

# EL DERECHO

Órgano Oficial

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

—TERCERA EPOCA.—

Semanario de Jurisprudencia, Legislación, Economía Política y Ciencias Sociales.

*S'il n'y avait pas de justice*

*il n'y aurait ni gouvernement ni société.*

EDOUARD LABOULAYE.

TOMO III.

MEXICO, 17 DE SEPTIEMBRE DE 1892.

NUM. 38.

## UN ERROR EVIDENTE.

(COLABORACION.)

Se trata de los utilísimos *Cuadros sinópticos* en que el Sr. Don Salvador Viada y Vilascca, hace la graduación completa de las distintas combinaciones de penas que existen en el Código Penal de 1870 y en el de las Antillas de 1879—tercera edición Madrid 1781.—

En el cuadro número 53—presidio ó prisión correccional, en sus grados mínimo y medio—leemos en el cuarto caso, relativo al menor de 15 y mayor de 18 años, autor de delito consumado y al cual hay que imponer la pena inmediatamente inferior en grado á la señalada por la ley—párrafo 2.º, art. 86, Código peninsular y párrafo segundo, artículo 84 del Código antillano,—lo siguiente—1.ª casilla: De dos meses y un día á 6 meses.

De suerte que para el Sr. Viada, la pena inmediatamente inferior en grado á la de presidio ó prisión correccional en sus grados mínimo y medio, es la de arresto mayor en sus grados medio y máximo, que son los más cercanos del arresto mayor que sigue en orden á aquellas en las escalas graduales 1ª y 2ª.

¿En virtud de qué regla del artículo 74—Código de Cuba y de Puerto Rico—entiende eso el Sr. Viada? Seguramente que no será en virtud de ninguna de las cuatro primeras reglas; porque en ninguna de ellas puede estimarse comprendido el caso, conforme á la “tabla demostrativa” de lo dis-

puesto en el capítulo en que dicho artículo se halla incluido. Ha debido, pues, aplicar la regla 5.ª que dice:

“Cuando la ley señalare la pena al delito en su forma especialmente no prevista en las cuatro reglas anteriores, los tribunales, procediendo por analogía, aplicarán las penas correspondientes á los autores de delito frustrado y tentativa, y á los cómplices encubridores,” pudiendo añadirse, con sujeción á otras disposiciones del Código, á los mayores de nueve y menores de quince años que hayan obrado con discernimiento, á los mayores de 15 y menores de 18 años y á las personas á quienes deba aplicarse la regla 5.ª del art. 80, 83, ú 85.

Que se falta á la analogía en la graduación hecha por el Sr. Viada y seguida por los Tribunales, lo demostrará hasta la saciedad un breve examen de las consecuencias prácticas á que conduce.

Escojamos al efecto el art. 421 de nuestro Código Penal, en que señala la pena de prisión correccional en sus grados mínimos y medios. El artículo que trata del disparo del arma de fuego. Veamos su precepto: “El acto de disparar una arma de fuego contra cualquiera persona será castigado con la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio, si no hubieren concurrido en el hecho todas las circunstancias necesarias para construir delito frustrado ó tentativa de parricidio, asesinato, homicidio ó cualquiera otro delito á que esté señalada una “pena superior” por alguno de los artículos de este Código.” Y no

oívidemos que la tentativa de homicidio, que según este artículo tiene señalada "pena superior," se castiga (regla 2.<sup>a</sup>, art. 74—y "tabla demostrativa" citada) con la pena de prisión correccional en toda su extensión.

Comparemos ahora. Trátase de un individuo mayor de 15 y menos de 18 años, reo de disparo de arma de fuego, con una circunstancia atenuante. Pena, según el Sr. Viada, dos meses y diez días. Convendría le más, por consiguiente, ser reo del hecho más grave y castigado con pena superior, de tentativa de homicidio; pues en tal caso solo podría castigársele con la pena de un mes y un día á dos meses de arresto mayor.

Esto sucederá, y la diferencia será tanto más grande y sensible cuanto más graves sean las penas, siempre que se busque la contigüedad de estas, allí donde el legislador queriendo minorar la penalidad, sin salirse de una determinada, no la impone en toda su extensión, sino en alguno de sus dos grados inferiores, como se observa y tiene declarado el Tribunal Supremo, en el caso del último párrafo del art. 526, cuando se trata de aplicar la pena inmediatamente inferior en grado á la de presidio correccional en su grado medio que señala ese artículo.

¿Cómo evitar tal inconveniente? se preguntará. De un modo muy sencillo en nuestra opinión, observando la siguiente regla:—cuando la pena señalada por la Ley se compusiese solo de los grados mínimo y medio ó de alguno de ambos, la inmediatamente inferior, en grados mínimo y medio ó el respectivo de ellos de la pena que siga en orden de la escala gradual.

Aplicación práctica: pena inmediatamente inferior á cadena ó reclusión temporal en sus grados mínimo y medio, la de presidio ó prisión mayor en iguales grados. Pena de presidio correccional en su grado medio (caso expresado del art. 526), en su inmediata inferior en grado, según el Supremo, arresto mayor en su grado medio.

Peregrina parecerá, por la fuerza del hábito, nuestra tesis de hoy; pero á los que tal piensen podría objetárseles que más peregrino es por no decir absurdo, que aquellos á los que el legislador ha querido manifiestamente favorecer, resulten en reali-

dad perjudicados; y que un reo de disparo de arma de fuego, infracción menos grave y menos duramente castigada que la tentativa de homicidio, tenga que envidiar, en iguales circunstancias, la suerte que al reo de este más grave hecho punible le cabe. El absurdo está siempre fuera de la ley.

ANTONIO ZARÁGOZA Y ESCOBAR.

## SECCION CIVIL.

### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO FEDERAL (3.ª SALA)

Magistrados: José P. Mateos.

„ „ E. Zubiaga.

„ „ Manuel Mateos Alarcón.

Secretario: Angel Zavalza.

INTERDICTO DE OBRA NUEVA.—¿Cuándo procede?

ID.—¿Formalidades para su promoción?

ID.—¿Qué perjuicio puede reclamarse por medio de él?

PERJUICIO.—¿Cuál es la significación jurídica de este término?

DEMANDA.—Después de presentada ¿pueden variarse los fundamentos de ella?

PRUEBAS.—¿Pueden rendirse en los interdictos en cuanto á la propiedad?

México, Agosto veintiseis de mil ochocientos noventa y uno.

Vistos en apelación los autos en que Doña Josefa de la Peña de Bazaine por sí, y luego representada por el Lic. D. Manuel Gomez Parada, interpuso interdicto de obra nueva, contra D. Juan B. Alamán apoderado de la Srita. Angela Bringas, quien está domiciliada en París (Francia.)

Resultando, primero: Que el trece de Marzo de mil ochocientos ochenta y nueve, á las once de la mañana se presentó por escrito D<sup>a</sup> Josefa de la Peña de Bazaine al Juez 3.º de lo Civil de esta capital exponiendo, que hacía como 8 meses, el Sr. Lic. D. Juan B. Alamán, como apoderado de los Sres. Bringas *destruyó la cartilla divisoria de Oriente á Poniente de las casas números nueve y diez del callejón de Sta. Clara*, cuyo hecho pasó á conocimiento del Juez 3º Correccional; porque en concepto de ella *se cometieron los delitos de robo con violencia, allanamiento de morada con violencia, y destrucción de cosa ajena*; pero que el Juez Correccional declaró ser materia de juicio civil. Que envalentonado el Lic. Alamán con ese resultado y abusando de la aflictiva situación de la quejosa, el día anterior, doce

del expresado Marzo, cometió nuevo atentado, *levantando sobre vigas de un modo peligroso, una pesada barda divisoria de Oriente á Poniente en toda la extensión de la destruida, aprovechándose lo que no le pertenece*; por lo que interpone el interdicto de obra nueva conforme á lo prevenido en el artículo mil doscientos uno y mil doscientos dos del Código de Procedimientos Civiles; exhibía en veinte fojas los documentos en que se fundaba, y pidió se mandase suspender la obra, y en estado mandar destruir la nueva y reconstruir la antigua citarilla, á costa de los Sres. Bringas, y condenándolos al pago de daños y costas.

Resultando, segundo: Que de los instrumentos públicos, que con el escrito de interposición del interdicto presentó al Juzgado, aparece: que el 4 de Junio de mil ochocientos cuarenta y siete el Convento de Santa Clara vendió la casa de ciudad de Sta. Bárbara, ubicada en el Callejón de Sta. Clara, y marcada con el número 10, á la Sra. D.<sup>ca</sup> Juliana Azcárate de Gómez Pedrosa, sin designar área del terreno ni número de piezas y configuración de la finca; que el veintitres de Enero de mil ochocientos setenta y tres, D.<sup>ca</sup> Juliana Azcárate de Gómez Pedrosa, viuda, y sin ascendientes, ni descendientes, abrogó el testamento público, instituyendo por única y universal heredera á su hermana D.<sup>ca</sup> Josefa Azcárate, viuda de Peña, y si no le sobreviviese, á su hija Doña Josefa Peña de Bazaine, que el quince de Febrero de setenta y cuatro falleció la testadora, y hecho el inventario judicial de los bienes en ellos, está comprendida la casa número diez del Callejón de Santa Clara, designándose únicamente sus linderos, diciéndose en lo conducente: linda al Norte con la casa número nueve de dicho callejón, y como vivía Doña Josefa Azcárate de Peña, ella fué la heredera: que en once de Diciembre de mismo año de setenta y cuatro, dicha señora otorgó testamento público instituyendo por única y universal heredera á su hija Doña Josefa Peña de Bazaine.

Resultando, tercero: Que el catorce de Marzo de ochenta y nueve mandó el Juez de lo Civil, bajo la responsabilidad de la promovente, que se pasara á inspeccionar los lugares, y siendo ciertos los hechos, se notificara la suspensión provisional de los trabajos y se citara á las partes para la audiencia de Ley á las once de la mañana del veintiuno de aquel mes.

Resultando, cuarto: Que á las doce y media del mismo día, catorce de Marzo, pasó el actuario á la casa número diez del Callejón de San-

ta Clara, y conducido por el abogado patrono de la Sra. de la Peña de Bazaine á la azotea de dicha casa, encontró ser ciertos los hechos que motivan la queja; pues encontró los vestigios de la citarilla destruida y paralela á ella y á distancia de dos varas y media al Sur, la nueva citarilla inacabada y no hallándose en la casa número nueve ni el encargado de la obra, ni los operarios, notificó al portero lo mandado, á reserva de volver en la tarde para hacerles á ellos la notificación.

Resultando, quinto: Que el actuario pasó á las cuatro y media de la tarde del catorce de Marzo, á las casas números diez y nueve y no encontrando sino al Sr. Coronel Pradillo en la última, á él hizo la notificación; pero el quince compareció el Lic. Alamán al Juzgado y manifestó que la casa número nueve del Callejón de Santa Clara, no pertenece á los Sres. Bringas, sino á la Srita. Angela Bringas de quien también es apoderado, y con tal carácter obedeció la orden de suspensión de la obra que se hace en la azotea de su casa, protestando exigir la indemnización de los perjuicios que por ello se causen.

Resultando, sexto: Que á petición de la Sra. de la Peña se difirió la audiencia señalada para el veintiuno hasta el veinticinco y presentes á la hora fijada el Lic. D. Manuel Gómez Parada, como patrono de la actora y el Lic. D. Juan Alamán como apoderado de la Srita. Bringas y su patrono el Lic. Emilio Pardo (jr.), se dió cuenta con el escrito de interposición del interdicto, y el Sr. Alamán se opuso á la denuncia de obra nueva, protestando exigir los daños y perjuicios que resulten de la suspensión y pidió se declarase en definitiva con expresa condenación de costas, no haber lugar á ratificar la suspensión, ni á restituir las cosas al estado que antes tenían.

Resultando, séptimo: Que el Sr. Parada á reserva de que la Sra. Peña de Bazaine ó él con su poder bastante, rectificara la promoción que hacía, insistía en el contenido del escrito de demanda, pidiendo que en definitiva se declarase, ser de reponer las cosas al estado que tenían ántes de destruirse la antigua citarilla, y de construirse la que está en suspensión, con condenación de daños y perjuicios y costas, y promovió prueba é inspección ocular, á cuyo efecto nombraría perito su patrocinada.

Resultando, octavo: Que el treinta del mismo Marzo se presentó por escrito el Lic. Gómez Parada, exhibiendo en dos fojas útiles el testimonio del poder especial que el veinteseis

de ese mes, ante el Notario José Pinal le confirió Doña Josefa de la Peña de Bazaine para que continuase por todos sus trámites é instancias los juicios civiles y criminales que tiene promovidos contra el dueño de la casa núm. nueve del Callejón de Santa Clara, provenientes de la propiedad y servidumbres activas y pasivas de la casa número diez de dicho Callejón, perteneciente á la otorgante; y con el carácter de apoderado, ratificando la promoción hecha en la junta del veinticinco de aquel mes y pidiendo que el juicio se recibiera á prueba por el término de la ley: lo que se mandó por auto de 1.º de Abril, haciéndose [constar] la publicación respectiva en el «Boletín Judicial» y quedando notificadas las partes el trece, conforme á la ley, anotándose que el término comenzaba á correr el tres y concluía el trece de Abril.

Resultando, noveno: Que el nueve de Abril de ochenta y nueve, el apoderado de la actora pidió que se tuviesen como pruebas de su acción las diligencias promovidas por Doña Josefa de la Peña de Bazaine contra *el responsable de los delitos de allanamiento de morada, robo con violencia y destrucción de cosa ajena perpetrada contra su propiedad*, practicadas por el Juez 3.º Correccional, pidiéndose al efecto originales, y se ejecutase una vista de ojos señalándose día para ello, lo que fué proveído de conformidad, verificándose la inspección judicial el veinte de ese mismo mes, por prórroga de común acuerdo de las partes y la recepción de las diligencias practicadas por el Juez 3.º Correccional el quince de Septiembre del mismo año, después de varios incidentes que legalizan la acumulación de esos autos á las pruebas del actor para ser validas.

Resultando, décimo: Que de las diligencias practicadas por el Juez 3.º Correccional, aparece que el trece de Julio de ochenta y ocho, el Lic. Don Manuel Gómez Parada, por Doña Josefa de la Peña de Bazaine, propietaria de la casa número diez del callejón de Santa Clara, denunció en la Comisaría de la 1.ª Demarcación de Policía los *delitos de destrucción de cosa ajena, robo con violencia y allanamiento de morada* perpetrados con los hechos de haber derribado la citarilla que dividía la azotea de aquella casa de la número nueve y el triángulo de la fachada de donde arrancaba, arrojándose parte del material de que estaban construidas sobre la azotea de la número diez, y parte bajado á la casa num. 9, y en la citarilla perteneciente á la casa número diez, vara y

media sobre su azotea, y estaba fijado en una gran alcayata y una gruesa reata un andamio, cayendo á la fachada en su mitad de la misma cosa, haciendo la denuncia para que se averiguase quien era el responsable de los hechos para formalizar contra él la acusación correspondiente; que el Comisario de policía pasó á inspeccionar los lugares y encontró ser ciertos los hechos, con el aditamento de hallarse parte del material de lo destruido en las azoteas de las casas número 9 y 10; examinó á los albañiles José Pilar Avila, Evaristo Rodriguez y Miguel Piña; quienes dijeron que la destrucción de la citarilla y triángulo, y el acarreo de parte del material de que estaban construidas, lo ejecutaron por disposición del Lic. Alamán y el hincamiento de la alcayata, *motu proprio*, para asegurarse el tapial que se puso por el lado de la fachada, y remitió el acta al Agente del Ministerio Público en turno: que éste consignó la averiguación al Juez 3.º Correccional, quien inició la averiguación previa ratificación de la denuncia que hicieron el Sr. Lic. Manuel Gómez Parada y la Sra. de Bazaine, que exhibió las cartas que el Lic. D. Juan B. Alamán le dirigió los días cinco, nueve y trece del expresado mes de Julio y el borrador de la en que contestó á las dos primeras, por cuyos documentos aparece, que el Sr. Alamán por el dueño de la casa número nueve, á fin de que si lo creía conveniente concurriese alguna persona que ratificase lo estipulado, le avisase á la Sra. Bazaine, dueña de la casa número diez, que iba á mandar destruir la citarilla divisoria de ambas casas; porque estaba cuarteada y no descansaba sobre la pared divisoria de ambas casas, sino sobre el techo de la 9, perjudicándola en soportar tal peso; estando en su derecho para quitarla y ponerla sobre la pared divisoria: que la Sra. Peña de Bazaine, no sólo prohibió al Sr. Alamán la ejecución de la obra, sino que le manifestó haber hecho reconocer la finca, haber venido por ello en conocimiento de que la pared divisoria que sostenía la citarilla, había sido derrumbada por su poderdante y sustituida por un tabique, usurpándole la parte de superficie que irregularizaba el paralelogramo de la finca, y en consecuencia privadamente dice: *reclamo á vd. mande reconstruir el muro divisorio para que vuelva á descansar en él la citarilla divisoria que entonces no se cuarteó, y me devuelva la superficie detentada de la parte alta de mi casa; en la inteligencia de que, si esto no comienza á verificarse dentro de ocho días improrrogables, me veré*

en la necesidad de interponer el interdicto respectivo.

Por ahora protesto una y más veces contra la obra que Vd. intenta llevar adelante, y *que en definitiva no vendría más que á coronar el atentatorio despojo de que me quejo*, comprobado hasta con la figura rectangular de la casa de su poderdante de Vd. y que el Sr. Alamán negó los hechos, negó la pretensión, terminantemente dijo á la Sra. Bazaine; *puede usted dar por pasados los ocho días que señalaba para aquel objeto y promover el interdicto que entiende le compete*. Que examinado el Lic. Don Juan B. Alamán, declaró el veintiuno de Julio, que existía una citarilla de mampostería construida sobre el techo de una de las piezas de la casa número nueve del Callejón de Santa Clara, á distancia de tres varas poco más ó menos de la pared que la dividía de la número diez, cuya citarilla se había cuarteado; porque descansaba sobre vigas que se habían flexionado, y para evitar este perjuicio y colocar aquella sobre la pared divisoria, la mandó derribar, asistiéndole perfecto derecho, como representante del dueño de la casa número 9, á quien pertenece la citarilla, como construida dentro y en terreno de dicha casa, y para comprobarlo, suplicó al Juzgado practicase una vista de ojos con su citación. Que por cortesía, ántes de cambiar la citarilla, le avisó á la Sra. de la Peña de Bazaine, dueña de la casa número diez y ella manifestó en la carta que exhibió no consentir en el cambio de sitio de la citarilla, y sospechar que alguno de los dueños de la casa número 9 usurpó la pequeña parte de ella que está sobre los bajos de la número diez; y él no estimó que esta temeraria sospecha podría embarazar el ejercicio del derecho de dominio: que posteriormente, la misma señora le dirigió la carta que exhibió, requiriéndolo para que dentro del término improrrogable de ocho días, comenzase á levantar una pared que sostuviese la citarilla de que se trata y le restituyese la superficie usurpada, y no obstante que por las cartas sapo con anticipación, que se iba á cambiar la citarilla, *no interpuso el recurso legal que correspondía para prohibirlo ó suspenderlo*, sino que en la mañana del día catorce el Lic. Gómez Parada con unos gendarmes aprehendió á los albañiles que demolían la citarilla y de cuyos materiales no ha dispuesto, sino que existen dentro y en la azotea de la casa número nueve, y si los albañiles al demoler aquella pasaron al lado Sur de ella y á la azotea de la casa número diez, sería por equivocación de ellos

por no estar separadas las azoteas de ambas casas, más no por su orden, y también el Comisario creería, que estaban los materiales en la azotea de la casa número diez, por no poder distinguir donde termina ésta y comienza la de la nueve: Que practicada la vista de ojos con citación de los interesados y del Ministerio Público, previo mandamiento y notificación en forma, apareció y así se hizo constar por los vestigios encontrados, la reciente destrucción de la citarilla; que está con relación á las fachadas de las casas núms. 9 y 10 atento á su remate estaba cargada al número diez y con relación al estado actual de la sala de la casa núm. 9, descansaba sobre el techo de ésta por hallarse la pared divisoria de esa pieza de la antigua de la número diez como á 3 metros 25 centímetros de la vertical al último balcón, como de la pilastra exterior que indica la división de la fachada de ambas casas solo tiene 1 metro 15 centímetros de distancia al mismo balcón; y se dió fé igualmente de la existencia de los agujeros en el interior del pretil, pero más de una vara al Sur de la destruida citarilla y hecho al parecer por dos alcayatas que allí se hincaron; y que igualmente se hizo constar que la Sra. Peña anunció que deduciría sus derechos á la parte comprendida entre el balcón y el fondo Sur indicados, por creerlos de su propiedad y que pidió que los peritos examinasen y dictaminasen sobre el espesor de la pared actualmente divisoria de la sala de la casa número 9 y la pieza contigua de la número 10. Finalmente, que el Juez 3º Correccional resolvió el 5 de Septiembre del mismo año, que versándose una cuestión de la propiedad de la competencia de la jurisdicción civil, de previa declaración para que la penal pudiese conocer de los delitos de destrucción de cosa ajena, allanamiento de morada y robo con violencia, porque había hecho la denuncia la Sra. Peña de Bazaine, no había lugar á proceder contra el Sr. Alamán, y se dejaban á salvo los derechos civiles de ambos, cuya resolución causó ejecutoria, por haberse negado la apelación á la parte de la Sra. Peña de Bazaine y no haber ésta interpuesto el recurso de denegada apelación.

Resultando, undécimo: Que en la vista de ojos practicada el veinte de Abril de mil ochocientos ochenta y nueve, se dió fé é hizo constar ser cierto lo que respecto de la destrucción y sitio de la antigua citarilla y levantamiento de la nueva se afirmó en la demanda; y en atención á las numerosas preguntas que se hicieron á los peritos por convenio de las partes,

se amplió el término de prueba por el que aquellos consideraron bastante para dar su dictamen, en vista del cuestionario que el veintiocho de ese mismo mes presentaron las partes, y por el Juez se nombró perito tercero en discordia para que procediese á desempeñar su encargo llegado el caso.

Resultando, duodécimo: que por parte de la actora se presentó el cuestionario que obra á fojas 53 y 54 de los autos de primera instancia, y por parte de la demandada el visible á fojas 56 de los mismos, constando en el primero, entre otras, las siguientes preguntas: Quinta: Digan como es cierto que clara, distinta y palpablemente se ve que la citarilla que dividía las dos casas en la extensión de las dos salas, ha venido al suelo recientemente, quedando aún los cimientos en el techo ó azotea y en los extremos? Duodécima: Digan si en la azotea en que ahora se ha echado la citarilla, es y ha sido de la casa número diez? Décima tercera: Digan si quedan señales bien marcadas y palpables de que ese pedazo de azotea que hoy se disputa pertenece al número diez?

Resultando, Décimo tercero: que por parte del demandado se usó de los medios de prueba consistentes en instrumentos públicos, testigos é inspección judicial, consistente el primero en constancias de las diligencias practicadas por el Juez 3º correccional por los delitos de destrucción de cosa ajena, allanamiento de morada y robo con violencia ameritados en el resultando décimo; el segundo, en el examen de tres testigos con sujeción al interrogatorio visible á fojas 126 de los autos de primera instancia, y el tercero en la vista de ojos practicada el 24 de Febrero de 91 por el Juez 4º de lo civil, á quien pasó el conocimiento del juicio por recusación que la parte demandada hizo del Juez 3º, y en cumplimiento del auto de esta fecha, 5 de Diciembre de 1890, el acta cuya diligencia consta á fojas 135 frente á 156 vuelta, por lo que, además se hallaron confirmados los hechos constantes en las actas de las inspecciones anteriores; por lo que respecta á los que motivan el interdicto, se hizo constar á pedimento del patrono de la Srita. Bringas, que en el lugar en que se forma el ángulo de la citarilla nueva, existe un agujero ó desagüe enteramente provisional, que se dejó abierto, porque como el enladrillado de la parte del techo que pertenece hacia su corriente de Norte á Sur, fué necesario dejar un desagüe provisional entretanto se cambia dicha corriente, lo que no pudo verificarse desde

luego porque se efectuó la obra en tiempo de aguas y después vino la suspensión decretada al entablarse este interdicto.

Resultando, décimo cuarto: que pasados los autos al conocimiento del Juez 5º de lo civil, por recusación del 4º que hizo la parte de la Sra. Peña de Bazaine, hecha publicación de las pruebas, señalado día para la audiencia de alegatos, y verificada ella con solo la concurrencia del abogado de la promovente, se dieron por vistos los autos y con fecha 23 de Marzo del presente año, se pronunció sentencia en que se amerita como plenamente probado, que el perjuicio que causa la nueva citarilla á la casa número diez, consiste en que, reconociendo el derrame de las aguas pluviales hacia ésta, y debiendo pasar por un agujero que se dejó en el basamento de la citarilla, había en este punto un remanso de aguas que llegaron á filtrar en el techo y causar más tarde el deterioro de las vigas de la casa núm. 10 y la existencia de dicho agujero; con fundamento del art. 1195 del Código de Procedimientos Civiles, se resuelve con las proposiciones siguientes:

Primero: Se confirma la suspensión de la obra nueva emprendida por el Lic. D. Juan B. Alamán, apoderado de la Srita. Angela Bringas, ordenada por el juez 3º de lo civil, por decreto de 14 de Marzo de 89.

Segundo: Prevéngase al Sr. Lic. Alamán, que proceda á demoler á su costa la obra denunciada, reponiendo las cosas al estado que tenían antes.

Tercero: Se condena al Sr. Lic. Alamán, apoderado de la Srita. Angela Bringas, al pago de las costas de este juicio.

Resultando, décimo quinto: Que apelada esa sentencia por parte de la Srita. Bringas, le fué admitida en el efecto devolutivo; pero la de la Sra. Peña de Bazaine se adhirió á la apelación por la falta de condenación expresa al rezarcimiento de daños y perjuicios, y estuvo conforme en no promover la ejecución, sino en que se remitieran los autos originales al Tribunal Superior, en donde recibidos y turnados á la tercera Sala formada con los Magistrados titular Zubiaga y supernumerarios González Montes y Caravantes, por excusa de los titulares Mateos y Borjes, se sustanció la segunda instancia recibíendose el negocio á prueba á petición de la parte de la Srita. Bringas, sobre los hechos constantes en el escrito á fojas del Toca.

Resultando, décimo sexto: que pedida en tiempo y forma la inspección judicial ocular,

del lugar en que se han ejecutado las obras materiales de la denuncia, y en tiempo y forma decretada y practicada, aparece en el acta de la diligencia de fojas 1 vuelta y 2 frente del cuaderno de prueba de la Srita. Bringas: que el Lic. Gomez Parada, apoderado de la Sra. Peña de Bazaine, hizo observar que el enladrillado de la azotea de la casa núm. 10, es igual al del pedazo en que están las citarillas, así como que hay un chaffín mal hecho en la parte baja de la nueva citarilla en la parte que ve al Norte; después que el Lic. Pardo, por la parte apelante manifestó, cómo la parte de la azotea comprendida entre ambas citarillas, tiene el desnivel ó inclinación para que corra el agua llovediza de Norte á Sur, contradiciendo el Lic. Parada, quien dijo que la nueva citarilla descansa sobre la parte más inclinada al número nueve.

Resultando, décimo sétimo: que hecha publicación de probanzas y señalado día para la vista, se verificó ésta á la hora señalada en los días 24 y 26 del próximo pasado Agosto, en cuyo día se declararon vistos los autos, habiendo informado los abogados de las partes y dejado apuntes de sus informes.

Considerando, primero: que el interdicto de obra nueva entre particulares, procede cuando alguno se cree perjudicado en sus propiedades con alguna obra nueva que se esté construyendo por otro, y al proponerse deben acompañarse al escrito en que se verifique, los documentos justificativos, esto es, los comprobantes de propiedad y de la obra nueva que se está ejecutando, precisándose con claridad el perjuicio que en ella se cause á aquella, al referir los hechos de la demanda, ó rendirse información testimonial sobre los dos primeros extremos: y que la Sra. Peña de Bazaine, al interponer el interdicto de obra nueva por la destrucción de la citarilla y construcción de la obra de que se trata en estos autos, no acompañó ninguno de los indicados documentos, ni rindió en su defecto la información de testigos, sino simplemente acompañó los documentos ameritados en el Resultando segundo; en ninguno de los cuales se describe la casa núm. 10 del callejón de Santa Clara, precisando con claridad sus linderos al Norte, por cuyo viento linda con la casa núm. 9, para conocer por solo la lectura de ellos, que la destrucción y construcción de la citarilla ejecutada por el dueño de la casa núm. 9, puede perjudicar á la casa núm. 10, en el concepto claro y únicamente precisado en la demanda, esto es, el de *apropiarse lo que no le pertenece*.

Considerando, segundo; que el perjuicio reclamable por medio del interdicto de obra nueva, no es el de perturbación de la posesión por la ejecución de obras que tiendan directamente á una usurpación violenta de la *posesión* del quejoso, ni menos el de el despojo *de ella*; porque en el primer caso, procede el interdicto de retener, conforme al art. 1170 del Código de Procedimientos Civiles, y en el segundo el de recobrar conforme al art. 1184 del mismo Código; sino el perjuicio que se causa á la *propiedad del quejoso*, sin que por perjuicio sea jurídico entender *ocupación de la propiedad*; y que la Sra. Josefa Peña de Bazaine, en el interdicto de obra nueva sobre que resuelve esta Sala, reclamó el perjuicio de que con la destrucción *de la antigua citarilla y construcción de la nueva, el dueño de la casa número nueve del callejón de Santa Clara, se apropiaba la superficie comprendida entre ambas citarillas, perteneciente á la casa núm. 10*; hecho por ella misma, determinado como *coronamiento del despojo* en la carta de 11 de Julio de 1888, ameritada en el Resultando décimo, y de quejarse de destrucción de cosa ajena, robo con violencia y allanamiento de morada, ante el Juez 3º correccional, y hecho que presenta indiscutiblemente los caracteres de la perturbación de la posesión, mientras no determinen las obras con que se verifica, y con lo cual se consumaría el despojo de ella en caso de haberse tenido con arreglo á los arts. 1170 y 1182 citados; y cuando la ley establece los procedimientos para reclamar la violación de un derecho y la naturaleza de la acción, solo por convenio expreso hecho en la forma por la ley prevenida, pueden alterarse dichos procedimientos, y en el caso, ni se presentó ni ha habido convenio legal, en cuya virtud, se obligasen las partes á discutir en juicio la cuestión presente, conforme á lo prevenido para los de obra nueva.

Considerando, tercero: que en la primera instancia del juicio, por parte de la Sra. Peña de Bazaine se intentó probar que clandestinamente se derribó la pared divisoria de ambas casas sobre que descansaba la antigua citarilla destruida, y se levantó la que hoy divide las salas de las casas núms. 9 y 10, usurpándosele á la última la parte en que la primera resultó ensanchada, intentándose probar con ello la alegación hecha en la demanda, á saber: que con la destrucción y construcción de citarillas, se apropia el dueño de la casa número 9, el área comprendida entre ellas como azotea de la parte de pieza clandestinamente

usurpada, y en informe á la vista de los autos se precisó que con aquellos hechos el perjuicio se sufría en la *posesión de la servidumbre* sin denominar qué servidumbre, quizá queriendo significar la *de uso*, y que además de ser prohibido, despues de contestada la demanda, variar el fundamento de ella, es variación contraria del hecho alegado como fundamento del interdicto é intentado probar dentro del término y cuestionable, pues pudo acontecer que siendo de un mismo dueño las casas 9 y 10, del callejon de Santa Clara, ese dueño hubiera prolongado al Sur la sala de la casa núm. 9, sin variar la citarilla existente en el techo sobre la pared primitivamente medianera afirmada, en cuyo caso no es indiscutible la afirmación de que en ese hecho constituyó servidumbre de *uso* de la parte prolongada del techo de la casa núm. 9, en favor de la casa núm. 10, por no haberse removido la citarilla hasta colocarla sobre la nueva división, toda vez que pueda afirmarse igualmente la constitución de servidumbre de corriente de aguas pluviales en favor de la núm. 9, dados el nivel é inclinación de la superficie de aquella parte de techo con relación á todo el de la casa núm. 10, y no está en las facultades del Tribunal afirmar ni negar el supuesto, ni determinarse por ninguno de los extremos, atento á lo alegado en el escrito de demanda.

Considerando, cuarto: que en la vista de ojos practicada por este Tribunal, quedaron establecidos y comprobados los hechos de no corresponder la división de las casas núms. 9 y 10 á la indicada por sus fachadas, sino prolongaron al Sur la casa número nueve; de ser al Sur hasta la inclinación de la azotea comprendida entre la antigua y la nueva citarilla; de éstas la última levantada sobre la azotea actual de la sala de la casa núm. 9, tocando por su paño Sur el que sería Norte de la actual divisoria si emergiese del techo; y de tener un desagüe provisional en su parte más baja, que derrama en la azotea actual de la casa núm. 10, hácia la cual corría libremente el agua pluvial por toda la altura del techo antes de la construcción de dicha nueva citarilla, y por esos hechos está *plenamente probado*: que la nueva citarilla está construyéndose en la azotea actual de la casa núm. 9; que la agua pluvial corre hácia ella de Noreste á Sureste, y por ella es desviada hácia el agujero ó desagüe abierto en su parte más baja por donde pasa á la azotea actual de la casa núm. 10; que en caso de obstrucción de ese desagüe, el agua pluvial haría remanso sobre la actual azotea de la ca-

sa núm. 9, sin perjudicar las vigas del techo de la casa núm. 10, antes de haber perjudicado las de la casa núm. 9, perjuicio que no es racional suponer se lo haga á sí mismo el propietario de la casa núm. 9, quien repetidas veces tiene manifestado haberse abierto el desagüe indicado y no haberse variado en sentido inverso la actual inclinación de la azotea en cuestión, en virtud de la suspensión de la obra, decretada por el Juzgado 3º de lo civil, ni menos cuando la parte actora ha convenido en la provisionalidad de dicho desagüe y en su causa.

Considerando, quinto: que aun en el supuesto de que el perjuicio posible al techo actual de la casa núm. 10, del callejón de Santa Clara por el remanso posible de las aguas pluviales en la azotea actual de la casa núm. 9, en virtud de obstrucción ó indeficiencia del desagüe provisional abierto en la parte más baja de la nueva citarilla fuese un hecho, esto es, que haya un remanso que llegue á filtrarse en el techo, causando así el deterioro de las vigas de la casa núm. 10; este hecho no se alegó ni se probó como fundamento de la promoción del interdicto sino que, como aparece en el Resultando primero, el interdicto se promovió á efecto de que se mandase reconstruir la antigua citarilla y destruir la nueva; *porque en la construcción de ésta y destrucción de aquella, el dueño de la casa núm. 9, se apropia lo que no le pertenece*, esto es, la parte de fábrica comprendida entre ambas citarillas; y al declarar el inferior procedente el interdicto, confirmar la suspensión de la obra que lo motivó y mandar reponer las cosas al estado que antes tenían por considerar probada la existencia de aquel agujero, remanso de aguas, filtración y destrucción de vigas, y no por el de que con la destrucción y construcción de citarillas referidas en la demanda, se apropia el dueño de la casa núm. 9, lo que no le pertenece y falló sobre cosa y cuestión no comprendidas en la demanda, y omitió resolver sobre la cosa y cuestión que fueron objeto de ella.

Considerando, sexto: que las inspecciones judiciales y dictámenes de los peritos han probado plenamente que la sala de la casa núm. 9 llega hasta la pared que la divide de la casa núm. 10; y que en la correspondencia del linde de su paño que ve al Norte, comenzó á levantar la nueva citarilla el representante de la dueña de la casa núm. 9 sobre vigas de su techo despues de haber destruido la antigua citarilla que igualmente descansaba sobre vigas



cerca del medio del propio techo; que la destrucción y construcción de que se trata han sido ejecutadas dentro de la superficie de pertenencias actuales de la casa núm. 9 y que la ejecución de esas obras, mientras en la vía y forma correspondientes no se pruebe y declare lo contrario, es legítima, atento á que, conforme á la fracción 2.<sup>a</sup> del art. 997 del Código Civil y 999 del mismo, la citarilla destruida pertenecía exclusivamente al dueño de la casa mencionada y á que la construcción ó no construcción de la nueva está sujeta á su voluntad señorial, salvo las restricciones, por alguna servidumbre establecidas, conforme al art. 731 del Código Civil; que la parte de la Srita. Bringas alegó haber hecho las obras, materia del interdicto de obra nueva, en uso de los derechos de dominio; y que la parte de la Sra. Peña de Bazaine interpuso el interdicto no porque *con aquellas obras se perjudicase alguna servidumbre de que estuviera en propiedad especificándolo y probándolo en tiempo y forma* con arreglo al art. 1,035 del Código Civil sino porque en dichas, el ejecutor de ellas *se apropió lo que no le pertenece*, significando el dominio de la parte de finca comprendida entre la nueva citarilla y la antigua y el material de ésta; cuestión sobre la cual no se puede pedir ni declarar en ningún interdicto, ni aun por procedimiento convencional expreso; porque motivaría, que la misma cuestión pudiese después ser litigada por las mismas personas en vía ordinaria según los arts. 1,134, 1,135, 1,137, 1,138 y 1,181 del Código de Procedimientos Civiles.

Considerando, séptimo: que atento á lo expuesto en los considerandos primero y segundo por parte y á los hechos ameritados en los resultandos décimo y décimo tercero; las pruebas por ambas rendidas sobre la propiedad y antiguo estado de las casas en cuestión, tal como ahora se hallan en cuanto á división de piezas, es contra derecho; porque en los interdictos no deben recibirse pruebas en cuanto á la propiedad y en el de obra nueva solo son admisibles las de ella y el perjuicio que con ella se cause á la propiedad, y la reclamada y probada se caracteriza de usurpación de la propiedad y no de simplemente perjudicial á ella, por otra causa, evidenciándose así, que por parte de la Sra. Peña de Bazaine, no ha habido temeridad sino error en la especie de interdicto interpuesto.

Por las consideraciones que preceden y con fundamento de los arts. 21, 1138, 1170, 1184,

1195, 1202, 358, 359, 360, 554, 558, 559, 561, 567, 603, 604, 605, 606, 607, 685 y 687 del Código de Procedimientos Civiles, se falla:

Primero: Se revoca la sentencia apelada, y se declara improcedente el interdicto y en consecuencia se levanta la suspensión de la obra nueva emprendida por la Srita. Bringas, la cual obra puede continuar.

Segundo: No se hace especial condenación en costas. Hágase saber y con testimonio de esta resolución vuelvan los autos principales al inferior para los efectos legales y archívese el Toca. Así por mayoría lo proveyeron los CC. Presidente y Magistrados que formaron en este negocio la tercera Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito y firmaron, siendo ponente el Sr. Magistrado Carabantes: hoy quince de Octubre en que hubo timbres.—*E. Zubiaga.—P. G. Montes.—A. de B. y Carabantes.—Angel Zavala.*

Voto particular del Magistrado  
González Montes.

Los hechos, las suposiciones legales y los razonamientos que contienen los autos que la Sala ha tenido á la vista, demuestran la procedencia del interdicto que la Sra. Josefa Peña de Bazaine promovió contra la Srita. Angela Bringas con motivo de la obra nueva que el apoderado de esta última mandó ejecutar en la azotea de la casa núm. 9 del callejón de Santa Clara contigua á la núm. 10 del mismo callejón.

Esa obra consiste en la destrucción de una citarilla, que antes de ejecutarse aquella, dividía las azoteas de las dos casas citadas y en la construcción de una nueva barda que actualmente las separa.

La citarilla derribada en el extremo alto del muro que corre de Oriente á Poniente; muro que mirado desde la azotea y proyectándose hasta la parte del suelo indica, que las construcciones del lado del Norte pertenecen á la casa núm. 10 y las del Sur á la núm. 9.

La barda que últimamente se estaba haciendo, es paralela á la citarilla antigua y no corresponde á pared alguna que divida las dos casas por medio de una línea tirada de Oriente á Poniente, como antes sucedía, sino que sufre un desvío como de tres metros que hace que entre la derribada y la nueva se note una desviación; pero que estando dentro de la sala de la núm. 10, se vé que ahora, el techo de esa pieza, corresponde con su suelo; porque la del núm. 9 avanza hacia el Norte y ocupa cerca

de tres metros de la núm. 10, habiendo entre ambas salas un tabique que las separa, y arriba de él, está la nueva citarilla descansando no sobre su muro, sino sobre tres vigas que se dice se colocaron cuando se varió la extensión de las dos piezas que forman el frente de las casas referidas.

No consta con certeza, en autos en qué época y por quién se hizo aquella variación que dió por resultado que la línea que dividía las azoteas, no correspondiese con el tabique que separa las salas; pero con la obra nueva si hay esa correspondencia, supuesta la posición que guarda la citarrilla en construcción y el derribo de la antigua.

A esos hechos se refiere la parte actora en su escrito de trece de Marzo de 1889; refiriendo tambien el procedimiento criminal que, por queja suya, tuvo lugar en el Juzgado 3.º Correccional, fecha 13 de Julio de 1888, en el que se declaró que no había lugar á proceder contra el apoderado de la dueña de la casa núm. 9 del callejón de Santa Clara, declaración hecha el 5 de Septiembre del mismo año de 1888.

En el escrito del 13 de Marzo expresado se enabló el interdicto de obra nueva, apoyándose el actor en el hecho de la construcción de la nueva citarilla, levantada sobre vigas de un modo peligroso por su peso y pidiendo con arreglo al art. 1,201 del Código de Procedimientos Civiles, se mandara suspender la construcción y á su tiempo se repusieran las cosas al estado que guardaban, y aunque en ese escrito se habla de apropiación de lo que no pertenece, de abuso de la ley y violación de la Constitución, estas frases solo significan desahogos del interés ofendido, mas no expresiones que indiquen demanda de despojo ú otro pedido diverso del referente al de la obra nueva.

Así es que presentada la demanda en los términos expresados, acompañada de varios recados consistentes en los testimonios públicos de las escrituras de propiedad de la casa núm. 10 del callejón de Santa Clara, y uno de la de arrendamiento de ella se proveyó por el Juez 3.º de lo civil, la suspensión de la obra denunciada, ejecutándose por el Secretario actuario lo mandado en forma legal y se citó para la junta respectiva, y en ella el apoderado de la dueña de la casa núm. 9 del mencionado callejón se opuso y protestó los daños, perjuicios y costas, solicitando la declaración de que no ha lugar á ratificar dicha suspensión ni á restituir las cosas al estado que antes tenían.

La demanda y la contestación referidas, formaron el cuasi contrato que se celebra en los juicios sumarios, quedando establecido que la acción intentada era la relativa al interdicto de obra nueva, pues el demandado no combatió su naturaleza ni la forma del procedimiento.

Abierto el juicio á prueba por el termino de la ley, se rindieron justificaciones documentales, testimoniales, inspecciones oculares y dictámenes de peritos que dieron por resultado, que la casa número diez del callejón de Santa Clara, pertenece á la señora Josefa Peña de Bazaine; que la citarilla destruida correspondía á la pared que antes dividía aquella casa y la número nueve; que la sala de esta se introduce cosa de tres metros en la de la primera; que ahora están separadas las dos casas en las piezas del frente por solo un tabique, el que no forma línea recta con el muro divisorio en toda la extensión de Oriente á Poniente; sino que sufre una desviación, que la nueva barda está colocada arriba de ese tabique y sobre tres vigas de las cuales la de enmedio es más nueva que las otras dos; que en la citarilla que se está construyendo, hay un agujero en su basamento por donde pasan las aguas de la azotea de la casa número nueve, que deben causar el pudrimiento de las vigas de esta última.

De esas pruebas estudiadas en su esencia, se desprenden dos hechos principales: que existe obra nueva, mandada hacer por el apoderado de la dueña de la casa número nueve del callejón de Santa Clara; que esa obra perjudica á la propietaria de la número diez, dos hechos que dan lugar al interdicto prohibitorio y restitutorio denominado denuncia de obra nueva. (Art. 1195 C. P. C.)

Ese interdicto únicamente requiere para su procedencia legal, la existencia de la obra nueva y el perjuicio que ella causa; pero no que, el que la promueve justifique la posesión de la propiedad lesionada; pues aunque rigorosamente hablando, todos los interdictos son posesorios porque versan sobre la posesión, sobre esta no solo se puede pretender su adquisición, retención ó recobro, sino también el uso de ella y expedito, que se impide ó embaraza, haciendo, quitando ú ocultando alguna cosa.

La parte actora, es cierto que presentó los títulos de la propiedad de su finca; mas no lo hizo para demandar lo que cree se le ha usurpado, pues solo es materia de un juicio plenario, sino para obsequiar las disposiciones de los arts. 1141 y 1102 del Código de Procedimientos Civiles, que establecen: aquel, "Que no puede usar del interdicto de obra nueva el que

posee la cosa con título posesorio" y la propiedad, si bien es sabido es el mejor título para la posesión y éste; «Que al escrito se acompañarán igualmente los documentos en que se funde la demanda.»

Así mismo es cierto, que la actora habló en su demanda de apropiación de cosa ajena, de abuso y de infracción legal; pero determinó con claridad cual es la clase de prestación que exige del demandado y el título ó causa de la acción, cumpliendo así con la disposición del art. 25 del citado Código; pues intentó el interdicto de obra nueva, pidiendo la no continuación de ella y su demolición.

Se objeta contra la procedencia del interdicto de nueva obra que en la demanda, no se expresó que el perjuicio consistía en el paso de las aguas por la azotea núm. 9 á la núm. 10 por el agujero hecho en el basamento de la nueva citarilla; sino que eso fué establecido por los peritos; pero ese hecho fué una consecuencia de la construcción de la barda y él consta en las diversas diligencias de inspección ocular, sin que sirvan de obstáculo su provisionalidad y el ofrecimiento de que se seguirá el conducto y se dará á la azotea el nivel conveniente.

Además, en los interdictos de la naturaleza del que se trata, el perjuicio que ocasionan las obras nuevas no se conoce en toda su extensión; y el resultado de sus observaciones necesariamente debe aprovechar ó perjudicar á los contendientes; aunque ellos desde un principio no hayan podido calcular el resultado. Basta para la acción jurídica, que competa la creencia que se tenga de un perjuicio, si este se establece durante el procedimiento, y se justifica plenamente durante la dilación probatoria.

El fallo apelado por parte de la demanda está hecho con arreglo á derecho y sus fundamentos están basados en constancias de los autos que no dan lugar á extravíos jurídicos, si se estudian y analizan en el escrito de la ley, en el de la práctica establecida por los Tribunales y con el de las opiniones de los autores.

Empleando ese criterio, se tienen que dejar á un lado las cuestiones sobre propiedad, sobre servidumbre, sobre despojo y otras en que se distrajeran los contendientes, que no son materia de la obra nueva, y ocuparse únicamente de la denuncia de la demanda, de los términos de la contestación, del cuasi contrato que de ellas resultó, de las pruebas producidas y de los razonamientos sólidos que aparecen en primera y segunda instancia y se dirijen á establecer los predios y á explicar el derecho.

Lo expuesto es el motivo que me determinó á no estar conforme con la respetable opinión de mis distinguidos compañeros los señores Zubiaga y Carabantes, influyendo mucho en aquello la manera clara y precisa en que el Juez de primera instancia Sr. Mateos Alarcón, estableció los hechos y trató los puntos de derecho, todo lo cual reproduzco en unión de lo que dejó asentado y me sirve para fundar este voto particular que consiste en conformarme en todas sus partes con la sentencia de primera instancia, pronunciada el veintitres de Marzo del corriente año sin que haya en esta segunda lugará condenación de costas ni en daños y perjuicios, como lo pretende la parte actora, por no haber tenido temeridad ni otro motivo.

México, Agosto veintiseis de mil ochocientos noventa y uno.—P. G. Montes.

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO FEDERAL (3.ª SALA)

Magistrados: José P. Mateos.

„ „ E. Zubiaga.

„ „ Manuel Mateos Alarcón.

Secretario: Angel Zavalza.

CAUCION *judicatum solvi*.—¿Cuándo está obligado á prestarla el actor?

ID.—¿En orden á ella ¿deben los jueces sujetarse á lo que dispongan las leyes extranjeras?

ID.—¿Puede ser ilimitada?

México, Agosto 10 de 1892.

Vistos los autos del juicio seguido por la Sra. Sofía Cousté de Minvielle contra la Sra. Juana Cousté de Cusson por la nulidad de la venta de unas casas, en el punto relativo al otorgamiento de la fianza de citar á derecho.

Resultando, primero: Que por ejecutoria de la 4ª Sala de este Tribunal se declaró que la Sra. Cousté de Minvielle está obligada á prestar la caución *judicatum solvi* ó de estar á derecho en los términos que previene el art. 938 del Código de Procedimientos Civiles.

Resultando, segundo: Que devueltos los autos al Juez 2º de lo civil la Señora demandante propuso como fiador al Sr. Gregorio Ortiz el cual fué aceptado por dicho funcionario, quién mandó por auto de 17 de Marzo último que otorgase la fianza respectiva por la cantidad de \$3,000.

Resultando, tercero: Que la Señora demandada apeló de ese auto y admitió el recurso en ambos efectos, se ha sustanciado la segunda instancia en los términos que previene la ley.

Considerando, primero: Que el art. 938 del Código de Procedimientos declara que, si el demandante es extranjero ó transeunte, es también excepción dilatoria la del arraigo personal ó de fianza de estar á derecho, en los casos y en la forma que en el Estado ó Nación á que pertenecen, se exigiere á los ciudadanos del Distrito Federal.

Considerando, segundo: Que de este precepto se infiere que los Jueces están obligados á sujetarse estrictamente á las leyes de la Nación á que pertenezca el actor sobre el otorgamiento de la fianza respectiva y por consiguiente para determinar la extensión de la responsabilidad del fiador.

Considerando, tercero: Que el art. 16 del Código Civil de la República Francesa á cuya Nación pertenece la Señora demandante, declara que en todos los asuntos, excepto los mercantiles, el extranjero demandante estará obligado á dar caución por el pago de gastos, daños y perjuicios resultantes del primero, cuyo precepto fué reproducido por el art. 166 del Código de Procedimientos Civiles, allí vigente, el cual ordena que los extranjeros demandantes están obligados á otorgar, á instancia de los demandados, fianza que garantice el pago de los gastos, daños y perjuicios á los cuales pueden ser condenados.

Considerando, cuarto: Que la extensión de la responsabilidad del fiador no es ilimitada según los principios aceptados por la legislación francesa, pues el art. 167 del Código de Procedimientos Civiles, ordena que la sentencia que decreta la fianza fije la suma hasta la concurrencia de la cual se otorgar.

Considerando, quinto: Que de lo expuesto se infiere que la Señora demandante no está obligada á otorgar la fianza decretada por la ejecutoria de la 4ª Sala por una cantidad ilimitada, como pretende la Sra. Cousté de Cusson y que el Juez 2º de lo Civil, que señaló la cantidad de \$3,000 como límite de la fianza, obró conforme á derecho.

Considerando, sexto: Que dada la cantidad del interés que se versa en el juicio, no se puede decir que la fianza exigida por el juez sea insuficiente; y no hay dato alguno que haga suponer que así sea.

Por lo expuesto, con fundamento de los preceptos citados y del art. 143 del Código de Procedimientos Civiles se falla:

Primero, se confirma el auto de 18 de Marzo último, por el cual mandó el Juez 2º de lo civil que la Sra. Cousté de Minvielle otorgase fianza de estar á derecho por la cantidad de \$3,000.

Segundo: No se hace expresa condenación en costas. Héase saber y con testimonio de este fallo remítanse los autos al inferior para los efectos legales y archívese el Toca. Así por unanimidad lo proveyeron los Sres. Magistrados de la 3ª Sala del

Tribunal Superior de Justicia del Distrito y firmaron, siendo ponente el Sr. Magistrado Mateos Alarcón.—José P. Mateos.—E. Zubiaga.—Manuel Mateos Alarcón.—Angel Zavalza, secretario

#### JUZGADO 3º MENOR DEL DISTRITO FEDERAL.

Juez: M. Patiño Suárez.

Secretario: Joaquín Antonio Ramos.

ACTOR.—¿Debe probar su acción?

EXCEPCIONES.—¿Debe probarlas el reo?

NEGACION.—¿La de la demanda impone el *onus probandi* exclusivamente al actor?

CONFESION.—La hecha en materia civil, ¿debe aceptarse de una manera individual?

México, Agosto 29 de 1892.

Vistos estos autos del juicio verbal ordinario promovido por Don Salvador Rodríguez patrocinado y representado sucesivamente por el Licenciado Agustín Verdugo contra Don Angel Prieto Alvarez por sí y representado posteriormente por Don Joaquín Aduna, siendo los interesados vecinos de esta Capital, al tiempo de la celebración del juicio.

Resultando, primero: Que á moción del actor se citó al Sr. Prieto Alvarez, para que contestara la demanda que se le promovía, sobre pago de la suma de \$200 provenientes de mutuo con más los intereses á contar desde la fecha de la demanda, pues que ningunos se pactaron, así como que se notificara de arraigo conforme al art. 333 del Código de Procedimientos al expresado Señor Prieto Alvarez.

Resultando, segundo: Que notificado el Sr. Prieto Alvarez sobre que no se separara de la Capital sin dejar apoderado instruido y expensado que respondiera á las resultas del juicio y señalado día para la celebración del mismo y en la audiencia respectiva el Sr. Rodríguez por voz de su patrono el Lic. Verdugo, reprodujo por vía de demanda su primera comparecencia, contestando el Sr. Prieto Alvarez que negaba la demanda porque nunca había solicitado dinero del actor, insistiendo éste en su pretensión y mandando el Juzgado se recibiese el juicio á prueba por el término de la ley.

Resultando, tercero: Que durante la dilación probatoria concedida, la parte actora rindió la testimonial y de confesión por medio de posiciones, dando por resultado que los testigos Sres. Domingo Soto y Alvaro Alvarez declarasen que el Sr. Salvador Rodríguez había pedido á Alvaro Alvarez la cantidad de \$200 expresando por que así se los dijo Rodríguez que

eran para prestárselos al Sr. Angel Prieto Alvarez: que solo el testigo Alvaro Alvarez declaró ser cierto que le había contado Prieto Alvarez, no había pagado los \$200, porque eran por cuenta de Pou, conviniendo los dos testigos en que el actor es una persona honorable.

Resultando, cuarto: Que la prueba de posiciones dió por resultado que el demandado confesase ser cierto que conocía desde hace algún tiempo al Sr. Rodríguez, que lo había tratado bastante en esta ciudad: que había recibido del Sr. Rodríguez \$200 pero por orden del Sr. Pou y por cuenta de su asignación como escritor del "Correo Español" para defender los intereses del Salvador, correspondiente dicha asignación al mes de Junio: que le han cobrado dicha suma, pero que no la ha pagado por la razón anterior: que es cierto que le han dirigido cartas cobrándole: que el absolvente escribió á Rodríguez una carta y que en ella le dice que no le paga, por la razón que ha expuesto al contestar la cuarta posición: que es cierto que ha sido socio de la empresa periodística que gira bajo el nombre de "El Correo Español:" que como socio de la imprenta de "El Correo Español" la adquirió con dinero ministrado por el Representante de la República del Salvador en México; pero que el Sr. Pou hizo la ministración con objeto de que la imprenta sirviera de base para defender los intereses de la República del Salvador: que tambien es cierto que la suma que recibió para ese objeto fué la de \$1600.

Resultando, quinto: Que el demandado promovió la prueba de confesión por medio de posiciones así como la documental consistente en un recibo que dijo obraba en poder del actor y el que pedía se le mandara exhibir, así como una carta con el sello de la Secretaría particular de la Presidencia de la República del Salvador, firmada por un Sr. G. Pou y un telegrama dirigido de la Ciudad del Salvador al redactor de "El Correo Español" firmado con el nombre de Antonio, tratándose en el contenido de dicha carta de negocios relativos á subvención de \$200 al periódico "El Correo Español" y en el telegrama, de defensa en dicho periódico del Gobierno del Salvador.

Resultando, sexto: Que el recibo que pidió el demandado exhibiera el actor, no fué presentado pues el personero del Sr. Rodríguez, Lic. Verdugo, manifestó no le era dable exhibirlo en razón de que según instrucciones que había recibido del Sr. Rodríguez dicho documento no

existía en el archivo de la Legación de la República del Salvador.

Resultando, séptimo: Que por lo que hace á la diligencia de posiciones que articuló el demandado al actor, éste negó todas las preguntas que se le hicieron, por lo que se puede decir, no produjo resultado de ninguna especie á favor del promovente.

Resultando, octavo: Que á petición del demandado y renunciando el término que por la ley le correspondía para tomar apuntes, se mandó hacer publicación de probanzas y poner los autos á la vista de la parte del Sr. Rodríguez por 5 días, citándose después para alegar, sin que haya constancia de la concurrencia de las partes á dicha diligencia y solo síde que el Lic. Verdugo exhibió apuntes, y por último se citó para sentencia.

Considerando, primero: Que el que afirma está obligado á probar y que en consecuencia el actor debe probar su acción y el reo sus excepciones y que el que niega no está obligado á probar—arts. 354 y 355 del Código de Procedimientos—y supuesta la negativa formal que hizo de la demanda el Sr. Prieto Alvarez, en el presente caso, la prueba exclusivamente corresponde al actor Sr. Salvador Rodríguez.

Considerando, segundo: Que supuesto lo asentado en el considerando anterior, es necesario examinar las pruebas rendidas por dicho Sr. Rodríguez para darles el valor que por la ley les corresponda; y esto supuesto desde luego puede decirse que la testimonial no dió el resultado que se propuso el actor, pues aunque los testigos fueron mayores de toda excepción, al contestar la sexta pregunta del interrogatorio respectivo, dijeron: uno que no le consta y otro que la ignora y siendo la única relativa al contrato de mútuo que se dice celebrado entre los litigantes, es claro que dicha prueba no puede considerarse eficaz por faltarle los requisitos marcados en las fracciones II y III del art. 562 del Código de Procedimientos citado.

Considerando, tercero: Que por lo que hace á las posiciones, si bien es cierto que al articularse la tercera al demandado, contestó: que recibió por orden del Sr. Pou los \$200 y por cuenta de su asignación como escritor de "El Correo Español" para defender los intereses del Salvador, siendo correspondiente dicha asignación al mes de Junio, esto no obstante, lo dicho no es suficiente para que esa confesión haga prueba plena, respecto á la acción deducida, que es de mútuo por \$ 200; pues que la confesión para que haga prueba plena, es ne-

cesario que sea de hecho propio y concerniente al negocio--frac. III del art. 546 del Código citado, y es evidente que no concierne al negocio, objeto de este litigio, el confesar que se han recibido \$ 200 por subvención y no por mutuo.

Considerando, cuarto: Que á lo dicho en el anterior hay que agregar que, según la doctrina de los tratadistas, la confesión hecha en los casos como el presente debe calificarse de individual, esto es, que de los dos hechos confesados no se pueden separar el uno del otro, de tal manera que en el caso en cuestión no se puede aceptar que el Sr. Prieto haya recibido del Sr. Rodríguez \$200, si no es aceptando también el que haya sido por subvención y no por mutuo, á no ser que el actor hubiese probado la falsedad de la circunstancia agregada, es decir, que hubiera justificado la existencia del mutuo. A este respecto el Sr. Don Emilio Reus, en su obra de la ley de Enjuiciamiento civil de 3 de Febrero de 1881, en el tomo segundo, página 41, dice: Reunidos bajo la denominación de confesión en juicio, el juramento y la conocencia que las leyes de partida regulaban aisladamente, hay que tener en cuenta que hoy cuando la confesión se preste bajo juramento decisorio, hará prueba para las dos partes, en pro ó en contra del confesante conforme al párrafo 1º del art. 580 de esta Ley de Enjuiciamiento. Aun prestada bajo juramento indecisorio, en cuyo caso solo perjudica al que confiesa, sabido es que éste puede agregar las explicaciones que estime convenientes (art. 586) y si las agrega serán diferentes los efectos de la confesión, según deba calificarse de dividua ó individual: si es dividua, como si al confesar una deuda, se añade que se ha pagado, tendrá entera aplicación lo prescripto en la ley de partida y la circunstancia agregada, no perjudicará al contrario, mientras el confesante no la pruebe; pero si es individual, como si al confesar el recibo de una cantidad, se añade *que se recibió en pago de una deuda*, como en el presente caso no podrá tomarse una parte de la confesión sin la otra; y para que perjudique al confesante, tendrá que probar su adversario la falsedad de la circunstancia agregada."

Considerando, quinto: Que por lo que respecta á la prueba del demandado no es preciso entrar en el examen de ella, supuesto que no le tocaba rendirla.

Considerando, sexto: Que cuando el actor no prueba su acción será absoluto el demandado, art. 604 del Código de Procedimientos.

Considerando, séptimo: Que la providencia de arraigo no tiene razón de ser, cuando el demandado es absuelto y por consiguiente que debe levantarse dicha providencia en este juicio.

Considerando, octavo y último: Que la condenación en costas se hará cuando la ley lo prevenga ó cuando á juicio del Juez se haya procedido con temeridad ó mala fe, art. 143 del Código referido y en el caso de que nos ocupamos, no hay prevención legal para hacer dicha condenación, ni á juicio del suscrito ha habido temeridad ó mala fé de parte de los litigantes.

Por tales consideraciones y con fundamento de las disposiciones legales citadas, se falla: Primero El actor Don Salvador Rodríguez no ha probado su acción y en consecuencia es de absolverse y se absuelve al demandado, Don Angel Prieto Alvarez de la demanda que en su contra tiene promovida á el expresado Sr. Rodríguez sobre pago de la cantidad de \$200 procedentes de mutuo. Segundo. Se levanta el arraigo decretado en contra del referido Don Angel Prieto Alvarez. Tercero; No se hace condenación en costas.

Notifíquese. Asi definitivamente juzgando lo sentenció el Señor Juez tercero menor Licenciado Manuel Patiño Suarez y firmó. Doy fe. —*M. Patiño Suarez.*—*Joaquín Antonio Ramos.* Secretario.

## INSERCIONES.

*APUNTES de informe en el recurso de casación interpuesto por la Sra. Doña Martina Rodríguez Arana contra la sentencia definitiva dictada en el juicio que siguió con D. Francisco de P. Castro, sobre negación de servidumbre de luz y aire que reporta la casa Núm. 6 de la calle del Mirador de la Alameda á favor de la Núm. 5 de la misma calle.*

(CONTINÚA.)

Esta prevención debe regir no obstante, que el art. 828 del mismo cuerpo de leyes establezca la presunción de propiedad en favor del que posee para todos los efectos legales, porque no existe tal presunción en materia de servidumbres. En consecuencia, no debe pretenderse que el actor en la acción negatoria sea el que tenga que probar la inexistencia de la servidumbre, en cumplimiento del art. 356 del Código de Procedimientos.

Los considerandos de la sentencia del 1 al 5, que rigen su parte resolutive establecen la tesis contraria.

Sin hacer mención del art. 1035 del Código Civil, sostiene la ejecutoria en esos considerandos que la Sra. Rodríguez Arana ha estado en la obligación de probar la libertad de su predio de la servidumbre de luz y aire, porque el Sr. Castro tiene á su favor la presunción legal de ser propietario de la servidumbre, en virtud de estar en posesión de ella, según lo comprueba la sentencia dictada en el interdicto de recobrar que intentó cuando se le quiso impedir el uso de esa servidumbre, obstruyendo la ventana con vidrios de color.

El considerando 4º sostiene que ninguna prueba rindió la parte actora para justificar la libertad de su predio, y la obligación de su colitigante de cerrar la ventana por donde disfruta de la servidumbre, que fueron los puntos á que se redujo la demanda.

Para saber si la sentencia ha cometido las violaciones á que se refiere la señora recurrente en el capítulo que examino, se hace necesario estudiar y resolver la siguiente cuestión:

¿A quién incumbe la prueba: al propietario que reclama la libertad de su predio ó al que está en posesión de la servidumbre?

Este punto ha sido muy debatido entre los jurisconsultos, y generalmente se admite, que el reo debe probar la existencia de la servidumbre, porque la propiedad se presume siempre libre, y ha llegado á ser un principio que quien intenta la acción negatoria solo tiene que probar su dominio, y que el peso todo de la prueba recae sobre el demandado.

La posesión de la servidumbre, se dice, aún reconocida en el interdicto de recobrar, en nada puede cambiar esta conclusión, porque consistiendo en un hecho, es incapaz de gravar el derecho de propiedad con una servidumbre que solo puede constituirse por contrato, por testamento ó por prescripción.

La propiedad, se agrega, es el derecho de disponer de una cosa sin limitación alguna; luego la posesión anual de una servidumbre no puede constituir en favor del demandado en el juicio plenario, un título que obligue al actor á probar que la servidumbre no existe. Esto sería imponerle la obligación de probar una negativa, la falta del contrato, del testamento, ó de la prescripción, lo cual es imposible de hacer, contrario á las enseñanzas del derecho.

Por tanto, la posesión aun reconocida en el interdicto de recobrar, no puede producir efecto alguno en el juicio plenario, ni libertar al reo

del peso de la prueba, sino que este tiene que justificar el título, en virtud del cual goza de la servidumbre.

Molitor, que sostiene enérgicamente esta tesis, dice: «El actor que intenta la acción negatoria, llamada también VINDICATIO LIBERTATIS, por el solo hecho de probar su dominio, prueba también, á lo menos hasta que se justifique lo contrario, que su propiedad está libre. En efecto, qué significa probar el dominio? No es probar que se tiene el derecho más absoluto sobre la cosa, que se tienen todos los derechos para disponer de ella, para excluir á tercera persona de todo derecho sobre la misma cosa? La prueba del dominio implica por tanto, la prueba de la libertad, porque la propiedad no es más que la libertad del dueño sobre la cosa, luego el que pretende que la cosa no está libre, que la libertad del propietario está restringida debe suministrar la prueba de ese hecho.» De la Poss. núm. 137.

Entre nosotros se quiere sostener esa tesis con fundamento de los arts. 729 y 1035 del Código Civil, que previenen el primero, que «la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las que fijan las leyes;» y el segundo, que «al que pretende tener derecho á una servidumbre toca probar, aunque esté en posesión de ella, el título en virtud del cual la goza.»

En mi concepto, esta teoría, sostenida por Demolombe, Laurent, Molitor y los autores de más nota antiguos y modernos, es incontrovertible; pero no á la luz de nuestra legislación pátria, en que debe aceptarse la contraria obligando al actor á justificar que la servidumbre no existe cuando el reo está en posesión de ella.

El fundamento principal para llegar á esta conclusión, está en el artículo 828 del Código Civil que establece una *presunción de propiedad para todos los efectos legales*, en favor del que posee una cosa ó un derecho, *presunción legal que no existe en otras legislaciones*.

Desde el momento que existe la presunción legal, la posesión que se reputaba como un simple hecho, como una usurpación, como un atentado á la propiedad, se convierte en un derecho que subsiste hasta que se rinda la prueba en contrario.

Si conforme al art. 828 el poseedor se reputa propietario para todos los efectos legales, y esta presunción se establece de un modo absoluto, es claro que el poseedor de una servidumbre debe reputarse también propietario de ella.

Por lo mismo, la presunción de propiedad de una servidumbre, dimanada de la posesión que

tiene el que la ejerce, es la prueba de la existencia de un derecho, porque la propiedad es un derecho.

Establecida la presunción tiene derecho el que la invoca, después de probar que se encuentra en el caso previsto por la ley, de que se tenga por acreditado el hecho constitutivo del derecho que la ley presume, mientras no se demuestre lo contrario.

"La presunción legal es una prueba que la ley establece, dice Laurent, el que la invoca no tiene que probar nada. Tom. 19, núm. 613 Derecho Civil."

Presunción, dice el art. 536 del Código de Procedimientos, es la consecuencia que la ley ó el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido: la primera se llama legal, la segunda humana.

Hay presunción legal, dice el art. 537 cuando la ley la establece expresamente, y el 539 dispone: «El que tiene á su favor una presunción legal solo está obligado á probar el hecho en que se funda la presunción.»

Si pues la ley deduce del hecho conocido de la posesión la consecuencia de que el poseedor es propietario, esa presunción es legal, y quien la invoca solamente tiene que probar que está en posesión.

Justificado ese hecho se tendrá por probada la propiedad, hasta que se demuestre lo contrario, según lo proviene el art. 566 del Código de Procedimientos, en general, y el 864 del Civil, en materia especial de posesión.

Esto supuesto, cuando el dueño de un predio pretende que este se halla libre de servidumbre y entabla la acción negatoria contra el demandado que está ejerciendo esa servidumbre, el derecho de propiedad se encuentra combatido por medio de una presunción legal que acredita la existencia de la servidumbre; y esa presunción surte sus efectos mientras no se demuestre lo contrario, es decir, mientras no se demuestre que el demandado carece de derecho para disfrutar la servidumbre.

Se vé entónces, que á la luz de nuestra legislación, la prueba de la acción negatoria incumbe al actor cuando el reo está en posesión de la servidumbre, porque en ese caso, desconoce la presunción legal que tiene éste y que necesita, por lo mismo, destruir esa presunción para que subsista su derecho exclusivo de propiedad.

Entónces es aplicable el art. 356 del Código de Procedimientos, que obliga á probar al que niega, cuando en virtud de la negación se desconoce la presunción legal que tiene á su favor el colitigante.

Perose dirá, el art. 1035 del Código Civil, exige la presentación del título al que disfruta de la servidumbre, sin que le baste demostrar que está en posesión de ella, y por lo mismo, no puede ampararse la presunción legal concedida por el art. 828 del mismo Código. O lo que es igual, se dirá que siendo el art. 1035 ley especial en materia de servidumbres, debe prevalecer sobre la ley general establecida en el art. 828, para no ser contradictoria.

El argumento es más brillante que sólido.

En primer lugar, cuando la ley establece la presunción en favor del poseedor, lo hace para todos los efectos legales, entre los cuales sin duda alguna, está el de que se considere propietario al poseedor de una servidumbre; la distinción por tanto, no puede hacerse porque la ley es general, es absoluta, y se refiere á todos los casos en que pueda tenerse la posesión.

(CONTINUARÁ.)

## AVISO.

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

Se hacen descuentos en los pedidos por mayor.

## Advertencia.

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

## AVISO.

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

Tip. Manero y Nava. Tiburcio Núm. 18.