

# 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, 23 DE JULIO DE 1892.

NUM. 30.

LA LUCHA POR EL DERECHO

EN EL

## homicidio necesario.

Ninguno, entre los diversos dones de que el hombre disfruta, aún considerandole aislado de toda sociedad, puede ser tan apreciable y eminente, como el derecho que le asiste, otorgado por la misma naturaleza, para conservar á todo trance incólume su existencia.

Sin que pueda jamás sostenerse la teoría desconsoladora de Hobbes, que mira al hombre constituido en perpetua lucha, con su semejante—*homo homini lupus*;—teoría que apenas sí figura en la filosofía moderna, á título de curioso parto de una imaginación inteligente pero oscurecida por utopías fantásticas, tiene siempre el espíritu que prestar su asentimiento á la evidente situación, en que el hombre se encuentra, rodeado de peligros y amenazado por enemigos, que de todo género le combaten y exponen, bien á restringir, acelerar ó perder la vida material, bien á manchar ó destruir la moral, que se sintetiza en la honra y en la propiedad, á la cual imprime el hombre el sello de su propia personalidad.

Ese derecho considerado en abstracto, tiene una esfera de acción muy amplia para su ejercicio; pero cuando se usa, aplicado á un hecho concreto, tiene valladares bien definidos por la moral y la jurisprudencia, que á la par prescriben reglas inmutables á fin de prever el caso en que aquello, que en principio es un derecho, degenera en la práctica, en acto reprobado de venganza que convierta al hombre en verdugo en vez de justiciero.

Semejantes principios han sido reconocidos por todos los filosofos de todos los tiempos, con

muy contadas excepciones como la del ilustre Ahrens, que ofuscado ante el respeto que merece la vida del hombre, sí afirma que el homicidio necesario no puede ser punible, asienta también, que en general ni la moral, ni el derecho pueden justificar un homicidio causado voluntariamente.

La moral, añade (\*) no puede de ningún modo reconocer en el hombre, el poder de matar á otro, á sabiendas, por extremas que sean las circunstancias, pues debe desecharse el principio de que se puede hacer mal, por que otro nos lo ha causado, ó tiene intención de causarnoslo. La moral prescribe que se haga en todos casos el bien y nunca el mal; y que no se considere en las acciones, la propia personalidad, sino que se practique siempre lo que es conforme á la naturaleza misma del ser, con relación al cual se obra.

Matar á otro, á sabiendas por conservarse á sí mismo por cualquier motivo que sea, es violar un principio de moral. Aquellos que establecen el interés personal, como el primer motivo de conducta, podrán reconocer como un acto compatible con la moral, el matar á otro, cuando el interés de la propia conservación así lo exija. Pero cuando se considera el egoísmo como un principio vicioso, no se puede consagrar en el caso de que se trata, por que toda justificación se reduciría á éste argumento: más vale matar á otro, que ser muerto por él. El agresor que atenta á la vida de un semejante suyo, es el primer culpable en verdad; pero sus criminales intenciones no justifican hechos semejantes de la otra parte. La moral no permite que se empleen más que aquellos medios de defensa, que puedan servir sin destruir la personalidad de otro, que es sagrada.

(\*) Filosofía del Derecho—Edic. Espan. 131.

La errónea doctrina del filósofo alemán, le lleva hasta sostener el absurdo de que la ley, no podrá castigar el ejercicio de la legítima defensa, porque intrínsecamente sea perfecta é irreproachable, sino por la impotencia en que el legislador se encuentra, para averiguar si se han ó no transpasado los límites de la defensa, y porque el juzgar acerca de esta transgresión, es atributo exclusivo de la moral.

Nada menos cierto que ésto; Belime, citado por un erudito comentarista español, (\*) refuta de una manera muy clara, la estricta teoría moral de Ahrens. Es cierto, dice, que no tengo derecho de matar á un inocente porque me lo mande un bandido, aunque sea para salvar mi vida; pero respecto del mismo bandido que me ataca, tengo derecho contra él, porque se expone á ello por culpa suya. De lo contrario también podría decirse, que tampoco puedo herirle, para colocarle en la imposibilidad de dañarme; porque el derecho natural reprueba también que le cause heridas. Lo que sería inmoral é injusto, respecto de otro no lo es respecto del agresor, que á sí mismo debe imputarse el mal que le provenga.

El legislador no ha creado el derecho de legítima defensa; (\*\*) simplemente lo ha reconocido y sancionado en los Códigos, trasladándolo á ellos, de la fuente primitiva de donde dimana: el derecho natural. Este ha colocado en el fondo de nuestra alma, el sentimiento de la conservación, y como idea correlativa, la de apelar á los medios extremos, si solamente por ellos se puede conservar la existencia.

El derecho de defensa legítima, dice un modernísimo escritor (\*\*\*) entraña la primera sanción de la ley, aquella á la que el hombre ha debido recurrir, antes de soñar en el uso de otros medios. Organizado el estado social, en principio, no cabe duda de que el hombre no debe hacerse justicia por sí mismo; pero la protección de la sociedad puede faltar, y en tal emergencia, los miembros del Estado recobran ese derecho natural, que consiste en emplear toda clase de medios, para hacer triunfar la justicia. Jamás puede confundirse la legítima defensa con la pena; ninguna semejanza existe entre ellas. Tenemos el derecho de defendernos de toda fuerza que ataca nuestras facultades legítimas; poco importa que sea inconsciente esa fuerza; poco importa que se trate ora de un hombre, ora de un animal; de un

ser dotado de razón, ó de un loco. La pena, por el contrario, no se concibe sin un discernimiento capaz de comprenderla.

No debe tampoco confundirse la legítima defensa con la venganza; la primera siempre debe tener como fin, impedir que se realice el mal con que se amenaza; la segunda trata de castigar el mal ya sufrido. Aquella supone en quien la ejerce, posesión completa de su libertad moral; y ésta por el contrario, supone que quien se deja dominar por ella, es presa de la cólera, del odio, de todos los perniciosos instintos que brotan de la pasión.

El derecho, es la revelación de la razón y ésta nos enseña que el hombre, cuyos derechos se amenazan, puede recurrir á la fuerza para protegerlos. También la conciencia nos grita, que tenemos el imperioso deber de defendernos, y que al no cumplir con el, reos nos hacemos de cobardía, del abandono de nuestra personalidad. ¿Cómo habrémos de cumplir deber tan sagrado? De la misma manera que los demás: con reflexión, calma y prudencia; no entra en la defensa legítima pasión alguna; quien la ejerza, ha de permanecer tan dueño y señor de sí mismo, como el juez que falla un juicio civil ó que instruye un proceso criminal. Todo arrebato desnaturaliza y corrompe la legítima defensa; podrá eximir al agente de responsabilidad, pero nunca justificará sus actos.

La defensa legítima figura entre los derechos inalienables del hombre, porque todo ser viviente (\*) busca necesariamente los medios de conservar su existencia, poniéndola á cubierto de todo acontecimiento que la haga peligrar. Esta inclinación natural á la defensa, no es el privilegio peculiar y exclusivo del ser racional; se encuentra en el instinto de todo animal, con la única diferencia, de que en éste permanece en la categoría de instinto, mientras que en el hombre no solamente es un derecho, sino también un deber. Cicerón, al hablar de este derecho, dice con una pasmosa clarividencia, que el hombre no lo disfruta, como un privilegio exclusivo, sino que lo comparte con los animales.

La lucha por el derecho, asienta un pensador alemán [\*\*], es un deber del hombre, para consigo mismo. La conservación de la existencia, es la suprema ley de la creación animada y se manifiesta en toda criatura, bajo la forma del instinto. Para el hombre, sin embargo, no se trata simplemente de la vida física, sino también

(\*) Goyena. Febrero Reformado, Tomo V. Página 67.

(\*\*) J. Lefort. Cours Elementaire de Droit Criminel. 1892—Pág. 208.

(\*\*\*) J. Thiry Cours de Droit Criminel. Liege, 1892.—Página 94.

(\*) Cristodul I. Sullotis. Le droit naturel ou Philosophie du Droit. Pág. 313.

(\*\*) Rud. Von Jhering. La lutte pour le Droit Pág. 23.

de la existencia moral, una de cuyas condiciones esenciales, es la defensa del derecho.

En su derecho, el hombre posee y defiende la condición de su existencia moral; sin él desciende el hombre al nivel de los animales; por esta consideración, los Romanos eran lógicamente consecuentes, al colocar al esclavo, bajo el punto de vista del derecho abstracto, en la misma categoría que el animal. Así pues, la defensa del derecho, es un deber de la conservación moral del individuo; abandonar esa defensa, abandono que si antes fué posible, y hoy no lo es, equivale á un suicidio moral.

Esto es evidente, por más que la dificultad en la práctica, consista principalmente en armonizar los variados puntos de vista en que el hombre se coloque, para estimar heridos sus derechos. Porque si son tan múltiples, como variados los caracteres, temperamentos y hábitos de los hombres, variarán también los conceptos, en que se coloquen individuos de distinta índole, delante de ataques de un mismo género, al derecho ageno.

Por esto, dice el jurisconsulto, á quien acabamos de citar, que la patología del sentimiento jurídico, es para el jurista y para el filósofo, ó mas bien dicho debería ser,—porque sería falso decir que ya lo es—lo que la patología del organismo humano, es para los médicos. En ella se encuentra todo el derecho; el dolor que el hombre experimenta, cuando es lastimado su derecho, contiene la confirmación espontánea, instintiva y violenta, de aquello que constituye su derecho, desde luego personal suyo y en seguida de la sociedad humana. La verdadera naturaleza y esencia del derecho, se revelan de una manera absoluta, en el momento del ataque, mejor que en larguísimo años de quieta y pacífica posesión. Quien no ha experimentado este dolor por si mismo, ó por otro, no sabe lo que es el derecho, porque no es la razón sino el sentimiento el que debe resolver esa cuestión; por esto mismo el lenguaje ha llamado muy bien á la fuente primordial psicológica de todo derecho, el sentimiento jurídico.

Conciencia del derecho, convicción jurídica son abstracciones científicas, que el vulgo no comprende; la fuerza del derecho, yace en el sentimiento, exactamente como el amor. La razón y la inteligencia, no pueden reemplazar jamás al sentimiento, cuando es el árbitro y la piedra de toque en muchos de los insondables problemas de la vida. Así como el amor no se dá cuenta de que existe, sino hasta el

momento en que llega á tener la plena conciencia de su ser y se revela entonces desbordando pasión, así también el sentimiento jurídico, ignora frecuentemente, á priori lo que es y cuanto en él se encierra, hasta que llega el golpe de la agresión á herirlo y entonces brilla en todo su esplendor, su verdad y su fuerza. La misma violencia del ataque, hace que estalle ese sentimiento, que mientras es respetado, parece aletargado pero despierta poderoso y fuerte apenas se hiere y lastima.

El Derecho Romano había consagrado como uno de sus principales preceptos: *Quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur*, (\*) y la legislación universal, inspirándose en la pureza y evidencia de las doctrinas de moral y jurisprudencia las más claras, que hemos apuntado, ha reconocido el principio de que la fuerza, puede repelerse por medio de la fuerza, bajo ciertas taxativas de que después hablaremos.

Sería imperdonable de nuestra parte, enumerar todas las leyes que desde el Fuero Juzgo hasta nuestro Código Penal, han venido declarando la irresponsabilidad ante el derecho, de aquel que se vale de la misma fuerza de que se le hace víctima para salir ileso y airoso de ese ataque; imperdonable hemos dicho, que sería descender á esos pormenores, que son bien sabidos y ninguna utilidad ó luz, traerían á nuestro estudio.

Nos proponemos únicamente estudiar, por ser de diaria aplicación en los Juzgados del Crimen, sobre todo, en los procesos que se ventilan ante el Tribunal popular, la justa y filosófica interpretación que debe darse á los límites que la ley marca al ejercicio de la defensa legítima; el alcance racional y científico de los términos que usa nuestro Código, para calificar la agresión, que puede repelerse por medio de la violencia física, y las circunstancias muy especiales en que el hombre atacado, puede llegar hasta el espantoso extremo de matar antes que ser muerto.

Somos de los primeros en deplorar, que la índole de nuestro semanario, nos obligue muy á menudo á interrumpir nuestros trabajos, para continuarlos en una serie de artículos, que podrán ser cansados; pero es preferible este sistema, al de apuntar apenas una cuestión, sin llegar á profundizarla, en la medida de nuestras fuerzas. En artículo posterior nos ocuparemos de los puntos que acabamos de enumerar.

MANUEL F. DE LA HOZ.

(\*) Lib. 3.º Dig. De justit. et jure.

## SECCION CIVIL.

1ª SALA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA  
DEL DISTRITO FEDERAL.

Presidente: C. Lic. José Zubieta.

Magistrados C. Lic. Rafael Rebollar.

" " " Manuel Nicolín y Echanove

" " " V. Dardón.

" " " Carlos Flores.

Oficial mayor, T. González de la Vega.

MANDATO. ¿Es necesaria la cláusula especial en la escritura de ese género, para interponer el recurso de casación? artículo 2387 del Código Civil.

CASACION. ¿Procede el recurso en el caso, en que Tribunal sentenciador, viole la ley reguladora de la prueba, interpretando las cláusulas de una escritura en sentido diverso, de aquel que claramente quiere expresar? art. 551 del Código de Procedimientos Civiles.

México, Julio 7 de 1892.

Vistos en el recurso de casación los autos del juicio ordinario seguido por el Lic. D. Pedro Bustamante, como apoderado de la Sra. Teresa Bustamante, viuda de Ruiz Cabañas, contra el Sr. D. José Mercado, como albacea del intestado de D. Juan Ruiz Cabañas, representado por el Lic. D. Juan Balvanera en la 1ª instancia y por el Lic. D. Juan de Dios Villarello desde la segunda, vecinos los dos primeros y el último de la ciudad de México y los otros de la de Querétaro.

Resultando, primero: Que en 15 de Enero del año próximo pasado, el Lic. D. Pedro Bustamante con la representación expresada, demandó ante el Sr. Juez 4º de lo Civil de esta Capital, al Sr. D. José Mercado, como albacea de la testamentaria de D. Juan Ruiz Cabañas, exponiendo: que el Sr. D. Juan Ruiz Cabañas, como albacea de sus padres D. Martín Ruiz Cabañas y Doña Ana María Epstein, reconoció por escritura pública, deber al Sr. D. José Mercado, cuatro mil novecientos pesos, que este le había anticipado por rentas de las fracciones segunda y tercera de la Hacienda de Balvanera, cita en el Estado de Querétaro, que por la muerte del Sr. Ruiz Cabañas, fueron declarados herederos ab intestato sus coherederos y la Sra. Teresa Bustamante, su viuda, con el carácter de albacea, formó los inventarios respectivos, que fueron impugnados por aquellos, por no haberse listado el crédito de Mercado, y posteriormente vendió sus derechos hereditarios á éste, con excepción de los que le pudieran corresponder en la Hacienda del Cerro, en once mil cuatrocientos pesos en la forma que expresa la escritura pública que ex-

hibió, en la cual con ta que forma parte de esa cantidad la de cuatrocientos pesos que adeudaba el intestado á dicho Señor, de la cual se dió por pagado, y por último que no obstante de que todos los interesados conocían los hechos referidos, el Sr. Mercado que vino á ser albacea, incluyó en la cuenta de partición esa cantidad, aplicándola á su favor. Que en esta virtud, considerándose la Sra. Bustamante, subrogatoria del Sr. Mercado, con fundamento del artículo 1591 inciso IV del Código Civil, que declara que hay subrogación, cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia, como dicha Señora decía haberlo verificado con los derechos hereditarios, y del 1598 del propio Código que faculta al subrogado, para ejercitar todos los derechos que competían al acreedor y aún considerándose como simple cesionaria del crédito del Sr. Mercado, cesión que había aceptado la testamentaria, de D. Juan Ruiz Cabañas, concluía demandando á ésta el repetido crédito, deducción hecha de la suma 1020 pesos 82 cs. de que hacía remisión á los menores hijos de D. Antonio Ruiz Cabañas, á quienes tocaba pagarlos.

Resultando, segundo: Que corrido traslado de la demanda al albacea referido, lo evacuó por medio de su mandatario, negando aquella y manifestando: que el precio de la cesión de los derechos hereditarios hecha por la Sra. demandante á favor del Sr. Mercado, fué conforme á las cláusulas tercera y novena de la escritura respectiva, presentada por la misma parte actora, el de cuatro mil pesos y no el de once mil cuatrocientos como falsamente aseguraba ésta; que al mismo tiempo en dicho contrato el Sr. Mercado se hizo cargo de pagar diversos créditos de que hacía relación; y que en cuanto al que existía á favor suyo, de que se ha hecho mención, reducido á cuatro mil cien pesos, el Sr. Mercado se dió por pagado de él únicamente, pero no lo recibió real y efectivamente de la Sra. Doña Teresa Bustamante, subrogándola en todos sus derechos y acciones para ejercitarlos, como ahora lo hace contra el intestado del Sr. Ruiz Cabañas, su esposo, torciendo el verdadero sentido del contrato. Que, por lo tanto, habiendo enagenado la Sra. Bustamante todos sus derechos, por medio de la cesión que hizo á favor del demandado, no podía ejercitar acciones que solo corresponden al cesionario, conforme al artículo 1638 del Código Civil y que no dependiendo por otra parte, el cumplimiento de los contratos del arbitrio de una sola de las partes y debiendo cumplirse estos, según su naturaleza, con todas

sus consecuencias, conforme al uso ó á la ley con fundamento de los artículos 1,276, 1,278 y 1,419 del Código Civil, de las disposiciones relativas del capítulo 8º título 8º libro 3º del mismo y de los 604 y 143 del de Procedimientos Civiles, pedía se diese por contestada la demanda en su sentido negativo y previos los trámites de derecho, se desechase en definitiva con condenación en costas, daños y perjuicios.

Resultando, tercero: Que abierta la dilación probatoria, pidió el actor que se tuvieran como prueba la escritura que presentó con la demanda y copia certificada de varias constancias de los autos del intestado del Sr. Juan Ruiz Cabañas, y que absolviera posiciones el Sr. Mercado; y este solicitó el exámen de testigos, y que se agregara copia certificada de la minuta del contrato que celebró con la Sra. Bustamante y de algunas constancias de los autos mencionados.

Resultando, cuarto: Que recusado el juez 4º de lo Civil, pasaron los autos al 5º quien mandó hacer publicacion de probanzas, señaló día para los alegatos y citó para sentencia que pronunció el 3 de Febrero del mismo año referido, absolviendo de la demanda á la intestamentaria Ruiz Cabañas y condenando á la parte actora, al pago de las costas.

Resultando, quinto: Que contra esa sentencia, interpuso el recurso de apelación la parte de la Sra. Bustamante y turnados los autos á la 3ª Sala de este Tribunal Superior, se sustanció la 2ª instancia y se pronunció en 30 de Noviembre del año próximo pasado, sentencia que en su parte resolutive dice:

«1º Se revoca la sentencia de primera instancia y se condena al intestado de Don Juan Ruiz Cabañas á pagar á la Sra. Teresa Bustamante de Cabañas, la cantidad de \$3,879 17 cs. y réditos legales de esta suma, desde la interpelación judicial.

2º No se hace especial condenación en costas.»

Resultando, sexto: Que contra esta sentencia interpuso el recurso de casación, el albacea de la intestamentaria de D. Juan Ruiz Cabañas, en cuanto al fondo del negocio, conforme á la fracción I del artículo 699 del Código de Procedimientos Civiles y por las causas que expresan las fracciones I y II del 711, por juzgar el recurrente, que con la parte resolutive de aquella sentencia, se habían cometido las violaciones que á continuación se desarrollan:

I Violación del artículo 1,419 del Código Civil, porque disponiendo este que los contra-

tos legalmente celebrados, deben ser puntualmente cumplidos y que no podrán alterarse ni revocarse, sino por mútuo consentimiento de los interesados, así deben cumplirse las cláusulas tercera y septima de la cesión de derechos hereditarios de 30 de Enero de 1890 en que se convino que el precio de ésta sería el de 4,000 pesos que el Sr. Mercado asegurara con la hipoteca de la II fracción de la Hacienda de Balvanera, cuando la adquiriera y en que se daba por pagado del crédito, contra el Sr. Cabañas y la sentencia recurrida al condenar á la intestamentaria al pago de éste, además del precio dicho, altera por su sólo arbitrio el texto y el sentido de aquellas cláusulas é infringe la disposición que se cita.

II. Violación de los artículos 1,276, 1,310, 1,279 fracción III y 1,280 del mismo Código, porque esos preceptos establecen que los contratos obligan á sus consecuencias naturales, conforme á la buena fé, al uso y á la ley y facultan á los contratantes á estipular las cláusulas condicionales ó accesorias que fueren en calidad de pactos añadidos, y la sentencia recurrida en los considerandos III, IV y V, que rigen su resolución, establece por una parte, que la Sra. Bustamante se convirtió de mera cedente de sus derechos hereditarios, no solo en acreedora del precio estipulado de ésta, de 4,000 pesos, sino acreedora igualmente ó subrogataria del crédito de 4,000 pesos que Mercado remitía simplemente al intestado, ó que se comprometía á no cobrar, lo que es á todas luces improcedente é inexplicable en buen derecho é implica una pretensión contraria á la buena fé; y por otra, que siendo el contrato oneroso, no podría hacer el Sr. Mercado esa concesión, lo que en manera alguna está prohibido, sino antes bien autorizado por esas disposiciones.

III. Violación del artículo 1,325 en su fracción III, porque suponiendo sin conceder que fuera equívoca ó dudosa la voluntad de los contratantes y susceptibles de interpretación las estipulaciones de la escritura respectiva de cesión, el fallo estaba obligado á interpretar la cláusula séptima y sus concordantes en el sentido de la mayor reciprocidad de intereses de los contratantes; y lejos de hacerlo así, el fallo ha aceptado una interpretación que perjudica demasiado los intereses de la Sra. Bustamante, y perjudica en extremo los del Sr. Mercado, puesto que decide como equitativo, que esta haya comprado derechos que valen 2,256 pesos, en precio de más de 14,000.

IV. Violación de los artículos 551 y 554 del Código de Procedimientos Civiles y del 1514 del Civil, porque la sentencia no ha dado á la escritura de cesión, de 31 de Enero de 1890, base de la demanda, la fe que merece ni tampoco se le ha dado al acta judicial de Mayo de 1890, como lo previenen dichos preceptos. Efectivamente, en uno y en otro documento aparece plenamente probado que los \$ 4,900 del crédito del Sr. Mercado á que se refiere la cláusula 7ª de dicha escritura, no han sido pagados realmente, ni por la Sra. Bustamante ni por los demás herederos, pues en el primer documento solo consta que el Sr. Mercado remitió esa deuda (cláusula 7ª) y en el segundo con su hijuela de división y partición anexa, también, solo consta que nominalmente se hizo figurar ese crédito de consentimiento de los herederos y de la Sra. Bustamante, tanto para fijar el valor de los bienes, como porque siendo heredero el mismo antiguo acreedor Mercado era una inanidad, una pura ficción el hacer figurar ese crédito; y sin embargo, el fallo contrariando esos documentos que hacen prueba plena y contrariando el artículo 1,514 del Código Civil, que también se invoca como violado, y que exige para que haya pago, la *entrega* de la cosa ó cantidad debida, decidió en la primera de sus resoluciones que ha existido un pago capaz de producir una subrogación.

V. Por el mismo motivo invocó el recurrente como violados los incisos III y IV del artículo 1,591 aducidos en el considerando 3º y que rige la primera de las decisiones del fallo, pues esos preceptos legales dice, exigen la existencia de un pago real y efectivo, y en nuestro caso no ha existido ese pago ni con, ni sin consentimiento de los herederos.

VI. Violación del artículo 435 del Código de Procedimientos Civiles por que según él, debe tenerse por confeso al articulante respecto de los hechos que afirma en las posiciones. Ahora bien, la Sra. Bustamante en las posiciones 10ª y 12ª que articuló á Mercado, confiesa en primer lugar y afirma que estaba *extinguido* el crédito por la escritura de cesión de Enero de 1890; y sin embargo de esa confesión, el fallo decide que el crédito no se extinguió y que vive aun por medio de una subrogación de lo que no existe á favor de la Sra. Bustamante. En la 2ª de dichas posiciones se confiesa que la intestamentaria no podría reclamar con arreglo á la escritura citada de cesión, el crédito de \$ 4,900 del Sr. Mercado; y sin embargo el fallo decide que es crédito extinguido á

beneficio de uno de los coparticipes de la misma testamentaria, como lo es la Sra. Bustamante, puesto que con dinero efectivo pagó ese crédito, sino lo pagó según ella afirma, al ceder sus derechos, y por lo mismo solo con su carácter de heredera, es decir, como coparticipe en la testamentaria, pudo reclamar un crédito que según ella misma confiesa, no puede cobrar la intestamentaria.

VII. El fallo ha violado también, dice el recurrente, y esta es una de las violaciones capitales, el artículo 1,599 del Código Civil por que según él, reuniéndose en una persona las calidades de acreedor y deudor, por el mismo hecho queda extinguida la obligación ó sea, el crédito ó la deuda respectiva. Ya se le dé el carácter de remisión á la estipulación contenida en la cláusula 7ª y la escritura mencionada de cesión, ya se le dé el carácter de parte de precio de los derechos comprados por Mercado, de todas maneras resulta inevitable la aplicación exactísima del artículo 1,599 citado, por que si Mercado compró á la Sra. Bustamante todos los derechos que tenía en la intestamentaria de Cabañas, y entre esos derechos estaba el que cree tener la Sra. Bustamante, y siendo por lo mismo acreedor de ese crédito, como comprador de él á la Sra. Bustamante y de deudor de él como heredero, se reunieron en su persona los caracteres de acreedor y deudor y se produjo la confusión ordenada por el citado artículo 1,599.

VIII. Violación de los artículos 6, 8, 18, 354 y 604 del Código de Procedimientos Civiles relacionados con el 551 del mismo y con las fracciones III y VI del artículo 1,591 del Código Civil en los términos y conceptos que el recurrente aplica así. Ni la escritura de cesión de 31 de Enero de 1890 que indebidamente abrió el juicio, ni la acta judicial de Marzo del mismo año y cuenta anexa de partición presentada en el termino de prueba, contienen prueba alguna sobre los hechos, sobre el hecho capital en que funda su acción la Sra. Bustamante; este hecho consiste en que dicha Sra. pagó con *sus bienes propios* en el sentido de las fracciones 3ª y 4ª del artículo 1,591 citado la deuda de la intestamentaria á favor de Mercado. Pues bien, ese hecho no solo no está justificado categoricamente por la misma Sra. Bustamante en su escrito de demanda y en las demás alegaciones y pruebas que ha presentado, resultando así el singularísimo caso de que tan abstrusa, sofisticada é incomprensible es la acción intentada por la Sra. demandan-

te, que ella misma no ha podido comprenderla y ha llegado hasta rendir pruebas y alegar hechos contrarios precisamente á la sustancia, á la esencia de su acción. La Señora ha afirmado, pretendido justificar y alegado con insistencia, que sus coherederos reconocieron en la junta de Marzo de 1890, el crédito de Mercado de 4,133 pesos y que en la hijuela de partición y en el inventario, se aplicaron bienes hereditarios para que fuera pagado ese crédito; pero si esto es cierto y consta en autos como lo sostiene la Sra. Bustamante, interviniendo esta en el reconocimiento de ese crédito, entonces no cabe duda en que léjos de estar justificado, que esa Señora pagó el crédito de Mercado con sus *bienes propios* y con anuencia de los coherederos como lo exigen las fracciones citadas, está probado lo contrario; está probado que Mercado no se dió por pagado á pesar de lo estipulado en la cláusula 7.<sup>a</sup> de la escritura de cesión; que los coherederos, ó sea, el intestado Cabañas, reconocieron posteriormente á esa escritura, como existente todavía el crédito; y que lo pagó dicho intestado aplicando bienes hereditarios á Mercado, para que se pagara su crédito de 4,900 pesos reducido entonces á 4,133 pesos. Que Mercado haya ó no infringido la cláusula 7.<sup>a</sup> de la escritura de cesión, es un punto extraño al debate, pues la acción deducida no es la rescisión, cumplimiento de contrato ó daños y perjuicios por una infracción, sino la de subrogación legal *por pago*, y ese pago no solo no ha existido, sino que la Señora misma demandante afirma y cree justificar, que no existió, pretende justificar que el intestado pagó á Mercado y que este se aplicó bienes hereditarios con anuencia de los herederos, deduciéndose de aquí: qué ni estos aceptaron el supuesto pago hecho en la repetida cláusula 7.<sup>a</sup> ni la testamentaria quedó libre de ese crédito, pues tuvo que pagar: ni por último, está justificado con la cláusula 7.<sup>a</sup> ese pago y la subrogación legal consiguiente, sin cuando mucho el derecho, la facultad que tenía la Sra. Bustamante, para exigir de Mercado *con lo personal*, que se diese por pagado, pero ni para exigir, como exigen del intestado como subrogataria de Mercado, el pago de un crédito que aquel ha pagado (y con anuencia de la Sra. Bustamante] al acreedor Mercado. Como todos estos hechos no solo están (lo que es incomprensible), afirmados y sostenidos por dicha Señora, sino constantes en autos, aunque con diversa interpretación jurídica, resulta evi-

dentemente que esa Señora no ha presentado el documento base de su acción como lo exige el artículo 8.<sup>o</sup> del Código de Procedimientos Civiles, puesto que con arreglo al artículo 2,947 del Código Civil constaba y debía constar por escrito el contrato de anticipo de rentas de Mercado, de cuyo crédito se considera subrogataria dicha Señora: que léjos de constar justificado el pago de ese crédito por la misma Sra. aparece que lo pagó el intestado, por los documentos auténticos mencionados, que hacen plena prueba con arreglo á los artículos 354 y 551 de dicho Código; que no estando por lo mismo los coherederos ó sea el intestado Cabañas, obligados á pagar á la Sra. Bustamante, un crédito que con ó sin su acuerdo pagaron de hecho á Mercado, esa Señora no tiene acción contra sus coherederos, y no pudo exigirles pago alguno con arreglo á los artículos 6.<sup>o</sup> y 18 del mismo Código; y finalmente, que por todos estos hechos y preceptos legales, no justificó esa acción dicha Señora y debió ser absuelto el demandado, con arreglo á los artículos 354 y 604 del referido Código. Y como el fallo, desconociendo estos derechos y los preceptos legales aplicables, ha decidido lo contrario en la primera de sus resoluciones, es inconcuso que ha violado todos los artículos invocados en este capítulo de casación.

IX. En noveno lugar, expresa el recurrente, el fallo recurrido ha violado en la primera de sus desciciones el mismo artículo del Código Civil que invoca, 1,581 fracción IV, relacionado con el 1,599 del mismo Código, y en el 551 del de Procedimientos Civiles, pues según aquel precepto, la subrogación tiene lugar cuando un heredero paga *con sus bienes propios* deudas de la herencia; y por la misma ya citada escritura de cesión de Enero de 1890, consta que la Sra. Bustamante no *pagó con bienes propios*, es decir, extraños á la herencia, el crédito de Mercado, [suponiendo que la cláusula 7.<sup>a</sup> signifique pago], sino que el pago se verificó en virtud de la confusión de los derechos del cesionario como heredero con sus derechos como acreedor. Y por lo mismo, ningún *bienes propios* dió la Sra. Bustamante; sino solo dió, vendió, un haber hereditario á una persona con quien quedó extinguido, pagado por confusión el crédito de que vino hacer heredero y acreedor de sí mismo. Si estudiamos este hecho de la confusión, no del lado del acreedor Mercado, sino del lado de la Sra. Bustamante dará igual resultado. Efectivamente, aceptando el tecnicismo ó sentido jurídico que

se quiere dar á la cláusula 7<sup>a</sup> de importar subrogación tendremos que la Señora se subrogó en los derechos á un crédito; ¿pero contra quien era ese crédito? Contra ella misma, que era la acreedora como albacea y era la deudora como albacea y heredera del intestado deudor; luego si se subrogó en los derechos del acreedor al pagar un crédito de que ella misma era deudora como albacea y heredera del intestado deudor; luego si se subrogó en los derechos del acreedor al pagar un crédito de que ella misma era deudora, al menos en su mayor parte, se operó en el momento de la subrogación, la confusión á lo menos parcial del crédito; y por lo mismo en caso de que se hubiera llevado á efecto realmente el pago, la Sra. Bustamante solo podría reclamar la parte aprovechada en ese pago por sus coherederos, pero nunca la parte que le correspondía en esa deuda; y precisamente lo contrario es lo que demanda. Como el demandado alegó la confusión al contestar la demanda, el fallo que no se ocupó de esta alegación, ó que implícitamente la decidió contra lo prevenido por las leyes aplicables al caso, ha violado en los términos explicados, no solo los artículos que vengo invocando en este capítulo de casación, sino también el artículo 605 del Código de procedimientos civiles, del que luego me ocuparé.

X. Violación de los incisos I y IV del art. 143 del Código de procedimientos civiles, por que no habiendo justificado su acción la parte actora, debió ser condenada en costas.

XI. Por último, y dando por reproducidos los motivos alegados en el anterior capítulo 9<sup>o</sup> de casación, el recurrente interpuso también este recurso contra la primera de las decisiones del fallo, por la causa de la fracción 2<sup>a</sup> del art. 711 del Código de Procedimientos civiles, alegando como violados los citados artículos 605 y 607 del mismo Código, por no haberse ocupado la sentencia del punto relativo á la confusión de derechos alegada por el demandado.

Resultando séptimo: Que venidos los autos á esta Sala, se sustanció el recurso, verificándose la vista del negocio en las audiencias de los días 26, 28, 29, 30 y 31 de Marzo; y 1<sup>o</sup>, 5, 6 y 7 de Abril del corriente año; con asistencia de los abogados de las partes y del Ministerio Público que presentó las conclusiones siguientes:

Primero: Que se sirva resolver la Sala que el recurso ha sido legalmente interpuesto por las violaciones de los Códigos Civil y de Pro-

cedimientos, que el Agente que suscriba ha aceptado en el cuerpo de este pedimento:

Segundo: Que la interposición no es legal, en cuanto á la demás infracciones que el recurrente alega en su escrito.

Tercero: Que se sirva declarar igualmente, que es de casarse y se casa la sentencia que pronunció la 3<sup>a</sup> Sala de este Tribunal Superior, condenando al intestado de D. Juan Ruiz Cabañas á pagar á la Sra. Doña Teresa Bustamante, la cantidad de tres mil ochocientos setenta y nueve pesos, diez y siete centavos.

Cuarto: Que pronuncie la sentencia que es time arreglada á la ley.

Considerando, primero: Que cumpliendo con lo que previene el artículo setecientos treinta y uno del Código de Procedimientos Civiles, es de declararse: primero: que en cuanto á los requisitos extrínsecos, el recurso ha sido legalmente interpuesto en tiempo, en forma y con la personalidad bastante por parte del recurrente, puesto que, contra lo que ha pretendido la parte de la Sra. Bustamante en las audiencias ante esta Sala, por una parte la sustitución de poder hecho por el Lic. Balvanera á favor del Lic. Villarello, fué aceptada por su colitigante y en contra no podría ya reclamar este en ningún caso, conforme al artículo 702 del Código de Procedimientos civiles y por la otra, el art. 2387 del Código Civil, no exige cláusula especial para interponer este recurso, por lo que no es preciso tener el documento á la vista. Segundo: que en cuanto á los requisitos intrínsecos, la Sala estima que el recurrente ha cumplido con los que previenen los artículos 720 y 721 respecto de las violaciones de los artículos 551 del Código de Procedimientos civiles y 1419, 1276, 1310, 1279, fracción III y 1280 del Civil, porque todos ellos son aplicables al caso que en realidad se debate, que es el de la existencia de un contrato y de su cumplimiento, cual es el de cesión de acciones ó derechos hereditarios de la Sra. Bustamante á favor del Sr. Mercado por determinado precio, con las cláusulas ó condiciones adyectas que tuvieron á bien estipular; más no en cuanto á las violaciones de las otras disposiciones legales invocadas en los demás capítulos, porque si bien en casi todos estos, están precisados los hechos y relacionados con las leyes que se dicen violadas como en los anteriores, ellos se refieren ó se relacionan con cuestiones de interpretación de contrato y de subrogación y de confusión de derechos, que no es el caso que los autos presentan no lo primero, porque los términos de la escri-



tura en cuestión son claros y precisos; no lo segundo porque como se explicará más adelante y como sostiene el mismo recurrente, las estipulaciones discutidas contenidas en ella, se reducen clara y únicamente á fijar en cuatro mil pesos el precio de la cesión y á remitir ó dar, por pagado de su crédito al Sr. Mercado; no lo tercero, porque no habiéndose verificado en realidad una subrogación en favor de la Sra. Bustamante de los derechos del Sr. Mercado, por su crédito contra la intestamentaria, no podían incluirse á su vez estos, entre los que la señora cedía á favor de éste, y que lo hubieran constituido en deudor y acreedor al mismo tiempo de la repetida intestamentaria; resultando de allí, que solo haciendo el supuesto de que se hubiera verificado una subrogación ó una confusión conforme á los términos del contrato, podría decirse que la sentencia recurrida había violado las disposiciones legales que rigen una ú otra.

Considerando, segundo: Que basta que la casación proceda en cuanto á los capítulos esenciales que se han apuntado ántes, para que esta Sala pueda entrar al examen del fondo del negocio y al hacerlo, tiene que establecer como ya ha indicado, que la única cuestión que los autos arrojan, es la de fijar los términos de las estipulaciones discutidas de la escritura otorgada por la Sra. Bustamante y el Sr. Mercado y la manera de cumplirlas; que la simple lectura ó sentido natural de sus cláusulas demuestran claramente que el precio fijado á la cesión de derechos hereditarios, fué el de cuatro mil pesos, que el Sr. Mercado reconocería sobre la hacienda de Balvanera, cuando adquiriera el resto de ella, y que entre pactos adyectos que los contratantes tuvieron á bien poner esta, expresándose que era una condición el de que el Sr. Mercado se daba por pagado de su crédito contra la intestamentaria y así debe cumplirse el contrato; de manera que la sentencia recurrida al establecer como fundamentos en los considerandos que rigen el fallo condenatorio de la intestamentaria, que el precio de la cesión lo formó, no solo la cantidad de \$ 400 que expresa la cláusula tercera, sino además el crédito del Sr. Mercado, en que dice haber quedado subrogada la Sra. Bustamante, ha violado la ley reguladora de la prueba, que en este caso es el artículo 551 del Código de Procedimientos Civiles, porque ha hecho decir á la escritura pública cosa diversa de lo que evidentemente comprueba; y entrando á la interpretación del contrato contenido

en ella, facultad que le niega uniformemente la jurisprudencia de casación, cuando el hecho de que se trata no es dudoso y está comprobado por la ley de la prueba, que al Tribunal sentenciador le está vedado violar al establecer que ha habido una subrogación en favor de la Sra. Bustamante, porque tratándose de un contrato oneroso, el Sr. Mercado no podía hacer una concesión gratuita como es la de remisión de su crédito, ha violado los artículos 1419, 1276, 1310, 1279, fracción III y 1280 del Código Civil que ampara el contrato, porque altera á su arbitrio sin estipulaciones, cosa que solo puede hacer el consentimiento mutuo de los contratantes; por que hace producir al contrato una obligación contraria á la buena fé, cual es la de dar á la Sra. Bustamante los derechos de subrogatoria, convirtiéndola de una manera inexplicable en dueña de los derechos del Sr. Mercado, hacía extinguirse al remitirlos á la intestamentaria y porque declara que no podía hacerse esta remisión en un contrato oneroso, cuando las tres últimas disposiciones citadas, autorizan á los contratantes para estipular las cláusulas que estimen convenientes con tal de que la materia sea lícita, ó sea que no esté prohibida por la ley.

Considerando, tercero: Que á lo establecido anteriormente, no obsta el que el recurrente no haya citado como violado también el art. 1748 del Código civil, que dispone que cualquiera es libre para remitir ó renunciar en todo en parte, las prestaciones que le son debidas, porque si la voluntad de los contratantes es la suprema ley de los contratos, salvo los casos exceptuados por la ley, y esta voluntad era clara y expresa en la escritura y así debe cumplirse y la sentencia recurrida, la ha violado al no dar al instrumento público que la contiene la fe que merecía, conforme al artículo 551 del Código de Procedimientos civiles, y si los contratantes fueron libres para estipular lo que creyeron conveniente, por tal que no sea contrario á las leyes, conforme á los artículos antes citados, resulta que el artículo 1648 viene á ser solo concordante de estas disposiciones, viene á constituir una violación más, que no ha sido imprescindible invocar, toda vez que las otras violaciones aducidas prestan mérito bastante y aún abundante para casar el fallo recurrido.

Por tales consideraciones y fundamentos legales expresados, y con el de los artículos 731 y 735 del citado Código de Procedimientos civiles, se declara: Primero. El presente recurso

ha sido legalmente interpuesto, solo en los capítulos que se han expresado en los considerandos respectivos de esta sentencia. Segundo: Es de casarse y se casa la sentencia recurrida, y en consecuencia se falla:

I. Se absuelve al Sr. José Mercado, albacea del intestado de Don Juan Ruiz Cabañas, de la demanda que sobre pago de pesos le promovió la Sra. Doña Teresa Bustamante de Cabañas.

II. Se condena á la expresada Sra. Bustamante, al pago de las costas de las dos instancias.

III. Cada parte pagará las costas causadas en el recurso de casación.

Hágase saber, publíquese en «El Diario Oficial», «Boletín Judicial», «Foro» y «Anuario de Legislación y Jurisprudencia», y con testimonio de este fallo, devuélvanse los autos á la Sala de su origen, para los efectos legales, y en su oportunidad archívese el Toca. Así por mayoría, lo proveyeron los Señores Presidente y Magistrados que formaron en este negocio la 1ª Tala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, y firmaron hasta hoy que se ministraron las estampillas correspondientes; siendo ponente el Señor Magistrado Manuel Nicolín y Echanove.—*José Zubieta.*—*Rafael Rebollar.*—*Manuel Nicolín y Echanove.*—*V. Dardón.*—*Carlos Flores.*—P. A. del Secretario: *F. González de la Vega.*

#### VOTO PARTICULAR DEL SEÑOR MAGISTRADO

C. FLORES.

El recurso no está legalmente interpuesto.

Para la legal interposición es necesaria la citación de la ley aplicable al caso.

Si el recurrente sostiene que los cuatro mil pesos no son parte del precio, desde luego confiesa que todas las leyes citadas por el fallo recurrido para considerar esa cantidad así, son inaplicables y en consecuencia no pueden ser invocadas en casación.

La mala interpretación del contrato, por la Sala, se recurre citando como violadas, no las leyes en que se ha apoyado para esa mala interpretación, sino aquellas que rigen la verdadera. Si se recurre por mala apreciación de la prueba, en el caso, debe ser con el objeto de establecer que apreciados debidamente los hechos, el contrato importa remisión de la deuda. Aun suponiendo bien recurrida esta apreciación, y que en efecto resultara remisión de la deuda, no se cita la ley infringida, y este Tri-

bunal por más que conozca cuál es, no puede considerarla de oficio.

También está mal interpuesto el recurso, porque la cláusula es dudosa (que es el punto más cierto, conforme al estudio de los autos) y en este caso la casación se daría, no por el criterio legal, sino por el personal de la Sala de casación.

Para convencerse de lo dudoso, ocurre desde luego que D. José Mercado, que conforme al fallo que recurre perdería á prorrata con los otros dos grupos los cuatro mil pesos, está sosteniendo que debe perderlos todos. Que en junta de herederos se fija el precio de los bienes y se reconoce el crédito, y la aseveración del recurrente sobre que ésto es puramente virtual, descansa en su palabra, ó por lo menos no ha sido tratado en casación conforme á las leyes reguladoras de la prueba, pues sobre este punto ninguna se ha rendido.

La cláusula 7ª de la escritura relacionada en la acta de la junta de herederos, ó es un absurdo, puesto que perdonado el crédito como lo sostiene el recurrente, resultó por acto posterior no perdonado y al contrario cierto debido y por pagar, á favor del mismo Mercado, no tiene más explicación que la siguiente: el crédito está vivo, pero ya no lo puede cobrar D. José Mercado, y entonces solo puede cobrarlo la viuda para relacionar de alguna manera ambos documentos.

La mala fe que se atribuye á la viuda, es de Mercado, que representa en la cuenta de división todos los derechos de la viuda, ó sean gananciales, y una tercera parte más como heredero, los derechos de cuatro sobrinos ó sea una sexta parte porque son ocho, es decir, la mitad de la herencia, más su crédito de cuatro mil pesos que según él mismo perdonó.

En este juicio no litigan Doña Teresa y D. José Mercado, sino Doña Teresa y el Intestado, en consecuencia para éste, la escritura es *res inter alios acta* y no lo es la acta de la junta de herederos. Conforme á ella, la intestamentaria, no puede negar que es deudora, y lo único que debe buscar es pagar al acreedor legítimo, lo que, según lo dicho por su representante, ya está hecho, puesto que adquirió todos los derechos hereditarios, verificándose la confusión de un crédito perdonado antes. ¿Qué le importa á la intestamentaria que la cláusula 7ª sea pacto adyecto, si por su misma confesión siempre resulta deudora, y qué le importa en lo personal á D. José Mercado la interpretación de la cláusula si nó le cobran á él sino al intestado?

Para convencerse de que el precio de los derechos hereditarios no es de cuatro mil pesos, basta considerar que Mercado pagó á los demás herederos como dos mil pesos que recibió la viuda en frutos. ¿Este dinero será también pacto adyecto, y no cantidad que le cuesta á Mercado la adquisición de esos derechos?

Si la estipulación de la cláusula 7ª no es parte de juicio, nadie negará que es pérdida para Mercado y no en favor del intestado, según resulta de la acta de la Junta, luego en favor de la viuda.

He aquí en pocas palabras la duda, y en consecuencia la mala interpretación del recurso.—Julio siete de mil ochocientos noventa y dos.—Carlos Flores.—Por ausencia del Secretario, T. González de la Vega, Oficial Mayor.

## Anales del Ministerio Público.

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

(CONCLUYE).

En el «Derecho Civil Explicado,» M. Troplong, al comentar el art. 1986 del Código de Napoleón que dispone, como ya se ha visto, que el mandato es gratuito, salvo convenio en contrario, nos enseña lo siguiente: «El mandato toma su origen en la amistad y la beneficencia. La naturaleza del mandato es que sea gratuito,» «Es un oficio de la amistad, decía M. Beilier en su exposición de motivos. Así lo define el Derecho romano, y nuestro proyecto le conserva este noble carácter. En efecto, así como arriba lo hemos visto, este contrato se presenta á los ojos de la Jurisprudencia como tomando su origen en relaciones de amistad. *Mandatum nisi gratuitum nullum. Nam originem ex officio atque amicitia trahit.* Estas son las palabras de Pablo, y me complazco en darles por comentario las de M. Tanible en su informe al Tribunado: «El proyecto proclama que el mandato es gratuito, si no hay convenio en contrario. El imprime así á este contrato, *el hermoso carácter del desinterés y la generosidad.* La ley civil siempre respetable, parece hacerse más interesante cuando se la ve cultivar en el corazón de los ciudadanos, los sentimientos oficiosos que les á hacerse mutuamente

servicios gratuitos y ennoblecerles trazándoles las reglas que los deben dirigir.

He dicho que el mandato es gratuito por su naturaleza, pero no digo que lo sea por su esencia como el depósito y comodato. El convenio de las partes puede asegurar al mandatario una recompensa, y nada es más legítimo.»

¿Ciertos negocios no exigen cuidados tan prolongados y tan asiduos, y un desarrollo de operaciones tales, que el amigo más desinteresado, no puede encargarse de ellos sin retribución? ¿Y cuando el efecto es aún la causa primera y determinante del buen oficio que él consiente en prestar, querría humillarse su persona, degradar sus servicios, colocándolos entre los que se reciben de gente mercenaria ó de otra manera asalariada? No, sin duda. La abnegación, el celo de la amistad tienen algo de inapreciable, y el corazón, y no el dinero, puede solamente pagar la deuda del reconocimiento. Este lenguaje es excelente: todo está tan bien dicho como bien pensado.

«En Roma, sin embargo, ideas más absolutas llevaron más lejos las consecuencias del desinterés del mandato. No solamente era el mandato gratuito por su naturaleza, lo era también por su esencia. Cualquiera estipulación de una recompensa, lo hacía degenerar en otro contrato. Se consideraba el mandato como incompatible, con la idea de beneficio ó de especulación interesada.

«Y sin embargo, vemos en los libros del derecho romano que se permitía, con posterioridad al mandato, asignar recompensas de naturaleza tal, que testificaran al mandatario el reconocimiento del mandante. Se admitía el honorario *ex post facto* dejándosele aparecer en segundo término, después de realizado el servicio, como una prenda de gratitud ó á título de indemnización. Esto es lo que Ulpiano nos enseña en estos términos: *Si, remunerandi gratia, honor intervenit, erit mandati actio;* y Papiniano, así como los rescriptos imperiales están en este punto de acuerdo con él. Pero los intérpretes del derecho romano, tienen gran cuidado de hacer notar, y nosotros haremos notar con ellos, que para que el mandato conserve su verdadero carácter, y á fin de que no degenera en otro asunto, es preciso que este honorario no se prometa y no se dé sino hasta después de hecho el servicio. Porque si el mandato no es gratuito *ab initio*, si el mandatario no emprende la gestión confiada á sus cuidados, con una mira por completo graciosa y desinteresada, el contrato no puede merecer

el nombre de mandato. La agencia será un alquiler de obras, si la naturaleza del hecho admite el alquiler, y si esa naturaleza no lo permite, será un contrato innominado que dará lugar á la acción *prescriptis verbis ó in factum*. Así, por ejemplo el agrimensor asalariado, el chalán que recibe un honorario, no son mandatarios porque son recompensados *ab initio*, lo que repugna al mandato romano. Pero no son por eso locadores de obras, porque su ministerio no se ejercita sobre hechos susceptibles de locación. Lo mismo pasa con el abogado; el honorario que se le dá *ab initio* lo aleja del mandato; pero la dignidad de sus funciones lo aleja del alquiler.

En esta materia, pues, como en cualquiera otra, se aplica con particular cuidado la máxima: *Initium inspiciendum est*. Si en su origen se ha aceptado el mandato sin segunda intención, y con el puro deseo de prestar un servicio, queda en la verdadera categoría de mandato, á pesar de la promesa de un honorario que más tarde se haya hecho. Este honorario no cambia la naturaleza del asunto. Pero si en el principio el mandatario ha estipulado un honorario, ya no hay mandato propiamente dicho; es ó un alquiler ó un contrato innominado. Tal es la doctrina resumida por los comentadores del Derecho Romano. Dentro de este sistema habría sido errónea la idea de Wissembach sobre que en Roma había dos especie de mandato: el mandato gratuito y el mandato asalariado. Según las explicaciones reproducidas aquí y que son las verdaderas, no hay más que una especie de mandato, el mandato gratuito, que no deja de ser tal cuando *ex post facto*, viene un honorario á recompensarlo. En este sentido Ulpiano habla de *un procurator salarius* asalariado después del tiempo en que celebró el mandato.

Escríbe nos dice: "El mandato puede contraerse entre presentes y ausentes, por palabras, por mensajes, por escrito público ó privado y aún por cartas, *como así mismo por hechos*, v. g.; si alguno estando presente permite que otro desempeñe sus negocios ó si alguno para su ejecución el encargo que se le confirió sin haberlo aceptado expresamente. Ley 24, tit. 12, Part. 5.<sup>a</sup>

"El mandato es gratuito por su naturaleza, pero no queda viciado por la asignación de salario ú honorario, y seguramente el administrador que recibe sueldo no deja por eso de ser su mandatario."

El mandatario puede aceptar ó no aceptar

el mandato; pero una vez aceptado expresa ó tácitamente, queda obligado á cumplirlo mientras dura su encargo, bajo la pena de satisfacer los intereses y perjuicios que puedan resultar de su inejecución, ya porque nunca debe faltar á lo que se ha prometido, *grave est fidem fallere*, ya porque no debe engañar impunemente al mandante, quien si no hubiera confiado en la oferta y fidelidad del mandatario, se hubiera valido de otra persona para la evacuación de sus negocios: *Adjurari non decipi beneficio oportet*.

El mandatario no solo debe ejecutar el mandato aceptado, como acabamos de decir, sino que ha de poner todo el cuidado necesario en cumplirlo bien y fielmente, pues por el hecho de su aceptación promete los esfuerzos de su celo y habilidad, *spondet diligentiam et industriam*; y por consiguiente se hace responsable no solamente del dolo, sino también de las faltas que cometa en su gestión, debiendo indemnizar al mandante del perjuicio que le cause por su negligencia, porque aceptando el mandato, le impidió echar mano de otro procurador más hábil y diligente; Ley 20, tit. 12, Partida 5.<sup>a</sup>

"Finalizado el mandato, debe el mandatario dar al mandante las correspondientes cuentas de su gestión. No pudo el mandatario emplear en su utilidad propia las sumas que ha recibido del mandante, pues esto sería faltar á la fidelidad que debe guardar en sus funciones, y si las emplea, debe pagar los intereses que se conceptúan justos desde el día en que echó mano de ellas, quedando además responsable de los perjuicios que sigan por esta razón á su principal. También debe satisfacer á éste los intereses de la cantidad en que sea alcanzado desde el día que se constituya en tardanza ó mora."

## V.

Pero podría decirse con apariencias de fundamento legal: todas esas teorías sobre lo gratuito del mandato fueron aplicables en nuestro foro mientras no se promulgó el Código de 1884 que en su art. 2374, dispone que *sólo será gratuito el mandato cuando así se haya convenido expresamente*; de manera que mientras no aparezca el convenio expreso acerca de que lo que una persona haga en nombre de otra, en virtud de la facultad que ésta le haya dado y mediante la aceptación de aquella, debe ser gratuitamente, no puede considerarse existente el contrato de mandato gratuito, y también mientras no

conste que se ha pactado expresamente la retribución que la persona encargada de hacer alguna cosa en nombre de otra, debe recibir de ésta el mandato no debe reputarse celebrado legalmente; no hay contrato de mandato, en una palabra, cuando no se pacte expresamente ó la retribución que debe pagarse ó la circunstancia de que el desempeño del encargo no ocasionará retribución alguna. Como en el caso, entre Borneman y Epstein, sencillamente se trata de un comercio amistoso, por el que el primero dió al segundo facultad para constituir en su nombre unos cuartos, cobrar las rentas, que estas produjeran, prestarle otros servicios análogos, cuya facultad aceptó el segundo encargándose, como de hecho se encargó, de la construcción de los cuartos y demás encomiendas recibidas, pero sin que hubieran pasado el convenio de *un asunto amistoso, desinteresado, en el que no medió oferta de ninguna retribución, pues todo lo que hubo fué una prestación espontánea y amistosa de parte de Epstein*, no ha mediado contrato de mandato entre dichos señores conformes al mencionado art. 2374 del Código civil; en consecuencia no puede exigirse al Sr. Epstein cumplimiento de obligación alguna en el concepto de que haya sido mandatario del Sr. Borneman.

Semejante objeción queda fácilmente desvanecida, con solo entrar en estas dos sencillas consideraciones.

I. ¿El haberse omitido en el convenio entre los Sres. Borneman y Epstein la mención de que los trabajos del segundo debían ser renumerados, significa entre ambos el acuerdo para que precisamente fueran gratuitos? Entonces tenemos el caso del contrato de mandato gratuito, expresamente declarado, contrato perfectamente válido conforme al art. 2374 que se supone invocable por parte del recurrente. Entonces y supuesto que en el convenio de que se trata, han intervenido las demás circunstancias indispensables para que se repunte mandato gratuito, facultad que una persona da á otra para que en su nombre ejecute alguna cosa, aceptación positiva de esa facultad, etc., etc., el Sr. Epstein tiene las obligaciones del mandatario que ha pactado servir gratuitamente.

II. ¿La referida omisión no es bastante para reputar el comercio en cuestión como mandato gratuito expresamente pactado así? Entonces aparece un mandato no gratuito, y el Sr. Borneman está obligado en cumplimiento del art.

2,374 á retribuir al Sr. Epstein, lo que ameriten sus servicios en el desempeño de la comisión que de aquel recibió, y siempre quedará en pie el mandato.

Pactada ó no pactada expresamente la retribución ó la gratuidad del mandato, no puede atacarse la subsistencia de este contrato cuando, como en el presente caso, han concurrido á su formación los elementos esenciales que la ley determina. La disputa que verse sobre si el mandato fué ó no fué gratuito, solamente influirá en la resolución relativa á la extinción de las obligaciones del mandatario respecto del mandante, al alcance de los derechos y obligaciones del mandante respecto del mandatario y nada más.

El recurrente nos dice, que solamente puede haber contrato, cuando se pactan derechos y obligaciones respecto de cada uno de los contratantes, y que sólo puede haber contrato de mandato, cuando se pacta que el mandatario debe recibir retribución, que sin esa retribución que forzosamente ha de intervenir en el mandato, éste no puede reputarse contrato en el sentido legal de la palabra. A esas afirmaciones se opone el texto del artículo 2,374 que autoriza, que el mandato sea gratuito ó lo que es igual, que deje de pactarse la retribución.

Confiado el recurrente en la exactitud de observaciones, respecto de que no puede haber mandato gratuito, y de que cuando no se ha pactado retribución para el mandatario, el contrato no subsiste legalmente, se expresa en términos que racionalmente pueden tomarse como la confesión de que el convenio entre los Sres. Borneman y Epstein, se pactó expresamente que tal convenio fuera gratuito. «Todo esto, dice en su escrito, *de una manera amistosa* y sin mediar entre nosotros el contrato de mandato, sino un simple encargo.», Se debe advertir que se niega al encargo, el carácter de mandato, porque se arregló que el desempeño de aquél fuese de una manera amistosa, se convino en que no hubiera retribución; por este convenio sobre falta de retribución, el recurrente se opone á que el pacto revista el carácter de mandato, no obstante la disposición categórica del artículo citado. El Sr. Epstein dice más todavía. «La Sala resuelve, sin embargo, que ha existido un mandato, cuando sólo ha habido una prestación *espontánea y amistosa* de mi parte, es decir, cuando no ha habido un verdadero contrato.», Y por qué asegura que no ha habido verdadero contrato? En concepto del recurrente, porque al arre-

glarse los antes amigos y hoy contendientes, para la ejecución del encargo que uno dió y otro aceptó, se convino en que el servicio se haría de una manera amistosa sin retribución: he ahí el mandato gratuito expresamente celebrado, y permitido expresamente por la ley.

Más si no se encontraran las pruebas de que quedó expresamente pactado que el mandato fuese gratuito, se tendría que convenir en que hay un mandato en que el mandatario debe ser retribuido, porque faltó la expresión terminante á que se refiere el artículo del Código Civil. Y como ese artículo no niega al mandato sus efectos legales, cuando haya dejado de expresarse que será gratuito, sino solamente se opone á que el mandato sea considerado entre la especie de los gratuitos, queda en pie la validéz del contrato, el cual entre sus efectos trae, el de que el mandatario pueda exigir al mandante, el pago de lo que hayan importado sus servicios.

Lodrá, pues, estimarse que el mandato fué ó no gratuito; pero la casación de la sentencia de la 3ª Sala, no puede pretenderse por la razón de que no hubo convenio, sobre retribución de los trabajos del mandatario, porque esta omisión no quita al contrato celebrado, el carácter legal del mandato.

No aparece la pretendida violación del art. 1,272 del Código Civil, y no procede la casación de la sentencia por el capítulo relativo á tal violación, por más que el recurso esté legalmente interpuesto, por haberse observado las prescripciones establecidas por la ley en lo relativo al tiempo y forma, para la interposición de tal recurso.

## VI.

Finalmente, el recurso no se encuentra legalmente interpuesto, respecto de la última violación alegada y que se dice sufrió el art. 606 del Código de Procedimientos Civiles, puesto que la fracción I del artículo 711 del mismo, no se ocupa del fruto á que se hace referir la violación, esto es, al caso de que la sentencia no se haya ocupado de las excepciones opuestas por el demandado; y como el recurrente se fundó en la citada fracción I, para alegar la violación de tal artículo 606, falta indudablemente la congruencia necesaria, entre los elementos que se presentan como apoyo, para la interposición del recurso. Pero aún cuando así no fuera, existen las consideraciones expuestas en el capítulo 3º de estos apuntes, y en último caso, la casación no puede

tener cabida por la violación consistente en que la sentencia no se ocupó especialmente de las excepciones opuestas á la demanda siempre que, como pasa en la presente ocasión, la sentencia ha resuelto todas las cuestiones suscitadas en el litigio.

Conclusión.—Por lo expuesto, el Ministerio Público somete á la ilustrada consideración de la Sala, las proposiciones siguientes:

1ª El presente recurso de casación, ha sido en parte legalmente interpuesto.

2ª No es de casarse ni se casa la sentencia recurrida.

México, Junio 18 de 1892.

LUIS ALVAREZ LEON.

## INSERCIONES.

### APUNTES PARA UN ESTUDIO

ACERCA DE

## LA LEGISLACION SOBRE AGUAS

POR EL LICENCIADO

PABLO OCHOA.

(CONTINÚA.)

Se vé claramente por lo que dejo sentado, que en la República de los Estados Unidos el dominio fluvial y las aguas en general, es de la exclusiva propiedad y competencia de los Estados; que la reglamentación y distribución de las mismas les corresponde de una manera casi absoluta, y que la jurisdicción del poder federal es muy limitada y jamás entraña la propiedad de rios. Esta jurisprudencia es el resultado necesario de los principios constitucionales; y como dice muy bien el Sr. Vallarta, en uno de sus notables votos emitidos en la Suprema Corte de Justicia, siendo los preceptos de ambas Constituciones idénticos, las consecuencias que de ellos se desprenden deben tambien ser idénticas. De otra manera resultaría, en efecto, un absurdo; y podría decirse parodiando la frase de Pascal: que lo que es error de este lado del río Bravo, es verdad más allá. En el caso presente, sobre todo, se ha visto que los preceptos de la Constitución mexicana son aun más liberales que los que consigna la de los Estados Unidos, y la aplicación de ellos, por lo mismo, debería ser, si es posible, más liberal en este país que la que se les dá en aquella República.

## § 89

*La ley de 5 de Junio de 1888 es constitucional.*

Según lo expuesto, creo que no puede ni aun ponerse en duda la anticonstitucionalidad intrínseca de la ley de 5 de Junio de 1888, ley que no puede tener mas significación que dar al poder federal las atribuciones que en la navegación y el comercio le corresponden legítimamente, y no son otras en materia de vías fluviales, que cuidar en los rios y lagos navegables, de que esté expedito el tráfico mercantil; mas en lo que toca á la propiedad de las aguas, á la distribución de las mismas y á los derechos de los particulares, en ellas, no tiene ni puede tener intervención directa y las disposiciones de la ley de 1888. en este respecto, son nulas como atentatorias á la soberanía de los Estados y abiertamente opuestas á los preceptos del Código fundamental.

Podrá objetarse que la ley de 30 de Mayo de 1868 declara bienes federales las lagunas y rios navegables, y que en tal virtud la propiedad de ellos pertenece á la federación; mas por una parte esa ley no tiene la amplitud de la de 5 de Junio de 1888, que comprende según lo he demostrado, casi todas las aguas de la República; pues aquellas se restringe exclusivamente á los rios navegables; y además, esta disposición de la ley de 30 de Mayo de 1868, como algunas otras que la misma ley contiene, es también anticonstitucional; pues no está al arbitrio del poder federal declarar á su voluntad cuáles bienes se apropia y cuáles deja á los Estados; sino que sus disposiciones deben siempre tener por base las facultades que le atribuye el pacto federal. Las mismas razones que dejo anotadas ántes, militan tambien en este último caso, y por otra parte el autorizado jurisconsulto Lic. Ignacio L. Vallarta, demostró brillantemente en su voto presentado con motivo del amparo Villard, (cuestiones constitucionales, tom. 2º pag. 143 y siguientes) que la ley de clasificación de rentas de 12 de Septiembre de 1857 es contraria á la Constitución; y en la competencia promovida por el Juzgado de Distrito de Tabasco al Juez del Partido del Centro del mismo Estado, hizo extensivos los mismos argumentos á la ley vigente de 30 de Mayo de 68 (ob. y tom cit. pag. 406 á 410.) Por lo mismo me parece superfluo tratar especialmente este punto; y me limitaré solo á recordar: que aun esa ley centralizadora é insostenible de 12 de Septiembre de 1857, no obstante que en el art. 2º frac. 33, atribuía á la federación el dominio de los rios, lagunas y caídas de agua, reconocía en el art. 3º frac. 24 como propiedad de los Estados, los productos de los arrendamientos y ventas de aguas.

\*\*

A pesar de lo que acabo de exponer, debo confesar, que con todo y la patente pugna que la ley de 5 de Junio tiene con los preceptos constitucionales, hay mucho peligro de que sea llevada á efecto, y aun existe el precedente de concesiones otorgadas en el rio Nazas aplicando esta misma ley; pues la tendencia que de algunos años á esta parte ha predominado, ha sido fatal para la soberanía de los Estados, no solo en los hechos prácticos sino también en los mismos principios constitucionales; de tal manera, que combinados ambos elementos, el resultado es: que el art. 40 de la Constitución ha quedado casi reducido á una pura envoltura, vistosa es cierto y ataviada de palabras que suenan muy bien, pero que muy poco de sustancial contienen.

En efecto: empezó el poder federal por atribuirse sin fundamento la propiedad de los baldíos, dando posteriormente á esa atribución, un ensanche excesivo en la ley de 15 de Diciembre de 1883; despues las reformas promulgadas en 13 de Noviembre de 1874 dieron al poder federal una ingerencia peligrosa en la política de los Estados, dejando al Senado la facultad de calificar la legitimidad de sus Gobiernos. En seguida en 14 de Diciembre de 1883, recibió un golpe aun mas grave todavía el régimen interior de los Estados, con la reforma de la fracción X art. 72 de la Constitución; pues la facultad del Congreso general que se limitaba á establecer bases generales de la legislación mercantil se ensanchó desmesuradamente, convirtiéndose en facultad para expedir códigos de comercio, leyes bancarias y códigos de minería. Con esta reforma se quitaron á los Estados, tres de los elementos mas esenciales de su vida interior, como son el comercio, los bancos y la minería. Luego en 22 de Noviembre de 1886 se reformó el art. 124 de la misma Constitución, poniendo entre otras prohibiciones á los Estados, la de gravar los efectos extranjeros con mas cuota que la que les permitiera la federación, precepto que entre las muchas aberraciones que contiene, entraña una que las enmienda á todas y es la de ser inaplicable.

Agravando la trascendencia de estas reformas constitucionales han venido algunas de las leyes orgánicas respectivas, ya limitando las facultades de los Estados para cobrar impuestos á los productos minerales, ya exceptuando completamente de contribuciones á distintas instituciones bancarias, ya exencionando de impuestos á los colonos, ó ya legislando arbitrariamente sobre el matrimonio y declarándolo contrato indisoluble

en todo el país, y reglamentando sus principales efectos con agravio patente de la facultad constitucional de los Estados para legislar en esta materia.

Siguiendo por este camino llegará un día en que las entidades federativas no tengan facultad para legislar sobre nada: y que aun sea imposible su subsistencia por falta de rentas; pues no teniendo jurisdicción en su territorio, ni en sus minas, ni en su comercio, ni en sus instituciones bancarias, ni en las aguas que riegan sus campos, difícilmente se comprende de donde puedan recabar sus impuestos.

Por lo tanto, aun cuando en mi estudio debo apegarme al sentido natural y verdadero de los preceptos constitucionales: y conforme á los mismos creo radicalmente anticonstitucional; la repetida ley de 5 de Junio de 1888, cuando se llegue el caso de las aplicaciones concretas, es bueno recordar las elocuentes lecciones que suministran los hechos practicos que ligeramente acabo de indicar.

### III

#### De la reglamentación de las aguas en el Estado.

##### § 1º

##### *Intervención del poder público en general.*

Demostrado como queda, que conforme á nuestra Carta fundamental corresponde á los Estados el dominio y reglamentación de los ríos, lagos y depósitos de agua, que se encuentran en sus respectivos territorios, con la única limitación que implican las atribuciones del poder federal, en lo relativo á comercio y á navegación, resta determinar qué autoridades ejercen en los Estados dichos dominio y reglamentación.

Desde luego la legislación de esta materia corresponde al Congreso del Estado, según los artículos 2º, 6º, 26 y 62, fracciones XXIII y XXIV de la Constitución local; y ese poder de legislar, sólo está limitado por las citadas facultades del poder federal y de los derechos de los particulares, cuando estos implican una garantía individual sancionada en el pacto fundamental ó en la misma Constitución del Estado. Los poderes Ejecutivo y Judicial tienen; el primero, las facultades administrativas que la ley vigente le otorga; y el segundo la competencia para fijar los derechos de los particulares cuando surja entre ellos controversia.

Esta intervención del poder, que es lo que viene á constituir el dominio público de las aguas; en vez de entorpecer facilita su aprovechamiento por los particulares, como dice muy bien el Señor Colmeiro, (Derecho administrativo núm. 1420)

siempre que el furor reglamentario no se apodere del Gobierno, agrega con razón el Sr. Castillo Velasco, (Derecho administrativo, tom. II, pág. 15).

En nuestra antigua legislación se encuentran algunas leyes encaminadas á llenar el objeto deseado, aunque, como lo dije al principio de este estudio, distan mucho de ser completas. La ley 8ª, tít. 28, part. 3ª prohíbe que se construya canal ó molino ó cualquier otro edificio en los ríos navegables ni en las riberas de ellos, de modo que se embarace la navegación ó que se impida el uso común; y manda que cualquiera obra de éstas, nueva ó antigua, sea derribada. «Ca non sería cosa guisada, que el pro de todos los omes comunalmente se estornase por la pro de algunos.» La ley 13, tít. 32 de la misma partida, manda de un modo aun más expreso y pormenorizado, que cualquiera que hiciese en su propia tierra estacada ó valladar ú otra obra, de modo que estorbase el uso del agua á los vecinos, le sea derribada á su costa y que indemnice del perjuicio hecho, y la razón que dá es: «Cassend que dixerón los sabios antiguos, maguer el ome aya poder de fazer en lo suyo lo que quisiere; pero deuelo fazer de maucera, que non faga daño nin tuerto á otro.»

(Continuad.)

## AVISO.

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

Se hacen descuentos en los pedidos por mayor.

## Advertencia.

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

Tip. Manero y Nava. Tiburcio Núm. 18º