

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 III.

MEXICO, 16 DE JULIO DE 1892.

NUM. 29.

DEL RECURSO DE CASACION por violación de una ley extranjera

De la independencia recíproca de las naciones, que les asegura la posesión exclusiva de la soberanía y de la jurisdicción sobre toda la extensión de su territorio, se ha tratado de concluir que ninguna de ellas estaba obligada á admitir sobre éste la aplicación de leyes extranjeras, y que los jueces no tenían otras reglas que sus leyes nacionales para las decisiones que pronuncian sobre los litigios que les son sometidos. [1]

Estoy poco dispuesto á aceptar tal proposición como regla, ya que los mismos que la adoptan acaban por acompañarla de tantas distinciones, derogaciones y excepciones, y restringen á tal grado su aplicación, que destruyen aquella por los propios medios que emplean para sostenerla.

Por otra parte, no faltan escritores que se rehúsan á admitir fronteras entre los Estados, y que nivelan las montañas y colman los valles por donde se marcan los límites de los respectivos territorios. Estamos, fuerza es confesarlo, muy lejos de un orden así, pues cada nación debe tener su personalidad propia y considerar como un honor conservarla intacta, defendiéndola sin descanso, y en caso necesario, aun á costa de los más grandes sacrificios. Cada pueblo debe tener sus instituciones, sus leyes, sus fronteras y todo lo que constituye su individualidad, siendo necesario que vigile para que nada atente ni venga á relajar el lazo social sobre que descansan su unidad y su fuerza. ¿Por qué no añadir que se debe aun evitar la admisión demasiado fácil, en la gran familia nacional y para que participen de sus derechos y de sus deberes, de elementos extraños que no se unirán sino ficticiamente á sus miembros?

¿Y no se deberán lamentar esas facilidades siempre crecientes que las leyes francesas otorgan á los extranjeros, á quienes permiten obtener la cualidad de Francés, que han desdeñado hasta el momento en que ella ha podido sustraerlos á una parte de las consecuencias penales en que habían incurrido á causa de su degradación moral. [1]?

Pero si la individualidad y la personalidad de los Estados deben ser reconocidas; si su independencia y soberanía tienen que ser respetadas, su múltiple existencia no podría ser desconocida, como causa misma de los recíprocos derechos y deberes entre los pueblos. Estos vivirán en paz ó en guerra, y en cualquiera de ambos supuestos es imposible que tal coexistencia no se someta á reglas, pues así lo exigen las situaciones de los Estados, cualquiera que sea la voluntad de las partes. Estas reglas podrán variar más ó menos; pero no dejarán por ésto de ser obligatorias en principio, sea cual fuere su variedad (2).

La existencia de un estado, lejos de excluir la de otro, se concilia perfectamente y debe, en consecuencia, combinarse y armonizarse con ella. Esto es de tal manera necesario y forzoso, que la falta de cumplimiento de las reglas de buena vecindad, dá lugar á la más amenazante y más cruel de las sanciones: la lucha armada.

Aplicar sobre un territorio las leyes extranjeras de acuerdo con las del país y conforme con la autorización de aquellos que tienen la misión de gobernarlo ¿será atentar al derecho de soberanía de los Estados, y no más bien reconocer y comprobar una manifestación y consagración del Derecho (3)?

No hay una nación, por lo demás, que sobre su territorio no establezca diferencia entre el régimen

(1) Arrêt: Cass. 27 octub. 1891, [Sirey, 1891, I, 539].

(2) Savigny, *Traité de dr. rom.* págs. 29 y 128.—F. de Martens, *Traité de dr. intern.*, trad. de A. Leo, tom. 1, pág. 265 y sigs., 427 y tom. 2, pág. 391 y sigs.—P. Fiore, *Dr. intern. priv.* trad. de Pradier Fodéré, pág. 47, núm. 23.

(3) P. Pradier Fodéré, *Traité de dr. intern. public.*, tomo 3, pág. 538, núm. 1595.

(1) Foelix, *edict.* Demangeat, tomo 1, núm. 9, que cita en el mismo sentido numerosos publicistas. Valetti *sur Proudhon, Etat des personnes*, tom. 1, núm. 79.—Aubry et Rau, tom. 1, pág. 80 § 31.—Wachter, *Archiv. für civilistische Praxis*, tomo 12, § 10.

de sus nacionales y el de los extranjeros. Y ¿cómo entences, colocados los extranjeros fuera de la ley nacional en muchos casos, no admitir la necesidad del reconocimiento de leyes y reglas especiales que les serán necesariamente aplicables? ¿Sería por un mero capricho y para satisfacer á simples conveniencias libres y facultativas, que los Estados mantienen los unos frente de los otros agentes diplomáticos ó consulares con los privilegios y las inmunidades con que estos funcionarios son favorecidos?

Rolin-Jacquemyns, en un estudio sobre el Derecho internacional (1) hace notar con razón que los Estados viven forzosamente en sociedad y que, en consecuencia, las obligaciones que existen entre ellos, no se derivan solo de los tratados, sino que nacen del hecho de la misma coexistencia de aquellos. *Ubi societas, ibi jus est*. El sabio profesor de Goetinga, de Bar, ha escrito (2): "No es solo por una complacencia que se llama erróneamente *comitas*, por lo que procede la aplicación de una ley extranjera á tal ó cual litigio, pues el tribunal que, por excesivo escrúpulo infringiera sus disposiciones, contravendría al mismo tiempo á su legislación nacional." Así es que, erróneamente reprochaba Holland (3) á la nueva escuela italiana, inspirada por Savigny é interpretada en este punto por Mancini (4), enseñar que un Estado, al aplicar la ley extranjera en ciertas circunstancias, no hacia sino conformarse á un deber internacional de perfecta obligación (5). No me desagrade de ninguna manera participar de los errores del ilustre hombre de Estado italiano, é incurrir en los reproches que se le dirigen. Debo, sin embargo, reconocer cuán poderosos y en gran número son nuestros contradictores.

Holland no vé aquí sino un simple acto de cortesía, de nación á nación [6]. Aubry et Rau, *sobre Zacharias*, sostienen que se trata de una concesión hecha á las otras naciones, *ex comitate et ob reciprocam utilitatem*, y que por tanto no se la debe admitir, sino en la medida de las conveniencias internacionales [7]. Foelix afirma que en lo fundamental de los principios, la aplicación de las leyes extranjeras, no es sino una concesión que no puede ser exigida como un derecho.

(1) *Revue de Dr. intern.*, tom. 1, pág. 240.—P. Pradier-Fodéré, *Traité de Dr. intern. public.*, tom. 3, pág. 537, núm. 1594.

(2) "Exquisse de droit intern. priv.," *Journal de Clunet*, 1888, pág. 7.

(3) "De l'application de la loi," *Revue de Dr. intern.*, tom. 12, 1880, pág. 573.

(4) Rapport á l'institut de droit international; sesión de Gêneve, 1874, *Journal de Clunet*, 1874, pág. 225 et sigts., 285 y sigts.

(5) Foelix, tom. 1, pág. 17 cita, siendo de opinión contraria, un grandísimo número de autores en este sentido; se podría en caso necesario recurrir á ellos, sin que yo reproduzca aquí sus indicaciones ni las complementarias que contiene la relación de Mancini, citado en la nota precedente.—Pradier-Fodéré, tom. 3, pág. 541, núm. 1596.—F. de Martens, *Traité de dr. intern.*, tom. 2, pág. 401 y sigts.—S. Giansana, *lo straniero*, tom. 1, pág. 59.

(6) *Loc. cit.*

(7) Tom. 1, § 31, pág. 91.

"Lo repetimos, dice, todas las Naciones son demasiado celosas de su independencia, para reconocer un juez superior á quien pertenezca el poder de decidir, que una ley extranjera recibirá su ejecución en otro Estado," y después de haber deslizado así en esta cuestión la expresión de dificultades accesorias, respecto de las cuáles, me permito algunas reservas, se limita á admitir las conveniencias recíprocas, *ob reciprocam utilitatem, comitas gentium* [1]. Creo inútil multiplicar las citas [2]; pero no puedo ménos que hacer notar cuánto aquellos que no ven, en el respecto de tales reglas, sino una mera concesión completamente facultativa, se muestran severos hácia los Estados que, no usando sino de un derecho que justamente procuran conservar con celo, se rehusan á someterse á aquellas. Después de habernos dicho, que la ley internacional es la más libre de las que existen, Heffter, en el párrafo siguiente, establece en principio, que existen ciertos preceptos que ningún Estado, deseoso de participar por manera regular y permanente del comercio internacional, podría renegar, cuando supone su reconocimiento en los otros, pues de lo contrario, evitaria ó rompería sus relaciones con ellos. Me parece difícil reconocer á los Estados la mayor libertad de que puedan gozar, para sustraerse en tal caso á las reglas que les imponen las relaciones internacionales.

He aquí como se expresa otro partidario de esta libertad absoluta: "El uso de las naciones ha establecido, en ciertos casos y para su ventaja recíproca, el efecto de las leyes extranjeras. La nación que fuese la primera en romper el vínculo de este modo convenido, sería también la primera en sufrir el perjuicio," y además: "Es de interés general que se haga esta aplicación, pues de lo contrario, habría medidas de represalia peligrosas [3].

II.

A mayor abundamiento ¿qué me importan los varios sistemas que se han producido con motivo de la aplicación de las leyes extranjeras, fuera de la doctrina de la soberanía absoluta y exclusiva? Que la necesidad de aplicarlas á ciertos casos, se refiera á la cortesía, al interés, al consentimiento presunto, á la reciprocidad, á los estatutos, á la comunidad de derechos, al respecto de las nacionalidades; no por eso dejará de ser cierto, que las relaciones de pueblo á pueblo están sometidas á principios y reglas que deben respetar los Estados, aunque fuese exacto, que no lo es, que debiesen quedar sin sanción las contravenciones, á aquellas reglas. Más, de todos modos, libre ú

(1) Tom. 1, núms. 12 y 17.

(2) Heffter, § 2.—Philimore, *Com.* tom. IV, cap. I, Story. *Com.* Boston, § 8.—Foote, *Concise treatise of private intern. jurispr.* 1878, pág. 23.—Rocco, *Dell'uso delle leggi delle Due Sicilie*.

(3) Foelix, t. I, p. 35, núm. 18.

obligadamente, de hecho la mayor parte de los Estados, usando de su derecho de soberanía, por concesiones, si se quiere, han reconocido á los extranjeros el derecho de prevalerse en ciertos casos, de sus leyes propias y personales, sobre los territorios en que se encuentran. Los trabajos preparatorios del Código Civil francés, aun cuando datan de una época en que se confundía el extranjero con el *hostis* de los Romanos, y especialmente los debates y explicaciones que precedieron á la adopción del artículo 3^o, no dejan duda alguna sobre la intención del legislador, para conservar á los extranjeros el beneficio de sus propias leyes, cuando para los tribunales franceses se trata de estatuir sobre cuestiones concernientes al estado de las personas, y regidas por el estatuto personal [1], y la regla admitida por el legislador francés, se halla consagrada con mayor exactitud, todavía en la mayor parte de las demás legislaciones [2].

Por otra parte, la máxima *locus regit actum*, cuyo fundamento se supone ser un simple interés común, ó con mayor exactitud, una necesidad que se impone y á la que es imposible dejar de someterse, no podría desconocerse ni eludirse. Podrá discutirse tal vez sobre su extensión, sobre los casos en que debe ser aplicada necesariamente ó que puedan escapar á su aplicación; pero es imposible negarle el respeto que obligatoriamente le es debido [3].

La ley extranjera regirá los inmuebles poseídos en el extranjero, y si este regimen debe ser apreciado en un litigio llevado ante los tribunales

franceses, se necesitará que se haga esta apreciación por aplicación de la ley extranjera [1].

Existen casos en que no podrá reclamarse esta aplicación de los tribunales nacionales, por ejemplo, si la ley extranjera fuese contraria al orden público según las instituciones del país en el que se quisiera prevalerse de ella [2]; pero las excepciones no destruyen una regla; no hacen más que confirmarla.

Una excepción más discutible, sería la que se quisiera hacer admitir, subordinando la aplicación de la ley extranjera á las conveniencias de interés de los nacionales, y en contra de los cuáles se le invoca ante sus tribunales [3]. Semejante distinción, me parece imposible que se admita en la administración de justicia, á ménos que la disposición de la ley extranjera sea al propio tiempo un arma de excepción ó de combate.

Así, pues, especialmente cuando se trate de apreciar las consecuencias legales del estado civil de partes en litigio que pertenecen á una nacionalidad extraña, el juez estará obligado á consultar y aplicar la ley extranjera. Estará igualmente obligado á ello, cuando deba respetar la máxima *locus regit actum* y en las demás circunstancias que acabamos de señalar.

Que, no obstante, existan casos en que pueda suscitarse una seria controversia, para saber si los magistrados deben aplicar ó no las leyes extranjeras, importa poco desde el punto de vista en que aquí examinamos esta cuestión, cuando podemos afirmar que en el estado de las controversias que preceden, el juez, muy á menudo, no podrá sustraerse á esta obligación sin desconocer sus deberes.

La legislación francesa no puede ser mas formal.

En apoyo de este aserto, se citan comunmente los artículos 47, 170 y 999 del Código Civil; podríanse añadir otros artículos no ménos formales é imperativos, siguiera parezcan consagrar, sino de un modo ménos directo esta obligación, como por ejemplo los antiguos artículos 726 y 912, abrogados hoy á consecuencia de las modificaciones generales importadas á la legislación, sobre el derecho de suceder á un extranjero; el artículo 11 del Código Civil; el nuevo artículo 19 del mismo Código, las leyes de 14 de Febrero de 1882 y 28 de Junio de 1883 etc., etc. En todos estos casos, el magistrado francés no puede dejar de referirse á la ley extranjera, y la ley francesa le

[1] Locré, *Legisl. civile*, etc.; t. I, p. 380 y sigts.

(2) Art. 6 y sigts de las disposiciones generales del Código civil, ital.; tit. prelim, art. 6 á 14 del Código argentin. de 1869; Liv. I, sec. II, tit. 2 del Código civil peruano.—M. Pradier Ferrer, tit. III, pág. 545, cita un gran número de leyes extranjeras que contienen disposiciones semejantes. C. cass. fr., 24 Agosto 1808, S. 9, I, 331; t. 2^o Febrero de 1813, Sirey 13, I, 115; 25 de Febrero de 1818; 16 Enero de 1816, Sirey 61, I, 305; 32 Mayo 1868, Sirey 68, I, 365; 29 Enero 1879, Dalloz 79, I, 107, Hay, sin embargo, una sentencia contraria de 17 de Julio 1833; Sirey 33, I, 663, merece ser olvidada.—C. cass. belga, 9 Marzo 1882, Sirey 82, 4, 17.—Corte de Bruselas, 17 Abril 1889, Dalloz 92, 2, 86;—C. Cass. Milán, 24 Mayo 1865.—Merlin, *Rép.*, Loi § 6, num. 6.—Demolombe, I, 98.—Foelix, *passim*,—Demangeat, *Hist. de la cond. des étrang.*, núms. 80 y sigts., p. 258.—Aubry et Rau, t. I, § 31, p. 90 y sigts.,—Mathieu Bodet, *Revue de dr. franc et étrang.*, 1846, t. III, p. 54.—Comunicación de M. Asser al instituto de Derecho internacional. *Revue de droit intern.*, t. VII, 1875, p. 393.—Pescatore, *Logion del diritto*, parte 2, cap. 17, § 43, p. 323.—Cesar Norsa, *Revue de jurisprudence italienne* en la *Revue de droit intern.*, t. VI, 1874, pág. 247.—Wheaton, *Elem. de droit intern.*, 2.^a parte, cap. 2, § 2, 5.^a edición, t. I, p. 105.

[3] C. cas. fr. 17 Julio 1833, Sirey 33, I, 663, Dalloz 33, I, 303; 6 Febrero 1843, Sirey 43, I, 209, Dalloz 43, t. 208, 25 Abril 1847, Sirey 47, I, 712, Dalloz 52, I, 145; 12 Junio 1855, Sirey 56, I, 20; 28 Febrero 1864, Sirey 60, I, 210, Dalloz 60, I, 57; 16 Enero 1861, Sirey 61, I, 305, Dalloz 61, I, 193; 23 Febrero 1864, Sirey 64, I, 387, Dalloz 64, I, 166; 18 Abril 1865, Sirey 65, I, 317; 29 Enero 1879, Sirey 79, I, 417, Dalloz 74, I, 107; Merlin *Rép.*, Loi § 6, núm. 7, Demolombe, I, 105, núm. 3, Aubry et Rau I, § 31, p. 106 y sigts.; Delvincourt, Toullier; Pardessus; Marcadé; Demante; Massé.

(1) Merlin, *loc. cit.*,—Foelix et Demangeat, t. I, 22, 93 y 96; Demolombe, t. I, p. 84 y 100.—C. cas. fr., 19 Abril 1859, Sirey 59, I, 411; 9 Noviembre 1868, Sirey 69, I, 122; 5 Abril 1887, Sirey 89, I, 387.

(2) C. cas. fr., 25 Mayo 1868, Sirey 68, I, 365.—Aubry et Rau, t. I, § 96 y 105. Esta excepción conduce además á distinciones y restricciones que delo anotar sin poder entrar en desarrollos.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*

impone el deber de respetar y aplicar esta ley extranjera. (1)

Aun puede acontecer que deba aplicarse una legislación extranjera de un modo general y exclusivo, por ejemplo, cuando á consecuencia de anexión de territorios, se mantienen categorías de leyes especiales en favor de las poblaciones anexionadas. Pero en semejante caso, reconozco que estas leyes territoriales, así mantenidas y consagradas, pierden el carácter de leyes extranjeras, para tomar con respecto á determinadas personas, el de leyes nacionales, por más que su aplicación se halle limitada á una parte solo de la población.

Creo que en el estado que la cuestión guarda, me es permitido afirmar, siempre dejando aparte este último caso, que acontecerán numerosas especies, en las que los tribunales, no digo podrán, sino, como enérgicamente lo ha expresado ya M. Demangeat (2), *deberán recurrir á las leyes extranjeras y aplicarlas*, sea en virtud de los principios admitidos por las varias legislaciones de los pueblos civilizados, de los que resultan deberes recíprocos que gobiernan los vínculos que los unen, sea para obedecer á prescripciones directas y terminantes de las leyes nacionales (3).

¿Qué importa que se haya declarado que un Estado no debe justicia más que á sus súbditos? (4). No puede rehusarse á administrarla á sus nacionales, cuando los extranjeros son parte, y en este caso tampoco podrá rehusarse á conocer las dificultades de aplicación de las leyes extranjeras, dificultades que surgirán en el debate y que podrán influir sobre su solución.

Con todo, aun cuando se admite que los tribunales deben aplicar la ley extranjera, con motivo de determinados litigios que se les someten (5), otros lo discuten (6) y entre ellos muchos sostienen que es imposible imponer al juez francés el conocimiento de las leyes de todos los países; que no resulta de la ley tal obligación, y que además, de hecho es imposible imponerla, puesto que sería imposible cumplirla, y que por consiguiente no se puede obligar á los jueces á ella.

[1] He indicado con anterioridad que en las legislaciones extranjeras, se encuentra, numerosas disposiciones del mismo género.

(2) Introducción al *Journal de droit* primer año, p. 12.

(3) Veremos más adelante, que la Corte de Casación de Francia, por un gran número de sentencias que oportunamente citaremos, casa todas las decisiones en las que el juez no ha tenido en consideración la legislación extranjera en los casos en que hubiera debido recurrir á ella.

(4) Corte de Colmar, 3 Diciembre 1815. Corte cas. fr. 2 Abril 1833.

(5) A las autoridades ya citadas, añadiremos las sentencias de la Corte de cas. fr. de 19 de Agosto de 1862 y 26 de Junio de 1884; varias decisiones del Tribunal del comercio de Leipzig indicados por E. Sachs. *Revue de Dr. intern.* 1874, t. VI, p. 234.—Demolombe tom. I, núm. 105.—Demangeat. *Condition des étrangers*, núms. 72 y 85.—Lyon-Caen. *Etudes de Dr. intern. maritime*, p. 51.—A Desjardins *Droit marit.*, t. III, núm. 965.—Aseret et Rivier, p. 32.

(6) Hello-Rapport V, 63, I, 217.—Alauzet *Sistat person. de str.*—Bertauld. *Questions prat.*, núms. 143 y sigts.

He aquí establecida la objeción: los jueces no están obligados á conocer las leyes de todos los países del mundo [1]. Es preciso, sin embargo, no exajerar lo que se pide al juez en esta ocasión; y lo que se le pide, se halla establecido en virtud de la ley nacional que debe conocer y aplicar con sus exigencias, porque nos parece establecido bastantemente que para las cuestiones de capacidad y otras que conciernen al estatuto personal, y á la validez de los actos en cuanto á la forma, debe el juez, según nuestra legislación, aplicar la ley extranjera y es necesario admitir que puede desempeñar este deber.

El juez cumplirá su tarea en la medida de sus conocimientos é investigaciones personales y con la ayuda de los medios que, para ilustrarse, le ofrezcan de consuno, la práctica y la ley: "Si no puede esperarse, dice M. Brocher, que conozca el derecho de todos los países, no por eso se halla menos obligado á informarse de las leyes extranjeras, cuyo conocimiento puede ser preciso para la solución de los procesos que se le someten [2].

Necesario es no disimular que aunque esté admitido que á nadie se juzga ignorante de la ley que le gobierna, existe un gran número de disposiciones legislativas más ó menos ignoradas ú olvidadas. ¿Cómo podría sostenerse lo contrario, cuando los numerosos volúmenes del Boletín de las leyes se despliegan ante nosotros, sin perjuicio de los textos anteriores á su publicación y que se hallan todavía vigentes? El nombre de las colecciones de leyes puede variar fuera de Francia; pero se puede asegurar que los documentos legislativos ó reglamentarios no son menos numerosos en la mayor parte de los demás países. Los jueces que pertenecen á la magistratura de carrera, ó á las magistraturas temporales, electivas y accidentales, están, pues, obligados á conocer la ley como todos los demás ciudadanos; pero cualesquiera que sean sus trabajos, su ciencia y su experiencia, no creo que se me pueda reprochar una confesión de impotencia ó insuficiencia si digo, que cuando menos en ciertas materias especiales debe recurrir el juez al texto que está obligado á saber, consultarlo, estudiarlo y entregarse con frecuencia, á investigaciones y trabajos, para conquistar la seguridad de si es aplicable y de que manera debe ser comprendido, y aplicado.

¿Porqué lo que se hace para reconocer y aplicar la ley nacional, no habría de hacerse cuando se ha reconocido que es aplicable la ley extranjera? Diariamente, con motivo de los procesos nacidos en las colonias ó países del protectorado, la Corte de Casación de Francia, se encuentra en el caso de inquirir si ha sido hecha con regularidad

[1] Solomon. *De la condit. jurid. des étr.*, p. 98.—Mailher de Chassat, núm. 86 y 240 etc. Foelix señala la objeción, pero no cree que pueda merecer formal consideración.

(2) Cours de droit intern., t. I, p. 153.

la aplicación de las antiguas leyes locales conservadas y garantidas á los indígenas y examina las decisiones dadas por aplicación de la ley mosaica, de la ley musulmana con sus diversos ritos, de las leyes indianas, las haitianas etc? ¿Porqué no habría de ser posible el examinar y asegurar si ha sido violada la ley italiana, española ó alemana, en el caso en que, según las leyes nacionales, debiera aplicarse una de aquellas leyes extranjeras? y admitido todo esto ¿qué es lo que prueban esas confesiones de impotencia, esta repetida exclamación: ¿Cómo quereis que un juez conozca las leyes de todos los países?

Ante el mayor número de jurisdicciones, el juez del derecho, es previamente el juez del hecho á que debe ser aplicado el derecho. Ahora bien, con demasiada frecuencia no puede ser apreciado el hecho, ni precisado sino por medio de investigaciones y estudios los más variados siempre y algunas veces los más difíciles. Las comprobaciones de hecho, exigen á menudo conocimientos técnicos y especiales, muy poco esparcidos. ¿Quién ha pensado alguna vez exigir á los jueces conocimientos tan variados, aptitudes tan diversas, tan difíciles de encontrar aún en los más hábiles y sabios de los especialistas? y sin embargo, será preciso que el juez esté en aptitud de apreciar el hecho, antes de expresar el derecho á aquellos que llevan ante él sus altercados. En semejante caso recurrirá á las instrucciones necesarias para ilustrarlo, para permitirle descubrir la verdad y proclamarla. ¿Porqué, pues, rehusarle el derecho de prescribir las providencias propias para guiarle y permitirle verificar, en el debate llevado ante él, las prescripciones de las leyes extranjeras que deberá aplicar?

Resumiendo, hay numerosos casos en que, cualquiera que sea la causa de donde se haga se desprender esta obligación y esta regla, el juez nacional debe forzosamente aplicar la ley extranjera, y me parece difícil no admitir que debe ponerse en aptitud de asegurarse de la existencia y alcance de la ley que debe aplicar. Jamás podría yo admitir que la obligación de aplicar una ley extranjera, pueda autorizar á quien incumbe para aplicarla buena ó malamente. Y ahora decimos, puesto que es una ley que obligatoriamente debe seguir el juez, ¿porqué la violación de esta ley no podría ser reprimida como lo han establecido las instituciones judiciales para cualquiera violación legal?

III.

Después de haber establecido que, en ciertos casos está mandado á los jueces la aplicación de la ley extranjera, creo útil volver sobre las condiciones en las que esta ley de ser puesta en su conocimiento.

Si se admite en principio que su decisión sobre este punto es una decisión de hecho, puede decirse que tiene el derecho de recurrir á todos los medios que la ley pone en sus manos para reconocer y comprobar un hecho. Mas aun cuando la ley extranjera presentase este carácter ¿habría precisión de reconocer que sería un hecho que tiene sus particulares caracteres y que puede tener sus modos de pruebas propias?

Veamos aquellas generalmente admitidos (1).

Es á aquel que invoca la ley extranjera y se prevale de sus disposiciones, á quien parece justo imponer la obligación de producirla y justificarla, como está obligado á hacerlo para justificar todos los medios que produce en apoyo de su demanda. La Jurisprudencia nos suministra numerosos precedentes que han sancionado la aplicación de esta regla (2).

Cuando falta la justificación de la ley extranjera, ¿caso no deberá el juez aplicarla de oficio, en ausencia de la demanda de las partes, ó de justificación por éstas, en el caso en que llegase á reconocerse que su ley nacional le impone el deber de aplicarla? He aquí una cuestión sobre cuya solución se está muy lejos de ponerse de acuerdo. Unos sostienen que el juez debe proceder de oficio [3], otros son de opinión contraria (4). Entre

(1) A la cabeza del examen á que voy á entregarme, señalo los numerosos documentos que suministra Italia sobre esta cuestión, citando especialmente: Pierantoni «*Delle prove delle leggi straniere nel giudizio civile*» (Il Filangieri 1833); P. Fiore.—*Monit. del tribun.* 1887, pág. 1007; G. S. «*Applicazione e prova della legge straniera*» *Rep. de Giurisp. patria* 1889, pág. 812; Lessona «*La prova delle leggi estere*» Il Consulente. Com., 1891, pág. 220.—Contuzzi.—Della prova in giudizio delle leggi straniere. [Il Filangieri 1890], p. 649. C. cas. Florencia, 10 Diciembre de 1884. [Il Filangieri, tom. X, p. 1]; Turin, 6 de Febrero de 1886. (La Legge, 1886, p. 548); Turin, 7 de Febrero de 1889. *Revue de Dr. intern. privé* de Vincent 1889. Loi ért núm. 11: La Legge, 89, I, 527.

(2) Paris, 18 dic. 1864 (Pall. C. de Paris, 1864, pág. 925; C. Sup. com. de Leijzig, 14 fev. 1871, *Rec. des arrêts de cette cour*, tom. 2, pág. 27, et *Chenet*, 1874, pág. 80; C. de New York, 6 mars. 1883, *Chenet*, 1884, pág. 428; C. de Chambéry, 23 fev. 1885, *Chenet*, 1885, pág. 532; 14 juill. 1885, *Chenet*, 1886, pág. 202; C. cass. fr. 16 juill. 1888, *Pand. fr.* 1888, I, 496; C. cass. Turin, 7 fev. 1889, ya citada; C. de Bordeaux, 1 mars. 1889, *Le Droit*, 8 mai 1889; C. d'appel du Tessin, 22, août 1889 aff. Togni; *Rep. Giurisp. prat.* p. 805; C. cass Florencia, 20 de Febrero de 1890, Nelson, *Revue de Vincent*, 1891, p. 84 c. cass. Turin 13 Enero de 1891, Berheim. e. Otto Raay, la misma 1891, p. 425. La doctrina es unánime en este punto Dudley Field, trad. de A. Rolin p. 508. núm. 165. Westlake en el *Journal de Com. t.* 1882, p. 23. Wharton. p. 773. Felix y Demangeat. *Id.* núm. 18 p. 34 que citan tambien en el mismo sentido á Pardessus, Linheiro Ferreira, Story, Mittermaier, Schaeffer, Sintenis, Putter, Kufner y V. *American jurist*; de Bar. «*Esquisse de dr. intern. privé*» *Chenet*, 1888, p. 9.

(3) Art 6 á 10 de las disposiciones generales de la legislación de los Países Bajos. S. I. Hingoo. *Revue de Dr. inter. t.* XIII, p. 401; se cita en este sentido: Weiss, p. 554; Despagnet p. 29; Vraye y Gode en su trabajo sobre el divorcio, núm. 939; Asser y Rivier p. 34 y sgts; Brocher, *Cours de dr. intern. privé*, t. I, p. 154; Vincent y Penard *Dict. de dr. intern. v.* Loi núm. 44; de Bar § 32; Laurent t. II núm. 263.

(4) Laurent que no profesa esta opinión, cita no obstante, t. I, p. 470 dos proyectos de ley, uno de Wuttenberg, otro de Sajonia, que declararían que en todos los casos en que el juez está autorizado para aplicar la ley extranjera, no puede hacerse sino por la demanda de las partes en este sentido: Corte de apelación del Tesino, 12 de Agosto de 1889, aff. Togni, ya citada; Deman, *gent. sur Felix*, t. I, p. 220; Pradier-Fodéré, t. III, p. 556 núm. 1609. Es la opinión generalmente admitida en Inglaterra y Estados Unidos.

estas dos opiniones viene á colocarse la de aquellos que dejan al juez en semejante caso la facultad de proceder de oficio; pero sin obligarle á ello [1]. Nuestras preferencias serian para la primera de estas opiniones. Admitido que la ley nacional prescribe al juez el tomar en consideración la ley extranjera y conformarse á ella, con motivo de algún incidente que se refiere á la capacidad de las partes, por ejemplo, ó á la forma ó alcance jurídico de los actos producidos, el silencio de las partes no puede relevirlas de esta obligación y violan su ley nacional, al no tomar en consideración la ley extranjera que la nacional les prescribe seguir.

Y la prueba de la ley extranjera que tengan los tribunales que aplicar de oficio ó sobre las conclusiones formadas de las partes ¿cómo se verificará? Generalmente ha sido difícil fijar esta cuestión de antemano y de una manera invariable.

Hay perfecto acuerdo en reconocer que toca á los tribunales en cada negocio, determinar la vía que tiene de seguirse, apreciar si son bastantes las justificaciones ofrecidas y recurrir á los complementos que crean necesarios (2). Notémos que la aplicación de las leyes extranjeras, puede ser en muchas circunstancias difícil de hacerse con completa seguridad. Puede un texto parecer claro y formal por sí mismo, más relacionado á otras disposiciones legales, podrá discutirse su alcance y alegarse su abrogación formal ó tácita. Algunas veces podrá discutirse hasta su misma significación y trascendencia. Los medios para descubrir la verdad deben abandonarse á la determinación de aquel que ha recibido la misión de ponerla en claro. Las leyes nacionales son muy á menudo bastante áridas en su aplicación. ¿Cómo crecerá la dificultad cuando se trate de aplicar una ley extranjera! En su nuevo trabajo sobre el uso y abuso en materia de legislación comparada, M. L. Aucoc, con la autoridad que legítimamente se le reconoce, ha señalado lo grande y numeroso de estas dificultades (3).

Señalaremos nosotros algunas indicaciones que la práctica nos suministra.

Por regla general, para la prueba de las leyes

(1) Kori Erörterungen, t III, p. 29 citado por De Bar. La sentencia con tanta frecuencia citada del tribunal superior del comercio de Leipzig, de 14 de Febrero de 1871, dice: Aun cuando el juez deba aplicar el derecho extranjero en tanto que le sea conocido y pueda á este fin informarse de oficio, sin embargo, no está obligado á conocer el derecho extranjero y buscarlo por una información de oficio, y la máxima *jura novit curia*; no puede invocarse en materia de derecho extranjero. V. E. Sachs. *Revue de dr. intern.* t. VI. 1874, p. 231 y sgts. en donde se encuentra relatada esta decisión, que es bueno leer por completo, para comprender mejor su alcance de doctrina.

(2) C. cass. fr. 16 de Junio de 1829; cort. sup. de los E. U. 8 de Enero de 1833. Pierce, c. Indsell, Alb. L. J. vol. XXXII p. 373, *Chunet*, 1883, 412; Trib. sup. de Mad. 13 de Enero de 1885; Gallardo, *Pandect fran.* 8188, 5, 18; Trib. comm. d'Anvers, 1.º de Septiembre 1888, *Journ des trib.* 1.º de Nov. 1888; Westlake, *Chunet*, 1882, p. 23; Pierantoni, *Il Filangieri*, 1883 y las notas sigts.

(3) Bull. de la Soc. de legisl. comp. 1892 p. 14. sigts.

extranjeras, la ley escrita, es decir, el derecho de los estatutos, debe ser establecida por una copia regularmente auténtica [1]. Sin embargo, el testimonio de un letrado de Noruega sería admisible, salvo el estatuto de Minnessota, para establecer la ley Noruega (2).

La prueba puede resultar de un testimonio, emanado de un juez extranjero, al explicarse sobre su ley nacional [3]; de certificados oficiales [4], librados por cónsules ó agentes diplomáticos (5) ó por el abogado consejero de la legación (6).

De declaraciones del Ministro de Justicia, y de los testimonios de abogados, notarios ó funcionarios de la administración de justicia (7).

De consultas firmadas por jurisconsultos (8); sin que pueda imponerse la opinión de éstos, cuando se ha visto que no se halla conforme con los principios admitidos y los usos vigentes en el país (9).

De la notoriedad y testimonio unánime de los autores (10).

Generalmente se ha rehusado el atenerse á actos de notoriedad en Francia y en Bélgica [11].

Las opiniones de los negociantes, se admiten en materia mercantil (12).

El juez puede reclamar de oficio, la producción de un parecer motivado de jurisconsultos extranjeros, por aquella parte que se prevale de las disposiciones de una ley extranjera (13).

No obstante, se ha sostenido que el juez no podía obligar á la parte que invoca un precepto del derecho extranjero, á exhibir la prueba de él, como debe hacer para que se exhiba la prueba de un hecho sobre el que la parte fundara sus pretensiones. Producirá ésta, las piezas y razones que crea útiles para apoyar su pretensión, y si el juez las considera insuficientes, corresponderá á éste integrar de oficio la instrucción [14].

(1) Bordeaux. 1.º de Marzo 1889. *Journal le Droit*, 8 Mayo y la sentencia citada en la nota 2.º

(2) Sentencia de la C. de los Estados Unidos de 8 de Enero de 1883, ya citada.

(3) Tribunal del Sena. 27 de Marzo de 1840. citado por Vincent et Penaud en su *Dict. de dr. intern.* véase *Loi* así como varios documentos que se hallan á continuación.

(4) Trib. de Lyon, 1.º Junio 1881, *La Loi* de 14 de Octubre C. de Burdeaux, 21 de Diciembre de 1886.

(5) C. cass. fr., 4 Abril 1881 S. 83 1, 65.

(6) Trib. del Sena, 19 de Febrero de 1889. periódico *le droit*, 24 Abril.

(7) Asser. p. 36. V., sin embargo, *contra* por un testimonio del abogado presidente del orden C. cass. Florencia 20 de Febrero 1890. Neilson c. Cambi.

(8) Trib. civ. de Burdeaux, 18 Enero de 1882 *Chunet* 1882, p. 539 y 541; C. sup. d. Madrid 13 de Enero 1885, *Pand. fr.* 1888, 5, 18; Corte de Chambéry, 23 de Febrero 1885, *Chunet*, 1885 p. 665; Pau 22 Junio 1885, *Gaz. du Palais*, 5 Enero 1887; Trib. comm. de Anvers 1.º Sepbre. 1888, *Journ des trib.* 1.º Novbre. 1888.

(9) C. cass. fr. 25 de Marzo 1873, d. 74 l. 252.

(10) Aix, 29 de Abril 1844; s. 45 2, 113; comm. de Anvers 1.º de Septiembre 1888, ya citado.

(11) C. cass. fr. 24 de Abril de 1824; Bruselas, 10 de Mayo 1816. *Pas.*, 1816, p. 131; 9 Mayo de 1832, *Pas.*, 1832, p. 122; Laurent, t. II nú. 267 y sgts; Asser, p. 37.

(12) Laurent y Asser, loc. cit.

(13) Chambéry, 23 de Febrero 1885. *Chunet*, 1885 p. 665

(14) Asser. p. 35; Brochet, *Droit intern. privé*, t. I. p. 153, 154; Weiss. p. 554; Despagnet p. 29.

M. Weiss dice: "El juez estará obligado á inquirir lo que declara la ley extranjera; y solo cuando le falten por completo los elementos de apreciación, tendrá el derecho de presumir que esta ley se halla conforme con la ley nacional (1)."

En Inglaterra, estando considerada la dificultad como parte componente en la apreciación de un hecho, la prueba se hará como si se tratase de establecer un hecho, y el jurado será quien, llegado el caso, tenga que responder á la cuestión (2). Algunos tribunales franceses han admitido el mismo principio; así, el tribunal civil del Sena decía el 18 de Julio de 1885: "Toca al demandante rendir la prueba de la ley extranjera que invoca," pues las cuestiones de legislación extranjera, sino para los tribunales franceses, cuestiones de hecho" (3). Es también lo que admite la sentencia de la corte de apelación del Tesino del 22 de Agosto de 1889, asunto Togni, ya citado varias veces. Pero tal opinión se halla muy lejos de prevalecer.

Se han firmado convenciones entre varios Estados para facilitar el cambio de documentos oficiales y otras publicaciones del mismo género.

Citemos la convención del 15 de Marzo de 1886, entre Bélgica, el Brasil, España, los Estados Unidos de la América del Norte, Italia, Portugal, Serbia y Suiza.

A él se adhirió la República oriental del Uruguay el 7 de Mayo de 1889. La República Argentina siguió el ejemplo y le concedió su adhesión el 24 de Julio de 1889.

Otra convención de la propia especie, quedó firmada el 9 y 10 de Agosto de 1880 entre el Perú y el Ecuador.

En Francia, los documentos legislativos son recojidos y centralizados en el Ministerio de Justicia, por las diligencias de un comité especial.

(1) P. 555; se admite como regla esta presunción, en semejante caso por los tribunales; Rennes, 6 de Abril 1835, s. 63, 2, 55; Anvers, 14 Noviembre 1887, *Pas.*, 7878, 3, 164; 30 de Julio 1887. *Journ. d'Anvers* 1887, p. 378; Paris, 12 de Diciembre 1864; C. de N. York, 6 de Marzo de 1883. La presunción que, á falta de prueba en contrario, permite considerar la ley extranjera, como conforme á la nacional, se halla admitida como regla de derecho, principalmente en Inglaterra. J. Westlake *Treatise on private intern. law*, 1880 p. 323.

[2] J. Westlake, *loc. cit.* y *Journal de Clunet*, 1882, p. 23. En las siguientes páginas, el autor indica las reglas que se obedecen para hacer esta prueba en Inglaterra. Sin embargo, es preciso no creer que se siguen las reglas con un rigor absoluto, aun en Inglaterra; así, el 15 de Febrero 1889, la corte de apelación de Londres, Concha c. Marietta, *Clunet*, 1889, p. 476. después de haber admitido que ante los tribunales ingleses, toda existencia de una ley extranjera, constituía una comprobación de hecho que debía ser establecida por los testimonios de hombres versados en el conocimiento de esta ley, agregaba, contrariando las pretensiones de una de las partes, que, apesar de esto, tienen los tribunales el derecho de investigar, no obstante los *affidavit* que les hayan sido presentados, el exacto sentido de esta ley, ora según las divisiones pronunciadas por los tribunales extranjeros, ora según la opinión de los jurisconsultos, examinando por sí mismos los textos invocados en el proceso. Para los modos de prueba de la ley extranjera en los Estados Unidos, ver á J. Wharton *A treatise of the conflict of law* 1879 s 771.

(3) *Clunet* 1885, p. 202.

La sociedad de legislación comparada, además de sus importantes trabajos sobre las legislaciones extranjeras y de su boletín mensual, publica con toda regularidad un anuario en donde están coleccionadas y reproducidas en traducción francesa las leyes extranjeras que presentan algún interés. Esta sociedad ha prestado concurso utilísimo para las traducciones de los códigos extranjeros publicados en estos últimos tiempos.

Por su parte, el Instituto de derecho internacional, agrupando en su seno á los representantes de diversas nacionalidades, se esfuerza en constituir prácticamente un derecho internacional que se halle en armonía con las necesidades de los Estados modernos, y que debe mejorar y facilitar las relaciones internacionales públicas y privadas y hacer desaparecer los conflictos entre las varias legislaciones.

Aquí sería oportuno reproducir las resoluciones adoptadas por el Instituto, en su sesión de Hamburgo en 1891, sobre el dictámen de M. Pierantoni, uno de sus miembros, concerniente á los medios que deberían proponerse á los gobiernos, con objeto de asegurar la prueba de las leyes extranjeras ante los tribunales. Pero como este documento se encuentra ya inserto en el tom. XXII, 1891, p. 525 y 526 de la *Revue de droit international*, no tenemos más que recordárselo al lector.

(Continuará).

SECCION FEDERAL.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.

Presidente: Lic. Félix Romero.

Magistrados: M. C. Potugal.

"	"	Francisco M. de Arredondo.
"	"	J M Aguirre de la B.
"	"	José María Lozano.
"	"	Manuel Saavedra.
"	"	Pudenciano Dorantes.
"	"	Eligio Ancona.
"	"	Eduardo Novoa.
"	"	Federico Sandoval.
"	"	A. Falcón.
"	"	J. M. Vega Limón.
"	"	Miguel Villalobos.
"	"	Eduardo Ruiz
Secretario:	"	Rodolfo Sandoval.

FRAUDE CONTRA LA PROPIEDAD. ¿Procede la querrela de este delito á nombre de quien no ha justificado ser dueño de la cosa?—¿Cuáles son los elementos que lo constituyen? PRISION. ¿Según nuestro pacto fundamental, hay solo lugar á ella por delito que merezca pena corporal? AUTO DE FORMAL PRISION. ¿Procede tratándose de delitos punibles, solo con pena pecuniaria.

México, Julio 11 de 1892.

Visto el juicio de amparo interpuesto ante el Juez 1.º de Distrito de esta capital, por los Sres. Lics. Faustino Michel y Fernando Vega, como defensores del ciudadano americano Daniel M. Burns, quejándose contra actos del Juez 2.º de lo criminal de esta ciudad, en el proceso iniciado contra su defenso, á instancias del Sr. Mark Birmingham; en virtud de cuyos autos se instauró procedimiento criminal y se decretó la formal prisión de Burns, por el delito de fraude contra la propiedad, sin que previamente el querellante acreditara ser dueño de la cosa defraudada, sin que hubiera comprobado la existencia del cuerpo del delito; y por último, aun en el caso de existir éste, sin competencia del Juez, pues el que la tenía era el del lugar de la radicación de la cosa, objeto del fraude; y los cuales actos estima que han violado en su perjuicio las garantías sancionadas en los arts. 14, 16, 17 y 18 de la Constitución Federal.

Visto el fallo del Juez de Distrito que negó el amparo, así como los informes presentados por los interesados ante esta Corte Suprema de Justicia.

Considerando 1.º: Que es un precepto terminante de nuestro Pacto fundamental, que solo hay lugar á prisión por delito que merezca pena corporal, y si bien la apreciación de los elementos de un hecho que la ley considera como punible y su definición y clasificación como delito, es exclusiva de la autoridad judicial, y bajo este concepto el Juez 2.º de lo Criminal ha tenido facultad para hacer esta apreciación; sin embargo, como al verificarlo, no se sujetó al texto expreso de la ley relativa, esta Corte Suprema tiene el deber de examinar é investigar, si con esa apreciación errónea se violó alguna garantía constitucional.

Considerando 2.º: Que supuesto lo anterior y atendiéndose á la definición que la ley da de fraude contra la propiedad, en relación con los hechos que dieron materia al proceso iniciado contra Burns, palpablemente se observa que en aquellos hechos no se reúnen los elementos constitutivos del delito definido bajo este nombre en el art. 413 del Código Penal. En efecto, dicho artículo supone que aquel que se dice defraudado, tenga la propiedad de la cosa objeto del fraude; y en el caso del Sr. Birmingham no justificó ni podía justificar de un modo indubitado, su propiedad sobre la mina «La Candelaria», cuando á la vez el Señor Burns tenía, y había adquirido esa propiedad en virtud de procedimientos cuya legalidad podrá ser objeto de controversia; pero que no fueron objetados al verificarse el denuncia de la mina por el mismo Sr. Burns, ni existe una sentencia que en juicio contencioso haya venido á definir su nuli-

dad, y de parte de quien está el derecho. Además, en los términos del art. 413 del Código Penal, son requisitos necesarios para la existencia del fraude, que aquel que lo comete, engañe al defraudado, ó se aproveche de un error en que éste se halle; y en el caso al iniciarse el procedimiento criminal en contra de Burns, y dictarse el auto de formal prisión, ni se había demostrado cuál era el engaño hecho á Birmingham, ni en qué consistía el error en que éste se hallaba, en los momentos en que aquel denunciaba la mina como abandonada.

Por otra parte, aun suponiendo que en el caso concurren los elementos constitutivos del delito en los términos que lo describe el citado art. 413, tal delito no sería punible con pena corporal sino con pena pecuniaria, como lo determina el art. 432.

Considerando 3.º: Que en virtud de lo expuesto es evidente que el auto de formal prisión dictado en contra del Sr. Burns, carece de fundamento por no existir demostrado el delito que lo motivó, el procedimiento criminal incoado en su contra no tiene base por la misma razón; y en esta virtud se han violado en la persona del quejoso, las garantías consignadas en el art. 18 de la Constitución y en el 13 de la misma por inexacta aplicación, siendo procedente la concesión del amparo.

Por lo expuesto, con arreglo á los arts. 101 y 102 de la Constitución General de la República, y 38 de la ley de 14 de Diciembre de 1882, se revoca la sentencia del Juez 1.º de Distrito de esta capital, declarándose que la Justicia de la Unión ampara y protege á Daniel M. Burns contra los actos de que se queja.

Devuélvanse los autos al Juzgado de su origen con testimonio de esta resolución y archívese el Toca. Así por mayoría de votos lo decretaron los CC. Presidente y Ministros del Tribunal Supremo de Justicia de la Nación y firmaron:—*Félix Romero, Manuel Castilla Portugal, Francisco Martínez de Arredondo, José María Aguirre de la Barrera, José María Lozano, Manuel Saavedra, Pudenciano Dorantes, Eligio Ancona, Eduardo Noroa, Federico Sandoval, Antonio Falcón, José M.º Vega Limón, Miguel Villalobos, Eduardo Ruiz, Rodolfo Sandoval, secretario.*

Anales del Ministerio Público.

PEDIMENTO formulado por el Sr. Agente del Ministerio Público Lic. Adolfo Fenochio en la causa seguida en el Juzgado 1.º Correccional contra J. Rafael Alvarez, por soborno.

C. Juez:

El Ministerio Público después de un detenido

exámen de la presente instrucción encuentra en ella:

1º El escrito de acusación presentado por Edmundo Ordóñez, en el cual por las razones en él expuestas acusó á José Rafael Alvarez del delito determinado por el artículo 744 del Código Penal relativo al soborno de testigos é instigaciones, intimidaciones etc. para que se produzcan con falsedad al declarar en juicio. Acúsase también en el propio escrito á los testigos Manuel Arrevillaga, Tomasa Cureño, Alfonso Fernández y Braulio Picazo, porque se afirma que éstos, se han producido con falsedad en juicio sin haber retractado sus declaraciones en el término y circunstancias de que habla el art. 745 del ya citado código.

Y por último, se acompaña á la querella como pieza comprobatoria un testimonio expedido por la 2ª Sala del Tribunal Superior de Justicia, de diligencias practicadas en la causa, que por el delito de adulterio se siguió ante el Juez 2º Correccional, siendo en ella acusador José Rafael Alvarez y acusados Edmundo Ordóñez y la Sra. Dolores Nájera de Alvarez.

2º En el testimonio antedicho, aparece una declaración de Ignacio Negrete retractando otra anterior que había rendido en la misma causa relativa á adulterio (fs. 7 vuelta y 9), otra de Ramón Rangel retratándose en iguales términos que el anterior (fs. 8 vuelta y 9), otra de Alfonso Fernández, ratificando una carta, cuyo testimonio no aparece en autos, pero el dicho está reputado por el Comisario de policía Alejandro Barroso, que asegura no puede haber visto ni oído lo que afirma Fernández, que vió y oyó en la Comisaría (fs. 10 y 19). Tomasa Cureño aparece declarando según puede verse á fs. 11, pero asegura que conoció á Edmundo Ordóñez por que se lo recomendó como comprador de materiales de construcción Anselmo Ordóñez y éste á fs. 17 vuelta, niega lo aseverado por la Cureño. Declara Arrevillaga haber visto diversas veces juntos á Ordóñez y la Nájera y aparece una diligencia que demuestra la imposibilidad de ese hecho por ser casi ciego Arrevillaga (fs. 12 y 13). Braulio Picazo declara, que anteriormente tuvo disgusto con Edmundo Ordóñez (fs. 15 y á 15 vuelta); en careo con Francisco Peza, conviene con éste en que no oyó de sus labios lo que aseguró que Peza había dicho relativo á Ordóñez y la Nájera. Y por último Manuel García y Manuel Olmedo aseguran diversos hechos y sucesos que indican haber tratado Alvarez de obligar á algunas personas á declarar en determinado sentido; pero ni son unos mismos los hechos ni convienen en sus detalles. Concluye el testimonio con la ejecutoria de la 2ª Sala del Tribunal Superior en que se revoca el

auto de formal prisión que se había decretado contra los acusados Ordóñez y la Nájera.

3º Llamado Alvarez á la presencia judicial, niega los hechos que se le imputan y á su vez asegura que los testigos Rangel y Negrete han sido sobornados por Ordóñez, ofreciendo comprobar su dicho con los dichos de otros testigos que cita. Confiesa haber ofrecido cien pesos á García, pero no tratando de sobornarlo sino deseando poner en claro la conducta y hechos de su esposa. Careados, Alvarez sostuvo á Ordóñez, que éste ocurrió á la casa de Picazo y ofreció darle dinero para que declarara en el sentido que deseaba, á cuya propuesta se rehusó indignado Picazo y que esos hechos los conoce por haber sido la conversación habida entre Picazo y Ordóñez, los dos testigos Felipe Cañas y José Cueto, que fueron introducidos á la casa de Picazo por un criado de éste, sin conocimiento de él. Estos escritos durante la instrucción fueron corroborados con los dichos de Picazo y los testigos á que Alvarez alude.

4º El Juzgado 1º Correccional después de decretar la formal prisión de Alvarez siguió practicando todas las diligencias que juzgó indispensables para el esclarecimiento de los hechos, si lograsen ellos poner en claro los sucesos ocurridos, quedando en pié los asertos contradictorios de las partes, unas veces apoyadas y otras contrariadas por los testigos que se fueron examinando, hasta el momento en que el Sr. Juez, dió por concluida la instrucción mandándola pasar al Ministerio Público.

Como se vé del anterior exámen, la única prueba rendida por las partes en la causa es la testimonial y para formar una convicción racional de la delincuencia, se hace indispensable descender al examen de esa prueba con las circunstancias especialísimas que la acompañan y tal como se ha aducido en la causa. *Ubi numerus testium non adjicitur etiam duo sufficient. Pluralis enim doculio duorum numero contenta est. Ulpiano en la 12 D. de testibus. Derecho canónico. Deuteremonio cap. 19, ver. 15 in ore duorum vel trium testium stabil omne verbum. Testium non tam multitudo quam qualitas consideranda est. C. 32 de id.;* declara prueba plena para condenar á un acusado el testimonio de testigos oculares mayores de toda explicación, contestes y concordantes así en el delito y sus circunstancias como en cuanto á la persona delincuente. Y en la legislación moderna el mismo principio ha inspirado los artículos de nuestras leyes vigentes; pero más amplias y liberales no limitan la apreciación del Ministerio Público al formular sus pedimentos, sujetándola á regla fija ó ineludible como lo hiciera la antigua legislación con respecto á los fiscales y jueces, supuesto que se

la faculta formular sus acusaciones hasta por un simple indicio, siempre que éste, tenga la fuerza suficiente para despertar en su ánimo la conciencia de la criminalidad del acuerdo; según nos lo enseña *el Gutierrez* en su practica criminal, tomo. 1.º cap. 7.º número 14, entre otros autores.

Ahora bien, en la causa que examino, mientras más detenidamente se estudian sus detalles más desconfianza se despierta con relación á los asertos de testigos que ya declaren en un sentido, ya en otro, obedeciendo indudablemente á maquinaciones, instigaciones ú ocultos motivos, que no ha sido posible evidenciar, para fundar en su evidencia la culpabilidad ó inculpabilidad del acusado y acusador que á su vez está atacado por las aseveraciones del primero.

La ley 8, tít. 16, Part. 3.ª nos dice: "No puede ser testigo por falta de probidad" "El que hubiere dicho falso testimonio ó falseado carta, sello ó moneda del Gobierno; el que faltare á la verdad en su testimonio por precio recibido etc." Alfonso de Acevedo en sus comentarios á la nueva recopilación número 21 del relativo á la ley I título 8.º lib. 4.º que dice: "que el testigo acostumbrado á decir mentiras ó no es admitido ó se le dá poca fé" Vulpino, en el artículo de la cuestión 56 de la obra criminal de Farinaceo asienta *que el calumniador condenado como tal en razón de quedar infamado, debe repelerse de testificar quedando esto al arbitrio del Juez.* En la causa está probado que los testigos que deponen en contra de Alvarez han dicho mentiras y por su propia retractación, que han declarado falsamente, y si bien es cierto que según la legislación actual no queda infamado ante la ley el delincuente y que en el caso no han sido condenados como calumniadores los testigos aludidos antes, no es por esto menos cierto el hecho de haberse producido indignamente y cometido el acto punible, y por lo tanto cabe la aplicación de la teoría invocada, no debiendo en el caso darse valor alguno á los dichos de ellos, tanto más cuanto que esas disposiciones están en perfecto acuerdo con lo expresamente determinado por el artículo 404 del Código de Procedimientos Penales.

En cuanto á la prueba rendida por el acusado Alvarez en contra de Ordóñez, consistente en los dichos de Cañas y Cueto, que aseguran haber oído la conversación y disputa originadas por la propuesta de soborno á Picazo, á través de un tabique de madera en la casa del mismo, á la cual fueron introducidos por una criada; debemos tener presente lo que tratando de los testigos que deponen después de estar maquinando ó asechando, nos dice Farinacio al ocuparse de la materia: "Y así mismo se dá muy poco ó ningún crédito al testigo que

depone de hecho que vió ú observó con maquinación asechando tras puerta ó cortina, por el fraude y falacia que arguyen tales manejes." Por lo mismo, á juicio del suscrito, no debe darse importancia á la tal prueba, que por otra parte aparece deficiente en el proceso, toda vez que no se ha examinando á la criada, que se dice hizo la introducción de los testigos.

En virtud de lo expuesto, el suscrito Agente, no formula acusación alguna en contra del acusado Alvarez, porque de todo lo actuado no aparece debidamente comprobado su delito en el terreno científico y porque además del examen del proceso, no ha podido adquirir la convicción de la culpabilidad que la ley exige para el efecto, y pide que llenados los requisitos indispensables se cancele la fianza que tiene otorgada y se archive la presente. Pide además, que se deduzca el testimonio de todo lo conducente para proceder contra los testigos que han declarado con falsedad en la instrucción, apercibiendo en los términos del artículo 745 del Código Penal á los que se hubieran retractado en la instancia misma en que cometieron el hecho punible previsto y penado por nuestras leyes vigentes.

México Marzo 7 de 1892.—*Adolfo Fenochio*

PEDIMENTO del Ministerio Público, en el recurso de casación interpuesto por el Sr. D. Isidoro Epstein, contra la sentencia pronunciada por la 3.ª Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal.

Señores Magistrados de la 1.ª Sala:

El Ministerio Público dice: que el Sr. Isidoro Epstein, interpuso el recurso de casación, contra la sentencia de la 3.ª Sala de ese Superior Tribunal que le condenó á entregar á D. Agustín Borneman la parte de un terreno que entrambos compraron y que aquél retenía, desconociendo el derecho del último como comprador de dicha parte de terreno; condenándolo también á la rendición de cuentas, y al pago de los daños y perjuicios causados por la falta del cumplimiento de la obligación contraída por Epstein en favor de Borneman, según adelante quedará explicado. El primero fué condenado también al pago de las costas causadas en las dos instancias.

El recurrente cree que el fallo de la 3.ª Sala, le irroga incalculables perjuicios, y lo considera injusto en su fondo; y como en su concepto, el relacionado fallo descansa sobre una base enteramente viciosa, envolviendo palmarias violaciones de la ley y de su interpretación jurídica, se decidió á entablar el recurso que se sustancia. Tal recurso interpuesto, en cuanto al fondo del negocio, se funda en la

fracción I del artículo 699 del Código de Procedimientos Civiles.

Se asegura por el recurrente, que en la sentencia de la 3ª Sala, se cometió la violación del artículo 551 del Código acabado de citar, refiriéndose la violación, al concepto de la fracción I del artículo 711 del ordenamiento mencionado, y el hecho violatorio, se hace consistir en la condenación de Epstein, á hacer á Borneman la entrega del terreno disputado.

La Sala declaró que la escritura en que se formalizó la compra del terreno, constituye una prueba plena en el punto relativo á la propiedad de Borneman, sobre la porción del terreno demandado, y el recurrente sostiene que tal escritura, sólo tiene tales efectos en cuanto á lo comprobación de que Don José Rodríguez vendió á los Sres. Borneman y Epstein, en un precio fijo, un terreno de dimensiones dobles al que el Sr. Borneman, pretende que es suyo.

Las escrituras públicas, expresa el Sr. Epstein, no prueban en todo aquello que mencionan, sino únicamente en todo aquello para lo cual han sido otorgadas; y que la escritura de que se trata, fué otorgada para formalizar el contrato de compra-venta que los Sres. Borneman y Epstein celebraron con D. José Rodríguez, y nada más, y no fué extendida para hacer constar contrato alguno entre los dos compradores; y que cualquiera declaración no relativa á aquel contrato, no puede tenerse por probada, con la fuerza de prueba plena, por la escritura. Agrega el interponente del recurso, que como la interpretación jurídica del artículo 551 citado, consiste en que los instrumentos públicos hacen prueba plena solamente sobre los contratos que son su objeto directo y especial, y que en todo lo demás, si mucho se concede, podrán proporcionar una presunción; la Sala que ha dado el valor de prueba plena á la escritura, en el punto relativo á la propiedad exclusiva del Sr. Borneman, sobre la fracción oriente del terreno, á cuya compra-venta se refiere dicha escritura, ejecuta un hecho contrario á la interpretación jurídica del artículo 551, violando este precepto legal, *en razón á que se concede el valor de prueba plena á todo el contenido de los instrumentos públicos.*

Ahora bien: Conforme al considerando primero de la sentencia impugnada, el testimonio de la escritura de venta del terreno á que se refiere el juicio seguido, es un instrumento público que hace prueba plena conforme á los arts. 439 y 551 del Código de Procedimientos

Civiles; y de esa escritura aparece que al hacerse constar la venta celebrada por D. José Rodríguez á favor de D. Isidoro Epstein y D. Agustín Borneman, del lote de terreno á que se refieren los autos del juicio que se examina, Epstein y Borneman agregaron que á cada uno de ellos corresponde la mitad del terreno que adquirieron por la venta que les hizo Rodríguez y que se consignó en la escritura aludida, es decir, once varas de frente y cincuenta y cinco y media varas de fondo á cada uno; quedando la fracción poniente al Sr. Epstein y la del oriente al Sr. Borneman.

El recurrente no contradice la existencia de esos pormenores referidos en la escritura de compra-venta del terreno, y no desmiente, por lo mismo, las constancias relativas de que al comprarse el terreno, se convino por medio de escritura pública, en que dicho terreno pertenecería á ambos compradores, teniendo cada uno de ellos derecho á la mitad del terreno, Epstein en la parte poniente y Borneman en la parte oriente; y si impugna la sentencia, es nomás porque en ella se dá á la escritura el valor de prueba plena en lo relativo al contrato entre Borneman y Epstein sobre el modo de dividirse el terreno, porque cree que la escritura no debe hacer fé, sino únicamente en cuanto al hecho de que Rodríguez vendió el terreno en cuestión á los dos litigantes, esto es, en cuanto á que el terreno pertenece á *ambos* porque *ambos lo adquirieron* por la compra hecha á Rodríguez.

El artículo 551 que se dice violado, establece terminantemente que *los instrumentos públicos hacen prueba plena* aunque se presenten sin citación del colitigante, salvo siempre el derecho de éste, para redargüirlos de falsedad, para pedir su cotejo en los protocolos y archivos, y que en caso de inconformidad con el protocolo ó archivo, los instrumentos no tendrán valor probatorio en el punto en que existe la inconformidad.

Ese es el texto completo del artículo invocado, y como se vé, no hace excepción alguna, al precepto de que los instrumentos públicos hacen prueba plena, sino únicamente para el caso en que aparezca alguna conformidad con el protocolo ó archivo, de lo que no se trata en el presente caso, pues toda la cuestión se reduce aquí á saber si las explicaciones que se dan en una escritura pública sobre el sentido en que un contrato se celebra, son constancias constitutivas del instrumento público y si como tales hacen prueba plena.

Consta desde luego que Rodríguez vendió

su terreno á Borneman y á Epstein, que los dos últimos se hicieron propietarios del terreno que fué de Rodríguez. La escritura pública que comprueba esa propiedad á medias sobre el terreno, tenía que determinar los límites á que se extendía la propiedad de cada uno de los compradores á efecto de no dejar indecisos los derechos respectivos, y de que tuviera una aplicación práctica el instrumento en que quedaban consignados los derechos de los compradores; y nada más natural que la especificación que se hizo respecto de la parte del terreno que á cada uno de los compradores tocaba, para que se supiese en qué términos adquirió cada uno de ellos la propiedad transmitida por Rodríguez: lo irregular habría sido que hubiera quedado sin expresarse en la escritura de compra-venta del terreno, la división que de éste debía hacerse, para que cada comprador supiera el tanto que le pertenecía; en ese caso se habría hecho necesaria la extensión de una nueva escritura de división del terreno comprado. No tuvo que extenderse esta segunda escritura, como en efecto no se extendió, y la única relativa á la adquisición del terreno, tiene forzosamente que servir de prueba respecto de cómo está combinada la propiedad de ambos compradores. Al ser uno y otro dueños del terreno, debe haber una regla para determinarse los límites de la propiedad de cada comprador; pues esa regla se encuentra en la escritura de compra-venta, en la que la explicación hecha por Borneman y Epstein, acerca de la parte de terreno con que cada cual quedaba, no es otra cosa que el desarrollo de las cláusulas comprensivas, de la venta hecha por Rodríguez y la compra verificada por Borneman y Epstein. El uno dijo: lo que yo compro es la parte oriente del terreno, con tantas varas de frente y tantas otras de fondo; y el otro: yo adquiero la parte poniente con las mismas medidas; y estas enunciaciones no pueden bajo ningún concepto considerarse entre las enunciativas, que son absolutamente extrañas al objeto de la disposición ó convenio entre los contratantes, sino que por el contrario, se impone con incontrastable fuerza, la idea de que se trata de enunciativas, que tienen relación directa con la sustancia del acto y que, por lo mismo, el instrumento público en que están consignadas, hace prueba plena en lo relativo á tales enunciativas.

En diversas ejecutorias de casación, se ha establecido por ese respetable Tribunal, que

la ley 104, título 18, Partida 3^a, correlativa é interpretativa del artículo 551 de nuestro Código de Procedimientos Civiles, al establecer la fuerza probatoria de los instrumentos públicos, determina que toda carta hecha por escribano público, vale para probar lo que en ella se diga, y que lo que deja de tener fuerza probatoria plena, es sólo aquello que la carta refiere con relación á hechos anteriores y distintos ó aquello que no contiene de un modo expreso y determinado. Y en efecto, dicha ley de Partida dice: "que toda carta fechada por mano de escribano público, en que haya escritos los nombres de dos testigos á lo ménos, é el día, é el mes, é la hora del día en que fué fecha, vale para probar lo que en ella dijere, no habiendo en ello algunas falsedades é menguas."

De suerte que conforme al texto de la ley, solo una falsedad é mengua desautorizará el instrumento público, lo cual está de acuerdo con el precepto del artículo 551, que sólo niega el valor probatorio de los instrumentos públicos en caso de inconformidad con el protocolo ó archivo.

El Tribunal de Casación de España, ha establecido jurisprudencia en igual sentido, según es de verse en la obra sobre "Jurisprudencia Civil de España," por D. Manuel Ortiz de Zúñiga, tomo 2^o, páginas 243 y 255 en donde están citadas las ejecutorias de 18 de Marzo de 1865 y 20 de Febrero de 1866.

En el Diccionario de Escriche, se lee en la parte relativa al valor de los instrumentos públicos, lo siguiente: "Las escrituras sin vicios, no tan sólo hacen fé respecto del asunto ó negocio principal, que los otorgantes se han propuesto por objeto de su disposición ó contrato, sino también en cuanto á las enunciativas, que aunque puedan quitarse sin alteración de lo otorgado ó convenido, *tienen relación directa con la sustancia del acto*. Así es, que si en una escritura de reconocimiento de censo, dice Antonio que reconoce y confiesa, que la casa B. que le pertenece, está gravada á favor de Francisco, que se halla presente, de un censo de tantos mil reales de capital, cuyos réditos de tanto al año, han sido pagados hasta este día, y en consecuencia se obliga á satisfacer los sucesivos etc., etc., estas palabras: *cuyos réditos han sido pagados hasta este día*, aunque sólo sean enunciativas, pues que no se expresa que Francisco reconozca haber recibido los réditos vencidos, hacen sin embargo entera fé del pago contra Francisco, que con-

curre como parte al reconocimiento del censo, porque tienen relación directa con la sustancia del acto, y además, Francisco no habría permitido su inserción, si no se le hubiesen satisfecho los réditos de que se trata. *Mas las enunciativas que son absolutamente extrañas al objeto de la disposición ó convenio de los otorgantes*, pueden tal vez inducir alguna presunción, pero no hacen prueba completa ni aún contra las personas que han sido parte en el otorgamiento de la escritura. Supongamos, por ejemplo, que en la escritura de venta que te hizo Pablo de una casa que poseía, se haya enunciado que esta casa le vino por herencia de su tío Felipe; si presentándose luego un tercero con la calidad de heredero parcial del mismo Felipe, pone demanda contra tí en reivindicación de la parte que pretende tener en la casa, no podrá servirle esta simple enunciativa, para justificar con ella sola que realmente Pablo poseía esta casa como heredero de Felipe, aunque tú seas parte en el contrato en que se encuentra; pues es absolutamente extraña al objeto de la escritura, que se reduce precisamente á la vente de la casa hecha á tu favor. *Tú no tenías entonces interés alguno* en oponerte á su inserción, pues que, quedando obligado Pablo al saneamiento, en caso de evicción, te debía ser indiferente que tu vendedor poseyese la casa por herencia ó donación ó compra ú otro cualquiera título, y era natural, por otra parte que dices crédito á lo que indicaba Pablo sobre el origen de su derecho.

En el tratado de "Derecho Civil por G. Baudry Lacautinerie,, y en el número 1,188 del tomo 2º, se encuentra lo siguiente:

Simple enunciaciones. Finalmente, existe una tercera categoría de menciones, de las que se ocupa el artículo 1,320, para establecer su fuerza probatoria: tales son las declaraciones puramente enunciativas de las partes, ó simplemente, como las llama la ley, las *enunciaciones*. *El acto, sea auténtico, sea privado, hace fé entre las partes, aún respecto de aquello que sólo se ha expresado en términos enunciativos, con tal que la enunciación tenga relación directa con la disposición. Las enunciaciones extrañas á la disposición, no pueden servir sino como un principio de prueba por escrito.*

Hay que distinguir tanto en los instrumentos públicos como en los documentos privados, lo *dispositivo* y las *simples enunciaciones*.

"Lo dispositivo, dice Pothier, es lo que las partes han tenido en mira, y que ha sido obje-

to del acto. (número 736) Es la parte del documento en que se consignan los elementos esenciales del hecho jurídico, respecto del que se ha querido asegurar la prueba, de tal manera, que no se podría suprimir de allí cosa alguna, sin destruir aquel hecho, ó al ménos sin desnaturalizarlo. Las declaraciones puramente enunciativas son las que, refiriéndose á acontecimientos anteriores, constituyen elementos accidentales del hecho jurídico que el documento tiene por objeto acreditar, las que; en consecuencia, pueden ser eliminadas sin que la sustancia de ese hecho jurídico se modifique.,,

«Adviértese por estas distinciones, que las partes necesariamente fijan su atención en lo dispositivo, puesto que han redactado ó hecho redactar el instrumento, precisamente para procurarse una prueba documental de lo que en aquel se refiere. En cuanto á las declaraciones simplemente enunciativas, no podría acordárseles indistintamente el mismo valor porque arrojadas incidentalmente en el cuerpo del acta, no tienen la misma importancia ante la consideración de las partes, las que quizá las han dejado pasar inapercibidas. Así, bajo el punto de vista de su fuerza probatoria el artículo 1,320 distingue entre las enunciaciones *que tienen relación directa con la disposición* y las que son *extrañas á la disposición*. Las primeras han debido llamar la atención de las partes interesadas; y por esto la ley les concede la misma autoridad que á lo dispositivo. Las segundas, «bien pueden, dice Pothier, hacer semi-prueba, pero no hacen prueba plena.» *Tunc enim tale instrumentum, habia dicho Dumoulin, non faceret plenam fidem, sed solum presumptionem.*» Propositiones que el legislador de 1804 ha traducido diciendo que ellas no pueden servir sino de un principio de prueba: lo que tendria por resultado la admisibilidad de la prueba testimonial y la de simples presunciones, y permitir al juez deferir al juramento supletorio. *Y es porque entonces el hecho enunciado, es simplemente verosímil; la parte contra la cual se invoca, ha podido, aún cuando fuese inexacto, no oponerse á su enunciación, sea porque no haya notado una cláusula que le era perfectamente indiferente, sea porque no haya tenido interés de ninguna especie contradecirla.,,*

En el caso de los Sres. Borneman y Epstein seria después, enteramente indispensable considerar la cláusula relativa á la división que del terreno comprado hicieron sus adquiren-

tes, como absolutamente extraña al objeto de la disposición ó comercio de los otorgantes, como sin ninguna relación con la sustancia del acto; sería de rigor jurídico calificar el contenido de tal cláusula como asunto que ningún interés presentaba á Borneman ó á Epstein, para que uno y otro, ó alguno de los dos pudieran haberse opuesto á su inserción en la escritura, á efecto de llegar á la conclusión de que la repetida cláusula, era una enunciativa de las que no hacen prueba plena. Pero como es evidente que el convenio entre los compradores respecto de la porción de terreno que cada cual se aplicaba en propiedad, es una enunciativa que *tiene relación directa con lo dispositivo del instrumento, que no ha podido pasar inapercibida para ninguno de los otorgantes*, supuesto que fué obra de los dos, que fué un convenio de importancia por ambos celebrado, que no sólo ha debido llamar la atención de las partes interesadas, sino que fué emanación premeditada y formalmente constituida por ambas partes; es indiscutible que tal cláusula tiene igual autoridad, idéntica fuerza probatoria que lo dispositivo de la escritura: todavía más, es una parte de lo dispositivo, supuesto que ella encierra la expresión de un convenio complementario de la compra venta del terreno.

Queda demostrado, que tanto el texto del art. 551 del Código de Procedimientos Civiles, como la ley de Partida respectiva, como la jurisprudencia de los tribunales y la doctrina de los jurisconsultos, lejos de autorizar la interpretación que el recurrente aduce para sostener que la sentencia de la 3ª Sala, ha violado el citado art. 551, fundan con lucido criterio la interpretación opuesta, y autorizan para sostener que no existe la violación que se pretende.

II.

En segundo lugar, el recurrente presenta como violados por la sentencia de la 3ª Sala, el art. 546 del Código de Procedimientos Civiles, y el ya mencionado 551 que se pretende haber sido infringido por distinto concepto del alegado en el primer capítulo de casación.

Se dice por la parte del Sr. Epstein: que la Sala dejó de considerar la confesión rendida por la del Sr. Borneman, pues al ser éste preguntado en diligencia de posiciones si era cierto que había aceptado y considerado como suya la fracción poniente del terreno comprada á Rodriguez, contestó que efectivamente y por error había manifestado tal conformidad. Di-

ce además el recurrente, que aunque en la escritura conste que la parte oriente del terreno era la de Borneman, eso fué en virtud de un error. Pero la sola circunstancia de que Borneman manifestase que por un error había aceptado en un principio la designación que de la parte poniente se hacía para aplicársela como de su propiedad, es bastante para impedir que su respuesta se repunte como una confesión en el sentido que el recurrente lo solicita: Borneman confesó que por un error había reputado suya la parte poniente del terreno; pero no confesó que esa parte fuese efectivamente la suya, y ningún esfuerzo de inteligencia se necesita para advertir la diferencia que existe entre una y otra de las confesiones susodichas, la que hizo el articulante de las posiciones, y la que no hizo. Por otra parte, está la escritura pública, y aun cuando Epstein asegure que ella contiene un error, la fé del escribano se sobrepone á la autoridad muy privada del interponente del recurso. Así, pues, no se encuentra la violación del art. 546 que se imputa á la Sala sentenciadora,

Como están cumplidos los requisitos establecidos para la interposición del recurso respecto del citado art. 546, no puede impugnarse su legal interposición.

No sucede lo mismo tratándose del art. 551, bajo el concepto en que se pretende haberse cometido la violación, pues el recurrente al sentar que la Sala debió haber aplicado el artículo 546, sostiene que ese y no el 551 fué el aplicable, toda la vez que se propuso demostrar que al tener el Tribunal sentenciador á la vista la confesión de Borneman, debió resolver que esa confesión era un elemento jurídico destructor de la fuerza probatoria del instrumento público, y que el artículo que previene que los instrumentos públicos hacen prueba plena, no debió tomarse en cuenta para fundar un fallo que debía descansar en el precepto relativo á la fuerza probatoria de la confesión. En tal concepto, el recurrente dejó de cumplir con el requisito del art. 711, sobre que el recurso de casación procede cuando la decisión es contraria á la letra de la ley aplicable al caso ó á su interpretación jurídica, y con el del art. 720 que quiere que en el escrito de casación se cite precisamente la ley infringida.

III.

En cuanto á la violación de los arts. 605 y 606 del Código de Procedimientos Civiles, que el recurrente cree infringidos porque la Sala sentenciadora no hizo una declaración expre-

sa respecto de las excepciones opuestas por el demandante, como la verdad es que el fallo de la Sala resuelve todas las cuestiones controvertidas, condenando al Sr. Epstein á la entrega del terreno y al pago de todo lo que á Borneman le adeuda con motivo de haber retenido el terreno demandado, implícitamente resuelve los puntos á que las excepciones del demandado se contraen.

Está resuelto en infinitud de casos y por ejecutoria de ese Supremo Tribunal y del de España, que no se falta á la congruencia que debe haber entre lo controvertido en un juicio y la sentencia; cuando se falla condenando al demandado y resolviendo de todos los puntos que han sido objeto del litigio, aunque no se haga declaración expresa sobre las excepciones opuestas á la demanda.

En tal virtud no puede convenirse con el recurrente en la existencia de las violaciones que alega en el capítulo indicado aunque la interposición del recurso reúne las condiciones exigidas por la ley.

IV

La violación del art. 1272 del Código Civil, se hace consistir en que la Sala ha resuelto que ha existido un mandato en el hecho de comisionar Borneman á Epstein para que se entendiera con la construcción de unos cuartos en el terreno de la propiedad del primero, solo porque aparece de autos que Borneman encomendó en sentido amistoso á Epstein el trabajo mencionado, entendiéndose el último también con el cobro de las rentas y la entrega de éstas á su dueño. Asegura el recurrente que no medió contrato de mandato, sino un simple encargo, y que como el art. 2,342, dice que "mandato es un acto por el cual una persona dá á otra la facultad de hacer algo en su nombre," se entiende bien que se necesita un convenio en virtud del cual dos ó más personas se trasfieran algún derecho y contraigan alguna obligación. Dice también que aunque todo acto ejecutado por una persona en lugar de otra importe filológicamente un mandato, no lo es en el sentido jurídico ni legal, pues para que así fuera, se necesitaría el contrato: qué el mandato es un contrato bilateral en el que se establecen derechos y obligaciones; que un simple encargo amistoso, no es ni puede ser un contrato, porque no tiene los elementos que fija el art. 1,272 del Código Civil, contra cuya letra y tenor jurídicos, la Sala resuelve que cuando no hay convenio, cuando no se trasfie-

re ningún derecho, ni se ha estipulado obligación, se celebra un contrato.

La Sala tuvo en cuenta para decidir que hubo un mandato entre Borneman y Epstein, que aquel dió á éste la facultad de dirigir en su nombre la construcción de unos cuartos, cobrar las rentas de éstos y entregarlas al primero, caso comprendido en el art: 2,342 del Código Civil; que Epstein aceptó el ejercicio de aquella facultad, cuyo requisito perfeccionó el contrato de mandato, conforme al art. 2,343; que se trató de un acto lícito en el que no era necesaria la intervención personal del principal interesado, cuyo acto pudo ser objeto del mandato, según el tenor del art. 2,344; que fué un contrato verbal otorgado de palabra entre presentes con carácter de especial, y que no fué preciso que se otorgara en escritura pública (arts. 2,348, 2,349 y 2,352).

Por lo visto, el *encargo amistoso* hecho por Borneman á Epstein y aceptado por éste, reúne todos los requisitos que determina el Código Civil, para que deba ser considerado como un contrato de mandato ó procuración. Ninguna circunstancia se descubre para que se le pudiera reputar fuera de tales condiciones. ¿Que se celebró entre amigos y en consideración á la amistad que existía entre los contratantes? Esta particularidad lejos de apartar el caso de la naturaleza del contrato, es precisamente el signo característico del contrato de que nos ocupamos, puesto que frecuentemente queda en la categoría de los contratos gratuitos, en que una sola de las partes queda obligada. La interpretación dada por el recurrente al artículo del Código que define el mandato, y sus aseveraciones relativas á que para que hubiera contrato de mandato se necesitaba haberse estipulado remuneración, y que ambas partes hubieran quedado obligadas, transmitiéndose recíprocamente algún derecho, están en abierta pugna con las doctrinas admitidas sobre la materia, y con la interpretación jurídica establecida por los tratadistas de mejor nota y más general aceptación. Oigamos algo á este respecto: Baudry Lacantinerie, comentando el art. 1984 del Código Civil, francés, se expresa así:

"La definición que encontramos en el artículo 1984, inciso I, conviene mejor á la procuración que al mandato: *El mandato ó procuración es un acto por el cual una persona da á otra el poder de hacer alguna cosa por el mandante y en su nombre...*"

"Un acto. Es decir, una manifestación de voluntad unilateral, hecha constar ó no por escri-

tura, ó por escrito. Así, yo digo: "Os encargo que compreis un caballo en mi nombre y por mi cuenta, ó bien transcribo estas palabras sobre una hoja de papel que os presento: he aquí la procuración. ¿Qué le falta para que se convierta en un contrato de mandato? vuestra adhesión; porque no hay contrato sin consentimiento. Por esto es que el art. 1,984 inciso II, agrega: «*El contrato no se forma sino por aceptación del mandatario.*» Hasta entonces no habrá sino una proposición no aceptada, una pollicitación que no puede engendrar ni derechos ni obligaciones. Por otra parte, la aceptación del mandatario no debe necesariamente ser expresa. Se lee en el artículo 1,985, inciso II: "*La aceptación del mandatario puede ser tácita, y resultar de la ejecución que se le ha dado por el mandatario.*„

El mandato pertenece á la clase de los contratos llamados *sinalagmáticos* imperfectos. En efecto, en su origen no engendra más que una sola obligación, la que contrae el mandatario de ejecutar la comisión de que se hace cargo y rendir cuentas al mandante. Este á nada se obliga por el momento: bien podrá encontrarse obligado más tarde, pero solamente con motivo de hechos posteriores, relativos á la ejecución del contrato, por ejemplo, si el mandatario ha hecho anticipos. De manera que si la obligación del mandante nace con motivo del contrato, *ella no nace del contrato mismo*: el mandante *no se obliga* con el hecho de contratar, y en consecuencia el mandato no entra en la definición que el art. 1,102 (equivalente al 1,274 del Código Civil Mexicano) da de los contratos sinalagmáticos.—"Según el art. 1,986: *El mandato es gratuito, salvo convenio en contrario.* En derecho romano y en nuestro antiguo derecho frances, la condición de gratuito era de esencia del contrato de mandato; en consecuencia formaba uno de sus rasgos característicos. La estipulación de un salario lo hacía degenerar en un arrendamiento ó en un contrato innominado. Se ve por el artículo 1,986 que la falta de paga ó la condición de gratuito es de la *naturaleza* del mandato. En otros términos el contrato no cesará de ser un mandato porque se conceda un salario al mandatario

VI.

Forma del mandato. Prueba.—El mandato es un contrato consensual. El solo consentimiento de las partes basta, pues, para su validez, de cualquiera manera que se haya manifestado

D. Manuel Ortiz de Zúñiga, en su "Jurisprudencia Civil de España,, nos cita ejecutorias de casación de 23 de Octubre y 15 de Diciembre de 1860, y 21 de Febrero de 1863, en que se establece que el contrato de mandato es esencialmente gratuito; y del mismo día 23 de Octubre en que se resolvió: que no se pueden exigir salarios ni honorarios por los trabajos que ocasiona el mandato; y que si se condena al mandante al pago de los servicios prestados por el mandatario, sin haberse estipulado expresamente que habían de ser retribuidos, se vulnera la doctrina legal fundada en la Ley 20 tit. 12, partida 5ª que circunscribe el derecho del mandatario á reintegrarse de los gastos y expensas que hubiere hecho en el cumplimiento de su cometido.

(CONTINUARA.)

AVISO.

Se halla de venta en la Administración de este semanario la defensa pronunciada por el Lic. Verdugo en favor de Enrique Rode, al precio de 37 cs. el ejemplar.

Se hacen descuentos en los pedidos por mayor.

Advertencia.

Los suscritores á este Semanario, pueden consultar á su redacción, sobre cualquier punto de derecho, en la inteligencia de que las consultas serán despachadas y publicadas gratis en aquel.

AVISO.

Se publicará un juicio crítico de toda obra jurídica de la cual envíe su autor 2 ejemplares á la Redacción.