

# EL DERECHO

Órgano Oficial

de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, correspondiente de la Real de Madrid.

—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 V.

MEXICO, 22 DE JUNIO DE 1894.

NUM. 23.

ACADEMIA MEXICANA

DE

JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION

CORRESPONDIENTE

DE LA REAL DE MADRID. [1]

DISCURSO leído por el Sr. Lic. Indalecio Sánchez Gavito, en la sesión del día 15 de Junio de 1894.

I.

CONSIDERACIONES GENERALES.

Antes de llegar al libro que intente fijar reglas, principios y doctrinas, le toca al folleto, le toca á lo polémica, combatir las teorías y los usos que puedan presentar obstáculos invencibles al desarrollo de los principios de justicia. Y precisamente es este uno de los puntos en que la Academia puede ejercer más poderoso y benéfico influjo.

Sobre la inteligencia de nuestra ley y la jurisprudencia de nuestra Sala de casación, he escrito dos folletos que ya conocen los señores Académicos y que los presento á la Academia por si se digna hacer objeto de sus estudios la materia de que tratan.

Tienden esos folletos á establecer estas dos proposiciones: 1.—Nuestra ley de procedimientos no exige condición alguna interna, ni tampoco requisitos internos para la admisión del recurso: 2.—En los recursos que se entablan por violación de las leyes reguladoras de la prueba no es requisito de admisión, sino de

fondo del recurso, la demostración de que en efecto exista la violación que se invoca.

No son estímulos de amor propio los que me impelen á insistir en estas proposiciones, sino el más profundo convencimiento, de que son la expresión de la verdad. Este convencimiento, por más profundo que sea, no cierra la puerta á la discusión ni el esclarecimiento de la verdad; pero, mientras persista, considero hasta un deber de sostenerle y pretender propagarle, movido del propio y natural impulso y movido también de un pensamiento notable de Don Luis Silvela.

Don Francisco Agustín Silvela, Magistrado del Tribunal Supremo de España, escribió un acreditado artículo en 15 de Diciembre de 1855, sobre la necesidad de establecer una Sala de admisión, que es el artículo á que se refiere Don José María Pantoja en el prólogo de su "Repertorio de Jurisprudencia civil" Al dar á la prensa Don Luis Silvela, en Abril 20 de 1867, (Revista española de Legislación y Jurisprudencia, tomo XXX), ese escrito de su padre, dice estas notables palabras: "El que con razón ó sin ella cree poseer la verdad y deja correr el error, falta á más de un deber." Estas palabras tienen gran parte de la culpa de que moleste vuestra atención.

Y tan no son estimados de amor propio, que es posible que entre lo que ahora expongo y lo que dicen mis anteriores folletos haya algunas diferencias aparentes, y aún acaso reales: esto significará que he rectificado mi juicio. Aquellos trabajos son más bien fruto del instinto que de un estudio detenido: los presentes lo son de un estudio más reposado y más meditado. ¿Podré jactarme de que los

1 Véase el número anterior, pág. 343.

trabajos de hoy estén exentos de errores? Muy lejos de mi pretensión semejante; pero si tengo la de que la justicia y la verdad son mi único anhelo y que he puesto todo empeño por alcanzarlas.

Y una de las cosas en que modifiqué anteriores ideas es en el ataque exagerado á las formas. En todo el mundo civilizado en que existe el recurso de casación vive con sus formas propias y lo que se puede y debe desear y pretender es que no se exajeran, que no se extremen que no se exacerben.

Lo que hay que evitar es que acontezca lo que con tanta exactitud exponía Don Pedro Gómez de la Serna en un artículo titulado: «Errores jurídicos modernos» y que trata de la «jurisprudencia nacida de los fallos de casación»—[Rev. de Leg. y Jur.—Madrid de 1888, tom. 33, pág. 258 á 269.]

«Siempre que se establecen en un país instituciones nuevas suelen á su sombra nacer errores que exagerando las doctrinas á que debió su origen el pensamiento del legislador, van mucho más allá de los justos límites que les señalan el texto de la ley y el espíritu que la domina.»

«Cuando éstas instituciones nuevas han sido en principio importadas de países extranjeros, aunque desarrolladas de diferente modo, sucede á veces que en el Estado que las acepta, algunos les dan una extensión desconocida en el de su origen. Acontece en esto lo que en las modas: los que las estienden y propagan tomando por tipo los figurines extranjeros, creen muchas veces que las perfeccionan y las acomodan al gusto del público á que las destinan, exagerándolas, sin tener en cuenta que los modelos de que las toman son quizá ya exagerados y que con ese entusiasmo extraviado, hacen degenerar hasta el ridículo lo que con menos pretensiones podrá pasar por elegante y de buen gusto. Guardémonos mucho los jurisconsultos de seguir este ejemplo funestísimo: estudiemos las nuevas instituciones del mismo modo que nuestros antepasados examinaban las de sus épocas: entremos en el espíritu del derecho importado, escudriñemos sus motivos, investiguemos la aplicación que han tenido en otros pueblos: este estudio comparado nos hará cautos, nos enseñará lo que hay de real y lo que hay de exagerado en las que van

«prevaleciendo, será una defensa para que nosotros, más apasionados quizá de lo que conviniera á ciertas importaciones extrañas, nos libremos del peligro de considerar como único fin y como única y exclusiva causa de una institución alguno de sus motivos principales, que sobre no ser exclusivo, está modificado por otras causas y obedece á otras reglas que las hacen flexibles, dejando una libertad prudente á las opiniones, las cuales no son siempre de larga vida, sino que á veces ceden aunque lentamente ante otras, más que por el trascurso de los tiempos y por el influjo natural que ejerce en el derecho del país el cambio de costumbres y de hábitos, por estudios más profundos del derecho nacional, por las injusticias que pone en descubierto la aplicación viciosa, ó falsa de doctrinas mal comprendidas, y por que no en vano el movimiento científico nunca para en su carrera y pone de manifiesto y en toda su desnudez los errores de que no puede librarse la especie humana, por grandes que sean los esfuerzos que haga para librarse de esa triste condición de nuestra naturaleza.»—pág. 258.

Estas exageraciones son las que se deben evitar, sin dejar de reconocer que el recurso de casación es una cosa nueva, con forma y moldes nuevos, constituyendo propiamente una ciencia nueva. Reconozco todo esto de buen grado, por que es de justicia; pero habrá de concedérseme igualmente, porque también es de justicia, que todas las ciencias modernas, más especialmente la del derecho, tienden á su difusión y vulgarización, y, como requisito necesario para alcanzar este objeto, á la sencillez y á la claridad, á las que puede llegarse sin prescindir del tecnicismo que le es propio, con solo no exagerarle ni parecer que se pretende que solo le entiendan los augures.

Las leyes de las partidas establecían la nulidad de las sentencias [Part. 3.ª, tít. 26] por violación de ley; pero no podemos ocuparnos de esta nulidad, ni de sus procedimientos que exigirán un estudio muy detenido.

Nuestras antiguas leyes patrias de procedimientos no admitían el recurso de nulidad sino por violación de las leyes y formas esenciales del procedimiento.

La ley del Imperio de 5 de Diciembre de 1865, fué la primera que, conservando el nombre de nulidad, inició las bases de la casación:

Disponía el art. 86; "La nulidad tiene lugar. 2º. Por contravención á la ley expresa en la "sentencia."

Nuestro primer Código de 1872, entró de lleno en el recurso de casación dentro del sistema francés neto. El Código de 1880, al que siguió el de 1884, estableció el sistema español de la ley de enjuiciamiento de 1885 é inspirándose en las reglas del Marqués de Gerona sobre apreciación de hechos.

Recurso nuevo que requería formas nuevas natural era que tropezara con graves obstáculos en la práctica.

J. D. Meyer (Exprit, origine et progrès des institutions judiciaires--Paris 1823) dice (Tomo 6. lib. 8. cap. 9. cassation): "cuando antiguas constumbres y usos inveterados hacen mantener disposiciones contrarias á la ley; cuando se obstinan en observar antiguas prácticas á pesar de su abrogación; cuando en un derecho nuevo se persiste en fundarse en doctrinas antiguas; cuando sordo á la voz del legislador no se sigue más que su rutina, algunos magistrados probos é ilustrados se dejan muchas veces arrastrar por la tendencia general, ó su voz se encuentra opacada, por los gritos de los que se adhieren á su antiguo modo de ser; se ha visto muchas veces el concierto simultáneo de los tribunales de un país poniéndose de acuerdo para desechar innovaciones admitidas por el legislador, ó para modificar las leyes aplicándolas según los principios de una legislación antigua que estaban llamados á remplazar."

Y acontece también, como dice ese autor más adelante:

"Y como en lo general, los hombres son los más enfatuados con lo que no tiene ningún mérito real, los usos más extraños, los más absurdos, aún los más ridículos se arraigan más en aquellos de quienes se pretende deterrarlos." A estas exageraciones estamos expuestos tanto los Abogados como los Magistrados; porque como dice el distinguido abogado español Don Joaquín Melchor y Pinazo en sus "Observaciones sobre el proyecto de ley para la reforma de la casación civil propuesta al Senado en 24 de Mayo de 1864 (Revista de Legislación y Jurisprudencia, tomo 27. Madrid 1885.) "Hay preocupaciones funestas que se imponen á los hombres de ley como á otro cualquiera."--pág. 255.

El recurso de casación giró en nuestro foro de 1872 á 1880, dentro de los dos moldes de los antiguos recursos de súplica ó nulidad.

Tengo la opinión de que el distinguido Magistrado Don Manuel Osio, ha contribuido poderosamente á imprimir al recurso de casación el verdadero carácter que le corresponde, distinguiéndole esencialmente de la súplica y de la nulidad; pero, como suele ser natural en tales casos, llega á extremar la severidad y este exceso de severidad redundará en desprestigio del recurso mismo.

El desprestigio vendrá, porque si se hace derivar toda la fuerza del recurso sobre su legal ó ilegal interposición, como este examen no es fundamental ni profundo, se habrá de pensar que la Sala acude á este arbitrio para eludir el exámen profundo, minucioso y concienzudo del caso sometido á su decisión.

El desprestigio vendrá; porque si la mayor parte de los recursos se repelen por su ilegal interposición, habra de pensarse que son abstrusas, sibilíticas é incomprensibles las leyes que le establecen y la jurisprudencia que las aplica, ó que son ineptos é ignorantes los abogados que las estudian.

Vendrá el desprestigio, porque el sistema resultará arbitrario y sin tener argumentos sólidos de derecho en que apoyarse; puesto que no puede invocar útilmente la jurisprudencia francesa ni la belga; porque la jurisprudencia belga no le favorece, excluyendo los puntos de hecho; porque no le favorecen las antiguas tradiciones de nuestro foro; porque no le favorece finalmente la jurisprudencia española.

El objeto de la casación es el de uniformar la jurisprudencia de los Tribunales Superiores, pero lo primero que se necesita es la uniformidad en la jurisprudencia del Tribunal de casación.

"La jurisprudencia, como agente supletorio de la legislación la vivifica á veces, la desenvuelve y completa siempre." (Exámen del recurso de casación en España.--Memoria escrita por Don José de Castro y Orozco, Marques de Gerona. Madrid 1858, pág. 25.); pero este beneficio no podemos esperarle de nuestra jurisprudencia patria en el estado actual de las cosas, ya por lo varia que ha sido en el pasado, ya por la diversidad de criterio en nuestra Sala de casación, ya, finalmente, porque todos estos mis estudios tienden á demostrar que no

han estado suficientemente depuradas las fuentes de doctrina que sirvieron de base á esa jurisprudencia, y aunque es muy posible, á pesar de mis esfuerzos, que incurra en muchos errores, algo y mucho tiene que haber de cierto en estos estudios, cuando cuanto más avanza en la lectura y el trabajo más se me arraiga la convicción de que esa tésis es la expresión de la verdad.

Porque haya yo dicho que en esta materia no se debe pecar de extranjerismo no se entienda ni se vaya á entender que rechazo ó impugno las citas de autores extranjeros, pues tal cosa está muy lejos de mi convicción y de mi teoría.

Tengo por el contrario la profunda convicción de que el que pretenda saber algo de este recurso, necesita leer mucho, no solo los autores especialistas franceses y españoles, sino, y todavía y más principalmente, las sentencias de la Corte de Casación y las del Tribunal Supremo.

Lo que sí sostengo es que no pueden invocarse en nuestro foro, sino con mucho tacto y medida, dándose cuenta hasta de los matices, y con muchísima más razón de los principios, en que nuestra ley positiva se separa de las leyes positivas de aquellas naciones.

El señalar, el delinear esta diversidad de principios y aún de matices, es el objeto principal de estos estudios.

¿Podremos aspirar á encauzar estos recursos en sus verdaderos límites? ¿Podremos aspirar á que se lleguen á fijar los principios y á que se establezca la uniformidad de la jurisprudencia, depurada de los errores en que haya podido haberse extraviado? Yo creo que sí, si todos escuchamos estas juiciosas observaciones de Don Pedro Gómez de la Serna (loc. cit.)

"Tratamos solo de una cuestión de ley, de doctrina, y de moralidad, ante la cual como sucede con todas las de su clase, desaparecen las personas y las corporaciones; no hay alusiones que puedan ofenderlas; á los errores en que podamos incurrir, que serán involuntarios podrá contestarse patentizándolos, en la seguridad que seremos los primeros en dar la razón á nuestros adversarios si nos convencen y tendremos la buena fe de confesar nuestros desaciertos y reconocernos vencidos." (pág. 260 y 261.)

Cosa grave es sin duda pretender en esta materia una modificación; porque como dice el Marques de Gerona [loc. cit. pág. 26]: "La jurisprudencia, al revés de la ley, tiene siempre efecto retroactivo . . . . la jurisprudencia, repite, volvemos á decir, cuando de hecho legisla, lanzada á este terreno por la fatalidad. es un arma de dos filos, que protege, sí, á un individuo, pero que hiere ó arrolla á otro irremisiblemente." H. F. Riviere (Revue doctrinale des variations et des progrès de la jurisprudence de la cour de cassation. Paris 1862. Avant-Propos) decía en términos semejantes: "El desacuerdo y la contradicción en las decisiones de la justicia enjendran la incertidumbre en las convenciones, y la movilidad en los derechos, paralizan las transacciones, fomentando los procesos, alimentando las esperanzas de los litigantes, turban y lesionan algunas veces gravemente los intereses particulares. Estas consecuencias son de deplorarse sobre todo, cuando las contradicciones se encuentran en las sentencias de la Corte Reguladora. La jurisprudencia de esta Augusta Corte es como un faro sobre el cual están fijadas muchas miradas. Se han señalado y criticado severamente algunos cambios en la jurisprudencia de esta Corte como produciendo una dañosa perturbación, por estar impregnados de una retroactividad todavía más funesta que la de la ley."

Sin embargo de esto, nunca hay razón para persistir en el error y por eso dice el citado La Serna: «Se vé que en Francia, en los demás Estados que han seguido su ejemplo, y entre nosotros, no es raro que los tribunales que fallan en casación se separan de sus propios precedentes, considerándose los Magistrados, algunas veces, en la necesidad de separarse de fallos anteriores en la aplicación de las leyes . . . La conciencia está sobre todo».—pág. 266 y 267.

Vamos á estudiar la jurisprudencia de nuestra Sala de Casación bajo el punto de la legal interposición del recurso. Y no se vaya á creer que este punto es de poca importancia, porque la tiene y muy grande segun las consideraciones que quedan expuestas; porque todo es de importancia en este recurso, y porque en él, de tal manera se inmiscue y confunde la forma con el fondo, que basta cualquier error en aquella, para producir graves extravíos en el fondo.

Empezaré por estudiar el recurso en otros países, procurando precisar las reglas á que se sujeta, distinguiendo las que son propias del recurso, de las que obedecen á circunstancias especiales de los países en que se observan, porque como dice Meyer (loc. cit. cap. 10). "Estas reglas no pueden ser arbitrarias, la naturaleza misma de la institución puede indicarlas."

Así como, según notable escritor, el estudio profundo de la religión conduce á la fe y el estudio superficial conduce á la incredulidad, de la misma manera podemos decir que el estudio superficial del recurso de casación conduce ó al desprecio de las formas, ó á constituir las formas en el nervio del recurso y sobrepone las al fondo y á la esencia del derecho; y que el estudio profundo del recurso conduce á la síntesis, á la armonía de sus dos elementos esenciales: el fondo y la forma; conduce á impedir que «la forme emporte le fond» y que al mismo tiempo se observe esta máxima de Aguesseau, citado por Raymond Bordeaux [Philosophie de la Procedure civil, lib. 1, cap. II.]: "Les formes sont la vie de la loi."

#### CHAMBRE DE REQUETES.

Dice Boncenne [Theorie de la procedure civile. Introd. cap. XVII pág. 508] hablando de la Corte de Casación: "A la entrada de este santuario del culto riguroso de la ley, se encuentra la sección de requetes."

Esta sección, esta Chambre de requetes, que podríamos traducir Cámara de demandas ó Cámara de recursos, ha tenido adversarios ardientes y defensores entusiastas.

Cuéntase entre los primeros á M. Godart Desaponey [Manual de la Cour de cassation. Paris 1832.] que la considera como una rueda inútil y hasta embarazosa. Dice (Chapitre préliminaire pág. 9) que esta Cámara no debe de permitirse fallar á menos que el recurso carezca evidentemente de medios y esté presentado fuera del término ó irregularmente, como si el quejoso no hubiere consignado la multa; que en la Cámara civil es la única en que reside toda la Corte de Casación; porque ella es la que, viendo los negocios bajo todas sus fases, y oyendo tanto el ataque como la defensa, conoce y profundiza todas las dificultades, y pronuncia verdaderamente con conocimiento de causa. Agrega (primera parte cap. VII párrafo I.) que la Chambre de Re-

quetes no es propiamente hablando una Cámara contenciosa sino que funciona más bien administrativamente y los motivos de sus sentencias no pueden formar jamás jurisprudencia.

A. P. Tarbé (Cour de Cassation. Paris 1840) dice: "[Introducción cap. III. párrafo 11] que no es exacta la opinión de Godart sino que debe examinar muy concienzudamente la demanda y desecharla cuando se pueda decir al quejoso que es inútil la lleve á la Cámara Civil, y que sus sentencias forman jurisprudencia."

H. F. Riviere copia estas palabras de Marcadé (loc. cit. Avant Propos.) "Ha sido necesaria toda la fuerza de la rutina, esta primera potencia del mundo, para que no haya prosperado la solicitud hecha en 1848 sobre supresión de la Chambre de Requetes." La razón principal en que sus enemigos se apoyan es la siguiente: (Ibid. Introd. párrafo VI.) "De aquí una tendencia cierta, por parte de la Cámara de Requetes, de apoderarse de las dificultades, de resolverlas completamente, contrariando el principio de su institución primitiva."

En defensa de la Chambre de Requetes se han hecho valer diversas consideraciones que el autor citado, Riviere, enumera y que vamos á examinar.

La primera que se señala es á la de que el respeto á la cosa juzgada, que representa la sentencia recurrida, exige que no se facilite el recurso que tiende á romperla.

Esta razón, aunque patrocinada por eminentes jurisconsultos, es un verdadero desatino jurídico; porque no se concibe, ni puede concebirse siquiera, que el legislador conceda un recurso, que no es otra cosa que el medio que le franquea para obtener justicia, y que él mismo le entorpezca, le dificulte, le ponga obstáculos para su marcha y desarrollo. Esto es colocar al legislador en el desairadísimo papel de hacerse chicanas á sí mismo.

Se ha hecho valer en defensa suya la impropiedad de los medios indicados para suplirla, donde la necesidad la exige siendo el principal el dividir la Corte en diversas Salas que conocieran de los recursos según las materias del derecho que se tratara de definir y de aplicar. La impugnación de este medio ha sido enteramente victoriosa, porque en esa clasificación no es fácil, porque aún siendolo sería preciso muchas veces que un mismo recurso se viera en distintas Salas, y finalmente porque en to-

do el derecho debe dominar el mismo espíritu, y sin esa unidad de interpretación no podría llegarse á la unidad de la jurisprudencia.

Se ha alegado finalmente su defensa que sin este medio era imposible evitar el cúmulo, el hacinamiento de negocios en una sola Sala, lo que imposibilitaría su despacho. Esta razón es incontestable ante los hechos, porque no podría aceptarse una situación que colocara á una Corte en el caso de la Cámara Imperial de Vetzlar, que ejercía la justicia en última instancia en casi toda la Alemania y que según Mayer (Loc. cit. tomo 5 cap. 9) cuando se suprimió, los "negocios estaban atrasados en más de medio siglo."

La imposibilidad de ese trabajo para una sola Sala la demuestra también la colección de sentencias del Tribunal Supremo de España correspondiente al primer semestre de 1893: son 242 sentencias sobre competencias y casación, que forman un volumen de 991 páginas.

Ante esta imposibilidad de hecho, preciso es sacrificar algo de los principios; pero solo esa necesidad es la que disculpa el establecimiento de esa Sala de Admisión, sin que ella constituya un progreso; pues como dice Don Manuel Fernández Martín, en las «Cuatro palabras» que dirige al lector al publicar anotada la ley española de casación civil de 22 de Abril de 1878: «El establecimiento de la Sala de Admisión, con independencia de la de casación, idea que no es nueva entre nosotros, como pudiera creerse al ver el ardor con que ahora se ha combatido, pero que tampoco nadie se ha atrevido á considerar un progreso científico, como pudiera imaginarse al observar el tesón con que ha sido defendida.»

Aún que esta Sala de Admisión no constituye un progreso, aunque se corre el grave riesgo de que invada atribuciones de la Sala de casación, hay que reconocer, como justo tributo rendido á la justicia, que tanto la Chambre Requetes como la 3.ª Sala Española desempeñan sus funciones con grandísimo acierto, como era de esperarse de los eminentes jurisconsultos que las forman y por eso cuenta la última con la aprobación general de los abogados y jurisconsultos españoles y la 1ª vale con defensores decididos de la talla de Tarbé, Delangle, Troplong y Dupin.

Importa determinar para el objeto de estos

estudios las funciones de la Chambre de Requets.

Riviere [Introducción. párrafo 6] acepta como la misión de esta Cámara la siguiente: «Lo que es preciso ver, dice muy bien M Delangle, es el fin probable del proceso; las discusiones que no deben conducir más que á que se deseche el recurso son inútiles y es un deber para las Chambres de Requetes detener su continuación.»

Dalloz dice igualmente: (Repertoire. Paris 1847, v. "Cassation," cap. 22, párrafo I, núm. 1237;) «La primera, la principal misión de esta Cámara es la de examinar si son admisibles las demandas en casación en materia civil. Si las encuentra bien fundadas pronuncia sentencia de admisión. . . . Al contrario, si juzga la demanda no admisible ó *mal fundada* la desecha en sentencia motivada.»

Revelan estas doctrinas, y las de Crepon que he citado en mi primer folleto, que esta Cámara conoce del fondo de los negocios para juzgar de las probabilidades de éxito que puede tener ante la Cámara civil. Y si alguna duda pudiera haber á este respecto la desvanecería las diversas sentencias que se encuentran en la colección Sirey del año próximo pasado de 1893. La Chambre de Requetes, en sentencia de 22 de Julio de 1891. (Colect. etloc. cit. p. 311): «Que revocando en tales circunstancias la Corte de Apelación la sentencia apelada y condenando á Veil solidariamente con Benabu á pagar á la sociedad de Transportes Nacionales la suma de fra. 13.637,05 con intereses legales, la sentencia recurrida, cuya decisión está suficientemente motivada no ha violado, ni aplicado falsamente los textos invocados.»

La misma Chambre de Requetes, (ibid. p. 286) en sentencia de 10 de Noviembre de 1891 dice: «La Corte; sobre el medio único, tomado de la violación de los artículos 686, 690, 692, 1437, 1470, 1614 y 1638 Cód. Civ., atendiendo á que se ha declarado por la sentencia recurrida, que si se había establecido una comunicación entre el inmueble que pertenecía anteriormente á la Sra. Cassagne y el contiguo que era de la propiedad de su marido para dar acceso á un corredor que existía en este último inmueble, este arreglo no había sido establecido sino con la mira de una comodidad personal de los esposos, con un carácter pro-

visional y no con la intención de constituir una obligación permanente; que este derecho reclamado por los esposos Boissezon, compradores del inmueble de la Sra. Cassagne, estaba desprovisto de base jurídica puesto que no resultaba ni de un título, ni de la prescripción, ni del destino del propietario común; que rehusando la Corte de Montpellier, por estos motivos, reconocer la existencia de la servidumbre pretendida ha aplicado sanamente los artículos 686, 690, 692 y además el 693 del Código Civil y no ha podido violar las otras disposiciones que se invocan en el recurso y que son extrañas á la materia de la constitución de las servidumbres.»

En el mismo sentido están las sentencias de Marzo 29 [pág. 288 y Junio 3 páginas, 284 y 285] del año próximo pasado de 1893 que no copio por no fatigar la atención de vds.

Pero no puedo prescindir de extractar un caso que pone de relieve, y me parece que fuera de discusión, la exactitud del punto que sostengo (página 306 á 308.)

En 1887 los esposos Esnault contrajeron matrimonio. En 1890 la mujer dedujo demanda de divorcio fundada en que en el tiempo transcurrido, no había sido consumado el matrimonio, justificando su dicho con un certificado de tres médicos, que aseguraban que, en efecto, la mujer conservaba los signos externos de la virginidad. El marido contestó la demanda sosteniendo que su mujer, desde el principio de su unión hasta su salida del domicilio conyugal, se había rehusado obstinadamente y aún con violencia algunas veces al cumplimiento del deber conyugal. El Tribunal civil de Vire declaró el divorcio en favor de la Sra. Esnault.

El marido interpuso apelación y la Corte de Caen, en 2 de Mayo de 1892, revocó la sentencia por las consideraciones siguiente: «Atendiendo á que la Sra. Esnault es la demandante en el divorcio y es á ella á quien incumbe la prueba de lo sagravisos que imputaba á su marido. Atendiendo á que la demandante se ha limitado á presentar un certificado de tres médicos que establecen que, después de cuatro años de matrimonio, ha conservado los signos exteriores de la virginidad, y sostiene que si el matrimonio no ha sido consumado es por consecuencia de la repulsa de su marido, repulsa que prueba el desprecio y la repugnancia que tenía para con ella y que constituye una injuria

grave suficiente para justificar la demanda de divorcio: Atendiendo á que Esnault reconoce que el matrimonio no ha sido consumado, pero sostiene que este ha consistido en la repulsa persistente de la mujer que ha resistido á todas sus instancias: Atendiendo á que en presencia de estas alegaciones contrarias el certificado de los médicos nada prueba en contra de él uno más bien á que en contra del otro de los esposos, á que la señora Esnault, no presenta documento alguno en apoyo de sus alegaciones . . . . . y que por lo mismo dicha señora no rinde la prueba que es á su cargo.»

La señora Esnault introdujo el recurso de casación por falsa interpretación y violación de los arts. 213, 231 y 1315 del Cód. Civ., y de la regla «reus in excipiendo fit actor» porque la sentencia recurrida, sin poner en duda que la abstención del deber conyugal, prolongada durante cuatro años, puede ser una injuria grave del marido para con la mujer, ha decidido que la señora Esnault demandante, después de haber hecho la prueba de la abstención, había debido probar además directamente, para responder á la excepción invocada por su marido, que no era debida á la repulsa de la mujer. Cita en apoyo de su intento, una sentencia de la Corte de Besanzón de 29 de Julio de 1889 y agrega: «Exigir de la mujer la prueba de que la abstención demostrada del marido no debía de ser imputada á la repulsa de aquella, sería contrario, por una parte, á la regla de buen sentido según la cual no se puede exigir de una parte que rinda, una prueba imposible, visto su carácter negativo absoluto y por otra parte á la regla "Reus in excipiendo fit actor.» Y concluye la memoria: «La Corte de Cassación no ha tenido aún ocasión de pronunciarse sobre esta *cuestión de puro derecho.*»

Sabido es que en Francia, tanto en la Cámara Civil como en la Cámara de recursos ó Chambre de Requetes, uno de los Magistrados hace la relación del negocio; pero con esta diferencia: que en la primera, es decir, en la Cámara Civil, el Consejero relator se limita á exponer el caso y á explicar los medios invocados en pro del recurso, sin marcar su dictámen en favor ó en contra del recurso introducido, y es admirable la maestría con que

generalmente desempeñan este cargo difícil y delicado.

En la *Chambre de Requetes* el *Consejero relator* no se limita á exponer el caso, las cuestiones que entraña y los medios invocados en su apoyo, sino que analiza y discute estos medios, en discusión y contradicción con el abogado de la parte recurrente.

El *consejero Denis*, encargado de la relación del negocio que estoy refiriendo, conviene en que la jurisprudencia de las Cortes de Apelación se inclina á la teoría del recurrente, según demuestra la sentencia que este cita en su memoria y otra de la Corte de Agen de 22 de Diciembre de 1891 y continua. "Dejemos á un lado la cuestión de bien ó mal juzgado en cuanto al hecho, que no nos pertenece, para concentrar nuestro examen sobre el punto jurídico.—La sentencia pone á cargo de la demandante del divorcio la prueba de los agravios que imputa á su marido; esta es la aplicación de un principio incontestable. En la memoria sostiene que, si después de una unión y una vida común prolongada, la mujer puede hacer constar la no consumación del matrimonio, ha rendido toda la prueba que le incumbía. Vosotros no sereis de este parecer. La no consumación del matrimonio no es necesariamente imputable al marido; puede acontecer que este haya encontrado repulsas que la persuasión no haya podido vencer. y que haya creído de su dignidad no acudir á la violencia para vencerlas. No hay para que buscar otras hipótesis aceptables además de esta; porque ella basta á la demostración de nuestra proposición."

Continua más adelante en el mismo espíritu. «El recurrente afirma que la no consumación del matrimonio demuestra la falta del marido, y que este no puede eludir el divorcio sino por una aplicación negativa de la máxima» «*feci sed jure feci*» Este error del recurso le conduce á invocar la regla: "Reus in excipiendo fit actor:" Es demasiado pronto para trasgredir el límite--c' trop vite--franchir le pas.—La mujer, no estando sino á medio camino de la prueba que le incumbe, no puede sostener que esté completa para traspasar su peso á la parte contraria."

Y concluye: "En resumen nos es imposible ver que ley ha violado la Corte de Caen al apreciar que el hecho de la no consumación de]

matrimonio no era de naturaleza de producir el divorcio á cargo del marido, por la razón de que se ignora cual de los dos esposos se ha rehusado á ello. Y, en consecuencia de estas observaciones, concluimos que es de desecharse el recurso."

La Cámara, en sentencia de 20 de Diciembre de 1892, y en vista de las conclusiones conformes del Abogado General Reynaud, declaró de acuerdo con la opinión del *Consejero Relator*.

¿Y cómo funciona esta Cámara? Esto es lo que veremos en la sesión próxima, si me seáis otorgando vuestra atención benévola.

## SECCION PENAL

### SENTENCIA DE 1ª INSTANCIA.

Juez,	C. Lic. Ismael Elizondo.
Asistencia „	Santiago Roldan.
„ „	José María Guerrero.

REPOSICION DE PROCESO. ¿Es motivo para decretarla que el Secretario del Juzgado, supliendo la falta temporal del Juez, presida los debates ante el Jurado?

México, 8 de Febrero de 1894.

Vista esta causa instruida con motivo del homicidio perpetrado en la persona de Juan Rodríguez, contra Eligio Rodríguez y Aurelio Martínez' ambos originarios de esta Capital solteros, de quince años de edad y con domicilio, el primero, en el Callejón de S. Cipriano número 10, y el segundo en el de la Pradera núm. 7, siendo aquel de oficio peinero, y éste zapatero:

Vistos, el acta de consignación de los procesados, la fe judicial del cadáver de Juan Rodríguez, el certificado expedido por los Médicos que practicaron la autopsia de dicho cadáver--las conclusiones del Ministerio Público y las de los Defensores, la diligencia de insaculación y sorteo, el acta de los debates, los veredictos del Jurado, así como la partida de bautizo de Rodríguez y dictámen pericial sobre la edad de Martínez y cuanto más debió verse.

Resultando primero: Que el jurado, legalmente constituido, hizo respecto de Eligio Rodríguez las siguientes declaraciones: que es culpable de haber inferido una lesión á Juan del mismo apellido, el día 4 de Diciembre de mil ochocientos noventa y dos: que Juan Rodríguez falleció dentro de los sesenta días si-



guientes al en que fué lesionado: que dicho procesado hirió á Juan Rodríguez cogiéndolo intencionalmente de improviso, sin darle lugar á defenderse, ni á evitar el mal que le causó que el delito no se cometió en riña, contienda de obra: que el procesado declaró circunstancias y hechos falsos á fin de engañar á la justicia y hacer difícil la averiguación: que obró en estado de ceguedad y arrebató producidos por hechos del ofendido, ejecutados contra su persona: que precedió inmediata provocación, y que el citado Rodríguez Eligio, ha sido anteriormente de buenas costumbres.

Resultando segundo: Que el mismo jurado declaró culpable á Aurelio Martínez de haber proporcionado á Eligio Rodríguez el arma con que cometió el homicidio de Juan Rodríguez, sabiendo el uso que iba á hacer de ella; y que el propio Martínez declaró circunstancias y hechos falsos á fin de engañar á la justicia y hacer difícil la averiguación.

Resultando tercero: Que la lesión que recibió Juan Rodríguez fué clasificada de mortal por los Médicos del Hospital Juárez, que hicieron la autopsia y concluyeron en su certificado que el citado Rodríguez falleció de agotamiento, consecuencia directa y necesaria de la lesión.

Resultando cuarto: Que de la partida de bautizo relativa al procesado Eligio Rodríguez y del dictámen pericial que los Médicos Legistas emitieron respecto de la edad de Martínez, aparece que uno y otro de los procesados eran mayores de catorce y menores de diez y ocho años en la época en que se cometió el delito.

Considerando primero: Que atentos el veredicto del Jurado y la clasificación medico-legal de la lesión de que se trata, el hecho ejecutado por Eligio Rodríguez, constituye el delito de homicidio, previsto por los artículos quinientos cuarenta y quinientos cuarenta y cuatro, fracciones primera, segunda y tercera del Código Penal; y que habiéndose cometido con la circunstancia calificativa de alevosía definida en el artículo quinientos diez y ocho del citado Código, ameritaría, si el procesado Rodríguez hubiese sido mayor de edad, cuando privó de la vida á Juan Rodríguez, la imposición de la pena capital que para tales casos señala el artículo quinientos sesenta y uno; fracción tercera del referido Código; más como aparece comprobado con la partida de bautizo debidamente cotejada, que Eligio Rodríguez al cometer el delito, tenía quince años y tres días de edad, deberán aplicarse las reglas es-

tablecidas por los artículos doscientos veinticinco, doscientos veintiseis y ciento noventa y siete del mencionado Ordenamiento,

Considerando segundo: Que esto supuesto y atendiendo á la gravedad del delito cometido por Rodríguez, el suscrito estima que debe imponérsele como pena que venga á refrenar la perversidad de sentimientos que en tan temprana edad manifiesta, los dos tercios de la que se le impondría si hubiese sido mayor de edad y en tal virtud, haciéndose el cómputo con arreglo á los artículos antes citados, habrá que imponérsele la pena de trece años, cuatro meses de reclusión.

Considerando tercero: Que de esta pena, el Juez que falla, haciendo uso del arbitrio que le dá la ley, estima procedente rebajarle cuatro meses en atención á las unidades de atenuantes que existen en favor de Rodríguez, según las declaraciones del jurado de que ya se hizo mérito. Considerando, en cuanto á Aurelio Martínez, que debiendo reputársele como cómplice en el homicidio que nos ocupa, según el veredicto del Jurado y lo dispuesto por el artículo cincuenta, fracción primera del Código Penal, su responsabilidad está perfectamente definida, y la pena que habrá que aplicársele según la prescripción del artículo doscientos diez y nueve del propio Código y las de los demás artículos últimamente apuntados, por hallarse Martínez en las mismas condiciones de Rodríguez, por lo que toca á la edad, y al efecto, obedeciendo estos preceptos legales, resulta como pena la de seis años, ocho meses de reclusión, que es la exacta mitad de trece años cuatro meses, correspondiente al autor principal; pero que existiendo en contra de Martínez una agravante de segunda clase y ninguna atenuante que la compense ó disminuya, el suscrito conceptúa también procedente aumentar dicha pena con dos meses más de reclusión. Por estas consideraciones, con los fundamentos legales expresados, más los artículos setenta y uno y doscientos diez y ocho del repetido Código Penal, debía fallar y fallo:

Primero. por el delito de homicidio calificado, se condena á Eligio Rodríguez á sufrir la pena de trece años de reclusión, contados desde el día treinta y uno de Julio del año próximo pasado, con calidad de retención en su caso, y en las condiciones que establece el mismo Código Penal en su artículo doscientos veintisiete.

Segundo. Por complicidad en el mismo delito, se condena á Aurelio Martínez á sufrir la

pena de seis años, diez meses de reclusión, contados desde la propia fecha que al anterior, con calidad de retención en su caso y bajo las mismas condiciones antes citadas.

Tercero. Amonéstese á ambos reos para que no reincidan, dedíqueseles en su oportunidad al trabajo que elijan en el interior de la prisión, y adviértaseles que tienen cinco días para apelar de esta sentencia.

Notifíquese. Así definitivamente juzgando lo sentenció y firmó el Ciudadano Licenciado Ismael Elizondo, Secretario del Juzgado tercero de lo Criminal, en funciones de Juez por ministerio de la ley, y por ante los testigos de asistencia que suscriben, Damos fe.—*Ismael Elizondo.*—*Santiago Roldán.*—*José M. Guerrero.*—Rubricas.

SENTENCIA DE 2.<sup>ª</sup> INSTANCIA.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO FEDERAL

(2.<sup>ª</sup> Sala.)

Presidente, C. Lic. F. G. Puente.  
Magistrado, „ „ Diego Baz.  
„ „ „ Joaquín Díaz.  
Secretario, „ „ J. M. Iturbe.

México, 10 de Mayo de 1894.

Visto el proceso que por el delito de homicidio se instruyó en el Juzgado 3.<sup>º</sup> de lo Criminal contra Eligio Rodríguez y Aurelio Martínez, ambos naturales de México, solteros, el primero de oficio peñero y con domicilio en la casa número 10 del Callejón de San Cipriano, y el segundo de oficio zapatero y con domicilio en la casa número 7 del Callejón de la Pradera, y visto además cuanto fué de tomarse en consideración.

Resultando primero: Que el Jurado declaró: que Eligio Rodríguez es culpable de haber inferido una lesión á Juan Rodríguez, que falleció dentro de los sesenta días siguientes al en que fué herido: que el delito lo cometió fuera de riña, cogiéndolo intencionalmente de improviso á Rodríguez sin darle lugar á defenderse ni á evitar el mal que le hizo: que obró precediendo provocación y en estado de ceguedad y arrebató, producido por hechos del occiso en contra del acusado, y que este ha sido anteriormente de buenas costumbres.

Resultando segundo: Que el mismo Jurado declaró: que Aurelio Martínez es culpable de haber proporcionado á Eligio Rodríguez el ar-

ma con que cometió el homicidio de Rodríguez, sabiendo el uso que iba á hacer de ella, y que declaró circunstancias y hechos falsos á fin de engañar á la justicia y hacer difícil la averiguación.

Resultando tercero: Que el Juez en vista de las resoluciones del Jurado condenó á Eligio Rodríguez á trece años de reclusión y á Aurelio Martínez á seis años, diez meses de la misma pena que al anterior, y no estando conformes con ellas, apelaron de la sentencia.

Resultando cuarto: Que admitido el recurso y venido el proceso á esta Sala, se verificó la vista, con asistencia del Agente del Ministerio Público y uno de los defensores y sin la del otro defensor por haberla renunciado, alegando en apuntes, en los que pidió lo mismo que su compañero de defensa, la reposición del procedimiento por haber llevado la causa al Jurado el Secretario y no el Juez.

Considerando primero: Que el agravio alegado por los defensores de los reos consistente en que el Secretario del Juzgado 3.<sup>º</sup> de lo Criminal, presidió los debates ante el Jurado careciendo de jurisdicción para ello, porque no pudo entrar á suplir la falta del Juez puesto que este no cumplió con el requisito de dar aviso al Presidente del Tribunal Superior, no es de tomarse en consideración, porque ese avisó prescrito en el artículo 117 de la Ley de Organización de Tribunales, no es un requisito para que exista la jurisdicción en el que deba de suplir la falta del funcionario impedido, sino únicamente una medida de orden, exigida por la ley, para que el Jefe de la Administración de Justicia, tenga noticia de los cambios que haya en los Juzgados sujetos á su inspección y vigilancia. Que el artículo 105 de la ley citada previene que las faltas temporales de los Jueces de 1.<sup>ª</sup> Instancia que no excedan de 15 días, se suplan por sus respectivos Secretarios, y en el caso, por más que la falta haya sido de una sola tarde, es temporal y por consiguiente, debió suplirse por el Secretario respectivo, teniendo éste por la ley, jurisdicción para presidir los debates ante el Jurado Segundo que la pena impuesta por el Juez es justa y arreglada á derecho. Por tales consideraciones y con fundamento de lo dispuesto en los artículos 540, 544 fracciones I, II y III, 518, 561 fracción III, 225, 226, 197, 50, fracción 1.<sup>ª</sup> y 218 del Código Penal, se declara: 1.<sup>º</sup> que no es de reponerse el procedimiento; y 2.<sup>º</sup> que es de confirmarse y se confirma la sentencia pronunciada por el Juez 3.<sup>º</sup> de lo Criminal con fecha 8 de Fe-

brero último en la que condenó á Eligio Rodríguez por homicidio á 13 años de reclusión contados desde el 31 de Julio 1893 con calidad de retención, en su caso, y á Aurelio Martínez por complicidad en el homicidio cometido por el anterior, á seis años diez meses de reclusión contados desde la misma fecha y con calidad de retención en su caso. Hagase saber personalmente á los acusados, y en su oportunidad con testimonio de esta ejecutoria, devuélvase el proceso al Juzgado de su origen para los efectos legales; expídanse las copias de ley y archívese el Toca. Así por unanimidad lo proveyeron y firmaron el Presidente y Magistrados de la 2.<sup>a</sup> Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito. Doy fe.—*F. G. Puente.*—*Diego Baz.*—*Joaquín Díaz.*—*J. M. Iturbe* Secretario.—Rubricas.

## INSERCIONES.

# CODIGO DE JUSTICIA MILITAR. (1)

(CONTINÚA.)

Código español.—Art. 16 frac. III. Cuando los culpables hubieren cometido un delito común y otro militar, independientes entre sí, la jurisdicción ordinaria conocerá del primero y la de Guerra del segundo, pudiendo ambas instruir las primeras diligencias. Fracción V. Cuando se ejecute un solo hecho constitutivo de dos ó más delitos de que deban conocer jurisdicciones distintas, con arreglo á las disposiciones anteriores, será competente para juzgar, la que en su caso deba imponer la pena más grave.

Código francés de 1857 (2) Artículo 50. Cuando un individuo cometa un crimen ó delito de la jurisdicción de los Consejos de Guerra, y un crimen ó delito de la competencia de los tribuna-

[1] Los comentarios á los artículos 4 y 5 del Código de Justicia militar fueron escritos en el mes de Diciembre del año pasado. Hay hemos visto que el Diario Oficial, comienza á publicar un nuevo Código y que en los referidos artículos asienta los preceptos, cuyas teorías se explanan en los comentarios antes dichos. Hemos creído conveniente dejar los comentarios al 4 y 5, tal como se desprenden de la ley de 1893, porque son el mejor elogio de la nueva legislación; pero del artículo 6.º en adelante nos referimos al Código que hoy se está publicando.

N. del A.

Véanse los números 17, 18, 20, 21 y 22 de este Tomo.

2 A fin de evitar repeticiones inútiles siempre que cite el Código español me refero al de 27 de Spbre. de 1890 y el Francés al de 4 de Agosto de 1857. La legislación patria anterior á la vigente que también cite es de 6 de Dbre. de 1882 y la llamare Código Antiguo.

les comunes, será llevado previamente ante el Tribunal que deba aplicar la pena mayor y en seguida enviado ante el otro, si hubiere lugar por el segundo hecho criminoso. En caso de doble condena, solo se aplicará la pena mayor.

Si los dos crímenes ó delitos tienen impuesta la misma pena, al acusado se le juzgará previamente por el hecho de la competencia de los tribunales militares.

Art. 53. Los tribunales militares solo juzgan por la acción pública, excepto en los casos previstos por el artículo 75 del presente Código. No obstante pueden ordenar en provecho de los propietarios, la devolución de los objetos embargados ó que han servido de prueba, cuando no hay razon legal para decretar su confiscación.

Art. 54. La acción civil solo puede ser ejercitada ante los Tribunales civiles; su ejercicio está en suspenso mientras no se pronuncie sentencia definitiva sobre la acción pública intentada antes ó durante el ejercicio de la civil (1).

Artículo 4.º.—Cuando haya de juzgarse á un acusado de delitos ó faltas que afecten la disciplina militar, y de delitos ó faltas del orden común que no tengan conexión con aquellos, los tribunales del fuero á que pertenezca el que hubiere prevenido en la instrucción del proceso, lo continuará hasta que se pronuncie el fallo definitivo que corresponda pronunciando éste, pasará el reo al otro tribunal, con testimonio de lo conducente, para que proceda conforme á sus facultades, siempre que en el fallo pronunciado no se hubiere impuesto la pena de muerte y que esta haya debido ejecutarse. La prescripción de los delitos cuya averiguación se aplace para cuando en un fuero se pronuncie sentencia que cause ejecutoria, no comenzará á correr sino desde el momento en que el tribunal que previno deje de tener bajo de su jurisdicción al reo.

Concordancias.—Código de 6 de Diciembre de 1882, artículo 1869. "Si no concurren las circunstancias á que se refiere el artículo anterior, concluido el proceso militar, si en él no ha recaído sentencia de muerte, se pondrá al reo á disposición del Juez común. Si este hubiere prevenido en el conocimiento del delito común pondrá al reo á disposición del Juez militar respectivo, cuando haya concluido el proceso, si en él no hubiere recaído sentencia de muerte. Se entiende que la sentencia de muerte deba ejecutarse; de no ser así se entregará al reo, en ambos casos, al Juez que corresponda."

1 El art. 75 se refiere á la jurisdicción de los prebostes, para dictar resoluciones en quejas de daños y perjuicios causados, que no excedan de ciento cincuenta francos.

Código español.—Art 16.—Fracción III.— Cuando los culpables hubieren cometido un delito común y otro militar independientes entre sí, la jurisdicción ordinaria conocerá del primero y la de guerra del segundo; pudiendo ambas instruir, desde luego, las primeras diligencias. (1)

Artículo. 19.—“En los casos en que deban conocer distintas jurisdicciones de delitos imputados á un mismo individuo, tendrá preferencia para seguir el procedimiento hasta su terminación, por sentencia, la que haya de aplicar la pena más grave; debiendo esperar las demás el oportuno testimonio de condena.

Código francés de 1857, art. 60. «Cuando un individuo cometa un crimen ó delito de la jurisdicción de los Consejos de Guerra y un crimen ó delito de la competencia de los tribunales comunes será llevado previamente ante el Tribunal que debe aplicar la pena mayor, y en seguida enviado ante el otro si hubiere lugar, por el segundo hecho criminoso.

En caso de una doble condena solo se aplicará la pena mayor.

Si los dos crímenes ó delitos tienen impuesta la misma pena, el acusado será juzgado previamente por el hecho de la competencia de los Tribunales militares.»

Comentario.—Puede suceder muy bien, y en la práctica se presenta con frecuencia, sobre todo entre nosotros, á causa de la naturaleza especial del fuero de guerra, el caso de que un individuo cometa dos delitos sujetos á diversas jurisdicciones; esto es, uno de la competencia de los tribunales militares, y el otro de la de los del orden común, y la ley militar, después de haber determinado cuales pertenecen á aquellos debió prever la posibilidad de un conflicto de jurisdicciones. El Código vigente acepta, para tales casos, el sistema de dar la preferencia en lo concerniente á uno y otro delitos, al Tribunal que hubiere iniciado primeramente la averiguación de alguno de ellos, y las razones que á mi juicio hay no pueden ser otras que las siguientes: Aceptado que todas las autoridades cumplen rigurosamente su deber, el que primero inicia una averiguación, es también el primero que tiene noticia de la perpetración del delito, y por consecuencia que dicho delito es el que se ha hecho más público, causando así mayor escándalo y conmoción social; importando reprimirle más rápidamente, para restablecer la

confianza pública; así, como que sujeto un acusado á la jurisdicción de un tribunal cualquier, no hay motivo plausible para sustraerlo de ella mientras no se defina su responsabilidad. No obstante, definida esta, nada impide sujetarlo á la otra, para que responda del nuevo hecho que se le imputa y sufra en su caso la pena correspondiente.

Una excepción hay á esta regla: cuando se aplica por el primer delito juzgado, la pena de muerte; excepción que justifican los preceptos de los artículos 799, del Código Militar y 143 del Código Penal, que prohíben, agravar dicha pena por ningún concepto, y que por tal causa aplicándose hacen inútil una nueva declaración de culpabilidad y la aplicación de un nuevo castigo que nunca surtirá sus efectos.

Las prevenciones anteriores previenen también, la no aplicación de la pena de muerte, y desapareciendo la causa que hace inútil el nuevo juicio, debe este terminarse y el culpable recibir el castigo á que se haya hecho acreedor. Disposiciones análogas, se encuentran en el Código anterior y debe suponerse que obedecieron á idénticas razones. Pero las penas en estos casos, deben modificarse, como me ocuparé de demostrarlo en su oportunidad.

El Código francés sigue un sistema enteramente diverso en su artículo 60, y concede la preferencia á los Tribunales que han de aplicar la pena mayor, por razones que están expresadas en la exposición de motivos presentada al Cuerpo legislativo, y que en concreto dicen, que la vindicta pública está tanto más interesada en el castigo, cuanto más grave es el delito cometido, y que en proporción á esta gravedad crece la pena, por lo que esta es la que deba determinar la preferencia en esos casos, y que siendo igual para ambos delitos, toca primero conocer á los tribunales militares, que son los jueces propios de los soldados en la Francia. De estas dos razones, la primera pudiera ser de fuerza entre nosotros, si bien puede oponerse la consideración de que si la sociedad está tan interesada en el castigo pronto de la infracción mayor, no está menos en el de aquel que habiéndose hecho más público, ha causado mayor alarma social y ha llegado más pronto á conocimiento de la autoridad; y más cuando la noticia del segundo ha corrido atenuada con la convicción de que el delincuente se encuentra bajo la acción de la ley y de los jueces. Respecto de la segunda, es todo lo contrario; esto es, no debe atenderse, ya que los jueces naturales de los soldados mexicanos son

(1) Art. 16 fracción 5.ª Cuando se ejecute un solo hecho constitutivo de dos ó más delitos de que deban conocer jurisdicciones distintas, con arreglo á las disposiciones anteriores, será competente para juzgar la que en su caso habría de imponer la pena más grave.

los del fuero común, y solo por excepción los del fuero de guerra.

La ley española, aceptando la preferencia por razón de la gravedad de la pena, ha sabido llenar un vacío que se nota en las otras compilaciones legales, esto es que el delito, cuya investigación y castigo se deja para más tarde, puede quedar fácilmente impune, porque con el trascurso del tiempo y mientras se instruye la primera averiguación, se pueden perder los datos y pruebas existentes para comprobarlo; y por tal causa es á mi juicio necesario saber el precepto contenido en su artículo 16, fracción-III, en que autoriza á ambas jurisdicciones para practicar las primeras diligencias, es decir, á reunir los elementos de culpabilidad, para cuando llegue á celebrarse el juicio.

La parte final del artículo de nuestra ley, que comento, contiene una prevención que, aunque dura, es justa, si bien rara en el nuevo Código, que generalmente se distingue del anterior por la lenidad relativa que forma su espíritu y que anima todos sus preceptos; quiere que la prescripción no corra para el delincuente con relación al segundo de los delitos cometidos, mientras se está instruyendo el primer proceso y no se ha puesto al responsable bajo la jurisdicción del segundo juez, disposición que tiene su fondo de justicia; pero que en la práctica presenta sus dificultades como lo demostraré á su tiempo. Por ahora no lo he de decir; que á mi juicio este precepto no está en su sitio y debió haberse colocado al tratar de la prescripción de las acciones penales. (1)

Analizadas, aunque sea en globo, las disposiciones del artículo 4.º y sus concordantes, estudiemos sus efectos en la aplicación práctica de aquel.

Nada hay que decir respecto al caso de que concluida primero la causa militar, se ponga al reo á disposición de las autoridades del orden común, pues no entra en el plan de este estudio ocuparse de estos últimos; pero sí interesa examinar el supuesto contrario.

Recibido el reo por las autoridades militares é instruido el proceso correspondiente, suponemos que ha llegado la hora de dictar una nueva sentencia condenatoria y por tal motivo aplicar una nueva pena. ¿Se hará efectiva ésta? ¿en qué forma? y en qué ocasión?

Bien sabido es que la acumulación de procesos, lleva consigo dos consecuencias jurídicas, una de procedimiento, esto es, hacer que en una sola causa se averigüe la responsabilidad crimi-

nal que resulte al acusado por dos infracciones de ley, y otra: hacer que la aplicación de la pena ó penas se haga conforme es debido. Ahora bien, en los delitos de distinto fuero, estos casos en que hay un delito común y uno militar, la acumulación es impracticable, especialmente por lo que toca al primero de sus efectos; ya que á ello se opone la jurisdicción propia de cada tribunal, ¿lo será también en cuanto á la aplicación de la pena? Responder á esta pregunta es dar la respuesta á la primera de las que antes planteaba, y voy á procurar hacerlo.

Es bien sabido que para la aplicación de penas, en los casos de acumulación, se siguen por los diversos Códigos tres sistemas: ya aplican tantas penas como delitos, sumando unas con las otras; ya aplican solo la del delito mayor; y por fin agravan ésta con un aumento más ó menos grande, pero que no exceda del tiempo que darían todos los castigos sumados y siempre teniendo presente las clases de penas aplicadas.

Como ejemplo del primer sistema pueden citarse el artículo 76 del Código Penal español de 1850, y el 109 del Código bávaro; como ejemplo del segundo el 365 del Código de instrucción criminal francés; y del tercero nuestro Código Penal vigente, el español de 1870 en su artículo 89 fracción II, el novísimo italiano y casi todos los de los Estados de la confederación mexicana.

Mucho se ha discutido cual de estos sistemas de penalidad sea el más adecuado, atacándose al primero por dureza y por desnaturalizar por completo el fin de las penas, que es la corrección del culpable; ya que la aplicación de una de estas, la más grave debe bastar para regenerarlo, y supuesto que ni se cree bastante para expiar el delito más grave, con mayor razón lo es para los de menor importancia; siendo así inútil é injusto prolongar los sufrimientos del culpable. Al segundo, por creerlo insuficiente para esa regeneración, ya que el delincuente ha dado pruebas de perversidad mayor que la necesaria para que se le aplique la pena más grave, supuesto también que ha continuado delinquiendo apesar de la sección legal; y se ha adoptado un sistema mixto, ó sea de agravación á la pena mayor y que satisface á las exigencias de unos y otros razonamientos.

El Código militar, en los casos de sentencia á un mismo individuo por delitos de distinto fuero, parece inclinarse al primero de los sistemas enunciados, aún cuando no lo dice expresamente,

(1) Véase el comentario respectivo al artículo 815.

no así para delitos puramente militares ya que contiene prevenciones análogas á las del Código Penal y si fija el castigo para cada delito diverso, refiriéndose al Código Penal, dispone sea aplicable en los tribunales del fuero de guerra, cuando por razón del artículo 2.º tenga que juzgarse de infracciones del orden común (véanse los artículos 1096 y 712 del citado Código).

Sentado lo anterior, la pena se hará efectiva después de que el reo extinga la impuesta por la autoridad común, en la forma que prevengan los reglamentos militares, y tan luego como la primera condena concluya; todo esto sino es posible hacerlas efectivas ambas, desde luego, como sucedería en los casos en que una fuese multa y otra prisión, ó bien prisión la de los tribunales comunes y destierro ó extrañamiento la de los jueces militares.

No puedo menos de decir que si tal es el sistema del actual Código, estoy en entero desacuerdo con él. No me ocuparé en hacer una tésis sobre la severidad de ese sistema de penas, que pueden llegar por su cuantía á convertirlas en perpetuas, ni he de decir todo lo grave que es prolongar de un modo indefinido el castigo de un hombre, que, si bien es verdad que delinquiera dos ó más veces consecutivas, también lo es que aún no había sufrido pena alguna, y por tanto no podía saberse el efecto que en él hiciera la acción de una de esas penas, de la mayor aplicable si se quiere; y para los que deseen mayores datos, pueden ir á buscarlos en todos los tratadistas de derecho criminal y sobre todo en Bonneville. "L' Amelioration de la loi criminelle" tomo 2.º, cap. 3.º, Garraud y Ortolan en donde podrán ver un estudio completo (1).

Toda esta digresión, bien larga por cierto, tiende á emitir una idea que no puede menos de ser justa. ¿Porqué si para delitos de un mismo fuero es de justicia la acumulación en sus efectos penales, y el mejor sistema es el de agravar la pena mayor y no el de aplicarlas todas; ¿porque en el caso de delitos de distintos fueros no se ha de tener presente la primera condena, al dictar sentencia por el segundo delito y á fin de no hacer forzosamente de peor condición al reo, que si hubiese sido juzgado por un solo juez? Parece que la ley se mostraría con esto al par que justa, benigna y no sería un hecho sin precedente, pues ya existía en el Código Francés

una prevención análoga á la que indico, y que puede verse en el art. 360, no el que se previene que en caso de condena dictada por dos tribunales diversos, solo se aplique la pena mayor, de acuerdo con el 365 del de Instrucción criminal, que igualmente lo manda así para los delitos del fuero común.

Acéptese entonces el sistema de agravaciones ó el de la sola aplicación de la pena mayor siempre habrá razón para tener presente la condena primitiva, en el caso de fueros diversos y solo aplicar en la segunda, aquella porción de pena en que esta pueda exceder á la otra, ó con su agravación respectiva.

Obran, para creerlo justo así, las mismas razones que antes expusiera para aceptar la acumulación de delitos, sin que sea motivo en contrario, en cuanto al fondo, objeto y fines de las penas, la circunstancia de tratarse de diversos fueros.

No me atreveré á indicar la manera con que se conseguiría llegar á este resultado; pero es inconcuso que con poco trabajo, podría conseguirse hacer extensivo el beneficio de la acumulación de penas y la filosófica teoría que lo engendrara, á los casos de doble sentencia por tribunales de diverso fuero, y se llegaría á olvidar ese modo de castigo sumado que, como dicen los autores del Código Penal del Distrito en su parte expositiva, "resultaría un castigo exorbitante que equivaldría muchas veces á una pena perpetua, si eran aplicadas las corporales, ó á la confiscación total de bienes, si aquellas eran pecuniarias."

Art. 5.º « Los tribunales del fuero de guerra solo decidirán sobre la acción criminal, que nazca de los delitos que sean de su competencia. La acción civil que de estos se derive, se regirá por las prescripciones relativas de la legislación común: se deducirá siempre ante los tribunales civiles y no se fallará sobre ella, sino hasta que en el proceso militar se haya pronunciado sentencia que cause ejecutoria.

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de lo establecido en los títulos II, III y IV del libro segundo de este Código, en cuanto á la intervención que la parte ofendida pueda tener en un juicio militar, y salvo lo prevenido en los artículos 348 y 511.»

Concordancias.—Código Antigo.—Art. 3255 "El acusador en todo proceso militar será oído y examinado de la misma manera que los testigos, y no tendrá en él más representación que la que le dé el derecho que pueda asistirle; co-

1 El art. 3377 del antiguo Código reglamentaba la forma de penalidad en los casos de acumulación de delitos, disponiendo que solo se aplicara la pena que correspondía al castigado más severamente y no las otras, excepto en los casos de destitución, suspensión y retrogradación ó inhabilitación (art. 3378) en que se aplicaban ambas; pero sin agravar con nada la pena corporal.

mo ofendido. Con ese carácter le será lícito, durante el juicio, promover todas las pruebas que tengan por objeto acreditar los hechos criminosos de que pudiera emanar aquella responsabilidad. Será oído también en el Consejo de Guerra si lo solicitare.

Art. 3256. La acción civil que nazca de delito del orden militar, se regirá por lo prescrito en los Códigos Penal y Procedimientos civiles y penales del Distrito Federal, y no se fallará sobre ella, sino hasta que se haya pronunciado en el proceso sentencia que cause ejecutoria."

Código Francés. "Art. 53. Los tribunales militares no juzgan sino por la acción pública excepto en los casos previstos en el art. 75 del presente Código. "No obstante, pueden ordenar en provecho de los propietarios la devolución de los objetos embargados ó que han servido de prueba, cuando no hay razón legal para decretar su confiscación."

"Art. 54. La acción civil solo puede ser ejercitada ante los tribunales civiles, su ejercicio está en suspenso mientras no se pronuncie sentencia definitiva sobre la acción pública intentada antes ó durante el ejercicio de la civil (1).

Código Español. «Art. 11. La jurisdicción de guerra es competente para conocer en materia civil. . . . .

4.º De la responsabilidades civiles declaradas en sentencias firmes ó en providencias de sobreseimiento definitivo, por los Tribunales y autoridades judiciales del Ejército, mientras el procedimiento se limite á la vía de apremio contra los sentenciados y sus bienes."

Si surgieren cuestiones que exijan declaración de derechos civiles, se someterá su resolución á los Tribunales del fuero común, suspendiéndose, con relación á dichas cuestiones, todo procedimiento, el cual continuará después de resueltas.»

Art. 343. "En los juicios militares se procederá de oficio y no se admitirá la acción privada.

Art. 344. En los delitos de violación y en los de rapto con miras deshonestas, solo procederán los Tribunales militares, á virtud de denuncia de la persona interesada, de sus padres, marido, abuelos, hermanos ó tutores."

Art. 345. "La acción penal y hasta la pena impuesta en los casos previstos en el artículo anterior, se extinguen por la renuncia ó perdón de la parte agraviada, ó el matrimonio de la ofendida con el ofensor."

"Las acciones civiles podrán también ser renunciadas, haciéndolo constar expresamente."

Art. 648. Para hacer efectivas las responsabilidades civiles, declaradas en sentencia firme, se procederá en la forma establecida en el título 14 de este tratado (2)

1 El artículo 75 de la ley francesa se refiere á la jurisdicción de los prebostes para dictar resoluciones en quejas de daños y perjuicios causados, cuyo valor no exceda de ciento cincuenta francos.

2 Este título comprende los artículos 524 á 531, y dá las reglas para los embargos por responsabilidades civiles, etc.

Ley española de 10 de Marzo de 1884—Art. 9. Son competentes los tribunales militares para hacer efectivas las responsabilidades civiles etc. . . . (en un todo igual al artículo 11 del Código español antes inserto en estas concordancias.)

Comentario.—El artículo 5.º establece varios preceptos de capital importancia, para arreglar la intervención, carácter y derechos de los que como acusador y quejoso intervengan en un proceso criminal militar. Son aquellas: el primero, que los jueces de este fuero solo decidan sobre la acción criminal, en delitos de su competencia: que las acciones civiles, que de esos delitos nazcan, se deducirán siempre ante los tribunales civiles y nunca en los primeros; que estas últimas solo pueden hacerse valer después de sentencia firme ó ejecutoria, y como es natural cuando se haya condenado ó que apesar de lo anterior, esto es de quitar al quejoso ú ofendido el derecho de constituirse parte civil en el proceso militar, puede llevar á cabo ciertos actos que designan los títulos II, III y IV del libro 2.º, y que en concreto son: los de ser oído y examinado como testigo, no menos que poder en un caso exigir las responsabilidades civiles; promover pruebas del hecho criminoso que dé orí á la responsabilidad antes dicha, y aún de ser oído en las audiencias y Consejos de Guerra (1), nombrar un representante común cuando fueren varios los interesados ó quejosos; (2) pedir copia, ó adicionar las solicitadas por su contrario de algún documento que obre en los archivos públicos (3) que se le dé traslado de las conclusiones de acusación por el término de tres días (4) y durante este tiempo solicitar práctica para nuevas diligencias (5) y apelar cuando le fueren negadas (6) que se le cite para la audiencia respectiva ante el Jefe militar ó Consejo de Guerra; (7) que le sean devueltos los objetos de su propiedad que le hayan sido usurpados; (8) ser oído en los incidentes sobre libertad bajo caución y provisional, para el efecto de asegurar sus relaciones, [9] y aún de oponerse á ellas cuando no se cancione el importe de dicha reclamación, (10) alegar en las audiencias, en juicios celebrados ante jefes militares [11] y Consejos de Guerra; (12) pedir por una vez la suspensión del juicio por su comparecencia de testigos ó peritos (13); interrogar á unos y otros y aún dar noticias sobre su honorabilidad y antecedentes [14].

1 Artículo 128.

2 Artículo 130.

3 Artículo 288.

4 Artículo 316.

5 Artículo 319.

6 Artículo 323.

7 Artículo 327.

8 Artículo 348.

9 Artículo 351.

10 Artículo 354.

11 Artículo 444.

12 Artículos 452 y 492.

13 Artículo 457.

14 Artículo 481.

(Concluid.)

## BIBLIOGRAFIA

## SISTEMATICA DE "EL DERECHO"

**Journal du Droit International Privé et de la Jurisprudence comparée**, por Eduardo Clunet, *avocat à la Cour d'appel de Paris*.—1894.—tom. 21, núm. 1 y 2.

Sumario: La Conferencia de La Haya relativa al Derecho Internacional Privado (*A. Lainé*, profesor de la Facultad de Derecho de París.)

De la retroactividad de la ley francesa de 26 de Junio de 1889 sobre la nacionalidad (*P. Esperson*, profesor de la Universidad de Pavía.)

El arbitraje del mar de Behring [*H. Fromageot*, abogado de la Corte de París.]

De la protección de los acreedores de un Estado extranjero [*M. Kebedgi*, doctor en derecho.]

De la condición jurídica de los extranjeros según las leyes y los tratados vigentes sobre el territorio del Imperio de Alemania (*J. Keidel*, agregados al gobierno departamental de la Alta Baviera.)

**Los Procesos Célebres.** Revista mensual ilustrada de los procesos célebres del año con los alegatos *in extenso*.

Redactor en jefe: *M. B. Montoux*, abogado en la Corte de apelación de París: primer año:

**Revista general de Derecho Internacional público.** (Derecho de gentes.—Historia Diplomática.—Derecho penal—Derecho fiscal—Derecho administrativo), dirigida por *Antoine Pillet*, profesor de Derecho Internacional en la facultad de Grenoble, y *Pal Fauchille*, abogado, doctor en derecho y laureado del Instituto de Francia—1894.

**La Francia Judicial.** Revista mensual de Legislación y de Jurisprudencia conteniendo estudios jurídicos variados, así como las leyes y decisiones judiciales más importantes y más recientes, dirigida por *Charles Constant*, abogado en la Corte de apelación de París y Oficial de Academia.

Los suscriptores á nuestro semanario pueden encargar, por nuestro conducto, las anteriores publicaciones, y otras que próximamente anunciaremos en la inteligencia de que su precio les resultará más barato, que en cualquiera de las librerías de esta Capital.

## AVISO

A LOS

## Suscriptores de este Semanario.

Nuestro deber de procurar hacer de nuestra publicación la más completa en su género, tanto para los tribunales como para los abogados postulantes y aún para los jóvenes que se dedican al estudio del derecho, nos ha sugerido la idea, que desde hoy empezamos á llevar á cabo, de agregar á cada número de «El Derecho» y esto sin alterar su precio, un pliego que contenga ocho páginas de aquellas obras que tanto por su interés científico, como por su escasez en las librerías de México y del Extranjero, deban ser reproducidas, ó traducidas para lo cual nos proponemos que desde luego aparezcan alternativamente la monografía de *W. Belime*, intitulada: "Tratado del derecho de posesión y de las acciones posesorias" y el "Derecho Internacional Privado ó principios para resolver los conflictos entre las diversas legislaciones en materia de derecho civil y comercial" por *Pascual Fiore*, edición de 1878.—Ambas obras están hoy agotadas, no obstante haberse hecho de ellas diversas ediciones como puede verse en los catálogos.

LA REDACCION.