

cerse depender de esta suerte la culpabilidad ó la inocencia de circunstancias que no tienen ninguna correlacion en el fondo con la realidad del delito, parece que las presunciones en materia criminal, deberian dejarse siempre á la apreciacion de los jueces. Nada parece mas opuesto que semejantes presunciones á la esencia de la justicia penal, que no debe penar al azar, sino con perfecto conocimiento de causa. En lo civil, dice M. Mittermaier (cap. 53), se concibe «que se corte de esta suerte el nudo gordiano, y en una situacion «delicada, vale mas tal vez, tomar por guia las analogías y la experiencia cotidiana de la vida; pero no debe ser así en un proceso «criminal. Queriendo aquí la ley la manifestacion de la verdad absoluta, no ha podido obligar al juez á tomar por base obligatoria, «desde el momento en que existen, tales ó cuales hechos, á veces «equivocos á los cuales, por otra parte, en razon de la multiplicidad «infinita de los incidentes tan complejos de la vida humana, seria «obrar arbitrariamente; aplicar una medida siempre fija, decidir «que estos hechos preestablecidos probarian necesariamente la «existencia del hecho principal, hubiera sido exigir en certidumbre «probabilidades con frecuencia engañosas.»

No se deberá, sin embargo, deducir de estas observaciones que repugnen las presunciones legales de un modo absoluto al carácter de la justicia penal. Solamente, el legislador no debe introducir sino con cierta reserva presunciones propias al derecho criminal. Por otra parte, siempre por los mismos motivos, las presunciones de derecho comun no deben aplicarse en todo su rigor á las materias criminales. Hé, aquí, los dos puntos de que vamos á tratar.

En nuestros antiguos Códigos se hallan tambien introducidas las pruebas á que se ha dado el nombre de juicios de Dios, y de que trata M. Bonnier en este párrafo. La prueba del *hierro encendido* se halla autorizada en muchos fueros municipales, como los de Salamanca, Plasencia, Oviedo, Avilés y Cuenca, que trata prolijamente de ella; la prueba del *duelo* se hizo comun en España, segun se vé por el fuero de Salamanca y Sahagun, Oviedo y otros, y aun por el Código de las Partidas en que el Rey Sabio procuró por lo menos refrenarla, sujetando los duelos, lides, rieptos y desafíos á un prolijo formulario, y estableciendo leyes oportunas para precaver la facilidad y licencia y evitar el furor y crueldad con que antes se practicaban. V. Escriche, Diccionario. V. la adiccion inserta á continuacion del núm. 858.—(A. del T.)

§. I. Presunciones propias del derecho penal.

SUMARIO.

854. En qué limite es admisible en lo criminal la presuncion legal.
 855. Presuncion de infanticidio establecida por el edicto de 1566.
 856. Presuncion de robo en el antiguo y en el nuevo derecho.
 857. Induccion sacada de la fuga.
 858. De la presuncion de dolo.

854. Con frecuencia la ley penal deduce, *à priori*, de la existencia de ciertos hechos que hacen el delito verosímil, la existencia misma del delito. Pero la legitimidad de una presuncion tan grave está subordinada á dos condiciones: 1.^a que el hecho consignado induzca á la certidumbre moral del hecho acriminado por la ley; 2.^a que el hecho probado sea tambien imputable. Estas dos condiciones se hallan reunidas en el caso previsto por el art. 61 del Código penal, que castiga como cómplices de los malhechores que ejercen violencias contra la paz pública, á los que conociendo su conducta criminal, les facilitan habitualmente un retiro donde ocultarse. El hecho de encubrir habitualmente á los malhechores, hace en extremo verosímil una asociacion culpable. Este hecho es perfectamente imputable: al castigarle la ley, no hace mas que agravar la penalidad de un acto ya reprehensible en si mismo. Hay tal vez en esto rigor, pero no hay injusticia. De la misma manera puede justificarse la disposicion del Código penal militar de 1857 (artículo 203, 4.^o), que castiga como culpable de traicion á todo militar que en presencia del enemigo, provoca la fuga ó impide que las tropas se rehagan. La verosimilitud de una inteligencia criminal con el enemigo, justifica la aplicacion de la pena capital á un hecho, que por sí mismo es ya de suma gravedad.

855. Mas difícil es justificar la presuncion legal de infanticidio establecida por nuestro antiguo derecho, por razon del mero hecho de la ocultacion del parto. Un edicto de Enrique II, de febrero de 1556, renovado por ordenanzas posteriores y publicado cada tres meses en las pláticas de las parroquias, reputaba haber matado á su hijo, y castigaba con pena de muerte «á toda mujer que se hallaba «convicta de haber disimulado, encubierto y ocultado, ya fuera su «embarazo, ya su parto.... y que se averiguase despues haber sido

»privado el niño de bautismo y de sepultura.» Esta presuncion de homicidio fundada en una simple omision, que escusaba frecuentemente el pudor, se introdujo en Inglaterra por Jacobo I (Stat. 21, capitulo 27), y no vuelve á encontrarse ya en nuestras leyes modernas, habiendo sido igualmente abolida en Inglaterra á consecuencia de haberse suavizado las costumbres (Stat. 43 de Jorge III, capitulo 58).

856. Con mas razon, habria injusticia flagrante en reputar cómplice de un robo á aquel en cuyo poder se encontrara el objeto robado, como acontecia en Roma, respecto de la reparacion civil del delito. Nuestra antigua jurisprudencia iba mas adelante, puesto que veia en esta circunstancia una prueba suficiente para justificar el uso del tormento *Furtum præsimitur*, dice Mascardo (*de probat.*, concl. 834), *comissum ab illo, penes quem res furata inventa fuerit, adeo ut si non docuerit a quo rem habuerit, juste, ex illa inventio-ne, poterit subjici tormentis*. Presumir la culpabilidad, por razon de circunstancias que pueden ser fortuitas, es un paso que pertenece á la infancia del derecho penal. Así es que está reprobada por la jurisprudencia inglesa, donde desde hace largo tiempo sir Math. Hale ha hecho prevalecer este principio, que no se debe condenar nunca á un hombre por robo de efectos, por el solo hecho de que no esplice como se hallan en su poder estos efectos. M. Wills (*Circumstantial evidence*, cap. 31, secc. 4) cita muchos ejemplos de condenas por robo, por razon de la posesion de objetos robados, pronunciadas contra personas cuya inocencia fué despues reconocida. Nuestras leyes siguen, no obstante aun esta marcha, cuando castigan severamente al mendigo ó vagabundo que, portador de efectos de un valor superior á cien francos, no puede justificar de donde le provienen (C. pen., art. 278); pero esta es una disposicion excepcional, que no se esplica, sino por el disfavor del inculpado. Con mas justicia puede criticarse los estatutos ingleses (2 Jorge IV, y I Guill. IV, cap. 66) que presumen la culpabilidad del portador de un billete de banco falso, y ponen á su cargo la prueba de la buena fé.

857. Un indicio mucho menos grave aun que la posesion de objetos sospechosos, es la fuga del acusado. ¡Cuántos ánimos apocados retroceden ante el temor de una acusacion aun injusta! Nada es bastante para reprobear la disposicion del derecho comun inglés, abrogada solamente en nuestros dias, que en los casos de traicion,

de felonía ó aun de robo de poca importancia, imponia la confiscacion de bienes muebles del que se habia fugado (Blackstone, lib. 4, capitulo 29). Este es sin duda un indicio remoto (V. en las páginas 406 y sigs. la clasificacion de los indicios) que es sumamente inicuo convertir en presuncion legal.

858. Es cuestion muy debatida sobre esta materia la que consiste en saber, si se debe presumir la intencion criminal por razon de la naturaleza del acto que seria inesplicable, si no tuviera un objeto ilícito. Lo habiamos pensado en un principio, y se encuentra en efecto, la presuncion de dolo contra el que ha cometido un acto ilícito, erigida en principio por la legislacion bávara. «Toda accion criminal,» dice el art. 43 del Código penal de Baviera, «se presume mirá legalmente, cometida con intencion criminal, á no resultar de circunstancias particulares de la causa la certidumbre ó la verosimilitud de lo contrario.» Tal es tambien el derecho comun en Inglaterra y en América (M. Greenleaf, tom. I, pág. 43 (1)). Leemos asimismo en Rossi (*Derecho penal*, cap. 24), que ciertos hechos, salvo el caso de locura, que seria preciso demostrar, implican por sí mismos, una intencion criminal, *res ipsa in se dolum habet*, segun la expresion de nuestros antiguos autores. Así, el que sustituye diez mil francos á mil francos, de un billete de que es portador, haria mal en requerir á la acusacion que le probase que habia obrado con intencion criminal, mientras que el farmacéutico que ha suministrado una sustancia venenosa, pudiendo estar de buena fé, no podria ser condenado como cómplice de un envenenamiento, mientras no se probara su intencion culpable. Pero, reflexionando maduramente en esto, no podriamos reconocer en ninguna hipótesis la existencia de una presuncion legal de dolo. Desde luego, ningun texto autoriza entre nosotros esta presuncion, y en materia penal, mas aun que en materia civil, no puede haber en esto presuncion legal, á falta de una ley especial que lo decida (C. Napol., art. 1350). Además, por la naturaleza misma de las cosas, la induccion que refiere ciertos actos á una voluntad culpable, es una apreciacion para la cual los magistrados y los jurados tienen un poder discrecional, y es imposible determinar *à priori* los actos que

(1) Véase, no obstante, en la misma página, nota 2, los motivos dados con una gran fuerza de razon, como reconoce M. Greenleaf, en favor de la opinion contraria.

deben ó no inducir presuncion de dolo. El carácter del acto mencionado, induce una pura presuncion de hecho, cuya fuerza varia hasta lo infinito, y á no ser en caso de locura, tal ó tal circunstancia, tal ó tal estado moral del acusado, puede en definitiva, dar una esplicacion satisfactoria de lo que, á primera vista, parecia naturalmente criminal. No es esto, por otra parte, una disputa de palabras. Si se tratase de una presuncion legal, el acusado estaria obligado, para hacerla perder su efecto, á acreditar de un modo perentorio la pureza de sus intenciones (1). Pues bien; semejante obligacion repugna á los principios sobre la prueba en materia penal (núms. 37 y 98) segun los cuales, le basta suscitar la duda en el ánimo de los que son llamados á determinar sobre su suerte. Y como dice elegantemente M. Mittermaier (cap. 17), si hay en esto una escepcion de parte del acusado, es una escepcion análoga á la escepcion *non numerata pecuniae*, es decir, que arroja sobre la acusacion la carga de la prueba.

Las presunciones mas notables establecidas por nuestras leyes sobre el derecho penal, son, primeramente, las que se derivan del axioma de que el que delinque consiente en la pena y demás reatos que lleva consigo; la de que el menor de nueve años es incapaz por la falta absoluta de discernimiento para incurrir en responsabilidad criminal (art. 8, núm. 2 del Código penal): la que resulta del hallazgo de un hombre muerto ó herido en alguna casa, contra el morador de ella de que es el agresor, cuando no se sabe quien fuera éste y el morador no ofrece prueba en contrario; ley 16, título 21, lib. 12, Nov. Recop.; la de encontrar el marido en lugar sospechoso á su mujer hablando á solas con otro, despues de haberla prohibido el trato con éste, á quien tambien requirió por tres veces delante de testigos que no hablase con ella; pues en tal caso, puede el marido por presuncion vehemente pedir contra su mujer la pena de adulterio: ley 12, título 14, Part. 3.ª; la que menciona la ley 11, tít. 14, Part. 7.ª, que trata del modo cómo puede probarse y averiguarse el adulterio por razon de sospecha, y se refiere al caso de que el que fué acusado de adulterio con alguna mujer, alegase ante el juez que era parienta suya muy cercana, y despues de muerto el marido de dicha mujer, se casase con ella, pues en tal caso, dice la ley que se averigua el adulterio de que antes le acusaron y debe recibir pena por él. Respecto de esta disposicion debe tenerse presente la sentencia dada por el Tribunal Supremo de Justicia en 28 de noviembre de 1865, por la que se ha declarado, que la ley 11, tít. 17, Part. 7.ª, y la Decretal de Alejandro III, que forma el capítulo 12 de *Præsumptionibus* del libro 2.º de las de Gregorio IX, y las disposiciones de las leyes 13 y 14

(1) Esto es lo que ha indicado el Código de Baviera que habla de certidumbre ó de *verosimilitud*, en cuanto á la prueba de la no culpabilidad.

Digesto *De his qui ut indignis auferuntur*, deben subordinarse, en el órden civil, á las nuevas disposiciones que sobre apreciacion de las pruebas y su valor se hallan establecidas en la ley de Enjuiciamiento.

Respecto de la induccion sacada de la fuga, de que trata M. Bonnier en el número 837, por nuestro derecho, no solamente no es la fuga un delito aunque se verifique por el que está ya en prision (mas no en virtud de condena por sentencia judicial, pues entonces habria quebrantamiento de sentencia), sino que ni aun es una prueba de su criminalidad ó delincuencia. Este hecho no constituye semiplena probanza, segun lo reconoce en sus Comentarios á la ley 76 de Toro Antonio Gomez, y á lo más será un indicio débil y poco seguro, segun dice el Sr. Escriche.

La fuga, hemos espuesto en nuestro *Tratado de los procedimientos en los juzgados militares*, segunda parte, tít. 1.º, seccion 17, p. 5, núm. 37, prueba muy poco por sí sola, por que algunas veces, si es despues de publicado el delito y recibida informacion, puede proceder mas bien de deseo de evitar la molestia de acusacion y cárcel que de tener dañada la conciencia; es preciso pues, para que haga alguna prueba, que se le agreguen otros argumentos, como el escalamiento de cárcel, la mala fama, la costumbre de delinquir, la enemistad con el difunto y otros semejantes: entonces ya esta fuga producirá alguna semiplena prueba, á no ser que el fugado probase causa legítima para ella, ó que estaba preso injustamente.

Acerca de la presuncion que menciona M. Bonnier en el núm. 834 sobre que se considera culpable el que encubre habitualmente á los criminales, se halla consignada en el art. 14 de nuestro Código penal, marcándose en el 16 la pena con que se castiga el encubrimiento.—(A de T.)

§. II. Presunciones de derecho comun.

SUMARIO.

859. Con qué temperamento se deben aplicar estas presunciones en materia penal.

859. Cuando la ley civil deduce de ciertos puntos conocidos, la existencia de otros puntos que son desconocidos, por ejemplo, del hecho que ha sido concebido el hijo durante el matrimonio, la paternidad del marido; ó bien, en sentido inverso, cuando presupone la no existencia de ciertos hechos, prohibiendo probarlos, como hace respecto de la paternidad natural y de la filiacion incestuosa ó adulterina, estas disposiciones exorbitantes ¿deben en toda hipótesis, ser aplicadas por las jurisdicciones criminales? Puede invocarse, en favor de la afirmativa, el principio constante hoy en la jurisprudencia del tribunal de casacion, y por otra parte perfectamente racional, que las reglas sobre la prueba deben ser por doquiera las mismas. Así es como la prueba testimonial no es mas admisible ante un tribunal correccional, que ante un tribunal civil,

cuando se trata de probar un depósito ó un mandato relativo á un valor de mas de ciento cincuenta francos. En su consecuencia se dirá, cuando, determinado por motivos de órden superior, el legislador nos ordena creer ciertos hechos y nos prohíbe investigar ciertos otros, no ha tenido á la vista tal ó tal aplicacion particular, sino los debates judiciales en general. Estamos lejos de negar el principio, que las reglas de la ley civil sobre la prueba son comunes á todas las jurisdicciones, y en virtud de este principio admitimos, en materia penal, la fé que se atribuye á los escritos en buena forma. Pero es preciso convenir, que descansando las presunciones legales en una suposicion preconcebida, son siempre mas ó menos arbitrarias, y no suscitan en el ánimo del juez la misma conviccion que las pruebas propiamente dichas. Pues bien, ¿puede ser suficiente en lo criminal una conviccion imperfecta, fundada en consideraciones generales, y no en los elementos de la causa, al menos cuando se trata de condenar? ¿No es, en su consecuencia, necesaria una distincion?

Siempre que la presuncion legal sea favorable al acusado, cuando, por ejemplo, una investigacion prohibida por el derecho civil, pueda hacerle incurrir en una pena mas rigurosa, como si se quisiera probar que quien cometió un simple homicidio era hijo natural de su victima, para hacer que se le impusiera la pena de parricida, en vez de la de trabajos forzosos perpétuos (C. pen., artículos 299, 302 y 304), nadie duda que semejante pretension debe ser desechada. No es conveniente, para crear fuera del sistema de la ley civil crímenes y culpables, separarse del curso ordinario, y volver á investigaciones cuya incertidumbre ha supuesto el legislador, con razon ó sin ella, que igualaba al escándalo que promovian. Pero las cosas se presentan bajo otra fase enteramente distinta, cuando es contra él acusado contra quien milita la presuncion legal, y cuando el procedimiento revela circunstancias de tal naturaleza, que hacen desaparecer moralmente esta presuncion, aun cuando no se esté en una hipótesis en que se admite la prueba contraria. Así, supongamos, que el homicidio de que hablamos se haya cometido en el marido de la madre del acusado, que se presume ser padre suyo en virtud del artículo 512 del Código Napoleón. Puede suceder no encontrarse en ninguno de los casos de falta de reconocimiento, el acusado no tiene calidad para atacar él mismo su legitimidad, y finalmente, los plazos habrán espirado casi

siempre. Pero la conducta y la posicion de la madre, ¿no pueden ser tales que sea moralmente cierto que el hijo no pertenece al marido? ¿No es posible que la causa misma del ódio que existia entre el hijo y su padre putativo, se refiera á la notoriedad de una filiacion adulterina? En una legislacion, que como la nuestra, hace muy difícil el desconocimiento, puede ser con frecuencia flagrante el vicio que proviene de adulterio, aunque no sea permitido probarlo. Pero si en el órden civil, un deseo tal vez exagerado de asegurar el reposo de las familias y de evitar el escándalo ha hecho adoptar disposiciones singularmente restrictivas en materia de desconocimiento, es necesario convenir, que trasportar ciegamente este sistema á las cuestiones criminales, á fin de crear un parricidio ficticio, seria volver por otro camino á la antigua teoría de las pruebas legales, en su parte mas deplorable.

Así, pues, creemos, por muy arriesgada que pueda parecer nuestra opinion, y conviniendo en que no deberia aplicarse sino con una gran reserva, que las presunciones legales, cuando la existencia de uno de los elementos del delito se funde solamente en ellas, no serán nunca contra el acusado presunciones absolutas, el cual será admitido siempre, *ex magna et probabili causa*, á practicar la prueba contraria. No se tratará, en último resultado, de destruir completamente la presuncion de la ley, sino solamente de suscitar dudas bastante graves para que no sea ya moralmente posible condenar. Es preciso convenir en que no debe separarse, sino en el último extremo, del principio que pone en armonía la ley civil y la ley criminal, con respecto á la prueba; pero, por sensible que sea esta falta de concordancia, seria mucho mas deplorable hacer caer una cabeza en virtud de una ficcion legal.

SECCION TERCERA.

AUTORIDAD DE LA COSA JUZGADA.

SUMARIO.

- 860. Importancia de esta presuncion.
- 861. Cuándo hay *cosa juzgada*.
- 862. Qué sentencias pueden tener esta autoridad.
- 863. Debe esponerse el objeto sumariamente.
- 864. Division.
- 860. Una presuncion legal, que es el principio fundamental de

la jurisprudencia, es la que hace considerar las sentencias como la verdad misma. El mas bello homenaje que se haya jamás rendido á esta regla saludable, es la muerte de Sócrates, queriendo mejor sufrir una condena injusta que dar el funesto ejemplo de desobediencia á las leyes de su país.

861. En el sentido usual del procedimiento, una sentencia tiene la autoridad de la cosa juzgada, es decir, es ejecutoria, tanto respecto de las partes como de terceros (C. de proc., art. 548), cuando se ha dado en última instancia, ó cuando se ha dejado espirar los términos para atacarla por las vías ordinarias. Este es el sentido en que Pothier (*Oblig.*, núm. 852 y sigs.) considera, aun bajo el punto de vista de la presunción legal que se refiere á ella, la autoridad de la cosa juzgada. Pero esta manera de ver no es muy exacta; una cosa es el punto de vista del procedimiento, y otra cosa es el punto de vista del derecho civil. Cuando se examina si hay cosa juzgada, preocupándose de la fé que se atribuye á la sentencia, no se pregunta si es ejecutoria, si no si induce, como dice el mismo Pothier (*ibid.*, art. 850), una presunción *juris et de jure*. Pues bien: esta presunción no existe sino en cuanto la sentencia se encuentra, no solo revestida de la autoridad de la cosa juzgada segun los principios del procedimiento, sino al abrigo de toda clase de recurso, aun extraordinario. Entonces solamente es cuando tiene, segun las expresiones de Modestino (l. 4 D., *De re judic.*), *res judicata*, es decir, *fnis controversiarum*. Si se quiere entender por cosa juzgada la autoridad provisional que se atribuye á una sentencia, aun susceptible de ser atacada, no hay razon para distinguir aquí entre las vías ordinarias y las vías extraordinarias, y es preciso decir, con ciertos autores, que toda sentencia, no bien se ha pronunciado, tiene la autoridad de la cosa juzgada. Por nuestra parte, preferimos no considerar como teniendo esta autoridad, bajo el punto de vista del derecho civil, mas que á la sentencia que no es susceptible de ningun recurso. Además, esta controversia no tiene mas que un interés puramente doctrinal, puesto que se está de acuerdo en los resultados prácticos.

862. Ahora debemos preguntarnos cuáles son las sentencias á que pertenece esta autoridad.

Y desde luego no podría haber autoridad de cosa juzgada sino en cuanto hay una *sentencia* propiamente dicha, es decir, decisión del juez en materia contenciosa. Los actos de jurisdiccion graciosa

no son verdaderas sentencias, sino contratos revestidos de formas judiciales. Así, la providencia que autoriza definitivamente una adopcion (C. Nap., arts. 357 y 359), no tiene otro efecto que permitir al oficial civil recibir acta del consentimiento de las partes; dejando intacta á los interesados la facultad de hacer valer todos los medios de hecho y de derecho contra la validez de la adopcion. Asimismo, una sentencia *d'expedient*, es decir, que homologa una transaccion entre los litigantes, tiene sin duda la autoridad de la convencion, pero no la de la cosa juzgada. Y esto no es una cuestion de palabras, puesto que las convenciones no son susceptibles de ser atacadas del mismo modo y en la misma forma que las sentencias. Igualmente, no se podría atribuir la autoridad de la cosa juzgada á una sentencia que no se ataca por medio de un recurso, sino por una accion directa, como la que ordena la mision en posesion de los bienes de un ausente (Colmar, 18 de enero de 1850).

Pero cuando se trata de una decision contenciosa, no creemos que haya lugar á distinguir si la sentencia es definitiva ó interlocutoria, ó simplemente provisional. Admítese en el dia, contra la doctrina del derecho romano, reproducida por Pothier (*ibid.*, número 851), que una sentencia interlocutoria, por ejemplo, la que ordena una informacion, no podría revocarse por el juez, y que por consiguiente, tiene la autoridad de la cosa juzgada (sent. deneg. de 25 de abril de 1842 y 30 de enero de 1856). En otro sentido enteramente distinto es en el que hemos explicado (núm. 299 y siguientes) que la sentencia interlocutoria no sujeta al juez. Pero se sostiene todavía que no sucede lo mismo con respecto á las sentencias provisionales, y se reproduce esta asercion de Pothier (*loc. cit.*), que una sentencia que contiene una condena provisional no induce presunción de que la suma que espresa la condena se deba verdaderamente, puesto que la parte condenada es admitida á probar, en el curso del procedimiento, que no debe nada. Por mucho respeto que debamos á la autoridad de Pothier, estamos obligados á notar en esta proposicion una verdadera confusion de ideas. De que el que ha sido condenado al pago referido pueda probar en definitiva que no debe nada, no se sigue que la sentencia que le condena á este pago no tenga la autoridad de la cosa juzgada. Tiene esta autoridad *positis ponendis*; decide irrevocablemente que *Primus* debe efectuar tal pago, á *Secundus*; pero no determina ni ha querido de-

terminar sobre la cuestion de si *Primus* será reconocido en definitiva deudor de su adversario.

865. Esta importante presuncion, refiriéndose al fondo del derecho tanto como á la prueba, las reglas sobre el efecto de las sentencias, es decir, sobre las personas y sobre los objetos á que se aplica, descansan en las mismas bases que las reglas sobre el efecto de las convenciones. Háse dicho frecuentemente con razon, *judiciis contrahimus* (1). Los límites y el plan de esta obra no permiten mas que una esposicion sucinta de las doctrinas sobre la cosa juzgada, que formarían por sí solas la materia de un libro.

Así, no trataremos del efecto de las sentencias pronunciadas en países extranjeros, materia que se refiere á consideraciones de puro derecho internacional, estrañas al objeto de esta obra. Pero debe reconocerse en todos los casos que las sentencias estrañeras, independientemente de todo *exequatur*, hacen fé, hasta prueba en contrario, de los hechos que se consignan en ellas (Douai, 5 de mayo de 1836).

864. Trataremos, pues, siguiendo nuestra costumbre, en primer lugar, de la jurisdiccion civil; despues, de la jurisdiccion criminal, y terminaremos con el exámen de la influencia que pueden ejercer los juicios ó sentencias civiles sobre los criminales y reciprocamente.

Si bien la ley 32, tít. 34, Partida 7.^a entiende por cosa juzgada la sentencia «de que no se pueden alzar» las partes, bien porque no sea admisible la apelacion, bien por haberse consentido la sentencia por las partes, definicion que se espone tambien por los autores, esto debe entenderse en sentido general, pero en su aplicacion á la materia de que aquí se trata, debe entenderse por cosa juzgada, como indica M. Bonnier en el núm. 861, la sentencia que no es susceptible de recurso alguno, ó como dice el señor García Goyena en su comentario al art. 1226 del proyecto de Código civil, cosa juzgada es lo mismo que sentencia ejecutoriada, ó porque no admite apelacion ni otro recurso, ó por la adquiescencia expresa ó tácita de las partes.

Esto debe entenderse respecto de la providencia que recae sobre juicio contradictorio ó contencioso, pues respecto de las que versan sobre actos

(1) *Judicio contrahere*, se entiende en derecho romano, no de la sentencia del juez, sino de la especie de convencion que se verifica por la *litis contestatio*, de donde nace la instancia, *judicium*. Sin embargo, la idea es en el fondo la misma, no siendo la sentencia mas que el complemento de la instancia, y tomando toda su fuerza en la *deductio rei in iudicium*.

de jurisdiccion graciosa ó voluntaria se halla consignada en nuestro derecho la doctrina que sienta M. Bonnier en el núm. 862 sobre que no son verdaderas sentencias. Y en efecto, en la regla 9 del art. 1208 de la nueva ley de Enjuiciamiento civil se faculta al juez para variar ó modificar las providencias que dictare (sobre actos de jurisdiccion voluntaria) sin sujecion estricta á los términos y formas establecidas respecto á las que deban su origen á la jurisdiccion contenciosa. A consecuencia de esta disposicion, las partes podrán, á pesar de haberse dictado la providencia que determina el acto de que se trata, pedir que se modifique, ó bien que se proceda á otro acto diferente, y aun contrario al ya autorizado, si tuvieran nuevas razones ó datos que alegar, porque las providencias sobre actos de jurisdiccion voluntaria no tienen el carácter de irrevocabilidad ó invariabilidad que las sobre actos de jurisdiccion contenciosa, como que la parte intrínseca de aquellos actos, emana de los interesados que intervinieron en ellos ó acudieron al juez. Así, se ha declarado por el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de 26 de febrero de 1859, en uno de cuyos considerandos se lee lo siguiente: que las providencias que deben su origen á la jurisdiccion voluntaria son variables y modificables, sin sujecion estricta á los términos establecidos respecto á las que lo deben á la jurisdiccion contenciosa, segun la regla 9.^a del art. 1208, la cual excluye la idea de que queden firmes en los juzgados de primera instancia. Puede verse, no obstante, lo que esponemos sobre esta sentencia y el caso sobre que versó en nuestro *Tratado de procedimientos segun la nueva ley de Enjuiciamiento*, libro 4.^o, núm. 8, pág. 702.

Háse declarado tambien por el Tribunal Supremo, que una providencia ejecutoria en que se acuerda la acumulacion de autos no decide cuestion alguna de las que constituyen la esencia del juicio, y por lo tanto carece de la fuerza de la cosa juzgada. V. sent. de 29 de noviembre de 1857, y 15 y 21 de octubre de 1868.—(A. del T.)

PRIMERA DIVISION.

COSA JUZGADA EN LO CIVIL.

SUMARIO.

865. Límites de la autoridad de la cosa juzgada.
866. Principios sentados por los juriconsultos romanos.

865. La ficcion necesaria para la conservacion del orden social, que hace considerar la cosa juzgada como siendo la verdad, no es legitima sino con la condicion de no traspasar nunca los límites de la cuestion que se ha fijado por el juez. Mas allá de estos límites no tiene ya autoridad de cosa juzgada, por la sencilla razon de que no hay sobre ello sentencia. «La autoridad de cosa juzgada, dice el artículo 1551, solo tiene lugar con respecto á lo que constituye el juicio. Es preciso que la cosa que se pide sea la misma; que la de-

manda se funde en la misma causa; que sea entre la mismas partes, y puesta por ellas y contra ellas en la misma calidad.»

866. La sabiduría de los jurisconsultos romanos habia determinado hacia largo tiempo los elementos á los cuales es preciso atenderse cuando se quiere comparar la cuestion que se agita actualmente con una cuestion ya resuelta por una decision inatacable. «*Quum quæritur*» (l. 12, 13 y 14, de *escep. rei. jud.*) «*hæc exceptio (1) noceat, necne, inspiciendum est an idem corpus sit; quantitas eadem; idem jus; et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum; quæ nisi omnia concurrunt, alia res est.*» Esto es lo que Neracio resume de un modo mas breve en estos tres puntos: *Personæ id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis.* Estas reglas son incontestables en sí mismas, porque no son mas que la expresion de la razon universal. Pero su aplicacion suscita algunas dificultades bastante graves. Vamos á ocuparnos sucesivamente de las condiciones esenciales para que sea aplicable la cosa juzgada.

- 1.º Identidad de la cosa demandada.
- 2.º Identidad de la causa de la demanda.
- 3.º Identidad de las partes y de las calidades de las partes.

Por nuestro derecho se halla tambien sancionada la misma doctrina que espone aquí M. Bonnier sobre que para que la cosa juzgada produzca excepcion á favor del que la obtuvo, ha de concurrir, además de la identidad de personas, la de la accion y de la cosa, es decir, que la demanda sobre que se alega dicha excepcion se instaure sobre la misma cosa, por la misma causa, entre las mismas partes y con la misma calidad, segun se prescribe en las leyes 19 y 21, tít. 22, Part. 3.ª Asi es que se ha declarado por el Tribunal Supremo de justicia, ser procedente la excepcion de cosa juzgada cuando se ejercita una demanda sobre la misma cosa, entre las mismas personas y por la misma causa y accion que fueron objeto de un fallo anterior, válido y ejecutorio: sent. de 9 de noviembre de 1867; que para que la cosa juzgada tenga la fuerza irrevocable que le atribuyen las leyes 19 y 21, tít. 22, Part. 3.ª, es indispensable que concurren en el nuevo litigio las identidades

(1) En el Digesto, jamás se presenta el fundamento que saca el demandado de la cosa juzgada, sino como una excepcion: mientras que en el derecho antiguo, ciertos *judicia legitima* destruirian directamente la accion (Gayo, Com. IV, §. 107). Pero no habia ya *judicia legitima* en tiempo de Justiniano, por hallarse generalizado el procedimiento provincial, y desde entonces no han admitido los compiladores mas que una *exceptio rei judicatæ*. Hubiera sido mucho mas sencillo, al contrario, hacer siempre producir á la cosa juzgada un efecto directo, y esto es lo que debemos admitir en el dia, aunque muchos autores repiten aún, sin dar cuenta de ello, la antigua expresion de *excepcion de cosa juzgada*.

de personas, cosas y acciones: sent. de 22 de junio de 1867 y 24 de marzo de 1868; que lo fallado ejecutoriamente en un juicio, solo produce excepcion de cosa juzgada en otro juicio posterior, cuando se ejercita en este una nueva demanda sobre la misma cosa, por la misma causa y razon legal y entre las mismas partes, con el propio derecho y calidades relativamente á los títulos de sus respectivas pretensiones: sent. de 29 de abril de 1868. —(A. del T.)

§. I. Identidad de la cosa juzgada.

SUMARIO.

867. Debe distinguirse la cosa de la causa.
868. Identidad fisica.
869. Identidad intelectual.
870. Discusion de la máxima: *pars in toto*.
871. De la máxima *totum in parte non est*.
872. Distincion de lo petitorio y de lo posesorio.

867. Conviene no confundir, como se hace con frecuencia, la identidad de la cosa demandada con la identidad de la causa de la demanda. Nada impide demandar sucesivamente el mismo objeto desde luego en virtud de una donacion, despues, en virtud de una venta, despues, en virtud de un testamento, etc., sin que el desecharse una de estas demandas, prejuzgue en nada la suerte de las demás. Indebidamente, pues, hemos citado (1.ª edicion, núm. 685), como relativa á la identidad de objeto, una sentencia de casacion del 14 de febrero de 1831. Es cierto que esta sentencia ha juzgado, que se puede, despues de haber fracasado en la demanda de un derecho de propiedad esclusivo, reclamar sobre el mismo bien, un derecho de propiedad comun ó indiviso. Pero esto consiste en que este último derecho, como puede suponerse fácilmente, estaba fundado, en el caso en cuestion, en otro título distinto que el derecho positivamente reclamado. Para no salir del asunto de este párrafo, debemos siempre colocarnos en la hipótesis de que la duda verse sobre la identidad del objeto, permaneciendo la misma la causa de la demanda.

868. Esta identidad puede ser fisica, ó puramente intelectual. En el primer caso, no se suscita dificultad formal; debiendo observarse únicamente, con los jurisconsultos romanos, que la identidad de la cosa no debe entenderse demasialo literalmente: *Idem corpus in*

haec exceptio, dice Paulo (l. 14 pr. D. *de except. rei judic.*), *non utique omni pristina qualitate servata, nulla adjectione diminutione facta, sed pinguius pro communi utilitate accipitur*. Así, pues, no se exige la identidad absoluta de los elementos que la componen, cuando se trata de un ser moral. Los cambios ó diminuciones que se verifican en un rebaño, por ejemplo, no cambian su substancia, y no permiten intentar una nueva acción al que ya sucumbió en una demanda reivindicatoria (Pomp., l. 21, §. I, D. h. t.).

Hay igualmente identidad de objeto entre el todo y una de sus partes físicas: *Eadem res accipitur*, dice Ulpiano (l. 7, pr. *ibid.*), *si pars petatur ejus quod totum petitum est*. Así, no se me admitiría en el mismo caso, á revindicar una cabeza del rebaño, si la reclamó como propietario del rebaño (de otra suerte, no habría identidad de causa). Y poco importa que la cabeza de rebaño que pretendo en el día, no haya podido ser positivamente objeto de mi primera demanda, porque no había nacido; pues se hallaba virtualmente comprendida en el rebaño. Así, pues, es imposible reclamar sin violar la cosa juzgada, los frutos que provienen ulteriormente de un objeto al cual es legalmente cierto que no tengo derecho alguno (Ulp., l. 7, §. I, D. h. t.).

869. Mas dificultad se ofrece cuando no es material la relación del todo con la parte, como cuando se trata de una desmembración de la propiedad. Así, aunque el usufructo y las servidumbres sean desmembraciones de la propiedad, no se puede decir de un modo absoluto, que no se admita la reclamación de una de estas desmembraciones, porque se haya fracasado en la reivindicación de la plena propiedad; así como no se admitiría la reclamación *ex eadem causa* de una parte de un rebaño, después de haber reclamado todo el rebaño. Debe distinguirse, si la reivindicación de un derecho menos estenso por el que ha fracasado en la reclamación de la propiedad entera, no es mas que la reproducción de la misma reclamación, bajo otra forma, ó si constituye una pretensión enteramente nueva. Así, después de haber sido rechazado en la reivindicación de un inmueble, no podré revindicar el goce de este mismo inmueble, si lo reclamó como parte integrante del derecho de propiedad, lo cual han llamado los comentadores el usufructo *causal*. Pero se me admitirá á revindicar el usufructo propiamente dicho, el usufructo *formal*, sin que se pueda oponerme lo que se ha juzgado sobre la propiedad; aunque el usufructo constituye en teoría un desmembra-

miento de la propiedad, no hay contradicción alguna en la práctica, en reconocer que tal título no me ha conferido la propiedad, y en sostener al mismo tiempo, que me ha conferido un derecho de usufructo (V. Pomp., l. 21, §. 3, D. *de except. rei judic.*). Una cosa es la reclamación parcial de un derecho ya reclamado totalmente, otra cosa es la reclamación de un derecho distinto, aunque comprendido *in abstracto* en el primero. Por eso ha juzgado una sentencia denegatoria de 30 de marzo de 1857, que el mal éxito de una demanda del propietario de un fundo, para librarse de una servidumbre *non edificandi*, no era obstáculo para que este propietario reclamara ulteriormente por una demanda especial, el derecho de construir tiendas en su edificio que dieran á la vía pública. Considerando, en derecho, que no hay cosa juzgada cuando la demanda sobre que ha determinado la segunda sentencia no es la misma que la juzgada por la primera; que la demanda general por la que se reclama un derecho absoluto y sin límites, es enteramente diferente de la demanda especial porque se reclama un derecho determinado distinto del primero, y de que no ha sido cuestión en manera alguna con ocasión de la primera sentencia; que finalmente, la disposición general de esta sentencia que desecha la demanda general, no desecha de ningún modo la demanda especial, respecto de la que no han reclamado las partes: *sententia generalis lata super petitione generali restringitur ope replicationis ad prosecuta tantum* (1).

870. ¿Debe deducirse de aquí que la máxima *Pars in toto est* no es verdadera en jurisprudencia, como lo es en geometría, y que Ulpiano no ha tenido razón en querer hacer su aplicación en materia de cosa juzgada (l. 7, pr. D. *de except. judic.*)? Forzoso es con-

(1) Esta máxima está tomada de la Glosa (ad. leg. 2, Cod. de *judic.*). El relator M. Lasagni cita generalmente, en apoyo de la doctrina de la sentencia, este pasaje de las *Pandectas* de Pothier (lit. de *except. rei judic.*, §. 5): «Quod hic dicitur de tignis domus, tabulis navis, capitibus gregis, ita limitandum est, si tanquam partes ejus rei quæ petita fuerit petantur: alioquin recte peti possunt.» Una sentencia de casación del 13 de mayo de 1846 ha aplicado la doctrina que restringe *ope replicationis ad prosecuta* una proposición general en sus términos, decidiendo que la sentencia que absuelve á una viuda de reclamaciones civiles *pro no serle imputable sustracción alguna de valores*, no es aplicable á una sustracción no conocida cuando se hicieron estas reclamaciones. Esta regla de interpretación es tan razonable que se aplicaba en Roma (Pap. l. 5, D. *de trans.*) aun á la estipulación aquiliana (V. también C. Nap., artículo 2049).