

yos términos «la accion en disciplina, pudiendo ejercitarse por hechos que no están calificados por el Código penal, y hallándose por otra parte sujeta á formas especiales, los castigos que son su consecuencia no son verdaderas penas, y las decisiones que los pronuncian no son verdaderas sentencias; la accion disciplinal, instituida para conservar, por interés público, esa severidad de delicadeza, esa dignidad de carácter, esa integridad de costumbres que deben distinguir siempre á la magistratura, es independiente de la *vindicta* (1) pública en materia criminal, correccional y de policia, como ésta es independiente de la accion disciplinal.» Aunque sentada con ocasion de la magistratura, esta regla se aplica á toda clase de infraccion disciplinal, y es seguida por todas las jurisdicciones de disciplina.

Nuestro Código penal de 19 de marzo de 1848, declara en su art. 22 «que no se reputan penas la restriccion de la libertad de los procesados, la separacion ó suspension de los empleados públicos, acordada por las autoridades gubernativas en uso de sus atribuciones ó por los tribunales durante el proceso, ó para instruirlo ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan á sus subordinados y administrados en uso de su jurisdiccion disciplinal ó atribuciones gubernativas.» Aunque es de suma importancia, para conservar el orden y asegurar la subordinacion debida, tanto entre los funcionarios del órden judicial, como entre los del administrativo, que las autoridades superiores ejerzan sobre las inferiores cierto poder, en virtud del cual puedan aplicarles varias correcciones privadas, que suelen consistir en multas y repreensiones, éstas no se elevan á la esfera penal, ya por ser de ténue importancia, ya por ser efecto de sentencias, puesto que se imponen de plano y sin figura de juicio escrito ni verbal. A veces este poder ó jurisdiccion se estiende hasta separar de los destinos á los funcionarios inferiores, por defectos especiales en el desempeño de su cargo, ó á suspenderlos por faltas mas graves ó por sospechas justas de la perpetracion de un delito, y mientras se instruye la competente causa criminal. En tales casos, no hay duda que se hace sufrir un padecimiento á veces mayor que el que causa una verdadera pena legal impuesta por la ley, pero mientras se averigua la verdad y se patentiza la inocencia del funcionario suspenso, la ley no puede hacer mas que disminuir en todo lo posible los efectos de la previsorá y necesaria vigilancia que ella misma recomienda á sus agentes superiores, declarando que en este hecho no hay intencion penal, y descargándole de la nota moral y demás consecuencias legales que acompañan á la pena.—(A. del T.)

(1) Espresion poco feliz para designar la accion represiva.

PARTE CUARTA.

DEL EFECTO RETROACTIVO Y DEL DERECHO INTERNACIONAL EN MATERIA DE PRUEBAS.

SUMARIO.

920. Distincion de las *decisoria* y de las *ordinaria litis*.
 921. Refutacion del sistema que aplica siempre la ley del tiempo y del lugar en que reside el tribunal que conoce de la causa.
 922. Division.

920. La aplicacion á las pruebas de las reglas sobre la no retroactividad de las leyes y sobre las relaciones de nacion á nacion, no dá lugar, en principio, á sérias dificultades. Para saber cuál de las dos legislaciones sucesivas en un mismo país, ó bien de dos legislaciones de diversas partes debe aplicarse, se ha establecido hace tiempo, una distincion esencial. «Hay, dice Merlin (Repert. v.º Efecto retroactivo, seccion III, §. VIII), dos especies de formalidades judiciales; las unas que pertenecen solamente á la instruccion y no son relativas sino al procedimiento, razon por la cual, los juriscultos les llaman *ordinaria litis*; las otras, que pertenecen al fondo mismo de la causa, cuya omision ó falta neutraliza ó destruye la accion, y que los juriscultos designan con las palabras *decisoria litis*.» Respecto de las primeras, debe atenderse al tiempo y al lugar en que se ha juzgado el asunto; respecto de las segundas, es preciso referirse al tiempo y al lugar en que ha tenido origen el asunto. *In modo procedendi*, (dice Strychio, *Tract. et Disp.*, tom. II, pág. 27) *consuetudo judicii attendenda, ubi lis agitata. In modo vero decidendi, seu in ipsa causa decisione, consuetudo litigantium, seu ubi actus est gestus, attendendus*.

Podria creerse, á primera vista, que es preciso colocar en la primera clase todo lo relativo á la prueba, por razon de la íntima conexion que une la prueba con el procedimiento. Es verdad que las leyes sobre la prueba entran en los medios de aplicacion del derecho, y constituyen lo que llama Bentham *leyes adjetivas* (V. núm. 4). Pero la prueba es, por su naturaleza, contemporánea del hecho que hay que probar, mientras que el procedimiento es esen-

cialmente posterior y sometido á reglas aparte. Es preciso, en su consecuencia, atenerse, en principio, en cuanto á la admisibilidad de la prueba (*decisorium litis*) á la ley del tiempo y del lugar donde ha intervenido el hecho que se trata de probar. Por el contrario, para el procedimiento de la prueba (*ordinatorium litis*) deberá estarse, en principio, como para todo otro procedimiento, á la ley del tiempo y del lugar donde reside el tribunal que conoce del negocio. Una sentencia consular del 5 Fructidor, año IX, autoriza implícitamente esta distincion, cuando determina en estos términos: «Todo lo que toca á la instruccion de los negocios, mientras no están terminados, se arregla segun las nuevas formas, sin herir el principio de no retroactividad que jamás se ha aplicado sino al fondo del derecho.

Hay, no obstante, una sentencia de casacion, dada el 4 de octubre de 1817 segun cuyos términos, los crímenes cometidos bajo una legislacion anterior deberian ser juzgados con las antiguas formas de instruccion y las garantías que de ellas resultan para los acusados. Pero no debe verse en esto mas que una decision de circunstancia, que se dirige á limitar la jurisdiccion de los tribunales prevostales instituidos en 1815 (1). Desde esta época, ha juzgado el Tribunal Supremo repetidas veces, y en especial por sentencias de 12 de octubre de 1848 y de 27 de enero de 1855, que en toda materia «las leyes de procedimiento y de instruccion son obligatorias desde el dia de su promulgacion, en lo relativo á los procesos comenzados como á los procesos por nacer» (2). «Así ha dicho per-

(1) Igualmente, á consecuencia del carácter estremado de la jurisdiccion nuevamente establecida, queria la ley del 21 de Thermidor, que nadie pudiera ser llevado ante el tribunal revolucionario por hechos anteriores á su creacion.

(2) Si en el asunto *cadoudal* han pedido en vano los acusados ser enviados ante el alto tribunal imperial, creado por el senado-consulta del 28 Floreal, año XII, es porque este tribunal no se hallaba aún organizado (sent. deneg. de 4 Meridor, año XII). El tribunal de casacion ha sentado, en principio, por sent. deneg. de 16 de abril de 1831, «que es regla, á no ser que el legislador disponga otra cosa, que los procesos criminales en los cuales no hay sentencia definitiva y en última instancia, deben continuarse en las formas y ante los tribunales nuevamente establecidos.» Así ha anulado (el 12 de setiembre y el 27 de diciembre de 1856) decisiones de tribunales correccionales, á pesar de la declinatoria propuesta por el ministerio público, en virtud de la ley de 13 de junio de 1856, que devolvió á los tribunales imperiales las sentencias de las apelaciones en estas materias.

fectamente M. Dupin en la discusion del asunto que dió lugar á la sentencia de 1848: «Cuando en 1790 se suprimió todos los antiguos tribunales, y se estableció el jurado en materia criminal, un hombre acusado de un hecho cometido antes de este cambio, no hubiera sido admitido á pretender que queria mejor ser juzgado por la antigua Tournelle criminal del Parlamento. Cuando se suprimió el jurado de acusacion, los que estaban entonces en prevencion no hubieran podido reclamar que se volviera á emplearle aun otra vez para ellos» (V. en el mismo sentido el decreto de la Asamblea constituyente de fecha 22 de enero de 1849).

921. M. Mittermaier (*Archivos de la jurisprudencia* en materia civil, tom. XIII, pág. 315), quiere, por el contrario, que se aplique siempre la ley del tiempo y del lugar donde reside el tribunal que entiende del negocio. El motivo principal en que se funda, es que la prueba no tiene por objeto sino convencer al juez, y que el juez no puede adquirir su conviccion sino en los elementos autorizados por las leyes de su país. Esta doctrina parece haber sido admitida recientemente por lord Brougham: *The law of evidence is the lex fori*. El principio es verdadero en el sentido de no ser permitido tomar al derecho antiguo, ó á las leyes extranjeras, medios de comprobacion absolutamente reprobados por la ley vigente en el país donde reside el tribunal. Así, cuando fué abolido en Francia el *congreso* (núm. 112), no se habria podido pedir su aplicacion á las causas anteriores á esta abolicion; y aun cuando subsistia en Francia, no hubiera podido una mujer francesa reclamarlo contra su marido en un país en que no se hallaba admitido, bajo pretesto de que le autorizaba á ello formalmente su estatuto personal. Y habia evidentemente lugar de aplicar la misma decision cuando la abolicion del combate judicial. Pero estas son hipótesis enteramente excepcionales. En general, las disposiciones de la ley que proscriben ciertas pruebas, no tienen mas que una fuerza enteramente relativa; estas disposiciones rechazan dichas pruebas como peligrosas en ciertos países y en ciertos tiempos, y no como contrarias al orden público y á las buenas costumbres. No hay, pues, nada que contrarie el sistema de la ley, en la aplicacion de estas mismas pruebas en una época en que no se habian juzgado necesarias estas restricciones, ó bien á extranjeros en cuyo país son desconocidas estas restricciones. Creemos, pues, que es tomar la escepcion por la regla adoptar esta nueva doctrina, opuesta á la jurisprudencia mas

general, y que nos parece contraria á la equidad. Porque ¿es razonable someter al que contrata en el dia, á las leyes que regirán en lo futuro, ó al que contrata en Inglaterra á las leyes que rijan en Francia?

922. Veamos con qué modificaciones deben aplicarse los principios que acabamos de sentar, primeramente á los hechos pasados bajo el imperio de las leyes antiguas, y despues á las relaciones internacionales.

La doctrina sostenida por M. Bonnier en este párrafo es análoga á la que se halla admitida entre nosotros. En lo relativo al fondo del proceso, como cuando se trata de contratos, de adquisiciones, de trasmision de la propiedad, debe atenderse en los juicios á la ley vigente al tiempo en que tuvieron lugar, aunque una ley nueva cambie las condiciones en virtud de las cuales se adquirian anteriormente estos derechos. Mas cuando se trata de las leyes que se refieren á la organizacion judicial y á las de procedimientos, no tiene lugar esta regla, por predominar en ellas el interés público sobre el particular. Ni seria posible restablecer tribunales y formas incompatibles ya con el estado que á la sazón tenia la administración de justicia, ni podrian coexistir sin graves inconvenientes organizaciones múltiples de tribunales y sistemas ya caducados y condenados por la ley y por la ciencia. Así es, que si en leyes de esta clase se hacen cambios importantes, suele el legislador espresar desde qué dia han de empezar á regir y establecer el tránsito de una legislación á otra; pues de lo contrario, se entiende que deben subordinarse las leyes antiguas á la nueva. Por esto, por el real decreto de 5 de octubre de 1855, aprobando el proyecto de ley para la de Enjuiciamiento civil por la comision nombrada para formarla, se dispuso que principiara á regir desde 1.º de enero de 1856, y que los pleitos pendientes á la sazón continuarian sustanciándose con arreglo á las leyes vigentes hasta la fecha, á no ser que los litigantes todos de comun acuerdo pidieran que el procedimiento se acomodara á la nueva ley; que los pleitos que principiara despues de la fecha de este decreto y antes de 1.º de enero de 1856, se sustanciarian con arreglo á las antiguas leyes ó á la de Enjuiciamiento, segun los litigantes acordaren; que para que pudiera tener efecto lo determinado en el artículo anterior, los jueces antes de dar curso á las demandas que se dedujeren en adelante y hasta el 31 de diciembre de 1855, convocarán á las partes á una conferencia para que acuerden la forma en que hayan de sustanciarse; que si no convinieren, se haga con arreglo á las antiguas leyes: no presentándose el demandante ó el demandado en la comparecencia, elegirá el que se presente el método que mas le convenga para sustanciar la demanda: no compareciendo ninguno, se acomodará el procedimiento á las leyes anteriores: los procuradores que tengan poder para pleitos, podrán concurrir á las comparecencias de que se habla en el artículo que precede, y acordar en nombre de sus representados lo que estimen conveniente sobre la forma á que haya de acomodarse el procedimiento. Véase la adición inserta á continuación del número 927.—(A. de T.)

SECCION PRIMERA.

EFECTO RETROACTIVO.

SUMARIO.

923. Aplicacion de la ley antigua en cuanto á la admisibilidad de la prueba.
 924. De la ley nueva en cuanto al procedimiento de la prueba.
 925. Casos en que se rechaza la prueba de un modo absoluto.
 926. Disposiciones transitorias sobre los hijos naturales.
 927. Principios sobre el efecto retroactivo de la ley penal.

923. Resulta de la distincion que hemos establecido entre los puntos que tocan al fondo del procedimiento y los que se refieren tan solo á la forma, que cuando se trata de la admisibilidad de tal ó tal modo de prueba, especialmente de la prueba testimonial, hay que referirse á la época en que han intervenido los hechos cuya existencia quiere probarse. La adopcion virtual por las partes de ciertos medios de prueba para consignar lo que ha pasado, es ella misma una convencion implícita á la cual no puede afectar la nueva ley (1). Así se ha decidido por el tribunal de casacion en una multitud de casos, especialmente por una sentencia denegatoria de 16 de agosto de 1831, en que sienta por principio, «que el medio de prueba de una convencion no se refiere á la forma de proceder, sino que se refiere esencialmente al fondo; que por consiguiente, la ley que debe consultarse es la del tiempo á que las partes hacen remontar esta convencion.» En otro caso, en que podia haber mas duda, puesto que se trataba de probar, no ya una convencion sino la posesion de un derecho de uso, ha decidido igualmente el mismo tribunal (sent. deneg. de 23 de mayo de 1852), «que el medio de prueba de hechos de posesion, que se refieren al fondo del derecho, debia regularse por la ley del tiempo á que se referian estos hechos.» La prueba del matrimonio se rige igualmente por la ley de la época en que ha sido contraido el matrimonio (Merlin, *Cues-*

(1) Así, en lo relativo al escrito por duplicado, en los países en que no se admita la teoría de los duplicados (num. 684), no se podria aplicar esta teoría á la redaccion de contratos anteriores al Código (sent. deneg. de 4 de enero de 1814).

tiones, v.º *Matrimonio*, §. VIII). El tribunal de Bruselas ha aplicado el mismo principio (sent. de 15 de febrero de 1810) á la prueba misma de un punto de derecho, autorizando á las partes á acreditar por actos de notoriedad la antigua jurisprudencia del condado de Namur sobre un punto disputado, habiendo acontecido los hechos bajo el imperio de la costumbre de este condado. Por extraño que parezca este medio de prueba en nuestros hábitos modernos, no hubiera podido rehusarle la administracion en el caso de que se trataba sin cometer una denegacion de justicia (V. tambien Bruselas, 24 de julio de 1810).

924. Por el contrario, cuando se trata de reglas que rigen el procedimiento de la prueba, es únicamente aplicable la ley nueva, en cuanto á las demandas formadas desde su promulgacion. Así es que el modo de practicarse la prueba respecto de los hechos que han pasado bajo el imperio de las leyes anteriores, debe regirse por el Código de procedimiento cuando se abre la informacion. En cuanto á los procesos intentados anteriormente (1), una disposicion formal de procedimiento civil sostiene la aplicacion de las antiguas leyes, y la ley del 28 de mayo de 1838 (disposicion preliminar) está concebida en el mismo espíritu, cuando no aplica el nuevo modo de reglarse las quiebras sino á las que se hubieran declarado desde su publicacion. Si conveniencias prácticas pueden justificar semejantes decisiones transitorias, es preciso, no obstante, reconocer, que esto no es la aplicacion rigurosa de los principios de la materia, puesto que los procesos principiados no constituyen un derecho adquirido á tal ó cual forma de instruccion. En efecto, no podriamos suscribir á la doctrina sostenida por Real en la exposicion de los motivos de la ley transitoria de 26 de Germinal, año XI, doctrina segun la cual *adquiere el derecho el que ha formado la demanda*. La sentencia solo constituye un derecho adquirido. Segun los términos de la Novela 19, la nueva ley debe solamente respetar lo que se ha terminado *decreto judicium*, y la jurisprudencia antigua y moderna se halla en este sentido (V. la ley de 14 Floreal, año XI, art. 5; C. Nap., arts. 1211, 1226 y 1263). Deci-

(1) Sin embargo, segun los términos de un dictámen del Consejo de Estado de 16 de febrero de 1807, las apelaciones, embargos, etc., efectuadas desde que se puso en vigor el Código de procedimiento, con el principio de un nuevo procedimiento á consecuencia de otro precedente, deben, en su consecuencia, regirse exclusivamente por este Código.

diendo que las demandas de divorcio formadas anteriormente á la publicacion del Código civil, continuarian instruyéndose *conforme á las leyes que existian cuando se entabló la demanda*, leyes tan fáciles para el divorcio, la ley de 26 de Germinal tenia por objeto, no ya consagrar un principio, sino suavizar la transicion entre la legislacion revolucionaria y la del Código civil. Aun cuando hubiera habido un derecho adquirido al divorcio, no podia en verdad haber derecho adquirido á proponer la demanda de divorcio segun tal ó cual forma. La ley abolitiva del divorcio nos parece, al contrario, no haber hecho mas que usar del derecho que pertenece al legislador, cuando ha convertido dicha ley las demandas de divorcio por causa determinada, en demandas de separacion de cuerpos, y anulado todos los actos hechos para llegar al divorcio por consentimiento mútuo (ley de 8 de mayo de 1816, arts. 2 y 3).

En su consecuencia, segun la doctrina de Merlin (Repert., v.º *Efecto retroactivo*, sec. III, §. VII, núm. 1), «si la nueva ley no dispone otra cosa, deben reglarse por ello en los procedimientos principiados, antes de su publicacion, todos los actos que se hacen posteriormente.» Así se ha decidido, en efecto, por el tribunal de casacion, aplicando á las instancias ya principiadas las formas introducidas por el Código Napoleon en cuanto al juicio pericial en materia de rescision de venta por causa de lesion (sent. deneg. de 23 de febrero de 1807, y de 23 de julio de 1831). De otra suerte seria, segun los términos de una sentencia denegatoria del 22 de julio de 1806, si se hubiera principiado ya el juicio pericial, porque entonces, como ha dicho el ministerio público al tribunal de casacion, «un acto de procedimiento compuesto de muchos procedimientos, como el acto mas sencillo, debe acabarse segun las leyes que presidieron á su principio, sin que haya en él *destruccion de cosas hechas*, y en su consecuencia, alteracion de derechos adquiridos.»

925. Sin embargo, segun hemos ya observado (núm. 921) ciertas pruebas pueden ser rechazadas por la ley de un modo absoluto, como presentando mas escándalo que ventaja real, y entonces la ley nueva recibe su aplicacion, aun respecto de los intereses que se habian creado antes que fuese promulgada. Esto es incontestable en el caso de suprimirse el medio de prueba mismo por inmoral, como sucedió cuando la abolicion del Congreso por el Parlamento de París. Asimismo, segun el sistema que hemos adoptado

con el tribunal de casacion, y segun el cual no se admite á investigar una filiacion incestuosa ó adulterina, aun para el efecto de obtener alimentos (núms. 212 y 371), no es permitido hacer consignar por los tribunales civiles los incestos ó adulterios, aun cometidos bajo el imperio de las leyes antiguas, como no lo seria, en semejante hipótesis, dirigir contra el incesto persecuciones criminales. El tribunal de Grenoble se ha pronunciado en este sentido el 12 de junio de 1831; denegando el recurso contra esta decision (el 6 de febrero de 1833) el tribunal de casacion, sin tocar la dificultad en el fondo, se ha atendido á una escepcion tomada de la legislacion transitoria de que vamos á ocuparnos.

926. En cuanto á la filiacion simplemente natural, el escándalo es menos grave, y se comprenderia que la prueba, bajo este respecto, permaneciera siendo regida por la ley de la época á la que se remonta la filiacion que se trata de acreditar. No obstante, Merlin (*Cuestiones de derecho*, v.º *Legitimidad*, §. II), reconociendo que en tésis general, deba regirse la prueba de la filiacion por la ley antigua, admite reglas aparte para la indagacion de la paternidad natural, que no se podria autorizar por el mero hecho de haberse permitido cuando nació el hijo, sin contravenir á un principio de orden público. Además, se han sentado reglas especiales por la ley de 12 de Brumario, año II, para el período que separa la antigua legislacion de la promulgacion del Código civil (1). Las disposiciones de esta ley, que es la primera que ha prohibido la investigacion de la paternidad natural (núm. 222), distinguen tres clases de hijos naturales: 1.ª, aquellos cuyo padre murió antes de publicarse las leyes que dieron á estos hijos derechos de sucesion; respecto de éstos, nada de retroactividad (2), pero no tienen derecho mas que á los alimentos, si bien pueden investigar la paternidad por todos los medios admitidos en la antigua jurisprudencia (cas., 14 Thermidor,

(1) Esta ley debia formar parte del Código civil, de que se ocupaba entonces la Convencion. Esto es lo que esplica por qué la remitia en ella el Código civil, cuya promulgacion se consideraba como próxima, pero que no se publicó de hecho, sino diez años mas tarde. Este retardo, que estaba lejos de preveer el legislador, tuvo en suspenso muchos intereses, que se encontraron determinados, despues de creados, no solamente en cuanto á su importe, sino en cuanto á su prueba misma, por la nueva legislacion.

(2) Al menos segun la ley del 15 Thermidor, año IV, abolitiva de las disposiciones que hacian ascender el efecto de la legislacion revolucionaria al 14 de julio de 1789.

año VIII): 2.ª Aquellos cuyo padre sobrevivió á la publicacion de las mismas leyes, pero que murió cuando se promulgó el Código civil; estos se aprovechan del beneficio del derecho intermedio, pero con la condicion de probar su filiacion, sea por medio de escritos públicos ó privados, sea por la posesion de estado (1); ley de Brumario, art. 81. Por una especie de compensacion, poco conforme con los principios de una estrícta justicia, la ley de Brumario ha sido mas severa para la prueba de la filiacion, al mismo tiempo que daba á esta filiacion ventajas considerables. Hubiera habido contradiccion en conceder alimentos, conforme á los principios del antiguo derecho, al hijo que hubiera acreditado la paternidad por medio de la prueba testimonial, y en rehusar á este mismo hijo los derechos sucesoriales; pues bien, precisamente se ha querido ir hasta aquí (Merlin, *loc. cit.*; cas., 23 de marzo de 1806): 3.ª Aquellos cuyo padre ha sobrevivido á la promulgacion del Código civil, y cuya suerte se halla enteramente regulada por este Código, tanto respecto de la estension como de la prueba de su derecho (ley de Brumario, art. 10; ley del 14 de Floreal, año XI, artículo 1.º). No obstante, la promulgacion del Código civil no ha podido atacar las convenciones y las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada (ley cit. del 14 Floreal, año XI, art. 3).

Debe notarse además, en cuanto á la condicion prescrita por el Código Napoleon respecto del reconocimiento de los hijos naturales, la autenticidad, la cual basta que exista segun las formas usadas en la época de la redaccion de la escritura de reconocimiento. Así como se dice en las relaciones internacionales: *Locus regit actum*, debe decirse aquí: *Tempus regit actum*. Esto es lo que ha decidido el tribunal de casacion por sentencia denegatoria, dada el 14 Floreal, año XII, en un caso en que el título de reconocimiento del hijo era su acta de nacimiento, estendida en 1787 por el sacerdote que hacia entonces las funciones de oficial del estado civil (V. en este sentido una disertacion de Devilleneuve, 1831, part. 1.ª, página 132).

927. En materia criminal, el principio de que la prueba debe

(1) Esta disposicion, invocada por la opinion que admite la prueba de la paternidad natural por medio de la posesion de estado, prueba en realidad contra esta opinion, puesto que el legislador de Brumario no admite la posesion de estado sino en el período de transicion (V. el núm. 222).

CAPILLA ALFONSO X
BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
V. A. R. L.

ser la del tiempo en que han acontecido los hechos, tiene su aplicacion siempre que se trata de cuestiones civiles prejudiciales, como respecto de la prueba de un depósito, al caso de prevencion de abuso de confianza. Pero la prueba de un delito, bien sea ante los tribunales criminales, bien aun ante los tribunales civiles, no puede regirse sino por la ley nueva. No se trata aquí de saber qué prueba han debido tener las partes á la vista. La ley nueva, cuando hace la prueba mas fácil para el ministerio público ó para la parte perjudicada, no tiene en cuenta la esperanza ilícita que ha podido concebir el culpable de no ser descubierto, segun las disposiciones de la ley existente. Así la máxima: *Testis unus, testis nullus*, no ha podido invocarse por los que habian cometido un delito en presencia de un solo testigo, despues que el derecho moderno la ha rechazado completamente. Si por el contrario, se prohíbe á la acusacion los medios de prueba mirados hasta entonces como suficientes, no se les deberá emplear para los hechos pasados mas que para los hechos presentes. Y aquí el interés de los acusados está de acuerdo con la razon, para hacer aplicable la nueva ley. Así, la regla que no permite invocar contra el acusado de complicidad, en materia de adulterio, mas que el flagrante delito ó la correspondencia (C. pen., artículo 358), ha debido tener aplicacion aun respecto de los delitos cometidos antes de la publicacion del Código penal.

Entre nosotros, tambien hay que referirse, respecto de la admisibilidad de tal ó cual medio de prueba, á la época en que intervinieron los hechos cuya existencia se trata de probar, segun espone M. Bonnier en el número 923. Así es, que si se estableciera en el día la supresion de la prueba testifical en las obligaciones que provienen de contratos, los ya celebrados no estarian comprendidos en la nueva ley, pues de otra suerte podría acontecer, que privando al acreedor de la única prueba que tenia, se echara por tierra el derecho perfecto que le habia dado el contrato.

Así mismo rige la doctrina espuesta por M. Bonnier en el núm. 924 sobre que cuando se trata de las reglas porque se rige el procedimiento, se aplique la ley nueva respecto de las demandas que se entablen despues de su promulgacion, á no ser que en dicha ley se determine lo contrario, como se ha efectuado entre nosotros respecto de la nueva ley de Enjuiciamiento civil por el real decreto de 5 de octubre de 1855, que hemos espuesto en la adición inserta á continuacion del núm. 922, sobre que los pleitos pendientes á la publicacion de dicha ley continúen sustanciándose con arreglo á las leyes vigentes hasta la fecha, á no ser que los litigantes, todos de acuerdo, pidieran que el procedimiento se acomodase á la nueva ley.

Respecto del derecho penal, rige tambien la nueva ley en materia de

prueba, segun sienta M. Bonnier en el núm. 927, y asimismo, cuando la nueva ley penal deja de castigar el hecho penado anteriormente ó mitiga el rigor de la ley antigua, se aplica tambien la ley nueva. Así se halla consignado en los arts. 19 y 20 del nuevo Código penal, puesto que el artículo 19 dispone, que no será castigado ningun delito ni las faltas de que solo pueden conocer los tribunales con pena que no se halla previamente establecida por ley, ordenanza ó mandato de la autoridad á la cual estuviere concedida esta facultad; y el 20 determina, que siempre que la ley modere la pena señalada á un delito ó falta, y se publicase aquella antes de pronunciarse el fallo, que causa ejecutoria contra reos del mismo delito ó falta, disfrutarán estos del beneficio de la ley. En tales casos es de justicia dar efecto retroactivo á la ley cuando la accion ú omision se ha considerado delito ó falta por la ley anterior y no por la posterior, ó en el caso de hallarse penada por la ley posterior mas moderadamente que por la anterior. Parece á primera vista, que no habria injusticia en aplicar la pena anterior mas grave, puesto que el delincuente cometió el delito bajo el imperio de la pena que se imponia; y sabiendo que incurria en su rigor. Pero, no obstante, razones imperiosas permiten á la nueva ley retroceder al día en que se perpetró el delito y servir de aplicacion respecto de actos cometidos antes de haberse promulgado. No solamente un sentimiento de humanidad, sino principios respetables de equidad y de justicia prohiben la aplicacion de una legislacion penal anterior y rigurosa, cuando fué modificada y moderada despues de la perpetracion del crimen y antes que recayera ejecutoria. Cuando la pena antigua se suprime ó se modera por la nueva, es indudablemente porque el legislador juzga que la impuesta es excesiva, porque no encuentra en los hechos sobre que recae el carácter de inmoralidad ó de culpabilidad que habia legitimado ante los legisladores precedentes la gravedad de la pena antigua, ó porque, aun cuando halle este carácter, cree que el estado de las costumbres de la época no reclama una represion tan fuerte. Y cuando el legislador juzga que debe desarmarse de aquella pena, seria inmoral, falto de lógica y una estraña inconsecuencia, que se continuase aplicando las penas que él mismo declaró injustas ó peligrosas. En tales casos, el interés público y la moral reclaman que se aplique la nueva ley y no la antigua; por lo que aun puede decirse, que no se funda esta escepcion en una especie de favor, sino en un principio de estricta justicia.

Por último debemos advertir, respecto de la prueba del adulterio, que entre nosotros se reputan bastantes las presunciones vehementes, como la de haber encontrado á los adúlteros acostados en un mismo lecho, ó en disposicion que manifieste la perpetracion del delito, y que la ley 12, título 14, Part. 7, tiene por justificado el adulterio, si receloso alguno de que otro le hace ó intenta hacer agravio con su mujer, le requiere tres veces por escritura de escribano público ó ante tres testigos para que se abstenga de tratarla, y aun la corrige á ella para que no hable con él, y despues los encuentra juntos conversando en su casa ú otra, ó en huerta ó casa distante de la villa y sus arrabales.—(A. del T.)

SECCION SEGUNDA.

DERECHO INTERNACIONAL (1).

SUMARIO.

928. Principios generales de la materia.
 929. Regla *Locus regit actum*.
 930. Su aplicacion á las actas ó escrituras auténticas.
 931. A las actas ó escrituras privadas.
 932. A los libros de comercio.
 933. A la prueba testimonial.
 934. A las presunciones.
 935. A la prestacion del juramento.
 936. Investigaciones rechazadas de un modo absoluto.
 937. Derecho internacional sobre la prueba en materia criminal.
 938. Voto por la unidad de la legislacion.
928. Háse admitido, há largo tiempo en Francia, que dirigiéndose las reglas sobre la prueba, en cuanto al fondo, *ad litis decisionem* (núm. 920) debe seguirse, respecto á esto, la ley del pais en que contrataran las partes. Ya se consideren las reglas sobre la prueba como formalidades *extrínsecas*, ya como formalidades *intrínsecas*, refiriéndose á una convencion tácita, debe estarse á la ley del pais, mientras las formalidades *habilitantes* se regulan por la ley del domicilio, y las formalidades de ejecucion, por la ley del tribunal en que se litiga (2). Danty (ad. sobre el cap. 1 de Boi-

(1) Véase el libro II, tit. III del *Tratado del derecho internacional privado* por M. Félix, obra que debe consultar quien quiera profundizar las relaciones de la Francia con los demás paises de Europa bajo el punto de vista del derecho privado, sobre todo desde las esplanaciones que ha recibido en la edicion que ha dado en 1856 nuestro sabio colega M. Demangeat. En el tomo VIII de su *Tratado del Derecho Romano*, sienta M. Savigny autorizadamente los principios del derecho internacional. Finalmente, la 5.ª edicion del *Conflict of laws* de M. Story (Boston 1857) es la obra mas útil que puede consultarse sobre el estado actual del derecho inglés y americano en esta materia.

(2) Esta distincion parece haberse desconocido en una sentencia de la Cámara de los lores, citada por M. Story (§. 635). Lord Brongham, al pronunciar esta sentencia, dice que la ley de la prueba es la *lex fori* (número 921); somete igualmente á la competencia del tribunal que entiende de la causa la discusion de las tachas (*competencias of a witness*), que se refiere á las formalidades de ejecucion, y la admisibilidad de la prueba

ceau, §. II) nos refiere, haberse autorizado por dos sentencias, desde el siglo XVI, á algunos ingleses que litigaban en Francia á probar por medio de testigos un contrato verificado en Inglaterra, cuyo objeto tenia un valor de mas de cien libras. De otra suerte hubiera sido, segun el mismo autor, si se hubiera tratado de dos ingleses que hubiesen contratado en Francia, porque se presumiria que habian contratado segun la ley del pais en que hacian sus convenciones. «En vano se pretenderia, dice Merlin (Repert. véase *Ley*, §. VI, núm. II) que no debe tener lugar esta regla sino en los casos en que los contratantes son ciudadanos ó súbditos del pais en que tratan juntos. ¿Cuál seria, segun esta sentencia, la ley que deberia interpretar un contrato efectuado en Francia entre un español y un alemán?» Por eso M. Story (*Conflict of law*, §. 630) declara nulo, aun en Escocia, un acto hecho en Inglaterra, conforme á la ley escocesa, pero contrario á la ley inglesa. Por el contrario, se admitiria á un inglés á aprovecharse de una convencion celebrada en pais extranjero, segun la *lex loci*, aunque no conforme con la ley inglesa (1). Los actos, segun Pablo de Castro (Cons. 15) reciben el ser en el lugar en que se han celebrado. *Statutum afficit actus celebratos in loco statuentium, quia dicuntur ibi oriri et nasci*. «Cada pais, dice Merlin (Repert. V. Prueba, sec. II, §. III, art. 1, número 5) tiene sus leyes para las formas probatorias de los actos, y estas leyes se hallan todas fundadas en motivos diferentes. Aquí, se admite indistintamente la prueba testimonial, porque el legislador ha presumido mucho de la veracidad de sus súbditos; allí, está restringida á ciertos límites, porque la esperiencia ha probado que los habitantes se apartan con frecuencia de la verdad; en otro pais se halla casi reducida á la nada, porque se ha advertido que la buena fé era en él aun mas rara. Así, todo depende, en esta materia, de la opinion que cada legislador tiene de sus súbditos, y por consiguiente, las leyes relativas á la forma probatoria de los actos se fundan en razones puramente locales y particulares á

por testigos ó por escrito (*Whether a certain matter requires to be proved by writing or not*) cuestion de prueba propiamente dicha. No refiriendo M. Story el texto ni aun la fecha de la sentencia, no podemos comprobar si la decision del tribunal tiene toda la trascendencia que le dá lord Bronghams.

(1) Véase tambien las autoridades y los precedentes judiciales citados por Merlin (Repert. v.º Prueba, sec. III, §. III, art. 1, núm. 3).

»cada territorio. Solamente, pues, la ley del lugar donde se celebró el acto es la que puede atestiguar su veracidad; las del domicilio de las partes ó del lugar donde están situados los bienes no tienen este poder, porque las razones que determinaron sus disposiciones son enteramente distintas de las que han dictado las formalidades prescritas en el lugar del contrato.» Tal era la doctrina de Dumoulin (1) (Consult. 45): «Est omnium doctorum sententia, ubicumque consuetudo vel statutum locale disponit de solemnitate vel forma actus, ligari etiam exteros actum illum gerentes.» Debe suponerse, no obstante, que los contratantes no se han ido expresamente á país extranjero para eludir la ley de su domicilio. Con esta reserva, el principio general es universalmente admitido.

Dumoulin añade: *Et gestum esse validum et eficacem ubique, etiam super bonis soli extra territorium consuetudinis vel statuti.* Pero se podrá igualmente conformarse respecto de los inmuebles á la ley de la situación, segun se hace en Inglaterra, en Escocia y en los Estados Unidos (M. Story, *conflict of laws* §§. 435, 474, 478); y respecto de los muebles, á la ley del domicilio. Segun una opinion conciliadora admitida por muchos autores, desde Godofredo hasta M. Mittermaier, el uso de la regla *Locus regit actum*, es puramente facultativa. Puede invocarse en este sentido la disposicion del art. 999 del Código Napoleon, el cual, segun vamos á ver, autoriza al francés que testa en país extranjero, á emplear, segun prefiera, la forma ológrafa, aun cuando es rechazada por el estatuto local, ó las formas usadas en la localidad. Pero la jurisprudencia considera esta disposicion como de puro favor, y no autoriza, á la inversa, al extranjero que testa en Francia á contentarse con las formas usadas en su país, especialmente para un testamento ológrafa (sent. deneg. de 9 de marzo de 1853).

En su consecuencia, adopta en principio la teoría de Merlin que se atiende de una manera absoluta al *locus actus*.

Sin embargo, no debe confundirse con las formalidades probatorias las que se refieren á la ejecucion. Para estas últimas, segun hemos dicho en un principio, debe estarse exclusivamente al *locus rei*

(1) M. de Savigny piensa que fué en el siglo XVI cuando se admitió generalmente la regla *Locus regit actum*, regla que se ha querido hacer derivar de ciertos textos del Derecho Romano, tales como la ley 34 D. *de usuris*, pero estos textos son relativos á la materia, mas bien que á la forma de los contratos (M. de Savigny, tom. VIII, §. 382).

sitæ. Así es, que las formalidades prescritas para la trasmision de la propiedad inmueble, especialmente la transcripcion (Felix, número 96) se rigen exclusivamente por el tribunal de la situación (C. Nap., art. 3).

Además, en virtud del derecho riguroso de soberanía, como hace observar M. de Savigny, en las importantes esplanaciones que dedica á esta materia (*Tratado del derecho romano*, tom. VIII, §. 548) se podría prescribir á los jueces de paz que aplicaran exclusivamente su derecho nacional, y tal es, en efecto, la teoría que profesa lord Brougham en la cámara de los lores (pág. 521, nota 1.^ª), pero por una justa deferencia, *comiter*, segun la expresion de los autores antiguos, los estados antiguos autorizan á tomar sus decisiones en una legislacion extranjera cuando la intención presunta de las partes ó la utilidad general reclama este procedimiento.

929. Ocupémonos desde luego de lo concerniente á la prueba literal. Cuando se redactó el Código Napoleon, se habia propuesto insertar en él este principio general: «La forma de las actas se regula por las leyes del lugar en que se hicieron ó celebraron.» Si no ha llegado á ser ley esta disposicion entre nosotros, como lo ha sido en otros países (ley prusiana, part. 3, tit. 5, §. 3; ley holandesa de 1829, art. 10, no es porque se haya negado en el fondo, sino porque por una parte, se ha juzgado inútil en Francia, donde rige en el dia la misma legislacion en todo el territorio, y, por otra parte, en las relaciones internaciones, se ha temido, que si se la establecía de esta suerte de un modo general, se aplicara abusivamente, aun á las condiciones de validez intrínseca, las cuales no podrían regirse por el estatuto local, puesto que las formalidades habilitantes (V. núm. 928) se refieren esencialmente á la persona del autor del acta. Es, pues, preciso generalizar el principio sentado en materia de testamentos, por la sentencia del 9 de marzo de 1853, segun cuyos términos «todo lo que se refiere al estado del testador, á la estension y al límite de sus derechos y de su capacidad, se rige por el estatuto personal que sigue á la persona por donde quiera que se encuentre: no es así respecto de la solemnidad del acta y de su forma exterior, que se hallan regladas por la ley del país en que hace testamento el testador.»

Además, el mismo Código ha aplicado esta regla, en lo concerniente á las actas del estado civil (art. 47) y los testamentos (artículo 999). Fácil es comprender cuánta utilidad práctica ofrece es-

ta regla. Que un prusiano caiga enfermo en Francia, por ejemplo, si se le prohibiera seguir las formas francesas, se encontraría en la imposibilidad de hacer su testamento, puesto que según la ley de su país, no puede testar sino ante un tribunal, y que no encontraría ningún tribunal en Francia que recibiera su testamento.

950. Veamos desde luego lo concerniente á las actas auténticas. «Las actas celebradas en país extranjero» dice Merlin (*Repert.*, v.º *Convenciones matrimoniales*, §. 1), «ante los oficiales públicos de los lugares, se consideran en la misma Francia, como escrituras públicas, y hacen fé hasta que se redarguyen de falsedad.» «Es de derecho de gentes,» dice el nuevo Denissart (v.º *Hipotecas*, §. 3, núm. 15), «que lo que es auténtico en un país lo sea en todas las naciones.» Es, pues, exacto decir de un modo absoluto, con Mornac (sobre la ley ult. de jurisprud., núm. 11): «*Obligatio extra Galliam contracta, pro simplici chirographo est in Gallia* (1).» Esto no es cierto sino de la fuerza ejecutoria, fuerza que no tiene nada de comun (núm. 467) con la autenticidad intrínseca reconocida en el antiguo como en el nuevo derecho á las actas ó escrituras otorgadas en el extranjero según las formas del país (2).

Suscítase, no obstante, una grave dificultad en el caso en que la ley francesa no exige solamente la autenticidad, sino ciertas formas especiales, por ejemplo, la asistencia de notarios, cuando se trata de un testamento por acta pública (C. Nap., art. 971.) Ya hemos hecho observar (núm. 464) que la institución del notariado como se halla organizada entre nosotros, está lejos de ser universal en Europa. Así, en Inglaterra, no hay oficiales públicos para

(1) Encuéntrase la misma confusión en el art. 121 de la Ordenanza de 1629, según cuyos términos, los contratos celebrados en los reinos extranjeros no deben tener hipoteca ni ejecución alguna en Francia (V. la nota siguiente) y se consideran como simples promesas.

(2) Confundiendo de esta suerte la autenticidad de la fuerza ejecutoria, es como el art. 2128 del Código Napoleón, no quiere que los contratos celebrados en países extranjeros puedan constituir hipoteca en los bienes de franceses. Esta disposición, racional en el antiguo derecho, según el cual resultaba una hipoteca general de la forma sola de los actos notariados, no se comprende ya en el día en que es la hipoteca especial, y no resulta sino de una convención expresa, convención que un oficial extranjero tiene cualidad para recibir, lo mismo que si se tratara de una venta ó de un cambio. El art. 2014 del Código civil napolitano admite la hipoteca, pero á condición que se declare el contrato ejecutivo por el tribunal donde se hallan situados los bienes.

la redacción de los testamentos; basta la firma del testador y de dos testigos, que vienen á declarar, después de la muerte, ante el tribunal eclesiástico, que oyeron al testador manifestar su última voluntad (Stat. I de Vict., cap. 26, secc. 9.) El Código de Luisiana (arts. 1574 y 1575) admite testamentos *nuncupativos bajo firmas privadas*, dictados por el testador en presencia de cinco testigos y escritos por uno de ellos. Sin embargo, el tribunal de casación ha reconocido (sent. deneg. de 6 de febrero de 1843) la validez del testamento de un francés hecho en Inglaterra, cuya prueba se había consignado de esta suerte (1). Ha admitido asimismo (sent. deneg. de 3 de julio de 1854) la validez de un testamento hecho según las prescripciones del Código de la Luisiana (V. también la sent. deneg. de 28 de febrero de 1854 y de 17 de agosto de 1858).

Según estas sentencias, debe entenderse por la autenticidad, no las formas propias á nuestros actos notariados, sino las solemnidades, cualesquiera que sean, usadas en el lugar en que el francés ha testado. Resta una cuestión previa (2), y es, la de si en semejante caso debe contener la fecha del testamento la mención del lugar en que se ha hecho; de otra suerte, se dice, se podrá testar en Francia usando las formas extranjeras. Es verdad que entre nosotros la ley de Ventoso, año XI (art. 12) exige la mención del lugar donde se celebraron los actos. Pero, puesto que partimos del principio *Locus regit actum*, si el estatuto local no exige la mención del lugar (lo cual acontecía con la ley inglesa en cuanto al testamento), no es posible exigir esta mención en virtud de la ley francesa, salvo en los jueces la facultad de inquirir si efectivamente el testamento se celebró en país extranjero.

951. La aplicación de las formas locales es más controvertible en lo tocante á las actas privadas. Pudiendo cada cual hacer semejantes actas por sí mismo, sin la asistencia de oficiales públicos, se podría sostener, que deben regirse por la ley del domicilio de las partes contratantes. Tal era en otro tiempo, en cuanto al

(1) Este asunto se había regido por un estatuto más antiguo, que exigía tres ó cuatro testigos: diferencia que no tiene importancia alguna en cuanto al fondo de la cuestión.

(2) En el caso de la sentencia de 1.º de febrero de 1843, se ha decidido, de hecho, que las enunciaciões del acta probarían que había tenido efecto en Londres. En los demás casos no se ha negado el lugar de la confección del testamento.

testamento ológrafo la doctrina de ciertos autores, en especial, la del presidente Bounier (Cost. de Borgoña, cap. 28, núm. 20), doctrina que parece confirmada por el art. 999 del Código Napoleón, según cuyos términos, el francés que se encuentre en país extranjero se halla autorizado, cualquiera que sea el estatuto local, para hacer sus disposiciones testamentarias por acta ó escritura privada. Pero este sistema, suponiéndolo aplicable á los testamentos, no podría aplicarse de un modo general á las actas privadas; porque, si se trataba de un contrato sinalagnático hecho en París entre un inglés y un alemán (V. núm. 928), ¿á qué legislación referirse para la prueba? En cuanto al testamento ológrafo mismo, la regla del artículo 999 es un favor enteramente especial para el francés que se halla en país extranjero. En las relaciones de las diversas provincias de la antigua Francia, se aplicaba constantemente en otro tiempo la regla *Locus regit actum*, cuando el que testaba en un distrito se hallaba domiciliado en otro (Sent. del Parlamento de París de 15 de julio de 1777; sent. deneg. de 15 Lluvioso, año II.) Esta doctrina se refería antiguamente á las ideas de feudalismo, que reputaba súbdito temporal á todo individuo que residía en el país. En el día se refiere á la voluntad presunta del disponente. En su consecuencia, se permite al extranjero que testa en Francia, emplear la forma ológrafa, aunque no se halle admitida en su país (sent. deneg. de 23 de agosto de 1847); pero no se le permite escepcionar con calidad de extranjero para validar un testamento por acta privada hecha en Francia que no es conforme á la legislación francesa, y especialmente que no se halla escrita enteramente de su puño y letra (sent. deneg. de 8 de marzo de 1853.)

932. La fé de los libros de comercio se juzga según la ley de los lugares donde se han llevado los libros. El extranjero que trata con un negociante, cuyos libros tienen una fé mas ó menos estensa, se reputa referirse al uso local. Esta doctrina, consagrada por M. de Savigni (*ibid.*, §. 381) según la jurisprudencia prusiana (sent. de 1826 del Tribunal Supremo de Cassal) es de naturaleza propia para admitirse en todos los países.

933. La prueba testimonial se rige por los mismos principios que la prueba escrita. «El que ofrece la prueba testimonial de una obligación ó de una disposición de última voluntad (1)» dice Fœlix

(1) El Código bávaro (lib. III, cap. III, art. 10) admite un testamento

(núm. 239) «pretende al usar este medio de prueba para reemplazar la prueba mas clara y mas precisa que resulta de las actas escritas; pretende por decirlo así, construir con deposiciones de testigos una acta idéntica á la que existiría por escrito, si la parte que ha contraído el empeño, ó que ha hecho la disposición, lo hubiera redactado inmediatamente por escrito.» De donde la consecuencia, que es preciso referirse al estatuto local en cuanto á la admisibilidad de la prueba por testigos, bien se trate de la prueba de convenciones no consignadas por escrito, bien se trate de la prueba contra y fuera de lo contenido en las actas ó escrituras. Sin embargo, esta regla debe combinarse con aquella según la cual, todo lo concerniente á la forma y la instruccion se rige por la ley del país en que está pendiente el asunto. Así, cuando se dirige una comisión rogatoria por un tribunal extranjero á un juez francés, este juez debe dirigir la información según las formas de la ley francesa, y en cuanto al fondo, debe atenerse á las prescripciones de la ley que rige las convenciones de las partes. En la fórmula de las actas rogatorias espeditas por el presidente de los Estados-Unidos (M. Greenleaf, tomo I, pág. 430, nota 1.ª) el juez es invitado á oír á los testigos según la fórmula empleada en el país: *By the proper and usual process of your court.*

Las condenaciones á penas que llevan consigo incapacidad de testificar pronunciadas en país extranjero, no llevan consigo incapacidad de declarar en Francia, según el principio general que limita el efecto de las condenas penales á los límites de la soberanía bajo el imperio de la cual han sido pronunciadas. Así, aun antes de la reciente ruptura del lazo federal entre los diversos Estados de la América del Norte, se admitía, que la sentencia dada en uno de estos Estados no llevase consigo incapacidad de testificar en otro, salvo al jurado el tener en cuenta los precedentes morales del testigo (M. Greenleaf, tomo I, pág. 496). Asimismo, la incapacidad de los negros para declarar en los negocios que conciernen á los blancos, es peculiar de los Estados que tienen esclavos. Así M. Story (§. 695) hace observar, que suponiendo que se ha cometido un crimen, por

nuncupativo en presencia de siete testigos, y el Código prusiano (tit. XII, Part. 1, art. 132) la facultad de empeñar válidamente á un heredero de viva voz y ante testigos á pagar los legados hasta la concurrencia de la vigésima parte de la herencia.

un blanco ó sobre un blanco á bordo de un barco americano, en alta mar, la admisibilidad del testimonio de los negros que fueran por hipótesis, los únicos testigos del crimen, variaría segun la legislacion del tribunal que conociera del asunto, lo cual prueba bien que aun antes del deplorable conflicto actual, la América del Norte no estaba unida mas que de nombre.

934. Respecto de las presunciones simples, como de la prueba testimonial, debe estarse á la ley del país en que han acontecido los hechos litigiosos (Fœlix, núm. 237). La cuestion es mas delicada respecto de las presunciones legales. Dejando aparte las reglas particulares del derecho internacional sobre la autoridad de la cosa juzgada, parece que el tribunal no podria sujetarse á seguir la presuncion de una ley extranjera, sino en cuanto se refiriera al estatuto personal, como la presuncion de paternidad respecto del marido. En toda otra hipótesis, creemos con M. Story (§. 630) que la presuncion legal no puede tomarse sino de la ley del país donde se entiende del negocio en cuestion (1).

935. La prestacion del juramento dá tambien lugar con bastante frecuencia, en el derecho internacional, á la espedicion de comisiones rogatorias. Nadie duda que la cuestion de la admisibilidad del juramento debe regularse por la ley que rige el fondo de la contestacion y no por la del país donde reside el juez llamado á recibirla. Pero la fórmula del juramento, ¿debe considerarse como *decisoria litis*? ¿Se dirá que la forma y el fondo son inseparables puesto que la legislacion extranjera no considera ciertas declaraciones como probatorias sino en cuanto se reciben siguiendo un modo determinado? Es verdad que la autoridad del juramento, dependiendo de la opinion religiosa de las partes, puede hallarse mas ó menos debilitada, segun se conciba la fórmula en tal ó cual sentido. En Bélgica especialmente, la fórmula del juramento es para los católicos: «¡Así Dios me ayude y sus santos!» Y para los protestantes: «¡Así Dios me ayude y su santo Evangelio!» Cuando un tribunal francés se halla encargado por un tribunal de Bélgica de recibir el juramento segun las formas de este país, ¿debe substituirse á ellas la fórmula general de la ley francesa? El tribunal de co-

(1) M. Greenleaf (tomo I, §§. 29 y 30) parte de este principio al tratar de la presuncion de supervivencia, no admitida por el derecho comun inglés en la hipótesis de los *commorientes*.

mercio del Sena lo ha decidido en principio el 6 de agosto de 1855: «Considerando, en derecho, que los tribunales franceses no pueden quedar sujetos á recibir un juramento sino en las formas ordinarias y acostumbradas, y segun el uso del reino.» De hecho el juramento se prestó, segun la forma belga, de consentimiento de la parte á quien se deferia. Pero si no tuviera lugar esta conformidad, podria llegar á ser imposible la decision del proceso, en el caso en que la fórmula francesa hubiese sido juzgada insuficiente en Bélgica. Cuando nuestros jueces proceden por delegacion de los jueces extranjeros, conviene generalmente adoptar la fórmula que es la única probatoria en el país de los litigantes. Pero en principio, no podria sujetarse á nuestros tribunales á recibir toda especie de juramento, porque seria faltar á la dignidad de la justicia autorizar de esta suerte toda clase de supersticion, hasta el fetiquismo mas grosero. En otra decision del 29 de octubre de 1829, el tribunal de comercio del Sena ha adoptado un medio término entre la fórmula francesa y aquella cuyo uso se le pedia. Invitado por el tribunal de Colonia á recibir el juramento de negociantes israelitas, *more judaico* (V. núm. 422), ha declarado en su sentencia, «que si se ha dicho (en la comision rogatoria) que se preste el juramento en las formas prescritas por la religion judía, estas formas no pueden entenderse sino de aquellas que son susceptibles de practicarse en el recinto de la audiencia; por estos motivos, el tribunal ordena, que conforme á las prescripciones de la ley judía. M. M.... prestarán el juramento que se ha exigido de ellos, puesta la mano en el Decálogo, segun uso de esta religion.» El tribunal de Colonia se contentó con que se prestara el juramento de esta suerte.

936. Creemos tambien, que cuando se deniega una indagacion como escandalosa por la ley francesa, no debe admitirse, aun respecto de extranjeros. Por una consecuencia natural de lo que hemos decidido en materia de retroactividad, la investigacion de la paternidad no nos parece admisible en Francia contra los que no son regnicolas, aunque se autorizara por la ley de su país. Por el contrario, es admisible contra los extranjeros, por el solo hecho de estar autorizada por la ley del país donde fué seducida la mujer. Es verdad que el artículo 196 del Código del canton de Vaud, no admite la accion de paternidad de una vadesa contra un extranjero, sino en cuanto fuera admisible la investigacion de la paternidad en el país á que pertenece este extranjero. Pero esta disposicion no es la abli-

cacion rigurosa de los principios de la materia, y se podría muy bien considerar las leyes protectoras del honor de las mujeres como leyes de policía y seguridad, y obligatorias á todos los que habitan el territorio (C. Nap., art. 5). Como quiera que sea, de que el Código vadense es mas favorable á los extranjeros que á los nacionales, no se sigue, que deba admitirse lo contrario entre nosotros y que pueda una francesa, cuando no pudiera atenerse á un francés, declarar, en efecto, á un extranjero como autor de su embarazo, porque la ley del extranjero autorizara semejantes reclamaciones (1). El espíritu de nuestra legislación, que proscribese semejantes investigaciones, considerándolas, con razon ó sin ella, tan inútiles como escandalosas, debe hacer que se aplique la regla de una manera absoluta (V. M. Demangeat, sobre Félix, tom. I, pág. 452, nota a).

937. Finalmente, en materia criminal, siendo la justicia generalmente territorial y no personal, los delitos que den lugar á persecuciones contra extranjeros, habrán sido cometidos casi siempre en nuestro territorio, y las pruebas serán, en su consecuencia, las que se hallan establecidas por la ley francesa. No se concibe casi la aplicacion de una ley extranjera en semejante hipótesis, cuando se tratara de una cuestion prejudicial, relativa á convenciones celebradas en país extranjero. Es preciso observar además, que al someter á la ley penal francesa para la prueba, así como para el resto de la instruccion ó procedimiento, á los extranjeros que cometen un delito en el territorio, no se hace mas que aplicar el principio general, segun el cual, se rige la prueba por la ley del país en que han acontecido los hechos. No es lo mismo, en el caso en que se trate de crímenes cometidos en país extranjero, sea por un francés, sea por un extranjero, cuando la ley francesa (C. de instr. art. 5-7) autoriza escepcionalmente la persecucion ante los tribunales franceses. El adagio *Locus regit actum*, suponiendo una convencion implicita, no se ha aplicado jamás á los crímenes. El extranjero que ataca la seguridad ó la fortuna de la Francia, y, en todos los casos, el francés que comete un crimen en el extranjero, debian conocer nuestras leyes: en su consecuencia, tanto en esto como relativamente

(1) La jurisprudencia alemana presenta mucha diversidad sobre esta delicada cuestion (V. las sentencias citadas por M. de Savigny, tom. VIII, trad. franc. pág. 276, nota.)

al efecto retroactivo, las jurisdicciones criminales no podrian aplicar otra legislación que la ley actualmente en vigor en el país en que estas se ejercen.

938. Por respetables que sean el principio de la nacionalidad y el de la no retroactividad de las leyes, quiera Dios que nuestros nietos vean realizarse la época en que, segun las expresiones de Ciceron (*de Repub.*), *non erit alia lex Romæ, alia Athenis, alia nunc, alia posthac; sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna, et immortalis, continebit!*

La doctrina espuesta en esta seccion por M. Bonnier, es en la generalidad aplicable entre nosotros, como que comprende las reglas generales sobre derecho internacional, y habiéndose espuesto estensamente las disposiciones especiales del derecho español sobre esta materia en las eruditas notas insertas en el Tratado de derecho internacional privado de M. Félix por los directores de la *Revista general de Legislacion y Jurisprudencia*, nos creemos dispensados de esponerlas en este lugar, lo cual, por su mucha estension, nos obligaria á esceder los límites de unas adiciones, y deber remitir á nuestros lectores á la obra mencionada. Pueden consultarse, sin embargo, las leyes 15, tít. 1, Part. 1.^a; la 15, tít. 24, Partida 3.^a; la 24, tít. 11, Part. 4.^a; la 18, tít. 20, lib. 10, y 8, tít. 36, libro 12 de la Nov. Rec.; el art. 486 de nuestro Código de Comercio; el 311 de la ley de Enjuiciamiento mercantil; el real decreto de 17 de octubre de 1851; el art. 282 de la ley de Enjuiciamiento civil; el art. 40 del proyecto del Código civil español; la ley 8, tít. 36, lib. 12 de la Nov. Recop.; los artículos 17, 19 y 32 del real decreto de 17 de noviembre de 1852, y las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de 6 de noviembre de 1837 de 27 de noviembre de 1868, y del 1.^o de febrero de 1867.—(A. del T.)