

# EL DERECHO

—TERCERA EPOCA—

Semanario de Jurisprudencia, Legislación, Economía Política y Ciencias Sociales.

*S'il n'y avait pas de justice,  
il n'y aurait ni gouvernement ni société.*

EDOUARD LABOULAYE.

TOMO II.

MEXICO, 3 DE OCTUBRE DE 1891.

NUM. 27.

## De la Libertad bajo caución.

En el número 21 del *Derecho* nos hemos propuesto llamar la atención de nuestros legisladores sobre el verdadero carácter de la detención preventiva, que á pesar de consistir en positivos é inegables padecimientos para el acusado, no se toma en cuenta segun nuestras leyes, al hacer el cómputo de la pena. Hoy reclama nuestras meditaciones ese mismo estado del proceso; pero solo desde el punto de vista de los temperamentos aceptados por las leyes, para atenuar en cuanto sea posible los rigores no pocas veces innecesarios de la privación de la libertad en contra de un hombre, aun no declarado culpable y digno por tanto del mayor respeto. Entre esos temperamentos figura en primer término la caución, que tiene por objeto crear entre el acusado y la justicia un lazo de interés, capaz de remplazar la detención por la amenaza del daño pecuniario. "La caución, dice Faustin Helie, está destinada á suplir á la seguridad de la detencion por la prenda en que consiste."

La libertad bajo tal garantía concedida es tan antigua como las más viejas legislaciones de los más ilustrados pueblos. Ella existía en Atenas (1), entre los Germanos, y entre los Francos bajo condiciones tan liberales que serían la envidia de los pueblos modernos. En Roma la benevolencia del legislador se manifiesta en favor del acusado en términos que no han sido despues imitados ni por los mas ardientes defensores de los derechos del hombre. *Si confessus fuerit reus*, decia una ley (2), *donec de*

*co pronuntietur in vincula publica congi-ciendus est.* Fuera, pues, del caso de confesion ó del de delito *infraganti*, el acusado no era detenido, si daba caucion en el sentido de una ley del Código de las XII Tablas. "Si sin embargo, decía ésta, se presenta alguno que responda por él, ponédlo en libertad, *mittito*; que un hombre rico sea la caucion de un hombre rico; pero que *todo hombre pobre pueda ser la caución de un ciudadano pobre.*" La libertad bajo caución no era un favor sino un derecho que se realizaba sin tener en cuenta ni la gravedad del crimen ni los intereses del acusador. Nuestra legislación patria no olvidó tampoco ese recurso, que parece haberse impuesto en todas las épocas, como un medio necesario para templar los rigores excesivos del procedimiento criminal. El Código de las Partidas retrocede empero no poco de los principios humanitarios inspiradores de las leyes romanas. La fianza carcelera, llamada *de la haz*, solo servía para la libertad provisional de acusados que en caso de condenación *no debían sufrir pena corporal* (3) é importaba la obligación en el fiador, si el reo se sustraía á la acción de la justicia, de pagar la cantidad que el juez fijase á su arbitrio ó segun la costumbre establecida. Y como el fiador podía defender en juicio al acusado; si se encargaba de la defensa, estaba obligado, apareciendo aquel culpable, á pagar al ofendido la pena fijada y además los daños y perjuicios (4). Era ésta nuestra legislación, no mejorada sin duda en lo relativo á la aplicación de la libertad bajo de fianza, ni por la constitución española de 1812, ni por la mexicana de 1824, ni aun por

(1) Demóstenes, *Discurso contra Timócrates*.—Platon. *De las leyes*, lib. IX.

(2) *Dig. de cust reor*, l. 5.

(3) Partida 7, tit. 29, l. 10.

(4) Partida 5, tit. 12, l. 18.—Vilanova, *Obs.* 9, cap. 4, núms. 114 al 134.

la hoy vigente de 1857, todas las cuales dejaban subsistente el principio de que el procesado solo pudiera obtener la libertad bajo caución, si no se trataba de delito que merece pena corporal, cuando fué promulgado el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, de 1° de Noviembre de 1880, cuyos artículos 259, 260 y 261 establecen una importante reforma respecto de las legislaciones anteriores. Según el primero de esos textos legales, aunque el delito en cuestión merezca pena corporal, podrá el acusado ser puesto en libertad *sin necesidad de fianza*, cuando reuna en su favor los requisitos de *domicilio fijo y conocido en el lugar donde se siga el proceso, buenos antecedentes de moralidad, profesión, oficio ó modo honesto de vivir, no ser mendigo ni condenado en otro juicio criminal*. Si además de esto, al presentarse la petición de libertad, no abriga el juez temor de fuga y el peticionario protesta presentarse á la autoridad, siempre que sea requerido, aquella es concedida, con tal que la pena en caso de condenación ó no sea corporal ó *no exceda de tres meses de arresto mayor*.

Según el segundo de dichos preceptos legales *la fianza es necesaria*, cuando se trata de delitos que pueden ser penados con más de tres meses, pero sin exceder de cinco años de prisión, concurriendo siempre en el procesado los demás requisitos antes mencionados. Quedan, pues, exceptuados de la libertad bajo caución los acusados de delitos cuya pena sea mayor que esa.

En cuanto al monto de la caución, el tercero de los enunciados textos previene que: I. Si el delito es penado con pena alternativa, pecuniaria ó corporal, el acusado preste caución por el máximo de la pena pecuniaria; II. Si el delito es de la competencia de los jueces correccionales, la caución no baje de \$ 300, ni exceda de \$ 1,000, como en caso de ser de la competencia del jurado, ni baje de 1000 ni exceda de 10,000, en cuyos términos el juez habrá de fijar la cantidad, atendiendo á las circunstancias del procesado y del delito. Y como al pedirse la libertad bajo caución, puede ya el ofendido por el delito haberse constituido parte civil, este mismo precepto de-

clara que aquella no se conceda, si no es que el peticionario caucione además *el importe de lo que se reclame por la responsabilidad civil*.

Tal es el procedimiento que aun hoy día se observa en el fuero común, pues para el federal rige la ley de 30 de Noviembre de 1889, calcada en su mayor parte sobre aquel Código, con la sustancial diferencia de que la fijación del importe de la caución por la responsabilidad civil no se deja, como en éste, al arbitrio del demandante, sino (art. 6, inciso III) á la prudencia del juez.

Sin negar cuán notable es el progreso que marca esta legislación respecto de la que inmediatamente la precedió, se nos ocurre preguntar ¿habrá de detenerse nuestro legislador en el punto á que ha llegado en materia tan importante como la que nos ocupa? Todos nuestros encomios merece de seguro una reforma que ha hecho extensivo el beneficio de la libertad provisional bajo de fianza aun á acusados, antes alejados del aprovechamiento de un derecho incompatible con la pena corporal. Éran, pues, solo los reos punibles con multa los mercedores de tal gracia, cuyo valor resulta ciertamente bien corto, si se toma en cuenta que no siempre se hacía necesaria la detención de aquellos.

Empero el atán de una crítica hourada nos obliga á investigar si hay algo mejor que lo existente, para que se implante en nuestras leyes sobre procedimiento criminal. Ningun estudio puede considerarse inútil tratándose de una legislación que, como enseña un tratadista célebre, es el complemento necesario de las libertades públicas. "Las formalidades del procedimiento, dice Faustin Hélie, están destinadas á proteger los derechos de los ciudadanos y á preservarlos de todo exceso de poder; ellas tienen pues la misma importancia que la ley política, y esta importancia es inmediata, porque protege ó amenaza incesantemente los bienes más preciosos, el honor, la vida y la seguridad de los hombres. Esa legislación puede herirlos á cada instante; debe ser pues el objeto de una continua solicitud por parte de los poderes del Estado y de los miembros de la Sociedad. Si ella toma á la filosofía la teoría de sus

pruebas y de sus principios sobre la certidumbre moral, todas las atribuciones de que inviste á los magistrados, pertenecen sobre todo al derecho público, que es la verdadera fuente de que tales leyes emanan y quien domina su curso y las dirige."

Y ¿qué parte más digna de estudio que la que trata de la libertad provisional bajo caución? Muchas páginas podrían llenarse con solo la exposición de los varios aspectos bajo los cuales puede esta materia ser considerada. Hay sin embargo, dos que se imponen sobre los demás por su íntimo enlace, ya con el interés de la acusación, ya con el del acusado. Son el monto de la caución y los derechos de la parte civil. ¿Debe la ley fijar un *minimum* y un *máximum* del importe de la garantía? ¿La caución ha de cubrir también la responsabilidad civil en la medida de los deseos del ofendido? He ahí sin duda cuestiones de altísima gravedad en cuya solución habrán de interesarse siempre los primeros principios del derecho penal.

La caución es la garantía exigida al detenido en cambio de la libertad provisional; su apreciación, en consecuencia, puede hacer la ley benéfica ú opresiva. Por medio de la caución se retiene moralmente al acusado, impidiéndole que se fugue; luego su monto debe ser proporcionado al mayor ó menor peligro de la evasión, calculado no solo en atención á la mayor ó menor gravedad del delito, sino también y muy principalmente, á la condición social del procesado. Nada es, pues, más contrario á los fines de la caución carcelaria que la igualdad de una suma, fijada tan solo sobre la naturaleza del delito. Ese sistema resulta además odioso é inicuo porque parece establecido exclusivamente en beneficio de los ricos. «La igualdad de la suma, dice el jurisconsulto antes citado, conduce directamente á la desigualdad de la ley; crea entre los acusadores clases que admite á participar de sus beneficios y otras que aleja de ellos. De este modo la caución es inaccesible para unos é ineficaz para los otros.»

Creemos, pues, que nuestro actual Código de procedimientos penales debe ser reformado en este punto, estableciéndose que corresponde al juez fijar libremente la

cantidad de la caución, según la gravedad del delito, la persona del acusado, sus antecedentes, su moralidad, su profesión, su fortuna, según los cargos que contra él existan, los lazos que los sostengan en su domicilio y el interés que pueda tener en no perder la suma depositada. Y si se nos dice que esto equivale al arbitrio judicial, responderemos que él es aquí inevitable, porque fuera de que jamás se podría sin violación de los principios de derecho convertir en mera responsabilidad pecuniaria la responsabilidad penal, hay derechos cuya concesión tiene que ser limitada al cumplimiento de condiciones que solo el juez del proceso está en aptitud de apreciar. De alguna manera debe lograrse la conciliación de los dos grandes intereses que compiten en esta materia: el interés social y el interés del acusado. Ahora bien, no hay otro medio que retener moralmente al acusado por la amenaza del secuestro de la cantidad depositada por vía de caución. También pertenece á la soberana apreciación del juez lo relativo á la más importante de las condiciones del auto de bien preso, y entre las que para la libertad bajo caución se exigen figura la de que el juez no abrigue temor de fuga respecto al acusado.

Francia ha reformado su legislación de procedimientos en el sentido que proponemos. El artículo 119 del Código de 1808 establecía, como el nuestro, un *mínimum* y un *máximum*. El Decreto de 23 de Mayo de 1848, suprimió el *mínimum* pero mantuvo el *máximum*. La ley de 14 de Julio de 1865 completó la reforma, haciendo desaparecer aun el *máximum*. Bélgica por su ley de 13 de Febrero de 1852 ha reconocido la conveniencia y justicia de la misma reforma, que aceptan igualmente, entre otras naciones, Suiza, (ley de 23 de Abril de 1849, art. 11) el Canton de Vaud (ley de 1º de Febrero de 1850, arts. 74 á 84) é Italia desde su código de 1º de Enero de 1860 (art. 197).

Pero si por las razones expuestas es digno de reforma el actual Código de procedimientos penales del Distrito Federal en la parte que se refiere á la fijación del *máximum* y *mínimum* de la caución, no lo es ménos en orden á la necesidad que im

pone al procesado de garantizar tambien el importe de la responsabilidad civil, cualquiera que él sea, pues lo fija en la demanda el ofendido, para que aquel obtenga su libertad provisional. Lo injusto de esta condición es tan evidente que nos creemos dispensados de demostrarlo ¿Qué es en el fondo la caución sino el arresto de la fortuna, sustituido al arresto de la persona? La detención preventiva no puede ser justificada, sino cuando se la emplea en servicio de un interés público. Aplicada para garantizar un interés privado, tiene que ser las más veces excesiva y siempre inicua. Dígase lo que se quiera, una simple reflexión basta á comprender que esa parte de nuestro Código de procedimientos es contraria al precepto constitucional que declara cómo «nadie puede ser preso por deudas de un carácter puramente civil.»

A. VERDUGO.

## SECCION PENAL.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL ESTADO DE QUERÉTARO  
TERCERA SALA.

**RAPTO.**—¿Se prueba por la aprehensión de la raptada fuera del lugar de la residencia?

**IDEM.**—¿Se puede perseguir de oficio?

**VIOLACION.**—¿Es indicio de que no existió la circunstancia de que la pretendida violada, á pesar de tener libertad para ello, no acudió á las autoridades quejándose del hecho?

**INCESTO.**—¿Es delito y en qué consiste?

**IDEM.**—¿Está derogada la antigua legislación sobre el incesto?

Querétaro, Abril 28 de 1891.—Vista esta causa instruida de oficio por el Juez de Letras de Amealco, contra Atilano Gonzalez de veintinueve años, soltero, jornalero, originario y vecino del Batán, por incesto y rapto de Dionisia Gonzalez; vistas las declaraciones de la ofendida y de las personas sabedoras del hecho; la preparatoria del procesado; el dictámen pericial de la matrona que reconoció á la ofendida; el resumen de los hechos; la defensa producida por el C. Joaquín Rodríguez; el fallo de 1ª instancia que impuso á Gonzalez un año de prisión; la apelación de él; el pedimento fiscal en 2ª instancia que solicita se impongan al procesado cinco años cuatro meses de prisión;

la sentencia de la 2ª Sala que impone al procesado la pena de cinco años cuatro meses de prisión y sesenta pesos de multa; la súplica interpuesta; lo alegado en esta 3ª instancia y cuanto ver convino.

Resultando 1.º Que cerca del veintitres de Octubre de mil ochocientos noventa, hallándose Dionisia Gonzalez, jóven de quince años, cuidando en el campo unas ovejas de su abuela, con quien estaba recogida, se le presentó su tío Atilano Gonzalez, y la llevó consigo, á ruego de ella misma, segun éste, ó por la fuerza segun dice Dionisia (Fs. 4 á 7).

Resultando 2.º: Que despues de un mes de andar juntos en diversos lugares, donde Atilano estuvo trabajando, fueron aprehendidos por rapto é incesto, Atilano y Dionisia; y examinada ésta por una mujer práctica en la obstetricia, pareció estar desflorada recientemente, segun las señales que dicha mujer encontró en las partes sexuales de la jóven.

Resultando 3.º: Que Dionisia afirma haber sido estrupada por Atilano, en el campo y por la fuerza, y éste niega absolutamente ese hecho.

Resultando 4.º: Que Atilano es hermano de la madre de Dionisia, y que por lo mismo ámbos son parientes entre sí en el tercer grado de consanguinidad.

Resultando 5.º Que ni Dionisia ni otra persona alguna legítima se ha constituido parte en este proceso el cual se comenzó y prosigió de oficio. Y

Considerando 1.º: Que el rapto está justificado por las declaraciones de Atilano, de Dionisia y de la abuela de ésta, María Bautista, confirmadas por el hecho de la aprehensión de aquella, fuera del lugar de su residencia.

Considerando 2.º Que tambien está probada la union carnal entre Atilano y Dionisia, pues así lo persuaden los hechos constantes de haber robado Atilano á Dionisia, y tenídola consigo por espacio de un mes: haber resultado recientemente desflorada Dionisia: imputar esta su desfloración á Atilano, y no haber dato, ni aun sospecha de que otro fuera el autor de ella, cuyos hechos por el necesario enlace que presentan con la persona de Atilano, persuaden que éste fué el autor de la desflo.

ración de Dionisia. (Arts. 367. Código de Procedimientos penales).

Considerando 3.º: Que respecto de la fuerza que dice Dionisia haber empleado Atilano, para consumar la union carnal, solamente existe el dicho de aquella, el cual no es prueba suficiente, particularmente estando ese dicho contra-indicado por el hecho de no haber huido Dionisia del poder de Atilano, ni ocurrido á las autoridades de las haciendas donde estuvo, cuando la dejaba sola para ejecutar sus trabajos en el campo.

Considerando 4.º: Que el delito de rapto no se puede perseguir de oficio sino á pedimento de parte, ó cuando acompañe ó siga al rapto otro delito que pueda perseguirse de oficio: por lo cual, no habiendo quien pida contra Atilano Gonzalez, no puede imponérsele castigo por el rapto. (Arts. 794. Código Penal).

Considerando 5.º: Que aunque el incesto se puede perseguir y castigar de oficio (Arts. 802. Cód. Pen.), y aunque el acceso carnal entre Dionisia sea real y efectivo, ese acceso no debe castigarse, porque no tiene el carácter de incesto ante la ley civil; porque por incesto se entiende la union carnal de personas de distinto sexo que, por razon de parentesco, no pueden contraer matrimonio válidamente conforme al Código Civil; y *pudiendo* Atilano y Dionisia contraer matrimonio *válidamente*, aunque obteniendo dispensa de la ley prohibitiva (Frac. 4.ª del art. 163. Código Civil), el acceso carnal entre ellos no tiene el carácter de incesto.

Considerando 6.º: Que esa consideración se confirma plenamente atendiendo á que el art. 797 del Código Penal que sigue inmediatamente al que define el delito de incesto, no impone pena alguna al acceso carnal entre parientes colaterales en tercer grado de consanguinidad, sino que limita la penalidad al acceso entre padres é hijos consanguíneos ó afines, y entre hermanos y medios hermanos.

Considerando 7.º: Que no es de aplicarse en este caso el art. 3.º del Código Penal, segun el cual, cuando se comete un delito *de que no se hable* en el mismo Código, y cuya pena esté señalada en una ley especial, debe aplicarse aquella: porque en

el Código *si se habla* del delito de incesto definiéndolo en el art. 796, y penando en el 797, solo lo que el legislador quiso castigar, y es el acceso carnal entre los que *no pueden* de ninguna manera contraer *válidamente* matrimonio, ni aun con dispensa, porque la ley no la hace posible.

Considerando 8.º: Que la antigua legislación que señalaba la pena á la union carnal entre parientes consanguíneos en el tercer grado en la línea colateral, está derogada, pues es manifiesta á ese respecto la voluntad del legislador. Porque al formarse el Código Penal del Distrito Federal, intencionalmente se omitió definir y castigar el incesto, siguiéndose en esto como se expresa en la exposición de los motivos de dicho Código, las disposiciones de los Códigos modernos: de manera que en el Distrito Federal no quedó penada la union carnal entre parientes, por razón de incesto. Del Código Penal del Distrito Federal fué tomado el Código Penal vigente en el Estado; pero no estando conforme nuestro legislador con la omisión absoluta del delito de incesto, hecha en el Código del Distrito, lo definió y penó en los arts. 796 y 797, pero limitando intencionalmente en éste la penalidad á solos los accesos carnales entre padres é hijos, hermanos y medios hermanos; los cuales, en ningun caso ni condición pueden contraer válidamente matrimonio. Por lo cual, estando manifiesta la voluntad del legislador, de no comprender entre los hechos penados, la union carnal entre consanguíneos colaterales en tercer grado, no debe ser castigada la que hubo entre Atilano y Dionisia Gonzalez.

Considerando 9.º: Que no debiendo perseguirse ni castigarse tal union, como incesto; no debiendo tampoco perseguirse ni castigarse el rapto por no haber parte que pida ni estar unido el incesto, pues que no lo hubo en el caso; y no pudiendo castigarse la violación, ora por no estar probada, ora porque tampoco puede perseguirse de oficio (Art. 55. Cód. de Proced. Pen.), no hay que aplicar en este caso pena alguna.

Por tales consideraciones y con fundamento en los arts. 794, 796 y 797, la Sala que conoce de esta causa, falla: Se revoca la sentencia de la 2ª Sala del Superior Tri-

bunal de Justicia que condenó á Atilano Gonzalez á cinco años cuatro meses de prisión y sesenta pesos de multa por el delito de incesto; y ahora se le absuelve del cargo mandando que sea puesto en absoluta libertad. Hágase saber. Líbrese la ejecutoria correspondiente, devolviéndose con ella la causa al inferior. Remítanse á las autoridades respectivas las copias de esta sentencia conforme al art. 482 del Código de Procedimientos Penales y archívese el Toca. Así lo sentenció y firmó el Señor Ministro. Doy fé.—*Norberto F. Arcaute.*—Rúbrica.—*Juan R. Arvizu.*—Rúbrica.—Secretario interino.

SENTENCIA DEL JUZGADO 1.º CORRECCIONAL.

DIFAMACION. ¿El dolo es circunstancia esencial en ella?

DOLO.—La falta de espontaneidad de las afirmaciones que se pretenden difamatorias ¿les quita la intención dolosa?

México, 26 de Agosto de 1891.

Vistas las presentes diligencias instruidas contra Martín Trifón Salazar, por el delito de difamación de que lo acusa José María Ramirez. Resultando que no está comprobado el dolo toda vez que el acusado fundado en los informes de los testigos que han sido presentados por él, tuvo motivo para suponer el hecho atribuido á su acusador de haber tomado en su ausencia dinero de la caja y á mayor abundamiento no lo manifestó así de *motu* propio á los testigos presentados por Ramirez, pues como éstos mismos aseguran lo interrogaron de la causa de no hallarse ya en la casa Ramirez faltando por lo mismo la intención dolosa, requisito constitutivo del delito de difamación. Por lo expuesto, con fundamento del artículo 8 del Código penal y 121 del de Procedimientos Penales, el Juez que suscribe determinó que no ha lugar á procederse contra Martín Trifón Salazar. Notifíquese á quienes corresponda en la forma legal y archívense las presentes diligencias y firmó. Doy fé.—*G. Gomez Zozaya.*—rúbrica—*Cárlos Saavedra.*—rúbrica—Secretario.

JUZGADO 2.º DE LO CRIMINAL DEL DISTRITO FEDERAL.

SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL SUAERIOR DEL DISTRITO FEDERAL.

Una causa curiosa y casi novelesca se está instruyendo actualmente en el Juzgado 2.º de lo criminal de esta Capital. Al decir de V. H. el Gral. G. le era deudor de cierta cantidad de dinero que le había ministrado por vía de préstamo. El deudor ofrece pagar á su acreedor en abonos y le entrega un billete de la lotería última del 5 de Mayo, no se sabe si en guarda ó por cuenta de la cantidad debida, pues tal es el problema que en el proceso se ventila. Dicho billete resulta premiado con \$6,000 y el General acusa á H. de abuso de confianza, por no querer ésto entregar el dinero á tan poca costa obtenido. H. declara haberle sido entregado el billete por su valor inmediato de \$10 ántes del sorteo y en abono de la cantidad que G. le adeudaba, y que ya dispuso de todo el premio, parte en gastos propios y parte obsequiando á un amigo á quien dió una fracción del billete. G. sostiene haber entregado el billete sólo en depósito, demandando, además, á H. por responsabilidad civil que hace consistir en la restitución de la expresada cantidad, en el pago de daños y perjuicios y de los gastos judiciales. Durante la averiguación del delito imputado y corriendo sus trámites el juicio sobre responsabilidad civil, el Gral. H. presenta escrito en el cual, con fundamento de los arts. 301, 302, 303 del Código Penal 326, 337 y 344 del de Procedimientos civiles, pretende se asegure por vía de providencia precautoria la cantidad en que salió premiado el billete, y en caso de no existir, se proceda al embargo de bienes por valor de aquella, practicándose esta diligencia aun con la persona á quien dice el acusado haber regalado parte del billete.

Al efecto el promovente pide se sustancie el incidente conforme á la ley de la materia. El juez pronuncia el auto que sigue, y en el cual, se resuelven estas cuestiones:

RESTITUCION. I.a de la casa robada y sus frutos ¿procede por vía de providencia precautoria ó sea antes de la sentencia sobre el delito?

IDEM. Puede hacerse la restitución de cosa que ya no existe?

México, Agosto 17 de 1891.—Vistos y considerando: que si bien es cierto que uno de los

efectos de la responsabilidad civil deducida en el delito de robo ó sus especies, consiste en la restitución de las cosas robadas con arreglo á la fracción 1.<sup>a</sup> del art. 301 del Código Penal, el 302 del mismo cuerpo de leyes explica que esa restitución consiste en la devolución de la cosa usurpada y de los frutos existentes en los casos en que el usurpador debe restituir estos con arreglo al Código Civil. En tal virtud, y apareciendo de las constancias que obran en la causa instruida contra V. H., por abuso de confianza el billete de lotería en cuya usurpación se hace consistir la materia del delito, ni existe en poder del inculpado, ni en el de tercera persona por haber sido cobrado, no puede el Juzgado decretar una devolución que le consta ya ser imposible ó impracticable, no siendo aceptable la ingeniosa modificación que el ocurrente pretende introducir en el ejercicio de la acción real que deduce, porque además de ser de interpretación estricta los preceptos de la ley en materia penal, aún tratándose de la civil, no está al arbitrio de los interesados modificar la esencia de las acciones que deduzcan por ser de derecho público. Por estas razones y con apoyo de los preceptos legales enunciados, no ha lugar á decretar las diligencias que promueve el ciudadano G. Lo decretó y firmó el Juez.—Doy fé.—Dominguez.—Martín Mayora.—Rúbricas.

Apelado el auto anterior por el acusador, la 2.<sup>a</sup> Sala pronunció el fallo que sigue, y en el cual se contienen estos puntos de nuevo y muy controvertible derecho:

FRUTOS CIVILES.—¿Que se entiende por ellos?

ASEGURAMIENTO DE BIENES.—¿Procede que el Juez en una causa por abuso de confianza consistente en haberse dispuesto fraudulentamente de la cantidad pagada por un billete de lotería, ejecute aquella diligencia, aún sobre bienes que ninguna relación guardan con el dinero, fruto del abuso de confianza?

México, Septiembre 10 de 1891.

Visto y teniendo en consideración. Primero: que el promovente ha solicitado que se recoja y deposite el dinero proveniente del delito de abuso de confianza que se averigua ó en su defecto, se aseguren bienes bastantes á cubrir la cantidad materia del delito. Segundo: Que la primera parte de ésta petición está arreglada á derecho y aun debió decretarse de oficio por el juez, pues contra lo que éste asienta en el auto revisado, el dinero que se pagó por el billete es, conforme al artículo 780 del Código

Civil, el fruto civil de aquel y según el 303 del Código Penal los frutos existentes de la cosa usurpada, deben devolverse al ofendido por el delito. Tercero: Que en cuanto á la segunda parte de la petición, ella constituye la solicitud de una providencia precautoria y para que ésta se decrete es necesario que se llenen los requisitos exigidos por los artículos 331 y 326 fracs. 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> del Código de Procedimientos Civiles y tales requisitos no se han llenado en el caso. Por estas consideraciones se declaró: Primero: Que es de revocarse y se revoca el auto de diez y siete de Agosto último dictado por el Juez 2.<sup>o</sup> de lo Criminal en el incidente promovido por el C. F. G., en la averiguación que por abuso de confianza se instruye contra V. H. Segundo: Se declara que debe practicarse el aseguramiento y depósito del dinero producto del billete que se dice depositado por G. en poder de H. y que fué la materia del delito que se averigua. Hágase saber y remítase testimonio de este auto al juez para los efectos legales. Así por unanimidad lo proveyeron y firmaron el Presidente y Magistrados de la Segunda Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito. Doy fé.—Puente.—Cana-lizo.—Baz.—F. A. Osorno, secretario.

## SECCION CIVIL.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE HIDALGO.

PRIMERA SALA.

CASACION.—¿Procede cuando pudiendo reclamarse la violación en la instancia, no se hizo?

Pachuca, 4 de Julio de 1891.

Vistos en casación interpuesta por parte del Lic. Bartolomé Saviñón, los autos del juicio ordinario que sobre reivindicación de terrenos de la hacienda de San Francisco, sita en el Municipio de Tecozautla del Distrito de Huichápan, ha seguido el mismo Lic. Saviñón contra D. Ignacio Guerrero, siendo patrocinada la parte actora sucesivamente por los Lics. Fidencio Uribe, Isaac Rivera y Carlos Sánchez Mejorada, y la demandada, por los Licenciados Manuel Díaz Barreiro, Pedro Díaz Barreiro y José E. de la Peña y Unánue; siendo vecinas de

la ciudad de México ambas partes litigantes y sus respectivos patronos, con excepción de los Licenciados Uribe y Rivera que son vecinos de Huichápan, y de esta ciudad el Lic. Sánchez Mejorada, quien ha representado con poder jurídico al Lic. Saviñón en el presente recurso.

Resultando primero: Que ante el juzgado de 1ª instancia de Huichapan, promovió juicio ordinario el Lic. D. Bartolomé Saviñón contra D. Ignacio Guerrero, reclamándole la propiedad del frontón del cerro denominado de Montalbán, en la parte que mira al Norte y sito ese predio entre los límites de la hacienda de San Francisco, perteneciente al primero, y de la hacienda de Xajay de que es dueño el segundo. Fundó el actor su demanda en el testimonio que exhibió, de la escritura pública de transacción celebrada por él en la ciudad de México á primero de Julio de mil ochocientos sesenta y siete, con D. Antonio Diaz Torres, dueño entonces de la hacienda del Xajay, y en la cual escritura se hace relación del apeo y deslinde practicado entre dichas fincas el año de mil setecientos, y del amojonamiento verificado en Enero de mil ochocientos cincuenta y ocho, acompañando además un croquis del terreno en cuestión. El demandado contestó la demanda en sentido negativo y además opuso la excepción de *sine actione agis*, fundándola en que de los mismos documentos presentados por el actor, aparecía: que el terreno reclamado era de la hacienda de Xajay y no de la de San Francisco; oponiendo también la excepción de lesión, porque el terreno disputado valía más de los setecientos pesos que dió Saviñón á Diaz Torres y cuando éste tenía otorgada escritura de hipoteca de la hacienda de Xajay para seguridad de los créditos que reportaba con cláusula especial de no poder vender, gravar, ni en manera alguna enagenar bajo pena de nulidad.

Resultando segundo: Que seguido el expresado juicio por todos sus trámites, abierta la dilación probatoria en la que las partes rindieron las justificaciones que estimaron conducentes, y producidos los alegatos respectivos, previa citación, se pronunció con fecha nueve de Febrero de mil ochocientos ochenta y ocho, sentencia definiti-

va que absolvió de la demanda á Guerrero y condenó en costas á Saviñón, quien interpuso apelación que le fué admitida en ambos efectos, habiéndose sustanciado legalmente y como correspondía la segunda instancia del juicio hasta pronunciarse por la segunda Sala de este Superior Tribunal en tres de Septiembre del expresado año de mil ochocientos ochenta y ocho, la sentencia de vista que concluye con la siguiente resolución: Por las mismas consideraciones de hecho y de derecho del C. Juez de primera instancia de Huichápan, y por sus propios y legales fundamentos, que son las leyes 1ª y 2ª, título 14, Partida 3ª y artículos 523, 524, 796, 1,476, 203 y 204 fracción 4ª del Código de procedimientos civiles, se confirma la sentencia de nueve de Febrero del presente año, que absolvió de la demanda interpuesta por el Sr. Lic. Bartolomé Saviñón, al Sr. Ignacio Guerrero y le condenó al pago de las costas ocasionadas en el juicio, é igualmente se le condena al precitado Lic. Bartolomé Saviñón al pago de las costas causadas en esta segunda instancia. Notifíquese» . . . . .

Resultando tercero: Que de dicho fallo se interpuso casación por escrito que á la letra dice: "Interpone el recurso de casación.—Señores Magistrados de la 2ª Sala del Superior Tribunal.—Cárlos Sánchez Mejorada, como apoderado jurídico del Sr. Lic. D. Bartolomé Saviñón, en los autos que éste sigue con D. Ignacio Guerrero, sobre propiedad de terrenos, ante vdes. en la forma que proceda y con todo respeto digo: que el día cuatro del presente mes, se me notificó por instructivo, que esa Sala, en los mencionados autos pronunció la sentencia cuya parte resolutive dice así: "Se confirma la sentencia de nueve de Febrero del presente año que absolvió de la demanda interpuesta por el Sr. Lic. Bartolomé Saviñón al Sr. Ignacio Guerrero y le condenó al pago de las costas ocasionadas en el juicio, é igualmente se le condena al precitado Lic. Bartolomé Saviñón al pago de las costas causadas en esta segunda instancia.»

Esa sentencia es contraria á la letra y á la interpretación natural y genuina de varias leyes aplicables al caso; y por tal motivo, usando de la facultad que con-



ceden á mi poderdante los artículos 1,503 inciso 1.º y 1,516 inciso también 1.º del Código de procedimientos civiles, interpongo contra la misma sentencia el recurso de casación.

Para obsequiar lo dispuesto en los artículos 1,525 y 1,526 del citado Código de procedimientos civiles, manifiesto que fundó el recurso en la causa que señala el inciso primero del art. 1,516 de que hice ya mérito, y que las leyes infringidas son: las 2ª título 136; 32, título 16; 114, título 18, Partida 3ª; 50, 56, 64 y 67, título 5º; 4ª título 11; 14 y 38, título 13, Partida 5ª y 10, título 33, Partida 7ª; el Código civil en sus artículos 1,393, 1,398, 1,707, 1,788, 1,794, 1,796, 1,801, 1,808, 1,812, 2,051, fracción 1ª; 2,965 y 3294; y el Código de procedimientos civiles en sus artículos 719, 727, 728, 731 y 739.

Por lo expuesto y en virtud de que la sentencia es definitiva, dictada en la última instancia de un juicio, y de que he expresado la causa y he citado las leyes infringidas. A vdes. pido se sirvan admitirme de plano dicho recurso de casación señalando la cantidad que mi parte ha de poner en depósito, conforme al art. 1,513 del Código de procedimientos civiles, y el término dentro del cual debo continuarlo, y disponiendo que, con la correspondiente citación, se remitan los autos á la Primera Sala de ese Tribunal, pues así es de hacerse en justicia que protesto con lo necesario.

Pachuca, Septiembre once de mil ochocientos ochenta y ocho.—Lic. Carlos Sánchez Mejorada.»

Y habiéndose admitido la casación, vinieron los autos relativos á esta Primera Sala, ante la que se ha sustanciado el recurso con arreglo á la ley, declarándose Visto en la audiencia respectiva, después de los informes pronunciados por el Lic. Carlos Sánchez Mejorada, en representación del Lic. Bartolomé Saviñón y por el Lic. José E. de la Peña y Unánue, patrono de D. Ignacio Guerrero.

Considerando primero: Que al establecerse la casación, se obedeció á los preceptos de los artículos 1,513, 1,516 y 1,523 á 1,526 del Código de procedimientos civiles, y por lo mismo, están llenados entre otros, los requisitos necesarios para deci-

dir en cuenta á la legalidad con que se interpuso el recurso, que es el primer punto que debe tomarse en cuenta en casos como el presente, con arreglo al art. 1,536 del citado Código.

Considerando segundo: Que la parte positiva del fallo recurrido, se concreta á estos textuales conceptos, en los que se hace la apreciación de la materia de la contienda: 1º Que no probó el Sr. Lic. Bartolomé Saviñón la acción que ejerció contra el Sr. Ignacio Guerrero, puesto que no justificó la propiedad del terreno demandado, y Guerrero sí justificó con la escritura de compra de la hacienda de Xajay, ser el dueño de ella. 2º Que cuando el actor no prueba su acción, debe de absolverse al reo, aun cuando nada pruebe . . . . ., y termina el mismo fallo con la parte resolutive ya inserta al final del resultando segundo.

Considerando tercero: Que en tal virtud, siendo el fallo recurrido, reproducción del de primera instancia absolutamente en cuanto á los fundamentos de hecho y de derecho, las violaciones alegadas por el recurrente, en caso de haberlas, han existido desde en la primera instancia del negocio; y no habiendo sido reclamadas ni en el momento de cometerse, ni por vía de agravio en la segunda instancia, son inatendibles conforme á los explícitos preceptos de los artículos 1,506 y 1,508 del Código de procedimientos civiles que dicen: "El recurso de casación no procede cuando el que lo interpone, pudiendo reclamar la violación, no lo ha hecho antes de pronunciarse la sentencia."

"La violación causada en la instancia cuya sentencia definitiva no cause ejecutoria, no puede reclamarse por medio de recurso de casación, sino por vía de agravio en la siguiente instancia."

Por las anteriores consideraciones, fundamentos citados y artículos 1,537 y 1,540 del mismo Código de procedimientos civiles, se declara:

Primero. Por unanimidad: el presente recurso de casación, ha sido legalmente interpuesto.

Segundo. Por mayoría: no es de casarse ni se casa la sentencia recurrida.

Tercero. Por mayoría: se condena al recurrente á la pérdida del depósito respec-

tivo, al que se dará la aplicación que corresponde.

Hágase saber, publíquese en el "Periódico Oficial" del Estado, y con testimonio de este fallo, vuelvan los autos á la Segunda Sala de donde han procedido, para los efectos legales.

Así lo decretaron los ciudadanos Magistrados de la Primera Sala del Tribunal Superior de Justicia del Estado y firmaron. Doy fé.—*Francisco de P. Arciniega.*—*Tomás Mancera.*—*Crisóforo García.*—*Miguel Mendiola*, secretario.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL ESTADO DE QUERÉTARO.

PRIMERA SALA.

REPRESENTANTE COMUN.—¿Debe ser nombrado por dos personas contra quienes se interpone demanda?

IDEM.—No nombrado por los demandados dentro del término que la ley fija ¿procede que el juez haga el nombramiento en rebeldía de aquellos?

IDEM.—¿Puede serlo una mujer, cuando es una de las personas demandadas y éstas las designan?

IDEM.—¿Son una misma cosa representante comun y procurador?

PROCURADOR.—¿Pueden serlo las mujeres?

MANDATO O PROCURACION.—¿Qué es?

ESCRITURA PUBLICA.—¿Debe otorgarse en ella el mandato para un negocio cuyo interés excede de mil pesos?

Querétaro, Agosto 28 de 1891.

Visto el incidente de apelación promovido por D. Mariano Llanas Puentes en el juicio que sobre nulidad de un testamento sigue contra las señoras Nicolasa Juárez y Ramona Hernández; el auto apelado de Mayo 6 de éste año; el en que se admitió el recurso con fundamento en el artículo 1495 del Código de Procedimientos Civiles, señalando al apelante cinco días, para continuar el recurso; el escrito de mejora y expresión de agravios; el de contestación; el extracto formado por la Secretaría; el auto en que se citó, con fundamento en los artículos 1532 y 1534 del expresado Código, la vista del negocio que tuvo lugar el veintidos de que cursa, según apa-

rece de la certificación de la Secretaría; los alegatos presentados por las partes; el auto de citación de veinticinco del actual, con todo lo demás que debió verse y se tuvo presente.

Resultando primero: Que habiéndose presentado D. Mariano Llanas Puentes en ocho de Abril de éste año, formulando demanda de nulidad del testamento otorgado en once de Octubre de mil ochocientos setenta y nueve por la Sra. D<sup>ca</sup>. Loreto Colindres, contra las de igual clase Nicolasa Juárez y Ramona Hernández, solicitando además se les notificara nombrasen representante comun, á fin de que luego se les corriera el traslado que procedía.

Resultando segundo: Que habiéndose proveido por el Juez de lo civil el auto respectivo de conformidad con lo pedido por el Sr. Llanas Puentes se fijó á las señoras demandadas el término de tres días para que nombrasen el representante comun.

Resultando tercero: Que en dos de Mayo siguiente pidió el actor, con fundamento en el artículo 174 del citado Código, se eligiera por el Juez el representante comun con quien se entendiera el traslado, por haber pasado el término que con aquel objeto se había señalado á las Señoras demandadas.

Resultando cuarto: Que en seis del mismo Mayo, el C. Juez, en vista del escrito del Sr. Llanas Puentes, y teniendo en consideración otro de la Sra. Hernández presentado el diez y siete de Abril anterior, en el que designaba para representante á su codemandada la Sra. Juárez, con fundamento del artículo 92 del Código de Procedimientos Civiles, nombró á dicha Sra. Juárez representante comun, ordenando se le corriera el traslado respectivo.

Resultando, por último; que al notificarse el auto citado al Sr. Llanas Puentes, apeló de él, manifestando que el nombramiento de representante comun hecho en la Sra. Juárez era enteramente opuesto á la ley, por carecer dicha Señora de capacidad jurídica para comparecer en juicio á nombre de otro, apoyándose para apelar en los artículos 1495 y 1496 del Código de Procedimiento Civil.

Considerando primero: Que para resolver con el mejor acierto posible la cuestión

que en éste caso se trata, hay que fijar las diferencias que con arreglo á la ley existan entre el representante comun y el procurador, ó si no existe diferencia alguna entre ambos cargos.

Considerando segundo: Que no habiendo establecido la ley diferencia alguna entre el representante comun y el procurador, sino por el contrario dejado entender que aquel quedó sometido á las reglas establecidas para éstos; pues el artículo 92 del Código de Procedimientos Civiles dice simple y testualmente: "que cuando dos ó más personas sostengan un mismo derecho ó ejerciten una misma acción, deberán, dentro dentro de tres días, elegir un representante comun . . ." es decir, persona que litigue en nombre de los que sostengan la misma acción; y teniendo esa persona que ejercitar las propias funciones que el procurador, hay que deducir que conforme á nuestras leyes el representante comun y el procurador son una misma cosa.

Considerando tercero: Que una vez resuelto que el representante comun es un procurador, hay que examinar si las mujeres pueden ó nó ejercer el cargo de procuradora conforme á nuestras leyes, para determinar, en definitiva, si el nombramiento hecho en la señora Nicolasa Juárez debe ó no subsistir.

Considerando cuarto: Que la prohibición para que las mujeres puedan ser procuradoras, no data de nuestras leyes actuales, sino que trae su origen de tiempos muy remotos, como es de verse en el Dic. de Leg. de Escriche, Pal. «Procurador Judicial» § 4º al hablar de los que tienen impedimento legal para ejercer el cargo de procuradores, y refiriéndose á la ley 5ª. tit. 5º. Part. 3ª. Que la ley 13 tit. 5º. Part. 3ª al hablar del nombramiento de apoderado dice: «que un *ome* puede hacer personero á otro . . . » excluyendo en la palabra *ome* á la mujer según reza la ley 6ª. tit. 33 Part. 7ª. cuando dice: que bajo la palabra «hombre» se comprende comunmente la mujer *excepto en aquellas cosas* en que se hallare escluida.

Considerando quinto: Que el artículo 2514 del Código Civil en su parte segunda dice: «que no pueden ser procuradores en juicio las mujeres, á no ser por sus maridos, ascendientes ó descendientes, estando estos

impedidos ó ausentes, en cuyas excepciones no se encuentra la Sra. Juárez respecto de la Sra. Hernández; sin poder tomarse en consideración lo que la Sra. Juárez ha expresado por voz de sus abogados, primero, porque el artículo 2474 del propio Código define la procuración diciendo ser un acto por el cual una persona dá á otra la facultad de hacer en su nombre alguna cosa; y segundo, porque conforme á la fracción 2ª. del art. 2484 del repetido Código Civil habría debido otorgarse el mandato en escritura pública, atendiendo á la cantidad que en el juicio se versa.

Considerando, por último: Que al prevenir el artículo 92 del Código de Procedimientos Civiles, que cuando dos ó más personas sostengan un mismo derecho, elegirán dentro de tres días un representante comun, escojiendo el Juez entre las indicadas por los partes, no dijo que precisa y necesariamente fuera una de las mismas partes ni mucho menos que el nombramiento recayera en persona que careciera de los requisitos que la ley exige para poder representar en nombre de otro, aun cuando fuera indicado por los interesados, porque esto sería dar una interpretación del todo contraria á la mente del artículo citado, que quiere sólo que los litigantes no intervengan en los juicios cada uno por sí, ni tampoco por medio de apoderado cada uno, sino que todos elijan un apoderado que á todos representen y por lo que se le llama representante comun.

Por todo lo expuesto, y con fundamento en las doctrinas y artículos citados, más el 1550 del Código de Procedimientos Civiles, el C. Ministro dijo: que debía de resolver y resuelve; primero: es de revocarse y se revoca el auto pronunciado el seis de Mayo anterior, que nombró representante comun á la Sra. Nicolasa Juárez para seguir el juicio que á dicha Señora y á la de igual clase Dª. Ramona Hernández promueve D. Mariano Llanas Puente. Segundo: No se hace expresa condenación en costas por no encontrar la Sala temeridad ó mala fé en las partes que litigan, sino que cada una pagará los que hubiese erogado. Tercero: Hágase saber, devuelvânse los autos al juzgado de su procedencia, con copia autorizada de ésta resolución, para

los efectos legales y archívese el Toca.—  
M. M. Vazquez Legorreta.—B. Concha.—  
Rúbrica. »

## INSERCIONES.

### DEL CONTRATO POR CORRESPONDENCIA, PRINCIPALMENTE En las Relaciones Internacionales.

Sin examinar la muy delicada cuestión sobre en qué momento y en qué lugar se forma el contrato por correspondencia, y aun suponiéndola resuelta (1), nos proponemos en este estudio determinar la ley llamada á regir los elementos íntimos de formación, la interpretación y los efectos de este contrato.

Viejos autores del siglo XVII, Hugo Groost (Grotius) y el jurista alemán Hert (Hertius) pretenden (2) que las reglas que rigen el contrato por correspondencia, deben ser determinadas por el derecho natural. El jurisconsulto holandés, notablemente en su celebre tratado *De jure belli et pacis*, coloca á este respecto, sobre la misma línea, los contratos hechos por cartas y los que son concluidos en plena mar ó sobre un territorio no ocupado todavía. *Plane animi erit*, nos dice, *si in mari pactio fiat, aut in vacuâ insulâ aut per litteras inter absentes. Talia enim pacta jure solo naturæ reguntur* [3].

Esta solución no debe sorprender, dado que los precedentes históricos faltan casi completamente y que ella se refiere á una época en que los contratos entre ausentes, muchos de los cuales no sabían escribir, debían ser relativamente raros (4). Los mercaderes se encontra-

(1) Entre las decisiones recientes de la jurisprudencia francesa, dadas en este orden de ideas, señalaré una sentencia de la Corte de Poitiers del 21 de Enero de 1891, que consagra la solución generalmente admitida por nuestros tribunales. De ese fallo resulta que cuando un contrato se forma por correspondencia, se reputa hecha la promesa y concluido el contrato, no en el lugar de la propuesta y de donde la oferta ha partido, sino en aquél donde ha sido aceptada y de donde se ha expedido la carta de aceptación. Véase la *Gaceta del Palacio* del 20 de Febrero de 1891.

(2) Flert, *De Contractu litterarum*, §§ 16—19, Comm. V. I. pág. 243.

(3) Grotius, *de jure belli et pacis*, lib. 2. cap. XI. § 3, núm. 3.

(4) Los textos del derecho romano no se han ocupado del contrato entre ausentes, sino para decirnos que era imposible cuando se trataba de estipulación, a causa de la forma de la misma. *Verbis obligatio inter absentes inutilis est*, se lee en las Institutas de Justiniano, en el título *De inutilibus stipulationibus*. Sin embargo, aun en materia de estipulación, hubo temperamentos á esta regla, que se referían principalmente al escrito que comprobaba la estipulación, la cual se tenía por hecha, si aquél la mencionaba. (Lib. 1. Cód. lib. VIII. tit. XXXVIII).

ban entonces y trataban de viva voz sus negocios, en las férias, tales como las que tenían lugar en nuestra antigua Francia principalmente en Lyon en Beaucaire, en Rouen, en Champagne y en Brie. La práctica, pues, de los contratos por correspondencia estaba todavía poco esparcida y mal asentada.

Es curioso consignar que, á muchos siglos de distancia, un autor italiano moderno, en ocasión de un contrato por correspondencia, absolutamente reciente que los progresos incessantes de la ciencia hacen posibles en nuestros días, fundándose sobre que el caso no está todavía ni previsto ni arreglado por la ley, propone aplicarle la regla de que Grotius deseaba que se hiciese uso para los contratos que habían tenido lugar por medio de cartas. Según Norsa (1), en efecto, el contrato por correspondencia telefónica, por ser una convención absolutamente nueva y no reglamentada todavía, debería ser apreciado por el juez, según la equidad natural.

La opinión de Norsa no es mas aceptable que lo que lo sería la de los viejos autores del siglo XVII. Es de lamentarse solamente, dice con gran razón Savigny, que Hert y Grotius, al proponer su solución basada sobre el derecho natural, no nos hayan dado al mismo tiempo el tratado de este derecho cuya aplicación piden (2). La expresión de un pesar de la misma naturaleza puede igualmente ser dirigida á Norsa.

La noción por demasiado vaga de derecho natural ó de equidad natural es, en efecto, impotente para suministrarnos indicaciones siquiera un poco satisfactorios. Es en la teoría de la autonomía de la voluntad donde se encuentra la verdadera solución. En otros términos, debemos, tratándose del contrato por correspondencia, como de cualquiera otro, establecer el principio de que es la voluntad, ley de las partes, la que conviene interrogar con cuidado, porque ella va á designarnos la ley escogida por el polisitante y el aceptante como regla de sus relaciones contractuales.

Esto supuesto, nos parece que dos situaciones diferentes pueden ser previstas.

*Primera situación.* La voluntad de las partes, puede haber sido formalmente expresada ó inducirse con certidumbre del análisis del mismo contrato por correspondencia.

*Segunda situación.* La voluntad de las partes, no habiendo sido expresada, no puede

(1) Norsa: *Il Telefono e la legge*.

(2) Savigny: *Traité de droit romain*, tom. VIII, pág. 255.

además ser descubierta por el análisis del contrato.

Estudiemos ambas situaciones sucesivamente.

### I.

La primera situación que hemos caracterizado, nos presenta dificultades verdaderamente serias.

Supongamos desde luego que las partes, que han tratado por correspondencia, se hayan referido formalmente á la ley de un país determinado. Una carta que contiene una oferta es, por ejemplo, escrita por un ruso habitante de San Petesburgo á un francés, habitante de Paris. Despues de pláticas mas ó menos largas, queda concluido el contrato, y las partes convienen en que se regirá por la ley rusa. Entonces conforme á esta ley será preciso, pues así lo quiere el principio de autonomía, apreciar las condiciones de validés del contrato, interpretarlo y determinar sus efectos.

Partiendo de esta idea que nos es dudosa, puede suceder que el juez francés se haya apoderado de una contestación relativa al contrato; *verbigratia*, á sus efectos. Este juez, que conoce la ley extranjera que ha sido expresamente escogida, ¿está obligado á aplicarla frente á un francés demandado? Incontestablemente sí, y obrando de este modo, no hace por lo demás sino practicar su ley nacional, en virtud de la cual la voluntad de las partes puede libremente ejercitarse en la esfera de los intereses privados.

Pero es posible que el juez francés haya faltado á su deber, ¿cuales van á ser las consecuencias? La mayor parte de los autores (1) y la jurisprudencia francesa deciden erróneamente en nuestro concepto, que cuando un tribunal francés que debía aplicar una ley extranjera, se ha abstenido de hacerlo, nuestra Corte de casación no tiene que intervenir. Este tribunal supremo, se dice en sustancia, no ha sido instituido sino para mantener la aplicación uniforme de nuestras leyes nacionales francesas y no los de otros países. En cuanto á la aplicación de una ley extranjera, se profesa la doctrina de que no constituyendo sino una cuestión de hecho, se escapa al control de la Corte suprema. Tales son los errores muy generalmente seguidos entre nosotros.

¿Conviene observarlos en nuestra hipótesis? De ninguna manera, y nuestra Corte de casación no deberá vacilar ni vacilaría, aun dada su doctrina misma, en casar las decisiones de los tribunales franceses que no hubieran tenido en cuenta una ley extranjera expresa ó tácitamente adoptada por el policitante y el adoptante como regla de sus relaciones.

En efecto, es una regla de derecho, escrita en el art. 1,134 de nussro Código Civil, que la expresión de la voluntad constituye la ley de las partes. De aquí se sigue que la ley extranjera escogida por los contratantes, que nuestra especie han tratado por correspondencia, se ha hecho una ley francesa cuya violación debe ser sancionada por la Corte de casación.

Esta solución en el caso de un contrato por correspondencia entre un extranjero y un francés, es igualmente exacta si el contrato, que debe ajustarse á la ley extranjera, ha tenido lugar únicamente entre nacionales franceses. Lo es también, en la hipótesis de que el contrato se ha formado únicamente entre extranjeros, salvo tener en cuenta la tésis de nuestra jurisprudencia que se reconoce frecuentemente incompetente para decidir sobre los contratos entre extranjeros.

Acabamos de preveer que el policitante y el aceptante, han escogido una ley extranjera para arreglar el contrato. Les es evidentemente más fácil manifestar, de una manera más completa, su voluntad, que por esta referencia pura y simple á una ley extranjera, detallando por sí mismos las condiciones á las cuales entienden someter su convención. Estas manifestaciones de la voluntad serán respetadas, á menos que salgan de los límites impuestos por la moral ó las leyes protectoras del orden social (1).

Es posible, en fin, que sin haber sido formalmente expresada, pueda deducirse con certidumbre la voluntad de las partes del contrato por correspondencia, tomado en sí mismo. Supongamos que un individuo que depende de una nación donde cierto y determinado contrato es absolutamente desconocido ó á lo menos poco practicado, sin que haya sido previsto especialmente ni reglamentado por la ley, celebra por correspondencia este mismo contrato con una persona perteneciente al contrario á un país donde se dé una práctica corriente y está reglamentado por la legislación.

(1) Véase principalmente á Colin, *Del recurso de casación por violación de la ley extranjera*, Clunet, 1890, pág. 406 y s. 794 y s.

(1) Pillet, *Del orden público en derecho internacional privado*, Espagnet, Clunet, 1899, pág. 5 y s. y 207 y s.

Si el policitante y el aceptante no han expresado ninguna voluntad de designar la ley aplicable, no será menos cierto que han debido entender referirse á la ley que prevee especialmente y tiene cuidado de reglamentar el contrato, más bien que á la que guarda silencio respecto á él. El análisis aplicado, en nuestra hipótesis, á la naturaleza misma del contrato por correspondencia, considerado en sí, nos conduce necesariamente á esta solución.

## II.

Llegamos al estudio mucho más completo y delicado en la segunda situación posible, que es aquella en la cual la voluntad de las partes que no ha sido expresada, no puede tampoco ser descubierta por el análisis del contrato.

Algunos autores sostienen que, á falta de manifestación contraria de la voluntad y cuando el lugar de la ejecución es distinto del de la formación del contrato, es necesario seguir la ley del lugar, y ésta debe decidir su cumplimiento (1). Si las partes no se han explicado sobre el lugar de la ejecución, las unas se refieren á la *lex loci actus* (2), las otras, al contrario, deciden que cada parte queda sometida al derecho de su domicilio (3). Hay aún algún autor que, sin atender al lugar de la ejecución, acepta esta solución y, generalisandola, la aplica á todos los casos (4). En fin ciertos interpretes siguen de preferencia la ley del lugar de la formación del contrato por correspondencia (5).

No aceptamos ninguna de estas diversas doctrinas, porque si bien toman, como es indudable, por punto de partida ó suponen la libertad de la voluntad de las partes, nos parecen establecer presunciones que no tienen bastante flexibilidad. Ellas aprisionan el papel esencialmente interpretativo del juez en un círculo que nos parece demasiado estrecho.

A nuestro modo de ver el principio que debe establecerse es el siguiente: "Si las partes no

(1) Savigny, *op. cit.* tom. VIII, § 370, pág. 204 y s.—Story, *Commentaries on the Conflict of laws*, § 280.—V. igualmente á Dicey et Stoequart. El estatus personal inglés, tom. I, pág. 263.—Comp. Whaerton, *On the Conflict of laws*, § 401, Westhake, *On private interu, law* (1880), pág. 234 y s. y *Revista de derecho internacional*, 1882, pág. 292.

(2) Story, *op. cit.*, § 280.

(3) Savigny, *op. cit.*, tom. VIII, § 273, pág. 251.

(4) Wachter, *Archiv. für die civilistische Praxis* tom. XXV, pág. 45.

(5) Asser et Rivier, *Elements de droit international privé*, pág. 76

han expresado ninguna voluntad sobre la ley aplicable al contrato por correspondencia, y si el análisis de este contrato en sí mismo no nos revela nada, conviene entonces aplicar el método analítico á los hechos accesorios y con esos que lo acompañan." Es necesario, en todos términos, referirse á las circunstancias exteriores del contrato por correspondencia con el objeto de investigar cual ha sido la voluntad tácita de las partes (1). Cuando ella nos fuere revelada, cesará toda dificultad. La voluntad tácita, lo mismo que la voluntad expresa, nos lleva en efecto á la teoría de la autonomía y aplicamos, en la mayor medida posible, la intención que se manifiesta, importando poco que sea de una ó de otra manera.

Dicho esto y colocándose frente á las hipótesis que pueden presentarse más ordinariamente en los hechos y dejando al juez toda latitud para pronunciarse fuera de nuestras soluciones si las circunstancias en las cuales el contrato por correspondencia ha tenido lugar, de lo que exigen, pongamos de manifiesto las principales aplicaciones de nuestro principio.

Distinguiremos desde luego, desde este punto de vista si el contrato por correspondencia se ha verificado entre personas dependientes de una misma Patria, ó si han tenido lugar entre personas pertenecientes á nacionalidades diferentes.

Consideremos sucesivamente cada uno de los casos de esta gran distinción.

A.—*Contrato por correspondencia entre personas dependientes de la misma Patria.*—Para que una cuestión de derecho internacional privado pueda presentarse en esta hipótesis, es necesario suponer: ó bien porque el contrato por correspondencia se ha verificado en otro país que á aquel á que el policitante y el aceptante se refieren á la vez por la nacionalidad y el domicilio ó bien que ha tenido lugar en un país donde las partes están domiciliadas sin ser nacionales; ó bien en fin, suponiendo siempre que el policitante ó el aceptante tienen la misma nacionalidad y están domiciliados en el mismo país, que el contrato se concertó fuera del país donde aquellos están, ya sea su nacionalidad, ya su domicilio.

Pasemos en revista estas tres cosas.

A. El contrato por correspondencia ha teni-

(1) Dumoulin, desde el siglo XVI, formulaba ya esta regla con ocasión de los contratos: *Inspicunior, nos dice, circumstantia voluntatis, quorum una est statutum loci in quo contrahitur, et domiciliu contrahentium antiquivel recentis et similes circumstantie.*

do lugar en otro país que á aquel á que el policitante y el aceptante se refieren á la vez por la nacionalidad y el domicilio. He aquí, por ejemplo, dos franceses, ambos domiciliados en Francia, que tratan por correspondencia en Rusia donde residen más ó menos largo tiempo. En este caso, surge un conflicto entre la ley francesa de la cual las partes dependen tanto por la nacionalidad, como por el domicilio y la ley rusa que es la del lugar donde el contrato se ha verificado. ¿A cuál de estas dos leyes es más razonable suponer que hayan entendido referirse los contratantes? Nos parece ciertísimo que, en este caso, las partes no han tenido en vista sino su ley nacional. Aunque hubieron conocido la legislación del país donde se encontraban y han tratado por correspondencia, las pláticas que han cambiado entre sí, han debido presentar á sus pensamientos la ley común de que dependen personalmente. Decidimos pues, que salvo contra indicación, convendrá aplicar esta ley al contrato por correspondencia.

B.—El contrato por correspondencia se ha celebrado en un país, y tanto el policitante como el aceptante no están nacionalizados sino domiciliados simplemente en él. Este segundo caso presenta una dificultad mucho más seria que el precedente. Supongamos que dos franceses que tienen su domicilio en Rusia contratan por correspondencia (1). La *lex loci contractus* coincide aquí con la ley del domicilio común del policitante y aceptante, pero se encuentra en lucha con su ley nacional. ¿Cuál de estas dos leyes va á gobernar el contrato? Se decide que salvo prueba en contrario las partes han entendido que la ley del domicilio común será la adoptada. En efecto, al cambiar el centro de su actividad y de sus negocios, evidentemente que han tenido en cuenta la ley que regía en este domicilio, la que no podían ignorar, pues que á ella estaban sometidos en muchos puntos de los que basta con citar uno sólo; la jurisdicción. Al tratar una y otra por correspondencia, sabían que los litigios que se suscitáran por el contrato que celebran, se someterían á la apreciación del tribunal de su domicilio: nada más lógico que decidir que sus diferencias se resuelvan por la ley del domicilio común, ley que no pueden

desconocer, de preferencia á su ley nacional, que aun cuando no hayan olvidado, debe estar más lejana en su pensamiento, que aquella bajo la que viven cuotidianamente. No se puede interpretar con mayor naturalidad la voluntad de las partes.

(Continuará).

## VARIEDADES FORENSES.

### PROYECTO

*Presentado en la última sesión de la Academia Mexicana correspondiente de la Real de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.*

Tengo la honra de someter á la consideración de la Academia; solicitando su aprobación, con dispensa de trámites, las siguientes:

#### BASES PARA LA FORMACION DE UN DICCIONARIO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA.

A. El objeto primordial del Diccionario será la exposición razonada de la legislación y de la jurisprudencia mexicanas, tanto de la Federación como de cada una de las entidades federativas, precedida de un conciso resumen de sus fuentes.

B. En general servirá de modelo, el Diccionario de Legislación y Jurisprudencia, formado por el eminente jurisconsulto Don Joaquín Escriche, que tan útiles servicios ha prestado y presta á los abogados.

C. Todos los miembros de esta Academia podrán contribuir á la formación del Diccionario, escribiendo sobre la palabra ó las palabras que eligieren, y aunque no habrá prohibición para que una misma palabra sea elegida por varios miembros, se procurará, sin embargo, evitarlo para la más amplia distribución del trabajo.

D. Se nombrará una comisión de cinco académicos de número, que se llamará "Comisión del Diccionario." Esta comisión se ocupará:

(1) Nos referimos aquí á un domicilio real ó general y legítimamente adquirido; no se trata de un domicilio que se ha querido elegir ó de simple residencia en un lugar.

1.º De llevar un registro de las palabras de que se haya hecho elección por cada académico, con expresión del que haya hecho la elección, y de anotar en ese registro la fecha en que cada uno haya presentado su trabajo.

2.º De completar ó perfeccionar el Diccionario de palabras de Escriche, de manera que el nuevo diccionario comprenda todas las que deban ser materia de estudios jurídicos.

3.º De tener el registro de que se habla en la fracción 1.º abierto para que los académicos puedan hacer sus elecciones de palabras sobre las que hayan de escribir.

4.º De recibir los escritos que vayan presentando los académicos, y de pasarlos á la comisión especial de impresiones para que se proceda á su impresión y reparto entre los académicos, quedando el resto de la edición á disposición de la junta de gobierno. Al efecto, todo escrito se presentará por duplicado y con la firma de su autor á fin de que un ejemplar se pase á la comisión de impresiones y la otra quede en guarda de la comisión de Diccionario.

5.º Cuando se haya agotado una letra por estar completos los artículos que ella debe comprender, cuidar de su impresión en la forma de diccionario, y cuidar de la misma manera de la impresión de todo el Diccionario, cuando todas las letras se hayan completado.

6.º A fin de que todos los artículos se acomoden al mismo plan, hacer á sus autores las indicaciones conducentes para que los reformen ó corrijan, sin entrometerse á discutir sus opiniones.

7.º En el caso de que sobre una misma palabra, hubiere varios escritos, resolver cuál de ellos debe comprenderse en el Diccionario, sin perjuicio de que todos ellos se publiquen sueltos á medida que se vayan presentando, según se dice en la fracción 4.º de esta base.

*E.* La Academia no se hace solidaria de las opiniones de los escritos que se publiquen en el Diccionario, sino cuando así lo declare.

Para esto, el autor de cualquier escrito podrá solicitar el voto de la Academia, sometién dose á la discusión, que de sus ideas convenga á la misma Academia hacer.

La Academia podrá, sin embargo, á propuesta de la comisión del Diccionario y en vista de su dictámen, hacer seguir la impresión de cada artículo que se inserte en el Diccionario, de cualquiera nota ú observación sobre las opiniones adoptadas por la Academia que no estén de acuerdo con las del autor del escrito.

Todas las votaciones de que aquí se habla, serán tomadas á mayoría de votos de los académicos presentes.

*F.* Los escritos hechos para el Diccionario, serán la propiedad de la Academia desde que fueren entregados á la comisión, y la Academia será también exclusiva propietaria de todo el Diccionario, asegurándose esa propiedad conforme á las leyes.

Sin embargo, si por cualquier motivo algún escrito fuere excluido del Diccionario, su autor recobrará la propiedad de él.

### ECONOMICA.

Aprobadas las anteriores bases, se nombrará la comisión del Diccionario, y se abrirá desde luego el registro de elección de palabras.

México, Julio 31 de 1891.

*Luis Méndez.*

Hacemos nuestro el anterior proyecto.—*Prisciliano María Diaz Gonedez.—Justino Fernández.—J. D. Fernández.—Francisco de A. Arredondo.—M. A. Mercado.—Luis Gutiérrez Otero.—Miguel Sagaseta.—A. Verdugo.—I. Sánchez Gavito.—Juan Dublán.—F. L. de la Barra.*

### ADVERTENCIA.

Se publicará un juicio crítico en este periódico de toda obra jurídica, de la cual su autor envíe á la Redacción dos ejemplares.