cultura y los bienes con que la grandiosa civilización actual les regala, influirán poderosamente para establecer por fin un reinado de paz y de mútuos y benévolo respetos y con ésta, señores, se acrecentará el estudio de todas las cuestiones en que se interesan, se purgarán sus instituciones de cuanto ha de ser desechado por el carácter legítimo de esa civilización, desarrollarán y consolidarán su educación política, tan necesaria ya, y se conquistarán un estado duradero de bienestar y de progreso.

No pueden ser, por tanto, más oportunos y propicios, los instantes para saludar alborozados la aparición de asociaciones con un interés común, moral y material, pero sobre todo, señores, jurídico y legislativo, porque la Jurisprudencia y la Legislación, ya lo hemos visto, ejercen tan grande influencia en las naciones, que llegan á confundirse con ellas mismas al formar su estructura.

Y en cuanto á nosotros, señores, cuya exigua personalidad desaparece rodeada de tan inmensas ideas y hechos como concurren á formar el objeto de esta tan extraordinaria solemnidad, ¡qué honor tan grande y tan inmerecido se nos ha acorda-

do al enviarnos á recibir, por decirlo así, y dar la bienvenida en nombre de nuestra Sociedad de Abogados, sucesora de nuestro antiguo é ilustre Colegio en esta tierra, como España, de la abogacía, á esa docta y real Corporación de Madrid, que viene hoy á establecerse entre nosotros, representada por un grupo distinguido de compañeros nuestros en el noble y difícil sacerdocio de la Ciencia y del Foro! Desfallecería nuestro ánimo si no nos vieramos honrados con la presencia de los dignísimos representantes de las Naciones extranjeras amigas, del Cuerpo honorable de Secretarios de Estado, puestos al frente de la Administración pública, y con la presidencia, además, del ilustre ciudadano que, después de tomar parte principalísima en los grandes acontecimientos políticos de nuestras últimas décadas, ha dado la paz al país é impulsádolo por las vías del progreso material en el concierto del mundo.

Desde este lugar contemplamos igualmente, señores, con los ojos del espíritu á nuestros pueblos hermanos de América, á la gran república, hija también de este Continente, fundada por Jorge Washington, la más grande figura moral en la historia política de los últimos siglos; y la que tan importante factor es ahora en la civilización, pero sobre todo á esa gloriosa nación progenitora nuestra, que tan grandes pruebas ha dado en los años que corren, de reposo, de inteligencia y de patriotismo; regida en estos días por una dama augusta y nobilísima, modelo de madres y de reinas, respetada por todas las naciones y digna heredera de las dos grandes y gloriosas estirpes históricas que lleva en su sangre. A todos los saludamos con inmenso y cordialísimo júbilo, en nuestro entendimiento y en nuestro corazón. Bajo tan favorables auspicios, no haya temor de que la empresa internacional y grandiosa á que hoy nos adherimos, no produzca abundantes y celebrados frutos. Quiera el Cielo que así sea, señores, que ellos se derramen á torrentes sobre la civilización universal, sobre los intereses comunes de los pueblos que en estos momentos representamos, sobre esta grande, hermosa y amada patria mexicana!

INCOMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES MEXICANOS, PARA CONOCER DE LOS DELITOS COMETIDOS EN EL EXTRANJERO POR EXTRANJEROS.—CALUMNIA; NATURALEZA DE ESTE DELITO.—LUGAR DE SU COMISIÓN CUANDO ES INFERIDA POR CARTA QUE SE DIRIGE AL EXTRANJERO.

(Alegato presentado á la Suprema Corte de Justicia en el juicio de amparo pedido por D. Carlos Eisenmann, contra los procedimientos del Juzgado 2º Correccional.

SEÑORES MAGISTRADOS:

Carlos Eisenmann, en los autos del juicio de amparo que he solicitado contra los procedimientos del Juzgado segundo correccional, iniciados en virtud de acusación de calumnia presentada por el Sr. Ricardo Kent, ante vd. respetuosamente expongo que, mi acusador, sin exhibirlo en las actuaciones, ha hecho circular entre algunos de los Señores Magistrados que han de fallar en este juicio, un alegato impreso, en el que intenta la impugnación de la sentencia á revisión y de las razones por mi parte invocadas para fundar la procedencia del recurso. Esta circunstancia me obliga á someter á la consideración de la Suprema Corte algunas observaciones, encaminadas más bien que á insistir en una demostración hecha ya ante el inferior, á poner de manifiesto los sofismas con que mi acusador ha pretendido oscurecer una cuestión que se resuelve fácilmente con textos terminantes del Derecho positivo, con las unánimes enseñanzas de los publicistas y con los precedentes que, en casos análogos al presente ha establecido la jurisprudencia nacional y extranjera.

Pero antes de emprender el análisis de la situación jurídica creada por la acusación que ha motivado el proceso iniciado ante el Juzgado segundo correccional y la solicitud de amparo presentada al segundo de Distrito, debo ocuparme en ciertas cuestiones incidentales ó de mero detalle, á fin de que, una vez resueltas, me encuentre en aptitud de consagrar atención exclusiva al punto principal de esta contienda, que se trata de convertir en escabrosa y difícil, nada más que atrayendo sobre ella la notoriedad, por medio del escándalo, como si haciendo mucho ruido fuese posible imponer silencio á la ley, que ha previsto conflictos como el presente y proporcionado seguro criterio para dirimirlos, lo mismo en los casos en que los abogados buscan más la satisfacción del amor propio y las ventajas de la *réclame* profesional que el triunfo de la justicia, que en aquellos en que la cuestión es debatida tranquilamente entre las partes, en su terreno propio y sin complicarla con una extemporánea sumisión al dominio público.

Las cuestiones previas á que aludo, son las relativas á la nacionalidad de mi acusador y á la mía, pues, habiendo alegado entre los fundamentos de mi queja que ambos somos extranjeros y que el supuesto delito que se me reprocha, se consumó fuera del territorio mexicano, se afirma en el folleto que contesto, unas veces que falta la prueba de mi nacionalidad extranjera; otras, que si bien soy extranjero de nacimiento, me he hecho mexicano merced á ciertos actos que necesariamente han producido ese efecto, y otras, en fin, que, aun cuando el Señor Kent es extranjero, como mexicano debe ser considerado en cuanto concierne á su calidad de gerente de una compañía mexicana. En ninguno de esos diferentes é incompatibles supuestos se fija definitivamente la parte contraria, colócase de un modo sucesivo en todos ellos, y sin tomarse el trabajo de justificar una sola de sus aserciones, se lisonjea de que con ardid tan pueril sembrará la vacilación y la duda en el ánimo de los Señores Magistrados sobre un punto de hecho que ciertamente es decisivo; pero que, por fortuna está bien definido en las actuaciones, con irresistibles elementos de convicción.

Verdad es que cuando se reclama en la vía del amparo una violación de garantías debe el quejoso probar los hechos en que

funda su queja, y verdad es, por tanto, que para obtener la reparación del agravio que la motiva en este caso, he debido demostrar que somos extranjeros mi acusador y yo; pero siendo cierto todo esto, no lo es menos que esa demostración existe en autos, y de tal suerte concluyente, que solo la ceguedad de la pasión ó la malicia del litigante temerario pueden negarla. Veámoslo.

Presentada la solicitud de amparo, se pidió á la autoridad responsable el informe prevenido por la ley, y rindiéndolo el Señor Juez segundo correccional, á quien la responsabilidad de su alto ministerio veda el uso de ciertas estratagemas disculpables apenas en los litigantes, aceptó sin dificultad, como era lo natural y lo debido, que el punto de hecho sobre nacionalidad de las partes no era discutible. Todas las razones que aquel funcionario expone en defensa de su aptitud constitucional para conocer de la acusación presentada por el Señor Kent parten de la base bien establecida de que acusador y acusado son extranjeros, y si combate la aplicación que yo reclamo del artículo 188 del Código Penal, no es por que desconozca esa circunstancia, sino por que sostiene que el delito por el que me está procesando, aun cuando se consumó fuera de la República, fué preparado en ésta ciudad con actos de naturaleza tal, que atribuyen competencia á los tribunales mexicanos, no obstante la nacionalidad extranjera de los contendientes.

Séame permitido reproducir algunos pasajes del informe rendido por el Señor Juez segundo correccional, no obstante que obra en autos y que, á mayor abundamiento, figura entre los anexos del alegato impreso que ha hecho circular el Sr. Kent, para demostrar que el punto de hecho en que me estoy ocupando quedó establecido de tal suerte, que reducida la controversia á una cuestión de puro derecho, fué inútil la prueba que mi acusador echa de menos. «Aplicando, pues, al caso, dice aquel funcionario la doctrina del citado criminalista, es evidente que el hecho de escribir la carta y el de ponerla en el correo, son actos de ejecución constitutivos del delito; y si ellos se ejecutaron en México, como aparece de la misma carta y de la confesión de Eisenmann, la infracción fué cometida en esta capital, siendo por lo mismo, competentes sus tribunales para co-

«nocer de ella, POR MUCHO QUE EL ACUSADO Y EL OFENDIDO TENGAN LA CALIDAD DE EXTRANJEROS.»

Para el Señor Juez segundo correccional la cuestión en esta vez, consiste solamente en saber cual es el acto que constituye el delito y cual el lugar en que ese acto se ejecutó, pues, dice otro pasaje de su informe. «resuelto ese punto que pudiera llamarse el cardinal en el asunto, queda por eso solo hecho averiguado si los Tribunales de esta capital son ó no competentes para conocer de la infracción de que se trata.» Si toda la cuestión consiste en indagar cual es el acto constitutivo del supuesto delito y en donde tuvo verificativo ese acto, es claro que el otro factor, consistente en la nacionalidad extranjera de acusador y acusado está fuera de toda controversia. Hé aquí porque ni el Señor Promotor Fiscal del Juzgado de Distrito que falló en primera instancia ni yo consideramos necesaria una dilación probatoria. Los puntos de hecho por mi alegados en el escrito de introducción del recurso quedaron confirmados por el informe de la autoridad responsable del acto reclamado, y si es cierto el símil que se presenta en el alegato del Sr. Kent entre el juicio de amparo y el común, no puede menos que convenir en que respecto á hechos expuestos en la demanda y aceptados como ciertos en la contestación, la prueba es redundante é inútil. La jurisprudencia de la Suprema Corte tiene establecido que basta el silencio de la autoridad responsable sobre los hechos en que se haga consistir la violación de garantías, para que se les considere ciertos, de modo que, si así debe ser cuando esa autoridad con el solo hecho de no rendir el informe respectivo no contradice lo expuesto por el quejoso, ¿cómo no admitirlo, si el funcionario cuyos actos motivan la solicitud de amparo, léjos de negar los hechos que el quejoso refiere, los acepta y reconoce categóricamente, como en el presente caso los aceptó y reconoció el Señor Juez segundo correccional? Entre las numerosas ejecutorias que para probar la tesis ántes indicada puedo citar, escojo la de 17 de Enero de 1881 (Semana jud. tom. I. pág. 81) aunque sea solamente porque ella confirmó un fallo del actual Señor Juez segundo correccional, en la época en que desempeñó el Juzgado de Distrito de Guaymas, y en la cual declaró que por el hecho de no rendir la autoridad res-

ponsable el informe correspondiente. deben considerarse verídicas las aseveraciones del quejoso, resolviendo á su vez la Corte, que «de estos mismos autos aparecen comprobados los hechos aseverados por el promovente, puesto que la autoridad ejecutora del acto reclamado no rindió el informe que se le pidió oportunamente, en cuya virtud quedan en pie y como verídicas las alegaciones de Campa.» La conformidad presunta, pues, de la autoridad responsable, derivada de su silencio sobre la queja que se le da á conocer, basta para que se tengan por ciertos los hechos alegados por el quejoso. Luego la conformidad expresa, manifestada en términos inequívocos, con mayor razón debe ser considerada como la mejor de las pruebas que el reclamante puede presentar en apoyo de los hechos por él alegados. El Señor Juez segundo correccional no niega que en el proceso que ha comenzado á instruir, acusador y acusado son extranjeros; léjos de negarlo, acepta como cierto el hecho, y con toda claridad expresa que toda la cuestión en el caso está reducida á saber cual fué el acto constitutivo del delito y cual el lugar en que ese acto se consumió. Es, por tanto cierto, que averiguado el punto de hecho relativo á la nacionalidad de los contendientes, la controversia quedó reducida á un problema de puro derecho, que no requería para ser resuelto, la práctica de diligencia probatoria alguna.

Hay algo más, según esto, que mi simple afirmación sobre uno de los elementos constitutivos de la acción que he deducido. Contamos con una afirmación igual de la autoridad responsable, y esta coincidencia de afirmaciones es la más eficaz de las probanzas, así como es en el orden común el más seguro de los elementos de convicción para los jueces, la conformidad de las partes sobre los hechos que constituyen la situación jurídica que se les somete para que hagan la aplicación de la ley correspondiente.

Pero el Sr. Kent, temeroso de que la lectura del informe rendido por el Juzgado segundo de lo correccional desvaneciera todas sus objeciones basadas en la falta de prueba de mi nacionalidad, supuesto que en ese documento es reconocido el hecho, abandona ese punto de vista, cambia por completo de táctica y en el concepto de que sea yo extranjero de nacimiento, reclama contra la falta de prueba sobre la conserva-

ción de mi nacionalidad. En términos: después de asegurar que no he probado que soy extranjero; pide que se me niegue el amparo, porque no he justificado que he dejado de serlo, y permitiéndole él, que no es parte en este juicio, lo que á mí me reprocha injustamente, presenta una larga serie de afirmaciones no demostradas, por supuesto, para deducir de ellas que de grado ó por fuerza soy ciudadano mexicano. Honra grande es esta ciudadanía; y léjos, muy léjos de mí el propósito de repudiarla más los fueros de la verdad exigen que diga que no disfruto el honor de tenerla, y que sería el colmo de la injusticia, probado como lo está, que soy extranjero, exigirme la demostración de que no he dejado de serlo.

Todavía intenta el Sr. Kent otro recurso para impugnar la aplicación del art. 188 del Código penal, y descontento del resultado de sus esfuerzos para hacer dudar de mi carácter de extranjero, sin atreverse á negar que él lo sea, aspira, sin embargo á revestirse con la nacionalidad mexicana, pretendiendo que ha sido calumniado, no en su calidad individual, sino como gerente de una compañía mexicana, de lo cual deduce que, aunque sea extranjero, es mexicano, está sujeto á las leyes de Mexico en todo lo que se refiere á las funciones de su cargo, y ante ellas responde de cualquiera infracción penal que cometa referente á esas mismas funciones. Todo esto sería oportuno, dando por cierto que fuese exacto, si en esta vez se tratara de responsabilidades penales contraídas por el Sr. Kent en el desempeño de su encargo; pero notorio es que soy el acusado, que lo he sido, no por el gerente de una compañía mexicana, sino por Ricardo Kent y, por último, que no hay ley que establezca entre los modos de adquirir la ciudadanía ó la nacionalidad mexicana, el hecho de ser empleado en una compañía, constituida en este país y con sujeción á sus leyes.

En las concesiones que el Gobierno otorga, suele estipular que la compañía ó compañías que para explotar tales concesiones se formen, se reputarán mexicanas, y que nunca se podrán alegar respecto de los negocios relacionados con la empresa, derechos de extranjería; pero, en primer lugar, la compañía de que se titula gerente el Sr. Kent, no fué organizada en virtud de contrato celebrado con el Gobierno, y en segundo

lugar, en este conflicto, provocado por la acusación del mismo Kent, dicha Compañía no tiene personalidad ni interés, en la acepción jurídica, supuesto que no es parte en el proceso que ha comenzado á instruir el Juzgado segundo correccional. ¿Quién se ha atrevido, ántes que el Sr. Kent, á sostener que todos los directores ó empleados de las numerosas sociedades mercantiles que formadas de extranjeros existen en México son mexicanos? Aseguro que si tan extravagante teoría llegáse á prevalecer en este país, un verdadero clamor de protesta se levantaría por todas partes, como se ha levantado en el Brasil, en estos últimos días, con motivo de leyes que, sin ordenar la enormidad sostenida por el Sr. Kent, han intentado algo parecido, proclamando reclamaciones diplomáticas y una alarmante emigración de extranjeros que, amenazados de perder su nacionalidad, han preferido abandonar posición y fortuna, ántes que someterse.

Teme el Sr. Kent que si prevalece el principio que consagra la sentencia del inferior, México se convierta en un foco de agresión contra los extranjeros, y excita á la Corte á que no permita que este país se declare en contra de todos los principios de una verdadera civilización. ¡Cuánto más oportuno sería, en vez de declamar así, pedir al legislador la derogación del art. 188 del Código penal! Esos peligros que tanto alarman al Sr. Kent, son imaginarios. Si no él, sus consejeros deben saber que los publicistas, en previsión del abuso que pudiera cometerse á la sombra de la incompetencia que todas las legislaciones cultas establecen para que los tribunales conozcan de delitos cometidos en el extranjero, por y contra extranjeros, proponen el remedio, eficaz seguramente, de la expulsión, que es precisamente el que proporciona el citado art. 188 del Código penal, cuando después de consagrar el principio que he invocado como fundamento principal de mi queja, agrega que «quedará á salvo la facultad constitucional del Gobierno para expulsar á los delinquentes como extranjeros perniciosos.»

Prescindiendo de las medidas que el Gobierno podría tomar contra el extranjero que intentase aprovechar la incompetencia de los tribunales del país en que resida y desde el cual remita cartas difamatorias ó calumniosas, el ofendido tiene á su dispo-

sición medio eficaz de obtener la indemnización del daño que de esa manera se le cause, demandando en la vía civil al difamador. «L'individu outragé par un écrit diffamatoire publié en France pourrait en actionner l'auteur partout où il le rencontrerait, pour lui demander une réparation civile. Mais on ne pourrait pas dire que l'offensé aurait renoncé á l'action pénale par le seul fait d'avoir seulement exercé l'action civile devant les tribunaux étrangers, parce que ces tribunaux n'étaient pas compétents pour juger en matière pénale» (Fiore, Droit pénal international, pág. 202.) «Les limites apportées par le code d'instruction á l'exercice de l'action publique, en ce que concerne les délits commis en pays étranger, ne sont pas imposées á l'action civile résultant des memes délits; il résulte du rapprochement des arts. 14 et 1370. C. civ., que l'étranger peut être traduit devant les tribunaux de France pour la réparation du dommage provenant d'un délit par lui commis au préjudice d'un Français, et cela sans qu'il soit nécessaire que l'étranger soit trouvé en France» (Daloz, Compétence criminelle, núm. 143.) (1)

Por lo demás, á los tribunales no incumbe la misión de juzgar de la ley, sino la de juzgar según ella, y si una disposición terminante del Código penal niega á los jueces mexicanos la competencia para perseguir delitos cometidos en el extranjero, por y contra extranjero, suponiendo que fuesen grandes los inconvenientes resultantes de esa falta de jurisdicción, tales inconvenientes, si podrían ameritar la derogación de la ley ó su reforma, no pueden autorizar su desobediencia, mientras esté vigente. La jurisdicción, bastante sabido es esto para que me detenga en demostrarlo, viene única y exclusivamente de la ley. Ni razones de analogía ni la consideración de inconvenientes más ó menos graves pueden atribuir competencia á un juez que no la tiene, porque la legislación positiva se la niegue expresamente, y como esto pasa con los tribunales mexicanos, respecto á delitos perpetrados fuera del territorio nacional por un extranjero en perjuicio de otro extranjero, es preciso someterse al texto, que incondicional y absolutamente les prohíbe perse-

[1] En el mismo sentido Foelix. Traité de Droit intern. priv., lib. II, tit. IX, cap. II, pág. 542.

guir esa especie de infracciones penales, aun cuando se pudiese llegar á la demostración irresistible de que la aplicación del precepto conduce á resultados deplorables.

Y bien vistas las cosas, deben ser imaginarios los males que se asegura resultarían de la observancia del art. 188 del Código penal, porque lo cierto es que la regla que él consagra, la sancionan las legislaciones de los pueblos cultos, como he de probarlo plenamente en el curso de este trabajo; y no con teorías más ó menos metafísicas ni con declamaciones más ó menos hiperbólicas, sino con ejecutorias dictadas en casos iguales al presente, ó tan semejantes que en verdad puede decirse que la situación jurídica en todos ellos es idéntica.

Ni el Juzgado segundo correccional ni mi acusador pueden borrar del Código penal el precepto claro y terminante del art. 188; todos sus esfuerzos se estrellan ante ese texto que redactado en términos tales, que no consienten distinciones ni tolera interpretación; pero impotentes para salvar el obstáculo, tratan de eludirlo, sosteniendo los dos como, si ambos hubieran sido inspirados por un mismo pensamiento, como si ambos hubieran obedecido al impulso creador de una sola inteligencia, que el citado art. 188 no puede aplicarse con oportunidad y exactitud sino cuando al perpetrarse el delito en país extranjero, el ofensor y el ofendido, también extranjeros, se hallen fuera del territorio mexicano. ¿Cómo fundan sus autores, ésta interpretación restrictiva? ¿De que manera la concilian con el texto absoluto é incondicional del art. 188? En vano se buscará en el informe del Juzgado segundo correccional y en el folleto del Sr. Kent la respuesta á esas interrogaciones. El primero se contenta con una afirmación magistral, que nada demuestra, y en el segundo acude á las nebulosidades de la metafísica para revestir sus teorías con el aparato de una profundidad imponente, y nos habla de una objetividad ideal!! para hacer una frase tan sonora como vacía.

El art. 188 es terminante: «los delitos cometidos fuera del territorio nacional por extranjeros contra extranjeros, no serán perseguidos en la República:» ahora bien, para que la restricción que se intenta dar al texto fuese admisible, sería necesario que él ofreciera alguna obscuridad, ó que la proposición

general que enuncia, apareciera subordinada á la residencia del delincuente y de su víctima en la época de la consumación del delito. ¿Cuál es la frase, cuál el concepto del artículo en que nos estamos ocupando, que se refiera ni remotamente á esa circunstancia? La ley se fija exclusivamente en la nacionalidad del ofensor y del ofendido, y en el lugar de la perpetración, y ni testimonios de doctrina ni de jurisprudencia se nos presentan para justificar la consideración de un tercer elemento, consistente en la residencia del responsable de la infracción penal y del perjudicado con ella. Si es cierto, pues, como lo enseña la regla de derecho; que no es lícito distinguir cuando la ley no distingue, preciso será someterse al precepto, acatándolo tal como con perfecta claridad está redactado.

El criterio del legislador es la nacionalidad de las partes y el lugar de la comisión del delito, y si fuere cierta la restricción que propugnan el Señor Juez correccional y el Sr. Kent, habría necesidad de establecer otro, derivado de la residencia de aquellas; pero el Código penal no toma en cuenta este último elemento, considerado para decidir sobre la aptitud de los tribunales mexicanos, tratándose de infracciones consumadas fuera del territorio nacional, por extranjeros contra extranjeros, es sustituir una regla discrecional y arbitraria á la norma legal, sustitución que, si en todo caso sería reprochable, lo es mucho más, si es posible, en materia de jurisdicción, atento el principio axiomático de que ella deriva de la ley y exclusivamente de la ley, sobre todo en el orden penal, en el que no son admisibles prórrogas ni sumisiones voluntarias á jueces incompetentes.

Confío en que las observaciones que anteceden, encaminadas á obtener el esclarecimiento de las cuestiones que en este asunto tienen el carácter de previas, dejarán persuadido al tribunal de que, en primer lugar, está probada suficientemente la nacionalidad extranjera de las partes contendientes, y, en segundo lugar, de que los males que se temen por la aplicación del art. 188 del Código penal, ni pueden motivar la desobediencia de ese precepto, ni son tan graves como se les presenta, ni mucho menos son irremediables y por último, de que el citado art. 188, supuesta la amplia generalidad de su texto, no se

compadece con las restricciones que tratan de imponerle el Juzgado segundo correccional y mi acusador intentando sustituir una regla clara y terminante de nuestro derecho penal, con una teoría que no cuenta en su abono más que confirmaciones dogmáticas, y que desnaturalizan el sistema, introduciendo la arbitrariedad y el capricho en una materia que por su singularísima índole, debe estar y efectivamente lo está, regida por principios fijos, consagrados terminantemente por el derecho positivo.

Voy á encargarme de las objeciones presentadas por mi acusador contra el alegato que sometí al Juzgado segundo de Distrito y contra el fallo de revisión.

El programa de esta contestación, está trazado en los apuntes que la parte contraria ha exhibido, y hasta donde me sea posible, estudiaré las observaciones que contienen, en el mismo orden en que han sido presentadas.

El Sr. Kent desampara al Señor Juez segundo correccional en su empeño de demostrar que la calumnia es un delito continuo, y aceptando la tesis por mi sostenida, conviene en que la comunicación dolosa del delito que se imputa á persona que es inocente es lo que constituye la calumnia: aceptada esta base, comienza por afirmar que, en el caso, la comunicación se compone de tres elementos que entre si se completan: la escritura de las cartas, su remisión, y la lectura de ellas en el lugar de su destino. De estos tres hechos, agrega, los dos primeros se han verificado en la República, y el último en los lugares de Europa adonde fueron dirigidas las cartas, é invocando la autoridad de Le Sellyer, afirma que cuando el delito comprende un conjunto de hechos, el lugar del delito es evidentemente aquel en que se han cumplido los más importantes y como si las cartas no se hubieran escrito ni se hubieran enviado á Europa por el correo, la lectura de ellas no hubiera llegado á realizarse, concluye que la calumnia, motivo de la acusación, se verificó no en el lugar en que la carta fué recibida, sino en aquel en el que fué escrita y depositada en el correo.

Entiendo que con toda lealtad me he hecho cargo del razonamiento fundamental que propone el Sr. Kent, presentándolo con el mismo aparato lógico que él le reviste. Ahora bien:

despojados de la brillante apariencia con que se intenta disimular su irremediable frivolidad, esa argumentación descansa solamente en la estudiada confusión de los actos preparatorios de un delito con los que, según la ley, deben ser considerados como constitutivos del mismo. Estudiando cualquier delito, bajo el punto de vista escogido por la parte contraria, es decir, examinado con un criterio puramente ideológico; pero no jurídico, como en cada caso concreto no se concibe la consumación de la infracción penal sin la ejecución de los actos preparatorios, todos ellos vendrían á ser constitutivos, y el primero, por razón de tiempo ó en el orden cronológico, sería el principal, supuesto que, sin él, los sucesivos no se habrían verificado. Basta reducir así, á una fórmula precisa, la teoría que combato, para persuadirse de que es, científicamente apreciada, monstruosa.

Un ejemplo pondrá de manifiesto esa deformidad, mejor que cualquiera otra demostración. Un individuo residente en México, anuncia á todos los que quieren oírlo, que se propone emprender un viaje á París, para matar á un enemigo que vive en esa ciudad. Acompañado de testigos á quienes informa de su criminal designio, va á comprar el revolver con que ha de dar muerte á su enemigo, y pregonando siempre el propósito que le anima, compra pasaje para Europa, se embarca, hace la travesía hablando de la venganza que va á tomar, llega á París, busca, encuentra y asesina á su enemigo. ¿Cuál es el lugar del crimen? La consumación consiste en la muerte de un hombre, como la calumnia consiste en la comunicación dolosa de la imputación que se hace á otro de un hecho calificado por la ley como delito; pero en ese homicidio se observa un conjunto de hechos y si el principal ha de ser aquel sin el cual el último no existiría, siendo evidente que si el asesino no hubiese emprendido un viaje desde México para buscar en París á su víctima, no la habría matado, será necesario concluir, con la teoría del Sr. Kent, que el homicidio se perpetró en la capital de la República mexicana. ¡Véase hasta donde conduce la confusión entre los actos preparatorios y los actos constitutivos!

Lo que constituye la calumnia es la comunicación; en consecuencia, discurrendo con un criterio jurídico, como debe discurrirse en cuestiones sometidas á la decisión de los tribunales,

en el conjunto de hechos que se trata de apreciar bajo el punto de vista de su calificación legal, el lugar del delito es evidentemente aquel en que esa comunicación se realizó, porque como ella es el factor constitutivo de la calumnia, ella es el más importante de ese conjunto de hechos.

Escribir una carta y depositarla en la estafeta preparan si, la calumnia pero como no son aisladamente considerados, la comunicación misma, ni son los constitutivos, ni son, por tanto los principales. El acto principal tiene que ser necesariamente aquel sin el cual no se consumaría el delito. Ahora bien: escrita la carta y entregada al correo, por más que así estuviese preparada la calumnia, pudo suceder que esta no se realizase y que, por consiguiente no hubiese habido delito; luego el hecho principal consiste en la comunicación, y si ésta tuvo lugar en París y no en México, allí y no aquí se cometió el delito, según los principios que proclama mi adversario, si bien para retroceder ante sus ineludibles consecuencias.

Los actos preparatorios, lo demostraré en breve, contentánme por ahora con la enunciación del principio, cuando se trata de delitos consumados en lugar distinto de aquel en el que dichos actos se verificaron solamente atribuyen competencia, cuando por sí mismos, é independiente del hecho en que consistió la consumación, están previstos y castigados por la ley penal del país en que fueron ejecutados.

El caso de estafa que se cita en los apuntes del Sr. Kent, en apoyo de la tesis que combato, me proporciona oportunidad propicia de combatirle con sus propias armas.

«Por eso una ejecutoria francesa, dice, ha declarado que en el caso de estafa, el lugar del delito es aquel en que se han verificado las maniobras fraudulentas que tienen por objeto determinar la entrega de los valores ó efectos estafados» (pág. 6.)

Es de sentir que el autor de los apuntamientos á que me refiero se haya contentado con la simple cita de la fecha que lleva la ejecutoria á que alude, porque sin el conocimiento completo de las circunstancias del caso, es imposible formarse cabal concepto de la conducencia de la cita. No sabemos, pues, á punto fijo, que fué lo resuelto por la ejecutoria que se invoca: pero, en cambio el eminente F. Helie, ocupándose también de

un caso de estafa, nos dice lo siguiente: «Dans une troisième espèce, la Cour de Colmar a déclaré les tribunaux français compétents pour connaître d'un délit d'escroquiere consommé par des actes passés en France, encore bien que les manœuvres frauduleuses aient été commises en pays étranger. (Arr. cass. 21 Nov. 1886). «Ce point ne pouvait donner lieu à aucune difficulté, puisque c'est en France que le délit avait été exécuté. Mais si, en prenant l'espèce dans le sens inverse, les manœuvres frauduleuses avaient eu lieu en France et la remise des valeurs en pays étranger, les tribunaux français sauraient-ils encore être compétents? Il faut répondre négativement, puisque les manœuvres frauduleuses, isolées du fait de l'escroquerie, ne constituent aucun délit, et par conséquent ne peuvent donner aucune prise à la juridiction criminelle. Il ne serait autrement si ces manœuvres pouvaient former une tentative punissable ou si elles constituaient en elles mêmes et indépendamment de leur but, un crime ou un délit.» («Traité de l'instruction criminelle.» Tom. 2, pág. 168, edic. de 1866.) Séame permitido llamar la atención sobre la doctrina que acabo de copiar. En primer lugar, con la autoridad de una ejecutoria de la Corte de casación francesa, establece que en el delito de estafa, el lugar de la realización no es aquel en el que se verificaron las maniobras fraudulentas sino aquel en el que se obtuvo la entrega de los valores estafados, y esto á pesar del carácter manifestamente doloso de dichas maniobras. En segundo lugar, establece con perfecta claridad que los actos preparatorios, maniobras fraudulentas solamente, dan competencia á los tribunales del lugar en que hayan tenido verificativo si constituyen por sí mismos é INDEPENDIENTEMENTE DE SU FIN Ó OBJETO, verdaderas infracciones penales. Esto es, precisamente lo que yo he sostenido, esto lo que se declara en el fallo á revisión y esto mismo lo que no podría negar el autor de los apuntes que combato, si en vez de eludir la cuestión, gracias á los recursos que proporcionan el estilo brillante y la forma galana, tuviera que confesar en términos y sin elocuentes anfibologismos á la interrogación en que tal cuestión le fuese propuesta.

Asegura el Sr. Kent que escrita por mí la carta que considera calumniosa y depositada en el correo, hice cuanto hacer po-

día para que la comunicación de los hechos que le imputaba se realizara irrevocablemente en Europa, y que consumados aquellos hechos, el delito quedó irrevocablemente ejecutado. Para persuadirse de que esta proposición es falsa y falsa hasta un extremo inconcebible, basta fijarse en alguno de los numerosos accidentes que pudieron estorbar *la comunicación* en que consiste la calumnia. Que la carta se extraviase durante la travesía, que fuese inutilizada, que no llegase á su destino por mala dirección, que la persona á quien fué dirigida no la hubiese leído, etc., etc. Según los principios sostenidos por mi adversario, como que con el hecho de escribir la carta y con el de confiarla al correo estaba ya irrevocablemente ejecutado el delito, —son palabras textuales— aun cuando no hubiera habido comunicación, había habido calumnia! ¿Es posible sostener de buena fe y á impulsos de una convicción honrada, absurdo semejante? ¿Habrá quien crea sinceramente, que definiendo la ley á la calumnia, la comunicación dolosa á una ó más personas de la imputación que se hace á otro de un hecho determinado y calificado como delito por la ley, puede haber calumnia sin comunicación?

En el alegato presentado al Señor Juez segundo suplente de Distrito hice notar, y seguramente que en esto está conforme el Sr. Kent, supuesto que no lo ha contradicho, que, atenta la singularísima índole del delito de calumnia, no puede haber ni conato de calumnia ni calumnia frustrada; ahora bien, si fuese cierto que aun ántes de realizarse la comunicación yo habría perpetrado el delito desde que deposité en el correo la carta que contiene las imputaciones que se suponen calumniosas, sería necesario, siguiendo las irresistibles tendencias de la lógica, decir que aun en el caso de que la carta no hubiese llegado á su destino, es decir, que aun cuando nadie se hubiera enterado de aquellas imputaciones, sería yo reo de calumnia! No se atreve á decirlo así el Sr. Kent; pero es indudable que lo deja entender, afirmando con admirable aplomo, que «con aquellos dos hechos—escritura de la carta y entrega al correo—el delito había quedado desde entonces ejecutado irrevocablemente.» ¿Que podía importar, después de esa ejecución irrevocable, para considerarme reo de calumnia, que la carta fuese

ó no recibida? Si el delito estaba consumado, ¿cual podría ser la influencia de cualquier accidente posterior que impidiese la comunicación en que, según la ley consiste la calumnia?

Pero si es sorprendente que se haya hecho decir al Sr. Kent que se puede acusar de calumnia, aun en el supuesto de que por falta de comunicación no la haya habido, asombro mayor causa que después de atribuir á la ciencia esos principios, reñidos aun con el simple buen sentido, se afirma que ellos no carecen de precedentes en la jurisprudencia de los tribunales. Tres son los casos que se citan como testimonio de esa jurisprudencia. El primero es el de un francés que dirigió varias cartas al príncipe de Orange, residente en Bélgica, amenazándole de asesinato. Perseguido en Francia el autor de esas cartas, fué juzgado y sentenciado, resolviéndose en la ejecutoria de la Corte de casación que la competencia de los Tribunales franceses era ineludible, por el solo hecho de que la carta había sido escrita y emitida en Francia, aunque aquel á quien la carta se dirigía, habitaba en Bélgica y allí se le había entregado. La semejanza entre este caso, se dice, y el que es materia del amparo, no puede ser más completa. Mientras no hay comunicación, no puede haber amenaza, y no puede haber comunicación sino cuando la carta amenazante llega á su destino, y sin embargo, la ejecutoria reputa ejecutado el delito de amenaza por el solo hecho de haberse escrito la carta ó haberse depositado en el correo. Séame permitido decir que presentar á la consideración de la Suprema Corte el caso á que acabo de referirme como completamente semejante al que es materia del amparo es, á mi modo de ver, faltarla al respeto, porque se la supone capaz de una equivocación tan grosera, que apenas sería disculpable en una persona enteramente profana ó ignorante. En primer lugar, la cuestión que, según se dice en el folleto publicado por el Sr. Kent, fué resuelta por la Corte de casación, apenas la indicó el recurrente y verdaderamente no fué materia de decisión. Hé aquí los términos de la ejecutoria: «LA COUR;—Attendu, sur les deux premiers moyens pris du statut personnel et de l'insuffisance des questions soumises au jury que la question présentée au jury était conforme dans l'énonciation du fait imputé et de ses circonstances á l'arrêt de renvoi, et que

la réponse affirmative du jury sur la question ainsi posée a suffi pour justifier l'application de la loi pénale;—Rejette, etc.» Este es el fallo invocado por el Sr. Kent, tal como lo refiere Dalloz en el lugar que se cita (Competence criminelle, número 130). Los Señores Magistrados á quienes tengo la honra de dirigirme, resolverán si existe la *completa semejanza* de que se nos habla con tanta jactancia. En segundo lugar, el mismo Dalloz, con referencia á otro caso distinto del citado por el Sr. Kent expresa la razón de la competencia de los tribunales franceses: el hecho de escribir una carta amenazando á una persona constituye por sí mismo, una infracción penal. «Si la menace est punie, c'est parce qu'elle est par elle meme un fait extérieur de nature á causer un trouble social, en portant atteinte á la tranquillité de celui contre qui elle est dirigée. CELA EST SI VRAI QUE LA LOI LA PUNIT SANS QU'ON AIT A RECHERCHER SI L'AUTEUR DE LA MENACE AVAIT OU NON L'INTENTION DE LA METTRE EN EXECUTION» (A. Dufreche, De la Tentative en matière criminelle et correctionnelle, París, 1889, pág. 17.) En tercer lugar, y esto es lo más importante, en el caso que se nos presenta, fué *un francés* el autor de las cartas dirigidas al príncipe de Orange, amenazándolo de asesinato. Esta circunstancia era decisiva porque el Código francés de instrucción criminal, á semejanza de nuestro Código penal, dispone en su art. 5, que: «*Tout français qui, hors du territoire de la France, s'est rendu coupable d'un crime puni par la loi française, peut étre poursuivi et jugé en France*» precepto que, como lo expresa el caso cuarto del mismo artículo, es aplicable sea nacional ó extranjero el ofendido, de la misma suerte que el Código penal mexicano dice en el art. 186 que: «los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicanos ó contra extranjeros ó por un extranjero contra mexicanos, podrán ser castigados en la República y con arreglo á las leyes, si concurren los requisitos que enumera. ¿Estamos en caso de esta especie? El Sr. Kent, que se presenta como ofendido, es extranjero; extranjero soy yo á quien se acusa de calumnia, y fuera de la República se habría cometido la calumnia, en el supuesto de que ésta existiera. ¿Cómo, pues, se nos presenta como semejante una caso

en el que, el acusado tenía la nacionalidad del tribunal que lo juzgó?

Cambia de táctica el Sr. Kent, y abandonando la idea de que el delito por el que me acusa se cometió en México, presenta la cuestión bajo un nuevo aspecto, incompatible con el anterior, y dice: «cuando en un territorio comienza á ejecutarse un delito; cuando los actos en él cometidos envuelven una tentativa, los jueces de ese territorio son competentes para conocer del delito que se ha consumado en jurisdicción distinta.» La tesis, así enunciada es falsa; los tribunales del país en el que se realizan los hechos preparatorios son competentes, es verdad; pero solamente cuando esos hechos, independientemente del consumado en otro país, y por sí mismos, constituyen infracciones de la ley penal. El ejemplo que presenta el Sr. Kent tomado de la jurisprudencia francesa, lo demuestra cumplidamente. «Tratábase en el caso, se lee en el folleto que contesto, de varios individuos que intentaban introducir á mano armada, en el territorio francés, mercancías de contrabando. Los empleados de la Aduana los persiguieron hasta territorio extranjero, en donde pretendieron capturar las mercancías, y en donde fué muerto uno de los empleados perseguidores del contrabando. La Corte de casación, declaró competentes á los tribunales franceses y con razón, sin duda; porque como dice la ejecutoria, la tentativa de introducción de contrabando á mano armada, hecho por sí solo punible, independientemente de los que después ocurrieron, basta para sujetar á los reos á la jurisdicción francesa. «La ejecutoria, pues, citada por F. Helie, de quien la toma el autor del folleto que contesto, léjos de dañar á mi causa, la confirma, porque corrobora la teoría que he defendido y que es la misma que enseña el célebre criminalista cuyo nombre acabo de mencionar. «Les actes qui ne font que préparer l'infraction et sont accomplis sur le territoire échappent á la compétence des tribunaux de ce territoire, si l'infraction est commise en pays étranger, á moins qu'il s'agisse de certains actes préparatoires qui sont punis par des dispositions spéciales de la loi pénale, et que constituent par eux memes un délit. (art. 89, 265, 267, 305, C.

p.)—F. Helie, traité de l' instruction criminelle, tomo 2, números 686 y 687.

Por más que me cause pena fatigar la atención de la Corte, con largas reproducciones de doctrinas que son familiares á todo abogado mediantemente instruido, tanto se desnaturalizan los buenos principios en los apuntamientos que ha hecho circular el Sr. Kent, y con tanta habilidad se encubren las paradojas que sostiene, que no puedo dispensarme de invocar á la autoridad de los maestros en la ciencia, aunque sea solamente para demostrar que si me engaño, participan de mi error escritores que son consultados como los mejores intérpretes de la ley.

El mismo F. Helie—op. cit. tomo 2, núm. 686 dice: «La compétence de la juridiction française en ce que concerne les crimes commis en partie sur notre territoire, en partie dans le territoire étranger, est nécessairement subordonnée à une double condition.

«Il faut, en premier lieu, que l'acte d'exécution commis sur le territoire français constitue par lui meme et Isolement de tout autre fait, un delit quelconque.—conf. Mangin, act. publ., núm. 72, tom. 1, p. 131—En effet, pour que les tribunaux criminels soient en général, compétents, il est nécessaire, d'une part, que les faits soient qualifiés crimes ou délits par la loi pénale, et d'autre part, que ces faits aient été commises dans l'étendue du territoire soumis à leur juridiction. Si le fait, tel qu'il a été commis sur leur territoire ne constitue pas un délit, á quel titre seraient-ils saisis, puisque leur compétence est puisée dans la qualification de ce fait? Si pour lui imprimer cette qualification, il est nécessaire d' y rattacher des faits commis sur un territoire étranger, á quel titre connaîtraient-ils de ces faits accessoires puisqu'ils ne peuvent connaître du fait principal? La compétence ne peut donc exister qu'autant que le délit qui s'est consommé en pays étranger a été préparé en France par des faits que punit notre loi pénale, qu'autant que le délit commencé sur le territoire étranger s'est accompli ou prolongé en France par des faits qu'elle punit également.» 687. Il faut, en deuxième lieu, que les faits qui se sont passés sur notre territoire ou ceux á qui se sont passés sur le territoire étranger soient liés les

uns aux autres, et forment dans leur perpétration successive, un seul el meme fait.» Esta doctrina, irrecusable para la parte contraria, supuesto que ella también invoca la autoridad del eminente criminalista que la enseña, demuestra cumplidamente á mi entender, que no basta «la conexión necesaria del hecho principal, con el hecho accesorio, para fundar racional y jurídicamente la competencia del juez que conoce del primero, para conocer igualmente del segundo.» Tratándose de delitos preparados en un territorio y consumados en otro, para que los tribunales del primero sean competentes, se requiere, además de la conexión necesaria entre los actos de preparación y los actos de perpetración, que aquellos, POR SI MISMOS É INDEPENDIENTEMENTE DE LOS EJECUTADOS EN TERRITORIO EXTRANJERO, ESTÉN PREVISTOS ESPECIALMENTE POR LA LEY PENAL Y CASTIGADOS POR LA MISMA. Por esta razón el mismo Faustin Helie op. cit. núm. 29 y refiriéndose al delito de estafa, dice: «Si les manœuvres constitutives du délit d'escroquerie ont été accomplies au moyen de lettres adressées de l'étranger en France, comme c'est au lieu de destination que ces lettres ont produit leur effet, les tribunaux français sont compétents. ¿Cual es la razón de esa competencia? Que aun cuando los actos preparatorios de la estafa,—la escritura de las cartas y su depósito en la estafeta—tienen conexión necesaria con el hecho principal—la estafa—aquellos no constituyen por sí mismos contravenciones de la ley penal. El delito, pues, se comete en el lugar en que las cartas son recibidas, y por ende, los tribunales de este lugar son los competentes para perseguir dicho delito. Ejemplos como el que acaba de proporcionarnos Faustin Helie son los que deben ser presentados para formarse concepto de la cuestión, porque si, como lo hace el Sr. Kent en el folleto que contesto, se escojen á sabiendas de su impertinencia, casos en que tanto los hechos preparatorios como los de consumación, son delictuosos y punibles, considerados aisladamente, se presenta una situación jurídica que en nada, absolutamente en nada se asemeja á la presente, y se produce la confusión, único recurso que á la parte contraria queda para salir airoso en su empeño. En vez de presentarnos casos como los de robo, contrabando etc., que, aun cuando consumados en un lugar, fueron preparados en otro, con actos que

independientemente de su objeto final, constituían infracciones penales, el Sr. Kent debía decirnos cuales es la ley, cual la doctrina, cual la ejecutoria, que consideran como delitos y como tales los castigan, escribir una carta y depositarla en el correo, INDEPENDIENTE DE HECHO PRINCIPAL CONSUMADO EN EL EXTRANJERO; DE LA COMUNICACION CALUMNIOSA OBTENIDA POR ESE MEDIO. Mientras no se nos demuestre claramente que aquellos actos preparatorios, por sí mismos, separados del hecho en que consintió la consumación; son delitos, es imposible, á menos de atropellar todos los principios, sostener la jurisdicción de los tribunales mexicanos.

Afecta al Sr. Kent estar de acuerdo con esta teoría, pero acogiéndose á la autoridad de Fiore, bien que guardando completo silencio sobre la doctrina que el mismo Fiore enseña, con relación precisamente al caso de difamación por cartas que escritas y remitidas desde un lugar, son recibidas en otro, cita el pasaje en el que el autor dice que «cuando el acto cumplido en un país es de tal naturaleza, que conduce irrevocablemente á la perpetración del delito, y que es ejecutado por el agente con plena voluntad, el derecho de reprensión pertenece al Estado sobre el territorio del cual se ha verificado, aun en el caso de que el delito deba cometerse en un territorio sujeto á distinta soberanía,» y discurrendo con este criterio, afirma con aire triunfante que los actos por mí ejecutados en México no son actos simplemente probatorios, sino hechos que envuelven principio de ejecución, penados por la ley positiva mexicana, como que constituyen un conato punible. Contra esta argumentación que como irresistible se nos presenta, opongo el testimonio del mismo Fiore, que, ocupándose en la hipótesis de difamación cometida por medio de cartas escritas en un país y dirigidas á personas residentes en otro país, afirma categóricamente que «les JUGES DU PAYS OU CETTE PUBLICATION A EU LIEU DOIVENT ETRE REPUTÉS COMPÉTENTS POUR CONNAITRE DU DÉLIT,» agregando que: «CETTE RÉGLE POURRAIT ETRE APLIQUEÉ MEME DANS L'HYPOTHESE OU LE LIBÉLE DIFFAMATOIRE AURAIT ÉTÉ ÉCRIT DANS UN PAYS ET PUBLIÉ DANS UN AUTRE» (Tom. 1, pág. 202). A menos, pues, que se suponga que Fiore se contradice y razona con imperdonable inconsecuencia, será

preciso concluir en el sentido de que, los hechos de escribir una carta difamatoria ó calumniosa, aun cuando preparen el delito, no atribuyen jurisdicción á los tribunales del lugar en que tuvieron verificativo, si la comunicación se verificó en territorio sujeto á otra soberanía. Así lo ha resuelto la jurisprudencia nacional y extranjera, como más adelante hemos de verlo, y así debe ser si se considera que estos dos actos: escribir una carta difamatoria ó calumniosa y confiarla al correo, no conducen irrevocablemente á la consumación del delito, supuesto que mil accidentes posteriores pueden impedir que el libelo llegue á su destino, y aun en este caso, que se realice la *comunicación*, que, no me cansaré de repetirlo, es el único elemento constitutivo de la calumnia. El delito, pues, se comete en el lugar en que esa comunicación se verifica. Enséñalo así terminantemente Fiore, no exponiendo una doctrina más ó menos vaga, sino con referencia precisamente á la difamación, que no se diferencia de la calumnia, sino en la naturaleza de las imputaciones que se hacen al ofendido. «L'individu outragé par un écrit diffamatoire publié en France pourrait en actionner l'auteur partout ou il le rencontrerait, pour lui demander une réparation civile. Mais on ne pourrait pas dire que l'offensé aurait renoncé á l'action pénale par le seul fait d'avoir seulement exercé l'action civile devant les tribunaux étrangers. PARCE QUE CES TRIBUNAUX N'ÉTAIENT PAS COMPÉTENTS POUR JUGER EN MATIÈRE PÉNALE.» (Op. cit., pág. 202, tom. I.)

En vano se dirá que si bien la calumnia se consuma en el lugar de la comunicación, el daño al calumniado se experimenta en el de la residencia de este, ó como lo dice el folleto que contesto, engolfándose su autor en las nieblas de una sutil metafísica, que si la objetividad real del delito se realizó en las ciudades de Europa adonde fueron dirigidas las circulares que se reputan calumniosas, se verificó en México, residencia común de ofensor y ofendido, la objetividad ideal que resulta de la relación entre el acto y la ley infringida, y es vana la instancia formulada en tan abtrusa forma, porque el derecho es una ciencia eminentemente práctica, y no admite esa distinción, digna de Escobar ó de Scotto, y propia de las controversias teológicas, entre la objetividad material

y la objetividad ideal, que es invención flamante de los consejeros del Sr. Kent. «La juridiction des magistrats et tribunaux francais s'étend, donc á tout fait, incriminé por nos lois qui est commis en France ou dans une dépendance légale de son territoire quoique la personne lessée soit étranger (C. cass. 29 Dec, 1814) quoique le préjudice ait été ressenti ailleurs qu' en France (C. cass. 31 Janv. 1827); et quoique il s'agisse d'une diffamation par des écrits qui vont atteindre un étranger au dehors (C. cass. 22 juin 1826) Compétence, Sect. 11, parr. 3, núm. 27).

He dicho que la jurisprudencia universal está de acuerdo con estos principios y es tiempo de demostrarlo, escojiendo precedentes que tengan con el caso actual relación de analogía y de semejanza, y no buscando adrede, supuestos que, como los presentados por el Sr. Kent, se refieren á situaciones jurídicas sustancialmente diferentes.

«Le délit d'injures ou de diffamation ne se produit que dans le pays ou l'injure est recue, ou la diffamation parvient; en consequence, le juge francais n'est point compétent pour connaitre d'injures contenues dans une lettre adressés de France en pays étranger. (Trib. correct. Seine 2 Mars 1886, Droit du 3 Mars infirmant jug. Trib. simpl. polic., 20 Mars 1884.—Dans le meme sens, rapprochez Trib. féd. Suisse, 13 Mars 1880—Journal du Droit intern. privé, p. 226. Comp. Trib. Empire Allemagne, 19 Mai 1884 Journ. de Droit intern. privé., 1885 pág. 313.

«Le tribunal de simple police (20 Mai 1884) avait admis que le seul fait d'écrire une lettre d'injures et de la confier á la poste constitue un acte contraventionnel commis en France; et que, dans tous les cas, la compétence peut appartenir au juge du lieu de l'envoi, comme á celui du lieu de la destination de la lettre, surtout lorsque ce dernier lieu est situé en territoire étranger» (Vincent y Penaud, Diction. de Droit intern. privé, verb. Crimes et délits, cap. 1, núm 37.)

El Sr. Juez segundo correccional discurre como el tribunal de simple policia á que se refieren Vincent y Penaud. Como ese tribunal, aquel funcionario sostiene que los hechos de escribir la carta que se supone calumniosa y de dirigirla á su

destino, constituyen los elementos del delito y justifican la competencia de los tribunales del lugar en que tales hechos ocurrieron; pero ya ve la Corte que esa teoría sufrió completa repulsa, resolviéndose en definitiva, como lo ha hecho el fallo á revisión, que el delito de injurias ó de difamación, en nuestro caso de calumnia, se reputa ejecutado, cuando esos delitos se cometen por medio de cartas, en el lugar en el que estas son recibidas.

«Le délit d'injures par lettre ou carte postale se consomme au lieu ou la lettre est remise par la poste au destinaire. C'est donc le tribunal correctionnel du dit lieu qui est compétent ET NON CELUI DANS LE RESSORT DUQUEL LA CARTE OU LA LETTRE A ETE ECRITE OU EXPEDIÉ» (Clunet, Journal de Droit international privé, 1888, pág. 425) La declaración fué hecha, en los términos expresados por la Corte de casación de Turin, 6 Mayo 1888, Pres. Eurico—Minist. púb. di Fede (La Lege, 1886 t. II, pág. 386).

«Cuestión. Cuando la noticia, suelto ó escrito, constitutivo de una falta de imprenta, procedé de un telegrama dirigido al periódico que la insertó ¿qué Juez municipal será competente para conocer de la expresada falta, el del lugar donde se remitió el telegrama ó el del lugar en que publicó? Habiéndose insertado en el periódico *La Paz* de Lugo un telegrama procedente de Madrid, en el que, á juicio del Gobernador de la Provincia, se daban noticias falsas, instruyóse el oportuno juicio de faltas, condenando el Juez municipal al Director del periódico á la multa de 25 pesetas, en sentencia que fué revocada por el Juez de primera instancia, el que, sobreseyendo respecto del Director del periódico, determinó que fuesen dirigidas las actuaciones contra el remitente del telegrama, á consecuencia de lo cual, inhibióse en el Juez municipal de Lugo á favor del de igual clase del Distrito de Madrid, cuya inhibición resistió este, promoviéndose en su virtud una competencia negativa que hubo de resolver el Tribunal Supremo, quién declaró que el conocimiento de hecho correspondía al Juez municipal de Lugo, fundándose en que, según los art. 325 y 311 de la ley sobre organización del Poder judicial, es competente para conocer de un delito ó falta, el Juez del Distrito en el que se ha

cometido el hecho punible constitutivo del delito: que por el número 3 del art. 583 se pena como falta el hecho de publicar por medio de la imprenta, litografía ú otro medio, noticias falsas, de las que pueda resultar algún peligro para el orden público; y procediendo el hecho, origen del conflicto, de un telegrama remitido desde Madrid se publicó en Lugo, insertándose en un periódico del mismo, es evidente que con arreglo á la citada disposición, la publicación se realizó en esta última ciudad, y no en Madrid, donde no se hizo más que escribir las noticias publicadas después; cual última circunstancia vino á constituir el hecho punible, el que se cometió por lo tanto, en Lugo, correspondiendo su conocimiento al Juez municipal del mismo» (Sent. de 20 de Nov. 1873, inserta en la Gaceta de 8 de Dbre.) Viada, Código penal reformado de 1870, Tom. II, pág. 351.

En todos los casos que presento como testimonio de la jurisprudencia extranjera, habría podido decirse lo que el Sr. Kent dice en sus apuntamientos; si la carta, la tarjeta postal, el mensaje, no hubieran sido escritos y remitidos por su autor á su destino, ni injuria, ni difamación ni publicación de noticias falsas habrían podido existir, y sin embargo, los tribunales con uniformidad de verdad notable; y rectificando á las veces, apreciaciones como las del Sr. Kent, han resuelto que en todos esos casos, el lugar del delito es aquel en el que se recibió la carta, la tarjeta postal ó el telegrama y que, por tanto; los tribunales de ese lugar son los únicos competentes. La razón es una misma, tratándose de infracciones penales en las que, el hecho constitutivo es la comunicación ó la publicidad. Aquella ó ésta son el delito, ellas son la que producen la alteración del orden público, las que causan la alarma que debe hacerse cesar por medio de la reprensión.

Convirtiendo esta controversia en una discusión de alta metafísica, ántes según he dicho, é invocándose, con muy dudosa oportunidad, las teorías de Carrara, que no es un expositor del derecho positivo, sino un crítico que se propone desenvolver los principios de la teoría pura, pretende el Sr. Kent, con el descubrimiento inédito de la *objetividad ideal*, aislar, en el caso, los hechos ocurridos en México de los consumados en territorio extranjero, hasta el extremo, verdaderamente inconcebible, de

sostener que con los primeros quedó perpetrado el delito de que me acusa, porque dice, con ellos hice cuando estaba de mi parte para alcanzar la comunicación de las imputaciones que reputa calumniosas. Para formarse cabal concepto de la enormidad de tal teoría, basta fijarse en cualquiera de los accidentes que, aun después de escrita la carta y de confiada al correo, pudieron impedir que la comunicación se realizase. A ser cierta la tesis que el Sr. Kent propugna, como que con aquellos actos la calumnia estaba consumada, aun cuando la carta no hubiese llegado á su destino, es decir, aun cuando no hubiese habido comunicación, se me podría procesar por el delito consumado de calumnia!! En términos: aun cuando no hubiese infracción penal que reprimir, sería preciso considerarme reo. Y cuenta con que, en el caso no se me acusa de conato ó de delito frustrado, sino que se me hace responsable del delito consumado, de lo cual se deduce, que todas las observaciones encaminadas á sostener la competencia del Juzgado segundo correccional, por la consideración de que los hechos verificados en México importan, al menos, una tentativa punible, son perfectamente ociosas é inconducentes.

Tal es la fuerza incontrastable de la verdad, que, la parte contraria, no obstante el poderoso esfuerzo gastado en vano, para demostrar que el hecho en que hace consistir el delito de que me acusa se verificó en México, acaba por reconocer sin ambages ni reservas que ese supuesto delito fué cometido fuera del territorio nacional. Voy á probarlo, copiando á la letra el pasaje relativo de los apuntamientos presentados por el Sr. Kent á la Suprema Corte, ó para expresarme con exactitud, á algunos de sus honorables miembros.

Ya hemos visto que mi adversario, desesperado por la impotencia de sus esfuerzos para obtener la prueba de que la calumnia que me imputa se verificó en esta Capital, acudió al recurso de intentar la demostración de esta proposición verdaderamente parádójica: si bien soy extranjero, como que, en mi calidad de Gerente de una sociedad mexicana he sido calumniado y como por aquel concepto debe reputarse mexicano, es inconducente el art. 188 del Código penal. «Si esto es así—agrega, pág. 27—como lo es, ya no puede ponerse en duda que

el artículo aplicable al caso no es el 188 del Código penal, sino el 186, que da facultad á los jueces de México para castigar LOS DELITOS COMETIDOS FUERA DEL TERRITORIO NACIONAL POR UN EXTRANJERO CONTRA UN MEXICANO.» Esta conclusión no se nos presenta como resultado de premisas supuestas ó hipotéticas; es una afirmación perentoria, formulada en términos categóricos, hasta el extremo de que, dispensándome de mayor insistencia sobre el punto principal del debate, me deja por única tarea, la de combatir la extravagante pretensión de que, por ser el Sr. Kent gerente de una compañía que tiene su domicilio en México, y que se llama «La Mexicana,» el es también mexicano. Ahora bien: ya se ha visto que este modo de obtener la naturalización, es una de tantas invenciones flamantes de mi adversario. Estamos, pues, de acuerdo, si en concepto del Sr. Kent, el artículo aplicable al caso no es el de 188 del Código penal, sino el 186, en estos dos hechos cuya decisiva importancia no necesito ponderar: primero, yo soy extranjero; segundo: el delito de que se me acusa, se cometió fuera del territorio nacional. En consecuencia, el único punto litigioso que aguarda la resolución de la Suprema Corte, es el relativo á la nacionalidad de mi acusador, y sin jactancia aseguro que no es posible abrigar inquietud sobre el fallo del Tribunal á este respecto.

Deliberadamente he dejado hasta este momento el exámen de las objeciones que el Señor Kent presenta contra la oportunidad del precedente establecido por la misma Suprema Corte, en la ejecutoria de 14 de Mayo de 1887. Esa ejecutoria decide la cuestión, y como es decisivo el elemento de convicción que ella proporciona, invocándola debo pronunciar la última palabra en esta contienda.

Séame permitido, para evitar que sean desnaturalizados los razonamientos en que se funda la decisión que invoco, insertarla literalmente.

México, Mayo 14 de 1887.

Vistos los autos sobre competencia suscitada por el Juez de 1ª Instancia de Chicontepec, Estado de Veracruz, al 3º Correccional de esta ciudad, para conocer de la causa que por

difamación ha promovido Ramón F. Riveroll contra Cipriano Castillo Mercado. Vistos los informes de los jueces competidores: lo pedido por el C. Fiscal de esta Corte Suprema, en favor de la jurisdicción del mencionado Juez 3º Correccional.

Resultando: Que en seis de Abril del año próximo pasado, Ramón F. Riveroll se presentó ante el agente del Ministerio público en turno, formulando una acusación contra el responsable del remitido inserto en el periódico «El Nacional,» número 228, y en el que se imputaba al querellante el delito de abuso de confianza, por haber dispuesto fraudulentamente de la cantidad de \$450, que recibió para expensar los gastos del juicio civil seguido por los indígenas de Alahuatlilla de Chicontepec.

Resultando: Que de las diligencias al efecto practicadas, y entre las que se hallan la responsiva y el original del remitido, aparece que el autor de éste era Cipriano Castillo Mercado, por lo que, con fecha ocho del mencionado Abril, el Juzgado 3º Correccional, que del negocio conocía, libró exhorto al Juez de 1ª Instancia de Chicontepec, para que examinara al citado Cipriano Castillo Mercado, miembro del Ayuntamiento de aquella localidad, á que se contraía la acusación de Riveroll.

Resultando: Que el Juez de 1ª Instancia de Chicontepec, con motivo del expresado exhorto, libró inhibitoria al Juez exhortante, reclamándole el conocimiento del negocio, é iniciándole la competencia respectiva si no cedía á aquella inhibitoria.

Resultando: Que el Juez de Chicontepec hace consistir su jurisdicción en que debiendo estimarse como un delito continuo; y habiendo tomado su origen esa difamación en el Cantón de Chicontepec, donde se manifestó por palabras el hecho, y haberlo verificado en México por medio de la prensa, no fué más que una circunstancia accidental, que agravó más el delito y lo consumó. En consecuencia, habiéndose cometido realmente el delito, dice el Juez de Chicontepec, en su jurisdicción, á él le corresponde el conocimiento, de conformidad con lo prevenido en la ley 3ª tit. 16, lib. 8º, de la Recopilación; ley 21 tit. 5º lib. 2º de las leyes Recopiladas de Castilla, ley 4ª tit. 3º Part. 3ª y ley 1ª tit. 29 Part. 7ª; citando á mayor abunda-

miento las respectivas doctrinas de Carleval, Villonova, Ortolan etc.

Resultando: Que el Juez 3º correccional insiste en su competencia, fundándose en que, si bien aparece que Cipriano Castillo Mercado escribió en Chicontepepec el remitido en cuestión, también lo es que ese mismo hecho no era conocido ni se había comunicado, sino desde el momento en que se dió á la luz pública y se circuló por la prensa, cuyas circunstancias, alega el Juez informante, determinan una de las bases constitutivas del delito de difamación, y como aquella circulación y publicación por medio de la prensa, tuvo su verificativo en esta capital, á él legalmente le corresponde conocer de la respectiva averiguación.

Considerando: Que como hace notar el C. Fiscal de esta Corte Suprema, es Juez competente, conforme á la ley, el del lugar en que se comete el delito; y no puede ponerse en duda, que remitida una carta por el correo bajo la salvaguardia é inviolabilidad que determina como una garantía constitucional el artículo 25 de la Constitución general de la República, el delito de difamación de que se trata, en rigor de derecho, solo puede decirse que efectivamente se cometió en esta capital, atentas las circunstancias de que se ha hecho mérito, y que cae por lo mismo bajo la jurisdicción del mencionado Juez correccional.

Por estas consideraciones y demás en que se apoya el pedimento del C. Fiscal, es de declararse y se declara: que el Juez 3º correccional de esta capital, es el competente para seguir conociendo del proceso que por difamación se ha comenzado á instruir contra Cipriano Castillo Mercado y cuyo proceso ha dado lugar al presente conflicto.

Remítanse las actuaciones al expresado Juzgado 3º correccional, con copia certificada de esta sentencia para los efectos legales; y remítase copia igual al Juez de 1ª instancia de Chicontepepec, y archívese el Toca.

Así por unanimidad de votos lo decretaron los CC. Presidente y Magistrados que formaron la 1ª Sala de la Suprema Corte de Justicia, y firmaron.—M. AUZA.—M. SAGACETA.—

FRANCISCO M. DE ARREDONDO.—J. M. AGUIRRE DE LA BARRERA.—M. VILLALOBOS.—ALEJO M. GÓMEZ EGUIARTE, oficial mayor.

¿Cuales son los argumentos que se oponen á la oportunidad de este importantísimo precedente de nuestra jurisprudencia? Los estudiaré por su orden.

Dícese, en primer lugar que, en el caso resuelto por la Suprema Corte, domiciliado el ofendido en el Distrito Federal, la ley infringida, el derecho atacado, es decir, el elemento objetivo de la difamación, estaba en la residencia del ofendido, y que la pretección que debía ampararlo era la del Distrito federal: sus jueces eran, pues, los competentes para reprimir el delito. A esta objeción—prescindiendo momentáneamente de que descansa sobre un teoría enteramente inédita en derecho penal—contestaré desde luego con una observación irrecusable para el Sr. Kent, pues, él es el que la ha hecho en sus mismos apuntamientos (pág. 19). «Las leyes solo se infringen cuando son leyes, y sólo tienen eficacia para obligar á aquellos para quienes se promulgan.» Ahora bien: domiciliado el Sr. Castillo Mercado en Chicontepepec, Estado de Veracruz, las leyes vigentes en el Distrito federal no eran para él obligatorias, y no siendo leyes para él, ni pudo violarlas ni por las mismas pudo ser juzgado y sentenciado. Razonando, pues, con el criterio que hace depender la competencia para perseguir un delito, de la residencia del ofendido, habría sido preciso declarar que el Sr. Castillo Mercado era irresponsable. En efecto, los tribunales del territorio de su residencia carecían de jurisdicción; las leyes del Distrito federal, únicas que en materia penal podían aplicar los Jueces del Distrito federal, no eran las leyes para el acusado. ¿Cómo, entonces, podría ser juzgado?

La verdad es, Señores Magistrados, que hacer depender la jurisdicción del tribunal que ha de perseguir algún delito, de la residencia del ofendido, es apartarse de todos los principios y sustituir al criterio de la ley y de la doctrina unánimemente aceptada, una regla de aplicación imposible.

El criterio legal, en ésta materia, es el del lugar del delito. «Le lieu ou le délit a éte commis est un élément qu'il importe

de considérer, en certains cas pour la pénalité, ET EN REGLE GENERALE POUR LA COMPÉTENCE DES JURIDICTIONS.» (Ortolan, *Eléments de Droit pénale*, T. 1, núm. 853.)

«Comme la loi pénale a pour objet principal la défense juridique, la répression pénale appartient à l'État sur le territoire duquel la loi a été violé» (Fiore, *Droit pén. intern.*, T. 2, pág. 27.)

En el derecho penal, las vacilaciones han existido para optar entre la jurisdicción del lugar del delito y la del domicilio del delincuente, pero ni antes de la codificación ni después de alcanzado este progreso, se ha tomado en cuenta, para fijar reglas de competencia, la residencia del ofendido. En el mayor número de casos, como es fácil comprenderlo, el delito se perpetra en el lugar en que se encuentra la víctima; pero es muy posible que esa coincidencia no se realice, y entonces queda solamente como base para fijar la jurisdicción—salvo excepciones muy contadas, como son las que establece el art. 184 del Código penal—el lugar del delito. Un individuo domiciliado en México—v. g.—tiene fondos en poder de un Notario establecido en París. Este se los apropia, robando a su cliente. ¿habrá quien sostenga seriamente que para perseguir el delito, son competentes los tribunales mexicanos, porque el ofendido reside en territorio sujeto a la jurisdicción de esos tribunales? Esto es lo que sostiene el Sr. Kent, disfrazando tan absurda teoría con frases como *elemento objetivo, objetividad ideal*, etc. El robado, en el caso supuesto vivía en México, bajo la protección de sus leyes; aun cuando, pues, la objetividad material del delito se haya realizado en París, el derecho violado existía aquí, la objetividad ideal está, por consiguiente en el lugar de la residencia del ofendido, y discurrendo así, sería necesario, llegar hasta el extremo de sustituir todas las reglas sobre competencia para la represión penal, por esta que es tan sencilla como absurda: es competente para perseguir los delitos, el Juez del territorio en el que resida el ofendido.

En seguida, el Sr. Kent se empeña en demostrar que la situación jurídica en el delito de calumnia es distinta cuando es distinto el medio de que se vale el culpable para cometerla, ó en términos: la calumnia cometida por medio de carta privada,

es jurídicamente diferente de la calumnia hecha por medio de la prensa. ¿En qué consiste la diferencia? Según el Sr. Kent, en que cuando se calumnia por carta, escribiéndola su autor y remitiéndola a su destino, se ha hecho todo lo que el agente podía hacer para la realización del delito, mientras que, en el otro caso, hay que contar con la voluntad de la persona que ha de hacer la publicación. Incuestionablemente hay diferencia material entre la calumnia por carta y la calumnia por medio de la prensa; pero la diferencia no alcanza hasta modificar la esencia jurídica del delito. En los dos supuestos, es el mismo. «La injuria, y la difamación y la calumnia son punibles sea cual fuere el medio que se emplee para cometer esos delitos, como la palabra, la ESCRITURA MANUSCRITA Ó IMPRESA, los telegramas, el grabado, la litografía, fotografía, dibujo ó pintura la escultura, las representaciones dramáticas y las señas» (art. 644 Cód. pen.)

La diferencia consiste en la mayor gravedad del delito cuando es cometido por medio de la prensa, porque, entonces la publicidad constituye una circunstancia agravante (art. 656 Cód. pen.;) pero la infracción es una misma.

La circunstancia de que el Director del periódico consienta ó no en hacer la publicación difamatoria ó calumniosa, si puede crear una relación de complicidad ó de co-autor, no modifica, en lo más mínimo la responsabilidad del autor de la imputación ofensiva, que escribiéndola y remitiéndola a su destino, hace cuanto a su alcance está, lo mismo cuando la manda a un periódico que cuando la dirige a un particular.

Cuando la calumnia se hace por carta, dice el Sr. Kent, una vez escrita y depositada en el correo, solamente un caso fortuito puede impedir la consumación del delito; mientras que si se trata de publicación en un periódico, diversas circunstancias pudieran impedirlo. No niego que así sea; pero sostengo que la diferencia que como sustancial se nos presenta, bajo el punto de vista jurídico nada significa. En efecto, sea cual fuere en los dos casos, el obstáculo para la consumación, basta que él sea independiente de la voluntad del agente, para que exista el conato punible (art. 20 Cód. pen.) ó el delito frustrado (art. 26, eod.,) de lo cual deduzco que la circunstancia de ser un caso fortuito ó la

falta de cooperación de tercera persona el motivo de la no consumación de la calumnia, en nada modifica la situación jurídica del responsable, supuesto que tanto aquel caso fortuito, como, la no cooperación de la tercera persona, son causas extrañas á la voluntad del agente ó independientes de ella.

El Sr. Kent, invocando precedentes de jurisprudencia extranjera, insiste en la diferencia jurídica entre la calumnia y los delitos de imprenta; yo no tengo que discutir la exactitud ó la oportunidad de esos precedentes; pero puedo sí afirmar con absoluta seguridad, que con arreglo á nuestro Código penal, no son infracciones distintas la difamación ó la calumnia por carta ó de palabra y la difamación ó la calumnia por medio de la prensa. Ya he citado los textos y demostrado con ellos que la publicidad, en el segundo caso, no constituye más que una circunstancia agravante, pero sin influir para nada en la clasificación del delito.

Esto no bastante, fácil es demostrar que aun en los países en que los delitos de imprenta están sujetos á un régimen especial, es el lugar de la publicación, cuando se trata de difamación ó de calumnia; el que debe ser considerado como lugar de la ejecución del delito, y son los tribunales de ese lugar los competentes para perseguirlo. Ocupándose Chassan, en su *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse, de la competencia territorial en sus relaciones con la acción pública* (T. II, part. II, lib. II, cap. I, parr. II, núm. 1277) dice: «Cette compétence peut se présenter dans les trois cas suivants, qui concernent savoir: 1º Les délits commis par la parole; 2º ceux commis par la presse; 3º ceux commis par la voie de l'écriture.»

«1278. Avant de parler séparément de ces trois hypothèses, je dois faire observer que le juge français N'EST COMPETENT QU'A L'EGARD DES CRIMES ET DELITS COMMIS SUR LE TERRITOIRE DE LA FRANCE. Il ne l'est pas pour les infractions commises à l'étranger, si ne n'est dans les cas exceptionnels prévus par les art. 5 et 7 du Code d'instruction criminelle, dont les dispositions d'ailleurs ne doivent pas être étendues aux simples délits; car dans leur texte, comme dans leur esprit, elle s'appliquent qu'aux faits qualifiés crimes et punis comme tels» Esta-

blecida ésta base común á todas las infracciones en que se ocupa, en el núm. 1293 se dedica especialmente á los delitos de la escritura y dice: «Mais les délits de l'écriture font comme ceux de la presse, un mal continu. Pourraient-ils être poursuivis partout où l'écrit aura été distribué saisi ou appréhendé? Oui, sans doute; mais il ne résulte pas de là que l'auteur de l'écrit (qui composait), pour me servir des expressions déjà citées de la loi romaine, puisse être actionné devant tout tribunal dans l'arrondissement duquel l'écrit a pénétré. A la vérité, d'après le droit commun, le délit peut être jugé là où il a été commis, et, dans l'hypothèse, LE DELIT ET COMMIS LA OU L'ECRIT A ETE DISTRIBUÉ. Mais ce n'est pas à dire que l'auteur de l'écrit soit indistinctement responsable du fait de distribution. Il faut admettre ici la distinction sanctionnée par la cour suprême dans l'arrêt du 18 septembre 1818 déjà cité. Ainsi, de deux choses l'une, ou l'auteur a coopéré à la distribution, ou il n'y a pas contribué. Dans le premier cas, il a commis le délit là où l'écrit a été distribué avec sa coopération. Dans le deuxième cas, il n'a pas commis de délit; car le délit consiste dans la publication, et s'il n'y a point participé on ne peut pas dire qu'il se soit rendu coupable d'un délit.»

Estas teorías no son especialidad de los delitos que se cometen por medio de la escritura, de la palabra ó de la imprenta; es decir, no son particularidades de la legislación positiva relativa á esa clase de infracciones penales. El eminente Ortolan las profesa como expresivas de los principios generales sobre elementos y mal del delito. «952. Quant à ces actes d'exécution, si on les suppose multiples il suffira que l'un d'entre eux ait eu lieu chez nous pour que le délit puisse être qualifié de délit commis en France. Ainsi le meurtre commis par un coup de feu d'un territoire étranger sur une personne en France, ou du territoire français sur une personne à l'étranger, est, dans les deux cas, commis en France, parce que le fait d'avoir tiré l'arme, ou le fait de la balle qui en est venue atteindre la victime, sont l'un et l'autre des faits matériels d'exécution. Meme motif et meme solution pour la menace d'assassinat, d'empoisonnement ou d'incendie, avec ordre de déposer une somme d'argent dans un lieu déterminé, adressée par écrit soit de

France á une personne á l'étranger soit de l'étranger á une personne en France. Meme solution pour la publication d'un écrit diffamatoire en France, bien que la personne diffamée se trouve en pays étranger (¿qué pasa con la objetividad ideal inventada por el Sr. Kent?); MAIS IL N'EN SERAIT PAS DE MEME DU CAS INVERSE; C'EST-À-DIRE DE LA PUBLICATION EN PAYS ÉTRANGER D'UN ÉCRIT DIFFAMATOIRE CONTRE UNE PERSONNE DEMEURANT EN FRANCE, TANT QUE CETTE PUBLICATION N'AURAIT PAS FRANCHIE NOTRE FRONTIÈRE, PARECE QUE ICI, IL N'Y AURAIT EU EN FRANCE AUCUN FAIT MATERIEL D'EXECUTION.» (Ortolan. *Elémentes de Droit penal*, Tom. I. pág. 422).

La enseñanza no puede ser más terminante ni más oportuna: la publicación de un escrito difamatorio hecha en país extranjero contra persona residente en Francia, no atribuye competencia á los tribunales franceses, á menos que el escrito difamatorio pase la frontera, y esto, según nos lo acaba de decir el especialista Chassan, si este último hecho es obra del autor mismo del escrito.

Está, pues, demostrado, que si bien no son exactamente iguales, en todos los detalles el caso resuelto por la Suprema Corte de justicia en la ejecutoria de 14 de Mayo y el que es materia del presente amparo, la situación jurídica es la misma. Sobre todo, lo mismo en ésta ocasión que en cualquiera otra en que se invocan precedentes de jurisprudencia, lo que se busca es la conclusión ó tesis legal establecida, en vista de elementos de hecho que sustancialmente son iguales á los que han provocado la contienda que se va á decidir. Esto supuesto, ¿cuál es el principio sancionado por la Corte, en la ejecutoria citada? Que remitida una carta por el correo bajo la salvaguardia é inviolabilidad que determina como una garantía constitucional el art. 25 de la Constitución general de la República, el delito de difamación consumado por ese medio, se reputa cometido en el lugar en que la carta fué recibida y en el que se operó la comunicación de las especies difamatorias.

La circunstancia de que el difamador residiera en un lugar y el difamado en otro—ruego respetuosamente á la Corte que se sirva fijar en este punto su atención—no influyó para nada en la sentencia que dirimió la competencia suscitada, á favor

del Juez correccional de esta capital. Las circunstancias de que hace mérito el tribunal, son sencillamente éstas: la carta difamatoria fué escrita y remitida en un lugar, y recibida y publicada en otro; pero como aun después de escrita y de confiada al correo, no hubo comunicación ó publicidad, atenta la reserva inviolable de la correspondencia, el delito no tuvo manifestación anterior sino hasta que dicha carta llegó á su destino y fué publicada. ¿Cual es el fundamento jurídico invocado por la sentencia, que derive de la residencia del ofendido? ¿En donde se hace referencia, vaga al menos, á este detalle?

Sobra habilidad á los consejeros del Sr. Kent y no era fácil que se decidieran á criticar la ejecutoria de la Corte; la aplauden, pues, y dicen que la encuentran correcta; pero, á reserva de desnaturalizarla, atribuyéndola conceptos y consideraciones que no encierra. El arbitrio hace honor al ingenio de los que lo han discurrido; pero es impotente para debilitar, no digo para destruir, la autoridad que para la Suprema Corte deben tener sus propias decisiones, sobre todo si, como en el caso, ellas están estrictamente arregladas á derecho y de acuerdo con la jurisprudencia de los países cultos.

Voy á concluir estos apuntes, cuya formación tuve que retardar, por no haber sido posible procurarme con la oportunidad necesaria, el alegato de la parte contraria, que no ha tenido á bien exhibirlo en autos; pero antes de formular mi pedimento, permítaseme presentar algunas consideraciones sobre puntos que si no se relacionan estrechamente con las cuestiones jurídicas que va á resolver la Corte, servirán, sí, para disipar la mala prevención que hayan podido causar las apreciaciones de mi acusador.

En el alegato presentado al Juzgado segundo de Distrito di á conocer el origen de la persecución contra mí emprendida, de suerte que, refiriéndome á lo expuesto en esa ocasión, agregaré solamente que el proceso iniciado ante el Juzgado segundo correccional, no es más que un apremio para obligarme á prescindir de las reclamaciones que tengo propuestas contra «La Mexicana,» ó para decirlo mejor, contra las personas que utilizando toda clase de medios, se han enseñoreado de la Compañía.

He atacado la validez de ciertas operaciones, mediante las cuales, el Sr. Goldschmid, presidente del Comité de Europa de «La Mexicana,» enagenó terrenos en la Baja California, recibiendo en cambio la mayor parte de los «petits bleus» ó sean los títulos de la llamada deuda franco-mexicana de 1864, contraída por el gobierno usurpador, y ésta resistencia mía á esa operación, que no es del caso calificar, es la que principalmente ha traído sobre mí las iras de ese «financiero.» La acusación de calumnia presentada por el Sr. Kent, no es más que una represalia y un medio de intimidación para obligarme á aceptar arreglos que he considerado indecorosos, aún sin contar con el perjuicio que á mis intereses causarían. Mi acusador ha tratado de presentarme como enemigo sistemático de la Compañía, animado del deseo de procurarle el mayor número posible de dificultades; más para destruir ese injustísimo cargo, que se funda en una estudiada confusión entre los intereses de «La Mexicana» y los de la minoría que se ha adueñado de ella, me bastará hacer presente que soy el principal accionista de esa sociedad, de suerte que, si fuese cierto que tengo el propósito declarado de dañarla á todo trance, sería yo la primera víctima de tan torpe intención. Y para que no se diga que aventuro afirmaciones, sin darme el trabajo de probarlas, á continuación copio la lista de presencia de la asamblea general de accionistas verificada en París el día 8 de Diciembre de 1888.

	1ª PREFERENCIA.	2ª PREFERENCIA.	ORDINARIAS.	VOTOS
A. Nuñez.	125		16	16
A. Lehmann.	250		400	32
A. Cohen.	250		400	32
Bonneam.	10		16	1
C. Bogler.	125		200	16
A. G. Schiff.	125		200	16
R. Herz.	25		40	3
Ullmann.	12 ^{1/2}		20	1
Benand.	12		20	1
Cassel.	250		400	32
Ludwig Schiff.	25		40	3
Eugenio Goldschmid.	422		640	53

	1ª PREFERENCIA.	2ª PREFERENCIA.	ORDINARIAS.	VOTOS
Moritz B. Goldschmid.	125		200	16
Pablo Macedo.	125		200	16
B. New gass.	350		600	48
El Sindicato mexicano.			1500	75
A. Zaig.	125		200	16
M. Horner.			200	10
C. EISENMANN.	1350	5000	1960	415
J. Hellmann.	25		1	1

Este solo dato permitirá á la Corte formarse concepto de la acusación que se me dirige al presentarme como al enemigo capital de la compañía, y la explicará también, porque se me ataca con tanto encarnizamiento.

La verdad es, Señores Magistrados, que la *calumnia* de que he sido acusado, no afecta mucho al Señor Kent, y la prueba de ello, es que el mismo se ha encargado de hacer públicos los cargos que le he hecho, circulando el folleto que contesto. La acusación es un arma de combate, que si fuese cierto que el referido Señor Kent no busca con ella más que una vindicación, no habría insistido en sostenerla, después que llamado yo á la presencia del Señor Juez segundo correccional, manifesté desde luego con espontaneidad, que nunca tuve el propósito de imputarle la comisión de un delito, sino solamente llamar la atención sobre que, por medio de asientos indebidos en los libros de la Compañía, había tratado de hacerme aparecer como deudor, siendo así que he sostenido y sostengo que soy acreedor de la misma. Un espíritu desapasionado y sereno habría notado que no pudiendo el Señor Kent obtener provecho personal con esos asientos indebidos, supuesto que no es más que un empleado de la Compañía, y no accionista de la misma, era imposible que yo le considerase reo de un delito por haber hecho tales asientos; pero como de lo que se trata es de intimidarme con el aparato de un proceso, se desea aprovechar la oportunidad para obtener un arreglo que ponga el punto final á mis reclamaciones. Hé aquí porque solicito el amparo de la Justicia de la Unión. He aquí porque resisto la competencia del Juzgado segundo correccional y he aquí, en fin, porque me he atrevido á importunar la atención de la Corte con este prolijo alegato.

No debo concluir sin llamar la atención sobre un detalle que, apareciendo de escasa importancia, la tiene, sin embargo y grande, por lo que mira al concepto que la Suprema Corte se forme de la cuestión. Entre los anexos del folleto publicado por el Sr. Kent, se encuentra una *traducción* de la carta ó circular que ha motivado su querrela de calumnia. Este proceder es el resultado de una deliberación formal, pues, si el documento hubiera sido presentado en el idioma en que fué redactado, en inglés, la Corte habría podido persuadirse con la simple consulta de un buen diccionario, de que solamente con el propósito inquebrantable de provocar un conflicto se ha podido fundar en dicho documento una acusación de calumnia.

Bien sé que el alto Tribunal al que tengo la honra de dirigirme no puede ni debe ocuparse en estas cuestiones incidentales, comparadas con la cuestión constitucional que se le somete en este juicio de amparo por violación de garantías, pero como la parte contraria ha tratado de impresionar el ánimo de los Señores Magistrados, presentándome ante ellos como un discolo que provoca pleitos y dificultades por tener el ruinoso placer de litigar, me he visto obligado á defenderme de esa imputación tan injusta. Por lo demás, conocida como es la jurisprudencia de la Suprema Corte en la controversia de que está conociendo, y establecido como lo está, que esa jurisprudencia no es una novedad creada por los tribunales mexicanos, si no que es la de la mayor parte de los pueblos cultos, aguardo tranquilo la decisión que ha de pronunciar la última palabra en este juicio, seguro de que ella ha de ser justiciera.

México, Marzo de 1890.

C. Eisenmann.

Lic. E. Pardo, jr.

ESTUDIO COMPARATIVO

DE LAS

LEGISLACIONES HIPOTECARIAS FRANCESA Y ESPAÑOLA.

No es un estudio completo el que nos proponemos hacer sobre materia de tanta importancia, cuyo desarrollo acabado exigiría más tiempo y más espacio de los que podemos disponer; vamos tan sólo á trazar un ligero boceto en el que se marquen las líneas generales y que pueda servir de estímulo para que otros más competentes pinten el cuadro á la perfección y presenten de este modo un servicio á la ciencia jurídica.

Muy digna de estudio es, en efecto, la Legislación hipotecaria francesa comparada con la española, porque parten de sistemas distintos y ofrecen en sus contrastes aquellas importantes enseñanzas que tan valiosas son y tan aprovechadas han sido en todo tiempo para el progreso de las instituciones jurídicas.

Obsérvase, desde luego, que las disposiciones contenidas en el Código civil francés referentes á esta materia, con relación á su tiempo, fueron realmente un modelo, digno de la imitación de que han sido objeto por parte de otras naciones. Ciertamente es que el sistema resultó luego inferior al prusiano, pero preciso es reconocer que en Francia no existían los antecedentes históricos que en Prusia se encontraron, y que por entonces el estado de la ciencia jurídica en este punto no permitía percibir claramente qué tendencias podrían resultar más acertadas.

Pero si en este sentido el Código civil francés resultó aceptable, no puede decirse lo mismo acerca de las reformas posteriores que en materia hipotecaria se han realizado en Francia.

Lo más sustantivo de ellas está comprendido en la ley de 23 de Marzo de 1855.

No debo concluir sin llamar la atención sobre un detalle que, apareciendo de escasa importancia, la tiene, sin embargo y grande, por lo que mira al concepto que la Suprema Corte se forme de la cuestión. Entre los anexos del folleto publicado por el Sr. Kent, se encuentra una *traducción* de la carta ó circular que ha motivado su querrela de calumnia. Este proceder es el resultado de una deliberación formal, pues, si el documento hubiera sido presentado en el idioma en que fué redactado, en inglés, la Corte habría podido persuadirse con la simple consulta de un buen diccionario, de que solamente con el propósito inquebrantable de provocar un conflicto se ha podido fundar en dicho documento una acusación de calumnia.

Bien sé que el alto Tribunal al que tengo la honra de dirigirme no puede ni debe ocuparse en estas cuestiones incidentales, comparadas con la cuestión constitucional que se le somete en este juicio de amparo por violación de garantías, pero como la parte contraria ha tratado de impresionar el ánimo de los Señores Magistrados, presentándome ante ellos como un discolo que provoca pleitos y dificultades por tener el ruinoso placer de litigar, me he visto obligado á defenderme de esa imputación tan injusta. Por lo demás, conocida como es la jurisprudencia de la Suprema Corte en la controversia de que está conociendo, y establecido como lo está, que esa jurisprudencia no es una novedad creada por los tribunales mexicanos, si no que es la de la mayor parte de los pueblos cultos, aguardo tranquilo la decisión que ha de pronunciar la última palabra en este juicio, seguro de que ella ha de ser justiciera.

México, Marzo de 1890.

C. Eisenmann.

Lic. E. Pardo, jr.

ESTUDIO COMPARATIVO

DE LAS

LEGISLACIONES HIPOTECARIAS FRANCESA Y ESPAÑOLA.

No es un estudio completo el que nos proponemos hacer sobre materia de tanta importancia, cuyo desarrollo acabado exigiría más tiempo y más espacio de los que podemos disponer; vamos tan sólo á trazar un ligero boceto en el que se marquen las líneas generales y que pueda servir de estímulo para que otros más competentes pinten el cuadro á la perfección y presenten de este modo un servicio á la ciencia jurídica.

Muy digna de estudio es, en efecto, la Legislación hipotecaria francesa comparada con la española, porque parten de sistemas distintos y ofrecen en sus contrastes aquellas importantes enseñanzas que tan valiosas son y tan aprovechadas han sido en todo tiempo para el progreso de las instituciones jurídicas.

Obsérvase, desde luego, que las disposiciones contenidas en el Código civil francés referentes á esta materia, con relación á su tiempo, fueron realmente un modelo, digno de la imitación de que han sido objeto por parte de otras naciones. Ciertamente es que el sistema resultó luego inferior al prusiano, pero preciso es reconocer que en Francia no existían los antecedentes históricos que en Prusia se encontraron, y que por entonces el estado de la ciencia jurídica en este punto no permitía percibir claramente qué tendencias podrían resultar más acertadas.

Pero si en este sentido el Código civil francés resultó aceptable, no puede decirse lo mismo acerca de las reformas posteriores que en materia hipotecaria se han realizado en Francia.

Lo más sustantivo de ellas está comprendido en la ley de 23 de Marzo de 1855.

Ya podía entonces juzgarse con acierto sobre la bondad de los distintos sistemas; la ciencia se había pronunciado en favor del prusiano, y, sin embargo, la reforma de la legislación francesa por virtud de la ley citada, si bien realizó un relativo progreso en esta materia al determinar y concretar los antiguos conceptos é introducir algunos nuevos, respetó en su esencia todas las disposiciones contenidas en el Código de Napoleón.

Tal vez se debió esto á la exageración del sentido histórico, á esa profunda veneración que siempre se guardó entre los jurisconsultos de la nación dicha al Código civil, considerándolo como cosa sagrada cuya reforma constituyera una profanación, pudiendo también atribuirse dicho exagerado respeto y la consiguiente deficiencia indicada, á que los legisladores franceses, aun comprendiendo lo imperfecto de sus leyes en este punto, no se atrevieron á realizar su reforma radical de un solo golpe. Sea de ello lo que quiera, lo cierto es que de aquí surge ya una gran divergencia entre el derecho positivo francés y la legislación española que siguió rumbo diverso.

Era nuestra antigua legislación hipotecaria más deficiente aun que la francesa; pero al realizarse la moderna reforma, se inspiraron sus autores en lo más perfecto, ó sea en el derecho prusiano, y de una vez se dió el salto desde lo primitivo y casi rudimentario, á lo más perfecto y científico á la sazón conocido; sin que para ello infundieran temores ni duda la falta de organismos jurídicas y antecedentes históricos de que los prusianos pudieron disponer, y cuya relativa carencia en España es todavía la rémora principal para que se logre en toda su plenitud el planteamiento de una perfecta organización de la propiedad.

No se ha logrado en Francia fundamentar el crédito *real* de tal modo que pueda decirse que es independiente del crédito *personal*; se ha creado el Registro de la propiedad tomando por base el sistema de la publicidad y adoptando también, aunque con timidez, la distribución ó especialidad de gravámenes; pero no se han desarrollado en toda su extensión estos principios, ni se ha logrado organizar la propiedad inmueble de tal modo, que tenga por sí misma aquella existencia jurídica, sin la cual las circunstancias personales del propietario serán siempre un fac-

tor en el crédito *real*, y por consiguiente, las fincas valdrán más ó menos, según en poder de quien se encuentren.

En esto es la legislación española superior á la francesa, sin que entendamos por ello que alcance, ni con mucho, la perfección. El buen deseo de sus autores se ha cumplido en parte. Las bases del crédito territorial se han definido por medio de la inscripción especial de cada finca; los principios de publicidad y especialidad se han desarrollado por completo con entera franqueza, y si este derecho hipotecario resulta todavía deficiente, es porque se carece de un catastro como el prusiano, sin el cual la identificación de las fincas no será jamás segura, y porque en el desarrollo de tan radical reforma no se ha conseguido la claridad y sencillez deseada para deducir en cada caso, por lógica rigurosa, las consecuencias jurídicas de todo el sistema.

La ley francesa del año 1856 dejó intacto el antiguo derecho, perfeccionando su desarrollo concreto; sus deficiencias consisten en su sentido profundamente histórico.

La moderna legislación hipotecaria española, por el contrario, es deficiente porque su sentido radical no ha logrado un desarrollo completamente armónico, entre otras, por las razones anteriormente indicadas.

La ley francesa de 1855 se amoldó por completo al Código civil. La reforma española se hizo con tal independencia del antiguo derecho, que no en vano sus autores, al justificar la extensión del proyecto, dijeron: que éste cambiaba profunda y radicalmente en sus principios cardinales la antigua legislación de hipotecas; que casi todas las disposiciones que hasta allí habían regido respecto de ellas, sufrían en mayor ó menor escala, cambios importantes; que el derecho civil experimentaba alteraciones transcendentales en la mayor parte de sus instituciones, afectando en el orden de la familia á la sociedad conyugal y á la patria potestad, en el de tutelas y curadurías á las relaciones entre el menor ó incapacitado y los que están encargados de su guarda; en el de la propiedad y demás derechos en la cosa, á su adquisición, su conservación, su transmisión y sus modificaciones; en el de las sucesiones, al respecto á la voluntad del testador ó á lo dispuesto por las leyes, y en los contratos á la seguridad de su cumplimiento; y que la reforma afectaba ade-

más á las leyes de procedimientos y hasta á las administrativas, por los intereses que en uno y otro orden venían á ser amparados.

De estas indicaciones se deduce que, entre la legislación hipotecaria francesa y la española, no existen más puntos de analogía que aquellos preceptos derivados ya del derecho romano y tan sustantivos en el derecho civil, que son comunes á todas las legislaciones y han de sobreponerse á toda reforma mientras subsistan los moldes en que viven las modernas sociedades.

Claro es que, tratándose de materia análoga, aunque los sistemas sean distintos, existen puntos de analogía en lo accidental ó adjetivo; pero en aquello que tienen de sustantivo las instituciones jurídicas, resulta que siendo radicalmente distintos los sistemas hipotecarios prusiano y francés y aproximándose el español en sus fundamentos al primero, difiere esencialmente del segundo bajo sus principales aspectos, y por lo mismo puede asegurarse que en conjunto legislación hipotecaria, española aun cuando dista bastante del ideal prusiano, es científicamente superior á la francesa.

Para demostrar la verdad de esta afirmación, ha de bastarnos fijar la atención en los puntos más culminantes del derecho positivo francés.

Comenzando por el carácter de su Registro de la propiedad y la forma en que se lleva, observamos que, si bien parte de la base de la publicidad para establecer que no producen efecto contra tercero los actos y contratos relativos á los bienes inmuebles y derechos reales constituidos sobre los mismos si no están inscritos, en cambio su inscripción, ó, para ser más exactos, su *transcripción*, no presta sólida garantía á la propiedad, puesto que, para practicarla, no se exige, como en nuestra legislación, que se depure por el encargado del Registro, mediante su dictamen y bajo su responsabilidad, la validez de aquellos actos ó contratos y las circunstancias intrínsecas de los títulos en que constan.

Será, pues, el Registro francés un índice más ó menos completo, ó una serie de copias de los documentos que constituyen la historia de las fincas; pero de su examen no puede deducirse

el conocimiento exacto del estado de la propiedad privada, pues bajo las apariencias de una titulación irreprochable cabe la realidad de toda clase de nulidades, y en aquella legislación, como en la española, los actos y contratos nulos no se convalidan por la inscripción.

Sería trabajo muy extenso y fuera de los límites de nuestro propósito descender al estudio detallado de todo cuanto se refiere á la forma de llevarse el Registro de la propiedad en Francia. Sobre esto sólo debemos advertir que allí se practica, por regla general, la *transcripción* de los títulos, habiéndose adoptado únicamente en cuanto á las hipotecas el ventajoso sistema de la *inscripción*, á diferencia de España en que este último sistema es el adoptado sin excepciones; aparte de las consecuencias que se deriban de ambos sistemas por la reglamentación que cada cual ha exigido y cuyo examen detallado no ofrece interés, obsérvase que la legislación francesa es, en esta materia, tan sobria como la española minuciosa y hasta casuística, siendo digno de mención el detalle de que mientras aquella no establece preferencias entre los títulos presentados al Registro en distintas horas de un mismo día, en esta se distingue la preferencia entré títulos presentados en distintos momentos de una misma hora, siendo en esto, sin género alguno de duda, más previsora que la ley francesa en un punto que, en determinados casos, puede ser de gran trascendencia para los particulares interesados.

En lo que se refiere al tratado especial de las hipotecas, se observa que el Código civil francés conserva, y la ley de 1855 no ha variado, la antigua y fundamental clasificación de hipotecas legales, judiciales y convencionales. Sabido es la que moderna legislación española introdujo la novedad de suprimir las hipotecas judiciales incluyéndolas entre las anotaciones preventivas. No creemos que esta variante constituya una gran ventaja: en el fondo continúa siendo la misma idea, y respecto de la denominación, quizá la antigua, que en el derecho francés se conserva, es la que con más claridad expresa el concepto jurídico de esta clase de garantías.

Pero prescindiendo del examen de las palabras y penetrando en la esencia de las hipotecas, se advierten muy radicales

diferencias entre una y otra legislación. En Francia se conservan las hipotecas legales como generales, y, por consiguiente; ocultas; pues por más que existen disposiciones que tienden á desvirtuar este carácter de las hipotecas que asisten á las mujeres casadas y á las menores é incapacitadas sobre los bienes de sus maridos y guardadores, siempre resulta la posibilidad de que aparezcan como libres fincas que están sujetas á considerables responsabilidades, cuya falta de inscripción no perjudica á las personas á cuyo favor se crearon tales hipotecas. Cierto es que se establece la obligación de los maridos y tutores de hacer públicas tales hipotecas, bajo la pena de apremio personal si contratan sobre sus bienes sin cumplir aquel deber pero esto no es suficiente garantía para el tercero, ya que las hipotecas legales quedan subsistentes aunque no le hayan sido conocidas, y el castigo que se imponga al deudor de mala fe no remedia los perjuicios que el acreedor haya podido sufrir en sus intereses.

Se concede á los maridos y tutores, en el Código francés, la facultad de convertir en especial sobre bienes determinados la hipoteca general que pesa sobre todos los que poseen; pero como esto es simplemente potestativo, deja en pié todos los inconvenientes del sistema de hipotecas generales y ocultas.

Frente á este sistema existe el prusiano, y á imitación del prusiano el español, que establece la especialidad de las hipotecas legales y la necesidad absoluta de su inscripción para su validez; con lo cual el tercero no puede sufrir perjuicio que provenga de los privilegios con que las leyes amparan á las mujeres casadas y á los menores é incapacitados.

Innecesario nos parece demostrar la superioridad de este sistema sobre el francés; en esto la ciencia jurídica ha dictado ya inapelable fallo, y aunque podamos presumir que todavía quedan horizontes amplísimos que el progreso no ha logrado conquistar, puede asegurarse que los principios fundamentales del sistema español de hipotecas, tomados de la legislación prusiana, tiene la fuerza irrefragable de verdaderos axiomas, si es que en las ciencias sociales vale esta frase.

No se ha alcanzado en España un desarrollo tan completo del sistema prusiano, que no queden en su legislación

grandes lunares que llenar; pero en cambio se ha logrado tenerla superior á la francesa.

Tarea muy larga sería continuar este parangón hasta recorrer todos los extremos que abraza esta parte del derecho civil. Con lo dicho basta para que esté cumplido el objeto que nos proponíamos, y que no era otro que el de llamar la atención á estos estudios, cuya trascendencia quizá no esté bastante apreciada, puesto que hasta ahora no se les ha prestado la atención que por su importancia merecen.

España progresa en materia hipotecaria, y de ello nos convence el observar cuál es el estado actual del derecho francés en comparación con el suyo. Reducido el resultado de esta comparación á un concepto sintético, pudiéramos decir que el sistema hipotecario francés es el derecho español antiguo, y su Registro la antigua Contaduría de hipotecas, aunque todo ello mejor definido que en las antiguas leyes españolas: y el que sistema español actual es una aproximación á lo más perfecto que hoy se conoce en esta importante rama de las ciencias jurídicas.

No hemos de poner fin á estas líneas, sin ántes de decir algo sobre un extremo que creemos encierra gran interés.

En España lo radical de reforma hipotecaria y la minuciosidad con que se quiso definir cada concepto, exigieron la publicación de una extensa ley, y no de un menos extenso reglamento: y han exigido después multitud de disposiciones para variar, ampliar ó concretar, según las enseñanzas de la práctica en cada caso, los primitivos textos.

Todo ello constituye un *Cuerpo de derecho* en que se ha vertido todo el sistema: allí está lo sustantivo y lo adjetivo, lo fundamental y lo reglamentario, lo esencial é invariable y lo accidental y perfectible.

La necesidad de ordenar y refundir el derecho vigente se impone; pero ¿cómo debe hacerse esta refundición, publicando una nueva ley y un nuevo reglamento tan extensos, por lo menos, como los primitivos, y constituyendo un ramo de la legislación independiente, ó aprovechando por el contrario la ocasión que ahora se presenta de incluir en el proyectado y deseado Código civil todas aquellas disposiciones referentes á

la materia hipotecaria que por su carácter fundamental quepan en él? Nosotros creemos conveniente esto último.

La legislación hipotecaria es esencialmente civil, y dentro del derecho civil es esencialmente fundamental. Dejarla fuera del Código, sería hacer un Código incompleto.

Y no puede alegarse en contra el temor de que esto haría difíciles las reformas que exigiera el progreso. Lo reformable por propia condición es lo adjetivo y reglamentario, y esto claro es que no había de concluirse en el Código; pero lo que tiene de fundamental y sustantivo derecho hipotecario español bien merece figurar entre lo más fundamental y sustantivo del derecho civil; pues si á las principales disposiciones de éste les concede tal rango su abolengo, á las principales disposiciones de aquél las abona su origen científico y su importancia jurídica; y no hay peligro de que las variaciones en esta materia perturben la estabilidad del conjunto, pues quizá todas las instituciones civiles están á ello más expuestas; y, en último término, ojalá que esta fuera la única causa que el porvenir se presentara para reformar el Código, pues seguro es que la reforma habría de ser para recorrer el camino que resta hasta alcanzar el planteamiento de sistema en toda su pureza é integridad, á lo cual desgraciadamente se oponen obstáculos tradicionales muy difíciles de vencer en poco tiempo, y si el Código civil no reclamaba reformas en otros extremos, es que habríamos logrado el mejor Código del mundo.

Ignoramos qué criterio presidirá sobre este punto, entre los ilustres juriconsultos encargados de la redacción del proyecto de Código civil español; pero abrigamos la esperanza, muy cercana á la seguridad, de que no desaprovecharán la ocasión que se les presenta por vez primera de hacer, con respecto al derecho hipotecario, lo que respecto del suyo han hecho otras naciones, ó sea conceder el puesto que merece en sus respectivas legislaciones civiles.

LUIS GENOVÉS.

EL MINISTERIO FISCAL.

CAPITULO 2º

Nombres y títulos de los funcionarios que ejercen el Ministerio Fiscal que también se llama Público.—Su categoría ó rango oficial.—Su representación.—Su independencia respecto de la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones y su libertad de acción ó gestión respecto de la misma autoridad.

(CONCLUYE.) (1)

§ XLVII.

Hasta aquí hemos demostrado que tanto el Fiscal como el Procurador general de la nación tienen una muy alta representación; que su categoría oficial es igual por completo á la muy alta y suprema dignidad de los Magistrados de ese Supremo Tribunal, y que era necesario investirlos de este respetabilísimo carácter en razón de las nobles y delicadas funciones que tienen que ejercer.

§ XLVIII.

Y como los Promotores tienen que ejercer en 1ª y 2ª instancia funciones idénticas á las que encomendadas están al Fiscal de la Suprema Corte y al Procurador general de la Nación, necesariamente tuvieron que ser colocados en una categoría, sino igual á la del Fiscal de la Suprema Corte y del Procurador general de la Nación; si tan respetable respectivamente, como la de los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito por el principio que enseña que *Ubi cadem est ratio cadem esse debet juris dispositio*, es decir, que teniendo que ejercer funciones idénticas, deben tener respectivamente las mismas consideraciones.

[1] Véase la pág. 192 y siguientes de esta Revista.—Tom. 3º

la materia hipotecaria que por su carácter fundamental quepan en él? Nosotros creemos conveniente esto último.

La legislación hipotecaria es esencialmente civil, y dentro del derecho civil es esencialmente fundamental. Dejarla fuera del Código, sería hacer un Código incompleto.

Y no puede alegarse en contra el temor de que esto haría difíciles las reformas que exigiera el progreso. Lo reformable por propia condición es lo adjetivo y reglamentario, y esto claro es que no había de concluirse en el Código; pero lo que tiene de fundamental y sustantivo derecho hipotecario español bien merece figurar entre lo más fundamental y sustantivo del derecho civil; pues si á las principales disposiciones de éste les concede tal rango su abolengo, á las principales disposiciones de aquél las abona su origen científico y su importancia jurídica; y no hay peligro de que las variaciones en esta materia perturben la estabilidad del conjunto, pues quizá todas las instituciones civiles están á ello más expuestas; y, en último término, ojalá que esta fuera la única causa que el porvenir se presentara para reformar el Código, pues seguro es que la reforma habría de ser para recorrer el camino que resta hasta alcanzar el planteamiento de sistema en toda su pureza é integridad, á lo cual desgraciadamente se oponen obstáculos tradicionales muy difíciles de vencer en poco tiempo, y si el Código civil no reclamaba reformas en otros extremos, es que habríamos logrado el mejor Código del mundo.

Ignoramos qué criterio presidirá sobre este punto, entre los ilustres jurisconsultos encargados de la redacción del proyecto de Código civil español; pero abrigamos la esperanza, muy cercana á la seguridad, de que no desaprovecharán la ocasión que se les presenta por vez primera de hacer, con respecto al derecho hipotecario, lo que respecto del suyo han hecho otras naciones, ó sea conceder el puesto que merece en sus respectivas legislaciones civiles.

LUIS GENOVÉS.

EL MINISTERIO FISCAL.

CAPITULO 2º

Nombres y títulos de los funcionarios que ejercen el Ministerio Fiscal que también se llama Público.—Su categoría ó rango oficial.—Su representación.—Su independencia respecto de la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones y su libertad de acción ó gestión respecto de la misma autoridad.

(CONCLUYE.) (1)

§ XLVII.

Hasta aquí hemos demostrado que tanto el Fiscal como el Procurador general de la nación tienen una muy alta representación; que su categoría oficial es igual por completo á la muy alta y suprema dignidad de los Magistrados de ese Supremo Tribunal, y que era necesario investirlos de este respetabilísimo carácter en razón de las nobles y delicadas funciones que tienen que ejercer.

§ XLVIII.

Y como los Promotores tienen que ejercer en 1ª y 2ª instancia funciones idénticas á las que encomendadas están al Fiscal de la Suprema Corte y al Procurador general de la Nación, necesariamente tuvieron que ser colocados en una categoría, sino igual á la del Fiscal de la Suprema Corte y del Procurador general de la Nación; si tan respetable respectivamente, como la de los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito por el principio que enseña que *Ubi cadem est ratio cadem esse debet juris dispositio*, es decir, que teniendo que ejercer funciones idénticas, deben tener respectivamente las mismas consideraciones.

[1] Véase la pág. 192 y siguientes de esta Revista.—Tom. 3º

§ XLIX.

Esta razón poderosa hizo que la legislación dijera, como tiene dicho, que los Fiscales de las Audiencias, en cuya categoría están los Promotores de los Tribunales de Circuito, gestionan á nombre del Sumo Imperante; siendo evidente por lo mismo que el funcionario que representa al Sumo Imperante, y hace oír su respetable y poderosa voz, no puede estar colocado en un escalón inferior al que ocupa el Magistrado de Circuito; como se sigue muy bien de lo que expresaron D. Juan II y los Reyes católicos en la ley 11 tit. 13 de la Recopilación de Castilla, quienes también dijeron que los Procuradores Fiscales defienden los derechos de la Corona y procuran el buen servicio, la justicia y real preeminencia.

§ L.

La creación primitiva del Ministerio Público en nuestro foro, tiene, como hemos visto, su punto de partida en el *Forum Judicum* debiendo advertirse que el *mandadero del Rey*, por lo mismo que no era funcionario público, sino representante del Rey, no hacía sino aquello que por sus instrucciones le mandaba ejecutar el Rey; y por lo mismo no tenía liga ni dependencia oficial respecto de Jueces y Magistrados en el desempeño de su real encomienda, entargo ú oficio.

§ LI.

Compréndese desde luego que el Ministerio Fiscal no pudo permanecer indefinidamente bajo pie tan imperfecto, cuando ya la tramitación de los juicios había adelantado en la legislación posterior al Fuero Juzgo, y por eso en la ley 12 tit. 18 part. 4 encontramos que al *Patronus fisci* que es un home puesto para razonar et defender *en juicio* todas las cosas et los derechos que pertenecen á la Cámara del Rey. Y declarado, como fué, este encargo, una dignidad tan alta que emancipaba de la patria potestad, poder respetabilísimo, el cual se extendía desde el jefe del linage á todos los descendientes de casamiento derecho; y atendido el muy alto respeto de que rodeada estaba entonces toda autoridad, el alto Dignatario que encargado estaba de defender tan elevados derechos no podía estar dependiendo de la autoridad judicial en el desempeño de tan alta y delicada defensa.

§ LII.

Las leyes del Fuero Juzgo y de las Partidas presentan una prueba incontestable de que los que defendían los derechos del Sumo Imperante y los del fisco no podían ser empleados sometidos á las órdenes de la autoridad judicial, y las leyes recopiladas patentizan la misma verdad, sobre todo la ley 2 tit. 17 libro 5 N. R. que resuelve «que los Procuradores Fiscales usen de sus oficios bien y verdaderamente, y que todos los pleitos y causas que comenzaren *en nombre del Rey* los prosigan bien y diligentemente fasta los acabar, ó hasta que les sea mandado lo contrario *por quien lo pudiere mandar* » Esta ley y sus concordantes demuestran dos cosas, á saber: que los Procura-

dores Fiscales representan al Sumo Imperante, y que en el ejercicio de sus funciones no dependen de la autoridad judicial ni están á las órdenes de ésta sino á lo que mande aquel.

§ LIII.

La legislación y la jurisprudencia de consuno reconocen, confiesan y sancionan la independencia del Ministerio Fiscal, diciendose por eso en una nota de los Códigos concordados: «Uno de los ramos de la administración de justicia que ha recibido mayor extensión é incremento en esta última época es sin duda el *Ministerio Fiscal*. No solo se le han dado una multitud de facultades á fin de que pueda desempeñar convenientemente las importantes atribuciones que le competen, sino que además constituye hoy en cierto modo una magistratura independiente del Poder Judicial, sometida inmediatamente á las órdenes del Gobierno, del cual recibe en muchos casos sus inspiraciones.»

§ LIV.

La jurisprudencia que tal enseñanza proclama es enteramente conforme á la legislación que impone al Ministerio Fiscal el deber de representar al Supremo Gobierno, al fisco y á la causa pública; y aplicando el principio de: *Cui jurisdictio datesta ea quo que concessa videntur sine quibus jurisdictio explicari non potest*, es bien claro que le otorga independencia respecto del Poder Judicial, el cual puede debe fallar sobre las pretensiones del fisco, del Gobierno y de la causa pública, pretensiones que en muchos casos estarán basadas en instrucciones del Gobierno y que por lo mismo no están ni pueden estar directa ni indirectamente sometidas á órdenes del Poder Judi-

cial, porque ninguna de las entidades representadas por el Ministerio Fiscal puede concebirse dependiente de la autoridad judicial en su modo de obrar por medio de su legítimo representante.

§ LV.

En el régimen colonial nada se encuentra que pueda argüir contra la muy elevada representación del Ministerio Fiscal; por el contrario la ley 1ª tit. 18 libro 2 de la R. de Indias, dice lo siguiente: «A los fiscales de México y Lima se les guarde en todo lo perteneciente á sus oficios lo que está ordenado y se guarda con los Fiscales de nuestros Consejos» Y como respecto del Fiscal está ordenado en la ley 1 tit. 5 libro 2 R. I. que tenga particular cuenta y cuidado de inquirir y saber cómo se cumple y se guarda lo que por el Rey está proveido y ordenado para la buena gobernación de las Indias y pedir que se guarde y ejecute» de aquí se sigue que los funcionarios á quienes encomendada está tanta y tan general vigilancia no pueden ser empleados subalternos y sometidos á las órdenes de las Audiencias.

§ LVI.

Y aunque lo dicho basta para dejar sólidamente fundadas la alta y delicada representación, la elevada categoría y la completa independencia del Ministerio Fiscal agregaremos que en la ley 29 tit. 18 libro 2 R. I. se dice: «Ordenamos y mandamos (á los Fiscales de las Audiencias) que tengan gran cuidado de la defensa y conservación de la jurisdicción patronazgo, y hacienda real y castigo de pecados públicos y de darnos cuenta con particular relación de todo lo que en esto hubiere y de

cuanto más convenga á nuestro real servicio.» Esto sin género de duda pone en muy alto relieve esta verdad: El Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones no depende sino del Poder Ejecutivo que es á quien tiene que dar cuenta de sus procedimientos oficiales.

Leyes tan claras y terminantes, como son las que van citadas, no han sufrido más alteración que la que necesariamente resulta de estar depositado hoy el Poder Ejecutivo en un Presidente de la República, en lugar del Rey que lo ejercía, y de ser hoy el Jefe de este Ministerio el Secretario de Justicia.

§ LVIII.

Tales precedentes sirven de apoyo seguro para establecer firmemente la tesis de que el Ministerio Fiscal es una Magistratura independiente de la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones; pero á mayor abundamiento militan en pró de esta doctrina otras consideraciones poderosas, y entre otras la que se funda en el art. 6º de la ley de 9 de Octubre de 1812 que impone al Ministerio Público el deber de solicitar el más puntual cumplimiento de la ley. Y de aquí resulta que debe pedirlo respectivamente al Juzgado ó Tribunal cerca del cual funcione; y es por lo mismo independiente de él, de modo que el régimen constitucional en nada absolutamente alteró la legislación y jurisprudencia relativa al Ministerio Fiscal.

§ LIX.

México independiente y constitucional vino á confirmar esta doctrina al declarar en el art. 123 de la Constitución de 24 que el Poder judicial se compone de once Ministros y de un fiscal. Este artículo complementado por los artículos 125, 126 y 127 pone en evidencia que el Fiscal de la Suprema Corte, es tan Magistrado como cualquiera de los otros Ministros, supuesto que para ser lo primero se necesitan los mismos requisitos que para lo segundo; supuesto que unos y otros eran igualmente inamovibles y supuesto, por último, que todos ellos debían ser elegidos por las Legislaturas de los Estados.

§ LX.

En cuanto á los Promotores de Circuito, el art. 140 de la misma Constitución dijo que: Los tribunales Circuito de se compondrían de un juez letrado de un promotor, nombrados ambos por el Poder Ejecutivo á propuesta en terna de la Suprema Corte de Justicia y de dos asociados según dispongan la leyes.

Pues bien, si la Constitución coloca al Promotor de Circuito á la misma altura que al Juez letrado, si este funcionario, lo mismo que aquel son propuestos en terna por la Suprema Corte, si son nombrados uno y otro por el Supremo Poder Ejecutivo y si estaban llamados por la Constitución antes que los asociados y si estos eran tan Magistrados como el juez letrado, sin que estuvieran sometidos á las ordenes de este, ¿podrá haber razón para sostener que el juez letrado puede dar ordenes al Promotor Fiscal?

§ LXI.

La ley de 14 de Febrero de 1826 expresamente dice en el final del art. 12: «Si la recusación fuese de algún Ministro de la 1ª Sala, y el negocio diere lugar á tres instancias, se citará al Fiscal si no fuere parte,» y esto es establecer la doctrina de que el Fiscal no solo era parte para pedir sino también Magistrado para juzgar y sentenciar en los negocios en que no hubiera intervenido como parte legítima.

§ LXII.

El reglamento de la Suprema Corte de 13 de Mayo de 1826 no podía desviarse de la senda trazada por la Constitución, y por tanto dijo en su art. 2 cap. 2., «en los negocios que exijan acuerdo general de todos los Ministros, se citará al Fiscal en aquellos casos en que se considere precisa la intervención de su ministerio.» Texto tan claro como terminante, prueba: 1º que el funcionario encargado de la Fiscalía en la suprema corte es Ministro como los demás; 2º que el acuerdo pleno no le impone ordenes y 3º que en los negocios en que es necesaria su intervención se le debe citar para oír su voz y tomar en cuenta su voto; de cuya manera queda otra vez reconocida y sancionada su independencia.

§ LXIII.

La misma ley en su art. 2 cap. 5º haciendo al Ministerio Fiscal guardian de la pronta administración de justicia, defensor de la autoridad federal y representante de la causa pública en

materia de justicia, lo pone á cubierto de sujeción y obediencia en el ejercicio de sus funciones, si no es solamente al imperio magestuoso de la ley tal y como el Ministerio Fiscal entienda ésta, y sin obligación de sujetarse á la opinión contraria ó diversa de un tercero, que no tenga facultad por la ley para dictarle ordenes ó darle instrucciones.

§ LXIV.

Y si bien la ley de 13 de Mayo 1826 no se refiere en su letra sino al Fiscal de la Suprema Corte, es incontestable el principio de que las prescripciones que imponen deberes al Superior por mayoría de razón, y en caso hábil, debe entenderse que obligan al inferior, sobre todo cuando tiene justa aplicación el principio: «*Ubi eadem ratio est eadem esse debet juris dispositio.*» Así que, mientras no pueda señalarse disposición expresa en contrario, regirán de lleno los principios asentados; y en cuanto á los Promotores de los Tribunales de Circuito pueden invocarse no solamente éstos, sino también el art. 5. I. de la ley de 20 de Mayo de 1826 que daba al Promotor, lo mismo que al juez letrado la facultad de nombrar á los Magistrados asociados del Tribunal, y también puede citarse el § V. de dicho artículo que literalmente dijo: El Promotor reemplazará al Juez letrado (de Circuito) siempre que no sea parte.

§ LXV.

Más la ley de 22 de Mayo de 1834 si bien ratificó la facultad de elegir asociados que dádole había la ley de 20 de Mayo de 1826, no así la de reemplazar al juez letrado que le había otorgado esta ley: ¿Será este argumento concluyente para sostener que ésta quitara al Promotor de Circuito la categoría elevada

de que estaba investido, según la legislación anterior, y también la independencia propia de tal categoría? En efecto así sería si una ley secundaria pudiera modificar en un ápice siquiera las prescripciones de una ley fundamental.

§ LXVI.

Lo dicho es bastante para dejar sólidamente fundada la independencia del Ministerio Público; agregaremos, sin embargo:

Primero: Que la ley Lares dice literalmente: «El Ministerio Fiscal constituye una Magistratura especial con organización propia é independiente, aunque agregada á los Tribunales; como parte integrante de ellos para mejor proveer á la administración de justicia.»

§ LXVII.

Segundo: La muy notable ley Miranda, expresa: «Para que los intereses nacionales y el Gobierno puedan estar debidamente representados desde la primera instancia á fin de evitar los perjuicios que hasta aquí se han seguido á la Nación por esta falta, el Ministerio Fiscal constituye una Magistratura especial de libre nombramiento del Presidente de la República con organización propia é independiente, aunque agregada á los Tribunales para mejor proveer á la administración de justicia.»

§ LXVIII.

Tercero: El proyecto de Código de procedimientos federales elaborado como iniciativa del Supremo Gobierno, dice: El Mi-

nisterio Público constituye una Magistratura especial con organización propia é independiente, aunque agregado á los Tribunales, como parte integrante de ellos para mejor proveer á la administración de justicia, y sujeta á la disciplina general de los mismos, según las disposiciones de este Código.

§ LXIX.

Lo que vá expuesto no necesita comentario para comprender que el Ministerio Fiscal que también se llama Público, tiene completa independencia respecto de los Tribunales, cerca de los que gestiona, como lo patentiza más y más la doctrina de que se hará mérito á propósito de la libertad de gestión que le otorgan las leyes antiguas y modernas.

§ LXX.

A propósito de esta libertad la ley 7ª tit. 5º libro 2 de la R. I. dice: «El Fiscal pueda decir y alegar lo que le pareciere que conviene á nuestro servicio contra las peticiones y pareceres de las Audiencias que para ello se presenten; de todo lo cual se le dé traslado todas las veces que lo pidiere.»

§ LXXI.

La ley 10ª tit. 18 libro 2º del mismo Código, dice: «Que los Fiscales salgan á las causas que se siguieren ante los Vireyes ó Presidentes por los inconvenientes y daños que de no lo ha-

cer así resultan contra nuestra Real Hacienda, y los Vireyes y Presidentes los compelan á lo susodicho y los fiscales pidan *lo que convenga.*» Esta ley prueba que los fiscales no pueden reusarse á presentar pedimento en los negocios de gobierno; pero también prueba que tienen completa libertad de gestión.

La ley mexicana de 13 de Mayo de 1826, dice: «*El fiscal deberá promover por escrito ó de palabra cuánto considere oportuno para la pronta administración de justicia,*» siendo evidente que las palabras «cuánto considere oportuno» invisten al Ministerio Público de una completa libertad de gestión para seguir como criterio obligatorio su conciencia jurídica, y únicamente ella; y no la de un tercero, aun cuando autoridad se llame, para promover por escrito ó de palabra lo que á su juicio sea conducente para la pronta administración de justicia.

§ LXXIII.

Todavía más, el reglamento de 29 de Julio de 1862 desarrollando el mismo principio de libertad de gestión que siempre ha tenido el Ministerio Público, dice lo siguiente: «El fiscal deberá promover por escrito ó de palabra *cuánto considere oportuno* para la pronta administración de justicia, ó que interese á la autoridad del Tribunal, los demás de la federación *ó que por cualquiera capítulo afecta á la causa pública en materia de justicia.*» Aquí como se vé, se reproduce el mismo principio y con alguna más extensión, pues sintetizando el sistema del Presidente Juárez, debe decirse que en materias de justicia el Ministerio Público tiene amplísima libertad de gestión, y esto aun en negocios judiciales del orden penal, pues en el art. 6º de la mis-

ma ley, después de decir que debe oírse al fiscal en todas las causas criminales ó de responsabilidad, en todos los negocios que interesen á la jurisdicción ó competencia de los Tribunales y siempre que él lo pida ó el Tribunal lo estime oportuno,» agrega: «Concluido el sumario en las causas criminales que toquen al conocimiento del Tribunal, se pasará al fiscal para que en su vista *promueva lo que estime conveniente.*»

§ LXXIV.

Además, hay una suprema resolución del gobierno general, en la cual se dice: «Que el Señor Presidente de la República ha tenido á bien acordar se diga al interesado que no es posible revocar ó modificar las instrucciones comunicadas al Procurador general de la Nación, porque *siendo de buena fe el oficio fiscal, tiene que arreglarse á las leyes en el cumplimiento de las instrucciones que se le comunicaron por el Ministerio.*» Y en la misma comunicación se agrega: «El Presidente ha dispuesto se haga saber al Procurador general que al ejercer dichas instrucciones *debe hacerlo con entera sujeción á las leyes.*»

§ LXXV.

De esta manera se patentiza que ni el mismo Supremo Gobierno exige del Ministerio Público una obediencia ciega y servil; sin embargo de que tiene facultad de dar instrucciones al Ministerio Fiscal, siendo, por lo mismo, evidente que mucho menos puede imponerle ordenes un Tribunal, del cual es completamente independiente. Esta doctrina se estampó en comunicación de 1º de Abril de 1885 con motivo del juicio de evicción y saneamiento promovido por los herederos de D. Joaquín M^a Errazu y los salineros de la Villa de Cos.

§ LXXVI

Pero lo que puede verse como la última palabra en la materia es la doctrina estampada por el muy notable jurisconsulto D. Vicente Ferrer y Minguet en su «Ensayo teórico práctico sobre los deberes y atribuciones de los Promotores fiscales» á la pág. 99 tomo 1º en donde dice: «Pero no es la amovilidad ó la inamovilidad lo que verdaderamente constituye lo que se llama la independencia del Ministerio Fiscal, según ya en otra parte tenemos manifestado; y si tan solo su emancipación absoluta de la disciplina, ó sea de la vigilancia y policía del Presidente ó Jefe del Tribunal, en lo que se refiere á la coartación, dirección ó imposición del ejercicio de sus atribuciones, aunque solo á esto y nada más que esto. El Ministerio Fiscal debe ser de todo punto independiente del Tribunal en cuanto á su acción ó omisión, pues sin ello ni siquiera se consibe su existencia. La plena libertad de acción, es su más gloriosa enseña y la más importante de sus prerogativas, y sería el mayor de todos los contrasentidos ennoblecer con la divisa de Ojo de los Tribunales, Centinela de los Magistrados, y Vigilante del Público al que fuese solo un autómatá fiel y humilde ejecutor de la omnimoda voluntad de esos mismos Magistrados y Tribunales en punto al tiempo modo y límites de su gestión.»

§ LXXVII.

Respecto del Ministerio Público en Francia, el muy ilustre Berryer, dice: «*Le Ministère public était exercé par des magistrats qui excepté les procureurs généraux dans la plupart des provinces, possédaint leurs charges en litre d'office; leur inavobilité était par cela même consacré et part suite leur independance.*»

Les avocats généraux avaint seules le droit de parler à l'audience quoique ils reconussent le procurer general pour leur chef, la supériorité de celui-ci á leur egard n' était que d'honneur. Ils ne prenaient sons avis; ils n' étaient pas tenus de le consulter; ils presentaint leur requisitions sans sa participation; ils étaient entièrement independents de lui en sorte que leur conduit et leurs opinions dans les actes de leurs ministere n' étaient soumises à aucune influence.»

§ LXXVIII.

La legislación y jurisprudencia de que se ha hecho mérito en los párrafos anteriores, prueba hasta la evidencia que el Ministerio Público creado por el Fuero Juzgo no estaba subordinado sino al Rey, de quien era mandadero; que el *patronus fisci* tampoco estaba subordinado sino al que con arreglo á las leyes de Partida podía disponer de la Hacienda Pública, y que los fiscales de hacienda y del crimen no tenían que recibir ordenes sino de aquel que pudiera dárselas según está expresado en una ley recopilada, sin que haya ni aún pretexto para suponer que otro que el Rey á cuyo nombre pedían justicia y se administraba en los Tribunales, pudiera dictar órdenes al Ministerio Fiscal; lo cual quiere decir que el Ministerio Público no tiene que recibir instrucciones ni menos ordenes de la autoridad judicial, para normar á ellos el desempeño de sus funciones; que por lo mismo que son importantes, delicadas y elevadas están confiadas á la conciencia jurídica del Ministerio Público bajo su responsabilidad personal.

Esta enseñanza jurídica es una consecuencia forzosamente lógica de lo que está prescrito en el art. 55 del decreto de 9 de Octubre de 1812 en el cual se manda á las audiencias, Tribunales y Jueces guarden á los abogados y defensores de las partes la justa libertad que deben tener para sostener por escrito y de palabra los derechos de sus defendidos y no les coarten directa ni indirectamente el libre desempeño de su encargo.

§ LXXIX.

Pues bien, si la autoridad judicial no puede coartar directa ni indirectamente el desempeño de su encargo ¿sería racional suponer que esta autoridad puede coartar el ejercicio de sus funciones al Ministerio Público, pretendiendo obligarlo á concretar sus pedimentos á determinado objeto ó materia, cuando el Ministerio Público según otro decreto de 9 de Octubre de 1812 tiene por misión guardar y hacer guardar la Constitución, observar las leyes y solicitar su más puntual cumplimiento? Evidentemente que no, porque confiándose á su apreciación personal en que consista el más puntual cumplimiento de la ley, para que eso sea lo que él solicite en sus pedimentos; sería hasta absurdo suponer que pudiera coartar su libertad de opinión la autoridad, respecto de la cual tiene que ser un guardian vigilantísimo para que dé el más puntual cumplimiento á la ley.

§ LXXX.

Y no puede decirse que solo en el sistema monárquico se dá esta importancia al brazo del Gobierno, porque consultando la ley de 13 de Mayo de 1836, se vé que el art. 2º del capítulo V dice: «Que el Ministerio Fiscal debe promover por escrito ó de palabra cuanto considere oportuno para la pronta administración de justicia ó que interese la autoridad del Tribunal, de las demás de la federación ó que por cualquier capítulo afecte á la causa pública en materias de justicia.»

§ LXXXI.

En el sistema constitucional que rige según la ley fundamental de 1857, se dijo absolutamente lo mismo en los arts. 1º y 2º capítulo V de la ley de 29 de Julio de 1862, siendo evidente

que las palabras «cuánto considere oportuno» son la mejor prueba de que el Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones, no está obligado á seguir indicaciones ni menos ordenes de la autoridad judicial, y que tiene el deber de abstenerse á su creencia personal, es decir á su conciencia jurídica para solicitar el más puntual cumplimiento de la ley, según su leal saber y entender, y solicitarla precisamente de la autoridad judicial, que según las leyes vigentes ni directa ni indirectamente puede coartar la justa libertad que tiene aun el simple abogado que viene ante ella á pedir justicia.

§ LXXXII.

Para concluir este capítulo, diremos que la legislación y jurisprudencia extranjeros presentan variantes secundarias en cuanto á ciertos detalles de poca importancia; pero que en todas ellas, se vé que el Ministerio Público es una dignidad que tiene una muy alta representación, y la consiguiente independencia y libertad de acción como la tiene en nuestras leyes y jurisprudencia según hemos demostrado, y que esta representación, esta dignidad, independencia y libertad de acción viene derivada desde la más antigua legislación española y su precedente la Romana, la cual enseñó que los actos del Procurador del Cesar tienen la misma validez y consistencia que los ejecutados por el mismo Sumo Imperante.

ISIDRO MONTIEL Y DUARTE. ®

LA TEORIA DE LA PERSONA SOCIAL
EN LOS JURISTAS Y SOCIOLOGOS DE NUESTRO TIEMPO.

Este problema de las personas sociales es uno de los que hoy ofrecen mayor interés, por formar parte de los que promueve el movimiento en sentido orgánico y dinamista que va gradualmente reemplazando á la anterior evolución individualista, mecánica y abstracta. Tiene ésta, sin duda, largo y glorioso abolengo. Acaso puede decirse iniciada—hasta donde cabe hacer uso de esta palabra—en el proceso de la vida y derecho de Roma; y viniendo á tiempos más recientes, el Renacimiento y sus legistas, ya completamente perceptibles en el apogeo de la Edad Media; Grocio y sus continuadores; Rousseau y la Revolución francesa, son otros tantos puntos culminantes de la corriente, cuya más alta expresión científica se representa en Kant. Acaso—si ésta no fuese generalización precipitada—tales movimientos individualistas sean propios de todas las épocas críticas en la historia (aunque cada vez con sentido más amplio,) en las cuales hay que pasar de un tipo de organización social á otro distinto, mediante una como disolución atomística del primero, ora paulatina y tranquila, ora más ó menos violenta. Si así aconteciera, Roma operaría la disgregación del antiguo organismo oriental, que parece culminar en Grecia, y abriría con su tendencia individualista el camino á la constitución medieval, imperante á su vez, hasta que vienen también á descomponerla los hechos y doctrinas, asimismo individualistas, arriba indicados y que duran aún en nuestro tiempo. De todas suertes, sea de estas hipótesis lo que quiera,

dos puntos quedan fuera de cuestión: 1º, que la tendencia emancipadora liberal, en sus dos fases, positiva y negativa, de asentar al individuo en la plenitud de sus facultades y de destruir los antiguos vínculos, ordenes é institutos sociales, considerándolos como otros tantos obstáculos para aquella integración, va agotándose rápidamente en la historia novísima, una vez consumada casi por entero su obra; 2º, que la dificultad invencible de reorganizar la vida humana con sólo ese principio va suscitando una tendencia en cierto modo opuesta, complementaria en otro, á restaurar el elemento social, si bien en las formas, todavía más ó menos vagas, en que lo exigen las nuevas condiciones de esa vida y del derecho moderno.

Aún se halla este movimiento en sus principios. Por lo demás, así es de ley. Pues toda reacción se inicia tan sólo dentro de la corriente que aspira á contrariar y debe compensar andando el tiempo; el mismo punto crítico que señala el máximo de su poder, denota al par el comienzo de su declinación. Entre nosotros, los libros del Sr. Pérez Pujol, del Sr. Azcárate, del Sr. Costa, pueden ser tenidos como expresión de los más autorizados representantes de las nuevas tendencias orgánicas en las ciencias sociales y jurídicas; tendencias, por las cuales—síntoma elocuente—abogan muchos otros, sin duda, aunque no siempre con el debido conocimiento (1). Las memorias y discusiones de nuestros dos últimos Congresos jurídicos, el de Madrid y el de Barcelona; las deliberaciones de ambas Cámaras sobre el proyecto de Código civil y el contenido de este mismo Código con sus propias vacilaciones, arrepentimientos y enmiendas, constituyen otros tantos documentos fidedignos para apreciar hasta dónde (no muy adentro, á la verdad) han penetrado aquellas ideas en la «masa» de nuestros jurisconsultos, el grado de preponderancia que todavía conservan las antiguas y el instructivo espectáculo de sus luchas, más ó menos serenas y apacibles.

En cuanto al asunto especial del presente estudio, los más interesantes trabajos de los últimos años son los dictámenes,

(1) De este movimiento—en general, no ciñéndome á España—he procurado dar alguna idea en los *Estudios jurídicos y políticos*, 1875. El último libro español, al menos que yo conozca, inspirado en analogo sentido, es la reciente *Historia de la propiedad comunal*, del Sr. Altamira.

enmiendas ó discursos de los Sres. Romero Girón, Gil Robles Gracia, etc., en el Congreso jurídico de Madrid; la oración inaugural del Sr. Gamazo en la Academia de Jurisprudencia, y al problema que aquí se trata, y el discurso de recepción del Sr. Silvela (D. F.) en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, en 1887, exclusivamente dedicado á las personas sociales, y que parece destinado á responder al anterior, en la parte referente á su objeto. De entre todos estos juristas, solo el Sr. Gamazo, al menos de sabiendas, profesa las antiguas doctrinas, aunque ya con menor crudeza y con visibles señales de quebranto al empuje de los nuevos conceptos; los demás se inclinan abiertamente á los nuevos principios, que hoy se extienden á más andar por todas partes, si bien ofrecen todavía resabios doctrinarios y composiciones elécticas, aun en el trabajo del malogrado D. Rafael de García sobre *Las Fundaciones*, sin duda el más meditado y concienzudo de todos. Así no es maravilla que el Congreso de 1886 aprobara sobre el particular conclusiones, donde las nieblas intelectuales, ó el prurito de una sagacidad, que nadie ciertamente culpará de florentina, amontonaron tesis tan homogéneas como la de que la persona social «tiene origen independiente del Estado» y la de que toca á éste «fijar la capacidad civil de que ha de gozar» (1). Con todo, lo mismo en estos documentos que en el nuevo Código civil, es ya imposible desconocer el influjo de las nuevas corrientes en pro de estas personas, cuyo derecho á «adquirir y poseer bienes de todas clases» reconoce aquél en su art. 38, con alguna liberalidad enmendado, en vista de las discusiones parlamentarias: verdad es que la costumbre contra ley había derogado, de una manera bastante directa y radical, la contraria prohibición de nuestras leyes, derogación sobre la cual los Gobiernos después han asentado terminantes declaraciones en igual sentido y sin protesta de nadie (2). No olvidemos tampoco que ya el proyecto de Código de 1851, aunque imbuído de muy otro espíritu, reconocía ciertos derechos á esta clase de sujetos.

1 Conclusión 1ª del tema IX

2 Es interesante lo que sobre esto refiere el Sr. Silvela en su citado discurso de recepción, § 4º.

Ahora bien; considerando que el problema de la persona social se halla al presente en crisis, parece de interés ofrecer aquí resumidas las más importantes doctrinas formadas acerca de él por algunos de los jurisconsultos y sociólogos que en los últimos tiempos se han dedicado á su examen. A fin de establecer un criterio para juzgar esos varios principios, será lícito sin embargo, exponer previamente ciertas bases generales, que vienen á ser como el fruto de la colaboración con que unos y otros han contribuido á esclarecer el planteamiento y solución de dicho problema. Tan grave y delicado es éste, que nadie puede abrigar la pretensión de asentar su definitiva doctrina. La que, hoy por hoy, y gracias, sobre todo, al esfuerzo de esos diversos pensadores, se conforma mejor con la razón, parece ser la siguiente.

I

Es notorio, ya hoy día, que la naturaleza humana puede expresarse y concretarse en particulares sujetos y sin romper su unidad esencial, ora mediante el individuo, ora mediante una sociedad, un ciclo de éstos. Sin duda que no toda reunión de individuos constituye un sujeto, una representación *unitaria*. Considerados varios hombres en relación de mera coexistencia, unos al lado de otros, y hasta unidos (sea voluntaria, sea involuntariamente) por un vínculo dado, con tal que el vínculo descansa en la pluralidad, como tal, no salimos de ésta para constituir unidades, que se podría decir, de orden superior. Por ejemplo, el contrato se apoya todo él, desde su nacimiento á su disolución, en dicha pluralidad—en la sustantividad y mutua independencia de las partes—sin llegar nunca á establecer unidad real entre éstas, ni por tanto formar de ellas un nuevo ser, una persona, como la forma, v. g., el matrimonio.

Veamos lo que en éste pasa. Cuando el hecho jurídico de que nace se reputa como un contrato (consideración hoy todavía reinante y que aparece con frecuencia en las legislaciones mo-

dernas respecto del llamado «matrimonio civil»), se desconoce la naturaleza, no sólo de dicha institución, sino del hecho que la funda. Este desconocimiento es un resto de la antigua teoría del contrato social, de Grocio y Rousseau, hija á su vez de las ideas romanas sobre la fuente de las obligaciones jurídicas: ideas que recientemente pretenden restaurar algunos pensadores, según después veremos.

El hecho jurídico del matrimonio, esencialmente distinto del contrato, corresponde á muy otro orden. Es un caso particular—para emplear la expresión corriente—de un hecho generalísimo. Cada vez se acentúa más la negación de que el acto fundador; no sólo del matrimonio, sino de toda persona social, propiamente dicha, sea un contrato; por más que á dicho acto *puedan* agregársele también *además* verdaderos contratos subordinados (v. g., las capitulaciones matrimoniales) Pero ese hecho—que, por otra parte, no necesita siempre ser expreso, cabiendo que sea tácito, como acontece por lo común en la formación de las nacionalidades—es un verdadero acto *unilateral*, aunque social.

Con razón, pues; recientemente sigue esta doctrina y terminología Gierke, llamándolo *einseitiger Gesamttakt*, en su *Teoría de la Genossenschaft*, 1887, capítulo 1.º

Tan luego como entre varios individuos se establece una comunidad de vida, sea con intervención de su voluntad, según acontece en una corporación profesional, sea sin ella, que es lo que ocurre mediante el nacimiento en una determinada familia, y ora esta comunidad abraza la vida entera bajo todas sus energías y aspectos, al modo de la nación, ora un solo elemento y función de ella (una asociación industrial); no bien existe un fin común, más ó menos permanente, y una cooperación para dicho fin, nace al punto una personalidad *real*: nada menos que convencional ó ficticia. Esta propia unidad y realidad, largo tiempo discutida, comienza á ponerse ya fuera de duda, merced á los esfuerzos de los más opuestos pensadores. Y aun podría asegurarse que si, en otras épocas, el atomismo sensualista, identificando al ser y al individuo, no reconocía verdadero ser sino en éste, hoy parece hartamente más amenazado á su vez (con no menor injusticia, sin embargo) el valor real de la indi-

vidualidad (1) que el de los seres y organismos complejos de grados superiores, tanto en la sociología como en las ciencias de la Naturaleza. Y así el concepto de individuo se halla de tal modo vacilante, que es un punto menos que imposible resumir las opiniones corrientes en una característica satisfactoria. Reacción lógica, ésta, en sentido infinitesimal y dinámico, que, una vez calmada la oscilación usual, acabará como siempre, por concertarse con el anterior movimiento, mecánico y atomista.

Conviene recordar aquí ahora los caracteres de la personalidad, que no cabe por el momento discutir (2). Es persona todo ser racional, ó de otro modo: todo ser dotado de aquel grado de conciencia de sí propio y de las cosas todas, que lo capacita, no sólo para relacionarse con ellas en lo que presentan de fenomenal, concreto y sensible, sino en lo que tienen de suprasensible, esencial y absoluto. El animal también conoce, siente y requiere; posee, por tanto, una conciencia, que se desenvuelve desde los grados más rudimentarios á los superiores que revelan en su vida los más elevados tipos de la serie. Sólo que (según al menos las ideas actuales) su conciencia no pasa de lo individual y relativo, tanto respecto de los demás objetos como de sí mismo. Esto por lo demás acontece al niño en los primeros periodos de su desarrollo; pero el niño, en su desenvolvimiento normal, traspasa ese límite, y llega á aquel grado supremo, donde su conciencia deviene de una energía susceptible de representaciones, sentimientos y resoluciones absolutas, que exceden de toda limitación; á la vida racional en suma, en la cual, aun á así propio se percibe, no ya en sus estados discretos, ni siquiera como el sujeto concreto y continuo de todos ellos, sino como un ser ideal, un noumeno, cuyo valor, como el de las demás cosas, se hace transcendental hasta enlazarlo con ellas en el principio mismo de donde brota todo ser y vida. Este grado de conciencia es el que llamamos *razón*, y hace, de un *ser*, una persona.

1 Véanse los trabajos de Hæckel, y en general la teoría reinante que considera á los individuos, al menos en los tipos superiores, como á un agregado, ó á lo sumo como un compuesto de unidades elementales, llámense células, plastidios, citodios, etc. esto es, como una verdadera sociedad de otros individuos más simples.—Véase también lo que más adelante se indica respecto de las teorías sociológicas de Lilienfeld y Spencer.

2 Véase *Sobre la idea de la personalidad*, en el número de *La España Moderna* de Febrero de 1889.

Ahora bien; en la humanidad, no sólo el individuo es un ser, sino toda sociedad verdaderamente tal; toda comunidad de individuos (ó aun de sociedades) unidos para cumplir un fin real, ó varios, ó todos, mediante su mutua cooperación ordenada, constituye un propio organismo, sustancialmente diverso de cada uno de sus miembros y aun de la mera suma de éstos; al modo como el organismo de un animal ó el de una planta se distinguen sustancialmente también de la suma de células ó de gramos de protoplasma, cuya complexión forma no obstante su abstracto. Aparece de esta manera cual una realidad subsistente en sí misma. (1) Ahora: no otra cosa expresa el concepto de todo ser, ora sea éste un ser simple, ora complejo, que en tal caso, no puede tener existencia efectiva y concreta sin sus componentes. Nadie, por ejemplo, duda de que el cuerpo humano es un verdadero ser, aunque no podría existir sin sus distintos elementos dinámicos y morfológicos. Esta necesidad, téngase en cuenta que no es, sin embargo, inherente á todo organismo. La idea de organismo, ó mejor, de organismo *vivo*, (2) no implica multiplicidad de partes, aparatos, órganos, etc., sino unidad de fin con diversidad de funciones, que bien puede desempeñar un sólo órgano. Donde sí es indispensable esa pluralidad y multiplicidad, es en los organismos *complejos* (organismos de organismos), en los cuales cada función, ulteriormente diferenciada, posee ya su órgano peculiar correspondiente. Pero en su mayor y más exacta generalidad, el concepto de organismo vivo es un concepto dinámico, fisiológico; no anatómico y de estructura.

Llámase á veces á la sociedad un ser «ideal» en la excepción de que no se hace inmediatamente visible á los sentidos en su unidad inmediata, sino en y mediante sus miembros. Esta denominación no puede aceptarse sin reserva. Pues tan visible como una corporación ó una municipalidad es nuestro propio individuo, cuya unidad tampoco jamás nos aparece de una mane-

1 Aunque no *sin*, ni *fuera* de sus elementos particulares.

2 A pesar de la frecuente confusión entre estos dos conceptos, el de organismo en general es más amplio que el de organismo *vivo*, á que el texto se refiere. Así, v. g., hablamos del organismo del espacio y las figuras geométricas, ó del de los números, ó del de las categorías, etc., etc., casos todos que no dicen, en primer término, relación á la vida, ni á la actividad por tanto. Fouillée lo ha comprendido así también, á propósito del organismo de una máquina. *La science sociale contemporaine*, 2ª ed., p. 82. Pero se atiene todavía á la antigua idea de que el organismo impone concurso de *partes semejantes*, lo cual excluiría del grupo de los organismos á todos los rudimentarios que, ó carecen en absoluto de órganos, ó se los forman adventicios [Häekel, Delboeuf].

ra sensible, sino en sus estados temporales, internos y externos, materiales y dinámicos, siempre en perdurable mudanza. Son, por consiguiente, tan ideales, ó tan reales—según se quiera—, uno como otro, el ser social como el individual: ser, «sustancia» es todo término que tiene en sí mismo su propia realidad, no en otro (que sería entonces el verdadero ser, mientras que aquél no sería más que propiedad y cualidad de éste), y la sostiene en unidad de principio en y para todas sus determinaciones; en suma, que se da á ver en sus estados, como supuesto y agente de ellos.

Más la sociedad, no sólo es ser, según queda dicho, sino *persona*. La comunión de individuos que la forman va engendrando, mediante la compenetración de sus diversos pensamientos, afectos, propósitos, una expresión común, un fondo homogéneo de ideas, emociones, tendencias, que no es la mera resultante mecánica de los elementos individuales. Antes, el ser social subordinando estas fuerzas y contrayéndolas dentro de su esfera, necesidades, condiciones y límites, las determina por relación á su fin en un producto orgánico: aquí, como donde quiera, el mecanismo es un momento esencial, pero particular, del organismo, que por su medio cumple su vida y cuyo poder unitario gobierna todas las energías particulares, lejos de ser gobernado por ellas.

Tal es la génesis del espíritu público, ó—en términos más amplios—de la conciencia social. (1) La imposición del fin que da la ley á los individuos y los convierte en órganos é instrumentos del todo, no implica que ellos se den siempre cuenta reflexiva de dicho fin, ni de su propia persona, representación y ministerio. La *existencia* del fin, que forma el común vínculo, es condición para la de la sociedad; más no su *reconocimiento* por los individuos, á los cuales bien puede faltar la idea y hasta la voluntad actual de realizarlo, sin que por ello la persona social deje de nacer, ó se disuelva. El fundamento, v. g., de la nacionalidad es independiente de la voluntad subjetiva de sus miembros—contra lo que modernamente imagina la teoría de las

1 V. Röder, *Principios de Política del Derecho* (*Grundzüge der Politik des Rechts*), § 160 y sig.—V. también en el ensayo del Sr. López Salva, sobre la *Teoría de la opinión*, que de un momento á otro publicare el *Boletín de la Institución libre de enseñanza*.

anexiones plebiscitarias—como el de la familia lo es de la opinión, no ya de los hijos, sino aun de los padres, los cuales por esto precisamente pueden verse obligados á llenar deberes jurídicos que tal vez repugnen. La conciencia social se revelan luego como se producen y van condensando ideas, modos de ver, sentimientos tendencias, aspiraciones comunes, con un sello peculiar en la acción compleja que «imprime carácter», según suele decirse, aun en sus individuos: cualquiera que sea el objeto sobre que se versen dichos estados del espíritu, y por más que no reparemos siquiera en esa concordancia, cuanto menos en el común destino que nos incita á una cooperación común también y nos lleva á cumplir nuestra historia. Esa unidad podría llamarse «subjetiva», si este término no condujese á desestimar el principio objetivo en que se funda. Pues en rigor, toda comunidad de representaciones, v. g., implica necesariamente un cierto grado de conciencia (inmediata y oscura á lo menos) de la consociedad en que dichas representaciones se engendran; más de ningún modo, la conciencia *refleja*, discreta y clara de esa consociedad, ni de su fin. Sin esta claridad, vive toda comunión largo tiempo, como viven tantos y tantos individuos, mientras no llegan á darse cuenta de su naturaleza y vocación en el mundo, de la parte que llenan en el orden universal; sin que por esto les falte la conciencia unitaria de sí propios.

Toda sociedad forma, pues, un ser, un organismo vivo. Después de las polémicas que sobre este asunto han dividido á sociólogos, antropólogos y juristas (polémicas que tan graves consecuencias, por cierto, han tenido en todos los ordenes, en el económico, en el administrativo y político, etc.), puede tenerse casi por resuelto el problema. La mayor parte de los herederos del sensualismo antiguo, tan inclinado á ver en esta clase de personalidades una mera creación artificial del legislador, las consideran hoy ya como objetos reales, y aun se glorian de esta concepción: como si fuese lícito olvidar que ha sido iniciada y en gran parte desarrollada por doctrinas de muy otro sentido, y no de una manera indirecta, sino textual y expresa. (1)

¹ V. g., Platón, Aristóteles, Hegel, Krause, etc.—Spencer sólo cita al primero, á Hobbes y á Augusto Comte. Fouillée (*La science sociale contemporaine*) y Espinas (*Les sociétés animales*) son más justos.

No por esto faltan todavía—ya veremos—autorizadas protestas contra la concepción del organismo social.

Más la sociedad no solo tiene conciencia, sino personalidad. Lo cual equivale á decir que su conciencia es capaz de elevarse á un ideal, imprimiendo en sus ordenes el carácter de racionalidad, que pueden revelar sus hechos externos. Son éstos diversos, sin duda, de los del individuo, por cuanto solo se producen mediante él, que forma su último órgano: aun en aquellas sociedades complejas de grado superior, donde la representación constituye una verdadera gerarquía, que desciende gradualmente por otras sociedades y corporaciones intermedias, la acción viene á concluir siempre en el individuo. Ciertamente, después de todo, en la distinción que cabe hacer entre el ser fundamental humano, nuestro nómeno y el sujeto sensible que lo representa, puede bien decirse que jamás es lícito á éste obrar en su exclusivo nombre—como individuo abstracto—sino como órgano de aquel, como expresión de su ser racional, en representación, en suma: debiendo ser tan solo aquello que en las circunstancias concretas de cada momento corresponde. Pero en la persona social, á esta primera representación inherente á cada hombre, se une luego la del todo social en sus miembros. El concepto de la representación es en ambos casos el mismo: el de la gestión de fines é intereses de un sujeto por otro, cuyos actos surten sus naturales efectos para el representado, cual si fuesen suyos propios. Y á este concepto se sujetan, lo mismo la representación genérica del ser humano por el individuo, que la de los sujetos sociales, confiada á él también en última instancia.

El concepto de la persona, en su más amplio sentido, no es un concepto puramente antropológico, pues se aplica á otros seres que al hombre (sirva de ejemplo el problema de la personalidad divina); pero en la esfera á que se contraen estas observaciones, puede resumirse diciendo que equivale al del hombre, como ser racional, y en los dos ordenes de sujetos que lo representan: el individual y el social. A ambos corresponde por naturaleza la posibilidad de llegar al grado superior de evolución de que es capaz la conciencia finita, según se manifiesta en el hombre adulto y educado, grado que no es sino el

pleno desarrollo—en los límites del tiempo, el medio, etc.—de aquel como germen rudimentario y potencial que apenas se esboza en el recién nacido y que á veces se entorpece y perturba por causas muy diversas, según acontece en el criminal, el idiota, el ebrio, el loco, donde subsiste sin embargo la personalidad como en el niño.

Ya se advirtió antes que el concepto de la persona social, tal cual se acaba de exponer, debe considerarse como fruto, no de una teoría particular entre otras, sino de una verdadera cooperación positiva entre las diversas tendencias que en este orden se han ido manifestando; fruto gradualmente consolidado por sus mismas oscilaciones y luchas. Para convencerse de ellos, y por tanto una vez más de que la historia del pensamiento humano no es un erial de contradicciones insolubles sino una evolución, un proceso constructivo, por más aparente que sea en ocasiones y en la superficie la anarquía, conviene bosquejar ahora el sistema de esa evolución, sus factores cardinales y los elementos por cada uno de ellos aportados á la incesante génesis de este concepto.

La esfera donde ante todo se inició el que ahora nos ocupa, fué la del derecho. Si en todos tiempos ha reflexionado el hombre sobre todas las cuestiones individuales y sociales, físicas y psíquicas, sensibles y trascendentes, sobre la religión como sobre la agricultura, sobre el Estado como sobre el arte; y si, por consiguiente, do quiera que consideramos la concepción general de un pueblo ó una época, hallamos rastros que representen otros tantos ensayos de solución á los infinitos problemas particulares en que se diversifica el problema entero del ser y destino de las cosas, había probablemente una razón para que el nuestro se comenzase á estudiar en el orden jurídico; razón que es común quizá á todas las cuestiones sociales. Pues siendo la legislación una obra de todo punto imposible, sin traer á

previa reflexión las relaciones que en ella se pretende ordenar, obliga al legislador y á cuantos intentan cooperar ó influir en esa obra, á salir de la atención vaga, incoherente y distraída que al principio obtienen del espíritu los problemas, para discutirlos meditadamente.

Este examen, ora se ha venido haciendo en el orden de las relaciones comunmente apellidadas «civiles,» especialmente económicas, así como del derecho á ellas referente, ya en el de las políticas y aun internacionales: lo primero, para atender á las necesidades de la vida social y singularmente económica, que en todo tiempo ha exigido la aparición de aquellos organismos; lo segundo, porque siempre que se ha considerado, por sumariamente que haya sido, la idea del Estado, se ha sentido la imposibilidad de concebirlo como un mero agregado, una suma, una multitud indefinida, imponiéndose como una organización, ó más bien como un todo organizado con cierta unidad interior de principio, fin y medios. Así, en lo antiguo, en los juriscultos romanos, Gayo, Ulpiano, etc., domina el aspecto civilista, sin que por esto se olvide el otro en absoluto; mientras que Aristóteles, por el contrario, considera preferentemente el segundo, social-político; dualidad perpetuada y reproducida en los tiempos modernos por Savigny y los romanistas de un lado, y por Bluntschli, Lasson y algunos germanistas por otro: explicándose por estos antecedentes y diversidad de puntos de partida el hecho de que hasta ahora, en general, no haya llegado á establecerse una doctrina común á ambos ordenes, y aun frecuentemente se hallen en discordancia las que presiden á uno y otro, discordancia tan visible en Savigny y que con razón nota Zitelmann (1).

Por lo demás, este es el preliminar obligado de la lenta elaboración social de todo concepto. Obedeciendo siempre á una eterna necesidad del espíritu, pero estimulando é inclinando en cada tiempo hacia aquel sentido parcial que mejor responde á las más apremiantes exigencias de la época, el pensamiento no puede abrazar desde luego en su unidad é integridad los diversos problemas, y va dándoles soluciones incompletas, ahora en

1 En su *Concepto y natur. de las llams. per. jus.*, p. 54.

éste, ahora en otro sentido, hasta que la misma variedad de los puntos de vista y el frecuente conflicto de dichas soluciones engendran en los espíritus la necesidad de una investigación más amplia y comprensiva. Por tal modo, lejos de ser independientes y extrañas una á otra la especulación y las necesidades de cada época, cooperan en fecundo consorcio, sirviéndose mutuamente, y ambas al progreso de la vida.

En los antecedentes del problema que en este lugar se trata, se advierte todavía otra diferencia. Unos pensadores; romanistas ó germanistas, proceden en sus investigaciones analizando las instituciones positivas, engendradas mediante ley ó mediante costumbre por las exigencias de la vida social; mientras que otros comienzan por establecer ciertas bases más ó menos generales, desenvolviendo el concepto de la persona social como miembro integrante del sistema de conceptos que forma el contenido de la Filosofía del Derecho. Esta distinción se observa, no sólo entre los juriconsultos puestos á determinar el sistema total jurídico, según acontece á Savigny y Ahrens, sino entre los mismos especialistas consagrados en los últimos años á la dilucidación de este particular asunto, como Beseles y Gierke, Zitelmann y Salkowski, Bluntschli y Bolze, Randa y Vigliarolo.

Ahora bien, á esta primera época del estudio de nuestra cuestión, estudio realizado desde el punto de vista del derecho, responde la denominación de «jurídicas» que durante toda ella se ha venido aplicando á las personas sociales, bajo el supuesto de que constituyen una mera institución del derecho, para cuyos fines solamente existen (1), ora se las estime creaciones naturales y espontáneas de la vida, ora un artificio del legislador para resolver dificultades técnicas. Como si á éste fuese lícito tal invento y otros semejantes, que han solido llamarse «derecho puramente positivo»! Más cuando se produjeron las varias

1 No se refiere esto á las teorías de Laurent, en su *Droit civil*, y en todas sus obras inspiradas por la antigua corriente revolucionaria, de que ya apenas quedan huellas, sino á autores modernos, y de otro sentido, como v. g., Laband, cuando sostiene que la persona social es meramente jurídica, por venirle sólo del derecho la personalidad lo cual responde directamente á aquel axioma de los romanistas: «*persona est homo statu civile praeditus*» ó Holland «*Elements of jurisprudence*, Oxford, 1886» al seguir la doctrina de la persona artificial, con «anormales» *abnormal rights*: verdad es que aun germanistas tan resueltos como Gierke, influidos por la idea del derecho como una entidad abstracta en vez de su concepción realista como mera cualidad de la vida, cuyo material constituye el fondo de todas sus relaciones é institutos, no vacilan en afirmar que los conceptos de «persona» y de «cosa» suponen el del derecho.—*Gesh. d. d. Korpschaftsuegriffs*, § 3.

direcciones que cabían dentro de esta concepción, se agotó, por decirlo así, su virtualidad y comenzó á aclararse el presentimiento de que las personas sociales eran algo más que organismos jurídicos. Aun sin salir de la esfera del derecho, este carácter más amplio debía vislumbrarse por todos aquellos pensadores que consideran á dicha esfera en indisoluble vínculo con la realidad é integridad de la vida; ya conciban este vínculo de una manera espiritual y ética, como Schelling y Hegel, Trendelenburg y Rosmini, Stahl y Taparelli (1), para los cuales la sociedad y toda sociedad, corporación, etc., son ante todo un *corpus mysticum*, un consorcio de voluntades, de intentos, de aspiraciones; ya pretendan, en lógica reacción contra el exclusivismo espiritualista, declarar á la sociedad y sus institutos meros organismos físicos, á semejanza, si es que no enteramente al modo, del cuerpo animal, ó aun de la planta, según quieren Lilienfeld, Jaeger, Spencer, Espinas, etc.

Al trascender este problema desde la esfera meramente jurídica á la social, evolución grandemente favorecida por la aparición de una nueva ciencia, la sociología, el concepto de la persona social como un ser real y sustantivo, no como una abstracción, una entidad ficticia ó figurada, ha recibido superior firmeza y ganado de día en día la opinión de los más opuestos pensadores. Ejemplo de esta conformidad y signo de los tiempos, es que dos de los filósofos á quienes más directamente quizá se debe la clara exposición y discusión de dicho concepto, no ya de un modo incidental, sino con plena conciencia de su significación, esto es, Krause y Spencer (2), procedan según es sabido, de puntos diametralmente contrarios: por lo menos, tal como se suele á primera vista y por la superficie definir las cosas. Y sin embargo del constante progreso de esta concepción, que podríamos llamar realista, de la persona social, todavía disputan con ella las antiguas teorías. Pueden estas clasificarse en tres grupos. Para uno de ellos, represen-

1 Es curioso ejemplo el del último de los pensadores citados: pues pugnando con loable afán por restablecer en la ciencia del derecho el elemento ético, adopta, sin embargo, el principio jurídico de Kant, que es precisamente el camino más directo para llegar á la solución contraria.

2 Krause, *Ideal de la humanidad (das Urbild der Menschheit)*, Dresde, 1811, libro del cual el ilustre Sanz del Río hizo una refundición española; y sus libros de Filosofía del derecho.—Spencer, *Ensayos de política* trad. fr. de Burdeau; *Principios de Sociología* trad. fr. de Cazelles, 1873, etc.

tado por Savigny y por Puchta, y en los tiempos actuales por Andts, Bruns y otros muchos—pues es todavía quizás la más dominante, como ha sido la que ha planteado la cuestión en la época moderna— la persona social, ó para hablar su lenguaje, la persona «jurídica» es una creación artificial, un sujeto fingido por el legislador á fin de resolver ciertas dificultades: á esta dirección corresponde la mayoría de los romanistas. Huyen otros de estas abstracciones, y en lógica reacción contra ellas afirman la realidad de la persona social; pero creyendo que no hay más realidad que la sensible, expresada aquí por los individuos que estiman (sin razón) como su elemento visible sostienen que ellos constituyen la única verdad de aquellas entidades, meros nombres sin propiedad ni cualidad alguna. Ihering, Salkowski, Bolze, etc., siguen esta tendencia, más ó menos otomista. Por último, el idealismo, y especialmente las teorías de Hegel, han inspirado á otros,—entre los cuales descuellan Zitelmann— para quienes la realidad de la persona social no está en los individuos, sino en la idea trascendental de que ellos son manifestación efímera. En rigor, estos tres grupos pueden bien reducirse á dos: el sensualista y el idealista. La doctrina de la ficción tiene exactamente la misma base que la que podríamos llamar individualista é incluyen otras bajo el nombre de teoría «germánica», si bien con alguna impropiedad (1); pues ambas coinciden en no considerar como seres y sujetos reales, sino á los individuos; distienguiéndose luego por apelar, los unos, al artificio de la personalidad supuesta, mientras que los otros renuncian á este expediente y se atienen sólo á dichos individuos, sin más entidad, unidad ni persona que ellos.

Indicando ahora en brevísimos rasgos los elementos característicos de algunas entre las principales de estas teorías, y comenzando por aquella á la cual toca el honor de haber renovado y engrandecido en los tiempos modernos el problema de

1 Ya Zitelmann mismo, que así lo hace, reconoce ob. cit., pág. 54 que esta denominación no conviene á Baron ni á Salkowski. Y á este propósito conviene bosquejar aquí el cuadro que aquel escritor traza de las diversas doctrinas referentes á este problema, las cuales divide de la siguiente manera: 1º Construcciones ficticias: a) teoría de la personificación Savigny etc b) teoría que supone la existencia de una persona Randa etc. 2º Construcciones reales. a) teoría de los derechos impersonales ó sin sujeto Windscheid etc b) teoría de Ihering c) teoría germanista Beseler etc.

las personas sociales, esto es, la de Savigny (1), conviene ante todo resumir sus principios sociológicos y jurídicos: recuérdese que éstos son los determinantes primeros de su concepción. (2)

A pesar de la amplitud y profundidad que dicha concepción presenta, es bastante difícil reducirla á unidad. Por una parte (3), para Savigny, hay personas sociales (la Nación) que no son «un agregado de individuos», sino verdaderos seres naturales, dotados de conciencia: mientras que por otra (4), no hay más persona que el individuo, y las personas jurídicas son seres ficticios, sujetos artificialmente creados por y para el derecho positivo, pues la idea primitiva y natural de persona coincide con la de individuo. Las corporaciones que llama «de derecho público» no son verdaderas personas jurídicas (5): por más que la constitución de la familia ofrece grande analogía con la del Estado (6). Así, para el autor del *Sistema* hay dos clases de personas sociales: unas, que lo son por naturaleza (la Nación, los Cuerpos políticos, las Asambleas): y otras, completamente ficticias, que reciben del derecho su existencia y se reducen á constituir meros sujetos exclusivamente para poseer bienes, sin capacidad para otra cosa: aunque puedan á veces tener otros fines, «frecuentemente muy superiores á esa capacidad de poseer bienes» (7).

Estas contradicciones se explican por el punto de vista del autor, á saber: la separación entre el derecho público y el privado, hija á su vez de la concepción abstracta romana, que escinde en dos la vida, la sociedad y el derecho: cosa de todo punto ajena al sentido unitario y orgánico de los griegos, que parece, tal vez, el supremo grado de la concepción oriental (8).

1 «La teoría de la persona comienza en Savigny», viene á decir Gierke en su *Historia del concepto germánico de la corporación* (*Gesch. d. deutsch. Körperschaftsbegriffs.*) Berlín, 1871.

2 *Sist. del Der. rom.*, trad. española de Mesia y Poley; vols. I y II.

3 §§ 7º y 8º.

4 T. I, § 60; II, § 85.

5 «Porque no pueden poseer bienes», dice; lo cual tampoco es exacto.

6 I, § 8º.

7 II, § 85.

8 Para Gierke (*Genossenschaftslehre*, cap. 2º), la distinción entre lo que pertenece al derecho público y al privado es meramente de derecho positivo sin principio fijo: así una corporación de las llamadas «de derecho privado», v. g., un banco, puede bien tener derechos públicos. Y en otro lugar *Gesch. des d. Körperschaftsbegriffs*, § 3º) añade que el derecho romano era derecho privado; y el germánico, público.

Con razón dice Zitelmann, en un pasaje ya indicado (1), y á propósito de la dualidad que se observa frecuentemente en este punto, que revela tal olvido de la unidad del concepto del derecho, que solo así se comprende cómo una teoría aplicada al orden privado aparece completamente inadmisibles en el público: notando, además (2), que el Estado, en cuanto fisco, es una persona privada, y en otro sentido, pública: lo cual en cierto modo reconoce el mismo Savigny. Bolze (3) expone las contradicciones de éste sobre la materia, con las de Puchta, Arndst, Bruns, etc., al considerar á las personas sociales como creaciones artificiales, incapaces de voluntad y acción, y afirmar á la vez que la ciudad, el pueblo y el Estado son seres naturales dotados de aquella misma capacidad que poco antes declaraban exclusiva y privativa del individuo. Stobbe (4) pretende instintivamente evitar la antinomia, extendiendo la teoría de la ficción á la supuesta esfera del derecho público, pero no logra poner de manifiesto el error; y Held repara directamente que una institución privada puede convertirse en cosa pública y viceversa (5). Además; la idea de Savigny viene en gran parte de la ilegítima restricción del concepto de persona jurídica á la esfera económica ó patrimonial, ó—para hablar su lengua—del «derecho de bienes:» error, más bien nacido de una viciosa tradición, que del fondo de su propio pensamiento. Así vemos que, tan luego como él se entrega con libertad á sí mismo, la teoría que domina toda su exposición y viene á servirle de supuesto, es la de la personalidad ideal, ó trascendente, hacia que gravita en general esta escuela en medio de sus oscilaciones entre el atomismo y el idealismo.

Quizá nadie ha expuesto con tanta crudeza la primera de estas dos doctrinas como Ihering (6). Según él, la persona so-

1 Ob. cit., p. 45.

2 Id. p. 95.

3 Ob. cit., § 1º

4 Derecho privado alemán (*deutsches Privatrecht*), t. I. p. 317, nota 2.

5 En su artículo *Persönlichkeit*, en el *Diccion. de Rotteck*. El ejemplo que aduce de la conversión de un Municipio en Estado, y al contrario, no es sin embargo propio, entre otras razones, porque como ya presumía con certero instinto Herbart, el Municipio, como todo círculo social, es de por sí un Estado.

6 En su ya citado *Espíritu del der. rom.* (tr. fr. de Meulenaere) t. IV 213 á 217; 337 y otros lugares.

cial es mera apariencia; las personas y sujetos reales son los individuos «aislados» que la constituyen, únicos además capaces de gozar, esperar y tener fines: aquella es solo la forma especial en que éstos, los verdaderos interesados, manifiestan sus relaciones con el mundo exterior, viniendo á ser en la corporación las *personae insertae*, cuyos nombres desaparecen en la sombra. Un paso más, dentro de la teoría atomista, da Salkowski [1] hacia la realidad de la persona social. Para él, lo mismo que para Ihering, no hay en ésta más ser ni sujeto que los individuos; pero no como tales individuos ya, sino en cualidad de miembros de la persona, ó de otra suerte, como los verdaderos elementos reales que abrazamos con el puro pensamiento en una colectividad meramente ideal, á la cual no corresponden, por tanto, propiedad, relación, deber ni derecho alguno. Esfuerzo algo mayor hace Bolze [2] al considerar, que si los individuos constituyen la única realidad de la persona social, no es aislados, según Ihering pretende, ni en un respecto ó cualidad, conforme quiere Salkowski, sino unidos. Esto es, la reunión de individuos, constituidos en *corpus*, es la verdadera unidad personal, viva y efectiva, no los individuos mismos en sí: en realidad, estos últimos jurisconsultos no siguen ya la corriente romanista pura [la de la *persona ficta*].

Como se advierte, los pensadores inspirados por esta tendencia procuran ante todo hallar la realidad de la persona social, identificándola en último término con la de sus miembros, y huir de entidades ideales, abstracciones y ficciones. Semejante proceder, á lo menos, ha servido para avivar el espíritu realista en el estudio de esta cuestión, evitar los fantasmas de la anterior teoría y servir de contrapeso á las opuestas tendencias del idealismo. Este, con efecto, propende á olvidar la propia realidad de los individuos, insistiendo, por el contrario, en el valor de la unidad ideal porque sirve de núcleo á la persona. Hegel, cuyo punto de vista lo lleva á identificar la sociología y la ciencia del derecho, no estudia en ésta la naturaleza

1 Observaciones sobre la teoría de las personas jurídicas y en especial de las llamadas sociedades y compañías corporativas (*Bemerkungen zur Lehre der jur. Personne, insbes. den sog. korporativen Societäten und Genossenschaften*). Leipzig, 1863, § 2º

2 Concepto de la persona jurídica (*der Begriff der jur. Person*). Stuttgart, 1879 § 7.—V. también pág. 18.

general de las personas sociales, sino solo algunas, como la familia, la corporación [en sentido profesional, v. g., industrial], el Estado, concebidas en el sentido de categorías de la idea, momentos dialécticos engendrados por su interior necesidad y merced á los cuales entra el individuo en su verdadera significación [1], adquiriendo un valor general y de universalidad. Sentido declarado aún con mayor desenvolvimiento por Michelet, al afirmar que «en la familia, las personas físicas se elevan á formar una persona espiritual ó ideal. . . . apareciendo como *accidencias* de una cosa moral;» ó bien que «nadie es persona sino en relación y sociedad con otros.» donde el concepto de la individualidad aparece como relativo, insustancial y abstracto, mera accidencia del Estado, que es su firme y propia base; [2] sin venir á representar otra cosa las afirmaciones de Vera [3]: de que la vida individual tiene su fundamento en la común, no siendo el hombre sino fragmento de un solo y mismo edificio, un producto de su época y del medio. Además, en ambos pensadores, como en su maestro, si el problema de la realidad y unidad de los organismos sociales se propone resueltamente respecto de las naciones, no se presenta en todo su amplio concepto, ni alcanza completo desarrollo. [4]

Cosa semejante acontece á Lasson [5], que declara persona moral á todo fin común al cual aplican los hombres sus fuerzas físicas é intelectuales, personificando de esta suerte una entidad y extendiendo á la esfera general de las personas sociales la

1 *Filosofía del Diritto*, trad. ital. de Novelli.—Nápoles, 1863, §§ 156, 181, 250, 256 y sig.

2 Michelet, *Der. natural (Naturrecht oder Rechtsphilosophie)*: Berlín, 1866, dos volúmenes: t. I, p. 239; II, 205, etc., etc.

3 *Introd. á la phil. de Hegel*, cap. 6^o, § 2^o.

4 En su *Filosofía del derecho según la doctrina de Hegel* (Sevilla, 1873), expone el Sr Benítez de Lugo principios acerca de la personalidad en general y de la social en particular, que merecen citarse en este sitio. «La conciencia de la voluntad individual es la persona,» ó en otros términos, «la personalidad es el sujeto, en cuanto tiene conciencia de su libertad individual» (página 205 y 206); poniendo, pues, también este autor la personalidad en la individualidad, la voluntad y la conciencia. Sin embargo, el matrimonio y la familia forman «otra nueva personalidad,» un ser particular (385, 423, 428); la sociedad civil lo es también, 426, como el Estado, identificado con la nación, es el momento superior en el desenvolvimiento de la idea ética, y un «individuo real y verdadero» 465, 487. Pero tampoco en este libro se halla un concepto claro y definido de la persona, ni, por tanto, de sus varios ordenes, que no se reducen ciertamente á la familia, la sociedad civil, la corporación y el Estado, más bien, la nación, si bien es cierto que dicho concepto no cabe en una doctrina, para la cual, la personalidad y la sociedad son categorías jurídicas, en lugar de ser antropológicas, si es que no metafísicas. El derecho es una cualidad formal, impotente para crear verdaderos seres, como su ciencia lo es para explicarlos; construyéndose necesariamente en supuesto de ellos.

5 *Principio y porvenir del derecho internacional. Princip und Zukunft des Völkerrechts*: 1871, apud Zitelmann, páginas 59 y siguientes.

concepción dominante respecto de las fundaciones y la herencia yacente. Por último, el P. Taparelli [1] atribuye también el carácter ideal á la unidad social, poniéndola en la idea y voluntad del fin común y considerando que toda sociedad implica dos elementos: una pluralidad de individuos y un vínculo que la reduce á unidad, ó sea el fin perseguido por aquellos y de donde nace el concierto de las inteligencias y las voluntades, así como la coordinación de los medios.

El ensayo especial quizá más directo, comprensivo é importante, en un sentido análogo, es el de Zitelmann [2]. A su entender, las personas jurídicas [pues todavía sigue la denominación corriente] son un verdadero D'NTOS D'N, no una mera idea [3]; un ser distinto de la suma de sus miembros [4]. Pero no ser corporal; antes la incorporeidad es nota característica de la herencia yacente, la fundación y hasta la corporación misma [5], en la cual no se reúnen *hombres*, sino voluntades [6]; doctrina perfectamente concebible en quien, siguiendo á Hegel, hace consistir en la voluntad la esencia entera de la persona, como tal persona [7]. Por último, sus elementos constitutivos son el fin común y la voluntad conscia de formar verdadera unidad, ó bien un vínculo natural, que suple á veces esta voluntad por necesidades ético-físicas: v. g., en el Estado [8]. En lo cual olvida Zitelmann el papel del elemento corporal en toda sociedad [aun dejando aparte el matrimonio]; pues, como acertadamente muestra Schäffle [9], en ninguna cabe cooperación sin su auxilio; y así, entreviendo luego la imposibilidad de aplicar su teoría de la voluntad conscia [ó más bien, reflexiva] á ciertos organismos, introduce en parte aquel mismo elemento para poder abrazarlos en su construcción. Por lo demás, para este escritor, los individuos, ó sean las voluntades individuales —concebidas por tan abstracta manera—son tan solo la base,

1 *Saggio teoretico di diritto naturale* §§ 301 y sig.

2 En su citado estudio sobre el *Concepto y naturaleza de las llamadas personas jurídicas (Begriff u. Wesen der sog. jur. personen)*, Leipzig 1873.

3 Página 94.

4 Página 79.

5 Página 61.

6 Página 93.

7 § 23.

8 Páginas 94 y 95.

9 *Estructura y vida del cuerpo social*, trad. ital. de Bocardo vol. I parte 1^a secc. 1^a.

el material (*das Substrat*) del nuevo ser, creado en virtud del fin que las convierte en una sola persona (1).

Otro estudio posterior hay, el de Vigliarolo (2), que obedece también á la misma tendencia hegeliana, y es, por tanto, afin á todo este grupo. Su razonamiento es el siguiente. El espíritu se halla disminuído y como imperfecto por su unión con el cuerpo, tendiendo á rehacer el orden por la asociación y comunidad que construye los organismos ético-sociales, dotados de fines, medios y actividad comunes y que forman una composición gradual de actividades, en los tres tipos ó formas fundamentales: individuo, familia, sociedad general. Estas y toda la serie de asociaciones constituyen personalidades colectivas, que no deben llamarse «jurídicas;» pues persona jurídica es todo sujeto, individual ó colectivo, capaz de obrar en derecho. Para el jurista italiano, el cuerpo es, por lo tanto, el límite, lo negativo, sobre lo cual aspira á elevarse el espíritu por medio de la asociación, donde se completa, reconstruyendo, por decirlo así, el organismo espiritual, disperso en los individuos. Pensando de esta suerte, la persona social constituye una unidad ideal y tiene por necesidad un carácter ético.

Por último, uno de los juriconsultos más importantes y que ha consagrado una serie de libros, verdaderamente magistrales, (3) á la personalidad social, especialmente en una de sus formas, la llama *Genossenschaft*, corporación ó compañía del derecho germánico, sobre cuya índole tan divergentes andan los autores, Gierke, ha expuesto, singularmente en uno de ellos, el de carácter más teórico, una doctrina que es de las más recientes y que interesa conocer. Sus conceptos, por la índole de sus trabajos, se apoyan más bien sobre bases históricas que filosóficas; al menos hasta donde cabe, pues la índole del pensamiento impide que jamás sea absoluta semejante posición.

1 Páginas 93 y siguientes.

2 *Le persone giuridiche considerate in rapporto alla filosofia del diritto.*—Napoli 1880.

3 "Derecho de la compañía germánica (*das d. Genossenschaftsrecht*) que comprende tres obras independientes: la "Historia jurídica de la compañía germánica," *Rechtsgesch. der d. Genossenschaft.*,—Berlín 1898.—La "Historia del concepto germánico de la corporación," *Gesch. des d. Körperschaftsbegriffs.*,—Id. 1873.—y "La teoría del Estado y de la corporación en la Antigüedad y la Edad Media," etc., *die Staats und Korporationslehre des Alterthums.*, etc.—Id. 1881. Además ha publicado después otro libro aparte, "La teoría de la compañía germánica," *die Genossenschaftstheorie.*—Id. 1887, que es la que más directa relación tiene con el problema de este artículo.

Pertenece Gierke á la tendencia germanista, representada hoy principalmente por Beseler (á cuyo «jubileo» dedica aquél el último de sus libros), por más que á veces disienta de las ideas del maestro. Por ejemplo, éste piensa que la *Genossenschaft* es una organización intermedia entre corporación y *communio* (1), opinión que, por cierto, también adopta Ahrens (2); mientras que, para Gierke, aquel organismo es la verdadera corporación (*Körperschaft*) propia del derecho germánico. Pero, aparte estos disentimientos, sigue nuestro autor la misma tendencia que surgió contra el exclusivismo de los romanistas y sus explicaciones, entre los cuales, aunque más ó menos influidos ya por el espíritu germanista, coloca á Zitelman, Salkowski, Bolze, de cuyas doctrinas queda ya hecho mérito, así como por su parte se autoriza, ora con juriconsultos como Bluntschli y Dahn, ora con filósofos del Derecho, como Hegel, Krause, Ahrens, Trendelenburg, etc.

De todos modos, importa recordar tan sólo que la característica de los germanistas, en cuanto al problema de la persona social es que ésta constituye una realidad propia (*eine «realer» Gesamtperson*), por oposición á la teoría romanista de la *persona ficta*. Dentro de esta corriente, he aquí los principios capitales de la doctrina de Gierke. Según las ideas actuales acerca del derecho, éste no crea á la persona social, sino que se limita á reconocerla ó á negar su existencia, á una declaración, si bien en otro lugar afirma que los conceptos de *persona* y *cosa* son conceptos meramente jurídicos, que presuponen el del derecho; olvidando que ambos en su naturaleza, como en su función, exceden esta esfera. La verdadera creación de la persona social, añade, se verifica por una voluntad distinta de la individual, ora inconsciente, formada y desenvuelta de grado en grado por vínculos de la naturaleza, ora conscia y reflexiva; pero en ningún caso, incluso el último, el acto de la creación de la persona es un contrato, sino verdadero acto unilateral, por más que bajo este principio puedan luego agregarse contratos muy varios. En Roma, el concepto de la persona era ab-

1 Véase el opúsculo de Sohm sobre este asunto "*die deutsche Genossenschaft.*"—Leipzig, 1889. Debo al Sr. Hinojosa el conocimiento de este folleto, como de los libros de Gierke.

2 *Enciclopedia jurídica*, trad. esp. vol. III § 3º pág. 159.

absoluto, indivisible é intransferible, y de aquí que la voluntad individual y la general, abstractas ambas, se oponían una á otra; mientras que en la concepción germánica se compenetraban orgánicamente. La persona social, allí, era, no sólo ficticia, sino privada; aquí, real y pública, tomando diversas formas, que estudia Gierke de un modo muy interesante, pero como no es este lugar de exponer. (1)

Sólo se debe indicar que las personalidades ó vínculos (*Verbände*) nacidos en la acción consciente, ofrecen tres tipos: a) la *Genossenschaft*, en que la voluntad unitaria surge de la unión de una pluralidad de voluntades individuales, cuya composición y mezcla en parte engendra á aquella; b) la *institución*, en donde esa voluntad unitaria viene como desde fuera á implantarse, en parte también, en la pluralidad: en este grupo incluye á las fundaciones, verdaderas personas, no personifican de simples fines, como piensan Savigny, Puchta, etc., ni patrimonios destinados á dicho objeto, según la opinión de Mühlenbruch, Arndts y otros; c) *mixtas*, v. g., una fundación que nace de una corporación, ó viceversa. Sin embargo; en sentir del autor, si la teoría germánica ha alcanzado á construir un derecho social opuesto al individualista, y cuyo coronamiento es el derecho político, el derecho del Estado (*das Staatsrecht*), necesita todavía ser completada con una teoría de las instituciones, que, según se acaba de ver, forman el tipo paralelo á las *Genossenschaften*.

¹ Por cierto que su modo de representarse el movimiento de centralización (y diferencia al par) en la Iglesia durante la Edad Media acaba de hallar cierta conformidad en un libro reciente de otro escritor, el Profesor Löning, de Halle, bien conocido por sus estudios acerca del Derecho canónico de los primeros siglos. El libro versa sobre *La organización social de la primitiva comunión cristiana* (que tal vez es la traducción más aproximada del título alemán, "die Gemeindeverfassung des Urchristenthums",—Halle 1890. Véase la crítica de M. Marignan en el número de Diciembre último de la revista *Le Moyen-Age*).

(Concluírá).

FRANCISCO GINER DE LOS RIOS.

EL ORDEN PUBLICO

EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

(CONCLUYE.) (1)

III.

No obstante lo vago de la noción del orden público, no es imposible, sin embargo, establecer con una poca más de precisión esta difícil materia.

Existe, ante todo, una distinción que la mayor parte de los jurisconsultos modernos admiten y que permite un límite, por consiguiente hay que precisarla de antemano y ésta es: el dominio del orden público tal como se debe entender en Derecho internacional privado.

Se encuentra en todas las legislaciones un conjunto de reglas que se imponen de una manera absolutamente imperativa y sin excepción posible únicamente á los nacionales, este es el orden público que calificaremos de *interno*; existen otras cuyo carácter rigurosamente obligatorio es oponible á los extranjeros que se encuentren en el territorio así como á los nacionales del país, son las que constituyen *el orden público internacional*, el único de que vamos á ocuparnos. (2) El vestigio, si no es que

¹ Véase la página 278 y siguientes de esta *Revista*.—tomo III.

(2) Creemos posible explicar por esta distinción entre el orden público interno y el orden público internacional como fué que los romanos no hayan desde un principio aplicado á los peregrinos leyes que parecían, muy bien tener el carácter de leyes de orden público, sin creer, por esto como se ha afirmado (V. Weiss loc. cit. p. p. 532 y 533) que la noción misma de orden público restrictiva de la aplicación de la ley nacional á los extranjeros, les fuese desconocida. Se invocan en el sentido de esta última opinión, los hechos siguientes: hubo necesidad de una ley especial la *lex Sempronia de fanore* para extender, en 561, á los peregrinos las medidas dictadas contra la usura (*Fite-Live XXXV, 7*) y otra más, la *lex Didia de sumptu*, en 611, para imponerles las disposiciones restrictivas del lujo. Pero se podrían señalar otras muchas leyes romanas que teniendo también el carácter de disposiciones de orden público, no fueron aplicadas sino más tarde á los extranjeros como

absoluto, indivisible é intransferible, y de aquí que la voluntad individual y la general, abstractas ambas, se oponían una á otra; mientras que en la concepción germánica se compenetraban orgánicamente. La persona social, allí, era, no sólo ficticia, sino privada; aquí, real y pública, tomando diversas formas, que estudia Gierke de un modo muy interesante, pero como no es este lugar de exponer. (1)

Sólo se debe indicar que las personalidades ó vínculos (*Verbände*) nacidos en la acción consciente, ofrecen tres tipos: a) la *Genossenschaft*, en que la voluntad unitaria surge de la unión de una pluralidad de voluntades individuales, cuya composición y mezcla en parte engendra á aquella; b) la *institución*, en donde esa voluntad unitaria viene como desde fuera á implantarse, en parte también, en la pluralidad: en este grupo incluye á las fundaciones, verdaderas personas, no personifican de simples fines, como piensan Savigny, Puchta, etc., ni patrimonios destinados á dicho objeto, según la opinión de Mühlenbruch, Arndts y otros; c) *mixtas*, v. g., una fundación que nace de una corporación, ó viceversa. Sin embargo; en sentir del autor, si la teoría germánica ha alcanzado á construir un derecho social opuesto al individualista, y cuyo coronamiento es el derecho político, el derecho del Estado (*das Staatsrecht*), necesita todavía ser completada con una teoría de las instituciones, que, según se acaba de ver, forman el tipo paralelo á las *Genossenschaften*.

¹ Por cierto que su modo de representarse el movimiento de centralización (y diferencia al par) en la Iglesia durante la Edad Media acaba de hallar cierta conformidad en un libro reciente de otro escritor, el Profesor Löning, de Halle, bien conocido por sus estudios acerca del Derecho canónico de los primeros siglos. El libro versa sobre *La organización social de la primitiva comunión cristiana* (que tal vez es la traducción más aproximada del título alemán, "die Gemeindeverfassung des Urchristenthums",—Halle 1890. Véase la crítica de M. Marignan en el número de Diciembre último de la revista *Le Moyen-Age*).

(Concluírá).

FRANCISCO GINER DE LOS RIOS.

EL ORDEN PUBLICO

EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

(CONCLUYE.) (1)

III.

No obstante lo vago de la noción del orden público, no es imposible, sin embargo, establecer con una poca más de precisión esta difícil materia.

Existe, ante todo, una distinción que la mayor parte de los jurisconsultos modernos admiten y que permite un límite, por consiguiente hay que precisarla de antemano y ésta es: el dominio del orden público tal como se debe entender en Derecho internacional privado.

Se encuentra en todas las legislaciones un conjunto de reglas que se imponen de una manera absolutamente imperativa y sin excepción posible únicamente á los nacionales, este es el orden público que calificaremos de *interno*; existen otras cuyo carácter rigurosamente obligatorio es oponible á los extranjeros que se encuentren en el territorio así como á los nacionales del país, son las que constituyen *el orden público internacional*, el único de que vamos á ocuparnos. (2) El vestigio, si no es que

¹ Véase la página 278 y siguientes de esta *Revista*.—tomo III.

(2) Creemos posible explicar por esta distinción entre el orden público interno y el orden público internacional como fué que los romanos no hayan desde un principio aplicado á los peregrinos leyes que parecían, muy bien tener el carácter de leyes de orden público, sin creer, por esto como se ha afirmado (V. Weiss loc. cit. p. p. 532 y 533) que la noción misma de orden público restrictiva de la aplicación de la ley nacional á los extranjeros, les fuese desconocida. Se invocan en el sentido de esta última opinión, los hechos siguientes: hubo necesidad de una ley especial la *lex Sempronia de fanore* para extender, en 561, á los peregrinos las medidas dictadas contra la usura (*Fite-Live XXXV, 7*) y otra más, la *lex Didia de sumptu*, en 611, para imponerles las disposiciones restrictivas del lujo. Pero se podrían señalar otras muchas leyes romanas que teniendo también el carácter de disposiciones de orden público, no fueron aplicadas sino más tarde á los extranjeros como

la afirmación formal de esta distinción, se encuentra indicada muy claramente en el texto mismo del Código Civil francés, como se puede ver haciendo la comparación de los arts. 6 y 3, § 1º. El primero prohíbe derogar por convenciones particulares las leyes que interesen al *orden público* y á las *buenas costumbres*, el segundo declara las leyes de *policia y seguridad* obligatorias para todos los que habiten en el territorio, por consiguiente sin distinción de nacionalidad.

Por su diferente redacción y su lugar respectivo, éstos dos textos muestran que no tienen el mismo alcance, no obstante la identidad del principio fundamental del cual no son sino una aplicación el principio de soberanía absoluta en la exposición de las reglas que se refieren á la buena organización del Estado. La diferencia se nota por que el art. 6 tiene en cuenta reglas cuya estricta observancia no se impone en interés del Estado mismo, sino á los nacionales, mientras que el art. 3 se refiere á disposiciones cuya violación no está permitida, ni aún á los extranjeros.

La distinción entre estos dos ordenes públicos, uno interno, el otro internacional, parece tanto más delicada, cuanto que proceden los dos de un mismo pensamiento del legislador quien quiere proteger los principios esenciales sobre los cuales hace descansar la constitución de su país. Pero, si es cierto que las reglas de orden público internacional son á *fortiori* de orden público interno, es decir que se imponen tanto á los nacionales como á los extranjeros, la recíproca no es verdadera, y

la ley *Oppia* sobre el lujo en 541 (Tite-live XXXIV. 2 et suiv.) la "lex Julia vicesima hereditatum et legatorum", de 768. Dion Cassius, liv. 77. 9. y aun leyes de naturaleza semejante cuya aplicación no se hizo nunca sino á los ciudadanos romanos, como la "lex Julia Sentia", Gaius C. I. s. 47. Se explican estas particularidades porque los romanos habían aceptado sino expresa al menos implícitamente la distinción de un orden público interno opuesto á un orden público internacional. Esta distinción era de alguna manera instintiva en una época en la que el Derecho era ante todo el gaje de los ciudadanos, y aun les estuvo siempre reservado en su forma más completa y más eficaz, bajo el nombre de "jus civile", mientras que los peregrinos no participaron nunca de él, sino de una manera parcial por las instituciones del Derecho de gentes. Era pues natural pensar entonces que disposiciones que tenían por fin asegurar la buena organización de la sociedad, tales como las que reprimían los excesos de la usura y del lujo, no debían aplicarse sino á aquellos únicamente que en esta época constituían la verdadera sociedad civil regida por el derecho de la ciudad, es decir, á los ciudadanos romanos. Más tarde, la presencia de extranjeros más y más numerosos y el desarrollo de las relaciones de estos últimos con los ciudadanos hicieron sentir el inconveniente que había de conservar la inmunidad de los peregrinos frente por frente de esas leyes que pasaron entonces, en su mayor parte del terreno del orden público interno al orden público internacional. En definitiva, por razón de la distinción tan marcada entre el *jus civile* y el *jus gentium*, admitimos que las leyes de orden público interno fueran al principio sobre todo, más numerosas en Roma que en los Estados modernos; pero no podemos admitir que los Romanos no hayan tenido la noción del orden público internacional.

tal disposición que es rigurosamente obligatoria para los nacionales del Estado, pueden sustraerse de ella perfectamente los de otros países. No es dudoso que la reglamentación del estado y de la capacidad constituye para los Franceses un conjunto de disposiciones rigurosamente imperativas de las que no pueden apartarse en sus convenciones sin violar el art. 6 de su Código Civil; pero no es menos cierto que los extranjeros invocando su ley nacional, conforme el art. 3 § 3, podrían prevalerse de un estado y una capacidad muy diferentemente organizados, y aún derogar por contrato este estado y capacidad si su ley los autoriza para ello. (1)

Aplicando la misma idea, el art. 1388 del Código Civil francés que prohíbe modificar por contrato matrimonial la potestad marital ó paternal la tutela etc. . . . es de orden público interno y no internacional.

Pero si estos dos ordenes públicos no se confunden, no obstante su fundamento identico, puede ser, á menudo, muy difícil distinguir uno de otro en muchos casos particulares. Así, por ejemplo, se puede discutir sobre el punto de saber si los artículos 1394 y 1395 que son indudablemente de orden público para los Franceses no lo son para los extranjeros. (2) Ahora bien, no encontramos formal criterio para hacer esta distinción en el texto de la ley francesa, más, aún creémos que ni en el de todas las demás legislaciones. M. Laurent vitupera mucho el empleo de la expresión «orden público» la que sirve para designar las reglas estrictamente obligatorias para, los extranjeros mismos, y quiere sustituirla con ésta: «Leyes de interés general y de derecho público,» con el pretexto de que las palabras *orden público* son empleadas por el legislador, en el art. 6, para indicar las disposiciones que únicamente son rigurosamente obligatorias para los nacionales. (3) Pero la ley misma se encarga de demostrar la poca importancia de esta cuestión de palabras: el art. 686 prohíbe constituir servidumbres contrarias al *orden pú-*

(1) Brocher, Cours de Droit intern. priv. t. I. n. 44. Weiss, loc. cit. p. 517; notre précis, n. 111. Laurent loc. cit. t. II p. 355. Así mismo se discute para saber si el incesto del *Derecho civil* entre aliados y colaterales que no sean hermanos y hermanas está prohibido tanto á los extranjeros como los nacionales. V. Esprit de lois, liv. XXXVI chap. IV. Laurent loc. cit. IV. p. 434. Oliv. Rev de droit intern. 1883 p. p. 224 et suiv. note Précis. n. 333. p. 333.
(2) V. Beauchet, J. Du droit inter privé, 1884, p. p. 39 431 Rennes 4 Mars 1880. id. 1881 p. 153.
(3) Loc. cit. t. II. p. 355.

blico y el art. 1133 anula las convenciones cuya causa es contraria al *orden público* y á las *buenas costumbres*; hé aquí las expresiones de que se sirve el legislador, en el art. 6, para considerar las reglas de orden público, y sin embargo nadie duda, ni aún el mismo M. Laurent (1), que los arts. 686 y 1133 se refieren tanto á los extranjeros como á los Franceses. De Savigny, al contrario, con su profunda, sagacidad jurídica, es el primero que nos ha dado la idea y el criterio de esta distinción entre el orden público propio de los nacionales y el orden público oponible á los extranjeros mismos. Entre las leyes *absolutas*, es decir rigurosamente, obligatorias, dice él, las hay que han sido hechas únicamente en interés de las personas cuyos derechos se quieren reglamentar, tales son las leyes sobre el estado y la capacidad; otras, al contrario, tienen por objeto proteger los intereses esenciales del Estado desde el punto de vista moral, económico ó político. (2) Para completar la simple indicación que hace el gran jurisconsulto, agregaremos que cada Estado, preocupándose únicamente por el interés de sus propios nacionales, entiende hacer obligatorias solo para ellos las disposiciones que han limitado su libertad para su ventaja; impone al contrario, á nacionales y extranjeros simultáneamente las disposiciones cuya aplicación se refiere al interés del Estado considerado como colectividad y como persona moral independiente. Haciendo al caso ya citado, la aplicación de esta distinción; se comprueba que si los arts. 1394 y 1395 del Código Civil prohíben redactar ó modificar las convenciones matrimoniales después del matrimonio únicamente para impedir la influencia abusiva de uno de los conyuges respecto del otro y para evitar las causas de discusión entre éstos mismos, es necesario ver en dichos artículos una limitación á la libertad de los contratos establecida únicamente para interés de los nacionales, que solo á ellos se impone y que entra, en una palabra, en el orden público interno; si se cree que estas disposiciones tienen por objeto evitar que se pueda engañar á los terceros cambiando la capacidad de los esposos después de la celebración del matrimonio y comprometer así el crédito público, es nece-

1 Loc. cit. t. II, pp. 352 et 353.
2 Système, t. VIII, pp. 37 et 38.

sario hacerlas entrar en el *orden público internacional*, declararlas obligatorias para los extranjeros mismos, pues se refieren al interés colectivo del Estado. No tenemos, por lo demás, que resolver aquí esta cuestión particular; nuestro único fin es mostrar como puede aplicarse en la práctica la distinción entre las dos especies de orden público.

Acantonándose en el dominio del orden público internacional, único del que tenemos que hablar, se puede desear aún más precisión para definirlo y limitarlo. No insistiremos mucho acerca de un criterio que ha sido propuesto para determinarlo y que aún que, muy sencillo no es aceptable evidentemente. Se ha dicho que las únicas leyes de orden público con relación á los extranjeros son las leyes penales y que cualquier otra extensión dada á este concepción del orden público internacional llega á lo arbitrario y á una anarquía de decisiones. (1) Simplemente el buen sentido, á falta de nociones jurídicas, basta para condenar esta manera de ver la cuestión. El único signo distintivo de las leyes penales es que su observación está sancionada por la aplicación de una pena ahora bien, cuántas disposiciones hay en una legislación cuya violación no podría tolerar el legislador sin sacrificar principios que considera como esenciales para la buena organización de la sociedad tal como la entiende, y que no están sancionadas por ninguna pena! Sí, por una razón ó por otra el legislador no juzga necesario asegurar la observancia de éstas reglas por una pena, al menos manifiesta su intención de imponerlas de una manera absolutamente imperativa; despojando de todo efecto jurídico los actos verificados con violación de estas reglas. Se pueden encontrar una multitud de ejemplos de estos casos en los que el orden público oponible á los extranjeros es evidente, sin que haya sido violada una ley penal en el incesto que trae consigo la nulidad del matrimonio, en la ineficacia de los contratos contrarios á las buenas costumbres, en la repulsa del divorcio etc. . . . El texto mismo del Código civil francés viene en apoyo de lo que acabamos de decir. El art. 3 § 1º impone á los extranjeros la observancia de las leyes de *policía y seguridad*, con esta últi-

(1) Bourdan-Viane et Magron, Manuel de Droit intern. privd pp. 274, 275.

ma palabra se ha querido hacer alusión, según explicación de Portalis, á las leyes penales, es necesario pues que por *leyes de policía* se haya querido designar otra cosa, es decir las disposiciones legales que, sin estar sancionadas con una pena, no son menos rigurosamente obligatorias aun para los extranjeros.

Vamos más lejos aun que todos los autores (1) y decimos, contrariamente á la fórmula de casi todos ellos, que las leyes penales, consideradas como tales, no entran necesariamente en el orden público internacional. Esto, desde luego, es evidente para las leyes que imponen una pena como sanción del no cumplimiento de un deber que por su naturaleza no incumbe sino á un nacional; tales son, en Francia, las disposiciones que castigan con una multa al jurado y al delegado senatorial cuando no cumplen con el mandato de que están investidos. Se pueden citar, además, leyes penales que no suponen la cualidad de ciudadano ni aun la de nacional en la persona á quien se aplican, como lo hacen las que acabamos de señalar, lo que exita toda clase de dificultad y respecto de las cuales se puede vacilar formalmente ántes de declararlas aplicables á los extranjeros. Tal es la ley francesa del 28 de Marzo de 1882 sobre instrucción primaria obligatoria impone, bajo la sanción de una pena, el deber de instruir á los hijos: pero tiene en cuenta únicamente á los franceses ó también se dirige á los extranjeros establecidos en Francia? No tenemos que resolver la cuestión (2) nos basta haber probado que el *criterium* que se obtenga del carácter penal de la ley no es nada menos que absoluto para decidir si entra en el orden público internacional. Lo que es muy cierto es que la solución de esta dificultad, en lo que se refiere á la ley del 28 de Marzo de 1882 será dictada por la idea que se tenga de las intenciones del legislador, según, la distinción de Savigny que hemos indicado ya. Se cree que esta ley tiene por objeto asegurar el desarrollo de la instrucción en Francia y favorecer el funcionamiento inteligente

(1) Laurent, loc. cit. t. II, p. 350, Weiss, loc. cit., p. 518-520.
 (2) V. Laurent, loc. cit. t. V, p. 176, Rev. critique, 1884 p. 450, notrs précis, p. 342, Weiss loc. cit. p. 676-677—V. Convention franco-suisse pour le traitement réciproque des enfans des deux pays au point de vue de l'instruction obligatoire. [J. Officiel, 14 Juin 1888.]

del sufragio universal? Deberá entrar en el dominio del orden público interno como no teniendo en cuenta sino el interés de los nacionales. Se considera que es la consagración de un principio de moral absoluta concebido por el legislador moderno y en cuya virtud los padres deben á sus hijos la cultura intelectual tanto como los cuidados físicos? Se deberá entonces hacer de ella una regla de orden público internacional, porque su violación sería un escándalo comprometedor para el interés colectivo del Estado.

Se ha pensado también en adoptar por criterio de las leyes de orden público internacional su carácter imperativo ó prohibitivo absoluto; á éste último criterio es al que se han sometido Wöechter y de Savigny, como ya lo dijimos. Pero antes hemos establecido que la redacción de las leyes, el único indicio que pueda revelar su carácter desde este punto vista, no podría ofrecer noticia cierta, porque la fórmula de que se sirve el legislador, autoridad soberana, es generalmente muy absoluta, aun cuando la disposición que edicte sea susceptible de admitir moderación ó excepción. Así es como se reputa el argumento obtenido del artículo 170 del Código civil francés que parece decir que el matrimonio celebrado en el extranjero sin previas publicaciones en Francia es nulo, haciendo notar que los artículos 64, 65 y 228 parecen consagrar también la nulidad de un matrimonio celebrado en Francia que no haya sido precedido de las publicaciones ó que haya sido contraído por una viuda ántes de los 10 meses despues de la muerte de su marido; cuando, sin duda de ninguna especie, no puede haber en estos dos casos sino un impedimento prohibitivo dirimente (1). Por otra parte aun cuando el carácter esencialmente imperativo ó prohibitivo de una disposición legal estuviese claramente establecido, habría siempre lugar é preguntarse si esta disposición consideraba á los nacionales únicamente ó á los nacionales y extranjeros al mismo tiempo, si era en otros términos, de orden público interno ó internacional: se discute, principalmente, sobre el punto de saber si los artículos 1394 y

(1) Cass, 14 décembre 1880, Sir.' 81, 1, 349; Baudry Lancafienerie, Précis de Droit civil I. p. 281 á 282.

1395, cuyo carácter prohibitivo no es dudoso, se aplican tanto á los extranjeros como á los franceses.

No obstante, si la fórmula imperativa ó prohibitiva de la ley no puede servir de criterio cierto para colocarla en el orden público internacional, se puede afirmar que toda disposición legal que no está impuesta de una manera absoluta por la autoridad soberana no entra en la categoría de las reglas cuya observancia se impone á los extranjeros. Por no haberse penetrado de esta idea tan justa, es por lo que, creemos; la jurisprudencia francesa ha caído en algunas exageraciones. Porqué, por ejemplo, ha declarado la Corte de Casación que un inglés podía legitimar á su hijo en Francia, contrariamente á las disposiciones de su ley nacional, cuando el legislador francés se contenta con permitir y favorecer en cierta medida la legitimación sin hacerla obligatoria (1)? Así mismo se puede preguntar porqué, en nombre del país, es aceptado el divorcio para extranjeros cuya ley nacional considera el matrimonio como indisoluble cuando el divorcio está simplemente permitido y no impuesto por el legislador de estos Estados (2). Créemos poder afirmar sin vacilación, que toda ley *permissiva* y no *imperativa* ó *prohibitiva* no puede ser de orden público; no se comprendería, en efecto, que un legislador dejase á la discreción de los individuos la facultad de usar de una institución que él considerase como indispensable para el interés del Estado. Puede suceder que una institución haya sido establecida como útil desde el punto vista moral económico ó político, y que se haya facilitado su uso pero desde el momento en que no se imponga con todo rigor y que sea posible no aprovecharla, no puede formar parte razonablemente del orden público.

[1] Cass. 22 novembre 1857, Dal. 57, p. 423.
[2] V. Frib des Deux-Ponts, 27 juin 1870, J. du Droit international privé 1875, p. 102. V. Asser, loc. cit., p. 118-119.

IV.

Llegados á este punto de nuestro estudio, nos parece indispensable resumir en algunas conclusiones tan precisas cuanto sea posible las ideas generales que acabamos de emitir y que necesariamente participan del carácter vago del objeto al cual se refieren.

1º Es necesario distinguir el orden público interno que no se aplica sino á los nacionales del que se aplica tanto á los nacionales como á los extranjeros. El criterio para diferenciar uno de otro consiste en que las reglas del primero son dictadas por el legislador para proteger los intereses individuales de sus nacionales por quienes únicamente se preocupa, sin tener que defender los de los extranjeros mientras que las reglas del orden público internacional consideran directamente el interés colectivo del Estado, en vista del cual son promulgadas las disposiciones con un carácter obligatorio para todos aquellos que se encuentren en el territorio, sin distinción de nacionalidad;

2º Aún cuando las disposiciones de Derecho penal sean casi siempre de orden público internacional, se forman por si solas, el conjunto de reglas de orden público impuesto á los nacionales y extranjeros;

3º No hay criterio absoluto para distinguir las reglas de orden público internacional; su carácter se revela por el estudio del pensamiento del legislador y de los principios generales consagrados expresa ó implícitamente en cada país por la Constitución, las leyes y las costumbres;

4º La forma absoluta é imperativa de una disposición legal es insuficiente para caracterizarla desde el punto de vista del orden público, pero toda disposición legal que esté formulada de manera que aparezca *permissiva* y no *imperativa* ó *prohibitiva* no es de orden público.

Para completar esta serie de disposiciones que resumen nues-

tra doctrina acerca de la noción de orden público internacional, debemos, sin embargo una observación de grandísima importancia práctica y que constituirá el quinto y último de los principios á que hemos llegado:

5º Las consecuencias legales de una disposición de la ley extranjera que es contraria al orden público consagrado por la ley territorial pueden á menudo no ser contrarias á este orden público, y pueden por lo mismo ser aceptadas sin dificultad.

Hé aquí ejemplos actualmente clásicos: un individuo válidamente divorciado en su país conforme á su ley nacional puede volverse á casar viviendo su primer cónyugue en un país en el que no está admitido el divorcio; (1) un hijo natural extranjero, quien ha hecho establecer judicialmente su filiación paterna según la ley de su país, puede prevalerse de esta filiación en Francia, no obstante el artículo 340 del Código civil que prohíbe la investigación de la paternidad natural (2); intereses extra-limitándose de la tasa fijada por la ley francesa de 3 de Septiembre de 1807, estipulados en país extranjero conforme á la ley local pudiendo ser reclamados en Francia (3). En estas circunstancias, y en otras semejantes se ha pensado y con razón que el legislador, después de haber prohibido ciertos hechos como contrarios al orden público tal como ello entiende, no ha llevado el rigor hasta impedir en su territorio las consecuencias de estos hechos, siendo así que no tienen el mismo carácter. Que importa, por ejemplo, al orden público de un Estado en el que el divorcio no se haya establecido que un hombre vuelva á casarse después de haberse divorciado en su país: lo que únicamente prohíbe la ley es la ruptura del lazo conyugal, la pronunciación misma del divorcio. Así mismo el legislador francés quiere evitar en Francia el escándalo que pudiese resultar de los debates relativos á la investigación de la paternidad; pero cuando los debates se han verificado en país

(1) Cass. 28 février 1860, Dal., 1, 57; 15 juillet 1878, ce journal 1878, p. 499 Demolombe, Inúm. 101. P. Fiore loc cit. núms. 133 et 134, notre Précis núm. 554. Esperon ce Journal 1889 p. 334 et 339; Frib d' Ancone, idem, 1884, p. 551.

(2) Pau, 17 janvier 1872 Sic., 72, 2, 233; Laurent loc cit., V, p. 535 P. Fiore, loc cit. p. 248; notre Précis, núm. 372 Cis.

(3) Aubry et Rau, t. IV p. 606 Cass lo juin 1857, Sir. 1859, 1, 751; Cass. 9 juin 1880, ce Journal, 1880, p. 394.

extranjero, ya no tiene inconveniente en aceptar las consecuencias legales del juicio hecho en otro Estado.

Por otra parte, no se podría establecer una regla general para determinar *a priori* los casos en que las consecuencias de una institución contraria al orden público no tienen el mismo carácter que la institución misma de que se derivan; en el silencio de la ley, corresponde á los Tribunales apreciar en cada caso particular, inspirándose en el pensamiento del legislador y en los principios generales consagrados en su país por las leyes y las costumbres, si las consecuencias de una institución contraria al orden público territorial están en oposición con este orden público.

V.

Resulta de todo lo que hemos dicho que la noción misma del orden público internacional, aunque basada en todos los Estados sobre una misma consideración, el respeto de la soberanía territorial y por consiguiente, de las disposiciones legales emitidas por ella para asegurar la protección de los intereses colectivos de la sociedad que rige, es susceptible de admitir extensiones ó restricciones muy variables, según las ideas particulares de cada legislador y las influencias infinitamente diversas á las cuales obedece bajo la acción de las costumbres, de las tradiciones, de la religión, del clima, de la constitución política etc. . . . (1) Pero no es posible determinar ciertas leyes con las cuales se conformen, á su pesar, los diferentes legisladores en la excepción del orden público; señalar ciertas corrientes que dominan en la actualidad en esta materia las diversas legislaciones de los países civilizados, ni aún prever, si no una uniformidad completa, al menos una tendencia hacia la adopción de reglas semejantes en la limitación del orden pú-

(1) Moutesquieu, Esprit des lois liv. I, chap III, in fine.

blico internacional? Esto es lo que vamos á investigar para terminar.

Creémos, que sin arbitrariedad ninguna, está permitido clasificar todas las disposiciones de orden público de las legislaciones civilizadas en dos categorías: unas que calificaremos de *absolutas*, otras de *relativas*. En efecto, imponiendo á todos los que se encuentran sobre su territorio, sin distinción de nacionalidad la observancia de algunas de sus disposiciones, cada legislador estima: ó bien que son la expresión de un principio general de justicia, de moral ó de buena organización social cuya violación no podría tolerar, sin comprometer el buen funcionamiento de una sociedad civilizada, ó bien que su aplicación quizá inútil en otro Estado, es indispensable en el suyo por razón de ciertas circunstancias especiales en las cuales se encuentra colocado. Las primeras son *absolutas*, pues corresponden á lo que hay de general y común en todos los Estados civilizados: tales son, principalmente, la prohibición de la poligamia y del matrimonio entre ascendientes y descendientes entre hermano y hermana. Las segundas son *relativas* y dependen de particularidades esencialmente contingentes, variables para cada país, tales son la prohibición del matrimonio entre blancos y gentes de color (1) que es provocada por la presencia, en el territorio, de una raza cuya influencia se teme y la limitación de la tasa del interés que no puede justificarse sino por la situación económica de un Estado y por la falta de repartición de los capitales en numerario entre todos los ciudadanos. (2)

Por otra parte, es necesario observar que las reglas del orden público que calificamos de *absolutas* pueden subdividirse en dos categorías. A veces, en efecto, el legislador, dando á una de sus disposiciones el carácter de una regla *absoluta* de orden público, se encuentra de acuerdo con todos los legisladores de los países civilizados quienes, como él, consideran que la misma regla es condición esencial de la buena organización de un Estado: tales son la mayor parte de las disposiciones de

1 Code de la Louisiane, t. 95 abrogé en 1868.
2 Loi du 3 septembre 1871.

la ley penal que castigan los delitos de derecho común y, en el orden del derecho privado, la prohibición de la poligamia y del incesto de derecho natural, es decir entre ascendientes y descendientes, hermanos y hermanas.

Con frecuencia, al contrario el legislador declara las disposiciones que dicta obligatoria para todos los que se encuentren en su territorio, sin preocuparse de su nacionalidad, porque las considera como indispensables para la buena organización de toda sociedad civilizada, aún cuando otros Estados, teniendo pretensiones del todo justificadas de seguir la corriente de la civilización moderna, tengan con relación á las mismas reglas ideas diametralmente opuestas. Así es como el divorcio, admitido en la actualidad en casi toda la Europa, se rechaza aún en Italia, España y Portugal; como la investigación de la paternidad natural prohibida en Francia, Italia y Holanda, está al contrario, autorizada por otras legislaciones. Es indudable que el legislador que prohíbe el divorcio ó la investigación de la paternidad cree obedecer á un principio de buena organización social cuya aplicación le parece justificada no solo en su Estado, sino también en todo país civilizado, y que su disposición contiene, se puede decir una crítica implícita con relación á los legisladores que no adopten su modo de pensar.

En suma, resulta de estas distinciones que, entre las reglas de orden público que calificamos de *absolutas*, hay algunas que son consideradas como tales por todos los legisladores civilizados, mientras que otras no son apreciadas de esta manera sino por algunos únicamente. Esto resulta de que las primeras corresponden á las conquistas comunes de la civilización contemporánea en los diversos Estados, mientras que las otras se refieren á ideas que no han hecho su camino igualmente en todos los países, detenidas como lo son algunas veces por la resistencia que les opone la influencia de la raza, de la tradición y sobre todo de la religión. Sin embargo, es cada día más y más fácil comprobar que tiende á establecerse la uniformidad entre los diversos Estados civilizados con motivo de la determinación de estas reglas consideradas como siendo de orden público *absoluto*, es decir, como siendo la condición de toda

buena organización social. A causa del progreso más y más universal é igual de la civilización, digamos en suma de la razón humana en todas partes semejante á sí misma y que no varía en sus apreciaciones sino por causa de las influencias especiales que provienen de la raza, de las tradiciones, del clima, de la religión etc., se vé la concepción del orden público uniformarse más y más en lo que se refiere á los puntos generales relacionándose con la constitución de la sociedad.

Sin cesar gracias á una cultura intelectual cada día más igual á causa de la gran facilidad de difusión de las ideas en la época contemporánea, el espíritu humano tiende á deshacerse de las influencias locales para unirse á los principios más generales, más abstractos cuya relación ha hecho el estudio de la filosofía social. Por esto es por lo que constantemente la institución del divorcio gana terreno en Europa: acaba de ser consagrada en Francia, va á serlo muy pronto en Italia.

Así las reglas de orden público *absolutas* de la segunda categoría, consideradas como tales por ciertos legisladores civilizados y no por otros, desaparecen ó entran poco á poco en el cuadro de las que hemos indicado en primer lugar, es decir de las que son apreciadas como absolutas en todos los Estados que siguen la corriente de la civilización moderna.

Es necesario observar, además, que todas estas reglas de orden público, consideradas como absolutas por los legisladores que las establecen, tienen una relación más ó menos directa con la moral individual ó social; ahora bien, si hay alguna temeridad en afirmar que existe una moral absoluta, si así mismo es cierto que de hecho la concepción y la solución de los problemas de moral están muy lejos de ser comprendidos de la misma manera en los diversos países, se debe sin embargo reconocer que la influencia uniforme de una civilización semejante, es decir, desde el punto de vista especial que consideramos, de una filosofía moral idéntica en los diferentes Estados civilizados, debe llegar á hacer apreciar de la misma manera, en todas partes, el orden público en todo lo que se relacione con la moral.

No obstante, al lado de las reglas llamadas *absolutas* que acabamos de señalar, existen otras que son *relativas*, por confesión del mismo legislador que las consagra, y á quien le son inspiradas por particularidades esencialmente variables para cada país. Se puede estar tentado de confundir las reglas llamadas *absolutas* de la segunda categoría, es decir las que no se encuentran en la legislación de todos los Estados civilizados con las que llamamos *relativas*: unas y otras, en efecto aparecen con este carácter comun de no estar consagradas sino por ciertos legisladores quienes adoptan sin embargo las mismas ideas generales adquiridas en el estado actual de la civilización. Pero, analizando estas diversas reglas de orden público, se convence uno muy pronto de que un matiz muy marcado las separa: las primeras, aunque admitidas en ciertos Estados civilizados solamente, están, sin embargo, consideradas por el legislador como *absolutas*, como lo hemos dicho ya, es decir, como respondiendo á un ideal de moral y de buena organización social que él pretende realizar; las segundas, al contrario no están admitidas sino en ciertos países, por que, por confesión del mismo legislador que las dicta, no tienen su razón de ser sino en algunas condiciones determinadas que no se encuentran en todas partes. Así, se puede decir, por ejemplo que la prohibición del divorcio es relativa *objetivamente*, puesto que de hecho no existe en todos los Estados civiles, pero absoluta *subjetivamente*, es decir en el pensamiento del legislador que la estableció mientras que la prohibición de la usura es relativa *objetiva y subjetivamente*, de hecho y según la confesión implícita de la ley.

Esta investigación del pensamiento íntimo del legislador para saber si ha considerado una regla de orden público como siendo absoluta, es decir indispensable en todo Estado civilizado ó como siendo relativa, es decir, impuesta únicamente por la situación particular de su país, puede conducir á una consecuencia muy importante refiriéndose al punto que hemos señalado ya.

Es natural que la ley se muestre menos severa con relación á las instituciones que impide existan en su territorio como

siendo perjudiciales al interés del Estado, reconociendo por lo demás que pueden ser aceptadas sin dificultad en otra parte, en un país colocado en condiciones diferentes; mientras que su severidad es mayor para aquellas que rechaza como siendo incompatibles de una manera absoluta con toda buena organización social. Esta diferencia en el rigor de la prohibición se manifiesta en esto: que, generalmente las consecuencias de instituciones opuestas al orden público *absoluto*, son apartadas como contrarias por sí mismas al orden público, mientras que las consecuencias de las que son reputadas contrarias al orden público *relativo* son á menudo aceptadas como no presentando el mismo inconveniente. Así una convención inmoral concluida en país extranjero no podrá ser invocada en Francia para ejercer ante los tribunales la acción que resulte de ella, por ejemplo, con el fin de obtener el salario prometido por un crimen ó un delito consumado, mientras que se admite la acción ejercida para obtener intereses, usurarios según la ley francesa, pero estipulados en país extranjero.

Por lo demás, esta diferencia de rigor con relación á las consecuencias de instituciones contrarias al orden público se manifiesta también en el dominio de las reglas del orden público *absoluto*.

En lo que se refiere á las reglas del orden público absoluto *subjetiva y objetivamente*, según el sentido que hemos dado ya á estas expresiones, las consecuencias del principio contrario son alejadas como el principio mismo: la posibilidad de contraer varios matrimonios antes de la muerte de los primeros conyuges ó del divorcio, como la validez de estos matrimonios contraídos en el extranjero excepto el primero, son igualmente inadmisibles en todos los Estados que rechacen la poligamia. Al contrario, se vé que las instituciones opuestas al orden público *subjetiva* pero *no objetivamente absoluto*, producen algunas veces efectos legales en los Estados que las prohíben: así es como, el extranjero divorciado regularmente en su país puede casarse en un país en que el divorcio no está admitido, y como, el extranjero puede invocar en Francia, no obstante el art. 340 6. c., la filiación natural paterna que haya hecho establecer en

su país conforme á su ley nacional. Esta primera concesión relativa á las consecuencias de instituciones contrarias al orden público absoluto desde el punto de vista *subjetivo* solamente, concesión que no se hace para las consecuencias de instituciones contrarias al orden público considerado como *absoluto subjetiva y objetivamente*, es frecuentemente el indicio de un cambio en la legislación que hará muy pronto salir del dominio del orden público las reglas de la primera categoría: así, estará muy cerca del día en que deba aceptarse el divorcio; aquel en que la jurisprudencia admita las consecuencias legales del divorcio pronunciado en país extranjero, en un Estado cuya ley no lo admita, hemos tenido un ejemplar de esto en Francia por la ley de 27 de Julio de 1884, y se verá reproducir este ejemplo muy pronto en Italia, en donde la tendencia de la jurisprudencia es hoy día, la que era entre los franceses ántes de 84.

Por otra parte, el desarrollo siempre creciente de las relaciones internacionales llegará á uniformar más y más la situación de los diferentes Estados y á borrar un buen número de particularidades que aún los distinguen. Así desaparecerán poco á poco las reglas de orden público *relativo*, que no tendrán ya razón de ser cuando las circunstancias, contingentes y especiales todas para cada país que las habian provocado, hayan desaparecido. La condición económica de los diversos Estados tiende, en particular, á volverse más y más semejante en su conjunto; el comercio internacional acercando los países, manifiesta en todas partes las mismas necesidades, el ejemplo de las legislaciones extranjeras, las que se estudian y conocen mejor cada día, desarrolla una imitación recíproca de las instituciones consideradas como las mejores, y esta mútua penetración de las diversas leyes conduce á menudo á hacer desear las antiguas reglas de orden público relativas á cada Estado, las que parecerán desde entonces como antiguos errores conservados mucho tiempo por la influencia de una tradición añeja. Basta pensar en la limitación de la tasa del interés, que acaba de recibir ya un golpe sensible en Francia, en donde será muy pronto abandonada, como lo está en la mayor parte de los Estados extranjeros; en los impedimentos para el

matrimonio, provenientes de la diferencia de religión ó de la entrada al sacerdocio católico que desaparecen poco á poco bajo la influencia del principio de libertad de conciencia, (1) para convencerse de los progresos de esta tendencia hacia una concepción uniforme del orden público.

Será completa esta uniformidad algún día? Se necesitaría, quizá, para crearlo, contar con la realización del sueño de algunos publicistas: la organización del pueblo civilizado bajo un poder único y una ley semejante. (2) Esta utopía, (3) según nuestra opinión, no es deseable, pues destruiría la emulación de los Estados, tan fecunda en felices resultados desde el punto de vista científico, literario y económico, sin destruir quizá, su rivalidad violenta conduciéndolos á la guerra. Por otra parte, en la situación actual de la humanidad, esta perspectiva es quimérica. Pero, como esto resulta de las explicaciones que hemos dado anteriormente, á falta de una uniformidad completa de las leyes, se puede creer en un progreso hacia la asimilación que borrará muchas divergencias importantes desde el punto de vista del orden público internacional.

(1) V. Loi espagnole, du 18 de juin 1870; allemande, du 9 mars 1874; article 56; mexicaine du 14 décembre 1874; Code italien de 1866, article 162.
 (2) Bluntschli, Le droit intern. codifié, trad. Lardy, 2^e edit. Introduction, p. 3 et 4. Théorie générale de l'Etat, p. 25.
 (3) P. Fiore, loc. cit., p. p. 1 et 2; Laurent loc. cit., t. I, p. 14.

FRANZ DESPAGNET,

Profesor adjunto á la Facultad de Derecho
de Burdeos.

Traducción de
LORENZO ELIZAGA.

REFLEXIONES

ACERCA DE LA EJECUTORIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE 28 DE JUNIO DE DE 1889, EN EL JUICIO SOBRE DENUNCIO DE TERRENOS BALDÍOS DE LA HACIENDA LLAMADA RANCHO GRANDE.

En la actualidad, en que uno de los asuntos de más importancia para la Nación y para los propietarios de predios rústicos, es el relativo á los deslindes de terrenos baldíos; todo estudio sobre esta materia es de utilidad práctica, bien por las cuestiones que en él se desentrañen, ó bien porque servirá de estímulo para que los profundos conocedores del derecho, que por fortuna abundan en nuestra patria, les consagren su atención y el fruto de sus meditaciones. Por este motivo, nosotros, aunque desprovistos de los elementos necesarios para tocar cuestión de tamaña magnitud, no hemos vacilado en hacerlo, con la esperanza de que nuestro desaliñado estudio provoque las discusiones de los hombres de la ciencia, y se haga luz en esta materia de suyo tan importante y de tan grandes trascendencias en el orden social y político.

Es verdad que eminencias científicas, como Díaz González, Romero Gil, Pérez Marín y otros, han estudiado el asunto de terrenos baldíos conforme á los principios jurídicos y filosóficos, y en sus escritos, llenos de erudición, se combaten de una manera victoriosa las ideas y principios profesados por el Señor Ministro de Fomento y por otras personas á quienes ha pedido su opinión sobre ellos; pero no tenemos noticia de que alguien se haya ocupado de estudiar la ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de 28 de Junio de 1889, recaída en las diligencias

matrimonio, provenientes de la diferencia de religión ó de la entrada al sacerdocio católico que desaparecen poco á poco bajo la influencia del principio de libertad de conciencia, (1) para convencerse de los progresos de esta tendencia hacia una concepción uniforme del orden público.

Será completa esta uniformidad algún día? Se necesitaría, quizá, para crearlo, contar con la realización del sueño de algunos publicistas: la organización del pueblo civilizado bajo un poder único y una ley semejante. (2) Esta utopía, (3) según nuestra opinión, no es deseable, pues destruiría la emulación de los Estados, tan fecunda en felices resultados desde el punto de vista científico, literario y económico, sin destruir quizá, su rivalidad violenta conduciéndolos á la guerra. Por otra parte, en la situación actual de la humanidad, esta perspectiva es quimérica. Pero, como esto resulta de las explicaciones que hemos dado anteriormente, á falta de una uniformidad completa de las leyes, se puede creer en un progreso hacia la asimilación que borrará muchas divergencias importantes desde el punto de vista del orden público internacional.

(1) V. Loi espagnole, du 18 de juin 1870; allemande, du 9 mars 1874; article 56; mexicaine du 14 décembre 1874; Code italien de 1866, article 162.
 (2) Bluntschli, Le droit intern. codifié, trad. Lardy, 2^e edit. Introduction, p. 3 et 4. Théorie générale de l'Etat, p. 25.
 (3) P. Fiore, loc. cit., p. p. 1 et 2; Laurent loc. cit., t. I, p. 14.

FRANZ DESPAGNET,

Profesor adjunto á la Facultad de Derecho
de Burdeos.

Traducción de
LORENZO ELIZAGA.

REFLEXIONES

ACERCA DE LA EJECUTORIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE 28 DE JUNIO DE DE 1889, EN EL JUICIO SOBRE DENUNCIO DE TERRENOS BALDÍOS DE LA HACIENDA LLAMADA RANCHO GRANDE.

En la actualidad, en que uno de los asuntos de más importancia para la Nación y para los propietarios de predios rústicos, es el relativo á los deslindes de terrenos baldíos; todo estudio sobre esta materia es de utilidad práctica, bien por las cuestiones que en él se desentrañen, ó bien porque servirá de estímulo para que los profundos conocedores del derecho, que por fortuna abundan en nuestra patria, les consagren su atención y el fruto de sus meditaciones. Por este motivo, nosotros, aunque desprovistos de los elementos necesarios para tocar cuestión de tamaña magnitud, no hemos vacilado en hacerlo, con la esperanza de que nuestro desaliñado estudio provoque las discusiones de los hombres de la ciencia, y se haga luz en esta materia de suyo tan importante y de tan grandes trascendencias en el orden social y político.

Es verdad que eminencias científicas, como Díaz González, Romero Gil, Pérez Marín y otros, han estudiado el asunto de terrenos baldíos conforme á los principios jurídicos y filosóficos, y en sus escritos, llenos de erudición, se combaten de una manera victoriosa las ideas y principios profesados por el Señor Ministro de Fomento y por otras personas á quienes ha pedido su opinión sobre ellos; pero no tenemos noticia de que alguien se haya ocupado de estudiar la ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de 28 de Junio de 1889, recaída en las diligencias

instruidas en el Juzgado de Distrito del Estado de Zacatecas, con motivo de la oposición que el propietario de la Hacienda llamada Rancho Grande, hizo al denuncia de terrenos baldíos comprendido dentro de los límites de la misma, formalizado por D. Fernando Calderón, ó por la sociedad «Calderón y Herrera,» y cuya ejecutoria publicó el periódico intitulado «El Foro,» en el núm. 13 correspondiente al 18 de Julio de 1889.

En la parte expositiva de esa ejecutoria, consignada en los Resultandos, se vé, que habiéndose denunciado por D. Fernando Calderón, como baldíos, una parte de los terrenos de la Hacienda ántes nombrada, se opuso el propietario de ella al denuncia, en cuya virtud el ciudadano Juez de Distrito proveyó auto previniendo al opositor que formulara su demanda dentro del término de seis días. Antes de obsequiarse tal determinación, promovió el opositor artículo de previo pronunciamiento: 1º sobre personalidad del Señor Lic. D. Wistano L. Orozco, quien compareció con el carácter de apoderado de la compañía «Calderón y Herrera;» 2º sobre que debía otorgarse por el denunciante la caución *judicatum solvi*, y 3º sobre nulidad de las diligencias de mensura y deslinde, practicadas por el ingeniero D. Francisco de P. Beltrán, por ser este Señor miembro de la Compañía deslindadora. Resuelto el incidente en primera instancia, y en la segunda, en virtud de la apelación interpuesta, tocó á la primera Sala de la Suprema Corte conocer del recurso de suplica, resolviendo en la sentencia que dictó, que las diligencias no tenían estado, porque en los juicios de oposición al denuncia de terrenos baldíos, corresponde el carácter de actor al denunciante, y el de reo ó demandado, al opositor: y que no habiéndose formulado la demanda, no había juicio, porque aquella es la base y principio de éste, siendo por consiguiente imposible resolver sobre las cuestiones propuestas por el opositor, porque constituyen verdaderas excepciones dilatorias, las que deben oponerse después de puesta la demanda.

Si á esto se hubiera concretado la primera Sala de la Suprema Corte en la sentencia que es objeto de nuestro estudio, seríamos los primeros en acatarla y nos complaceríamos en reconocer que sus resoluciones eran estrictamente jurídicas. Más por desgracia nuestra y de la Nación entera, hay que lamen-

tar que en la misma ejecutoria se asienten por el primer Tribunal de la República, teorías, que en nuestro humilde juicio pugnan con los principios del Derecho Natural, de la Jurisprudencia universal y con disposiciones expresas de las leyes patrias.

Sentimos decirlo, por el profundo respeto que nos merecen las resoluciones de nuestros tribunales, y en especial las del alto Cuerpo que, conforme á las instituciones que nos rigen, desempeña las funciones de Primer Tribunal de la Nación. Sin embargo, nos vemos obligados á ello, porque como ya dijimos, tenemos la creencia de que se incurrió en un error.

Nos referimos á la presunción consignada en los Considerandos cuarto y quinto de la aludida sentencia, en que se reputa que todo terreno es baldío mientras que no se demuestre que ha sido destinado á un uso público por la autoridad facultada para ello por la ley, ni cedido por la misma á título oneroso ó lucrativo á individuo ó corporación autorizada para adquirirlo, y que en consecuencia corresponde al poseedor la prueba de que la Nación se desprendió de él.

El art. 1º de la ley de 22 de Julio de 1863 expedida por el Presidente Juárez en uso de facultades extraordinarias, que sirve de base á la presunción asentada, dice á la letra: «Son baldíos para los efectos de esta ley, todos los terrenos de la República que no hayan sido destinados á un uso público, por la autoridad facultada para ello por la ley, ni cedidos por la misma á título oneroso ó lucrativo, á individuo ó corporación autorizada para adquirirlos.»

El texto de este artículo, lo mismo que el de los que tienen los números 13, 16, 17, 18 y 27 descansan en los falsos supuestos de que los terrenos baldíos pertenecen á la Federación, y no á los Estados en que están ubicados, y en que, contra la verdad jurídica é histórica, se creyó que las leyes anteriores á la de 22 de Julio de 1863, declaraban imprescriptibles los terrenos baldíos.

Y á la verdad que nada es más falso que esto, si bien no nos detendremos en demostrarlo, por que ya lo han hecho eminentes jurisconsultos, valiéndose para ello, no de sofismas, ó de interpretaciones erróneas y arbitrarias, sino de textos expesos de nuestro derecho constitucional contenidos en la carta fundamental de 4 de Octubre de 1824 y de otros de la ley civil. Que-

rer, por tanto, evidenciar esto, sería pretender añadir más claridad á la luz meridiana.

Dijimos ántes, que la teoría sentada por la Suprema Corte, pugna con los principios del Derecho Natural, con los reconocidos universalmente por la Jurisprudencia, y con los que se consignan en la Legislación Patria, y procuraremos demostrarlo.

En las necesidades que el hombre tiene desde el instante de su nacimiento, se encuentra el primer fundamento del derecho de propiedad. Si el hombre no puede atender á sus necesidades, sino haciendo uso y aprovechándose de los objetos que lo rodean; es inconcuso que para aprovecharse de aquellos objetos le asiste algún derecho, porque sería absurdo creer que el Supremo Autor de la naturaleza hubiera creado al hombre con necesidades y no le hubiera dado á la vez el medio de satisfacerlas. Le asiste, pues, en principio, la facultad de apropiarse del aire, del agua, de la luz y demás elementos naturales y comunes y de todos los que, aunque no tengan este carácter, basten para su alimentación, vestido etc., y desde este momento tiene su origen *lo tuyo y lo mio*.

A medida que el hombre crece y se civiliza, se ensanchan sus necesidades, y por lo mismo sus derechos, porque en el orden de la creación, no pueden concebirse aquellos, sin la existencia de éstos. Viene luego la aplicación de la inteligencia y del trabajo á los objetos que lo rodean, y estos hechos vienen á ampliar su derecho y á establecerlo sobre una base más sólida aún, porque los edificios que construye, los terrenos que cultiva, y los animales que domestica, representan el tiempo y el trabajo que ha impendido, y las fuerzas que ha consumido para hacer fructíferos y provechosos los elementos naturales. Por esto es, que el derecho de propiedad es ingénito en la naturaleza humana y de ninguna manera puede tenerse como creación de la ley civil, la que no ha hecho más que reconocerlo y sancionarlo.

El pueblo romano, cuya sabia legislación ha merecido el dictado de *razón escrita*, así lo reconoció: «Los romanos, dice Payno en su «Tratado de la Propiedad,» comenzaron á conocer y á legislar sobre la propiedad, con la palabra *res*. Desde el momento en que hubo una palabra que

significase una tierra, un bien, un interés, un fruto, un valor cualquiera, y que esta palabra fuese generalizada á la acción de los hombres sobre los diversos objetos materiales, desde ese mismo momento se clasificaron á quién y como debían pertenecer esa diversidad de *cosas* que los romanos señalaban con la simple y sencilla palabra *res*. De aquí comienza también la ley civil, no á esablecer, *sino á sancionar* ese derecho natural de la propiedad.»

Deducción lógica de lo anterior es, que el derecho de propiedad existió mucho ántes que la ley civil y que esta no es el origen, sino solo el reconocimiento y la sanción de aquel, porque lo que sucedió entre los romanos, sucedió también en todos los pueblos del universo.

Uno de los medios reconocidos universalmente como título para adquirir la propiedad, es el de la ocupación de las cosas que se designaban con el nombre de *res nullius*. El primer ocupante es tenido como dueño de ellas.

Otro de los medios de adquisición, reconocido también universalmente, es el de usucapión ó prescripción.

Y á más de estos medios, que podemos llamar originarios, existen los de compra-venta, donación, herencia, y otros que reglamenta la ley civil

Independientemente, pues, de la cesión á título gratuito ú oneroso, hecha por la autoridad establecida por la ley, ha podido adquirirse la propiedad de los terrenos que no tenían determinado dueño, porque tanto la ocupación, como la usucapión ó prescripción, han sido y son títulos suficientes para adquirir el dominio de las cosas.

La misma ley que hemos citado, no pudo menos de reconocerlo, cuando en su art. 27 expresa que quedan derogadas las disposiciones de las leyes antiguas que declaraban imprescriptibles los terrenos baldíos, y autoriza para adquirir por prescripción, fundos cuya extensión superficial no exceda de dos mil quinientos hectáras. No estará por demás advertir, que es de todo punto inexacto que las leyes antiguas declararan imprescriptibles los terrenos que se llamaban realengos. Léjos de esto, hay varias disposiciones que establecían lo contrario, entre las que citaremos la Ley 14 título 12 libro 4º de

la Recopilación de Indias, que dice: «Mandamos á los Vireyes y presidentes de Audiencias, que cuando les pareciere señalen término competente para que los poseedores exhiban ante ellos ó ministros que nombraren, los títulos de tierras, estancias, chacras y caballerías, y amparando á los que con buenos títulos ó justa prescripción poseyeran se le restituyan los demás, para disponer de ellos á nuestra voluntad;» y el art. 4º de la Real Cédula de 15 de Octubre de 1754 que contiene idéntica prevención.

Con lo hasta aquí expuesto, se demuestra que es erróneo el principio establecido en el art. 1º de la ley de 22 de Julio de 1863 y que por consiguiente, son erróneas las presunciones que basadas en aquel, consigna la ejecutoria de la primera Sala de la Suprema Corte.

Las presunciones que Benthan denomina pruebas circunstanciales, dice Bonnier, se fundan en la relación que pueda existir entre hechos ya demostrados y otros que se trata de establecer. El criterio judicial es el único llamado á resolver las cuestiones y el que sin el auxilio de testimonio, ni de otra prueba, ha de reducir las consecuencias del «hecho conocido al desconocido» «En ellos, no solamente la existencia del hecho en el cual descansa la inducción, debe hallarse previa y claramente establecida, sino que la inducción misma no se apoya más que en una probabilidad, cuya fuerza puede variar hasta el infinito» Y más adelante dice: «Como indicamos al comenzar esta nota, la relación que existe entre los elementos conocidos y las causas ignoradas, la verosimilitud de un hecho como consecuencia de esta relación subordinada por su naturaleza al criterio racional, depende, por regla general, de la apreciación del Juez; pero en los casos más importantes, la ley, queriendo asegurar la estabilidad de ciertas proposiciones y evitar determinadas controversias, ha establecido presunciones á las cuales de prestar respeto el Juez. Hay por consiguiente presunciones legales como lo indica el art. 1349 del Código Napoleón. No por esto ha de deducirse que siempre resulta de las presunciones legales una certidumbre completa de los hechos, que los tribunales necesariamente y á pesar de otros antecedentes deban aceptar.

Resulta de aquí, que para que los tribunales deduzcan una presunción, es necesario que conste de una manera evidente la existencia del hecho conocido, para pasar de allí al desconocido porque «*praesumptio est conjectura ducta ab eo quod fieri vel contingere solet ut plurimum*» (Cód. tit. 19 lib. 4º) y como el principio en que pretende basarse la presunción que la Corte llama legal, se apoya en un supuesto falso, falta la verdad conocida, para pasar de allí á la que no se conoce.

Y como el error camina con lógica inflexible, natural era que una vez establecida por la primera Sala de la Suprema Corte la presunción que combatimos, se incurriera en otro error no menos grave, cual es el de echar al poseedor, que viene á ser el demandado, la carga de probar en contra de la presunción que tiene á su favor el actor ó denunciante.

Han sido reglas constantes y uniformes de la jurisprudencia universal, que la prueba incumbe al actor; que el que afirma está obligado á probar, y que todo poseedor tiene á su favor la presunción de ser propietario de la cosa poseída. La ejecutoria de la Suprema Corte de 28 de Junio de 1889, viene á contrariar estos principios de reconocido justicia, y á decir: la prueba corresponde al demandado; el que niega tiene obligación de probar su negativa; se reputa que todo poseedor ha usurpado lo que legítimamente pertenece á la Nación. ¿Quién no se abisma con la simple enunciación de semejantes aserciones? ¿Quién, con la sola ayuda del sentido común, no comprende el trastorno social á que la aplicación de tales principios conduciría? De aquí al comunismo hay solo un paso, porque haciendo aplicación de estas teorías á las relaciones de los asociados, resultará que mañana se nos dispute por cualquier individuo la propiedad de nuestras habitaciones, de nuestros libros, de nuestros vestidos y que éntre tanto no probáramos que los hemos adquirido legítimamente, tendremos que cederlos á nuestro contendiente.

Otra consecuencia de lo anterior, es que el propietario que haya tenido la desgracia de que se le extravíen los títulos que resguarden ó amparen sus propiedades, estaría imposibilitado para demostrar el derecho que le asiste, y tendrá que sufrir impasible la reversión de sus terrenos, (que representan acaso

el trabajo y economías de toda su vida, y también quizá los de sus antecesores,) al dominio de la Nación, porque sin la existencia de un título no hay propiedad posible.

Y si tenemos en cuenta que, merced á las continuas revoluciones que han asolado al país, se destruyeron é incendiaron una multitud de documentos que se encontraban en los archivos públicos, y que otro número considerable de ellos se perdió en los asaltos y robos que las gavillas de bandidos cometían en los ranchos, en los pueblos y aun en algunas ciudades; se comprenderá mejor la triste condición á que quedan reducidos los propietarios de predios rústicos. Conocemos algunos propietarios cuyas casas fueron saqueadas por los revolucionarios, quienes se robaron ó destruyeron cuanto papel hallaron: estos propietarios pueden justificar así el asalto y robo, como la posesión no interrumpida de sus terrenos por más de cien años, pero no pueden presentar sus títulos de dominio por haber sido destruidos ó robados ¿sería equitativo y justo que la Nación desconociera sus derechos, valiéndose para ello del acto de pillaje y salvajismo que ocasionó la destrucción de los títulos? Como á esto conduciría directamente la presunción que se establece por la Suprema Corte, insistimos en creer que padeció un error, pero que éste jamás llegará á constituir jurisprudencia, y que la Nación ó el Gobierno (1) como su representante, nunca apelará á sofisma de tal naturaleza para despojar á los propietarios de lo que legítimamente les pertenece, no solo por haberse desprendido la misma Nación de su dominio, mediante la concesión ó merced, constante en el documento que se destruyó ó se perdió, sino también por título de justa prescripción.

Por otra parte. «Al demandante, como dice Wattel, toca probar su derecho, porque debe hacer ver que tiene fundamento para demandar una cosa que no posee. Necesita un título, y no hay obligación para respetar éste, hasta que demuestre su validez. Por consiguiente, puede el poseedor mantenerse en su posesión hasta que se le haga ver que es injusta. En tanto que no se verifique ésto, tiene derecho para conservarla y aun

[1] Llamamos Gobierno á los Supremos Poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

para recobrarla por medio de la fuerza si se le despoja de ella.» ¿Por qué, pues, siendo esta la doctrina común y unánimemente aceptada por la jurisprudencia, se pretende ahora innovarla en favor de la Nación?

Supongamos por un momento, que fuera legal la presunción consignada en la ejecutoria que analizamos, y que se invocara como el fundamento de demanda en un juicio sobre denuncia de terrenos, y que el opositor ó demandado invocara en su favor la presunción, legal también, que como poseedor tiene de ser propietario del fundo que posee. ¿A cuál de las dos presunciones debía concederse mayor fuerza probatoria? Como nadie se atrevería á negar que la segunda de las presunciones citadas está expresamente consignada en la ley; habría, si se obrara con lógica, que conceder igual fuerza probatoria á una y á otra, y el resultado tendría que ser la absolución del demandado, so pena de llegar al absurdo de establecer dos justicias y dos medidas ó apreciaciones diferentes sobre el valor jurídico de los medios de prueba reconocidos por la ley, entre los que están enumeradas las presunciones.

No se nos oculta que para fundar y establecer la presunción que combatimos se apela al origen de la propiedad individual en lo que ahora constituye la República Mexicana, alegando que la España por el derecho de conquista se declaró dueña de todo el territorio conquistado: que las mercedes ó donaciones hechas á corporaciones y á particulares por los Reyes fué lo que creó la propiedad individual, y que consumada la independencia de la Nación, el Gobierno se subrogó en el lugar y derecho de los conquistadores españoles, y se creyó dueño de los terrenos baldíos. Aparte de la diferencia de instituciones y de Gobierno indujo notables y profundas diferencias en el modo de ser de lo que constituía la Nueva España y de lo que actualmente forma la República Mexicana; no debemos olvidar que cuando México era una colonia de los españoles, los terrenos que entonces se llamaban realengos, pertenecían al patrimonio del Rey ó eran bienes propios de la Corona; y que según las instituciones y principios que ahora nos rigen, el gobierno, que no es más que un mandatario del pueblo, no tiene ningunos bienes propios. A la Nación pertenece el territorio, pero la

Nación no es el Gobierno. Así, pues, convenimos en que la Nación se sustituyó en el lugar y derecho de los Reyes de España: pero repetimos, la Nación no es el Gobierno.

Aquí de nuevo aparece la falsedad del principio sentado por la ley de 22 de Julio de 1863, y la de la presunción que de ella dedujo la primera Sala de la Suprema Corte, porque si la Nación se subrogó en los derechos del Rey de España, no pudo adquirir más derechos que los que este Monarca tenía. Y como por la ley de Recopilación de Indias y Cédula antes citada, así como por otras disposiciones legales se reconoció como medio jurídico de adquisición de los terrenos realengos *la justa prescripción*; resulta que al desconocerse por la Nación los derechos adquiridos por este medio, se hizo que volvieran al dominio nacional, terrenos que no formaban ya parte del patrimonio del Manarca Español y que por consiguiente no pudo subrogarse en ellas la Nación Mexicana. Es bien sabido que el cesionario solo puede adquirir los derechos que corresponden al cedente.

Con las razones hasta aquí expuestas, aunque muy someramente, creemos haber demostrado nuestro intento que es el de exponer las dudas que nos sugirió la lectura de la ejecutoria á que nos hemos referido. Con gusto oiremos la resolución que sobre este punto pronuncie la ciencia.

Como la ciencia y la sociedad están vivamente interesadas en la solución que se dé á las dificultades propuestas en estas «Reflexiones» porque la ciencia debe ser fundada en la verdad, y porque no es posible que exista una sociedad civilizada sin su base, que es el goce seguro de la propiedad: se ha acordado por los signatarios de este escrito, suplicar á los escritores públicos y á los abogados que tengan á bien dar su parecer sobre las cuestiones propuestas, se sirvan remitir sus dictámenes ya sean impresos ó manuscritos, al Sr. Lic. D. Rafael Cisneros y Villarreal, á efecto de compilarlos y ponerlos á disposición del público, ya sean originales ó haciendo una impresión de todos ellos, si lo acordaren así los propietarios. Es verdad que una ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia es siempre respetable y que, además, lleva por la ley el nombre y carácter de verdad jurídica; pero sobre los fallos supremos é irrevoca-

bles está la imprescriptible autoridad de la ciencia y el juicio inexorable de la historia. Estas cuestiones interesan á juzgadores y á juzgados, porque se trata de la fama y conciencia de los primeros y de la hacienda y porvenir de los segundos y de su posteridad.

Zacatecas, Febrero de 1890.

Lic. Y. A. Dávila.—Lic. Tranquilino Aguilar.—Lic. Macedonio López.—Lic. Francisco Medina Barrón.—Lic. Alberto Rueda.—Lic. Enrique Escobedo.—Lic. Isidro Rojas.—Lic. Manuel Puente.—Lic. V. González Pérez.—Lic. B. Ruiz Sandoval.—Lic. José M. Hernández.—Lic. Francisco Zesati.—Lic. Luis G. Aguilar.—Lic. Francisco Rojas.—Lic. Francisco Llamas Noriega.—Lic. Mariano Sanchez.—Lic. Rafael Cisneros y V.—Lic. Juan Francisco Román.

CARACTER
DE LA
DONACION SEGUN EL CODIGO ESPAÑOL.

El Código civil español no ha querido ver en la donación entre vivos un contrato; pero, contradiciéndose á sí mismo, asigna á esta donación todos los caracteres y condiciones que distinguen á los contratos.

Es carácter distintivo del contrato la concurrencia simultánea de dos voluntades ó consentimientos distintos, ó sean: la voluntad del que consiente en desprenderse del derecho que tiene sobre las cosas, y la voluntad del que quiere y consiente en adquirirlos. Sin la concurrencia armónica de estas dos voluntades ó consentimientos no hay *convención*, y sin convención no hay contrato.

A nadie, contra su voluntad, se le puede desposeer del derecho que tiene sobre las cosas; salvo el caso de expropiación forzosa por causa de utilidad pública, que, como caso extraordinario y singular, no se regula por la regla común de derecho. A nadie tampoco puede obligársele á aceptar ó adquirir derechos que otro le transmite, sea la transmisión gratuita ú onerosa, hágase por título universal ó á título singular.

No podían desconocer la fuerza de este principio los ilustrados redactores del Código español; y, pagándole el tributo que se merece, dijéronnos, al definir la donación en el art. 618, que «es un acto de liberalidad, por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa, en favor de otra *que acepta*» y, afirmando más esta última idea, nos dejaron declarado en el

art. 623, que la donación queda irrevocable desde que el donatario la acepta, y se pone la aceptación en conocimiento del donante.

Si, pues, según los términos mismos de la ley, la donación no se halla perfeccionada como título de adquirir, hasta tanto que se realiza la aceptación del donatario; si, pues, de esta aceptación depende que, perfecto el título, produzca el efecto de la irrevocabilidad, que es el verdadero signo de la perfección, ¿qué es lo que separa á la donación del contrato? ¿Será, por ventura, la circunstancia de ser la donación un título esencialmente gratuito? Esta circunstancia no puede ser, porque tampoco constituye condición esencial de los contratos el que hayan de ser precisamente onerosos; y así dijeron siempre los jurisconsultos que hay contratos onerosos, pero que también los hay gratuitos. Lo que constituye la esencia del contrato es la existencia de la convención, ó sea la concurrencia de dos consentimientos acordes sobre una misma prestación; y este carácter se realiza de lleno en la donación; razón por la que la donación es y no puede menos de ser un contrato.

Que en la donación no siempre están presentes las dos personas entre quienes se realiza el acto jurídico; que la aceptación del donatario suele ser acto posterior á la cesión gratuita del donante; que éste al manifestar su intención de donar ya quedó obligado á ese acto unilateral; que para la perfección del título de la donación no debía ser necesaria la *aceptación expresa* del donatario, bastando la *presunta*, porque se puede con razón presumir esa aceptación, puesto que por regla general acepta toda persona aquello que le enriquece, argumentos son estos que un día pudieron tener valor de alguna importancia; hoy, después de las declaraciones del Código, los argumentos referidos han perdido todo su valor.

Las leyes romanas habían sido poco explícitas en exigir la aceptación del donatario para que la donación se considerase perfeccionada. Antes al contrario, aquellas leyes parecían prescindir de la aceptación expresa, concediendo á la presunta los mismos efectos que á la expresa. De aquí las cavilaciones de los jurisconsultos romanos anteriores á Diocleciano, muchos de los que veían en la donación un acto dis-

tinto del contrato. Desde Diocleciano circuló entre los juriconsultos la idea de que la donación en nada se diferenciaba de los contratos, porque expreso ó tácito necesitaba el consentimiento del donatario para perfeccionarse; y la idea ganó tanto terreno, que ya en tiempo de Justiniano nadie hacía distinción alguna entre donación y contrato.

Si esto sucedía cuando las leyes no habían declarado todavía de una manera explícita que la donación necesitaba para perfeccionarse que el donatario *aceptase expresamente*, pudiendo en su silencio tenerse por bastante la *aceptación presunta*, hoy que todos los Códigos exigen terminantemente la aceptación expresa por parte del donatario para que la aceptación se entienda perfeccionada, las dudas y las vacilaciones deben haber concluido. La donación en el estado actual del derecho es un contrato verdadero.

El mismo Código español lo reconoce así al declarar en su art. 621 que *las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en lo que no se halle determinado en este título*. El mismo Código lo confirma más adelante, cuando al terminar los efectos de las donaciones entre vivos dice en el art. 629 que *la donación no obliga al donante ni produce efecto sino desde la aceptación*. Resulta de estas dos declaraciones legales, que el acto unilateral de donar por parte del donante, no es más que un principio de donación, una *solicitatio* igual á la que tiene lugar en todos los demás contratos, que á nada obliga mientras no la subsiga la *acceptatio*, pudiendo revocarla libremente su autor; y que con la *acceptatio* del donatario se constituye el *vinculum* ó vínculo de obligar, que es lo mismo que, según la teoría romana, acontece en todos los contratos. Luego es visto que, aun dentro de los mismos términos de dicha teoría, la donación es un contrato.

Las leyes modernas no sólo han disipado toda oscuridad sobre la naturaleza de la donación desde que fijaron como condición esencial de su perfeccionamiento el requisito de la aceptación expresa por parte del donatario, sino que han exigido que se haga constar esta aceptación de un modo formal al donante, á fin de que termine con este acto la libertad de revo-

car que le asista. La precaución está perfectamente justificada, y ella quita todo pretexto y toda ocasión á contiendas judiciales. Podían suponerse aceptaciones no realizadas por parte del donatario para inutilizar el derecho que el donante tiene de revocar la donación mientras la donación es un acto unilateral: podían suponerse revocaciones por parte del donante para hacer ilusoria la aceptación del donatario. La notificación formal de este acto al donante aleja todo motivo de contiendas.

Más siendo cierto todo cuanto hasta aquí llevamos expuesto acerca de la naturaleza de la donación, ¿por qué causa la segrega el Código español del tratado de contratos y hace de ella un modo especial de adquirir, colocándola entre la ocupación y las sucesiones? Por seguir el ejemplo de los Códigos italiano y francés. No puede ser otra la razón que hayan tenido los redactores del Código español para dar á la donación un lugar tan extraño.

El hecho es exacto. Los Códigos de Francia y de Italia consideran á la donación como un modo de adquirir distinto de los contratos, y bajo esta idea colocan á la donación después de la ocupación. Es tanto más de extrañar esta clasificación, cuanto que ambos Códigos convienen en que la donación no está perfecta ni produce efecto alguno hasta que el donatario acepta y comunica su aceptación al donante. El Código francés exige más: exige en su art. 982 que la aceptación sea expresa.

Pero la doctrina no debe haber convencido á muchos, porque no obstante la indisputable autoridad de los Códigos, no ha sido un ejemplo seguido por la mayor parte de los pueblos. Nada hay sobre el asunto tan original y expresivo como la teoría del Código de Guatemala. Este Código admite la virtualidad de la aceptación presunta para dar eficacia á la donación, pero la limita á sólo el plazo de seis meses; trascurrido este plazo pierde su fuerza la presunción legal y la donación se invalida por falta de aceptación expresa.

MODESTO FALCON.

LOS CONTRATOS SOLEMNES.

(CONCLUYE.) (1)

14. ¿Cuál ha sido el espíritu, la voluntad, la mente del legislador, su pensamiento dominante, la síntesis filosófica y final de todos esos preceptos que ahora exigen formalidades externas en contratos sin importancia, ahora abandonan á las fugaces incertidumbres de las estipulaciones verbales la gravedad y trascendencia de contratos en que pueden versarse derechos de alta estima y trascendencia? Hay una regla de interpretación que enseña que ante todo debe prevalecer sobre la letra el espíritu de la ley (*non debet aliquis verba considerare, nudé et simpliciter, sed voluntatem et intentionem, quia non debet intentio verbis deservire, sed verba intentione*); pero esta regla supone dos cosas: primero que es posible conocer el espíritu de la ley ó la mente del legislador; y segundo, que el legislador tuvo espíritu, tuvo mente. ¿Y estamos seguros de que los autores ó redactores del código, tuvieron una mente, una voluntad, un propósito al esparcir aquí y allá bajo frases diversas y ambiguas la obligación de llenar ciertas solemnidades externas en los varios contratos de que se ocupan? ¿O la verdad es que copiaron aisladamente preceptos diversos de códigos extranjeros sin cuidarse de darles la unidad de propósito, de sanción y hasta de forma que en cada uno de aquellos tiene la materia de formalidades externas? Esto último es lo que ha pasado y así lo convence no solo la variedad de redacción,

(1) Véanse las páginas 169 y siguientes de esta *Revista*.—Tomo III.

que raya en ambigüedad, empleada en cada uno de los actos civiles cierta forma, sino los precedentes históricos, las noticias que tenemos sobre la formación del código vigente reformado de 1884. Unas veces se emplea la frase «*es nulo tal acto si no se reduce á escritura pública ó judicial:*» (1) otras veces se usa de forma más enérgica, pues dice por ejemplo que «*el contrato necesita para ser válido constar precisamente por escrito:*» (2) muchas veces se emplea simplemente la expresión de «*el contrato X no necesita para su validez de formalidad alguna externa sino cuando se refiere á inmuebles;*» (3) y las más veces se limita el código á decir que «*tal contrato deberá reducirse á escritura pública ó hacerse por escrito;*» (4) y por último emplea frecuentemente las palabras «*no producirá efecto legal, no podrá hacerse tal acto si no consta por escrito.*» (5) ¿Por qué esta variedad de expresiones tratándose de una materia tan grave y trascendental como la de la nulidad de los actos? ¿Acaso tienen gramatical y jurídicamente el mismo sentido unas frases que otras y debe producir el mismo efecto una ley que formal y categóricamente dice que «*tal acto será nulo, que tal cosa deberá hacerse bajo pena de nulidad,*» que otra ley en que esa nulidad solo viene por inducciones, concordando textos, buscando las sinonimias de las palabras y de los conceptos? Entonces ¿que significa esa diversidad de lenguaje legal? ¿Por qué la ley en unos casos dice terminantemente que *tal acto será nulo* ó emplea otra frase ingeniosamente idéntica, y en otros deja incierto el pensamiento por la debilidad, la palidez de la frase?

15.—Hay que advertir que en materia de nulidades por defectos de forma ó vicios de las solemnidades externas de los actos tenemos una regla soberana de interpretación que dice: *Et hæc quidem interpretatio per quem actus sustinetur, dicitur regina aliarum interpretationum.* (Detius, in leg. in testam. n. 11 Cód. de nulli. testa.) El juríconsulto Solon (*Theorie sur le nullité des actes tom. I n. 30*) dice: «*La nullité qui résulte*

(1) Artículos 735, 1629, 1811, 1983, 2224, 2354, 2707, 3082.

(2) Artículo 1322.

(3) Artículo 2990 relacionado con los 2921 y 2924.

(4) Artículos 1788, 1856, 1981, 2225, 2491, 2532, 2067, 2947, 2948.

(5) Artículos 1856, 2068, 3111, 3168.

d'un vice de forme est en general odieuse; il convient donc de ne l'accueillir qu'avec circonspection, et dans les circonstances où la volonté du législateur est manifeste Il est bien vrai que les nullités sont odieuses, lorsqu'il s'agit d'une nullité de pure forme . . . , en d'autres termes, la nullité est odieuse quand elle devient l'arme de la mauvaise foi; elle doit être repoussée dans tous les cas où le législateur ne s'y oppose formellement. » Efectivamente, si es cierto que la ley prestando su sanción á los contratos es la que les dá vida jurídica poniendo á disposición del derecho en ellos establecido el auxilio de la fuerza pública, también lo es que, histórica y socialmente hablando, los contratos ó convenciones son anteriores á toda legislación, y por esto y con razón dice el autor citado (tom. II núms. 3 y 6) «las convenciones existían antes que las leyes civiles: la necesidad de su ejecución era generalmente sentida: se la encontraba en aquel principio de equidad que quiere que cada uno al cumplir sus compromisos use de la misma buena fe que desea usen con él sus contratantes: *Quid enim tam congruum est fidei humanæ quàm ea quæ inter homines placuerunt servare.* Esta primera causa de necesidad estaba fortalecida por razones de orden público, pues todo el mundo sentía que si se faltaba á la fe prometida, la suprema ley sería el derecho del más fuerte, la violencia y el temor sustituirían á la justicia, que el cuerpo social agitado por convulsiones continuas no tardaría en disolverse. Así, pues, la conciencia del hombre y sus propios intereses, han debido hacerle respetar las convenciones legitimamente realizadas y han debido hacerle desear que fuesen ejecutadas de buena fe . . . » La primera condición que la ley civil ha puesto á la protección de que rodea á las convenciones es que sean probadas éstas. No podía bastar en efecto, que un individuo alegase la existencia de una convención para que tuviese el derecho de hacerla ejecutar: como tampoco sería suficiente que el que quisiera no someterse á dicha convención, pretendiera que había tenido una causa ilícita. Habría sido peligroso dispensar una confianza ilimitada á las aserciones de uno no menos que á las negativas del otro. Era preciso que la convención ó su injusta causa fuesen probadas: sin eso la equidad natural sería insuficiente; rara vez conduci-

ría al descubrimiento de la verdad, pues jamás se tienen jueces Salomones y pocas veces los litigantes son mujeres que se disputan la posesión de un hijo.»

La ley, pues, no ha venido á crear, no ha sido la creadora de los contratos; su origen está en las necesidades sociales, en el mismo impulso, en el mismo sentimiento, en la misma fuerza irresistible que obliga á los hombres á asociarse para buscar en el cambio recíproco de servicios las condiciones esenciales de vida, desarrollo y bienestar humano; y ese cambio se realiza por el medio de las convenciones ó contratos. La ley interviene en ellos para darles vida jurídica, esto es, para prestarles la caución de la fuerza pública, pero sin cambiar su esencia, sin desconocer su necesidad, solo con el propósito de prevenir fraudes, garantizar la buena fe y dejar á salvo los esfuerzos de la moral y del interés público. La ley tiene que seguir al reglamentar los contratos con ese propósito, tiene que seguir fielmente el desenvolvimiento progresivo, social y espontáneo de la actividad *convencional*, permitásenos la frase; tiene que adaptarse á las condiciones, necesidades y exigencias del comercio humano; á las costumbres, á los adelantos que el comercio, la civilización y la rapidez de los negocios y transacciones civiles imprimen á las manifestaciones convencionales. Una legislación, un derecho positivo en pugna con los adelantos sociales, con las manifestaciones y formas espontáneas de la vida convencional; una legislación cargada de simbolos anticuados, de exigencias sacramentales inútiles, de trabas al libre desenvolvimiento de la vida civil, no solo es un anacronismo científico, sino un contra sentido inicuo, una verdadera perfidia del derecho á su misión de justicia y de progreso, porque la ley debe ser la fórmula de las transformaciones y adelantos sociales y no el estorbo de todo progreso y adelantamiento. ®

III.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

16. Hoy estamos muy distantes de la época de las pantomimas sacramentales y símbolos sagrados del primitivo derecho romano: hoy es un arcaísmo imperdonable encadenar el movimiento convencional á fórmulas que si tuvieron razón de ser en una época en que el espíritu jurídico era impotente para concebir la idea abstracta de libre consentimiento, son hoy no solo perfectamente gravosas, sino verdaderamente ridículas. En efecto, el origen de todos los sistemas de fórmulas y solemnidades en los contratos no es otro que la impotencia de los primeros hombres para concebir que una obligación civil tuviese resultado de simple concurso de las voluntades, (1) la fuerza jurídica ú obligatoria, de los contratos no podía en aquella época fundarse sino en el grosero materialismo de ciertos actos ó ceremonias solemnes más ó menos ridículas, más ó menos religiosas; á medida que el espíritu humano progresaba emancipándose de lo sobrenatural y que penetraba en el fondo real de los fenómenos y las cosas, se daba cuenta muy lenta-

(1) Les hommes ne sont pas arrivés du premier coup à concevoir qu'une obligation civile peut résulter du simple concours de deux volontés. Pour que l'engagement fût considéré comme irrévocable, il fallait dans les temps les plus anciens, quelque chose de plus; par exemple une prestation faite par l'une des parties et ainsi, pour parler le langage technique les contrats réels ont précédé partout les contrats purement consensuels. La vente, chez les Egyptiens, était un contrat réel.—Rodolphe Dareste.—Etudes d'histoire du droit.—p. 7.—Ni l'ancien droit ni les autres documents historiques ne nous montrent une société complètement privée de l'idée de contrat. Mais cette idée, lorsqu'elle se montre pour la première fois, est évidemment rudimentaire. On ne peut lire aucun texte ancien digne de foi sans apercevoir que l'habitude d'esprit qui nous porte à tenir une promesse est encore imparfaitement développée et que des actes de perfidie flagrante sont mentionnés souvent sans aucun blâme et quelques fois avec approbation. Dans les poèmes homériques, par exemple, la finesse trompeuse d'Ulysse est présentée comme une vertu du même ordre que la prudence de Nestor, la constance d'Hector et la bravoure d'Achille. L'ancien droit nous indique encore mieux la distance qui sépare la forme primitive grossière du contrat de sa forme plus avancée. Au commencement on ne trouve rien que ressemble à l'intervention de la loi pour forcer à l'exécution d'une promesse. Ce que sanctionne la loi, ce n'est pas la promesse, c'est la promesse accompagnée d'une cérémonie solennelle. Non seulement les formalités ont autant d'importance que la promesse elle-même, mais elles ont presque une importance plus grande; car cette analyse délicate que

mente de que en realidad la voluntad humana el libre consentimiento de los contratantes era el verdadero factor, la causa eficiente de las obligaciones civiles; pero como en la naturaleza nada se verifica *per saltum*, como todo progreso y todo avance sigue forzosamente la ley de la sucesión gradual, no fué posible romper bruscamente con la tradición secular de las fórmulas, sino que este adelanto jurídico se realizó lenta y sucesivamente. Fué por lo mismo un verdadero progreso científico el fruto de una concepción más naturalista, de un espíritu jurídico manumitido del misticismo antiguo, la gran reforma iniciada por el derecho romano y consumada en 1348 por la legislación española en el ordenamiento de Alcalá (ley única título 16 correspondiente á la 1ª tit. 1º lib. 10 Nov. Recop.) y confirmada en el art. 1546 del Código civil del Distrito federal de 1870, cuyos autores se expresan así en la exposición de motivos: «El artículo 1392 consigna el principio absoluto de que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento. En este particular la comisión siguió el espíritu de la ley 1ª tit. 1º lib. 10 de la Nov. Recop. y lo ha desarrollado estableciendo en el art. 1546 que desde la perfección del contrato el riesgo de la cosa es de cuenta del que la adquiere, y en el 1552 que la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición.»

17. Nuestros legisladores han reconocido, pues, que la supresión

le droit perfectionne applique aux conditions d'esprit dans les quelles on accorde un assentiment verbal est appliquée dans l'ancien droit, aux mots et aux gestes qui entrent dans la cérémonie. Aucun engagement n'est obligatoire si une seule formalité a été omise ou mal placée; mais aussi, si on a procédé avec les formes régulières, on n'est pas admis à plaider que la promesse a été arrachée par la violence ou la fraude. On voit bien dans l'histoire du droit comment cette ancienne manière de comprendre le contrat s'est transformée jusqu'à devenir le contrat que nous connaissons. D'abord on est dispensé d'une ou deux parties du cérémonial; ensuite on simplifie les autres ou l'on permet de les négliger sous certaines conditions, enfin quelques contrats particuliers sont séparés des autres et peuvent être fait sans cérémonie, et ces contrats sont justement ceux dont dépendent l'activité et l'énergie des relations sociales. Peu à peu, mais tirés clairement, l'engagement mental se divorce des formalités, et devient enfin le seul élément sur lequel se concentre l'intérêt du juriconsulte. Cet engagement mental manifesté par des actes extérieurs était appelé *pacte* ou *convention* par les Romains; et lorsque ou a compris une fois que la convention était le noyau du contrat les progrès de la jurisprudence ont tendu à mettre de côté les formalités et cérémonies. On n'a plus gardé de formes que celles qui étaient nécessaires pour garantir l'authenticité, et montrer qu'on avait agi sérieusement, après délibération. Alors l'idée de contrat a été pleinement développée, ou pour parler comme les Romains les contrats ont été absorbés par les pactes.

ó reducción de las fórmulas y solemnidades externas de los contratos es un verdadero progreso jurídico, tanto más digno de encomio, cuanto que las necesidades de la moderna actividad social, el carácter popular y sencillo debe tener el derecho, la rapidez de las transacciones, la tendencia justísima de sobreponer la buena fe en los negocios á los sofismas y sutilezas de glosadores del derecho romano, exigen que la legislación se amolde, se adapte á las costumbres civiles desembarazando al comercio y los negocios de trabas inútiles y ridículas. Quizá para algunos parecerá extraño y aun efecto de un prurito de erudición que tratándose, como tratamos en este artículo, del estudio de nuestro Código civil, nos háyamos remontado á los orígenes y causas históricas de las fórmulas ó solemnidades de los contratos; pero la verdad es que hemos creído necesario este estudio filosófico, porque con grande asombro escuchamos de los labios de un jóven abogado, en un debate en casación, teorías tan arcaicas y retrógradas que no pudimos menos de formarnos el propósito de combatirlas. En concepto de ese ilustrado jóven el sistema que rodea á los contratos de fórmulas y solemnidades importa un progreso en el derecho, porque así se previenen los litigios, se evitan los fraudes y se aseguran más eficazmente los derechos.

18. Esto no es verdad, pues aunque lo fuese, no por eso sería cierto que el sistema de fórmulas en los convenios importa un progreso. Ya hemos visto que esas fórmulas no tuvieron su origen en ninguna de las consideraciones modernas de interés público ó privado, sino simplemente en la impotencia intelectual de los primeros legisladores y de las primeras sociedades para conocer la verdadera causa de las obligaciones civiles, para proclamar el consentimiento mútuo como el verdadero generador de vínculos civiles; ni el estado económico, ni las ideas morales, ni el derecho público de aquellos tiempos podían dar á la libertad individual el papel importante que le dá el derecho moderno (1); y una vez establecidas las fórmulas sacramenta-

(1) «Pocas proposiciones generales relativas al siglo en que vivimos parecen estar tan completamente aceptadas como esta.» La sociedad de nuestro tiempo se distingue principalmente de la sociedad de las antiguas generaciones por el grande lugar que ocupa en las nuestras el contrato.»..... En los innumerables casos en que el derecho antiguo fijaba de una manera irrevocable la posición de un hombre desde su nacimiento, el derecho moderno le permite creársela por sí mismo, por medio de convenios. Las raras excepciones á esta regla que aun existen son denunciadas diariamente con una indignación apasionada.» [Sumner Maine op. cit.]

les al influjo de esta situación social y moral, basta la tradición, la buena fe que se opone á todo cambio y la costumbre para que ellas se perpetuaran en el derecho, aunque hubieran perdido su razón de ser. Este en general es el origen de casi todas las fórmulas jurídicas; y si el derecho moderno á partir desde su emancipación del derecho romano y de sus glosadores de la edad media ha conservado ó establecido por motivos ya racionales, ya no de tradición, algunas solemnidades externas con el carácter de sacramentales, esto ha sido solo cuando la importancia y trascendencia del negocio reclama tomar precauciones de autenticidad notoria para precaver perjuicio de tercero ó para asegurarse de la realidad de un acto que va afectar intereses muy graves del hombre.

Pero generalizar esas precauciones y exigir las en casi todos los contratos, en los que son frecuentísimos en la práctica, en los que es preciso se repitan día á día en el comercio humano, en los que el éxito del negocio depende de la celeridad de su realización, en los que no se versan más intereses que los transitorios y privados de los contratantes, en los que figuran siempre ó por lo común personas extrañas á los refinamientos y sutilezas de la legislación, en los que la costumbre y las necesidades del comercio han librado á la buena fe del consentimiento la validez y eficacia de las obligaciones; exigir en todos estos contratos solemnidades externas, no para el efecto de comprobarlos, sino como condición sacramental de su validez subordinando así la voluntad libre de los contratantes á la virtualidad de un escrito; hacer esto, es realmente un retroceso tan chocante, un anacronismo jurídico tan inexplicable, que no podemos aceptar en el legislador propósito é intención tan retrógrada, tan anticientífica, tan contraria á las necesidades de la sociedad y al desenvolvimiento y progreso del derecho. Más bien debemos suponer que hay inexactitud en la redacción gramatical de la ley y que ella tiene un sentido diverso del que parece indicar su texto literal.

IV.

NUESTRA OPINIÓN

Efectivamente, antigua y moderna, de la ley y de doctrina, universalmente aceptada en todos los pueblos de derecho escrito, es la distinción entre formalidades *probationis causa* y formalidades *solemnitatis causa*. ¿Que doit-on entendre par acte ou contracte solemnel? Pour répondre à cette question, il faut rappeler la distinction que les lois établissent entre les formalités volues seulement *probationis causa*, et celles qui sont requises *solemnitatis causa*. Une formalité est prescrite *probationis causa*; quand son seul but est de prouver l'existence du fait. Elle est au contraire établie *solemnitatis causa*, quand elle n'est pas seulement exigée pour prouver le fait, mais parce que le législateur a raison de l'importance de l'acte, a voulu l'entourer d'une plus gran solemnité; soit pour en rendre la suppression ou la supposition plus difficiles, soit pour tout autre motif.—La consequence dont nous occupons forme précisément la difference essentielle entre les formalités exigées *probationis causa* et celles exigées *solemnitatis causa*; c'est, est que le premières peuvent être suppléés, pourvu que la preuve qui résulte de l'acte suppletif soit aussi parfait que celle qui résulterait de la formalité même, tandis que au contraire, les secondes n'ayant pas été prescrites dans le seul but de prouver le fait, l'acte auquel il manquerait une seule de ces formalités n'en serait pas moins nul, quand même il n'y aurait aucune doute sur la sincérité de son contenu. Cette nullité attaquerait l'acte dans son principe, elle ne pourrait être couvert ni par la ratification ni par le laps de temps; *omnis actus legitimus*, dit Cujas in leg. 77 D. de reg. jur., *momento temporis perficitur*.» (*Solon Theorie sur la nullité des actes* tomo 2º núm. 355.)

En el mismo sentido se expresa Laurent (tomo 15 núm. 446 y siguientes) y con él todos los autores, enseñando el primero que en los contratos solemnes «la solemnité est exigée pour l'exis-

tence même de l'acte... Ces notions sont elementaires et l'on est étonné de les voir méconnues par de bons auteurs. M. Larombière semble nier la difference profonde qui sépare les contractes non solennels des contractes solennel on ne voyant dans les solemnités qu'une question de preuve. Sans doute, un contract que l'on ne peut pas prouver est comme s'il n'existait pas; néanmoins on ne doit pas confondre la preuve avec les conditions requises pour l'existence d'une convention. Quand il on agit d'un contract non solennel, le demandeur peut toujours faire interroguer le defendeur sur faits et articles et se prévaloir de l'aveu de la partie adverse; il peut encore lui déférer le serment. Il en est tout autrement des contrats solennels. Vainement le donateur avouerait-il la donation, vainement déclarerait-il qu'il la veut maintenir, quoique nulle en la forme; il ne le peut car il ne peut pas donner la vie à un contract mort-né.»

La misma distinción consigna Gutiérrez Fernandez en sus *Estudios fundamentales sobre derecho civil español* (tomo IV pág. 53 Ed. 1871.); y á este propósito y antes de sacar las consecuencias lógicas que se deducen de esa distinción axiomática ya en el derecho moderno vamos, á presentar un ejemplo de lo que decide la doctrina de los juriconsultos extranjeros en un caso en que á pesar de que la ley pronuncia la nulidad, se ha interpretado que esa nulidad no priva de toda existencia al acto respectivo.

El art. 1325 del Código civil francés previene que: «los actos que constan en documento privado y que contienen contratos sinalagmáticos no son válidos (*ne sont valables*) si no están escritos en tantos originales cuantos son los distintos interesados que allí figuran.» A pesar de ser bastante explicita la frase *no son válidos*, Solón (op. cit. tomo I núm. 33) enseña lo siguiente: «Sostenemos con toda confianza que la falta de la duplicidad del documento quitando solamente al acto su efecto directo, nada impide que sirva ese documento de un principio de prueba por escrito.» Laurent (ob. cit. tomo IX núm. 227 y siguientes) enseña también que: «Las Cortes de Bélgica no han variado nunca. Desde los primeros años que siguieron á la publicación del Código civil, la corte de Bruselas ha establecido muy bien que las formalidades del art. 1325 no tenían por objeto sino la prueba literal, lo cual resulta del lugar que ocupa; si el acto es nulo, no

habrá prueba literal; eso no impide que la convención sea válida, salvo que las partes lo probarán por uno de los medios legales admitidos por el Código. En 1841 la cuestión fué llevada á la Corte de Casación. Se invocaba la Exposición de motivos de Bigot Prémeneu y el informe de Jaubert; hemos dicho ya que los autores del Código, consagrando los verdaderos principios, los han fundado muy mal. Hé ahí como una redacción inexacta se convierte en una autoridad que se vuelve contra la ley.»

Ya se ve, pues, como á pesar de ser gramaticalmente claras é indudables las palabras de la ley (no son válidos—*ne sont valables*) la doctrina de los más eminentes y rigoristas jurisconsultos y las decisiones de los tribunales han creído que esas palabras no son jurídicamente tan claras é indudables que excluyan la interpretación y que no estén sometidas á la diferencia cardinal entre formalidades *probationis causa* y formalidades *solemnitatis causa*. ¿Podrá sostenerse que nuestros legisladores han querido convertir en verdaderamente sacramentales y *solemnes*, en el sentido jurídico de esta palabra, casi todos los contratos, pues, de los veintisiete que define y reglamenta el código, dieciséis están sometidos á formalidades externas y sólo once (vease la nota anterior) están exentos de ellas? ¿Podrá sostenerse esto cuando recorriendo esos contratos sometidos á formalidades externas y comparándolos con los exentos de ellas aparecen entre estos últimos algunos de más gravedad y trascendencia que los primeros? ¿No es más grave, importante y trascendental el contrato de depósito cuando se refiera á mercancías, valores, ó alhajas de mucho precio, cuando pueden afectarse derechos de terceros por lo subrepticio del depósito, cuando el depositario abuse haciendo pasar por suyos los objetos depositados ó cuando se coludan deponente y depositario para defraudar á un tercero (1), no es más grave todo esto que un simple contrato á plazo de doscientos un pesos en el que no se afecte más interés que el de los dos contratantes? Un préstamo de un millón de pesos, una transacción sobre derechos, acciones ó muebles cuyo interés puede ser de muchos millones de pesos ¿no son contratos más graves, de consecuencias más comprehensivas y trascen-

(1) Actualmente hay muchos ejemplos de este uso hasta el grado de simularse delitos para defraudar á un tercero.

dentales para el deudor, sus acreedores y los interesados en su situación civil, que un contrato de arrendamiento por 120 \$ mensuales, que el de prenda de un mueble que valga 10 pesos etc., etc.? Sin embargo el código exige formalidad externa para estos últimos y no le exige para los primeros.

El código no ha obedecido, pues, en su redacción sino á un empirismo jurídico anticientífico; no hay en él unidad de propósito, ni menos claridad en la redacción de sus preceptos; no hay un principio filosófico dominante, no hay un plan general y uniforme en sus preceptos en el punto que nos ocupa; no hay aquella trabazón y enlace lógico, aquella unidad de estilo que reflejan la armonía y la unidad de espíritu en la confección de una ley. Pero sí es evidente una cosa; si es indudable que ese código no quiso inspirarse en la conciencia simbólica y mística de las antiguas edades del derecho; si es notorio que sus autores y que el legislador que sancionó ese código, lo que menos conservaban era un respeto supersticioso por la tradición ya hace siglos extinta de fórmulas misteriosas y ritos pantonímicos; lo que nadie ignora es que los autores de esa ley obraban empapados en el espíritu moderno, espíritu profano, práctico, que ve la realidad de la vida civil y que sabe y está hondamente compenetrado de la noción universal, fundamental, radical de las sociedades y civilizaciones modernas, de la noción característica de nuestro siglo y que es, como hemos visto, el rasgo que más lo distingue de los tiempos antiguos, de la noción jurídica del *libre consentimiento de los contratantes* como la verdadera causa generadora del vínculo de las obligaciones convencionales, como el factor real y positivo de casi toda la vida civil, como el elemento en que descanza el mecanismo todo de las sociedades modernas, de su tráfico, de su comercio, de su actividad en la lucha por la vida.

Si es indudable que esta noción y los sentimientos y principios de ella derivados fueron los que inspiraron y han inspirado nuestro código como todos los códigos modernos; si es indudable que nadie ha pensado retrogradar á la época en que no se concebía la voluntad convencional sino á través de fórmulas místicas y sacramentales, entonces no cabe tampoco duda alguna en que nuestros legisladores no quisieron, no se pro-

pusieron establecer las inúmeras solemnidades externas que hemos visto contiene el código con el objeto de atribuirle una virtud simbólica, una eficacia mística, y un poder sacramental para producir obligaciones civiles, desconociendo así que la verdadera fuente de éstas es la voluntad y relegando esta á la categoría de un accidente, despreciando sus funciones en la vida social, aminorando su legítima misión en el sistema de la moderna contratación; no, lo que se propusieron fué prevenir litigios y fraudes por medio de *pruebas formales* de los actos. Sabemos las fuentes de donde están tomadas esas precauciones *formalistas*, sabemos que están tomadas de la doctrina y de los códigos extranjeros modernos; sabemos que están tomadas de allí con más ó menos discreción, aumentando ó alterando el número de esas precauciones ó de esas formalidades; alterando sin propósito la redacción de los preceptos que sancionan la necesidad de esas formalidades; sabemos que en todo esto no existe unidad de estilo, ni armonía en los propósitos; sabemos que se trabajaba sobre el modelo de códigos extranjeros refocándolos sin cuidarse de la lógica del compuesto; y sabemos sobre todo que no se preocuparon mucho nuestros legisladores del sentido que la doctrina, la jurisprudencia, la costumbre y trabajos científicos de primer orden daban á los preceptos de esos códigos que sirvieron de modelo al nuestro.

Pero precisamente porque sabemos todo esto, podemos decir con toda seguridad que la luz que debe iluminar las tinieblas de nuestro código está allá, en los comentadores de los códigos extranjeros, sobre todo el francés; que esos comentarios, esas doctrinas, esos trabajos de filosofía y coordinación son los que nos deben dar la clave para explicar y aplicar nuestra ley civil; que allá es un dogma que las formalidades externas de los contratos no son *sacramentales* sino cuando, no la prueba, sino la existencia misma del acto depende del cumplimiento de las formalidades externas. Así por ejemplo, no es simplemente nulo en el sentido de anulable el matrimonio contraído sin las formalidades substanciales de presencia del Juez del estado civil, acta en el libro respectivo, etc., sino es un matrimonio no existente, es la nada ju-

rídica. Así también una hipoteca constituida en instrumento privado, sin la formalidad de la escritura pública y su registro, es otra nada jurídica, que la voluntad de los interesados es impotente para convertir en acto válido. ¿Quién equiparará la nulidad ó más bien la *no existencia* de estos actos por defecto de forma con la nulidad de un contrato de arrendamiento de más de cien pesos, de un contrato de mútuo con rédito de uno por ciento, de una sociedad con capital de más de 300 pesos, etc., etc., celebrados verbalmente y sin estar consignados en escrito privado ó en escritura pública? En aquellos, en los actos ó contratos solemnes, ni el cumplimiento voluntario, ni la ratificación tácita ó expresa, ni la prescripción, son bastantes á cubrir su nulidad, ó mejor, á dar vida y existencia jurídica á un acto que jamás la ha tenido; en los segundos, cualquiera de esas circunstancias basta para purificar al acto de todo vicio de forma y hacer que el mismo produzca todos sus efectos jurídicos entre los interesados y respecto de los terceros. (Art. 1679 y relativos del cod. civ.) En los no solemnes la acción ó la excepción de nulidad son personales á favor de los contratantes, y los terceros son extraños á esa nulidad; en los solemnes, como el acto no existe jurídicamente, cualquiera puede prevalerse de esa no existencia para impedir que en perjuicio suyo se le atribuyan efectos jurídicos. En los unos la nulidad es una excepción que debe alegarse y se ha de decidir en juicio; en los otros la nulidad ó no existencia pueden y aún deben decidirse de oficio por los tribunales aún sin alegación alguna por parte de los interesados. En general, los actos solemnes se relacionan con el derecho público ó con los intereses de gran número de personas, mientras que en los actos no solemnes las solemnidades externas tienen por objeto únicamente la protección de intereses privados. ®

Bajo estos principios, bajo estos propósitos, en este sentido fueron redactados en el punto que nos ocupa los códigos extranjeros de donde se tomó nuestro código civil de 1870: pero vino su reforma en el nuevo Código de 31 de Marzo de 1884 y de la manera más imprudente, indiscreta y empírica, sin medir las consecuencias de lo que se hacía, sin tener en

cuenta esa diferencia substancial entre formalidades *probationis causa* y formalidades *solemnitatis causa*; confundiendo en la rigidez dogmática de una misma fórmula las nulidades de derecho público y las de derecho privado; sometiendo á las mismas exigencias é hiriendo con igual pena los vicios de forma de los actos más menudos de la vida civil que aquellos cuyo carácter auténtico se desprende de su misma naturaleza, sancionó una innovación completa estableciendo en el artículo 1279 que «para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones: I Capacidad de los contrayentes: II Mútuo consentimiento: III Que el objeto material del contrato sea lícito: IV Que se haya celebrado con las formalidades externas que exige la ley.» De esta manera las formalidades externas *ad probationem* parece que adquirieron el carácter de condiciones tan esenciales para la validez y existencia de un contrato como lo son las de capacidad de los contrayentes, el mutuo consentimiento y la licitud en el objeto materia del contrato.

Pero como es imposible que la ley luche con la realidad, como las necesidades sociales de la vida civil tienen que sobreponerse á las exigencias imprudentes del derecho escrito, como no se pueden llevar la consecuencia de los dogmas metafísicos hasta la negación de la realidad, resulta que por más que ese Código en el artículo 1279 haya querido asimilar absolutamente los contratos solemnes con los que no lo son ó haya querido convertirlos á todos en solemnes, no lo ha hecho, porque no ha cuidado de reglamentar en todas sus consecuencias el principio sancionado en el artículo 1279; no ha cuidado de establecer que en virtud de ese precepto los contratos que carecen de las solemnidades legales ni son susceptibles de ratificación, ni se purga su nulidad por la prescripción y el cumplimiento voluntario, ni deja de ser exclusiva de los contratantes la acción y excepción de nulidad, ni deja de ser preciso hacer valer esa nulidad por vía de acción ó excepción. Léjos de haber hecho esto el moderno código, reprodujo los preceptos del antiguo sobre nulidad, prescripción, ratificación, etc., (artículos 1664 á 1682); y aunque ese capítulo de nuestro código es quizá uno de los más deficientes, de los que más vacíos contienen, de los más oscuros, sin embargo él solo basta para que adquiera car-

ta de naturalización ó patente de legitimidad en nuestro derecho la racional y purísima doctrina extranjera sobre diferencia entre contratos solemnes y contratos no solemnes entre formalidades *probationis causa* y formalidades *solemnitatis causa*, y sobre consecuencias jurídicas derivadas forzosamente de esta distinción. En efecto basta que el artículo 1679 haya preceptuado que «la ratificación y el cumplimiento voluntario de una obligación nula por falta de forma ó solemnidad en cualquier tiempo en que se hagan extinguen la acción de nulidad, exceptuándose los casos en que la ley expresamente dispone lo contrario;» basta que el artículo 1674 dé á las nulidades el carácter de *excepción* ó acción respectivamente, es decir, de alegación de hecho ó derecho que debe someterse á un debate judicial y limite el ejercicio de ellas á las partes principales y á sus fiadores; basta que no haya precepto *expreso* que en la generalidad de los casos excluya á los contratos nulos por falta de formalidades externas de la aplicación de esos dos preceptos, para que esas formalidades no deban considerarse *solemnitatis causa* y para que tome legítimo asiento en nuestro derecho toda la teoría ó doctrina relativa á la ratificación tácita ó expresa de los contratos nulos por ese defecto y á los demás medios de justificar esa nulidad.

Esos medios no existen jamás respecto de los contratos solemnes cuya nulidad es irreparable; y aplicables como son á los contratos no solemnes tenemos desde luego que una de las formas de ratificación tácita es el silencio en juicio por parte del que puede alegar la nulidad y no la alega como excepción en tiempo oportuno. «La ratification tacite (dice Solon op. cit. núm. 457 tomo 2º) résulte souvent du silence gardé sur une interpellation judiciaire. Par exemple: Mevius est creancier de Titius pour une somme de \$1000; mais son titre est susceptible d'être rescindé: Mevius en poursuit néanmoins l'exécution et voulant s'assurer le paiement de sa creances il somme Titius de déclarer s'il à remboursé cette somme à son creancier: cette reponse une foi faite et les conclusions prises dans ce sens Titius n'est plus recevable á demander la rescision de son engagement: son silence est pris pour *aveu de la dette et de lors pour ratification tacite.*» Además, en nuestro sistema de enju-

ciamiento la nulidad es una excepción, y toda excepción debe alegarse expresa y precisamente al contestarse la demanda, so pena de no tomarse en consideración en el debate judicial, ni en el fallo: de donde se deduce que el demandado que no alega la nulidad por falta de forma renuncia ese medio de defensa quedando purificado de ese vicio el contrato respectivo. Pero supongamos que alegó la nulidad del contrato por vicio de forma y esta no sea de aquellas establecidas *idemnitatis causa*: pues todavía en este caso y precisamente en este caso creemos que esa alegación no puede tener otro efecto que el de privar al actor de la prueba, testigos, presunciones, documentos privados, etc., pero no de la prueba de la confesión judicial, porque desde el momento en que se acepte que la ley no ha nulificado á determinados contratos por defecto de forma sino con el único objeto de evitar litigios é incertidumbres en la prueba de las obligaciones desde el momento en que la ley acepta la ratificación tácita en los vicios de forma ¿qué inconveniente jurídico hay en aceptar la confesión judicial expresa como una ratificación de las obligaciones contraídas, como una prueba más perfecta y segura que toda otra preconstituida? Si mi deudor reconoce deberme \$3000 sobre una alhaja que me empeñó ¿por qué no tendré derecho á retener esa alhaja, puesto que el deudor reconoce su obligación en forma tan solemne que la exigida por ley? ¿No es cierto que todos los peligros que la ley quiso conjurar y las precauciones que quiso vincular con las formalidades externas están conjurados, más ciertamente los primeros y satisfechas con más fidelidad las segundas, por medio de la prueba por excelencia, la confesión judicial? Si á esto se agrega que el efecto de la confesión no es prejuzgar ni perjudicar derechos de tercero, ni resolver cuestiones en que se compliquen intereses extraños, sino que el efecto de esa confesión debe limitarse á dar por justificado el *vínculo personal* entre los obligados, no es posible dejar de apartar á esa confesión sus efectos naturales y circunscritos, los de que se declare que uno está obligado á dar ó á hacer algo á otro: *obligationum substantia non in eo consistit ut aliquid corpus nostrum aut servitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum.*

Sin embargo de lo dicho, que puede tener aplicación en los Estados donde esté vigente el Código civil del Distrito, debemos confesar que en este y en los lugares en que existan preceptos semejantes á los consignados en el artículo 8º de nuestro Código de procedimientos civiles no es posible llegar á la práctica de la doctrina propuesta, porque no es posible legalmente entrar á juicio sin un contrato que carezca de las formalidades externas exigidas por la ley.

«Ninguna acción (dice el citado artículo), sea real ó personal, puede intentarse sino se acompaña el título legal que la acredite en todos los casos en que el código civil exige para la validez de los contratos que se otorguen en escritura pública ó en escrito privado; los Jueces desecharán de plano toda acción de esta clase que se intente sin este requisito, bajo la pena de suspensión de uno á seis meses.» Ante precepto tan severo y que combinado con el 1279 del Código civil viene á poner el último sello sobre esa innovación empírica que hace depender la existencia de los contratos de su forma exterior, ante ese precepto tan severo, parecería que puede sostenerse que según nuestro derecho civil todos los contratos sometidos á una forma exterior son solemnes y que respecto de ellos ha desaparecido la filosófica y universal distinción entre virtualidades *probationis causa* y virtualidades *solemnitatis causa*. Y sin embargo, creemos lo contrario, creemos que esta distinción subsiste, no solo teóricamente, cosa que ya hemos demostrado, sino con efectos prácticos. El artículo del Código de Procedimientos no puede exigir que se presente el documento en que se funda la acción cuando este se ha perdido ó se ha destruido: no puede exigirlo cuando habiéndose confirmado el contrato nulo por falta de forma tácita ó expresamente (1) la acción se funda en esa ratificación ó confirmación ó en el cumplimiento voluntario del contrato: no puede exigirlo cuando el vicio de falta de formalidad proviene de dolo del obligado que de alguna manera pre-

(1) Aplicando esta doctrina se resuelve la gran dificultad que tiene el actor en varios contratos y sobre todo en el de arrendamiento para impedir que el inquilino por falta de contrato escrito, se prevalezca de esta omisión para convertirse en verdadero usurpador de la finca y llegue hasta el escándalo de colocar á su arrendador en la situación de que no pudiendo ejercer la acción «locati conductis» tenga que verse en el extremo de tener que ejercer la reivindicatoria contra su propio inquilino.

tenda aprovecharse de las ventajas de hecho derivadas de actos de su coestipulante que obró de buena fé. Fuera de estos casos es inconcuso que los tribunales deberán ver siempre con indulgencia omisiones de poco momento en los contratos no solemnes, deberán atender de preferencia, hacer que prevalezca la buena fé de las convenciones contra las chicanas que busca en las irregularidades de forma un arbitrio para sustraerse al cumplimiento de las obligaciones que legítimamente aceptó y deberán por lo mismo tener como regla de interpretación y de alta justicia la enseñada por el jurisconsulto tantas veces citado (Solon ob. cit. tom. I, núm. 30) «La nullité qui résulte d'un vice de forme est, en general, odieuse, il convient donc de ne l'accueillir qu'avec circonspection et dans les circonstances où la volonté du législateur est manifeste.»

JACINTO PALLARES.

TERRENOS BALDIOS.

Disertación presentada por sus autores en la cátedra de Derecho Mercantil y leyes civiles no codificadas de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, á cargo del C. Profesor Lic. Jacinto Pallares.

- I. Origen de la propiedad en México.
- II. Qué debe entenderse *jurídicamente*, por terrenos baldíos.
- III. Cuáles son las leyes vigentes sobre la materia y sus correlativas de colonización.
- IV. Que procedimiento debe seguirse por las compañías ó particulares deslindadores, aunque tengan contrato del Ejecutivo, para justificar el carácter baldío del terreno y á quien corresponde la prueba.
- V. El denunciado puede defenderse por los tres medios: juicio sumario de posesión, juicio plenario de posesión y juicio de propiedad. Citas correspondientes de los Códigos.
- VI. Prescriptibilidad de los terrenos baldíos.

I.

Antes de 1521, México tenía un sistema feudal, semejante al de las naciones europeas.

Las costumbres guerreras forman caciques, y los caciques se adueñan de las propiedades; pero México como la mayor parte de los pueblos de la edad media, era no solo guerrero sino también monárquico y teocrático. El rey y los señores feudales eran todo; más como no puede haber ni se concibe una casta pobre y dominante, se comprende que la propiedad estaba dividida entre el emperador, la casta guerrera y la sacerdotal. Los indios no tuvieron, pues, propiedad particular.

Vino la conquista, y como la célebre bula de Alejandro VI, concedió á los reyes de España el dominio de las tierras conquistadas en las Indias Occidentales, el territorio nacional pa-

tenda aprovecharse de las ventajas de hecho derivadas de actos de su coestipulante que obró de buena fé. Fuera de estos casos es inconcuso que los tribunales deberán ver siempre con indulgencia omisiones de poco momento en los contratos no solemnes, deberán atender de preferencia, hacer que prevalezca la buena fé de las convenciones contra las chicanas que busca en las irregularidades de forma un arbitrio para sustraerse al cumplimiento de las obligaciones que legítimamente aceptó y deberán por lo mismo tener como regla de interpretación y de alta justicia la enseñada por el jurisconsulto tantas veces citado (Solon ob. cit. tom. I, núm. 30) «La nullité qui résulte d'un vice de forme est, en general, odieuse, il convient donc de ne l'accueillir qu'avec circonspection et dans les circonstances où la volonté du législateur est manifeste.»

JACINTO PALLARES.

TERRENOS BALDIOS.

Disertación presentada por sus autores en la cátedra de Derecho Mercantil y leyes civiles no codificadas de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, á cargo del C. Profesor Lic. Jacinto Pallares.

- I. Origen de la propiedad en México.
- II. Qué debe entenderse *jurídicamente*, por terrenos baldíos.
- III. Cuáles son las leyes vigentes sobre la materia y sus correlativas de colonización.
- IV. Que procedimiento debe seguirse por las compañías ó particulares deslindadores, aunque tengan contrato del Ejecutivo, para justificar el carácter baldío del terreno y á quien corresponde la prueba.
- V. El denunciado puede defenderse por los tres medios: juicio sumario de posesión, juicio plenario de posesión y juicio de propiedad. Citas correspondientes de los Códigos.
- VI. Prescriptibilidad de los terrenos baldíos.

I.

Antes de 1521, México tenía un sistema feudal, semejante al de las naciones europeas.

Las costumbres guerreras forman caciques, y los caciques se adueñan de las propiedades; pero México como la mayor parte de los pueblos de la edad media, era no solo guerrero sino también monárquico y teocrático. El rey y los señores feudales eran todo; más como no puede haber ni se concibe una casta pobre y dominante, se comprende que la propiedad estaba dividida entre el emperador, la casta guerrera y la sacerdotal. Los indios no tuvieron, pues, propiedad particular.

Vino la conquista, y como la célebre bula de Alejandro VI, concedió á los reyes de España el dominio de las tierras conquistadas en las Indias Occidentales, el territorio nacional pa-

só á ser patrimonio de los reyes de Castilla; pero es preciso no confundir: la propiedad de nuestras tierras no pertenecía al *fisco* español, sino á la *Corona* de España. Los mismos soberanos se reservaron el derecho de concesión é hicieron uso de él.

Viene la Recopilación de Indias y en ella dice Felipe II (Ley 14. tit. 12 lib. IV. R. I. y Real Cédula de 20 de Noviembre de 1578), que pertenecen á la *Corona real*, los baldíos, suelos y tierras que no se hubieren concedido por los señores reyes, sus predecesores, por él ó en su nombre. Así, pues, ningún título de propiedad en México era legítimo si no tenía su último origen en una concesión del rey ó de sus delegados. Y los que creen que antiguamente eran imprescriptibles los terrenos baldíos, aún deben exigir tal requisito á los propietarios cuyo dominio no date de concesiones hechas por el Gobierno nacional. Se les obligaría á probar una filiación que podría remontarse quizás hasta 1521 ó cuando menos á la Real Cédula de 15 de Octubre de 1754, y como tal prueba sería imposible en la mayor parte de los casos, caeremos en el absurdo de declarar baldías gran número de propiedades hoy legítimas, pecando no solo contra la equidad, sino contra el sentido común, cosas con las que no puede estar nunca en contraposición el derecho. Pero esta cuestión se liga con la de prescripción y nos ocuparemos de ella en su oportunidad.

Los reyes de España concedieron, mejor dicho, respetaron las tierras poseídas por comunidades de Indios, dejando la propiedad á estas comunidades: por esto se ha dicho con razón, que no pueden denunciarse como baldíos tales terrenos. (Leyes 18 tit. 12 lib. 4 Rec. Ind. Ced. 15 Diciembre 754—Solorzano Pe-reyra, Política Indiana tomo 1º lib. 2º, capítulo 19 núm. 24 y lib. 1º cap. 9 núm. 24.)

Poco después de Hernán Cortés vinieron á la Nueva España obispos y frailes y aunque se dieron algunas disposiciones, impidiendo que los Ministros de la Iglesia, tuvieran propiedad raiz, lo cierto es que no se observaron de hecho estas leyes y comenzó á establecerse la *propiedad de manos muertas*, á la que debían dar su último golpe las bienhechoras leyes de Desamortización y Nacionalización. Hizo su entrada el Derecho Canónico: fueron propietarios los nobles y el Clero. Así pueden ci-

tarse entre los bienes estancados: los anexos á los títulos de nobleza, propiedades inalienables con la facultad de vincular; las cofradías y archicofradías, asociaciones con derecho á ciertos bienes administrados por sus cofrades; las capellanías ó capitales impuestos á perpetuidad y en beneficio de un individuo para que se ordenase, denominándose *capellania laica*, cuando el obispo elegía la persona que disfrutaba del capital impuesto, y de *sangre*, cuando el beneficio iba trasmitiéndose como herencia forzosa al pariente más cercano: por último, vienen los mayorazgos y los bienes administrados por el Clero *secular y regular*. Puede decirse también que eran bienes vinculados los pertenecientes á comunidades de indios, pues no tuvieron facultad para vender sino hasta que las audiencias se la concedieron, siendo de advertir que en estas comunidades no había propiedad individual.

Entre todas las propiedades que acabamos de citar hay de común la inalienabilidad. El capital siempre destinado á mantener la influencia del clero, ó el brillo del escudo, ó la tutela del indio con detrimento del trabajo.

La propiedad individual no apareció sino con la libertad del trabajo, proclamada por el pueblo francés cuando rompió á fines del siglo pasado las rancias costumbres de la antigüedad.

Hemos llegado á otra división de la propiedad en México. Vimos que la Corona de España se hizo propietaria del territorio conquistado en virtud de la sanción religiosa y de la sumisión de Moctezuma; que los reyes españoles mandaron dividir la propiedad entre ciertos individuos. Distinguiremos, pues, la propiedad cedida y las propiedades conservadas por el soberano. Entre estas últimas unas se destinaron á usos públicos, las otras quedaron abandonadas, por decirlo así, designándose con el nombre de tierras *baldías, comunes ó realengas*, pero de todos modos eran propiedad de la Corona.

Consumada la independencia se estableció una monarquía Constitucional y en el Plan de Iguala art. 3º se reconocieron ante todo los derechos del pueblo. Cimentada la República el pueblo fué el único soberano y como tal sucedió en sus derechos á los reyes españoles. Dividido el territorio en Estados soberanos é independientes, éstos no concedieron á la Federa-

ción más derechos que los expresados en la Constitución de 24 y en la Magna Carta de 57; y en ninguna de estas dos se ve que hayan cedido al Gobierno federal la *propiedad* de los terrenos baldíos, sino únicamente la *facultad* de dar reglas para su enagenación (fr. 24 art. 72), cosa muy distinta del dominio. —Esta facultad fué concedida al Congreso de la Unión en virtud de que la cuestión de terrenos baldíos es de interés general, pues está íntimamente basada en la colonización. El Estado de Tejas se perdió por contratos de colonización celebrados por Estados particulares.—(D. 11 de Abril de 23 Estevan Austin). Sin embargo y conforme á derecho la propiedad de los terrenos baldíos debería ser de los Estados y la Federación no tener sobre ellos otros derechos que los concedidos en la fracción constitucional antes citada.

No nos explicamos porque el Sr. Lic. D. Manuel Inda en su informe rendido á la Secretaría de Fomento, dice hablando de los terrenos baldíos: «*es incuestionable que son exclusivamente de la Nación.*» Una aserción hecha en tono tan magistral, sería muy buena si aceptásemos nosotros la razón de autoridad, fundada en el *magister dixit*.

La ley de 22 de Julio de 63 art. 4º concede á los Estados la tercera parte del producto de la venta de baldíos: la de 31 de Mayo de 68 art. 5º les cede la mitad. Ahora bien, ¿por qué donar á los Estados esa cantidad, si como lo afirma el Sr. Inda, no son propietarios?

Lo antes dicho nos muestra quien ha sido, quién es y *quien debe ser el propietario* de los terrenos baldíos.»

II.

Pero cuáles son terrenos baldíos?

Responde la ley citada de 63 en su art. 1º: «Son baldíos, para los efectos de esta ley, todos los terrenos de la República que no hayan sido destinados á un uso público por la autoridad facultada para ello por la ley, ni cedidos por la misma á título

«oneroso ó lucrativo, á individuo ó corporación autorizada para adquirirlos.»

Esta definición se reciente de graves defectos. Examinémosla. Según esto son baldíos, todos los terrenos cuya propiedad particular no esté justificada por títulos primordiales derivados del Soberano. De modo que no tiene en cuenta la adquisición por prescripción, y según su espíritu, no pudo tener ésta efecto alguno tratándose de bienes nacionales. Además de esta omisión injusta, el artículo citado declara baldíos *todos los terrenos* que no hayan sido destinados por la ley á un uso público ó cedidos por esta á título gratuito ú oneroso. La expresión *cedidos por la ley* es muy ambigua, pues debe comprender no solo las concesiones hechas por el Gobierno Nacional, sino también las propiedades adquiridas en tiempos de la dominación española ya por cesión, ya por confirmación, ya por otro título autorizado en aquella época, conforme á la real cédula de 15 de Octubre de 1754. De otro modo la ley sería retroactiva y como retroactiva, inícuca. Además, hay en esta ley del Sr. Juárez alguna obscuridad.

El Sr. Castillo Velasco en sus Apuntamientos de Derecho Constitucional trae una definición concebida en estos términos: «Se dá el nombre de *baldíos* á los terrenos incultos que el Estado conserva en su dominio y cuyas producciones consisten en los frutos espontáneos del suelo, ó sean los terrenos que no correspondiendo al dominio privado, pertenecen al dominio público, para su común disfrute ó aprovechamiento y no están destinados á labor alguna.»

Esta definición es mejor sin duda alguna que la anterior.

En ella se tiene en cuenta ya la prescripción; más el Sr. Castillo Velasco, no podía proceder de otro modo dado que en la ley de 22 de Julio de 63, anterior á sus apuntamientos, se estableció que la prescripción era un medio de adquirir terrenos baldíos (art. 27).

La definición sería del todo buena si no se hubiese puesto la condición de que el terreno era inculto, pues aun estando cultivado, si no lo acompaña un título legítimo, no por eso pierde su carácter de baldío.

Son títulos legítimos todos aquellos por los que se pueda adquirir la propiedad, inclusa la prescripción.

III.

Las leyes vigentes sobre terrenos baldíos son: la de 22 de Julio de 1863, dada por D. Benito Juárez en San Luis Potosí, sobre ocupación y enagenación de los terrenos baldíos, en las partes que no esté derogada.

La de 15 de Diciembre de 1883, expedida por el Congreso de la Unión y promulgada por D. Manuel González, en sus arts. 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25 y 27, que fija esas reglas para deslinde y colonización.

30 de Diciembre de 1884.—Tarifa para la enagenación de terrenos baldíos en el bienio de 85 y 86, expedida en cumplimiento de lo mandado en el art. 3º de la ley de 63.

Al fin de este resumen y por vía de nota se ponen las disposiciones referentes á terrenos baldíos que se han dado, tanto por los reyes españoles como por los gobiernos nacionales.

En materia de colonización están vigentes la ley 15 de Diciembre de 1882 y su reglamentaria de 17 de Julio de 89. Antes rigió la ley 31 de Mayo de 1875, que fué derogada por el art. 31 de la de 1883.

IV.

El Ejecutivo está facultado para hacer contratos con compañías deslindadoras y nadie puede oponerse á que se midan, deslinden ó se practiquen cualesquiera otros actos que tengan por objeto asegurarse de la verdad de su denuncia, cuando así lo ordena el Ministerio de Fomento por sí mismo ó por medio de los Gobernadores ó de los Jefes Políticos (art. 9º). ¿Pero el Ministerio debe autorizar á las compañías para ir en busca de baldíos? Es cuestión de Derecho Constitucional y por lo mismo no nos ocupamos de ella.

Cuando hecho un denuncia alguien se oponga, dicen los arts. 16 y 17 de la citada ley de 63, se procederá al juicio respectivo entre el opositor y el denunciante. ¿Ante quién debe entablarse este juicio? ¿En qué consiste? ¿En qué situación están colocados el opositor y el denunciante? Cuestiones importantes que se desprenden á la simple lectura de las disposiciones anteriores.

El art. 15 previene que el denuncia de baldíos se haga ante la autoridad de primera instancia, que conozca de los negocios federales en el lugar donde estén ubicados los baldíos. Los Jueces de Distrito conocerán pues del juicio entablado y la sentencia dada por ellos irá á la revisión y aprobación del Ministerio de Fomento, pues sin este requisito no debe cumplirse el decreto judicial (art. 18 ley de 63). Se ve muy á las claras que el Ministerio se constituye en tribunal de última instancia. Será esto ó no constitucional; más lo cierto es que cuestiones de tan alta importancia, como la de saber si un terreno es ó no baldío, y que competen al poder judicial, las resuelve por sí y ante sí, el Sr. Ministro de Fomento.—El Gobierno ha tenido á bien declarar, en algunos casos, la caducidad de varias adjudicaciones de baldíos porque los adjudicatarios no han cumplido con el requisito del art. 10, de tener durante diez años, contados desde la adjudicación, un habitante por cada 200 hectaras. Decidir si hay ó no caducidad, es asunto judicial y por lo tanto en este punto el Gobierno debe ceder el puesto á los Jueces de Distrito.

Supongamos que el juicio se entabló ya ante el Juzgado respectivo. ¿Es actor la Compañía deslindadora ó el que se opone al denuncia? La resolución de esta cuestión, reviste suma importancia si se atiende á que al actor incumbe la prueba. Se llama *actor* en juicio «el que primero provoca ó mueve el pleito demandando alguna cosa ó derecho; y *reo* al que contra su voluntad, es traído á juicio para contestar á la demanda del actor.» Fundándose en esta definición la 1ª Sala de la Suprema Corte de Justicia, resolvió en una ejecutoria dada el 28 de Junio de 1889, que las compañías deslindadoras tienen el carácter de actores y el opositor el de demandado. En efecto, conforme á derecho, el opositor es reo y no le incumbe la prueba.

Ahora bien las compañías deslindadoras no podrían probar nunca que tal terreno era baldío: esto sería un excelente modo de defensa, si no se obligara al opositor á suministrar por sí mismo la prueba exigiéndole la exhibición de títulos. Sin embargo, se ha querido interpretar según la ley de baldíos, que el opositor es el actor, pues las compañías solo piden adjudicación. Esta manera de aplicar la ley además de ser injusta, no trae al Gobierno beneficio alguno.

Se ha querido fundarla en que habiendo sucedido la Nación en sus derechos á los reyes españoles, que eran dueños de las tierras, se presumen que estas son baldías, mientras que no se pruebe lo contrario; pero se olvidan de los beneficios de la posesión con ó sin título: se olvidan de que es una garantía y un dogma de enjuiciamiento que el poseedor se defiende con su simple posesión *posideo quia posideo*, se olvidan de que filosóficamente siempre será el actor en juicio el que pretenda innovar los derechos existentes; y por esto creemos que la 1ª Sala procedió lógicamente al dar el papel de actor á las Compañías deslindadoras.

V.

Fijado ya que el opositor es el reo, se puede defender de tres maneras: 1º En juicio sumario de posesión, amparo ó despojo: 2º En juicio pleno de posesión y 3º En juicio de propiedad ó reivindicatorio de dominio.

La tendencia del abogado debe ser no presentar nunca sus títulos, sino cuando se encuentre urigido por las circunstancias y como un último recurso, después de haber sido rechazado en los juicios sumario y plenario de posesión.

En materia civil del fuero común ó local el juicio de despojo solo procede contra un particular: pero en asuntos federales se tiene el interdicto de amparo ó de despojo aun contra las autoridades. Este principio estaba consagrado en la legislación española y la ley 2ª tít. 2 lib. 34 de la Nov. Recop. dice: «De-

«fendemos, que ningún alcalde, ni juez ni persona privada non sean osados de despojar de su posesión á persona alguna, sin primeramente ser clamado, oído y vencido por derecho, y si pareciere carta nuestra por donde mandáremos dar la posesión que uno tenga á otro, y la tal carta fuere dada, sin audiencia, que sea obedecida y non cumplida.

«Procede el interdicto de despojo aunque el despojante tenga justo título ó sea cuando haya privado á alguno de la posesión, sin consentimiento judicial aun cuando no haya violencia ó vía de hecho.»

Para entablar el interdicto de despojo es necesario haber tenido la posesión: de consiguiente el opositor debe probar: su posesión de hecho, y si es posible su buena fe, el justo título y el carácter de pública pacífica y continua. En cuanto á lo primero dice el art. 833 del Código civil: «El poseedor tiene á su favor la presunción de poseer de buena fe.»

Respecto al justo título oigamos la prevención contenida en el art. 1080 del mismo Código: «Se llama justo título el que es ó fundadamente se cree bastante para transferir el dominio.»

Los interdictos no preocupan las cuestiones de propiedad y posesión definitiva (art. 1134 del Código de Procedimientos) en consecuencia perdido el juicio sumario entra el plenario, en que se discute el derecho de posesión y por último viene el juicio reivindicatorio en que se hace el examen de los títulos, pero como dijimos ya, el abogado no debe provocarlo, sino cuando no pueda defenderse de otro modo.

VI.

Toda su turno á la cuestión más difícil y más importante del presente resumen. ¿Pueden adquirirse los terrenos baldíos por prescripción?

Varios se han ocupado de ella llegando á conclusiones diferentes. El Sr. Lic. Inda, juzga que no entra en su sistema, al ocuparse de baldíos. El hecho es que puede ser objeto de profun-

dos estudios y no se debe saltar sobre los escollos, con la mira preconcebida de llegar á un resultado.

«Prescripción, es un modo de adquirir el dominio de una cosa ó de librarse de una obligación, mediante el transcurso del tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley» (art. 1050 del Cód. civ.) Como para adquirir por este medio es necesaria la posesión, veamos si los requisitos que debe tener esta, pueden cumplirse tratándose de terrenos baldíos.

«Posesión de hecho es un poder físico ejercido sobre una cosa ó el uso de ésta ejercida por nosotros ó por otros en nuestro nombre á título de derecho real; el uso de la cosa se llama *corpus possessionis*; la intención de usar de la cosa á título de derecho real se llama *animus possidendi*.» (Van Wetter—y Cód. civ. art. 832 y 1156 del Código de Procedimientos).—Estas dos partes de que se compone la posesión de hecho, pueden encontrarse y se encuentran tratándose de terrenos baldíos. Y en efecto los poseedores usan de ellos casi siempre con ánimo de dominio.

Pero esta posesión no basta para la prescripción: es necesario que sea además fundada en *justo título, de buena fe, pacífica, continua y pública*. Si un individuo adquiere un baldío por compra-venta, por ejemplo, tendría justo título, aun cuando el terreno objeto del contrato, no esté amparado por un título legítimo. «La buena fe, solo es necesaria en el momento de la adquisición (art. 1082, Cod. Civ.) y quizás hay buena fe en la mayor parte de los que poseen baldíos, ó al menos esta buena fe debe presumirse, mientras no se pruebe lo contrario (art. 833, Cod. Civ.) Las demás condiciones de ser pacífica, continua y pública son tan claras que ni es preciso que de nuevo nos ocupemos de ellas. Sin embargo no pudo menos de llamarnos la atención leer en un informe rendido al Ministerio de Fomento, que quizá no se tendría conocimiento de la ocupación de los terrenos baldíos, como si nuestro Gobierno contra quien aquellos prescriben, viviera en las apartadas regiones de la India ó de la China.

No pudo ser pues, más consecuente con los principios del Derecho el art. 1076 del Cod. Civ. «La Unión, el Distrito y la California en sus casos, así como los Ayuntamientos y todos los

«Establecimientos públicos se consideran como particulares para la prescripción de sus bienes, derechos y acciones que sean susceptibles de propiedad privada.»

¿Fueron prescriptibles en Derecho antiguo los terrenos baldíos? Esta cuestión está tratada de un modo somero, pero brillante en las observaciones jurídicas del Sr. Lic. D. Prisciliano M^a Díaz González, contra un contrato del Ministerio de Fomento sobre deslinde de terrenos baldíos.

La ley 14, tít. 12, lib. 4. de la R. de I. ordenó á los Vireyes y Presidentes obligasen á los propietarios á exhibir sus títulos amparando (y estas son las palabras textuales) á los que poseyeron por *justa prescripción*.

La Real Cédula de 15 de Octubre de 1754 es importantísima bajo el punto de vista en que nos ocupamos. Se revalidan por ella, los títulos buenos existentes, haciendo innecesarias las disposiciones anteriores y en el art. 4^o establece que «no teniendo títulos les debe bastar la justificación que hicieron de aquella antigua posesión, como título de  justa prescripción. .

Las leyes de Partida y la Nueva Recopilación solo dijeron que no se ganarían por tiempo los tributos ó rentas reales, y de ampliar esto á los terrenos baldíos, ha venido uno de los errores en que quieren basar la imprescriptibilidad. Desde luego ocurre esta reflexión: si no era permitido ganar por tiempo los tributos reales, es evidente que para las demás cosas la prescripción era justo título de adquisición. Puede pues, afirmarse que en la legislación antigua eran prescriptibles los terrenos baldíos.

Después de la ley 22 de Julio de 63, la cuestión no debiera ofrecer dificultad alguna, pues en el art. 27 se dice expresamente: «Queda derogada desde esta fecha, la disposición de las leyes antiguas que declaraban imprescriptibles los terrenos baldíos.» Aparte de que no es cierto como hemos visto que las leyes antiguas declaran imprescriptibles los terrenos baldíos, no obstante se reconoce ya de una manera terminante la prescripción como justo título para la adquisición de baldíos.

No nos explicamos como el Sr. Lic. Demetrio Salazar en un informe rendido á la Secretaría de Fomento sobre terrenos baldíos, afirma serenamente que *la prescripción pierde su signi-*

ficación jurídica, cuando traspasa el límite de las relaciones privadas. Cuando no puede ser más significativo el art. 699 del Cod. Civ. «Los bienes de propiedad pública se rigen por las disposiciones de este Código, en cuanto no esté determinado por leyes especiales, quedando en todo caso sujetos á las reglas que en él se establecen para la prescripción.»

Veamos algunos de los argumentos del Lic. Salazar, en contra de la prescripción de los terrenos baldíos.

Inserta el artículo del Código civil, donde se dice que la Unión se considera como particular para la prescripción de los bienes que sean susceptibles de propiedad privada, y subraya estas últimas palabras como significando que los baldíos no son susceptibles de propiedad privada. Para concepto tan original emplea una prueba semejante: «De la nación procede todo poder: los individuos que la componen no tienen otros derechos que los que ella les concede y la nación no quiere que sobre sus intereses prevalezca el interés particular.—Lo que dice de la nación lo entiende del Gobierno.—Por otra parte ¿consiste el interés de la Nación en que los terrenos permanezcan baldíos?

No contento el Sr. Salazar, afirma que el Cód. civ., es local y que por consiguiente sus disposiciones no son obligatorias más que en el Distrito y en la Baja California: pero olvida que cuando trata asuntos federales sus disposiciones son obligatorias en toda la República.

En conclusión: los terrenos baldíos deben ser, son y han sido prescriptibles, por más que se diga lo contrario en una serie de informes á la que cierra con broche de oro, un estudio del eminente jurisconsulto... D. Telesforo García. (?)

Vimos lijeramente la cuestión y ya sabeis los puntos á donde la convicción nos ha llevado.

Los abogados y los Gobiernos deben estudiarla también imparcialmente sin buscar propiedades elásticas en las leyes y en los principios del Derecho.

LAS LEYES RELATIVAS Á TERRENOS BALDIOS SON LAS SIGUIENTES:

Ley expedida en 17 de Mayo de 1631, ó sea la ley XV, tit.

XII, lib. IV, R. I.—Real Cédula 1º de Noviembre de 1591.—Real Cédula de 15 de Octubre de 1754.—Real Cédula de 23 de Marzo de 1798.—Instrucción de 12 de Agosto de 1768.

Decreto de 4 de Enero de 1813.—Decreto de 27 de Marzo de 1821.—Prevenición de 11 de Abril de 1823.—Decretos de 4 de Junio y 18 de Septiembre de 1823.—Decreto de 14 de Octubre de 1823.—Decreto de 5 de Junio de 1824 (*mostrencos*).—Decreto de 2 de Enero de 1835 (*mostrencos*).—Ley de 1º de Agosto de 1824.—Ley de 14 de Abril de 1828.—Suprema orden de 21 de Octubre de 1829.—Ley de 6 de Abril de 1830.—Decreto de 25 de Noviembre de 1833.—Decreto de 2 de Diciembre de 1833.—Circular de 4 de Febrero de 1834.—Decreto de 25 de Abril de 1835.—Suprema orden de 4 de Abril de 1837.—Decreto de 1º de Junio de 1839.—Contrato de 3 de Octubre de 1843.—Decreto de 9 de Diciembre de 1843.—Decreto de 29 de Diciembre de 1843.—Reglamento de 4 de Diciembre de 1843.—Decreto de 27 de Noviembre de 1846.—Decreto de 13 de Enero de 1848.—Disposición de 9 de Julio de 1849.—Decreto de 26 de Octubre de 1849.—Disposición de 31 de Agosto de 1850.—Decreto de 14 de Mayo de 1851.—Decreto de 25 de Julio de 1851.—Disposición de 11 de Enero de 1852.—Decreto de 13 de Marzo de 1853.—Decreto de 25 de Agosto de 1853.—Decreto de 25 de Noviembre de 1853.—Disposición de 16 de Febrero de 1854.—Decreto de 11 de Julio de 1854.—Decreto de 27 de Abril de 1855.—Decreto de 2 de Agosto de 1855.—Decreto de 4 de Diciembre de 1855.—Disposición de 13 de Febrero de 1856.—Contrato de 16 de Febrero de 1856.—Decreto de 23 de Febrero de 1856 (*bis*).—Decreto de 10 de Mayo de 1856.—Suprema orden de 9 de Junio de 1856.—Nombramiento de 6 de Junio de 1856.—Decreto de 31 de Julio de 1856.—Decreto de 2 de Agosto de 1856.—Decreto de 14 de Agosto de 1856.—Suprema orden de 28 de Agosto de 1856.—Circular de 28 de Octubre de 1856.—Decreto de 31 de Agosto de 1857.—Decreto de 10 de Marzo de 1857.—Decreto *íntegro* de 13 de Marzo de 1857.—Decreto de 15 de Abril de 1857.—Decreto de 2 de Julio de 1857.—Decreto de 9 de Septiembre de 1857.—Decreto *íntegro* de 14 de Marzo de 1861 (*bis*).—Decreto de 5 de Abril de 1861.—Providencia de 1º

de Agosto de 1861.—Decreto de 3 de Agosto de 1861.—Comunicación de 8 de Noviembre de 1861.—Decreto de 25 de Marzo de 1862.—Dictámen de 15 de Septiembre de 1862.—Ley de 20 de Julio de 1863.—Tarifa *íntegra* de precios á que deberá arreglarse su venta en 1862 y 1864.—Decreto de 22 de Julio de 1863.—Resolución de 2 de Septiembre de 1863.—Decreto de 19 de Septiembre de 1863.—Contrato de 20 de Marzo de 1864.—Decreto de 11 de Agosto de 1864 derogado por el de 28 de Septiembre de 1866.—Noviembre 23 de 1864.—Enero 26 de 1865.—17 de Octubre de 1865.—Enero 24 de 1866.—Febrero 24 de 1866.—Febrero 27 de 1866.—Marzo 4 de 1866.—Junio 6 de 1866.—Decreto de 25 de Agosto de 1866.—Decreto de 15 de Octubre de 1866.—Circular de 30 de Septiembre de 1867.—Circular de 10 de Julio de 1868.—Circular de 24 de Julio de 1868.—Circular de 27 de Julio de 1868.—Circular de 7 de Agosto de 1868.—Decreto de 11 de Noviembre de 1868.—Circular de 20 de Mayo de 1869.—15 de Diciembre de 1874.—18 de Octubre de 1879.—29 de Octubre de 1879.—9 de Agosto de 1882.—29 de Marzo de 1883.—15 de Diciembre de 1883.—7 de Agosto de 1884.—26 de Octubre de 1884.—15 de Noviembre de 1884.—20 de Febrero de 1885.—10 de Julio de 1885.—23 de Enero de 1886.—30 de Enero de 1886.—18 de Febrero de 1886.—20 de Febrero de 1886.—1º de Junio de 1886.

México, Mayo 6 de 1890.

MELCHOR C. CADENA.

ANTERO PÉREZ DE YARTO.

DIRECCIÓN GENERAL DE

LA TEORIA DE LA PERSONA SOCIAL

EN LOS

JURISTAS Y SOCIOLOGOS DE NUESTRO TIEMPO. (1)

III.

Muy otra cosa acontece con los sociólogos, especialmente aquellos que, afirmando también que los organismos sociales son verdaderos seres, no los hallan formados por un principio moral ni psíquico, sino por el puramente físico que preside á la génesis de todos los organismos naturales, cuya más alta manifestación y potencialidad representan. Coinciden, no obstante, con las conclusiones de la teoría que rápidamente se acaba de bosquejar, en el subordinado valor que—contra su intento á veces—atribuyen á la individualidad; y tanto por esto como su predilección por las hipótesis y el apriorismo (contra el cual tanto, sin embargo, protestan), podría quizá calificarse á esta tendencia de idealismo naturalista ó físico, por oposición á la anterior, verdadero idealismo psíquico, ético ó espiritualista.

A las antiguas teorías de Platón y á las modernas de Hobbes, acusa ciertamente y con razón Spencer (2) de descender demasiado al pormenor en su comparación de la sociedad con el cuerpo humano, ó un organismo físico cualquiera; otro tanto podría decirse de las indicaciones de Rousseau ó de Bluntschli. Pero, desgraciadamente, ni el filósofo inglés, ni sus inmediatos

(1) Véanse la página 390 y siguientes de esta *Revista*.—Tomo III.
(2) *Principios de Sociología* [trad. fr. de Cazelles], II, § 269.

de Agosto de 1861.—Decreto de 3 de Agosto de 1861.—Comunicación de 8 de Noviembre de 1861.—Decreto de 25 de Marzo de 1862.—Dictámen de 15 de Septiembre de 1862.—Ley de 20 de Julio de 1863.—Tarifa *íntegra* de precios á que deberá arreglarse su venta en 1862 y 1864.—Decreto de 22 de Julio de 1863.—Resolución de 2 de Septiembre de 1863.—Decreto de 19 de Septiembre de 1863.—Contrato de 20 de Marzo de 1864.—Decreto de 11 de Agosto de 1864 derogado por el de 28 de Septiembre de 1866.—Noviembre 23 de 1864.—Enero 26 de 1865.—17 de Octubre de 1865.—Enero 24 de 1866.—Febrero 24 de 1866.—Febrero 27 de 1866.—Marzo 4 de 1866.—Junio 6 de 1866.—Decreto de 25 de Agosto de 1866.—Decreto de 15 de Octubre de 1866.—Circular de 30 de Septiembre de 1867.—Circular de 10 de Julio de 1868.—Circular de 24 de Julio de 1868.—Circular de 27 de Julio de 1868.—Circular de 7 de Agosto de 1868.—Decreto de 11 de Noviembre de 1868.—Circular de 20 de Mayo de 1869.—15 de Diciembre de 1874.—18 de Octubre de 1879.—29 de Octubre de 1879.—9 de Agosto de 1882.—29 de Marzo de 1883.—15 de Diciembre de 1883.—7 de Agosto de 1884.—26 de Octubre de 1884.—15 de Noviembre de 1884.—20 de Febrero de 1885.—10 de Julio de 1885.—23 de Enero de 1886.—30 de Enero de 1886.—18 de Febrero de 1886.—20 de Febrero de 1886.—1º de Junio de 1886.

México, Mayo 6 de 1890.

MELCHOR C. CADENA.

ANTERO PÉREZ DE YARTO.

DIRECCIÓN GENERAL DE

LA TEORIA DE LA PERSONA SOCIAL

EN LOS

JURISTAS Y SOCIOLOGOS DE NUESTRO TIEMPO. (1)

III.

Muy otra cosa acontece con los sociólogos, especialmente aquellos que, afirmando también que los organismos sociales son verdaderos seres, no los hallan formados por un principio moral ni psíquico, sino por el puramente físico que preside á la génesis de todos los organismos naturales, cuya más alta manifestación y potencialidad representan. Coinciden, no obstante, con las conclusiones de la teoría que rápidamente se acaba de bosquejar, en el subordinado valor que—contra su intento á veces—atribuyen á la individualidad; y tanto por esto como su predilección por las hipótesis y el apriorismo (contra el cual tanto, sin embargo, protestan), podría quizá calificarse á esta tendencia de idealismo naturalista ó físico, por oposición á la anterior, verdadero idealismo psíquico, ético ó espiritualista. (R)

A las antiguas teorías de Platón y á las modernas de Hobbes, acusa ciertamente y con razón Spencer (2) de descender demasiado al pormenor en su comparación de la sociedad con el cuerpo humano, ó un organismo físico cualquiera; otro tanto podría decirse de las indicaciones de Rousseau ó de Bluntschli. Pero, desgraciadamente, ni el filósofo inglés, ni sus inmediatos

(1) Véanse la página 390 y siguientes de esta *Revista*.—Tomo III.
(2) *Principios de Sociología* [trad. fr. de Cazelles], II, § 269.

precursores y continuadores se hallan por completo exentos de censura en este punto. Véamoslo.

El primero quizá que, con más especial detenimiento, ha desarrollado la doctrina que, no ya equipara á la sociedad con los organismos físicos, sino la declara terminantemente tal (siguiendo en parte y en parte contradiciendo á Comte), es Lilienfeld, discípulo de la tendencia peculiar evolucionista representada por Hæckel y Oscar Schmidt. «La sociedad humana—dice (1)—es un organismo de células nerviosas, semejante al sistema nervioso del cuerpo humano... Es un organismo como cualquier animal; sólo que no consta de otras células que las nerviosas» afirmación esta última de que disiente Spencer. Aplica luego Lilienfeld al organismo social de todas las leyes de la vida en la naturaleza y sus diversos fenómenos, como generación, nacimiento, crecimiento, desarrollo, enfermedad, muerte, renacimiento. A las funciones fisiológica, morfológica é individual, corresponden respectivamente la económica, la jurídica y la política; y el gobierno de la sociedad, su más culminante órgano y fuerza, viene á ser como el sistema central en toda la gran masa nerviosa: esta opinión ya ha sido mucho mejor recibida por Spencer. La sociedad siguiendo la triple ley del desarrollo establecida por Hæckel, se va desarrollando mediante la diferenciación progresiva de sus partes, según resalta más principalmente en los distintos grupos sociales: en su seno, la lucha por la existencia, purificada y ennoblecida, merced á una finalidad, libertad y espiritualidad superiores, engendra las costumbres, el derecho, el poder, y por último, la ciencia, el arte, la religión y la moralidad; debiendo distinguirse (análogamente á como Ernesto Baer lo ha hecho en la zoología) entre los diversos tipos de civilización y los grados que recorren estos mismos tipos. En cuanto al estudio de la conciencia social y del problema de la personalidad en esta esfera, aunque el tomo III del libro de Lilienfeld lleva el título de *Psico-física social*, no parece haber obtenido del autor todo el interés que sin duda debe consagrarsele.

Discípulo de Lilienfeld, y acaso el más popular propagandista

[1] Ideas sobre la Sociología del porvenir (*Gedanken über die Socialwissenschaft der Zukunft*), 1873-77, tres vol.—El Sr. Cossio ha dado un breve extracto de este libro en el número 49 [28 Febrero 1879] del *Boletín de la Institución libre de Enseñanza*.

de las nuevas teorías en Alemania, es Hellwald (1). Pero no las juzga aplicables á la sociedad humana en general y en conjunto, pues no le parece que la Humanidad deba ser considerada como un verdadero ser, á causa de las divergencias tan profundas que encierra y que impiden juntar en un mismo orden «á Darwin y á un papú,» sino á los diversos grupos étnicos, á las unidades sociales particulares, dotadas en un alma, como el animal, la planta y el cristal (2), y que, cual la de éstos, es la resultante de todas sus fuerzas. El alma de una sociedad procede de la herencia. Cada una de sus células tiende á desarrollarse como las demás; pero no lo logra, por haber otras más capaces de superior desenvolvimiento. De aquí la igualdad y la jerarquía. Téngase en cuenta que la sociedad es tan aristocrática como la naturaleza: las fuerzas superiores son escasas y sólo mediante las inferiores obran sobre las otras: v. g. el pensamiento por medio de la palabra. De esta mútua acción y reacción entre las unidades celulares brota la vida entera, cuyos dos elementos son el tejido celular y la sustancia intercelular, expresada en la sociedad por los valores y bienes en circulación: las máquinas no son más que el desplegamiento ulterior de los órganos que para coger, cortar, etc., ha creado la naturaleza. Así, la evolución del individuo representa la Historia universal entera y engendra como primera comunidad celular la familia. En cuanto al progreso, en primer lugar, es un concepto oscuro, que debe sustituirse por el de la evolución, el cual implica á la vez mayor diferenciación y mayor integración ó unidad; no todos los factores sociales caminan á la par, adelantándose unos más que otros y pudiendo observarse en las sociedades, ya progresión, ya retroceso, ya estancamiento, suspensión de desarrollo; tampoco hay siempre progreso moral, sino cuantitativo; y por último, debe cuidadosamente distinguir-

(1) Director de la revista *Ausland* y autor de la *Historia de la civilización en su desarrollo natural* (*Culturgesch. in ihrer Naturentwicklung*) de que el señor Ermitaño comenzó á publicar una traducción española, en Barcelona, en 1877.

(2) Fácil es aquí advertir que, aun los novadores al parecer más atrevidos, no aciertan á romper los antiguos moldes. Hellwald, como en otra esfera Hæckel, no puede acostumbrarse á pensar sin la distinción tradicional entre los dos supuestos mundos, orgánico é inorgánico, distinción que aspiran por otra parte á borrar, aunque por mal camino, viniendo á declararlo todo inorgánico. Y buscando, á la antigua, «el individuo mineral,» quiere hallarlo al modo casi de Hegel, en el cristal, que ciertamente no es tal individuo. El ser ó individuo mineral es el astro. Por cierto que Spencer mismo llama ya al sistema solar un «agregado orgánico.»—*Sociología*, II, § 215.

se entre la diferencia de tipo y la de grado de evolución, como se ha dicho antes.

Ya hemos dicho que Lilienfeld sigue la corriente de Häckel. No estará de más indicar algo respecto de las doctrinas psicofísicas del profesor de Jena que más inmediatamente han servido de base á la concepción sociológica de aquél (1).

Estas doctrinas aparecen expuestas desde un punto de vista, en cierto modo, inverso. Intentando dar una explicación mecánica del mundo, compara Häckel á las células con los ciudadanos de un Estado; á los tejidos, con las corporaciones, gremios, razas, castas; á los órganos, con los oficios y empleos; entre ellos, á los músculos y á los sentidos, con los altos funcionarios; á los cordones nerviosos, con una red telegráfica, y al cerebro con el Gobierno; encargado de recibir los telegramas y decidir en el gran consejo de las células radiadas centrales lo que debe hacerse en cada caso. El animal superior es el más centralizado y monárquico (2), distinguiéndose también más de la planta en este respecto que los inferiores; pues en la planta, es la unión de las células menos íntima, menos enérgica la unidad, y más fácil, por tanto, hallar algo semejante á una república (3). No basta á Häckel, sin embargo, declarar con Virchow y tantos otros que todo individuo polielular es una asociación; y descende más abajo de la célula, como elemento complejo demasiado organizado y secundario, al citodio, la mónera, el simple protoplama (sobre la cual existe la cuestión del *bathybius* de Huxley), el bio-plasón, de que ese protoplasma es á su vez un derivado, y por último, á la molécula del bio-plasón, el plastídulo, que no se descompone ya más que en átomos inorgánicos. Por toda esta serie—cuyos términos distan tanto de hallarse todavía recibidos por la mayoría de los naturalistas,—penetra la psiquis universal, jerárquicamente organizada en otra serie paralela: desde el

(1) Estos principios se hallan expuestos en sus distintas obras, como la *Historia natural de la creación*, la *Morfología general de los organismos* y en diversas monografías, especialmente en *La división del trabajo* y las publicadas en francés bajo el título de *Psychologie celular*.

(2) Esta es también la opinión de Gegenbaur en su *Anatomía comparada*.
(3) Sin embargo, esto sería más exacto en la teoría de la «glándula pineal» de Descartes: porque la aparente unidad de acción del cerebro se resuelve aquí en un *consensus* de las células radiadas, siendo por tanto una acción cooperativa y múltiple. Algo semejante acontece con Jäger; que en su *Manual de Zoología* distingue las sociedades *acéfalos* de las que tienen cabeza, es decir, un jefe, como son, á su entender, las monarquías; estimando al modo de Hegel que la sociedad no llega á ser persona sino en el rey.

alma eterna del átomo á la del plastídulo, primera manifestación de la vida orgánica; á la del plastidio, en sus dos grados de citodio y de célula perfecta; á las colonias celulares, como las de las medusas, verdaderas sociedades cuyos miembros no pueden subsistir independientemente, sino tan sólo para la finalidad del todo; á las sociedades más complejas, donde cada individuo goza ya de mayor autonomía (1), sin dejar de pertenecer á la comunidad, merced á un vínculo material é indestructible; á las asociaciones de animales (v. g. á las de las hormigas, acerca de las cuales tan admirables revelaciones ha hecho Lubbock), en las que ya este vínculo es más libre y adquiere cierto carácter ideal; en fin, á los organismos superiores, las sociedades humanas, última etapa de la serie y del proceso psico-físico, de la división del trabajo. En cuanto al alma de las sociedades, apenas se encuentra en Häckel otra cosa que figuras retóricas, sin detenerse á explicar la génesis de la psiquis social, ni su carácter propio. Para intentar esto, podía hallar, sin embargo, en su misma doctrina cierta base—más ó menos firme—que han desenvuelto sus continuadores, v. g., Lilienfeld, ya citado. Nótese, para concluir, que no por esto Häckel concibe á las sociedades animales como verdaderos organismos dotados de individualidad morfológica (según, por el contrario, lo hacen sus continuadores, Schäffle, Spencer, etc.), por faltarles, en su sentir, el vínculo material de la continuidad, reemplazado en dichos grupos por un elemento meramente ideal y de contigüidad.

En cuanto á este problema de las sociedades animales, los trabajos de Reaumur y Carus, Houzeau y Lubbock, Brehm, Darwin, Van Beneden, etc., se hallan en algún modo condensados en el conocido libro de M. Espinas (2). La sociedad general es concebida por éste como el hecho primario, posteriormente al cual se desenvuelven la familia y el individuo, y examina las diversas formas del aquel hecho, ya anormales, ó sea entre animales diferentes, ya normales, entre seres de la misma especie. Todo en el mundo es asociación: desde la unión de los átomos y sus movimientos, hasta la de los hombres, la cual ha-

(1) ¿Que lugar debe ocupar en la serie el individuo centralizado al modo del hombre y los animales superiores, ó sea el *prosopos* ó persona, en el sentido de Häckel?
(2) *Des sociétés animales; étude de psychologie comparée*. Paris, 1877, Germer Baillière.

lla ciertos precedentes en las de los animales, por lo mismo debe estudiar, como una especie de boceto, la pre-sociología. De estas asociaciones, unas corresponden al fin de la nutrición, ora estén formadas de infusorios, ora de pólipos, moluscos, etc., ora constituidas por individualidades centralizadas colectivas; de otras, para la reproducción, nace la familia; las de relación engendran la tribu, que aparece en cierta oposición con aquella. Aun en esta esfera, concretándose á los animales y sin entrar en la humanidad, aunque da bien á entender con frecuencia su sentido, toda sociedad es á los ojos del profesor bordelés un organismo viviente, no una mera colección, unida por contrato: organismo que progresa, desde las relaciones meramente fisiológicas y materiales, á las psicológicas, superior grado de florecimiento, en el cual no por esto se destruyen las anteriores que forman sus bases primeras. La sociedad animal es para él un verdadero animal, no en una acepción figurada, ni aun de pura analogía, sino en el tenor literal de la palabra, y se caracteriza por poseer una conciencia semejante á la del individuo, la cual, á pesar de su unidad patente, no es en rigor menos difusa que la conciencia social, pues si ésta se halla como extendida entre los miembros del grupo, aquella viene á ser á su vez una conciencia colectiva, en que se funde la pluralidad de conciencias particulares esparcidas por las células, pluralidad que á sus ojos se revela en la generación. Más aún; «no sólo son reales las sociedades, como conjunto de fenómenos regulares, sino como conciencias que existen en y para sí mismas»... «por lo cual se las debe contar entre las más altas realidades.» Por esta característica, podría casi afirmarse, no sólo la realidad, sino hasta la personalidad de las sociedades animales.

Uno de los representantes más eminentes, desde luego el más conocido, de todo este importante movimiento, es H. Spencer (1). Como es natural, en un filósofo de profesión, su doctrina se enlaza directa y expresamente á su concepción general de la vida y del mundo, cuyo influjo se halla á cada paso en su concepción

¹ En sus *Ensayos*, sus diversos é interesantes estudios sociológicos; en su *Introd. á la ciencia social* (trad. Germer Baillière, 1877), cap. 3.º; y especialmente en sus *Principios de sociología* (trad. franc. de Cazelles y Gerschel, París, 1879), t. II, §§ 212 y sigs., 270 etc.; obra tan llena de genialidad como de datos, y quizá más todavía.

de la sociedad. El organismo individual—viene á decir—base elemental de todo agregado social, se caracteriza radicalmente por la permanencia de las relaciones mútuas entre sus partes: el auditorio de un profesor, por ejemplo, que se disuelve, no bien la conferencia termina, es una mera pluralidad de personas; mientras que los ciudadanos que constituyen una Nación forman una cosa, una verdadera unidad (si se permite este aparente pleonasma), comparable con la del individuo, por aquella permanencia de la disposición y función de sus partes, que es en el fondo para Spencer, según va dicho, la característica de todo organismo.

Así es que individuo y sociedad ofrecen profundas semejanzas. Ambos crecen, aumentan de masa; van diferenciándose gradualmente en su estructura, cada vez más complicada; á esta complejidad progresiva acompaña otra análoga en sus funciones (1), que se especifican según la ley de la división del trabajo, en una como en otra clase de organismos: la industria es el aparato productor, ó que mantiene á la sociedad; el comercio y los caminos (que no son ciertamente elemento *de la sociedad* (2) como aquel), el de distribución; el gobierno, el nervo-motor; si bien es cierto que, á distinción de Lilienfeld, el cual, según se ha visto, sólo admite en la sociedad células nerviosas—pues á esto vienen á reducirse en último extremo cada uno de los hombres que la constituyen,—Spencer niega que pueda admitirse la existencia de tal clase de células en la sociedad. Las partes todas, aquí como allá, con sus correspondientes funciones, mantienen entre sí la misma rigurosa dependencia; ambos tipos constan de unidades elementales, ya que, desde los mixomicetos á los animales superiores, todo individuo puede ser considerado «como una nación de unidades que viven una vida individual»; y viceversa, toda «nación de seres humanos, como un organismo.» Por último, las catástrofes que,

¹ Más bien se debería decir lo contrario; ó en otros términos: que el progreso de la estructura sigue necesariamente al de la función, según el mismo Spencer viene á reconocer en el § 254, y de común acuerdo piensan todos ya hoy, merced á los progresos de la histología, la embriología y la anatomía comparada y á las doctrinas de los más opuestos pensadores: v. g., Burdach y Darwin: «Es la función quien crea el órgano», como dicen.

² Spencer, sin embargo, incluye en la sociedad, como factores muy importantes y determinantes de su vida, á los animales y las plantas. Pero el padre de la cirugía española moderna, D. Federico Rubio, en su *Discurso sobre la Socio-patología* (en la Academia de Medicina, 1890), tan genial como todos sus escritos y trabajos, dice [pág. 41, nota 1.ª]: «Guardando las respectivas jerarquías, tanto entran en los elementos sociales del hombre como el resto de la fauna, la flora, las condiciones hidrográficas, orográficas y climatológicas donde la sociedad se establece, las vías de comunicación, la historia, etc.»

en unos y otros, son capaces de destruir el agregado, dejan subsistentes sus unidades elementales; si bien, por regla general, la vida de dicho agregado (v. g. de una nacionalidad) excede inmensamente á la de éstas (á la de los ciudadanos que la componen).

Alguna observación cabría hacer sobre la teoría de Spencer. Por ejemplo, á semejanza de lo que veremos luego acontece también á Wundt, para aquel filósofo no hay en realidad otro organismo social que la nación. Si alguna vez distingue, v. g., entre «el Gobierno general y los Gobiernos locales», estableciendo el parentesco de ambos en su estructura (1), jamás declara que tales comunidades sean propiamente organismos; y ni siquiera á propósito de la *guilda* ó gremio (que al igual de otros pensadores deriva de la familia, trasformándose luego en asociación voluntaria mediante el contrato), da la menor idea de que su teoría del organismo social pueda aplicarse á tales corporaciones, á las que rara vez, y de paso (2) da aquel nombre. Hasta la expresión de «acción corporativa», parece indicar para él la cooperación de la sociedad nacional tan sólo, no cosa más alta, ni interior á ésta; no obstante el ideal que deja entrever (3) de una «destrucción de las barreras que separan á las nacionalidades» y una «organización común» (por la cual parece que debe entenderse «universal»), que será realizada, «si no bajo un sólo Gobierno, al menos bajo una federación de Gobiernos.» Cabe preguntar: ¿cuál de estas sociedades tendrá entonces el carácter de verdadero organismo, las naciones, ó la federación inter ó más bien co-nacional? Estos problemas nacen del carácter meramente político que á sus ojos parece inseparable del organismo social, identificado con el Estado, tomando esta voz de la más restringida acepción, á saber, la del último y más comprensivo círculo jurídico hoy existente. También tienen origen, probablemente, de otra causa: del hábito de Spencer de elaborar sus hipótesis y teorías sirviéndose de lo que se podría llamar «conceptos tácitos», estos es, tomados al uso, sin detenerse á hacerlos objeto de especial reflexión. En fin, la preocupación en favor de la nación, como

1 Tomo III, §§ 507 y siguientes.
2 *Ib.*, § 570.
3 *Ib.*, § 572.

si fuese la única persona social, podría ser un resto de la antigua tradición romanista, singularmente la de Savigny, el cual, ya lo vimos, profesando la teoría de la ficción en cuanto á las personas sociales á que (erróneamente) se suele llamar de «derecho privado», reserva para las demás, no sin cierta indefinición, pero muy en particular, expresa y deliberadamente para la comunión nacional, el carácter de verdaderas realidades.

La teoría de Spencer ha hallado contradictores desde muy opuestos puntos de vista. Renouvier, en nombre del criticismo neo-kantiano; Janet, representante del antiguo y clásico espiritualismo; Fouillée, defensor de tendencias conciliadoras análogas á las que en Italia corren bajo el nombre de *l'indirizzo medio* (Siciliani, Carle, etc.), las han controvertido en todo ó en parte. Pero acaso, por el punto de vista del presente artículo, ninguna oposición sea más interesante que la del profesor Huxley, cuyo nombre, como es sabido, es el de uno de los más ilustres de esa legión de naturalistas y pensadores que de tal modo han elevado en nuestro tiempo la representación científica de Inglaterra.

En general, según Huxley (1), hay que guardar cierta reserva en las aplicaciones de la historia natural (ó sea de la «biología», para usar de un lenguaje, más ó menos exacto, aunque hoy tan generalizado) á la estructura y vida de las sociedades. Por ejemplo, si el Gobierno representase en éstas lo que el cerebro en el animal, las consecuencias políticas, lejos de ser el individualismo liberal que de esta concepción pretende Spencer deducir, sería una centralización desastrosa, porque el cerebro rige á sus elementos «con una regla de hierro.» Jäger parecería confirmar esta apreciación de Huxley, pues que llega á muy otras que las de Spencer, partiendo, sin embargo, de bases análogas á las de éste (2).

Janet y Renouvier tienden á una censura análoga (3). Por su parte, Spencer responde que no es tan grande la rigidez despótica del cerebro (aun sin hablar de aquellos animales, donde

1 Esta polémica puede verse en los *Ensayos de Política*, de Spencer (traducción francesa de Burdeau), Ensayo 5.^o
2 *Manual de zoología*, citado por Fouillée en su *Science soc. contemp.*—Por cierto que no es exacto que sea Jäger el único que ha tratado la sociedad humana dentro de la zoología: basta recordar á Oken y Carus.
3 V. Fouillée, *La science soc. contemp.*, libro 2.^o

no existe sistema nervioso alguno, y que viven por tanto merced á una cooperación en cierto modo libre), que no deje una considerable autonomía á todos los órganos meramente nutritivos del cuerpo, llegando á afirmar que bastaría, en este orden de fenómenos, que cada célula atendiese á sus propios intereses, para que resultase la vida del individuo asegurada. Los idiotas digieren y se nutren perfectamente. Sin atacar la grande autoridad de Spencer, cabe en verdad discutir si es tan completa esta independencia, así como la de los dos sistemas nerviosos, ganglionar y cerebral. Pero lo que aquí importa advertir, es tan sólo el sentido de las objeciones sobre la compatibilidad de la concepción del autor con lo que sus adversarios han llamado su «nihilismo administrativo»; nihilismo que, por otra parte, parece bien probado á través de todas las obras del filósofo inglés, á pesar de sus protestas y de sus quejas en esta discusión con Huxley de que se le confunda con G. de Humboldt y Proudhon (1). Pues de las dos corrientes opuestas, hasta donde cabe oposición entre dos cosas, que nacen de la filosofía positiva contemporánea, la individualista y la socialista, Spencer, á diferencia, por ejemplo, de Comte, corresponde por entero á la primera, derivada en absoluto de Kant y que considera al derecho como un orden exterior, social, legislativo, coercitivo, encaminado á asegurar la libertad (exterior también) de los individuos, ya contra sus agresiones recíprocas, ya contra la de otros grupos sociales. Así es que no puede concebir al Estado sino como una función negativa, y según ha dicho á veces Spencer mismo, como un mal necesario.

No corresponden á este mismo espíritu algunos otros libros concernientes á esta cuestión, y que por diferentes razones conviene señalar. El de M. Fouillée (2) es interesante, sobre todo, por estas dos condiciones: su carácter esencialmente crítico y polémico, y su tendencia, ya antes notada, por conciliar á amigos y adversarios del organismo social. El espíritu general de este pensador es una noble manifestación del presente movimiento general de los espíritus en todo el mundo científico, y

1 V. su interesante polémica con M. Charmes sobre este punto, con motivo de su ensayo: *El individuo «contra» el Estado*, en que lleva al summum su teoría «nihilista», con motivo de la beneficencia.
La science soc. contem., que ya antes se ha citado; 2ª ed., 1885.—V. también su *Critique des systèmes de morale contemporaine. L'idée moderne du droit*, etc., etc.

aun en el mundo intelectual general. Después de la acerba lucha entre especulativos y empíricos, metafísicos y positivistas, individualistas y socialistas, ascetas y utilitarios, libertistas y deterministas, teistas y ateos, es indiscutible que se advierte sobre todo en las más altas esferas de la indagación racional, una acentuada dirección convergente, más ó menos sólida, más ó menos precipitada: aunque por bajo de esa suprema región de serenidad y de reflexión concienzuda, continúe agitando en zonas inferiores la cólera demolidora de los unos y los otros; como continuará, mientras haya aún que demoler, censurar y contradecir. Sin entrar acerca de este fenómeno en pormenores ajenos del lugar, pronto veremos que, de este movimiento de convergencia, sin salir de la esfera de la sociología, son órganos los libros de Schäffle y de Wundt. Ahora bien: M. Fouillée lo representa asimismo, como el malogrado Guyau, como M. Ribot, como M. Marion (cada uno á su modo y con su propia personalidad y sentido); caracterizándose, en cuanto á él toca, por la decidida preferencia en pro del elemento experimental y naturalista, como M. Marion, por ejemplo, propende más bien al espiritualismo clásico.

El libro de M. Fouillée que principalmente importa ahora resumir, es el que consagra á la exposición de la *Ciencia social contemporánea*. Quizá en otra ocasión convenga discutir su teoría general jurídica, tal como aparece en su estudio sobre *La idea moderna del Derecho*. Para el presente fin, bastará indicar que esta teoría se enlaza más bien á la de Kant que á otra alguna; si bien con cierta protesta contra su carácter negativo y ciertos temperamentos en las aplicaciones de carácter social. Lo cual vale tanto como decir, que se halla dentro de la corriente del liberalismo clásico, en su matiz ecléctico, que es el más reinante: desde que se ha visto, sobre todo, la imposibilidad teórica y práctica del individualismo «puro», digámoslo así. Hasta la antigua idea del contrato—interpretada de muy extraño modo, por cierto,—renace en la doctrina de M. Fouillée, como ha renacido en un libro, no menos estimable, del malogrado pensador M. Beaussire (1).

1 *Les principes du droit*. 1889.

Por último, su misma concepción de derecho como un fenómeno meramente social, y de su ciencia, por tanto, como un capítulo de la sociología, concepción tan generalizada entre los sociólogos positivistas, revela su filiación genuinamente kantiana, última evolución de la tendencia dominante en la ciencia jurídica desde Grocio, á saber: que no hay derecho sino entre hombre y hombre: que la sociedad es el supuesto de esta relación «de alteridad,» como dice Taparelli, siguiendo la general corriente.

Viniendo ahora á la concepción sociológica de M. Fouillée, puede resumirse en los puntos principales siguientes:

Dos tendencias se disputan á su ojos el imperio de la sociología: la idealista, que por una singular preocupación identifica con la teoría del contrato social—rechazada, sin embargo, abiertamente por la mayor parte de los idealistas de nuestro tiempo; v. g., Schelling, Hegel, Trendelenburg, Ahrens, Schliermacher, Taparelli, y los mismos Blunstchli, Taine y Renan, que él propio cita—y la naturalista, que parte de la concepción de la sociedad como un organismo: concepción que, entre paréntesis, tampoco es peculiar de las doctrinas naturalistas, según queda ya en otro lugar indicado y atestigua el ejemplo de muchos de los pensadores que se acaba de citar. En todo caso la antítesis es un tanto imperfecta, pues las doctrinas históricas forman un tercer término, ora especulativo, como en Stahl, ora positivista y experimental, como en Savigny ó Sumner Maine, que, sin embargo, rechaza la teoría del contrato, según en parte reconoce el autor. Frente á estas direcciones, y aplicándoles su procedimiento peculiar—construcción de las doctrinas contrapuestas, rectificación y eliminación de sus consecuencias, indagación de sus elementos convergentes ó introducción de términos medios de coincidencia, ó al menos de aproximación—presenta su propia doctrina, que á un tiempo ve en la sociedad un organismo natural y un contrato, mereciendo así el nombre, bastante contradictorio, de organismo contractual.

En lo referente al contrato, su teoría es algo extraña, pues parece dar este nombre á todo concurso de actividades cons-

cias y voluntarias para un fin común. Ciertamente que en el concepto de contrato, entra sin duda, no solo la coincidencia de una pluralidad de voluntades, sino un fin común objetivo (contra la antigua idea meramente subjetiva del contrato); pero añadiéndose lo que es el elemento característico de este hecho jurídico: la dependencia de ese fin, en su determinación y regulación, respecto de la voluntad de los contrayentes. Así no toda obra de cooperación voluntaria es obra contractual, sino tan solo aquella en que ese concurso no está sometido á una regla superior que limita la esfera de la voluntad. Por este género de límites, v. g., no es válido el contrato de esclavitud (contra Costa-Rosseti y su abreviador español el P. Mendive) y se pena al cómplice del suicida. Concibiendo el contrato del modo limitado y antijurídico como M. Fouillée se lo presenta, se comprende que haya creído necesario protestar (como por su parte vimos lo hace también Spencer) contra el parentesco entre su teoría y el mutualismo de Proudhon (seguido entre nosotros por el Sr. Pi y Margall). Lo que no se comprende con tanta facilidad, es que pueda lograr su objeto: baste, por ejemplo, recordar su idea de que el Estado es un cambio de servicios.

En punto al otro elemento contrario, el carácter de organismo que reconoce en la sociedad, M. Fouillée sigue principalmente á Spencer, rectificándolo con frecuencia, aunque menos en realidad de lo que á primera vista parece. Por de pronto, también como aquél, refiere su teoría tan sólo á la sociedad general, ó más propiamente á los Estados nacionales, no á los demás órdenes, aunque en un pasaje de su libro dice (1) que aquéllos vendrán á ser con el tiempo «una asociación de asociaciones:» cada una de las cuales reputa asimismo nacida del contrato. Aun en el problema de la ciencia social, la diferencia no es demasiado profunda. Veámoslo. En su opinión, las sociedades son un cuerpo vivo, merced al concurso de partes y funciones que en ellas solidariamente cooperen á un fin: un organismo compuesto de individuos vivos, en el cual, como en to-

1. Página 183.

do cuerpo viviente, hay una tendencia espontánea á obrar y desarrollarse, que no debe confundirse con un principio de causalidad final, fuerza vital, etc., sino que es mera consecuencia de un mecanismo de acciones y reacciones de aquel equilibrio de los egoísmos de que, según Helvecio, nace la armonía. La verdadera finalidad (la cooperación y subordinación á una obra común) nace solo en el pensamiento. Obsérvese aquí que M. Fouillée parece confundir tres cosas: la finalidad intrínseca é inherente á todo acto, por ciego que sea, á saber, la elaboración y resultado que inflexiblemente acompañan á toda actividad, con dos conceptos perfectamente separables de éste: el de finalidad *ad extra* y previamente impuesta á esa actividad, y la intencionalidad. Lo primero constituye la llamada «causalidad final», de que por cierto no se halla tan distante, con todas sus protestas, la teoría de las «ideas-fuerzas» de M. Fouillée que no sólo recuerde la idea de Claudio Bernard, sino la de Henle, y aun la de muchos «metafísicos» de la naturaleza en el sentido schellingiano—v. g., Carus. La segunda, la actividad intencional, es cierto que aparece tan sólo cuando aparece el espíritu (como que caracteriza el nacimiento del arte, en su más amplio concepto). Pero antes de ella, desde que hay actividad, esto es, siempre y en todos los órdenes de seres, hay fin, puesto que hay obra; sólo que este fin no es á modo de un blanco *exterior* á que el agente tiende. Y en cuanto al equilibrio, á la armonía que surge del juego de los egoísmos, en que no tan solo Helvecio y Spencer fían, sino Bentham, Bastiat y tantos otros, dejando aparte la idolatría del quietismo á que conduce, aunque con razón repugne á M. Fouillée, y de que tales muestras ha dado Spencer en *El individuo contra el Estado*, bastará preguntar: ¿acaso cada uno de esos egoísmos no es á su vez una finalidad y una tendencia? En la acción espontánea de cada célula, en su lucha por la vida, hay tanta finalidad y tanta «metafísica» como la que el autor pretende expulsar del compuesto; y no sería difícil si alguien quisiera imitar su desenfado, entrever cierta semejanza, por más que la rechace en Historia Natural, con las antiguas «cualidades ocultas.» Obsérvese, además, que si en toda sociedad hay una cooperación voluntaria, coexisten á la par en ella otras formas

de cooperación tan involuntarias como ignorantes del fin total á que concurren (1)

Un punto grave en las teorías de M. Fouillée es el de la psicología de la sociedad. Entre todas las partes, dice, del organismo de ésta, existe una comunicación mental comparable al comercio sordo que enlaza las células del individuo. El egoísmo colectivo es el germen de la simpatía entre estas partes, que se extiende gradualmente desde aquí; la representación de sus semejantes (la más fácil para cada sujeto) ayuda á esta simpatía, que, fijada por la herencia, engendra el llamado «instinto de sociabilidad;» la consagra la división del trabajo merced á la delegación de funciones. No vale sostener que este organismo social carece de sistema nervioso: la totalidad de los cerebros de los ciudadanos «forman la masa nerviosa de la nación;» masa difusa, discontinua, pero á la cual, la comunicación por los sentidos y los medios materiales á distancia da una intimidad «más intelectual que la conexión de las células yuxtapuestas á lo largo de un nervio.» Así las sociedades, en suma, constituyen verdaderos «individuos fisiológicos.» Sin embargo, no lo son en cuanto á la psicología (2). Ni la teoría del «espíritu inconsciente» (Espinosa), pueden fundar una verdadera conciencia de la sociedad por sí misma, esto es, una conciencia concentrada, un *Yo*. Aunque la conciencia del individuo sea en realidad una resultante de elementos múltiples, una síntesis, no una sustancia, como pensaba «la ontología clásica,» es imposible equipararla con la de las sociedades, donde no se verifica la fusión unitaria de los cerebros particulares, y donde cada *yo* individual permanece cerrado é impenetrable en la conciencia reflexiva de sí propio, que le impide unificarse con los demás, como se identifican las células particulares de su cerebro por carecer de esa conciencia completa y clara. Si cada una de éstas la tuviese, la unidad de nuestro *yo*, especie de ilusión y espejismo que descansa en aquella base, se rompería «en

1 ¿No dice el autor, pág. 147, que el organismo social comienza por ser «en gran parte involuntario»? En otro lugar, 115, sostiene que un conjunto de hombres solo constituye una sociedad en el momento, *per saltum*, en que todos esos hombres llegan á la conciencia y á la voluntad de la idea de ese organismo. Verdad es que, con todo su horror á la metafísica y sus burlas donosas del Inconsciente de Hartmann, nos habla de la «voluntad completamente egoísta del mineral,» 124, etc., etc.

Página 110.

una pluralidad indefinida»—Con razón añade discretamente M. Fouillée, que estas son «hipótesis sutiles.»

En suma, para M. Fouillée, la sociedad es «un vasto organismo fisiológico», «una individualidad fisiológica», sin admitir por esto que sea «una vasta individualidad psicológica» (1). El cómo «deba» ni aun pueda admitirse lo uno sin lo otro, es difícil de concebir, y el mismo autor sienta bien estas dificultades. Pues si en las dos clasificaciones que hace de los organismos (2), una desde el punto de vista que se podría decir general, otra desde el psicológico, las sociedades son organismos con vida psíquica, pero en los cuales la conciencia es «clara y dispersa» y por tanto, pues que «cada elemento tiene su *yo*, el organismo no lo puede tener (3)», poco después añade que la conciencia universal «tal como la sueñan los metafísico-políticos (4)»—esto es como una verdadera unidad, como un *yo*,—«necesita una pluralidad y una variedad de hombres y de conciencias,» como la necesita de células la conciencia individual; lo cual equivale á establecer la condición (y nadie será fácil que la niegue) bajo la cual la conciencia social podría existir. Y más adelante (5), hablando de las tendencias actuales y crecientes en pro de la unidad en la ciencia, la moral, el derecho, el arte, etc., etc., donde con muy sano sentido, y siguiendo á M. Espinas, afirma que á la vez caminamos no menos á una mayor y más rica variedad, haciendo al par «más socialismo y más individualismo,» va más allá aún: pues afirma que si fuese cierta la teoría de la conciencia colectiva, se tendría que extender á las asociaciones, las ciudades, el Estado, la raza, la humanidad, etc., hasta llegar «al espíritu del mundo y la conciencia del gran todo,» y no admitir más que una sola gran conciencia y un solo gran ser (lo cual tampoco se deduce en verdad de aquella teoría) «cosa que puede ser verdad especulativamente.» Después, todavía pregunta si en esa conciencia general «no debería dejarse lugar para la individualidad y libertad de las conciencias particulares,» como lo tienen los seres particulares en el gran todo del universo, contentándose con tan razonable exigencia. Y

1 Página 245.

2 Páginas 175 y 275.

3 Página 246.

4 Página 248.

5 Páginas 249 y siguientes.

concluye afirmando que «allí donde existen conciencias individuales y voluntades distintas, *allí solamente* es donde existe lo que se puede llamar, si se quiere, la conciencia social, es decir (?), «la unión de las voluntades:» conclusión que sería difícil enlazar con aquella otra doctrina de que precisamente donde hay varios *yo*, es donde la conciencia social *no puede* existir. Después de esto, no es extraño que llame M. Fouillée á la idea de Dios (1) la idea del «organismo social, concebido como llegado á la plena conciencia de sí propio.»

Para acabar con estas reminiscencias de Hegel, no valía la pena de murmurar tanto contra la conciencia social; de rechazar la existencia de toda persona colectiva (2); burlarse de los que escriben el nombre de las sociedad «con letra mayúscula» prestándole, como «á la raza, á la nación, al Estado, una personalidad metafísica,» y del derecho de estos organismos, «erigido en entidades por el realismo hegeliano (!);» negar que la convivencia social, aunque «da lugar á nuevas relaciones, á nuevos hechos de economía, estática, mecánica y fisiología sociales, y de organización,» «no da nacimiento á una nueva personalidad jurídica» distinta de la de sus individuos, ni por tanto, al «fantasma metafísico» de un derecho diferente del de éstos; sostener que no hay otro derecho que el de los individuos y que el derecho social es «una especie de *deus ex machina*;» llamar á toda doctrina diversa—y lo son hoy día casi todas, y las más autorizadas, y las más contrarias entre sí en otros respectos,—«mitologías» y «metafísicas al modo de la Edad Media.» Spencer, hablando del Dios-Humanidad de Comte, afirma que este «Gran Ser» no es un ser, porque la humanidad no existirá jamás, ni se acabará su integración, y que las únicas realidades son los individuos y las naciones: seres éstos privilegiados, de los cuales, y aun de los individuos, podría bien decir otro tanto, desde su punto de vista, pues no son tampoco objetos de experiencia. M. Fouillée, volviendo al antiguo nominalismo escolástico, ó al sensualismo de Condillac, excluye también á las naciones y las engloba sin más privilegio en la común ruina. Aguardemos que otro pensador, más individualista.

1 Página 389.

2 Página 388.

aún y más obediente á la lógica formal, acabe á su vez con el individuo también, disolviendolo en sus organismos componentes, y á éstos en sus elementos dinámicos, meros centros de fuerza de que solo recibimos estados últimos en la sensación... con lo cual se evapora por el mismo camino toda realidad y todo ser.

En rigor, estas vacilaciones, más que contradicciones, son la natural consecuencia, no tanto de un cierto desenfado y precipitación con que M. Fouillée trata estos graves problemas cuanto muy principalmente de la vaguedad que hoy reina todavía acerca de ellos, vaguedad doquiera visible y de que es expresión fiel, aquí como en otros muchos órdenes, este pensador, por otra parte tan simpático y discreto.

FRANCISCO GINER DE LOS RÍOS.

LA CAPACIDAD JURIDICA.

(Disertación leída en la Clase de ter. año de Derecho Civil que está á cargo del Sr. Lic. Jacinto Pallares, en la Escuela N. de Jurisprudencia de México.)

Difícil es para los hombres que han consagrado su vida al estudio de la difícil ciencia del Derecho, presentar un nuevo y completo estudio sobre cualquiera de las muchas cuestiones que con frecuencia se suscitan en el vasto y fecundo terreno de la práctica jurídica.

Imposible es para mí, que iniciado hace poco en el estudio de las leyes, no me es dable en extensa síntesis comprender su conjunto, ni en exacto análisis apreciar sus detalles, tratar, sea someramente siquiera, un punto que como el presente, es de vital importancia y de trascendentales consecuencias.

«La Jurisprudencia, la ciencia de la Justicia, como ha dicho "nuestro ilustrado Profesor, es la más elevada y noble de las "ciencias» (1) y su elevado espíritu, agrego, no está al alcance de vulgares medianías, sino está reservado tan sólo á los próceres del saber y del talento que guiados por el raciocinio á luminosas concepciones, sabrán aclarar sus principios y con admirable precisión determinar sus múltiples y variadas aplicaciones prácticas.

La inteligencia y la ciencia de los sabios han agotado casi por completo todas las materias, pero sin embargo, preciso es confesarlo, no han dejado sobre capacidad jurídica sino principios generales que no seré por cierto yo el que los aclare.

¹ Principios de Derecho Civil de Laurent. Prólogo por el Sr. Lic. Pallares (pág. 296 de esta Revista, Tomo III.)

aún y más obediente á la lógica formal, acabe á su vez con el individuo también, disolviendolo en sus organismos componentes, y á éstos en sus elementos dinámicos, meros centros de fuerza de que solo recibimos estados últimos en la sensación... con lo cual se evapora por el mismo camino toda realidad y todo ser.

En rigor, estas vacilaciones, más que contradicciones, son la natural consecuencia, no tanto de un cierto desenfado y precipitación con que M. Fouillée trata estos graves problemas cuanto muy principalmente de la vaguedad que hoy reina todavía acerca de ellos, vaguedad doquiera visible y de que es expresión fiel, aquí como en otros muchos órdenes, este pensador, por otra parte tan simpático y discreto.

FRANCISCO GINER DE LOS RÍOS.

LA CAPACIDAD JURIDICA.

(Disertación leída en la Clase de ter. año de Derecho Civil que está á cargo del Sr. Lic. Jacinto Pallares, en la Escuela N. de Jurisprudencia de México.)

Difícil es para los hombres que han consagrado su vida al estudio de la difícil ciencia del Derecho, presentar un nuevo y completo estudio sobre cualquiera de las muchas cuestiones que con frecuencia se suscitan en el vasto y fecundo terreno de la práctica jurídica.

Imposible es para mí, que iniciado hace poco en el estudio de las leyes, no me es dable en extensa síntesis comprender su conjunto, ni en exacto análisis apreciar sus detalles, tratar, sea someramente siquiera, un punto que como el presente, es de vital importancia y de trascendentales consecuencias.

«La Jurisprudencia, la ciencia de la Justicia, como ha dicho "nuestro ilustrado Profesor, es la más elevada y noble de las "ciencias» (1) y su elevado espíritu, agrego, no está al alcance de vulgares medianías, sino está reservado tan sólo á los próceres del saber y del talento que guiados por el raciocinio á luminosas concepciones, sabrán aclarar sus principios y con admirable precisión determinar sus múltiples y variadas aplicaciones prácticas.

La inteligencia y la ciencia de los sabios han agotado casi por completo todas las materias, pero sin embargo, preciso es confesarlo, no han dejado sobre capacidad jurídica sino principios generales que no seré por cierto yo el que los aclare.

¹ Principios de Derecho Civil de Laurent. Prólogo por el Sr. Lic. Pallares (pág. 296 de esta Revista, Tomo III.)

I.

El hombre, ya se le considere formando parte de la herda rudimentaria de los tiempos prehistoricos, ya se le suponga como miembro de las cultas sociedades de la época moderna, siempre ha gozado de derechos y obligaciones derivados del Derecho Natural ó sancionados por las leyes positivas.

Al hombre lo consideran los filósofos como fin en sí mismo; debe su preeminencia sobre todos los seres á su inteligencia y su razón, y los derechos que le son inherentes dependen de su personalidad.

«El derecho de la personalidad ó derecho personal, dice Ahrens, comprende todos los derechos que emanan de la cualidad general de hombres y son comunes á todos los individuos, considerados ya en sí mismos, ya en sus relaciones sociales.» (1)

No es este el momento de sostener más los derechos naturales del hombre ni combatir las doctrinas que, como las de la escuela histórica sostienen que no existen esos derechos del hombre proclamados en 1789 por la Revolución Francesa: basta á mi intento asentar que el hombre tiene derechos, naturales, positivos ó derivados de la costumbre.

Si pues el hombre posee esas facultades, pasemos á examinar cuando y como las ha adquirido en las legislaciones de que se formó la nuestra para en seguida estudiarlas en ella.

II.

Las leyes romanas de donde han tomado sus elementos las legislaciones todas del mundo civilizado non ratióne imperii

1 H. Ahrens. Curso de Derecho Natural. Parte especial, sec. I.

sed rationis imperio, y de la que decía D'Aguesseau que «la justicia no ha revelado sus misterios más que á los jurisconsultos romanos,» parecen ser las primeras que han fijado la época y condiciones para que un ser humano tenga personalidad.

Entre los romanos la palabra *persona* designaba todo ser capaz de derechos y obligaciones, en oposición á *res* que es todo lo que carece de ellos.

No todos los hombres tenían derechos, sino sólo los que tenían status, «es decir, dice Pellat, las cualidades particulares que son la condición fundamental, caput, de la capacidad de derecho,» (1) así el esclavo era en cierto modo reputado como cosa porque no tenía la *caput*; eran considerados por el derecho civil como nadie ó como si hubiesen muerto, y en este sentido dice Ulpiano «servi pro nullis habentur,» «servitutem mortalitáté fere comparamus.» (2)

La capacidad jurídica solo podían poseerla los hombres libres y la adquirirían por el nacimiento. En la vida intra-uterina no tenía un hijo personalidad propia; solo se le consideraba formando parte del cuerpo de su madre, *pars viscerum matris*, (3). Pero si la ley no le confería la *caput*, tampoco lo abandonaba, porque velando por él lo reputaba nacido para todo aquello que lo podía traer algún beneficio, *nasciturus pro jam nato habetur*, quando de ejus commodo agitur (4); y aunque en la legislación primitiva eran personas inciertas y no podían recibir herencias ni legados (5), Justiniano en sus Instituciones decidió que podía nombrárseles tutor y como en otros muchos casos, cansiderárseles como nacidos. (6)

Las condiciones del nacimiento verdadero según Savigny, son: «1ª que el hijo esté separado de la madre; 2ª que la separación sea completa; 3ª que viva después de esta completa distinción; y 4ª que el infante tenga las señales exteriores de una creatura humana.» (7)

1 C. A. Pellat.-Droit Privé des Romains. Lib. II § 67.

2 Dig. 50. 17. leyes 39 y 209. fr. Ulp.

3 Dig. de liberis posthumis, 28. 2.

4 D. de stat. hom. 1. 5.-Gay. I. 89 91.

5 Gays II. § 241.

6 Inst. Lib. I. tit. 13 §. 4.

7 Savigny. Sistema del Dro. Romano actual. Lib. II. cap. II. § 61.

Una vez desprendido completamente del vientre materno, bastaba que viviera un solo instante para que tuviera capacidad (1), aunque al momento hubiese muerto en manos de las parteras, dice el Código Romano (2). Más los que nacían muertos no tenían derechos ni en consecuencia personalidad.

No se requería tan sólo la libertad, el nacimiento y la vida para obtener la personalidad, también se exigía la forma humana, porque el monstruo, el «que nace ó es hecho contra la naturaleza,» como dice Labeon (3), no es una persona, no tiene derechos: qui monstrui nascuntur, neque nati, neque procreantur, opinaba Paulo (4), y en consecuencia se les podía privar de la vida sin cometer un delito (5).

¿Había alguna regla terminante y clara para juzgar de las monstruosidades ó quedaba su apreciación al arbitrio de los jueces? «Algunos comentadores, dice Maynz, han sostenido que «la formación de la cabeza es el signo característico para distinguir los monstruos. Pero la ley no lo dice.» (6)

La que á mi modo de ver toca más directamente este punto pero sin resolverlo del todo, es un fragmento de Paulo en el Digesto, que reputa monstruos á los que afectan una forma contraria á la humana pero no considera como tales los que tienen miembros exajerados. (7)

Estos son en breve compendio los principios que sobre capacidad jurídica encontramos en la legislación romana, en ese imperecedero y grandioso monumento que es el único que ha sobrevivido en medio de los restos de ese glorioso imperio, «y «es del seno de estas ruinas, dice un autor, de donde nació la «ciencia del derecho que hace la admiración de los jurisconsultos.» (8)

1 C. de posthumis. 2. 6. 29.

2 C. id. ley 3.

3 D. de verb. signif. 38.

4 evd. 129. fr. Paul.

5 XII Tabul. Tabula 4. fr. 1.

6 Maynz. Droit Romain. Lib. I. tit. 2. § 9.

7 Dig. 1. 5. de stat. hom. fr. 14. Paul.

8 F. de Portal. Politique des Lois Civiles. Parte I. § 1.

III.

La humanidad tiende sin cesar al progreso, lucha constantemente por su perfeccionamiento desarrollando sin interrupción los medios de su adelanto para llegar al zenit de su civilización y bienestar. Pero para adquirir un conocimiento, para alcanzar una verdad, para conquistar un principio, ha necesitado de seculares esfuerzos y del estudio y meditación de muchas generaciones.

La legislación española á pesar de ser laborioso fruto de largos, pero fecundos trabajos, apenas añade algo accesorio á los principios consignados en las Pandectas Romanas sobre capacidad jurídica; pero no podía ser de otro modo, porque esos principios están fundados en la naturaleza misma de los hechos y son inherentes á la razón del hombre; con mucha justicia decía Montesquieu: «la ley en general, es la razón humana en «tanto que gobierna á todos los pueblos de la Tierra, y las leyes políticas y civiles de cada nación, no deben ser sino los «casos particulares donde se aplica esta razón humana.» (1)

Las disposiciones esenciales que observaban los romanos sobre capacidad, no solo las han conservado los españoles hasta nuestros días, sino que también los pueblos cultos contemporáneos las apoyan en sus doctrinas y las ordenan en sus leyes. Es la promulgación unánime que da siempre la humanidad á los inmutables principios de la justicia, la universal sanción que obtienen los sagrados fueros de la equidad, es en fin el impulso del derecho que se impone por la fuerza de la razón! «El derecho es uno; dice de Portal, la legislación de un pueblo «no está jamás aislada, es un miembro del gran cuerpo que «palpita en la humanidad.» (2)

La legislación española exigió como la romana el nacimiento como condición necesaria para el goce de los derechos civiles, subordinado á la vez el nacimiento á la vida y la viabilidad.

1 Montesquieu. Esprit des Lois. Lib. I. cap. III.

2 De Portal. Politique des Lois Civiles. Parte 1. § 1.

El Fuero Juzgo es el primer código español que establece la regla para que un individuo se considere vivo y para probar que tiene la facultad de vivir; con este motivo hablando de los derechos hereditarios de un hijo dice: «establecemos que aquel que nasce, non deve aver la buena de los padres, fueras si despues que fuere nascido [recibiere baptismo, e visquiere X dias.» (1)

La ley XX del mismo título confiere derechos hereditarios á los hijos póstumos. Vemos por esto que los principios romanos se observan fielmente, salvo el sello peculiar que les imprimió la religión católica copartícipe con el poder civil de la potestad temporal.

Más tarde en el Fuero Real se prevenía que si un hombre dejaba una mujer en cinta, el hijo que naciera solo después de bautizado podría heredar. [2]

Los registros parroquiales suplían entonces á la moderna institución del Registro Civil.

El clero ejerciendo una especie de tutela sobre la autoridad civil, inspiraba las leyes según su manera de ver las cosas y así no se da en el Fuero Juzgo como razón del bautismo el hacer auténtico el nacimiento, sino que lo impone para que todo hombre que cubdicia ganar la buena del padre o de la madre por este niño, se esfuerce este de ganarle ante, la vida celestial por el bautismo. (3)

Las Siete Partidas no consideraban al hijo que todavía no había nacido, con capacidad; sino solamente la adquiría por el nacimiento; sus derechos estaban en suspenso, subordinados á su advenimiento al mundo con vida y viabilidad.

No obstante, si á los ojos de la ley no era una persona distinta y determinada, no por eso se le destituirá de los derechos que pudiera tener después de su nacimiento, y por una ficción de la misma ley fundada en la esperanza probable de que después del alumbramiento tendría la facultad de vivir, se le consideraba como ya nacido para todo aquello que pudiera beneficiarle. La ley 3, tit. 23, part. 4ª dice que, «de mientras que estoviere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga ó se

1 Fuero Juzgo. Lib. IV. tit. 2. ley 18.

2 Fuero Real. Lib. 3 tit. 6. ley. 8.

3 Fuero Juzgo. Ley citada.

«diga a pro della aprobechase ende, bien assi como si fuesse nascida; mas lo que fuesse dicho, o fecho a daño de su persona o de sus cosas, non le empesce.»

La ley 16. tit. 17, part. 6ª nos presenta un caso que comprueba la ley que he citado antes: en ella se previene que cuando muere un hombre intestado dejando á su mujer embarazada, ningún pariente debe tomar la herencia hasta el parto de dicha mujer, en el cual, si da á luz un hijo ó hija vivo, tendrá la herencia de su padre, pero si tal embarazo fuere supuesto entonces el más próximo pariente será heredero.

No sólo el Código Alfonsino daba disposiciones sobre los derechos hereditarios de los hijos que todavía no nacían, sino que, consecuente con sus principios, atendía á la guarda del infante cuando naciera, concediendo en la ley 3, tit. 16, part. 6ª al abuelo ó al padre, la facultad de dar tutor al nieto ó al hijo que todavía estuviere en el vientre de su madre. Velaba también por la vida de ese ser débil é impotente, conminando con penas severas á la madre que provocando un alumbramiento prematuro le arrebatara la existencia destruyendo con ella sus derechos, La ley 8ª, tit. 8, part. 7ª establece que si una mujer provoca intencionalmente el aborto y la criatura ya tenía vida, sufrirá la pena de muerte, pero si por el contrario no estaba viva, pena de 5 años de destierro.

Si para adquirir los derechos exigen las Partidas la vida como condición esencial, es evidente que los que nacen muertos no se les reputará como personas, se supondrá que jamás han existido; así en efecto lo decreta la ley 8ª tit. 33, part. 7ª, acentuando más los principios consignados en ese Código sobre capacidad jurídica.

¿Mas cómo se probaba en derecho la vida? ¿cómo se juzgaba de la viabilidad?

Teniendo que hacer auténtico el acto en que un nuevo ser ingresa á la sociedad en la cual tiene según su estado y condición diversos derechos y obligaciones, las leyes españolas establecieron como medio de probar la vida, el sacramento del bautismo en el que se reunía el doble objeto de hacer constar de una manera pública el nacimiento y estado de la persona y

el beneficio espiritual que resultaba para el recién nacido y para la comunión católica.

En cuanto á la viabilidad se comprobaba por un solo medio, el único que estaba al alcance del legislador, señalando un tiempo de vida prudente trascurrido el cual se suponía de derecho la viabilidad. La ley 13 de Toro que está inserta bajo el núm. 2 del tit. 8, libro 5 de la Recopilación y en la ley 2 título 5, libro 10 de la Novísima, dice «que un hijo es naturalmente nacido y no abortivo cuando vivió XXIII horas naturales y fué bautizado antes que muriese; y si de otra manera nascido murió dentro del dicho termino, o no fue bautizado, mandamos que el tal hijo sea habido por abortivo y que no pueda heredar, pero si por ausencia del marido o por el tiempo del casamiento claramente se probase que nació en tiempo que no podía vivir naturalmente: mandamos que aunque concúrran en el dicho hijo las cualidades susodichas, que no sea habido por parto natural ni legítimo.» Este mismo período de 24 horas se exigió en el artículo 60 de la ley española de 18 de Junio de 1870.

Un autor que gozaba en las antiguas escuelas de Derecho, de merecida reputación, ha pretendido deducir de esta ley de Toro, un requisito que coloca en el número de aquellos de que depende la capacidad jurídica: el que el hijo nazca en tiempo legítimo. (1) Creo que la deducción no es verdadera, pues la citada ley solo requiere las 24 horas para presumir la viabilidad y el bautismo para demostrar la vida. Por lo demás esa condición se referirá á la legitimidad pero no la supongamos requisito *sine qua non* de la capacidad de derecho.

La figura humana era también necesaria para que el ser que naciera de una mujer fuera capaz; el monstruo, el que no tuviera formas de hombre, no era tenido por hijo, no podía heredar, no formaba parte de la sociedad, no tenía en fin personalidad ni en consecuencia derechos. Más había que distinguir entre el verdadero monstruo, es decir el que tuviera cabeza ú otro miembro de bestia y el que era un simple fenómeno humano, como el que tenía los miembros mal conformados ó alterados; en el primer caso, no era considerado como hombre, en el segundo si lo era y gozaba de los derechos que le eran peculiares.

1 Juan Sala. Ilustración del Derecho Real de España. Lib. 1, tit. II § 1.

mados ó alterados; en el primer caso, no era considerado como hombre, en el segundo si lo era y gozaba de los derechos que le eran peculiares.

Esta es la norma que para juzgar de la monstruosidad existía en la antigua Legislación española tomada sin duda de las doctrinas romanas. En dos leyes de Partida están consignadas en la ley 5, tit. 23. Partida 4ª y en la 8 tit. 33, Partida 7ª; como se ve en ellas, se creía en la posibilidad de que una mujer diera á luz un ser con figura de bestia; adelante demostraré que esa suposición es de todo punto irrealizable y quimérica puesto que pugna con las leyes fisiológicas de la propagación de las especies animales.

IV.

El Derecho Canónico admite las mismas teorías con algunas modificaciones, en lo que toca á la aplicación del bautismo. «Para que los niños, dice Walter, sean capaces del sacramento, es necesario que estén vivos, que tengan forma humana y que si no del todo, estén en parte por lo ménos fuera del «claustro materno.» (1) Estas disposiciones dictadas por Benedicto XIV, se observan para administrar el sacramento del bautismo; (2) por ella se ve que los monstruos no pueden ser bautizados á no ser que tengan la cabeza y pecho en forma humana. ¿Que sucedería si un individuo solo tuviera cabeza de bestia y cuerpo de hombre ó viceversa? Lárraga opina porque «se debe esperar hasta que se averigüe con más certidumbre, «si no es que corriese peligro de morir, que entonces se debería bautizar condicionalmente.» (3)

En caso de duda sobre si un monstruo doble es una ó dos personas, se le bautizará dos veces; una de una manera absoluta y firme en la parte más bien conformada y la otra en la más defectuosa bajo condición.

1 F. Walter. Manual de Derecho Eclesiástico Universal. § 274.
2 De Sinodo Diocesana. Lib. 7, cap. 5.
3 Lárraga. Prontuario de Teología Moral. Tratado II. cap. IV.

V.

He presentado en compendio los principios y leyes que la Legislación Romana, la más grande quizá, por haber sido la ilustre maestra de la humanidad, nos ha dejado sobre la cuestión que motiva el presente estudio; he trazado á grandes rasgos el bosquejo de lo que prevenian las leyes españolas y de lo que todavía se observa en la Iglesia Católica, me falta empero analizar la cuestión en el derecho patrio que es el objeto preferente de mi humilde trabajo aunque el más arduo y laborioso á la vez que el más fecundo en controversias y más variado en aplicaciones.

Nuestro Código Civil toma la esencia de las doctrinas romanas sobre capacidad, pero dulcificando la rudeza de su derecho primitivo; da cabida á lo que prescriben las leyes ibéricas, pero templando su rigorismo penal y yendo más de acuerdo con las ideas de cultura. ¡Con cuanta razón el escritor Amiaud dice de él que «es uno de los más completos y mejores que existen!» [1]

Abandono pues el vestuto recinto de la vasta legislación antigua para penetrar en los magestuosos umbrales de la sabia jurisprudencia moderna.

La capacidad jurídica, la defino yo, la disposición, facultad ó poder que tiene un individuo para adquirir los derechos y obligaciones que le concede ó impone la ley, ó bien el conjunto de circunstancias ó condiciones que exige dicha ley para que un ser obtenga sus cargas y beneficios.

Dalloz la supone una «cualidad inherente á la persona y de la cual resulta que es apta para tal función ó profesión ó para «hacer todos ó ciertos actos de la vida civil.» [2] Sin tomar en toda su latitud la presente definición, creo que se puede generalizar y condensar más su pensamiento diciendo con Aubry y Rau, que «la capacidad jurídica es la aptitud de llegar á ser

1. A. Amiaud. Aperçu de l'état actuel des législations civiles de l'Europe, de l'Amérique, etc. pág. 16.
2. Dalloz. Répertoire de Législation et Jurisprudence. *capacité*.

«el sujeto de derechos y obligaciones.» [1] Más como solo son susceptibles de esas facultades las personas, se puede concluir que la capacidad jurídica es la aptitud de llegar á ser persona; esta palabra que designaba entre los romanos la máscara que para reforzar la voz se usaba en los grandes teatros, ha sido tomada por metáfora en la jurisprudencia, y designa en ella, no tan solo todo ser verdadero ó ficticio capaz de derechos y obligaciones, sino también «se aplica, como expresa Ortolán, á cada «personalidad, cada representación que el hombre tiene en el «derecho.» [2]

Cada persona tiene en la sociedad diversos derechos y obligaciones variables según su condición ó estado, que no es otra cosa, que el conjunto de cualidades naturales y legales de las personas para ejercer sus derechos civiles. La primera de las cualidades naturales es la vida, y el ser humano que la posee y puede conservarla, tiene la capacidad jurídica, es una persona.

Hay que hacer una distinción que creo verdadera, entre capacidad jurídica y capacidad legal; distinción que realmente existe, pero que en ningún tratadista he visto explicada.

A mi modo de ver ambas defieren por su objeto y por su extensión; en efecto, la capacidad jurídica no tiene otro objeto que ser la condición para que un individuo sea considerado como un miembro de la sociedad; es general porque no se ocupa de que dicho individuo sea varón ó hembra, regnicola ó extranjero, domiciliado ó transeunte, etc., sino que atiende á si es un ser humano vivo y con viabilidad para el efecto de que sea reconocido como una persona, como un ser capaz de derechos y obligaciones, pero obligaciones y derechos generales, concebidos en abstracto, que el Código después, particularizando los hechos, reglamentará según las aptitudes y condiciones siempre particulares del ser en cuestión. La capacidad legal por el contrario, supone de antemano la capacidad jurídica y solo se dirige á que una persona, un ser ya vivo y por consiguiente con derechos, lugar y atribuciones determinadas en la sociedad, tenga ó llene determinados requisitos aislados, especiales, para que á los ojos

1. Aubry et Rau. Cours de Droit Civil Français. Pt I § 2are.
2. Ortolán. Explication historique des Institutions. Lib. I. tit. III. y Generalización de Droit Romain. § 5.

de la ley se repunte válido un acto de índole particular, concreto, especialmente determinado por la ley. Así por ejemplo, el art. 1527 del Código Civil dice que «No es válido el pago hecho con cosa ajena ó con cosa propia, si el deudor no tiene capacidad legal para disponer de ella.»

Hecha esta salvedad, queda por resolver en que condiciones se adquiere la capacidad de derecho.

El art. 11 del Código Civil vigente, que está tomado del Código de Portugal, previene que «la capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento; pero desde el momento en que un individuo es procreado entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el Código.» Vemos que el nacimiento es la condición esencial de la personalidad, el requisito primordial del goce de los derechos civiles, el prolegómeno indispensable para participar de las ventajas sociales. Pero ¿basta solo el nacimiento para que un ser disfrute de los derechos que conceden las leyes? No ciertamente, porque «para los efectos legales, dice el art. 303, solo se reputa nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y que, ó vive veinticuatro horas naturales, ó es presentado vivo al Registro Civil,»

Examinaré pues por su orden estos tres requisitos: la vida, la viabilidad y la figura humana.

La vida según Bouillet, «es el estado de los seres animales en tanto que poseen el principio de las sensaciones y del movimiento» [1] ó como dice Berard «la organización en acción.» No interesa á mi intento estudiar el principio de la vida; poco importa en consecuencia que provenga, ya de fuerzas materiales sujetas á las leyes de Mecánica y de Física y combinaciones y mezclas químicas, según creen algunos; ya reconozca como causa un principio especial ajeno por completo á las leyes físicas: el alma, la fuerza plástica ó el principio vital, como opinan otros. Bajo el aspecto que la consideraré en el ser humano, es según los derechos que ella trae consigo, ora cuando el hijo vive todavía en el seno de la madre disfrutando de una existencia parásita, ora cuando por el nacimiento en-

1 Bouil let. Dictionnaire des Sciences, des Letres et des Arts. Vic.

tra á una nueva vida, pero ya no la vida puramente orgánica ó nutritiva, sino la vida de relación, la vida civil. En el primer caso ¿podemos decir que un hijo por no tener todavía capacidad jurídica no tiene derechos? ¿no cuida la sociedad de ese ser incierto? ¿no vela la ley sobre su existencia y sus intereses?

Craso error sería sostenerlo. El hombre aun en la vida intra-uterina, tiene derechos, es objeto del cuidado de la sociedad, posee las garantías que sanciona la ley y «desde que es procreado entra bajo la protección de ella y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el Código.» (1) Más los derechos que tienen, no los poseen de una manera absoluta y plena, no son irrevocables sino que por el contrario son condicionales, simples expectativas de que goza provisionalmente por una suposición de la ley, hipótesis fundada y con justa razón, en la presunción válida de que el hijo nacerá vivo y con la facultad de seguir viviendo. Si la esperanza en que se funda la ley, hipotética pero conforme á la generalidad de los casos y á la justicia, es defraudada por el nacimiento de un ser sin vida, entonces esos derechos que han estado en suspenso, esa herencia que se le atribuía á un ser incierto, á un dueño probable, pasan á las manos de seres verdaderos, distintos y capaces.

Numerosos ejemplos nos proporciona nuestra legislación de los derechos de que disfrutaban los seres no nacidos; así el art. 3236 del Código civil, dice que la ley llama á la sucesión á los nacidos y á los póstumos; el 2651 ordena que se suspenda la partición de la herencia hasta que se verifique el parto; el 2634 previene que las donaciones hechas por una persona que no tiene hijos, pueden ser revocadas por ella cuando los tenga, ya sean legítimos, legitimados, naturales reconocidos ó espúrios designados, con tal de que posean las condiciones que señala el art. 303; y cuando en el mismo caso, el hijo legítimo fuere póstumo, la donación se tendrá por revocada en su totalidad. A los hijos no nacidos se les puede nombrar tutor y también legitimarlos y reconocerlos.

Estos ejemplos bastan para demostrar hasta la evidencia,

(1) Artículo 11 Código civil vigente.

que en la vida intra-uterina el hombre tiene derechos civiles, cuyo goce perfecto y definitivo se aplaza hasta que nazca con las condiciones que exige la ley. Más ella ha establecido que desde la procreación se tiene al individuo por nacido; de aquí proviene la importancia de determinar la época de la concepción; ¿pero como fijarla, cuando es un secreto que oculta la naturaleza y que no han podido descubrir las eminencias médicas? ¿de qué manera aclarar ese misterio cuando la ciencia ha sido impotente para destruir las tinieblas que envuelven á ese arcano?

Un solo elemento se posee para resolver esa incógnita: este es la duración de la gestación. Si en todos los casos fuera constante, el problema estaría resuelto; pero lejos de ser así, se advierten frecuentes variaciones, aun en una misma mujer, variaciones que acelerando ó retardando el tiempo generalmente fijado para el parto, hace de todo punto imposible fijar con precisión el instante en que concibe; originando con estas variadas fluctuaciones, incertidumbres en la medicina y dificultades en la jurisprudencia que al legislador le toca obviar.

«Las enfermedades, escriben Briand y Chaudé, los excesos, «las afecciones morales, ciertas exigencias sociales, son las «verdaderas causas de nacimientos precoces ó tardíos. La mujer en el modo de vida artificial que le crea la sociedad, debe «estar sometida á las variaciones que á veces se nota en los «animales y que son sobre todo sensibles cuando pasan del estado libre al doméstico.» (1)

La investigación de la concepción tiene una importancia capital sobre todo en legitimidad ¿pero cómo establecerla? ¿será preciso, como opinan Aubry et Rau, que se determine por el juicio pericial según los datos suministrados por la ciencia, (2) ó se deberá dejar su resolución al arbitrio de los jueces para que en vista de las circunstancias fijen la duración del embarazo?

«Esta experiencia, dice Demolombe, ha sido hecha en el pasado, y se puede ver en las antiguas sentencias todo lo que la «ausencia de una regla había producido, sobre todo en lo concerniente á los nacimientos tardíos. Se encontró en ellas que

(1) Briand et Chaudé, Manuel Complet de Médecine Legal, artículo VII.
(2) Aubry et Rau, Cours de Droit Civil Français. Part. I, cap. I.

«pretendieron que las largas gestaciones podían durar hasta «tres años!» (1)

Estos dos sistemas tienen además el peligro de establecer jurisprudencias diversas aun en los mismos tribunales, que producirían fallos contradictorios y en consecuencia frecuentes y dilatados litigios.

Nuestro legislador ha tenido para fijar una regla, que basarse en probabilidades, en una presunción legal, es decir, en «una «consecuencia, dice Mourlon tomándolo del Código civil de «Francia, que la ley saca de un hecho conocido á un hecho «desconocido.» (2)

Nadie ignora que desde la legislación de los Romanos se había fijado ya el período máximo y el mínimo de la gestación. La Tabla IV reputa legítimo al póstumo que nazca dentro de los diez meses siguientes á la muerte del padre; y una ley del Digesto decide que un hijo puede nacer 6 meses 2 días después de su concepción. (3)

El Derecho Español fijó también los límites del embarazo, pues en la ley 4ª, tít. 23, Partida 4ª que se funda en la opinión de Hipócrates, se previene que el *maximum* de tiempo que una mujer está en cinta es 10 meses y que la criatura que naciere en los 7 meses, «que solo que tenga su nacimiento un día del seteno mes, que es complida, é biuidera.»

El Código español en su art. 101 imita á las leyes de Partida, admitiendo 180 días para el nacimiento más precoz y 300 para el más tardío.

Por último, los arts. 159 y 150 del Código civil Italiano, 312 del Francés, 138 del Austriaco y los códigos de la mayor parte de las naciones cultas, admiten los períodos mencionados, que son los que la experiencia de muchos siglos ha demostrado ser los verdaderos. Fourcroy en Francia lo ha patentizado de una manera evidente, cuando presentó al Consejo de Estado un resumen de todas las doctrinas médicas y jurídicas que se han adoptado en todos los tiempos, y cuya conclusión fué

(1) Demolombe. Cours de Code Napoléon. Libro 1º, título VII, capítulo I.
(2) F. Mourlon, Répétitions écrites sur le Code civile, número 865.
(3) Ley XII de suis et legitimes haeredibus. Dig. Estas disposiciones fueron alteradas: en efecto, la ley XI de status hominum exige, 7 meses para el nacimiento y cita la opinión de Hipócrates. Adriano dice en un fragmento que cita Aulo Gelio, que puede ser legítimo un hijo que nazca hasta los 11 meses; cuya opinión sigue Justiniano en su Novela 39.

«que la fijación de 186 días para los nacimientos acelerados y «286 para los nacimientos tardíos, se encuentra perfectamente de acuerdo con la porción más ilustre y más sabia de los «médicos, los naturalistas y los juriconsultos.»

Nuestro Derecho civil siguió naturalmedte como sus predecesores del Viejo Mundo, las doctrinas que he mencionado; consignando sus conclusiones en el art. 290 del Código.

Como se notará, se ha aumentado el tiempo que marca el trabajo de Fourcroy sin duda en beneficio de la legitimidad. «El principio, dice Laurent, resulta del motivo mismo por el «cual la ley ha establecido estas presunciones. Ha querido «asegurar el estado de los hombres poniéndolos al abrigo de «las incertidumbres de la ciencia, y desde que ella tenía una «duda posible, ha interpretado esa duda en favor de la legiti- «midad.» (1)

El tiempo se deberá contar incluyendo el día del matrimo- nio, pues desde ese día se supone posible la concepción. «En «rigor, dice el citado autor, se deberían calcular los periodos «por minutos pero como esto es imposible en la práctica, es «preciso atenerse á la división que más se aproxima á la exac- «titud matemática, la de la hora.» (2)

La regla precisa que contiene el art. 290, excluye por com- plete toda cuestión de medicina legal, evitando sus opuestas controversias, dando una norma de acción á los tribunales é im- pidiendo la dificultad y el escándalo en los juicios.

(1) Laurent. Principes de Droit Civil, tomo 3º, núm. 367.

(2) Laurent. Avant-Projet de Revision du Code Civile, volumen II.

México, Mayo 16 de 1890.

José M^a LEZAMA (JR.)

INDICE ALFABETICO

DEL

PRESENTE VOLUMEN.

A

	PÁGINAS.
ACADEMIA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.—Discursos pronun- ciados en su inauguración.....	186, 265 y 306
ACTO DE SUSPENSIÓN.—Requisitos para dictar el auto de suspensión del acto reclamado, tratándose de exacciones en favor del Erario público	213
ALGARA JOSÉ.—Discurso pronunciado en la apertura de las clases de la Es- cuela N. de Jurisprudencia.....	25
AMPARO.—No procede el recurso de amparo contra la aplicación de la ley de potestad coactiva.....	213

B

BALDÍOS.—Véase <i>Terrenos baldíos</i> .—Reflexiones sobre la ejecutoria de la Su- prema Corte de Justicia relativa al denuncio de la hacienda «Rancho Grande».....	431
BIBLIOGRAFÍA.—El tomo 4º de los «Principios de Derecho Civil Mexicano» del Lic. Agustín Verdugo.....	155
— Prólogo á la edición mexicana de los «Principios de Derecho Civil» de F. Laurent.....	296
BIENES NACIONALIZADOS.—Legislación que debe aplicarse en las denun- cias y cobros de capitales nacionalizados.—¿Los bienes llamados ecle- siásticos son y han sido siempre de la Nación?—Derechos en los que quedó subrogado el Gobierno de la República al expedir la ley de Nacionalización de los bienes administrados por el clero.....	213

C

CALUMNIA.—Naturaleza de este delito.—Lugar de su comisión cuando es in- ferida por carta que se dirige al extranjero.....	326
CAPACIDAD JURIDICA.—Estudio sobre la.....	497
CASTILLO VICTOR MANUEL.—La libertad preparatoria en el fuero fede- ral.—Autoridad que debe concederla.—Duda de ley.....	123
COMPETENCIA.—Los tribunales mexicanos no son competentes para conocer de delitos cometidos en el extranjero por extranjeros en contra de idem.....	326
— De las autoridades fiscales para hacer uso de la facultad económico- coactiva.....	213

«que la fijación de 186 días para los nacimientos acelerados y «286 para los nacimientos tardíos, se encuentra perfectamente de acuerdo con la porción más ilustre y más sabia de los «médicos, los naturalistas y los juriconsultos.»

Nuestro Derecho civil siguió naturalmedte como sus predecesores del Viejo Mundo, las doctrinas que he mencionado; consignando sus conclusiones en el art. 290 del Código.

Como se notará, se ha aumentado el tiempo que marca el trabajo de Fourcroy sin duda en beneficio de la legitimidad. «El principio, dice Laurent, resulta del motivo mismo por el «cual la ley ha establecido estas presunciones. Ha querido «asegurar el estado de los hombres poniéndolos al abrigo de «las incertidumbres de la ciencia, y desde que ella tenía una «duda posible, ha interpretado esa duda en favor de la legiti- «midad.» (1)

El tiempo se deberá contar incluyendo el día del matrimo- nio, pues desde ese día se supone posible la concepción. «En «rigor, dice el citado autor, se deberían calcular los periodos «por minutos pero como esto es imposible en la práctica, es «preciso atenerse á la división que más se aproxima á la exac- «titud matemática, la de la hora.» (2)

La regla precisa que contiene el art. 290, excluye por com- pleto toda cuestión de medicina legal, evitando sus opuestas controversias, dando una norma de acción á los tribunales é im- pidiendo la dificultad y el escándalo en los juicios.

(1) Laurent. Principes de Droit Civil, tomo 3º, núm. 367.

(2) Laurent. Avant-Projet de Revision du Code Civile, volumen II.

México, Mayo 16 de 1890.

José M^a LEZAMA (JR.)

INDICE ALFABETICO

DEL

PRESENTE VOLUMEN.

A

	PÁGINAS.
ACADEMIA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.—Discursos pronun- ciados en su inauguración.....	186, 265 y 306
ACTO DE SUSPENSIÓN.—Requisitos para dictar el auto de suspensión del acto reclamado, tratándose de exacciones en favor del Erario público	213
ALGARA JOSÉ.—Discurso pronunciado en la apertura de las clases de la Es- cuela N. de Jurisprudencia.....	25
AMPARO.—No procede el recurso de amparo contra la aplicación de la ley de potestad coactiva.....	213

B

BALDÍOS.—Véase <i>Terrenos baldíos</i> .—Reflexiones sobre la ejecutoria de la Su- prema Corte de Justicia relativa al denuncio de la hacienda «Rancho Grande».....	431
BIBLIOGRAFÍA.—El tomo 4º de los «Principios de Derecho Civil Mexicano» del Lic. Agustín Verdugo.....	155
— Prólogo á la edición mexicana de los «Principios de Derecho Civil» de F. Laurent.....	296
BIENES NACIONALIZADOS.—Legislación que debe aplicarse en las denun- cias y cobros de capitales nacionalizados.—¿Los bienes llamados ecle- siásticos son y han sido siempre de la Nación?—Derechos en los que quedó subrogado el Gobierno de la República al expedir la ley de Nacionalización de los bienes administrados por el clero.....	213

C

CALUMNIA.—Naturaleza de este delito.—Lugar de su comisión cuando es in- ferida por carta que se dirige al extranjero.....	326
CAPACIDAD JURIDICA.—Estudio sobre la.....	497
CASTILLO VICTOR MANUEL.—La libertad preparatoria en el fuero fede- ral.—Autoridad que debe concederla.—Duda de ley.....	123
COMPETENCIA.—Los tribunales mexicanos no son competentes para conocer de delitos cometidos en el extranjero por extranjeros en contra de idem.....	326
— De las autoridades fiscales para hacer uso de la facultad económico- coactiva.....	213

ÍNDICE

	PÁGINAS.
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.—¿Es competente una Jefatura de Hacienda para declarar contencioso un asunto de que conoce administrativamente?.....	213
CONTRATOS SOLEMNES. (Los)—Interpretación legal.—Aplicaciones.—Antecedentes históricos.....	169, 178 y 446
COSA JUZGADA (La) en materia criminal.....	36 y 116
D	
DELITOS cometidos en el extranjero, por y contra extranjeros.—Incompetencia de los tribunales mexicanos para conocer de ellos.....	326
DE IMPRENTA.—Traducción de libros extranjeros.—Responsabilidad del librero y del autor.—Carácter jurídico de la «publicación».....	133
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.—(El orden público en).....	278 y 413
Efectos internacionales en las sentencias de los tribunales.....	45
DESPAGNET FRANZ.—El orden público en derecho internacional privado	278 y 413
DÍAZ GONZÁLEZ PRISCILIANO.—(Discurso pronunciado por) en la inauguración de la Academia de Legislación y Jurisprudencia.....	186 y 265
DISCURSO pronunciado por el Sr. Lic. José Algara en la apertura de las clases de la Escuela N. de Jurisprudencia.....	25
Pronunciado por el Sr. Díaz González en la inauguración de la Academia de Legislación y Jurisprudencia.....	186 y 265
Id. por el Sr. Nicolás y Echanove en id.....	306
DONACIÓN.—Carácter de la donación según el Código Español.....	442
E	
EISENMANN CARLOS.—(Amparo pedido por) contra los procedimientos del Juez 2º correccional.....	326
ELÍZAGA LORENZO.—El orden público en derecho internacional privado (Traducción).....	278 y 413
ESCUELA N. DE JURISPRUDENCIA.—Discurso pronunciado en la apertura de sus clases.....	25
ESTRELLA PEDRO (Proceso de).—Estudio sobre la cosa juzgada en materia criminal.—El recurso de indulto.....	36 y 110
EXTRANJEROS.—No pueden ser procesados por delitos cometidos en el extranjero contra extranjeros.....	326
F	
FACULTAD ECONÓMICO-COACTIVA.—Competencia para aplicarla de los empleados fiscales á fin de obtener el pago de los adeudos de la Federación.—Límites.—Improcedencia del amparo contra su aplicación.....	213
FALCÓN MODESTO.—Carácter de la donación según el Código Español.....	442
FIGUEROA PASCUAL.—Efectos internacionales de las sentencias de los Tribunales.....	45
G	
GENOVÉS LUIS.—Estudio comparativo de las legislaciones hipotecarias francesa y española.....	365
GIL AGUSTÍN.—El uso de la facultad económico-coactiva no viola garantía alguna constitucional.....	213
GINER DE LOS RÍOS FRANCISCO.—Teoría de la persona social en los juristas y sociólogos modernos.....	390 y 479
H	
HIPOTECAS.—Estudio comparativo de las legislaciones hipotecarias francesa y española.....	365

ÍNDICE

	PÁGINAS.
I	
INCOMPETENCIA de los tribunales mexicanos para conocer de los delitos cometidos en el extranjero por y contra extranjeros.....	326
INDULTO—El recurso de.....	110
★ INTERPRETACIÓN LEGAL de los contratos solemnes.....	167
L	
LEYES.—Noticia de las expedidas sobre terrenos baldíos.....	476
LEZAMA JOSÉ MARÍA (h).—La capacidad jurídica.....	499
LIBERTAD DE IMPRENTA.—Ultraje á las buenas costumbres por medio de la prensa.....	133
LIBERTAD PREPARATORIA en el fuero federal.—Autoridad que debe concederla.—Duda de ley.....	123
LINARES RAFAEL.—Estudio bibliográfico sobre el tomo 4º de los «Principios de Derecho Civil Mexicano».....	155
M	
MINISTERIO FISCAL.—Nombres y títulos de sus funcionarios.—Su categoría ó rango oficial.—Representación.—Su independencia respecto á la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones y en su libertad de acción ó gestión.....	193 y 373
PÚBLICO.—Origen y organización de este ministerio en México.—Legislación extranjera sobre él.....	7
MONTIEL Y DUARTE ISIDRO.—Origen y organización del ministerio público en México.—Ministerio Fiscal.....	7, 193 y 373
N	
NACIONALIZACIÓN.—Legislación que debe aplicarse en la tramitación de las denuncias y cobro de capitales nacionalizados.....	213
NICOLÍN Y ECHANOVE MANUEL.—Discurso pronunciado en la inauguración de la Academia de Legislación y Jurisprudencia.....	306
NOTAS.....	130
O	
ORDEN PÚBLICO.—(Sentencias contra el).....	87
— (El) en derecho internacional privado.....	278 y 413
P	
★ PALLARES JACINTO.—Los contratos solemnes.—Interpretación legal.—Antecedentes históricos.—Aplicaciones.....	169, 178 y 446
— Prólogo á la edición mexicana de los «Principios de Derecho Civil» por F. Laurent.....	296
PARDO EMILIO.—Alegato presentado ante la Suprema Corte de Justicia en el amparo pedido por D. Carlos Eisenmann.....	326
PÉREZ DE YARTO ANTERO.—Estudio sobre los terrenos baldíos.....	465
PERSONA SOCIAL.—(Teoría de la) entre los juristas y sociólogos de nuestro tiempo.....	390 y 476
PRESCRIPCIÓN.—¿Son prescriptibles las cosas destinadas al culto religioso y por consiguiente están fuera del comercio de los hombres?—Requisitos necesarios para que proceda la prescripción.—Improcedencia de la excepción de prescripción cuando se renuncia por el censatario al constituirse la escritura de imposición.....	213
— ¿Son prescriptibles los terrenos baldíos?.....	465

ÍNDICE

	PÁGINAS.
PROCESO de las novelas de Zola en Inglaterra, Alemania y Bélgica.....	133
— De Vicente Pérez y Pedro Estrella—La cosa juzgada.—El indulto con relación á estos procesos.....	36 y 110
PROPIEDAD.—(Origen de la) en México.....	465
PRUEBA.—¿A quién corresponde probar que un terreno es baldío?.....	465
PUBLICATION.—(Carácter jurídico de la.)—Responsabilidad del librero y del autor.....	133
R	
RABASA EMILIO.—La cosa juzgada en materia criminal.....	36
RECURSO DE INDULTO.—(El) con relación á los procesos de V. Pérez y P. Estrella.....	110
— (El) de amparo, no procede contra la aplicación de la facultad económico-concisa.....	213
RODRÍGUEZ MIRAMÓN ALONSO.—El recurso de indulto.....	110
S	
SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES.—Efectos internacionales.—Estado de la cuestión, su importancia y modo de tratarla.....	45
— Doctrinas de los escritores; leyes de los diversos países sobre la materia; principios racionales.....	49
— Condiciones legales á que debe estar subordinada su eficacia... 64 y	80
— Contra el orden público ó el derecho territorial.....	27
— Proyecto de tratado internacional para la ejecución de las sentencias extranjeras.....	107
SOCIOLOGÍA.—Teoría de la persona social en los juristas y sociólogos de nuestro tiempo.....	390 y 479
T	
TERRENOS BALDÍOS.—Denuncia de ellos.—Presunción de que todo terreno es baldío mientras no se pruebe lo contrario.—¿A quién corresponde la prueba?.....	433
— Origen de la propiedad en México.—Qué debe entenderse jurídicamente por terrenos baldíos.—Leyes vigentes sobre la materia.—Procedimiento para justificar el carácter baldío en los terrenos.—¿A quién corresponde la prueba?—Prescriptibilidad de los terrenos baldíos...	465
U	
ULTRAJES Á LAS BUENAS COSTUMBRES.—Proceso de las novelas de Zola	133
V	
VERDUGO AGUSTÍN.—La cosa juzgada y el proceso Estrella.....	116
— Bibliografía.—Apuntes sobre el tomo 4º de los «Principios de Derecho Civil Mexicano».....	155
Z	
ZOLA EMILIO.—Proceso de los editores de sus novelas en Inglaterra, Alemania y Bélgica.....	133



1190001156

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

