

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, 15 DE AGOSTO DE 1894.

NUM. 30.

ACADEMIA MEXICANA
DE
LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA
CORRESPONDIENTE
DE LA REAL DE MADRID.

DISCURSO leído por el Sr. Lic. Indalecio Sánchez Gavito, en la sesión del día 15 de Junio de 1894. (1).

ADMISION DEL RECURSO.

En todas las ciencias, y principalmente en las muy difíciles, y lo es en primer grado la de que me estoy ocupando, es de la mayor importancia la propiedad y exactitud del lenguaje. Cuando se usa de la misma palabra para expresar diversas ideas, ó cuando se usan de diversas palabras para expresar la misma idea, se corre grave riesgo de incurrir en error en la interpretación y aplicación de los textos.

En los folletos que he publicado sostuve que en el tecnicismo español declarar que es procedente el recurso de casación significa declarar que es de casarse la sentencia recurrida y conviene comprobar este aserto.

El decreto de 4 de Noviembre de 1838 dispone, en su artículo 17, que el Tribunal declara: "si ha ó no lugar al recurso"; y el 18, "Cuando se declare haber lugar al recurso por ser el fallo contrario á la ley expresa y terminante, el Tribunal Supremo devolverá los autos al Tribunal á quo para que sobre el fondo de la cuestión determine en última ins-

tancia lo que estime justo por siete ministros que no hayan intervenido en los anteriores fallos." Igual lenguaje usa el art. 19 cuando se declara haber lugar al recurso por quebrantamiento de forma, é igual se usa en el art. 74 de la Instrucción del Marques de Gerona de 30 de Septiembre de 1853.

La ley de Enjuiciamiento de 1855 dice: «Artículo 1059. Si la Sala encuentra que la ejecutoria es contra ley ó doctrina, declara haber lugar al recurso, casando y anulando la ejecutoria.

El art. 9 del proyecto Ruiz Zorrilla nos suministra la prueba concluyente de mi aseerción, dice así: «Artículo 9: Las declaraciones de haber lugar al recurso de casación producirán los efectos siguientes:

"1. La casación de la sentencia y el pronunciamiento de otra arreglada á la ley ó á la doctrina legal infringida, cuando el recurso se hubiera fundado en esta causa."

El artículo 56 de la ley de 22 de Abril de 1878 dice: "Si el Tribunal estimase que en la sentencia se ha cometido la infracción de ley ó de doctrina en que se funda el recurso, declarará haber lugar á él y casará la sentencia." Este artículo está copiado literalmente en el 1745 de la ley de Enjuiciamiento vigente de 3 de Febrero de 1881.

No obsta á lo expuesto el que las leyes y autores españoles hablen de *procedencia de admisión*; porque esta frase tiene su significación propia en la Sala encargada de estas funciones, la Tercera actualmente, y con esta significación no puede emplearlas la Sala encargada de fallar sobre el fondo, actualmente la Primera, toda vez que tanto el artículo 37

1 Véase el número 27 página 417.

de la ley de 22 de Abril de 1878, como el 1732 de la vigente, contra los fallos de ha lugar, ó no ha lugar á la admisión, niegan todo recurso.

Nosotros, en el tecnicismo de nuestro Foro, nunca hemos confundido la procedencia ó improcedencia de un recurso, con el fin que por su medio se pretende alcanzar.

Así decimos que procede el recurso de revocación ó de reposición, y que procede el recurso de apelación, sin tener en cuenta otra cosa mas que la naturaleza de la resolución que se pretende sea revocada ó reformada, y sin que por eso se quiera decir que haya de conséguirse el fin que el recurrente persigue.

Y lo mismo decimos en el recurso de casación. En la ley de Administración de Justicia del Imperio, obra del eminente jurisconsulto Don Pedro Escudero y Echanove, fecha 18 de Diciembre de 1865, se dispone en el artículo 86 que procede la nulidad por contravención á la ley expresa, en el 93 que una Sala había de declarar: «Ha lugar ó no ha lugar á proceder,» en el 95 que declarado que ha lugar á proceder la segunda Sala declaraba si la sentencia era ó no nula y dice al artículo 97: «Así el fallo que califica la *procedencia* del recurso, como el que resuelve sobre la nulidad no admite recurso alguno.»

Nuestra Sala de casación usa de la palabra *procedencia* en el sentido de legal interposición del recurso. «Vistos estos capítulos, dice la sentencia de Diciembre 23 de 1892 (Anuario año de 1892, pág. 442.), en la conexión en que se encuentran, atentos los requisitos de *procedencia*, tiempo y forma, y advirtiéndose que la Sala, calificando la acción deducida y apreciando la prueba rendida, estimó que la obra tuvo su verificativo por honorario ó á destajo, estimación que no ataca el recurrente, reclamando la violación de la ley del contrato y la prueba apreciada, y para fundar su queja hace el supuesto desmentido por la sentencia, de haber aceptado ésta, que la obra se llevó á término por un contrato á precio alzado: es inepto el recurso por falta de *procedencia* y no puede ser vista en casación la queja contenida en los capítulos 1.º y 2.º conforme lo disponen los artículos 712 y 720 del Código de Procedimientos.

«Por los expresados fundamentos y conforme á los preceptos de los artículos 711. 712.

714. 720. 731. 732. y 735, la primera Sala del Tribunal Superior declara:

1. El recurso no ha sido legalmente interpuesto.»

En sentencia de 22 de Febrero de 1892 (Ibid. pág. 454.) «Considerando 1.º Que en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 732 del Código de Procedimientos civiles, hay que ocuparse previamente de declarar si el recurso ha sido ó no legalmente interpuesto, y examinando el escrito en que se introdujo, se advierte que, llenados los requisitos de tiempo y forma, no lo están los de *procedencia* en los capítulos 1, 2 y 5 porque se hace supuesto de la cuestión. es decir, se plantean y asientan hechos jurídicos que están fuera del debate y que no pueden ser objeto de la casación, ni consiguientemente ser apreciados por esta Sala, si se ha de obedecer la prescripción del artículo 712 del Código de Procedimientos.»

En la parte expositiva del proyecto de reformas presentado por el Magistrado Don Manuel Osio y aprobado por el Tribunal Superior, (Marzo de 1886) se dice: «Señaladamente fijamos la atención en que, prescribiéndose por precepto expreso que antes de decidir la casación se declare si el recurso fué ó no interpuesto legalmente, lo que vale tanto como revisar de oficio la calificación del grado. con bastante frecuencia sucedía que, por no llenarse en la introducción del recurso los requisitos de *procedencia*, tiempo y forma por la ley requeridos, se hacía una declaración contraria á la admisión del recurso declarada por la Sala *á quo*.»

Según estos textos es indudable que, en nuestro lenguaje, *procedencia* del recurso y legal interposición del recurso significan una misma cosa.

Esta diferencia en la significación de unas mismas palabras no es de poca importancia; pues en el recurso de casación el más insignificante detalle la suele tener muy grande, y la de que me ocupo puede producir, y en mi concepto ha producido ya, errores graves en la inteligencia de la jurisprudencia española, pues cuando se lee en las sentencias españolas no es procedente, ó es improcedente, ó no ha lugar al recurso de casación, natural era que entendiéramos que eso significaba que el recurso no estaba legalmente interpuesto; por que de esta manera hubiéramos entendido lo-

cuciones idénticas en una sentencia mexicana, que es lo que sin duda querían decir y significar, mientras que en una sentencia española lo que esas locuciones significan es que no hay méritos bastantes para casar la sentencia.

Perdónenos nuestra madre patria, si mi fallo la ofende; pero, á mi juicio, en este caso, la propiedad y exactitud del lenguaje jurídico está del lado de los mexicanos y no del lado de los españoles; porque recurso, según los Diccionarios de la Academia y de Escriche es: «la acción que queda á la persona condenada en juicio para poder acudir á otro Juez ó Tribunal en solicitud de que se enmiende el agravio que cree haberle hecho" y en la casación, lo mismo que en todos los demás recursos, cuando no se casa la sentencia, lo que se resuelve es que no existe el agravio que se invoca, no que no se pudiera acudir á otro Tribunal en demanda de reparación del agravio, tanto menos cuanto que ya el agraviado acudió á ese otro Tribunal y ya conoció de la existencia ó no existencia del agravio invocado.

Mas sea de esto lo que fuere, y corresponda la razón á quien la tenga, no dejemos de tener muy en cuenta, cuando de la aplicación de doctrinas se trate, de esta distinta significación de unas mismas ó de tan análogas locuciones.

Para completar este estudio conviene separarse un poco de la polémica y establecer cuales son los requisitos que nuestra ley exige para que el recurso de casación se tenga por legalmente interpuesto. Me servirá de guía para este estudio el informe pronunciado por nuestro distinguido compañero Don Agustín Rodríguez en el recurso de casación que sostuvo á nombre de los sobrinos de la Señora Doña Dolores Chávez de Landaluce y lleva la fecha de 6 de Julio de 1893.

No puedo citar ese informe sin considerar como un deber hacer de él el cumplido elogio que se merece, no en la parte relativa á procedimientos de casación que trata muy someramente, ni tampoco en la parte que se refiere á los efectos de las sentencias de amparo sobre la Sala de Casación, porque estos son esfuerzos poderosos de talento para encauzar dentro de formas jurídicas un recurso, que cuando á negocios civiles se refiere, ni tiene ni pueden acomodársele formas jurídicas, sino en lo relativo al exámen que hace de la tras-

cedental cuestión teórica del valor, extensión y efectos de la cosa juzgada. Esta cuestión de importancia suma, está tratada en ese informe con basta erudición, observación profunda, elevación de miras y verdaderamente con admirable maestría.

Me complace contar en apoyo de mi opinión, de que nuestra ley no exige requisitos internos para la legal interposición del recurso, con la más autorizada del Sr. Lic. Rodríguez, consignada en los párrafos 115, 116, 117 y 120 de su citado informe y que dicen á la letra:

"115. La sentencia sobre admisión, como le llaman las legislaciones extranjeras, ó sobre legítima interposición del recurso, como le llama la mexicana, no versan más que sobre los requisitos de forma que las leyes exigen para intentar la casación."

"116. Así es que la ley que debe servir para fundar la legal ó ne legal interposición del recurso, tiene que ser la misma que establece las condiciones para instaurarla.

117. La materia de esa sentencia es extraña al fondo de la casación y al fondo de la causa objeto del pleito.

"120. La ley que debe fundar la sentencia de casación en el fondo, no puede ser ni la que funda la admisión ó no admisión del recurso, ni la que sirve para fallar la controversia objeto del pleito.»

La exposición de los requisitos de admisión requiere bastante desarrollo, que no pienso darle por ahora, sino que me voy á limitar á señalarlos someramente.

Estos requisitos, de acuerdo con el Sr. Lic. Rodríguez [Informe citado, párrafo 74.] son los siguientes:

1. Que la sentencia recurrida sea definitiva, dictada en última instancia y que no haya pasado en autoridad de cosa juzgada.—Art. 698 del Cód. de Proc. Civ.

2. Que solo puede interponerle quien resienta perjuicio por la violación.—Art. 701.

3. Que la violación se haya reclamado antes de que se pronuncie la sentencia.—Art. 702,

4. Que se haya reclamado la violación en la instancia siguiente, si fué cometido en otra cuya sentencia definitiva no causare ejecutoria.—Art. 704.

5. Que cuando las sentencias de primera y

segunda instancia sean conformes, se constituye un depósito.—Art. 708.

6. Que se agregue á los autos el billete que ese depósito consigne.—Art. 710.

7. Que la sentencia recurrida no se haya dictado en autos preparatorios, ni en interdictos, ó en juicios verbales cuyo interés no exceda de cien pesos.—Art. 717.

8. Que el recurso se interponga verbalmente ó por escrito, según la naturaleza del juicio y ante el mismo Juez ó Tribunal que pronunció la sentencia.—Art. 718.

9. Que se interponga en el término improrrogable de ocho días ó en el de cuatro si el juicio fuere verbal.—Arts. 719 y 710 y ejecutoria mexicana de 6 de Marzo de 1888. (Anuario 1889. págs. 130 y siguientes,) que interpreta y aplica rectamente en este sentido los artículos 1107 y 1129 del Código de Procedimientos.

Aunque la Sala de casación había resuelto en alguna sentencia que el término corría, á pesar del recurso de aclaración, con mejor acuerdo, ha establecido que el recurso de aclaración de sentencia, interrumpe el término para interponer el de casación [Anuario tomo de 1887, págs. 239 y siguientes; tomo de 1889, págs. 5 y siguientes, y tomo de 1892 páginas 239 y siguientes).

10. Que en el escrito ó comparecencia se cite la ley infringida y el hecho en que consiste la infracción.—Art. 720.

Es requisito indispensable de la casación el que se cite la ley que se suponga violada; porque esto es lo que diferencia el recurso de casación del recurso de súplica. El Tribunal que conoce de una súplica investiga y estudia todo el negocio, en todas sus relaciones con el derecho. El Tribunal que conoce de la casación no examina todo el negocio, sino el punto concreto que se determina, y ese punto concreto no le discute en todas sus relaciones con el derecho sino en sus relaciones con la ley que se cita como infringida.

Es preciso determinar el concepto en que la ley se supone infringida para no examinar tampoco esta en todas las interpretaciones de que puede ser susceptible, sino que solo tenga que examinar la inteligencia que le da el recurrente y si es distinta de la que le dió el Tribunal sentenciador.

11. Que se alegue, al introducir el recurso, alguna de las causas ó motivos de casación

enumerados en los artículos 711 y 714.—Artículo 721.

Estos son los únicos requisitos ó condiciones para la legal interposición del recurso.

El Sr. Lic. Rodríguez exige dos más que propone como 5 y 6, á saber: que el recurso no se introduzca contra los considerandos de la sentencia y que no se haga supuesto de la cuestión, apoyándose para ello en la jurisprudencia de nuestra Sala de casación.

El Abogado que se encarga de la defensa de un negocio debo partir de la teoría pura, pero necesita también tener en cuenta, como diría Castelar, la impureza de la práctica, y si la práctica, si la jurisprudencia de nuestros Tribunales tienen establecido, como en efecto ha establecido, que sean requisitos de admisión que el recurso no se haga valer contra los considerandos, ó que en él no se haga supuesto de la cuestión, el Lic. Rodríguez no es censurable por haberlos presentado con este carácter en los números 5 y 6; pero en el terreno en que estamos discutiendo, en el terreno de la teoría creo que deben de suprimirse, sin preocuparnos de la jurisprudencia, que en ese punto considero viciosa.

Sea esta la opinión del Sr. Lic. Rodríguez ó lo sea únicamente de la Sala de casación, creo poder demostrar que no son requisitos de legal interposición del rerurso.

Desde luego la ley no lo dice, y la jurisprudencia es impotente para establecer requisitos de admisión, pues para ello es necesario ley, y ley expresa, y esa es la que no existe.

Voy á examinar estos dos requisitos:

1. Considerandos.

No son ni pueden reputarse como requisitos de admisión sino aquellos para cuyo conocimiento baste la vista del proceso, sin descender al examen de las cuestiones que entraña. Con solo el análisis superficial del proceso, se ve si la sentencia es ó no definitiva, si el que interpone el recurso es ó no el litigante, si se reclamó ó no se reclamó la violación que se invoca, si es ó no necesario constituir el depósito, y si se constituyó ó no etc. La sana teoría respecto de considerandos es la de que no cabe el recurso de casación contra los argumentos jurídicos de los considerandos sino cuando estos influyen directamente en la parte resolutive de la sentencia, y esto no se

puede saber, no se puede decidir sino después de examinado minuciosamente el caso, abarcando el sistema de la sentencia recurrida, y tomando pleno conocimiento del negocio, esto es, conociendo del recurso y del medio empleado ó motivo invocado por el recurrente.

¿Qué cosa son los considerandos? No son otra cosa que las premisas de las que la sentencia deduce las conclusiones que forman su parte resolutive. ¿Y no se nos dice todos los días, para no casar una sentencia, de acuerdo en esto con la sana doctrina, que la sentencia recurrida tiene la presunción á su favor? ¿No se infiere de aquí que hay presunción de que los considerandos conducen como antecedentes á la conclusión que deduce? ¿No tiene, en casos tales, el recurrente la presunción á su favor? ¿Y es racional desechar esa presunción á favor del recurrente por solo el examen superficial de los autos? ¿O la presunción á favor de la sentencia cesa, por acaso, cuando puede favorecer al recurrente?

Las leyes no van contra la razón, ni contra el buen sentido jurídico, y si alguna vez no sucede así, si alguna vez hay que invocar la máxima de que "*quamvis lex dura est, tamen ita scripta est,*" es esto por rarísima excepción y cuando no hay medio lógico de entenderla ni interpretarla de otra manera, exigiendo entonces esta demostración para que el argumento sea valedero.

¿Se ha demostrado la existencia de esa ley expresa, dentro de esas condiciones? No se ha demostrado y en mi concepto no se demostrará tampoco.

Basta lo expuesto para rechazar este requisito como de legal interposición del recurso; pero no quiero detenerme aquí sino llevar más adelante la demostración, y la llevaré, en mi concepto, hasta la evidencia.

Cita el Sr. Lic. Rodríguez el art. 712 que dice: "En los casos del artículo anterior, el Tribunal no apreciará más que las cuestiones legales que sean objeto de la casación, y los fundamentos jurídicos que hayan servido ó deban servir para decidirla" y basta la lectura del artículo para comprender que es contraproducente, porque el Tribunal debe de tomar en cuenta: "las cuestiones legales que sean objeto de la casación y los fundamentos que hayan servido ó deban servir para decidirla."—«Decidirla» dice la ley; pero debe ser decidirlas,—y solo examinando la cues-

tion en el fondo se puede conocer el valor de los argumentos empleados y de los que hayan debido emplearse.

Cita el Sr. Lic. Rodríguez la ejecutoria de 19 de Septiembre de 1888 que se halla en el Anuario de 1889, pág. 413 y siguientes que dice: «Considerando 2.º Que la casación no se puede hacer valer contra los considerandos de la sentencia, ni contra las apreciaciones que con más ó menos oportunidad, haga el Tribunal sentenciador, si la decisión es arreglada á la ley, y que el Tribunal de casación no debe tomar en consideración más que las cuestiones que hayan sido materia de esta y los fundamentos jurídicos que hayan servido ó deban servir para decidirla. [Art. 711 y 712 del Cód. de Proc.].» Si, con arreglo á éste considerando, han de examinarse en casación las cuestiones que hayan sido materia del juicio y los fundamentos jurídicos que hayan servido ó deban servir para decidirlas, parece que es inútil discutir, y hasta parece que no se necesita ni siquiera afirmar, que nada de esto puede saberse sin el examen concienzudo y minucioso de todo el proceso, sin definir y determinar la inteligencia de las leyes aplicadas y de las que hayan debido aplicarse, con la calidad natural de que bayan sido citadas por el recurrente, todo lo cual requiere exámen y discusión del negocio en el fondo.

En ejecutoria de 20 de Enero de 1893 dice también que «es de jurisprudencia establecida en la materia, conforme á la frac. I del art. 711, que este recurso se dá contra las violaciones que resultan cometidas por las proposiciones de la parte resolutive del fallo, más no contra los razonamientos aducidos en los considerandos que le preceden, sino cuando estos tienen un enlace íntimo é ineludible con aquella, de manera que la determinen ó rijan necesariamente.»

Parece que no es necesario discutir, y hasta se hace raro que sea necesario afirmar, que no puede saberse si existe ó no esa relación necesaria entre el raciocinio del considerando y la parte resolutive, sin conocer del negocio en el fondo.

Esta práctica de nuestra Sala de Casación no pudo tomarla de la ley, que no se presta para ello, no pudo tomarla de la sana razón, del buen sentido jurídico, ni de la naturaleza propia del estado de los autos, ¿de dónde la

habrá tomado? ¿la habrá tomado de la jurisprudencia de otros países?

— Ya hemos asentado antes que no puede tomarla de la *Chambre de Requetes* francesa y que no le es favorable la jurisprudencia belga.

No le favorece siquiera la jurisprudencia francesa. Trata Fouzier Herman en el tít. II [Loc. cit.] "Des ouvertures et moyens de cassation" que ya hemos visto que son los medios que deben de producir la casación de la sentencia. Supone el recurso ante la cámara civil. Se discute ante la misma un motivo que el demandante cree invocar útilmente, la falsa interpretación de la ley, de la que se ocupa en los números 2976 á 3118 y dice en el número 3071. . . . "Que l' erreur dans l' un des motifs d' un jugement ne donne pas ouverture a cassation, si le dispositif est d' ailleurs justifié par les autres motifs." Apoya esta doctrina en treinta ejecutorias y me parece que la autoridad de ese autor y las de esas treinta ejecutorias dejan fuera de duda que la cuestión de que el recurso se funde en objeciones á los considerandos es materia de fondo y no de legal interposición del recurso.

¿La habrá tomado de la jurisprudencia española?

No puede tomarla de la jurisprudencia de la primera Sala del Tribunal Supremo de España en funciones de Tribunal de Casación, porque cuando menos la cita sería ambigua y no concluyente; porque, repito, aún cuando admitieramos que la primera Sala examina por igual las cuestiones de fondo y de admisión, cuando la disputa es sobre si el punto de que se trata pertenece á uno ó á otro de estos dos extremos, el raciocinio que sobre él puede hacer la primera Sala no dirime la contienda, y si mis adversarios la invocaren á su favor, cometerían sin duda una petición de principio.

El que sea este un punto de que se ocupe la primera Sala es cuando menos una presunción á mi favor, porque la misión propia de esta Sala, en funciones de Tribunal de Casación, es ocuparse del fondo y solo por accidente y á mayor abundamiento se ocupa de la forma.

Es presunción más fuerte á mi favor que correspondiendo á las Audiencias desde 1838 á 1870 examinar los requisitos de admisión, sujetas sus decisiones á los recursos de súpli-

ca por denegada casación de que trata el art. 1072, y al de casación mal admitida de que trata el art. 1090 de la ley de Enjuiciamiento de 1855, es una presunción el que la hayan admitido las Audiencias, considerando que concurrían en él todos los requisitos necesarios para la admisión.

El solo hecho de que las Audiencias debían examinar los requisitos de admisión, basta para persuadir de que no son de esta naturaleza las alegaciones contra los considerandos, pues para estimarlo así, era necesario, que la Audiencia misma que había pronunciado la sentencia dijera que había puesto en ella un considerando inútil, que no influía en la parte resolutive.

La presunción que invoco adquirirá mucha mayor fuerza si fuere considerable el número de sentencias de la primera Sala, que se ocupasen del punto.

En la cuestión de que se trata, según la explicación que he hecho del sistema español, podría útilmente invocarse en mí contra las sentencias de la primera Sala del Tribunal Supremo, durante la vigencia de la ley de 4 de Noviembre de 1838 y de la de Enjuiciamiento de 1855, cuando ella emplee esos raciocinios al conocer de la apelación en casación ó de cuestión previa en casación.

Ahora bien, Don José María Pantoja en su Repertorio de 1838 á 1866 (V. "Recurso de Casación" pág. 863) establece esta doctrina, «El recurso de casación solo procede contra la parte dispositiva de las sentencias y no contra los fundamentos de hecho y de derecho de ellas que con más ó menos oportunidad ó acierto puedan consignarse, ni por la cita más ó menos exacta de leyes que en los dichos fundamentos se haya hecho.

Por consiguiente en la resolución y no en sus fundamentos ó considerandos debe existir la infracción que lo autorice y se alegue y cita en su apoyo cuarenta y dos ejecutorias: todas de la primera Sala en funciones de Tribunal de Casación.

Si la primera Sala, al establecer esta doctrina, hubiera considerado este requisito como de admisión, después de las primeras sentencias ya habrían hecho suya esa doctrina las Audiencias respectivas, como ha acontecido en otros muchos casos que venían después á ser revisados por la Sala primera, en virtud de la apelación; porque así como la ley de la

materia no nació en un día, como dice Chenon de la casación en Francia, tampoco nació en un día la jurisprudencia firme y estable, y lejos de ser así, esas cuarenta y dos sentencias, otras varias que cita el mismo autor en la palabra casación y otras en la palabra considerandos, ninguna de ellas es por apelación, ni por cuestión previa, sino en funciones de Tribunal de Casación.

En el estado actual de la jurisprudencia española, á pesar de las atribuciones de la tercera Sala, hallo en 1892 que la primera Sala declara en 14 sentencias (Colec. esp. tomo 71 ns. 10. 26. 45. 63. 65. 116. 171. y 177; tomo 72 ns. 46. 71. 83. 85. 92. y 119) que no era de casarse la sentencia recurrida porque los motivos invocados se dirigían contra los considerandos.

Sin embargo, con la buena fe, que no es un mérito sino un deber en estas discusiones, reconozco que ya la tercera Sala considera algunas veces que es punto de admisión el que se arguya contra los considerandos, pues así lo hace en tres sentencias (Colec. cit. tom. 71. ns. 48 y 2158; tomo 72. n. 147) del citado año de 1892.

Estas sentencias de la tercera Sala arguyen sin duda en contra de mi tesis. Prueban no obstante, el conjunto de las que sobre la materia pronunció el Tribunal Supremo en 1892, que el principio, que la regla está á favor de aquella; porque, á pesar de las atribuciones que el artículo 1729 concede á la tercera Sala sobre el fondo del asunto, admitió el recurso y le dió el pase en catorce casos y sólo le rechazó en tres.

Y todavía sobre estos casos hay algo importante que observar.

En la sentencia de 17 de Febrero de 1892, [t. 71 n. 48] dice el considerando primero que los motivos 13. 14. 15 y 16 invocados no son de admitirse porque se dirigen á impugnar la apreciación de la prueba y los antecedentes en que se apoya "no constituyen los documentos ó actos auténticos á que se refiere la ley;" y agrega el considerando segundo que esos motivos impugnan los considerandos de la sentencia, "cuyos fundamentos no pueden ser objeto del recurso de casación sino solo la parte dispositiva."

En la sentencia de 30 de Junio de 1892 (t. 71 n. 215) la tercera Sala dice en el considerando segundo que el recurrente no cita dis-

posiciones legales ó doctrinas que hayan podido ser infringidas en el fallo y agrega en el segundo que el recurso solo *procede* contra la parte dispositiva y nunca contra los considerandos.

En los dos casos había razón bastante para no admitir el recurso sin acudir á la de que se argüía contra los considerandos.

La última sentencia (t. 72 n. 147) de Diciembre 12 de 1892 dice en su considerando único

"Considerando que el primero de los motivos expuestos en este recurso se dirige contra un considerando y no contra la parte dispositiva de una sentencia, que es el único objetivo del recurso de casación, como lo tiene declarado constantemente este Tribunal Supremo, y se sanciona en la causa primera del art. 1691 de la ley de Enjuiciamiento civil, siendo además notorio que no existe en la sentencia recurrida la incongruencia que se alega en e mismo motivo, porque la sentencia que absuelve de la demanda es por precisión congruente con las pretensiones deducidas por una de las partes litigantes, por lo cual es inadmisibile el citado motivo, de conformidad con lo prevenido en el número 8 del artículo 1729 de la ley."

Como se ve el motivo invocado se refería á incongruencia entre la sentencia y la acción y la tercera Sala declara que es notoria la congruencia, para cuya declaración, que es del fondo del recurso, la autoriza el inciso 8 del artículo 1729 de la ley de Enjuiciamiento vigente, resultando el ratiocinio sobre considerandos como accesorio.

En el primer semestre de 1893 hallo cinco sentencias de la primera Sala [t. 73 ns. 36. 87. 92. 112 y 180] en que declaran sin lugar la casación por argüirse contra los considerandos y hallo una de la tercera Sala (t. 73 n. 119) cuya sentencia, de 8 de Abril de 1893 dice: "Considerando que no dándose lugar al recurso de casación contra los considerandos de la sentencia, según jurisprudencia constante de este Tribunal, es inadmisibile el quinto motivo alegado que se funda en haberse cometido error de derecho en el tercero de la misma."

Aquí no cabe evasiva posible: la única razón invocada consiste en que el motivo arguye contra un considerando y esto revela ya la tendencia de la tercera Sala á avanzar sobre este punto.

Por las facultades que la ley concede á esta Sala, por la razón de su establecimiento, por el ejemplo de la Chambre de Requête y por la aglomeración de trabajo en la primera, es natural que la tercera tienda á rechazar los recursos cuyos motivos arguyan contra los considerandos y juzgue que sean notoriamente infundados. Pero aun cuando esta Sala rechazara todos los que se hallaran en ese caso, ya he demostrado que su jurisprudencia no puede ser invocada entre nosotros como incontestable en el punto de legal interposición del recurso y mientras que deje pasar á la primera Sala muchos de estos casos, y sobre todo mientras deje pasar el mayor número como acontece hasta hoy, esta práctica constituye argumento á favor de la tesis que sostengo.

RESUMEN

DE

Penalidad positivista. [1]

IV.

LA CULPABILIDAD.

Del génesis de la función social defensiva arguye el positivismo penal la independencia entre ella y la culpabilidad del delincuente, y cree confirmarla con observaciones prácticas, demostrativas, en su sentir, de tal independencia. La advierte en las demás reacciones sociales y en las de los órdenes físico y biológico, y exige que también exista entre la reacción punitiva y la voluntariedad del hecho delictuoso, consecuente con el principio de ser la sociedad, como dice Garófalo, un organismo natural semejante á todos los demás, y estar sus funciones sujetas á leyes fatales. En efecto, es considerada la sociedad como un organismo formado de partes componentes análogas á las del animal, si bien un tanto diversificado de los seres orgánicos, pero siempre con las propiedades y necesidades de ellos. Vive como ellos; en una serie continuada de asimilaciones y des-asimilaciones naturales y artificiales, los nacimientos y fallecimientos entre aquellas, las inmigraciones, emigraciones, y eliminaciones

de seres antisociales entre éstas. El delito es así, una alteración mórbida en la economía del organismo social, como la enfermedad en el animal, y la función punitiva una operación de conservación social y nada más, como la aplicación de la terapéutica al hombre. Esa función debe ejercerse, pues, por la sola presencia del mal, y debe tender á eliminarle, á destruir sus gérmenes y purificar el ambiente donde se han desarrollado.

Siendo la vida de todo animal una serie de relaciones que se ensanchan y complican gradualmente á medida que se avanza ó asciende en la escala zoológica, en el hombre alcanzan esas relaciones el mayor desarrollo, como que está colocado en el más alto peldaño de la escala; de aquí que la vida del hombre social no sea, como la de los otros organismos, más que una serie de correlativas acciones y reacciones. Cada acción provoca una reacción proporcionada, ya de un individuo solamente, ya del cuerpo social, de la colectividad ó de su representante (1).

Repugna al positivismo que la reacción social contra algunos hechos sea determinada por ellos únicamente, bastando su presencia para que se produzca, mientras para operarse contra otros, y precisamente contra los más antisociales y peligrosos, se examine el estado moral del sujeto activo, y según él se efectúe ó no la reacción, en términos que se verifique si el sujeto obró libre y deliberadamente; si con libertad y sin intención, la reacción sea menor, y falte del todo cuando ellas hayan faltado, no obstante que el hecho criminoso exista en todo su desarrollo, en todos sus efectos perjudiciales, como si concudiesen las condiciones de la reacción punitiva. No se explica una excepción respecto de los hechos en que menos debería haberla, por ser los más opuestos á las necesidades de la existencia social, y se esfuerza en igualar toda reacción, haciendo que la punitiva sea como las demás, independiente de toda consideración al estado psicológico del reo.

Para demostrar esa independencia común de todo acto reactivo en que se realizan las leyes naturales y sociales, observa el positivismo cómo en todos los órdenes, desarrollándose de la vida en una serie de acciones y reacciones que se corresponden, se producen unas por sólo la acción que las provoca. El hombre, dice Ferri, está sujeto á las reacciones de los órde-

(1) Véase el número 24, página 373.

(1) Ferri b. c. págs. 80 y 81.

nes físico, biológico y social, como en contacto y relación con los tres, y participa de la naturaleza de los tres, sujeto como ser físico, viviente y social, á leyes físicas, biológicas y sociales, cuya infracción, no bien acaezca, acarrea por sí sola la correspondiente reacción que hace sufrir al infractor las consecuencias de su acción. Con independencia de la culpabilidad del agente, toda infracción de ley física acarrea un mal físico, como, por usar de sus ejemplos, el asomarse á una ventana, sacando el cuerpo demasiado hasta caer, sea la salida voluntaria ó impensada é inadvertida, sobreviene la caída y el dolor consiguiente, reacción que corresponde á la transgresión de la ley física. Lo mismo la de la ley biológica, sea ó no libre é intencional el exceso en la bebida ó alimentación, sobreviene alguna enfermedad de las que tienen su origen en desórdenes de las funciones digestivas. Sucede lo mismo con varias reacciones sociales, se producen con independencia del estado psicológico del sujeto que las provoca, así las que consisten en pérdida de la estimación y consideración social, originada de pasiones inmorales ó conducta inconvenientes; en pérdida de los bienes por desgraciados sucesos imprevistos; en resarcimiento de daños y perjuicios, aún de los causados por algún animal de nuestra propiedad; en nulidades de actos ó procedimientos contrarios al derecho de otro; en penas de falta de policía de delitos involuntarios; en reclusión de irresponsables, como de locos que han acometido á alguien, ó causado algún daño de otra manera. En esas sanciones sociales, es común la abstracción completa al producirse, de toda libertad é intención dolosa de quien ejecuta los actos que las determinan. Solo exceptúa la escuela clásica y lo reprueba la positivista, la reacción penal, dependiente del estado moral del sujeto, al grado de que ella y no sólo el acto trasgresivo de la ley social la determina. Tanto más rechaza la escuela positiva esa excepción y funda su esperanza de que desaparezca, cuanto que, como observa Ferri, no existía en las primitivas legislaciones penales, y aún en las modernas, con todo y estar animadas del espíritu moral que en ellas conservan las teorías clásicas, respecto de ciertas reacciones penales, se prescinde de la culpabilidad que haya habido en el acto, y se señala la pena que le corresponde aún cometido involuntariamente.

Las reacciones sociales provenientes de he-

chos antijurídicos, pero no delictuosos, como los citados por Ferri, y otros con cuya enumeración sería tan fácil como inútil llenar algunas páginas, se producen también en casos de delito, por sólo la comisión de él, y sin atender á la culpabilidad ó inculpabilidad del agente. El mal que el acto causa por sí mismo y con abstracción de la culpabilidad, el mal que no depende de ella, como es el directo, produce la reacción correspondiente por sola su ejecución y nada más, como cualquiera otro acto que sin ser delictuoso apareja indemnizaciones; y así, no hay excepción respecto á los delitos, en en cuanto á la independencia de esa reacción, pues que producido el mal directo, la reacción se opera; sobreviene aquella reacción, consecuencia del acto mismo y únicamente de él, sin atender á si el agente obró ó no con libertad é intención; se le somete á las indemnizaciones de los males que su delito aún involuntario haya producido, y las leyes establecen la responsabilidad civil aún no existiendo la penal, con tal que el sujeto haya ejecutado el hecho perjudicial y no hubiese obrado con derecho, en cuyo caso no existiría delito. Por manera que con abstracción de la penalidad, lo que es consecuencia necesaria del hecho calificado de delito, se produce sólo por él, y así se verifica la reacción sin la excepción que se reprueba. A la responsabilidad civil por un delito, aunque no se declare culpable al acusado, va unida una reacción extralegal semejante á la que provocan los demás hechos antisociales no clasificados de delitos, como pública desestimación proporcionada á la malicia del acto, y tanta cuanto el sujeto la merece. Pero con el mal directo no viene siempre el indirecto, ó social, y no todo hecho delictuoso puede provocar reacción penal. No se realiza el mal social cuando han faltado en el agente aquellas disposiciones morales, conocimiento y libertad, de donde dimana el peligro social, y el qué, como ellas, se hace cognoscible por el acto externo en que se descubre el propósito criminoso. Es natural que no produciéndose el mal social, no haya reacción penal. No existe, pues, la excepción que en concurrencia á ella cree ver el positivismo, ni puede ser argumento de donde se deduzca la necesidad de independar la pena y la culpabilidad.

Ningún hecho es punible por malo en sí y perjudicial, sino por contrario á la conservación y bienestar de la sociedad; de no oponérseles, no debe reprimírsele, como que el de

recho represivo proviene de la necesidad de esa conservación, y debe encaminarse á satisfacerla. Lo único, dice Lord Macaulay, que justifica la pena capital y cualquiera otra pena, y la única razón que justifica la guerra es la salud pública. Ejecutada la acción criminal, no daña á la sociedad, no aminora su conservación, sino por el peligro de que, dejándola impune, reincida el delincuente y le imiten otros, como sucedería si no se les opusiese la amenaza de las leyes punitivas. De los dos males que aporta el delito, uno es directamente contra su víctima, el herido, el interfecto, etc., y otro contra la sociedad, cuya tranquilidad perturba, como quiera que todo ataque á la vida, la honra, la propiedad de un ciudadano hace temer á los demás asociados un atentado igual contra ellos, así de parte del delincuente, pues que no respetando hoy el derecho de uno violará mañana el de otro, como de parte de los que se contaminaren con el ejemplo, siempre más poderoso al mal que á las buenas acciones, no menos que de parte del sujeto pasivo del delito, ó de sus conjuntos ofendidos en la persona de él é inclinados á la revancha por los profundos resentimientos de una grave ofensa, germen de deseos é impetus vengativos que acrecientan más la alarma por el delito ocasionada. Por otra parte, el temor de nuevos crímenes crece también si por inercia de las autoridades ó deficiencia de las leyes represivas se substraen el delincuente á la pena. Por manera que todo delito al conculcar un derecho privado, individual, vulnera un derecho social, y aporta un mal de presente contra un particular y otro contra la sociedad: la probabilidad de nuevas lesiones de derecho, por la reincidencia del culpable, la imitación de otros y la venganza de los ofendidos. Es el remedio eficaz de tan grave mal, la punición del delincuente que entibia y amortigua las pasiones enardecidas de quienes quisieran vengarse, retrae de la imitación y la reincidencia por la enmienda ó un saludable temor de la pena, y restablece así la pública tranquilidad.

No se produce el mal indirecto del delito por sólo la realización del directo; aunque éste exista puede faltar aquél; el directo sobreviene ciertamente cualesquiera que sean las disposiciones morales del agente, aunque sea persona irresponsable por carecer de los requisitos de imputabilidad; aunque sea menor su discernimiento, loco perenne, ú obre bajo coacción moral ó física, y lo mismo si tiene las condiciones

de imputabilidad, careciendo de la intención, principal elemento de culpabilidad; lo mismo resulta homicidio de un pistoletazo disparado por un menor ó sin intención, que por un mayor de edad é intencionalmente. Pero el mal indirecto, el mal social no es como el individual, independiente de la culpabilidad del sujeto activo, sino que, por el contrario de aquél, se produce sólo y únicamente, cuando aquellas condiciones concurren, y por esto es que no siendo independiente de ellas el ataque á la conservación y el bienestar social, no lo es la penalidad,

Reconocidos el libre albedrío y la consiguiente posibilidad de que el hombre, según le convenga, se determine á obrar ó no obrar, sin ser obligado, sino sólo exitado por los precedentes y motivos internos y externos, pudiendo seguir ó resistir y vencer sus influencias, y obrar siempre con libertad, no puede infundirse temor de violaciones jurídicas, sino quién libremente ha incidido en ellas; entonces la proclividad ó pravedad de su voluntad hace nacer ese temor. El que rindiéndose á la opresión de fuerza irresistible viola la ley, no muestra un temperamento pronto á violarla, no hace temer nuevas violaciones de su parte, no alarma á la sociedad, y no produce por ende el mal de que nacen la necesidad y el derecho de represión. Quién obra sin intención, por incuria ó irreflexivamente, tampoco revela propensión á esas violaciones; pero muestra un descuido en su conducta que aporta aunque muy mitigado, cierto temor; no de que deliberadamente delinca, sí de que continúe descuidado y vuelva á nuevas infracciones; produce un mal social menor que el resultante de una conducta, no incuriosa, sino abiertamente declarada contra las condiciones de existencia social, y para que se dificulte más la infracción por culpa, y desaparezca el peligro de ella, es necesario un castigo mitigado que haga solícito al remiso en la observancia de la ley y el arreglo de sus acciones de manera que no redunden en perjuicio de otros.

El que no ha mostrado, pues, en ninguna ocasión una voluntad resuelta al mal, el que le ha ejecutado sin conocerle, sin quererle, sin proponérsele, siendo capaz de dirigir por sí mismo sus propios actos, no hace temer que le ejecute de nuevo, y no produciendo ese peligro, falta la utilidad social del castigo; no existe el mal que la pena debe destruir; no hay, en tal hipótesis, la necesidad de corregir al de-

linciente, objeto de la punición respecto á él; tampoco hay la del ejemplo á los demás asociados, objeto de la pena con relación á ellos. No podría creerse necesaria porque los sabedores del hecho perjudicial, conociendo su impunidad serían exitados á hechos semejantes, lo cual no sucede; entonces tendrían noticia de un hecho perjudicial, es cierto, pero ejecutado involuntariamente, ó sin conocer su malicia; conocerían que no se le penaba por faltar las condiciones morales de la delincuencia, y obtendrían la seguridad ó presunción de que ellos en trance igual tampoco serían penados; más no de que un delito cometido culpablemente, quede impune que es lo que puede excitar á la imitación y facilitarla.

El mal directo, como que nace de la material ejecución del hecho calificado de delito independientemente de la culpabilidad, sin la cual se produce lo mismo que con ella, no existe sino cuando el delito se consuma; y el indirecto depende de que concurran en el agente al delinquir, las condiciones de culpabilidad, pues sólo ellas hacen temible la reincidencia y necesaria la corrección que nunca puede referirse sino al que por su propia voluntad liberada se ha determinado al delito; y únicamente ellas hacen necesario el ejemplo á los demás asociados, dado que se originan los estímulos al delito, de dejar impune el que verdaderamente lo sea, y no un hecho que no merece castigo. De aquí que sean punibles los autores meramente intelectuales del delito, los que han concebido y resuelto su ejecución; pero no han tomado participación en ella, sino encomendándola á otros, autores materiales, que la llevan á efecto; de aquí que aún la tentativa sea punible ya que en ella se manifiesta la determinación criminosa, solo que como su manifestación es incompleta, el castigo es menor. Dependiendo de las morales disposiciones del agente el mal social del delito, de ellas penden también los grados de él de que derivan los de las penas. Mayor peligro social de reincidencia y necesidad de corrección revela el reo, mientras se muestra más obcecado en sus pasiones, más avezado al crimen; y mayor es entonces el peligro del ejemplo; al paso que quién no descubre una voluntad aferrada al mal, aunque material, más no formalmente le haya ejecutado, no hace temer su recaída, ni excita á los demás á delinquir.

En la íntima relación de dependencia en que necesariamente se halla de la culpabilidad el

mal social del delito, y, por consiguiente, la necesidad y el derecho de la punición, se fundan instituciones penales que sin aquella connotación, concordemente reconocida por la ciencia clásica criminalista y las codificaciones vigentes, no tendrían racional explicación; y en virtud de las cuales sino hay culpabilidad se pena al sujeto activo, se le impone pena aún realizado plenamente el mal directo, el incendio, las lesiones, el homicidio, y cualquier otro constitutivo ó efecto del delito; viceversa, si hay culpabilidad se pena al sujeto activo aún sin ese mal, aunque el delincuente no hubiese acertado á matar, ni á herir á su víctima, aunque el fuego voraz no hubiese abrasado y derruido el edificio que se trató de incendiar; y consumado el crimen, se atenúa la pena si la culpabilidad es menor, y se agrava si es mayor, siendo uno mismo el mal que aquel aporta; sin que en una ú otra hipótesis varíe el perjuicio ocasionado, aunque en las dos sea de idéntica magnitud.

Delitos de igual gravedad son á veces punidos variamente, con pena mayor ó menor, en razón de los cambiantes de la culpabilidad individual. Por ausencia de ella aún consumado como si la hubiese el hecho delictuoso, determinan la absolución ó el sobreseimiento las causas de no imputabilidad y las de justificación, no menos que algunas excusas absolutorias, á las cuales, si no conviene la denominación de excluyentes de responsabilidad criminal, que da nuestra legislación á las de los primeros ordenes, si les es común con ellas el efecto de eximir de culpa y consiguientemente de pena.

Primera condición de la delincuencia es la imputabilidad que reclama el ejercicio en el delito, de las dos facultades más elevadas del hombre, la razón y la libertad, discerniendo aquella el mal moral del acto, y determinando ésta su ejecución, á cuya orden imperiosa las penas internas y externas del hombre se muevan á verificarla. Ambos elementos son esenciales á la culpabilidad, y la desvanece ó amnora la carencia ó limitación de alguno. Tres causas comprenden en sí, todo lo que puede anular ó restringir el uso de ambas facultades, y, en consecuencia, destruir la imputabilidad ó modificar la culpabilidad. Las causas que afectan la razón y la libertad, son la minoridad en que el niño no discierne aún por el incompleto desarrollo de sus facultades, la bondad ó malicia de las acciones, ignora su ilici-

rud y las ejecuta sin distinguir la justa de la injusta, ó sin libertad. Tiene la edad grados diversos en cuya proporción influye en la delincuencia, determinados por la ciencia y la legislación, aunque no de completa conformidad una con otra. Nuestro Código penal es de los más en armonía con los principios racionales en orden al vario influjo de la minoridad en la delincuencia: marca tres periodos, el de no imputabilidad comprende hasta los nueve años del niño, y cree la ley que durante ellos carece de discernimiento ó de libertad el delincuente, y por tanto no es punible; y el de dudosa imputabilidad se extiende hasta los catorce años, debiendo inquirirse en la instrucción y decidirse en el juicio, si delinquirió el niño con ó sin discernimiento y libertad, según lo cual le será ó no imputable el delito, y será absuelto ó condenado á menor pena que si fuere mayor de edad (art. 34 frac. 5.º, y 224 del C. p.). La segunda causal es la demencia, que en la latitud de su genérica acepción, deducida de su composición etimológica, comprende toda carencia de razón, connata ó adquirida, momentánea ó constante, cualesquiera que sean sus causas y su técnica denominación, de las varias que corresponden á sus numerosas clasificaciones. Es la tercera eximente, la opresión violenta que nos priva de la libertad de acción, y la moral la de elección. Aquella nos hace imposible obrar exteriormente como nuestra voluntad se propone, y ésta no nos impide la operación ya sea en uno ú otro de los dos extremos en que por la violencia moral se nos coloca, sino que nos fuerza á elegir ya uno, ya otro de los males que tenemos delante. No es insuperable á nuestras fuerzas, no es imposible obrar libremente bajo coacción moral, como lo es bajo coacción física; pero siempre existe una opresión que nos arrastra más bien á uno que á otro de tales extremos, aminorando nuestra libertad, casi privándonos de ella. En todo delito cometido bajo coacción, en estado de vesanía ó en aquellos periodos de minoridad, la ciencia y la ley absuelven al procesado y excusan el procesamiento si antes constan ciertamente las exculpantes.

Actos en sí mismos perjudiciales á otro y punibles por constituir delito ordinariamente, apenas podrán ser justificados si no es cuando se ejecuten con derecho, y sólo dos derechos pueden autorizarlos: el de la propia defensa, por el cual podemos lícitamente repeler con la fuerza personal y con los demás elementos defensivos que poseamos, un ataque violento é

injusto, que nos amenace con un mal próximo de que no podamos salvarnos sino por medio de violenta reacción contra nuestro agresor; y el derecho nacido de prescripciones legales ó de órdenes legítimas de superior gerárquico, en virtud de las cuales los actos por ella prevenidos, lejos de ser punibles son justos y á las veces obligatorios. En armonía con tales principios, la legislación admite como eximentes de culpabilidad, la defensa de la persona, el honor y los bienes de uno mismo ó de otro, contra agresión que las indicadas condiciones reuna, si no se prueba que la provocó el acometido, que la previó y pudo con facilidad evitarla por medios legales, que no era racionalmente necesario el medio defensivo empleado y que era de fácil reparación el daño amenazante, ó de menor importancia que el causado con la defensa (art. 34. frac. 8 del C. p.). Comprende como eximentes los dos casos de derecho, la disposición legal y la orden de autoridad, al declarar inculpables á los que obran cumpliendo deberes legales, ó ejerciendo derecho, autoridad, empleo ó cargo públicos, así como al obsecuente á superior gerárquico si ignoraba la criminalidad del hecho que le fué ordenado (art. 34 fracs. 14.º y 15.º del C. p.)

En las excusas absolutorias no faltan al agente las condiciones de imputabilidad, ni obra en ejercicio de derecho que le justifique; pero si carece en algunas de culpabilidad, como en las hipótesis examinadas, y obra no por pravedad y menosprecio de la ley, sino al contrario, movido por un sentimiento noble que hace no aparezca de su delito el mal social; no produciendo temor de actos justiciables de su parte, ni de parte de los demás, á quienes una conducta inspirada en sentimientos honrados no puede incitar á delinquir. La primera excusa absolutoria de esa clase que nuestra legislación reconoce, consiste en el parentesco y otras estrechas relaciones con el delincuente. En virtud de la excusa, exime de pena de encubrimiento de delito, aun del más grave y perjudicial á la sociedad, como es la ocultación del culpable y el impedir la averiguación de su delito, á sus ascendientes, cónyuge y colaterales consaguíneos ó afines, y á los que le deban respeto, gratitud ó estrecha amistad. (art. 59 del C. p.). La segunda, menos amplia que la antecedente, como que se extiende á menos conjuntos también es constituida por el parentesco. Del robo exculpa la ley al cónyuge del ofendido, si no estuvieren divorciados, á sus ascendientes (art. 373 del C. p.). En la hipóte-

sis de una y otra excusa no se delinque por depravación, sino en la primera, por salvar de las funestas consecuencias de su delito á una persona amada, y en la segunda por la confianza entre parientes de tanta intimidad, que inclinados á compartir entre sí cuanto poseen, y que los autoriza á disponer de ello, presuponiendo fundadamente el consentimiento del consorte, del padre, del hijo.

El delito, en su evolución progresiva, desde su acto interno inicial, el pensamiento, la idea de cometerle, hasta el último acto externo en que se consuma, puede ser suspendido, avanzando más ó menos hacia el terminal. Puede el delincuente pasar del pensamiento al deseo del deseo á la resolución, donde finaliza la progresión interna del hecho acriminado, y proseguir con la série de actos externos que se inicia en la manifestación de la determinación, y se continúa en los actos preparatorios y los de verdadera ejecución, distintos según el delito y sus anexidades. Puede, por el contrario, el delincuente, no avanzar hasta la consumación, y ser detenida su actividad, bien por voluntad de él mismo, bien por causas de ella independientes; así como puede suceder que adelantada hasta el acto conclusivo, no se produzca el mal directo, ó por ser imposible, ó por otra causal. En tales hipótesis, la operación ó série de operaciones, que no llega á producir el delito, constituye su tentativa. Sin que sea óblice á la penalidad la falta de mal directo, se la aplica porque se ha realizado el indirecto, proveniente, no de aquél, sino de la manifiesta disposición de la voluntad á infringir la ley; disposición que externada por un acto de ejecución, se hace conocida y produce cierta alarma en la sociedad, cierto temor de reincidencia é imitación, y justifica el castigo. A la tentativa inacabada que nuestro Código Penal llama conato, asigna la quinta parte de penalidad correspondiente al delito consumado (art. 202) á la acabada, pero de efecto frustrado por imposibilidad del delito, á que denomina delito intentado, señala la pena del delito consumado, si involuntariamente se consumare en persona ó bienes de otro; dos tercios á dos quintos de la pena del delito consumado, si la imposibilidad es solo de presente, y multa de 100 á 1000 pesos si fuere absoluta (art. 203.) Castiga la tentativa prestada por causa distinta de la imposibilidad, con la pena del delito consumado, si lo es en persona ó bienes de otro, y fuera de esa hipótesis con dos tercios

á los quintos de la pena del delito consumado (art. 204). Tanto es determinante de la penalidad la culpa y el mal social, que cuando él desaparece, cuando cesa del peligro de reincidencia é imitación del delincuente, cuando se desvanece la culpabilidad, no se pena en manera alguna, como sucede cuando el sujeto activo se ha detenido voluntariamente en el curso de la ejecución del delito, y ataja el temor que pudiera inspirar de otra manera; si dió mal ejemplo, lo repara él mismo dándole bueno con la vuelta al deber y el abandono voluntario de la criminalidad.

En ocasiones, consumado el delito y producido todo el efecto que le es consiguiente, no lesiona derecho individual, no perjudica á ningún particular, y sin embargo, es punido sin consideración á la falta de sujeto pasivo, y atendiendo nomás á la culpabilidad, de que es producto el mal social.

Consisten en disposiciones de ánimo del agente al delinquir, y dicen relación á la culpabilidad algunas circunstancias atenuantes que revelan en el sujeto activo carencia parcial de las condiciones de imputabilidad ó de justificación. Si las exjmentes hacen desaparecer la culpabilidad, las atenuaciones la disminuyen. En las excusas, el efecto atenuante marcado por la ley, se verifica siempre, probada la concurrencia de ellas; mientras el de las otras atenuantes está el arbitrio judicial en cuanto á su extensión, según el juicio que el Juez se forme de la culpabilidad individual, el cual no puede hacer que probada la circunstancia á favor del reo no atenúe. No todas pueden presentarse en toda causa, y reunirse dos ó más en el mismo delincuente; es frecuente ese cúmulo en las atenuantes, y solo es propio de ellas acumularse acreciendo su influencia á medida que aumentan en número; mientras las otras cualquiera que sea su número no se acrecen, su efecto es el mismo, y además, refiriéndose cada una á un delito distinto, como la riña las lesiones y el homicidio, la restitución al robo simple, no pueden reunirse dos ó más en quien haya cometido un solo delito, sino en el autor de varios. Las excusas en concurrencia con agravantes atenuan la penalidad, mientras las otras atenuantes solo aportan atenuación á falta de agravantes, ó cuando acreciéndose la influencia de unas atenuantes con la de otras exceden á las agravantes. La carencia de razón moral en el comedio de catorce á diez y ocho años, naturalmente es menor que en el período

de no imputabilidad; y si durante él no hay culpabilidad, en aquel es menor, en proporción al discernimiento que en un tiempo falta y en el otro es limitado; y así, si la minoridad de catorce años, exime de pena, la de diez y ocho Catenù, rebajándola, según nuestra legislación, de la mitad á dos tercios de la correspondiente en la mayoría penal (art. 225 del C. P.) Si las afecciones mentales, si la decrepitud y el sordimentismo no privan completamente de las condiciones de imputabilidad, no serán parte á exculpar; mas sí á la atenuación de la pena, la cual ya se reduce á una tercia parte, ya sigue la misma reducción que la aplicada al menor (arts. 228 y 231 del C. P.) La defensa contra agresión en que concurren violencia é injusticia, inminencia del mal amenazante, etc.; la obediencia á la ley y al superior gerárquico en asunto de su jurisdicción en que el delito no sea manifiesto, eximen de pena; mas la defensa y obediencia incompletas en sus condiciones de legitimidad, sólo producen atenuación.

Por varios modos se nos hace perceptible que el derecho de castigar no puede ejercitarse en todo caso de acción perjudicial; no puede ser una reacción fatal, inevitable, ni realizarse como las reacciones físicas y biológicas, dado que no todo acto malo ataca la conservación social. Por marcadas similitudes que el naturalismo encuentre entre el ser orgánico y las sociedades, no es posible que ellas funcionen como él, sujetas á leyes como las físicas y biológicas. No es la sociedad una máquina en donde el movimiento de una rueda produzca el de las demás mediante su engranaje, fatalmente y sin más ley del movimiento mecánico que la de la fuerza que se le imprime. Las reacciones penales no pueden verificarse en muchos casos, aún efectuada la acción á que deberían corresponder; no dependen de ella, por más que las haga necesarias y procedentes. La reacción penal no depende tan sólo de las jurisdicciones represivas, sino á las veces de aquellos mismos á quienes debe ser aplicada la pena, los cuales pueden substraerse á ella, como pueden no ser convictos de delincuencia, ó quedar oculto, ó no prabado su delito. La reacción penal se separa de las del orden natural, además, en que es tardía cuanto lo exigen las dilaciones del procesamiento, la instrucción y el juicio. No puede ser instantánea como la física y biológica, ni seguir inmediatamente al hecho que la provoca. No es, pues, sólo la culpabilidad lo que se opone á que se efectúe la

reacción penal en virtud del hecho calificado de delito; aún prescindiendo de ella y considerándola innecesaria para la función, otros obstáculos impiden que se realce sólo por haberse cometido ese hecho; por su naturaleza misma y la del hombre á quien esta encomendada, no puede seguir al crimen inmediatamente, aunque para ella no se requiriese sino la ejecución material; la infracción real de la ley, la contravención consumada ó tratada.

Las reacciones físicas y biológicas se producen aún siendo buenos los actos que las provocan. El que se arroja á un río en medio del impetuoso aluvión, para salvar á seres queridos ó quizás desconocidos que se ven á punto de perecer arrebatados por la corriente procelosa, y se ahoga, falta de fuerza para dominar el furioso elemento que le envuelve entre sus ondas, ha sufrido una desastrada reacción inevitable, como la sufre el que perece en un incendio, entre las ignescentes ruinas del edificio combusto, ayudando al salvamento de los moradores que clamaban socorro; uno y otro ejecutan actos heroicos y laudables, y no obstante, han sufrido la muerte en pago de su valoa y su heroísmo. La reacción primitiva no puede ser así; no pueden provocarla sino acciones opuestas al bienestar social; si un ataque presente pone la sociedad en grave riesgo de mal inminente, puede rechazarle; pero cuando el mal se ha realizado, la acción social no puede dirigirse á él, sino á evitar futuros males, *ut ne pecetur*. No es posible perfecta asimilación entre la reacción penal y las del orden natural, como no la es entre éste y el orden social; el uno se mantiene por fuerzas inmutables é indefectibles, y el otro por la acción humana, dependiente de la voluntad del hombre, y, por tanto, sujeta á mudanzas y expuesta á faltar en muchos casos.

De la negación del libre albedrío germinan otras negaciones fundamentales de la ciencia penal, como la que examinamos de la culpabilidad la cual sin imputabilidad no se concibe; y de ambas negaciones que hacen necesario cimentar en otra basa la punibilidad, diman erróneas nociones de delito y pena, no menos que una injusticia é improcedencia del castigo, cuya consideración es parte bastante á comprobar la falacia de la nueva escuela criminalista, y la imposible aplicación de sus enunciados á las legislaciones penales.

(Concluirá)

SECCION CIVIL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO FEDERAL.

(Tercera Sala). (1)

Presidente, C. Lic. José P. Mateos.
 Magistrado, „ „ Emilio Zubiaga.
 „ „ „ M. Mateos Alarcón,
 Secretario, „ „ A. Zavala.

SENTENCIA ¿Debe solo ocuparse de la acción deducida, cuando la demanda se dió por contestada negativamente en virtud de la rebeldía del demandado?

DOCUMENTOS PRIVADOS ¿Cuándo hacer prueba plena?

CONFESION JUDICIAL ¿Qué requisitos debe reunir para hacer prueba?

EXCEPCIONES ¿Solo pueden oponerse, al contestar la demanda?

SIMULACION La de los contratos ¿puede probarse por per-

suaciones?

(CONCLUYE.)

Considerando segundo: Que el documento constante á fojas dos del cuaderno principal, presentado por los Señores A. Wagner y Levien al entablar su demanda y después durante el término de prueba, fue reconocido por el Sr. Agustín Buenrostro al absolver la primera de las posiciones que le fueron articuladas, por lo que hace plena prueba conforme á lo prevenido en el artículo 445 del Código de Procedimientos Civiles, y de él resulta, así como de las respuestas de éste Señor á las posiciones segunda y tercera que igualmente hacen prueba plena conforme á lo dispuesto en los arts. 402 y 546 del Código citado, que el demandado recibió de aquellos Señores un piano en alquiler con la obligación de devolverlo cuando se le pidiese y á pagar durante el arrendamiento diez pesos mensuales.

Considerando tercero: Que igualmente queda probado por confesión del Sr. Agustín Buenrostro, al absolver las posiciones, que recibió los recibos que le fueron otorgados por los alquileres que pagó y debe algunas mensualidades, debiendo ser éstas las que le demandan, supuesto que no ha presentado los recibos que justifiquen que los pagó.

Considerando cuarto: Que los contratos legalmente celebrados deben ser puntualmente cumplidos [art. 1419 del Código Civil] y que la falta de cumplimiento de lo pactado por uno de los contratantes, da derecho al otro para pedir la rescisión del contrato, cuyo derecho en el presente caso, con solo que así les convenga, está expresamente concedido á los Señores A. Wagner y Levien.

(1) Véase el número anterior página 463.

Considerando quinto: Que aunque el demandado inició, al contestar las posiciones y trató de probar por medio de confesión y de testigos que el contrato de arrendamiento que celebró y consta en el documento reconocido era simulado, pues lo que en realidad se celebró fué un contrato de venta, esta alegación importa una excepción perentoria que únicamente puede oponerse al contestar la demanda, (art. 35 del Código de Procedimientos Civiles,) por lo que, no habiéndose alegado en tiempo, no es de tomarse en consideración.

Considerando sexto: Que aún suponiendo opuesta oportunamente la excepción de simulación, el Sr. Agustín Buenrostro no la ha probado, pues las posiciones que articuló al gerente de la Casa Wagner y Levien, fueron negadas; y los testigos que presentó, declaran sobre otros contratos que dicen, saben ha celebrado la parte actora, pero nada saben respecto al que es objeto de este juicio, por lo que sus declaraciones no pueden tomarse en consideración (art. 562 del Código de Procedimientos Civiles).

Considerando séptimo: Que siendo ésta sentencia conforme en todo á la de primera instancia, el demandado debe pagar las costas y gastos de ambas instancias (arts. 143 frac. 4^o del Código de Procedimientos Civiles.)

Por lo expuesto y con fundamento en las disposiciones legales citadas se falla:

Primero: El actor ha probado la acción que dedujo y por lo mismo se condena á D. Agustín Buenrostro á pagar dentro de tres días á los Señores A. Wagner y Levien la suma de ciento veinte pesos por alquileres correspondientes á los meses que expresan los doce recibos presentados; á pagar también los subsecuentes hasta la entrega del piano cuya devolución se pide, á la que se condena también al demandado, y que se verificará dentro del mismo plazo de tres días.

Segundo: Son á cargo del mismo Sr. Buenrostro las costas causadas en las dos instancias del juicio.

Hágase saber, y con testimonio de ésta resolución, vuelvan los autos principales al inferior para los efectos legales y archívese en Toca. Así por unanimidad lo proveyeron los Sres. Magistrados de la tercera Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito y firmaron hoy diez y nueve en que hubo estampillas, siendo ponente el Sr. Zubiaga.—José P. Mateos.—Emilio Zubiaga.—Manuel Mateos Alarcón.—Angel Zavala.—Secretario.

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. Monteux*, 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.