

EL DERECHO

PERIÓDICO DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION

SEGUNDA ÉPOCA.

S'il n'y avait pas de justice,
il n'y aurait ni gouvernement ni société.

EDOUARD LABOULAYE.

TOMO I.

MÉXICO: SÁBADO 6 DE MAYO DE 1871.

NÚM. 18.

DERECHO TRANSITORIO.

RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES.

DE LAS LEYES QUE SE REFIEREN AL ESTADO Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS.

(CONTINUA.)

II.

Vida intrauterina y extrauterina, ó sea del estado y capacidad de los no nacidos, y de los nacidos.

Como indicamos en el párrafo anterior, creemos conveniente para comprender el alcance de las doctrinas sobre la aplicación de las leyes nuevas al estado y capacidad de las personas, recorrer, aunque sea someramente, los diferentes estados en que el Código del Distrito considera al hombre, y las modificaciones que en su capacidad anterior ha introducido.

Indicamos también que siguiendo la senda trazada por las legislaciones que precedieron, si bien declara el Código que la capacidad jurídica comienza desde el nacimiento, conserva su protección á la vida *intrauterina*, otorgando al *feto* derechos, que si en general están sujetos á la condición de que nazca vivo, son reales y positivos, é independientes de esa condición desde que la concepción existe, y aun cuando solo se presume, siempre que se trata de su subsistencia y conservación.

TOM. I.

Consecuente con esta regla de humanidad y protección, leemos en el artículo 378 que puede reconocerse al hijo que aun no ha nacido; en el 361 que el reconocimiento hecho por el marido al casarse, del hijo de quien la mujer está ó *pueda estar* en cinta, produce la legitimación; en el 526 que los que ejercen la patria potestad pueden nombrar tutor al póstumo, en el 3,372 y en el 3,426 vemos que se llama á la sucesión ex testamento y ab intestato á los póstumos que nazcan viables; y llevando mas allá la regla, por otro género de razones que fácilmente se comprende, se declara en el 3,427 válida la disposición hecha en favor de los hijos que nacieren de ciertas y determinadas personas vivas al tiempo de la muerte del testador. Así también en el 3,484 se tiene como nula la institución de heredero cuando hay preterición de descendientes que nazcan después de la muerte del testador, y concordante con esta regla es el 3,513; y así por último, todas las disposiciones del cap. 1, tit. 5.º del lib. 4.º, tienen por objeto asegurar los intereses y la subsistencia personal del feto, en cuyo obsequio está prevenido se suspenda la división de la herencia hasta que nazca, y se

37

conceden alimentos á la viuda á cargo de la sucesion, aun cuando ella tenga bienes propios de que poder subsistir.

Todas estas disposiciones, con ligerisimas diferencias que las perfeccionan ó resuelven ciertas dudas que la jurisprudencia habia señalado, estaban ya admitidas y sancionadas en la legislacion antigua, derivándose de la misma máxima: ¹ *Nasciturus habetur pro jam nato, quotiens de commodo ipsius quaeritur*: ó como con no menor elegancia decia la ley de las Partidas: “De mientras que estouiere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga, ó se diga, á pródella, aprovechase ende; bien assi como si fuesse dicho, ó fecho á daño de su persona, ó de sus cosas, non le empece.”

No nos detendremos, pues, en tales disposiciones. Pero si debemos hacerlo, en la que tiene por objeto fijar el término de la vida intrauterina y el principio de la vida real, porque dependiendo generalmente, como ya dijimos, de la segunda que los derechos concedidos durante la primera sean positivamente adquiridos, tiene una grande importancia todo lo que determina el fin de un estado y el principio del otro.

Conocida es la marcha de la legislacion en este respecto.

El Fuero Juzgo exigia que el hijo viviese *diez dias* para que heredase á sus padres; ² las leyes de las Partidas siguiendo á los códigos romanos, sancionaron la regla de que bastaba que naciese con figura humana y viviese un solo instante; ³ el Fuero real agregó el requisito del bautismo, ⁴ y por último la 13 de Toro ordenó que para no ser tenido por abortivo el parto ó hijo, habia de nacer todo vivo en tiempo en que pudiese vivir naturalmente; ⁵ vivir 24 horas naturales y ser bautizado.

Por último, una ley mexicana, aboliendo el requisito del bautismo, estableció que no se reputaria vividero al que naciese con le-

sion ó defecto orgánico que le impidiese vivir, ni al que naciese ántes de los 180 dias, contados desde la concepcion, sea cual fuere el tiempo que aquel y éste viviesen; pero que fuera de estos dos casos, bastaria para que la criatura heredase, que viviese un solo instante. ¹ El bautismo estaba, ademas, suprimido por la ley de libertad religiosa.

Tal era el estado de la legislacion al comenzar á regir el Código civil. Segun ella, todos los derechos atribuidos al feto los adquiria definitivamente, ya para gozarlos él, ó para transmitirlos á otros, tan luego como naciese sin lesion ó defecto orgánico que le impidiese vivir, aun cuando en realidad solo viviese un instante. Mas el Código adoptó una fórmula que se diferencia de las anteriores, estableciéndola así: Para los efectos legales solo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, *nace con figura humana*, y vive *veinticuatro* horas naturales. Sin embargo, acercándose un tanto á las leyes de las Partidas y á la de 1857, admitió que se tenga por nacido el que no viva las veinticuatro horas naturales, pero con la condicion esencial de que durante este periodo *sea presentado vivo al registro civil*.

Así, pues, en adelante no será privado de sus derechos el que nace con defecto orgánico que le impida vivir, con tal que viva lo suficiente para ser presentado vivo al juez del estado civil, ó que sin ser presentado á este funcionario viva veinticuatro horas. Por otra parte, para estimar la viabilidad, se debe atender solo a estas circunstancias: estar el feto completamente desprendido de la madre, *partus editus*, tener figura humana, y nacer vivo; mas no al tiempo transcurrido entre la concepcion y el parto, cuyo cálculo ni podria hacerse, ni seria útil, sino en relacion con la paternidad y para determinarla; pero inútil cuando solo se trata de la viabilidad, que se revela por signos mas positivos que el misterioso de la concepcion.

Por último, mientras que en la ley de 857 bastaba que el hijo viviese un solo instante y de este hecho se admitia todo género de prueba, hoy solo podria probarse la vida menor de veinticuatro horas, por medio de la declaracion hecha por el juez del estado civil en el acta del nacimiento de habersele presentado vivo el niño.

¹ Ley de sucesiones de 10 de Agosto de 1857, art. 25.

¹ Véase el Dic. de leg. de Escriche, art. *Hijo póstumo*.

² LL. 18 y 19, tít. 2, lib. 4.^o

³ LL. 3 y 5, tít. 23, Part. 4.^a; 20, tít. 2, Part. 6.^a, y 8, tít. 33, Part. 7.^a

⁴ L. 3, tít. 6, lib. 3.

⁵ Vivian naturalmente segun la ley 4, tít. 23, Part. 4.^a, los que nacen por lo ménos á los seis meses y un dia de celebrado el matrimonio, ó dentro de los diez meses despues de su disolucion. Estas bases que han sido adoptadas en el art. 314 del Código civil, sirven para establecer la presuncion de legitimidad; pero no atañen al objeto especial del estado de *nacido*.

III.

Hombre y mujer, ó de la capacidad jurídica, segun la diferencia de sexos.

Supuesto que el hombre recibe de la naturaleza la fuerza corporal y el vigor intelectual en grado superior á la mujer, como ésta sobrepuja al varon en belleza, pudor y sentimiento, la capacidad jurídica, mal que pese á los socialistas, tiene que acomodarse á tan diferentes dotes.

Curioso al par que instructivo es seguir la suerte que cupo á la mujer en la marcha de las legislaciones positivas de los pueblos, segun su cultura, su religion, su clima y sus instituciones políticas, descrita por Montesquieu y otros moralistas. Ningun otro ser creado fué ni será jamas tan enaltecido á veces, tan deprimido otras. Sus mejores dotes han sido sus mas formidables enemigos, ó su mas firme egida. Esclava en la mayor parte de los pueblos primitivos, en tutela perpétua en el antiguo derecho romano, ¹ redimida por

¹ Sobre la tutela de la mujer entre los romanos, nos parecen interesantes los siguientes párrafos del juriconsulto alemán Marcoll, interpretando un pasaje de los Comentarios de Gaio.

“Segun el antiguo derecho romano, dice, una mujer aun púber, tiene necesidad por razon de su sexo únicamente, de un tutor durante su vida, cuando no está sometida á algun *jus*, á algun poder de familia, á la *patria potestas*, ó á la *manus mariti*.

Este principio tenia su fundamento, como lo reconocian los romanos mismos, ménos en la debilidad intelectual ó física del sexo femenino, que solo servia aquí de pretexto, cuanto en un interes de familia, lo que es del todo conforme con la tendencia original de la tutela. Era, en efecto, una precaucion tomada para que los bienes de la mujer no saliesen de la familia, y no fuesen sustraídos en todo ó en parte de la sucesion legitima de los agnados.

De este modo se explica la naturaleza particular de esta *tutela perpetua mulierum*.

Por esto las virgenes vestales estuvieron en todo tiempo exentas de ella, pues en general su sucesion no era deferida ab intestato á sus agnados.

Por esto pertenecia esta tutela, como derecho de familia, á los mas próximos agnados.

Por esto, en fin, los tutores no tenian aquí un derecho de administracion propiamente dicho, sino únicamente la facultad de impedir que se hiciese sin su autorizacion cualquier acto importante por el que la mujer se obligase ó enajenase entre vivos ó por causa de muerte.

Aunque en los antiguos tiempos se tomase muy á lo serio, perdió sin embargo poco á poco su carácter primitivo.

Primero la *lex Papia Poppæa* libertó completamente á una gran parte de las mujeres casadas de esta incómoda vigilancia.

En seguida la *lex Claudia* la suavizó notablemente para muchas otras mujeres.

En fin, se habia inventado varios expedientes ingeniosamente combinados para sustraer á las mujeres, á lo ménos de la tutela mas onerosa, de la tutela legitima de los agnados, y para procurarles

el cristianismo, su emancipacion completa y su igualdad absoluta de derechos respecto del hombre, vienen debatiéndose desde Platon hasta nuestros dias.

Mas léjos, muy léjos está de nuestro intento, entrar en consideraciones morales, mas propias de los libros de los filósofos que del rigorismo de la ciencia positiva. Y sin negar á las primeras su importancia y su influencia en la segunda, debemos limitarnos á señalar sus conquistas progresivas.

Si la servidumbre de la mujer fué desapreciando en Roma á medida que nuevas costumbres penetraron en las leyes, hasta llegar á ser una vana y ridicula forma, segun la expresion de Marcoll, no llegó aquella á obtener en la legislacion de Justiniano la misma capacidad jurídica que el hombre. Excluida de la vida pública, incompatible con el decoro y los peligros de su sexo, no ménos que con el cumplimiento de los deberes maternales y domésticos, en los derechos privados, su condicion ha sido desde entónces ó privilegiada ó inferior; pero siempre distinta de la del hombre.

De aqui la fórmula tan repetida de Ulpiano: “*Fœminæ ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotæ sunt: et ideo nec iudices esse possunt; nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procurators existere;*” ¹ y que Papiniano dijese: “*In mulis juris nostri articulis, deterior est conditio fœminarum quam masculorum.*” ²

Reglas son estas que se transmitieron á la legislacion española, que en nuestro derecho público y privado se han conservado, aunque no con una misma aplicacion en el segundo, como se verá por algunos ejemplos.

La mujer, por las Partidas, carecia de patria potestad, ³ no podia ser tutora sino de

tutores de su eleccion, que las estorbasen poco ó casi nada. Estos expedientes eran, por ejemplo, la *coemptio fiducia causa*, *tutela evitanda gratia*, la *tutoris optio* en sus diversas formas, la *in injure cessio* de la tutela.

Habiéndose vuelto así la tutela de las mujeres desde largo tiempo una vana y casi ridicula forma, nada mas natural que verla desaparecer poco á poco completamente bajo los emperadores que siguieron á Diocleciano.—(Resúmen de un curso sobre el conjunto del Derecho privado de los romanos, lib. IV, Derecho de familia, pár. 189.)

¹ L. 2. Dig. de Reg. juris.

² L. 9, l. 1, tit. 5, Dig. de Statu hominum.

³ L. 1, tit. 17, Part. 4.^a E como quier que el padre haya en poder sus hijos legitimos, ó sus nietos, ó visnietos que descienden de sus hijos, non se deue entender por esso, que los puede auer en poder la madre. . . .

sus hijos ó nietos, ¹ ni procuradora judicial ó personera, ² ni fiadora, ³ ni testigo en los testamentos, ⁴ y algunas veces la excusaba la ignorancia de las leyes. ⁵

La diferencia de sexos no solo influyó en la capacidad absoluta para ciertos actos ó derechos, sino que adelantó ó retardó el ejercicio de algunos otros comunes á los dos sexos. Así el hombre solo podia casarse despues de catorce años cumplidos, miéntras que la mujer era nubil á los doce. ⁶ Los hombres menores de veintium años necesitaban para contraer matrimonio de la licencia de los padres, tutores ó curadores, miéntras que la mujer solo la necesitaba hasta los 20. ⁷ Y así por último, la tutela duraba para las mujeres hasta los doce años, y para los varones hasta los catorce. ⁸

Ahora bien: el nuevo Código civil introduce importantes modificaciones sobre algunos de los puntos señalados.

La primera y no poco importante, es la consignada por principio del código, cuyo primer artículo declara, que la ley civil es igual para todos sin distincion de personas ni de sexos, salvo en los casos especialmente declarados: poniendo término á la duda que indicamos en nota, habrian hecho nacer las leyes recopiladas, y sancionado el principio de la igualdad de derechos civiles del hombre y de la mujer.

La segunda, es la que concede á la madre y abuelos por linea materna la patria potestad (art. 392); derecho propio de la madre de que el padre no puede privarla (art. 531),

1 L. 4, tit. 16, Part. 6.ª Antes de ella la 3, tit. 3, lib. 4 del Fuero Juzgo concedia á la madre la guarda del hijo en defecto del padre. Y la ley 1, del mismo titulo, solo llamaba huérfanos á los que carecian de padre y madre, *porque la madre non ha menor cuidado del fio que el padre. . . .*

2 L. 5, tit. 5.º, Part. 3.ª

3 L. 2 y 3, tit. 12, Part. 5.ª: pero esta prohibicion podia ser renunciada por la mujer.

4 L. 9, tit. 1, Part. 6.ª: prohibicion que tiene su origen, no en la debilidad de la mujer, sino en que en su origen el testamento tenia entre los romanos la solemnidad de una ley, de cuya formacion estaban excluidas las mujeres.

5 L. final, tit. 1, Part. 1.ª; y 31, tit. 14, Part. 5.ª, de las que la primera se refiere á las mujeres rústicas que viven en despoblado, y cuya falta de cultura se equipara á la de los pastores; mas la segunda habla en términos mas generales. En opinion de algunos, estas leyes fueron derogadas por las leyes 1 y 2, tit. 2, lib. 3, Nov. Rec.

6 L. 6, tit. 1.º, Part. 4.ª; L. de 23 de Julio de 1859, art. 5.º

7 L. de 1859, art. 6.º

8 L. 1.ª, tit. 16, Part. 6.ª

como puede hacerlo respecto de los otros ascendientes (530); pero que tanto la primera como las abuelas, tendrán que ejercer, previo el dictámen del consultor ó consultores; que el padre, mejor conocedor de la aptitud de aquellas, del carácter del menor, de las dificultades que presente la administracion de los bienes, y de las demas circunstancias del caso, tiene facultad de nombrar para ciertos y determinados actos (art. 420 y sig.)

Sistema es este que, restituyendo á la mujer los derechos que la naturaleza le ha dado sobre sus descendientes, fortifica el respeto que estos la deben, y garantiza suficientemente los inconvenientes que podria tener la debilidad propia del sexo: que debe cesar tan luego como la mujer en virtud de nuevas afecciones, entra al poder de otro marido y se priva á si misma de la independencia necesaria para poder ejercer la patria potestad como conviene al interes de los hijos (art. 427), ó cuando el nacimiento de un hijo ilegítimo la hace indigna de la confianza que en la moralidad de las costumbres busca la ley al depositar en ella deberes tan sagrados. (Art. 426.)

La tercera modificacion en la capacidad de la mujer, es la que introducen los artículos 549 y 552, que como excepcion del 562, en el que por regla general se asienta que no puede ser tutora, la llaman á la tutela *legítima y forzosa* del marido, y de derecho á la de los hijos, cuando aquel ó estos son dementes, idiotas ó sordo-mudos.

Consérvase en el art. 2,514 la prohibicion de que las mujeres sean procuradoras en juicio, á no ser por sus maridos, ascendientes ó descendientes, impedidos ó ausentes: en el 3,758, la que las excluye de ser testigos en los testamentos; y en el 1,817, la de ser fiadoras, sino es: 1.º cuando fueren comerciantes: 2.º Si hubiere precedido dolo para hacer aceptar su garantia con perjuicio del acreedor: 3.º Si hubieren recibido del deudor la cosa ó cantidad sobre que recae la fianza: 4.º Si se obligaron por cosa que les pertenece, ó en favor de sus ascendientes, de sus descendientes ó de su cónyuge.

Por último, conserva igualmente el código la diferencia de edades de la antigua legislacion para contraer matrimonio (artículo 164); pero iguala á ambos sexos en la edad para no necesitar del consentimiento de los ascendientes y tutores, fijándola en los 21 años; así como en la de la tutela, que no dividiéndose ya en los dos periodos ó estados de

tutela y curatela, dura hasta que hombre y mujer llegan á la mayor edad (art. 431.)

Todavía tendríamos que apuntar algunas otras diferencias entre la capacidad civil del hombre y la mujer; pero como ellas depen-

den principalmente de otros estados, lo haremos cuando lleguemos á ellos.

LUIS MENDEZ.

(CONTINUARA.)

JURISPRUDENCIA

JUZGADO 1º DE LO CIVIL.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO.

SEGUNDA SALA.

Adjudicacion de la cosa embargada en juicio ejecutivo.—Concurrencia de varias posturas.—¿Cuál debe ser preferida? - Apelacion en el mismo juicio.—La regla que niega ese recurso, de los autos interlocutorios, tiene excepciones.—Las ventajas de la vía ejecutiva se han introducido en favor del ejecutante, que puede renunciarlas.

En el juzgado 1º de lo civil se siguió un juicio por el Lic. D. Nicolás Icaza en representacion de D. F. P., contra D. R. V., sobre pago de 20,000 pesos en virtud de escritura de imposicion, de plazo cumplido, con hipoteca de la casa núm. 9 de la calle de Capuchinas. Pronunciada sentencia de remate, se procedió á las almonedas con arreglo á la ley, sin que se hubiera presentado postor para el remate, habiendo pedido la parte de P. en la misma acta, que se le adjudicara la casa en las dos terceras partes del valor de la finca. Al dia siguiente de la última almoneda se presentó D. J. I. S., quien dijo ser tambien acreedor, ofreciendo por via de postura 5,000 pesos al contado al firmarse la escritura, 15,000 pagaderos al Sr. P. en cinco años por anualidades iguales de 3,000 pesos cada una, con abono de un seis por ciento anual. El resto hasta el completo se lo abonaba por su crédito, mandado pagar por sentencia definitiva; pagaba ademas las costas.

Prevía la sustanciacion respectiva se pronunció el fallo que sigue:

México, Febrero 28 de 1870.

Apareciendo de las diligencias de almoneda

y de la última con calidad de remate, que no se presentó ningun postor á la casa núm. 9 de la calle de Capuchinas; que en tal virtud la parte de P. pidió se le adjudicara dicha finca en las dos terceras partes de su valor, conforme al art. 118 de la ley de procedimientos, cuya solicitud se hizo saber al ejecutado D. R. V., á la de D. M. G. que figura en el juicio como tercer opositor de preferencia y á la de D. J. I. S., quien habiendo seguido juicio ejecutivo contra el mismo deudor y embargado la misma finca por ante el juzgado 3º de lo civil de esta capital, dicho juzgado á solicitud de J. tuvo á bien remitir á este juzgado la comunicacion de fojas 17, para que del producto de la venta de la finca y pagado el crédito que motiva el remate, se retenga el sobrante á disposicion de aquel juzgado; que por este motivo se hizo saber al mismo S. la pretension de P., para que se adjudicara las fincas en las dos terceras partes de su valor; que á esa notificacion contestó con el escrito de fojas 19 presentando una postura de 35,000 pesos, superior al valor en que se apreció la finca, que como se ve de la foja 10, el perito le da el de 33,973 ps., 65 centavos, que el deudor comun ha pedido que se admita la que le fuere mas favorable, y la de G. contestó oponiéndose á la solicitud de P.; y habiéndose citado á todas estas partes á una junta, con el objeto de que sobre las licitaciones pudiera hacerse un arreglo, lo que no se consiguió y se dieron por citados para la resolucion que hubiera de darse; y considerando: que la ley 42, tít. 5º, part. 5ª, despues de prescribir el modo de hacer la venta, expresamente dispone que el juez "devela vender al que mas diere por ella;" que si bien los autores y entre ellos el de la Curia Filípica 2ª pte., pár. 22, núm. 5, dicen que se ha de hacer el remate en la mayor en condi-

cion y utilidad; la del Sr. P. no reúne estas condiciones, porque pidiendo la adjudicacion de la finca en las dos terceras partes de su valor, deja insoluto el de S. y al deudor con la obligacion de pagar á éste: que la ley 32, tít. 26, part. 2ª que se cita por la parte de P., para sostener que la postura de S. no siendo toda ella al contado, no debe ser admitida por ser contraria á esa ley: visto el encabezado de ella, el del título, y sobre todo el texto de la ley no tiene relacion sino con las cosas que se ganaren en guerra, en cuyo caso no puede pretender estar la parte de P.: atendiendo que conforme los autores que cita S. en su escrito, es tiempo aún de admitirse su postura, siendo superior al precio de la finca: que con ella quedan cubiertos los créditos suyo y de aquel, y libre el deudor de esas obligaciones, y que ademas paga las costas judiciales. Por estas consideraciones debia declarar y declaró: 1º Que se admite la postura que hace la parte de S. de treinta y cinco mil pesos, por la casa núm. 9 de la calle de Capuchinas, pagando á la parte de P. los réditos legales vencidos, y veinte mil pesos, en esta forma: cinco mil pesos al contado al firmarse la escritura: quince mil pesos que pagará á dicho Sr. P. en cinco años, por anualidades iguales de tres mil pesos cada una, abonándole un rédito de un seis por ciento anual, el resto hasta el completo del precio se le abona por su crédito á S. exhibiendo ademas las costas de este juicio; y 2º, que la parte de J. proponga previamente fiador idóneo, para que dando la firma respectiva y de que habla el artículo 128 de la ley de procedimientos vigente, con las formalidades legales se proceda á la adjudicacion de la finca, extendiéndose la escritura correspondiente. Así lo proveyó y firmó el C. juez 1º de lo civil Lic. Antonio Aguado.—Doy fé.—*Antonio Aguado.—Joaquin Zamarripa.*

De este auto apeló D. C. H., como cesionario del crédito de P., pidiendo que con arreglo á la ley 4ª, tít. 23, Part. 3ª, se admitiera la apelacion en ambos efectos, á lo que se proveyó auto, admitiéndola solo en el devolutivo. La misma parte pidió certificado de denegada apelacion, que le fué expedido, y con el que ocurrió al tribunal, mejorando el recurso que se sustanció en la 2ª Sala, á quien tocó por turno, pronunciándose el auto que sigue:

México, Marzo 3 de 1871.

Visto este recurso de apelacion denegada, interpuesta por D. C. H., en los autos seguidos por D. F. de P. P., contra D. R. V. sobre pesos. Vistos el auto del inferior de 22 de Marzo del año próximo pasado, que admitió

en el efecto devolutivo la apelacion interpuesta por H., del auto de 28 de Febrero del mismo año, en que admitiendo la postura hecha por la parte de S. de 35,000 pesos, por la casa número 9 de la calle de Capuchinas, pagando á la parte de P., (cuyos derechos posee ahora el apelante,) los réditos legales vencidos, y 20,000 pesos en esta forma, 5,000 al contado, al firmarse la escritura, 15,000 que pagará en cinco años por anualidades iguales de 3,000 pesos, abonándole un rédito de un 6 p^o anual, y el resto abonándose el postor, en pago de su crédito, pagando además las costas del juicio, y mandando que S. propusiera fiador para la adjudicacion respectiva. Vistas las constancias que remitió el juez en testimonio, á petición de las partes, y atento lo expuesto al tiempo de la vista por el C. Lic. Eulalio M. Ortega, patrono del apelante. Considerando: que el auto apelado, es de los que traen gravámen irreparable, como lo consideró el juez, admitiendo la apelacion en el efecto devolutivo. Atento por otra parte: que la apelacion ha sido interpuesta por el actor, que es á cuyo favor se han establecido los trámites violentos del juicio ejecutivo, como lo demuestra además de la naturaleza del mismo juicio, el artículo 109 de la ley citada, que previene se prorogue el término del encargado á petición del actor, siendo solo fatal para el ejecutado, como dice el artículo 118: que siendo, como es, un beneficio concedido al actor, bien puede renunciarlo, y usar de los recursos que dilaten el procedimiento, supuesto que él mismo es el que se perjudica, no consiguiendo el pago violento del crédito que reclama: que si esto pudiera cuestionarse durante la secuela rigurosa del juicio ejecutivo, estrictamente dicho, no deja lugar á duda, cuando, como en el caso presente, se ha pronunciado ya sentencia de remate, y solo se trata de la ejecucion de ella, para hacer al acreedor pronto pago que puede diferir y aun renunciar á su perjuicio: que por lo mismo, si como debe inferirse de las palabras del artículo 115 de la ley citada, la regla general establecida allí, tiene excepciones, no puede dejar de ser una de ellas, la de que se trata. Por estas consideraciones, *por mayoría*, y por los fundamentos citados: 1º Se revoca el auto de 22 de Marzo del año próximo pasado, que admitió la apelacion del auto de 28 de Febrero, solamente en el efecto devolutivo, y se admite en ambos efectos: 2º Cada parte pagará las costas legales causadas en este recurso, y las comunes por mitad; y 3ª Hágase saber, pídanse originales los autos al inferior, y entréguese al apelante por el término de derecho, para que exprese agravios. Así por mayoría lo proveyeron los ciudada-

nos ministros que forman la 2ª Sala del Tribunal Superior, y firmaron.—*Teófilo Robredo.*—*Joaquín Antonio Ramos.*—*Agustín G. Angulo.*—*Emilio Mouroy*, secretario.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO.

TERCERA SALA.

Arrendamiento.—Indemnización de daños y perjuicios por causa de incendio.—Aunque el inquilino debe prestar la culpa leve en dicho contrato, y se presume que el incendio aconteció por su culpa, esta presunción cede cuando aparece que ha obrado con cuidado y diligencia.—Los dependientes y demás testigos inhábiles hacen fe, siempre que declaran por necesidad, sobre hechos que no pueden averiguarse de otra manera.

El día 27 de Mayo de 1862, se presentó por escrito D. F. Z., á nombre de su hermano D. J. M. y de la Sra. F. V. de Z., diciendo: que en la noche del miércoles 6 del mencionado mes, entre ocho y nueve, comenzó en la tienda y almacén de los bajos de la casa núm. 3 de la primera calle de Plateros, de cuyos bajos y almacén era arrendataria Dª E. O., un incendio que en algunas horas destruyó la casa: que el contrato de locación y conducción acreditado por las escrituras que exhibió, y las prestaciones que son consiguientes á su naturaleza, dan á sus representados un derecho incuestionable para demandar á Dª E. é hijo, que ocupaban la localidad donde se verificó el incendio, la indemnización de los cuantiosos daños y perjuicios causados por él en la finca, y para perseguir los valores que existan ó puedan obtener los responsables, en virtud de los contratos de seguro que tienen celebrados para el evento acaecido, de haber sido devoradas por el fuego las existencias que habia en dicha tienda y su almacén: que los derechos que el locador tiene en el caso para los efectos expresados, y comprendidos en la acción que nace del contrato, se fundan en las conocidas leyes que arreglan las obligaciones del inquilino, y que principalmente se encuentran en el título 8º de la Part. 5ª: que la 7ª, la 8ª y la 18 imponen al arrendatario la obligación de resarcir los daños que haya sufrido la casa arrendada, siempre que no los haya causado un verdadero caso fortuito, y cita las palabras de la ley 5ª: que el derecho de prenda de que habla la ley, y que se refiere á las cosas que se fallaren en la casa, recae en él y debe hacerse efectivo sobre el valor que las representa, es decir, sobre las cantidades que se obtengan por los contratos de seguro celebrados por los ocupantes de la

localidad en que se produjo el incendio: que el art. 2º del decreto de 14 de Mayo de 1862, que impuso á los inquilinos, cuyas negociaciones estén aseguradas, la obligación de exhibir á los propietarios las pólizas de seguro, para acordar la indemnización del edificio en caso de incendio, es la expresión de los principios fundamentales de la acción que nace del contrato de arrendamiento, y de la llamada ad-exhibendum que corresponde en el caso al locador, para hacer traer á la presencia judicial las pólizas de seguro y demás documentos relativos, á fin de asegurar el éxito del juicio: que apoya este último derecho en el artículo citado, cuya aplicación, si procede en los casos de incendio que se verifiquen en lo sucesivo, con mayor razón, cuando, como ahora, se trata de los perjuicios causados ya, por un hecho consumado y que se originó en un establecimiento de comercio, asegurado; y que también se apoya en las disposiciones legales anteriores, y cita el Dig. Romano Hispano de Sala, en la acción ad-exhibendum, y la ley 17, título 2º, Part. 3ª: que para hacer valer como corresponde sus acciones, demanda á Dª E. O. é hijo la indemnización de daños y perjuicios, causados en la casa núm. 3 de la 1ª calle de Plateros por el incendio acaecido la noche del 6 de Mayo citado, originado en la tienda y almacén de los bajos de la misma finca, que les tenia arrendados el Lic. D. F. M. Z.; fijándose el monto por las pruebas que se rendirán y por la apreciación judicial, en que será comprendida la de privación de las rentas en general, y especialmente el perjuicio que resulta de no poder cumplir lo estipulado en las adjuntas escrituras: que demanda también se haga efectiva la garantía de prenda y de retención consiguiente al contrato, y que procede contra los derechos de los inquilinos demandados por los seguros que tienen estipulados, y contra cuantas existencias se encuentren de su pertenencia; y finalmente, demanda la inmediata exhibición de los documentos relativos, y concluye su escrito pidiendo: 1º, que ante todo se notifique á la parte demandada, diga cuántos seguros tiene celebrados, y en el acto de la diligencia exhiba sus pólizas para tomar razón de ellas, y se le devuelvan, apercibido de lo que haya lugar: 2º, que bajo el mismo apercibimiento, se le notifique exhiba para el mismo efecto los libros que tenga y haya salvado del incendio, expresando cuáles sean: 3º, que se le prevenga forme inventario de los objetos que ha sacado y de los que siguieren sacando de los escombros, y lo presente en el juzgado; y 4º, que se le prevenga no enajene ni disponga de los derechos que pueda hacer valer en virtud de los seguros, ni de cualesquiera valores que resulten á su favor;

y pide por último, que ántes de correr el traslado de la demanda, ante todo se compulse por la secretaría, testimonio de la conclusion de su escrito, para que con ella se practiquen las diligencias pedidas, corriendo por cuerda separada, sin estorbar dicho traslado. El día 3 de Junio del mismo año de 62, se proveyó á este escrito auto, dando á la parte por presentada con los documentos acompañados, y mandando que se hicieran las notificaciones solicitadas para los efectos expresados; y que se asentara el resultado de las diligencias que se practicaran, para la debida constancia, compulsándose al efecto testimonio del escrito que antecede inserto, y del auto á él recaído, para que sin perjuicio del traslado que debia correrse en vía ordinaria de esta demanda, á la parte de la O., por el término legal, prévia citacion contraria se practicaran por cuerda separada las diligencias de que se ha hecho mencion.

INCIDENTE SOBRE PROVIDENCIA PRECAUTORIA.

En este incidente, con presencia del testimonio respectivo, se mandó en 6 del mismo Junio, cumplir lo mandado en el auto de que ya se hizo relacion respecto de las diligencias promovidas por el actor, sin perjuicio de la sustanciacion en lo principal por cuerda separada. Pasó el actuario á practicar la diligencia, y en ella dijo la señora demandada, que tiene celebrados dos seguros, uno en la "Aliance y Ca de Lóndres," por valor de 47,000 pesos, en México, y el otro en la "Imperial," por valor de 40,000 ps., tambien en México; y que aunque en la primera póliza de las que exhibió, se hallan asentados otros seguros, no tienen relacion con la casa citada de México. En este acto pidió se suspendiera la diligencia para el lúnes próximo, por no estar presente su abogado.

El 19 de Diciembre de 1862, la parte actora presentó escrito pidiendo: 1º, que el juez pasara personalmente sin demora, al despacho de J. H. O., y le previniera que en el acto de la diligencia exhibiera las dos pólizas de seguros, estipulados con las Compañías "Aliance" é "Imperial:" 2º, que en seguida se depositaran en la casa de Labadie y Ca, ú otra de seguridad y confianza que el juzgado eligiera: 3º, que se mandara notificar á D. C. G. Kauffman, como agente de la compañía "Aliance," dijera en el acto de la diligencia qué estado guarda la gestion relativa al cobro del seguro que corresponde á la viuda O. é hijo, y que ha de satisfacer dicha compañía, y manifieste los informes que sobre el particular haya dado á ésta: 4º, que se dirigieran dos exhortos, uno á la ciudad de Guanajuato para que al Sr. Mo-

rel, residente en ella, se le notifique mande copia al juzgado de la cuenta de los efectos, valores y cantidades que tiene en su poder en comision, y que hasta Mayo de 62 importaban 3,350 pesos 24 centavos de la pertenencia de Dª E. O. é hijo, reteniendo en su poder, del mismo Sr. Morel, dichos efectos y cantidades, á disposicion del juzgado, sin interrumpir la realizacion de los efectos; y otro exhorto para los mismos fines á los señores jueces de Guadaluajara, para que se hiciera igual prevencion al Sr. D. Jesus Beltran y Puga, que segun el balance tenia en comision de la casa de O., 11,286 pesos, 3 centavos, hasta el citado Mayo: 5º, que se notificara á los Sres. Labadie y Alexander, retuvieran á disposicion del juzgado las cantidades ó valores que tuvieran en su poder pertenecientes á los demandados, tomándose razon del importe: 6º, que se le diera certificado de la demanda, con insercion de las conclusiones que designa, del auto que recayó, y razon de su notificacion, haciéndose constar, que despues de éste, ningun recurso se ha interpuesto, y se le dé un duplicado, si lo pidiere, sin necesidad de nueva providencia; y 7º, que se le hiciera saber el resultado de todas las diligencias para promover lo que le conviniere.

En vista de este escrito, se pronunció auto en 27 del mismo Diciembre, mandando como se pedia, con arreglo al art. 34 de la ley de procedimientos, 1ª, tít. 9, Part. 3ª, y 20, tít. 13, Part. 5ª, y que los exhortos que se librasen y el depósito pedido, fueran con la calidad de providencia puramente provisional y precautoria.

Practicada la diligencia que se refiere á O., éste en ella dijo que tenia las pólizas depositadas en la casa de los Sres. Goupil hermanos, y Benoche de este comercio: Z. pidió que quedaran en depósito en poder de dichos señores las expresadas pólizas: el juez accedió; y en efecto, en la misma diligencia se constituyó depositario de ellas D. E. Goupil. Practicada la diligencia relativa á Kauffman, no dió informes ningunos. Practicada la diligencia con Labadie, contestó que nada tenia de la casa O. En 30 compareció O. oponiéndose á la providencia precautoria, y pidiendo se citara á la otra parte á la audiencia verbal, y que se le corriera en lo principal el traslado correspondiente.

En el mismo día se mandó citar para la audiencia, sin perjuicio de la diligencia pendiente, el 13 de Enero siguiente. Verificada la audiencia, recibido el incidente á prueba, y con lo alegado por las partes, el juzgado declaró en 30 de Marzo de 1864 que, con arreglo á la ley 1ª, tít. 9, y 41, tít 2, Part. 3ª, debia subsistir el aseguramiento de las pólizas de segu-

ro que D^a E. O. é hijo, tenia de las compañías "Aliance" é "Imperial" de Europa, miéntras se fallaba definitivamente el juicio sobre indemnizacion de perjuicios causados por el incendio, ó daba la Sra. O. é hijo, la correspondiente fianza de pagar juzgado y sentenciado, y condenando en las costas del incidente á la Sra. O. é hijo. Esta parte apeló de este auto y se le admitió el recurso en el efecto devolutivo, que se sustanció y falló en el Tribunal confirmando el auto apelado del inferior, y mandando que cada parte pagara las costas de las dos instancias, por mitad.

CONTINUACION DEL JUICIO PRINCIPAL.

Miéntras la providencia precautoria seguia su curso, el juicio principal tambien lo seguia. En 30 de Enero de 1863 la demandada contestó diciendo: que no es averiguado ni cierto que el incendio de la casa núm. 3 de la primera calle de Plateros, comenzase por la tienda y almacenes que los demandados tuvieron en arrendamiento, y que siendo esto un hecho que Z. da por verdadero, á él corresponde probarlo para poder demandar: que fundando Z. su demanda en las leyes 5^a, 7^a, 8^a, y 18 tit. 8, Part. 5^a, que imponen al inquilino la obligacion de indemnizar al propietario el perjuicio y daños causados á su casa, no habiendo sucedido por un verdadero caso fortuito, da tambien por cierto que los demandados causaron el incendio por culpa ó descuido, y que la prueba de esto corresponde á Z.: que oponen la excepcion de cosa juzgada, en virtud de la sentencia favorable que obtuvieron, en la que se declaró que el incendio no se causó ni por su intencion, ni por su culpa, y al efecto acompaña copia certificada de la sentencia que mandó sobreseer en la causa que se siguió á D^a E. O. é hijo por el incendio referido: agregan que el Sr. Z. no se constituye parte en lo relativo á la accion civil, y apoyados en estos fundamentos piden se declare temerario é infundada la demanda.

No habiéndose logrado avenimiento en la junta de ley que se citó, se mandó abrir el juicio á prueba por veinte dias comunes y prorogables, el cual se prorogó á petición de Z. rindiéndose dentro de él las siguientes.

En 15 de Abril de 1867, el Sr. Z. presentó escrito pidiendo se examinara á los testigos, al tenor del interrogatorio que ofreció presentar: el 15 se mandó recibir la informacion, con citacion contraria, señalándose para la diligencia el 18, en cuyo dia D^a Genoveva Constanza Richand de Sevin, y D^a Dolores Rios, declararon: diciendo la primera, que es cierto que desde el año de 1851, y la segunda, que des-

de el de 1854 que sirve á D^a Genoveva, hasta el 6 de Mayo de 1862, en cuya noche se incendió la casa número 3 de la 1^a calle de Plateros, fué inquilina la Rios del entresuelo de la misma casa, la cual tenia entrada por la contigua número 4. La 1^a: que las piezas de la tienda y almacen que ocupaba D^a E. O. é hijo, en la misma casa número 3, estaban todas bajo el piso de dicho entresuelo que la declarante habitaba; y la segunda agregó: que los cuartos tenian su número, y el 1 estaba parte sobre el zaguán, y los números 2 y 3 sobre la tienda de la Sra. O.: que sabian vivian solo el Sr. G. en el 2, en el 1 el Sr. C., y en el 3 los Sres D. M. M., y D. F. M., que estaba enfermo. La primera declaró tambien que tenian numeracion los cuartos del 1 al 8 inclusivos: que tenian parte del 1, el 2 y el 3: que en el 2 estaba el Sr. G., y en el 3 estaban D. M. M., y D. F. M. Las dos declararon que no es cierto que alguna pieza del entresuelo estuviera destinada á guardar aceite, trapos y algunas otras cosas para limpiar las lámparas, y que el aceite estaba en un bote guardado en una alacena. La primera: que el incendio empezó por la casa del Sr. O. ántes de las nueve de la noche: que la declarante estaba ya para acostarse cuando le avisaron: que el humo se empezó á ver por las chambranas de los cuartos que daban á la calle, principalmente por la del número 3, y la llama no salió hasta que la policía vino despues y abrió un agujero en el piso del cuarto número 3; y la segunda, que á los tres cuartos para las nueve de la noche, empezó la quemazon por la casa de la Sra. O., y se empezó á ver por el cuarto número 3, pues de por abajo vieron el humo: que despues vino la policía, abrió un hueco, y por él salió toda la llama: que el portero de la casa le avisó á la Sra. O., y ésta dijo que se esperaran, que estaba cenando, y la declarante cuidó toda la noche las cosas que se pudieron salvar, perdiendo mucho los alojados de la casa, y la señora su ama.

D. M. M., y D. F. M. declararon: que la tienda de la Sra. O. estaba precisamente abajo de la pieza número 3, que ocupaban los declarantes. El primero dijo: que el incendio comenzó por el almacen de la O., porque estando en el balcon, vieron que salia humo por un agujero que comunicaba con dicho almacen, y se hallaba practicado en el suelo de la habitacion, y poco despues vieron á sus piés las llamas que salian de las piezas inferiores; y el segundo: que el incendio comenzó á las nueve de la noche, poco mas ó ménos: que lo empezó á notar por una columna de humo que salia por un agujero, practicado en el suelo de la habitacion, y que comunicaba con el almacen de la

O.: que el Sr. M. y él, vieron salir las llamas de las puertas de las piezas inferiores: que se notaba que el fuego venia precisamente de abajo, porque los ladrillos se pusieron calientes, desprendiéndose de ellos vapor, y desplomándose á poco la habitacion.

D. A. G. declaró: que la noche del incendio, estando jugando una partida de dominó, entró una criada á decirles que se estaba incendiando el almacen de abajo del cuarto donde vivia el declarante, que era el número 2; y que habiendo salido, notó que salia humo por las puertas de la tienda de la Sra. O., situada en el piso bajo: que cuando los encargados de apagar el incendio rompieron el piso del cuarto número 3, se comunicó el fuego al entresuelo, y á las habitaciones superiores, en las que ántes nada se notaba.

D. L. W. declaró lo mismo que el anterior.

El 8 de Abril el mismo Z. presentó escrito, pidiendo que D. Crisóforo Alvarez nombrado traductor de las pólizas en el incidente, sobre providencia precautoria, pasara con orden judicial dirigida á D. Eduardo Goupil, para que pusiera de manifiesto dichas pólizas, sacara testimonio original, hiciera la traduccion, y ambos documentos se agregaran al cuaderno de sus pruebas. El 9, se proveyó de conformidad con citacion contraria.

El propio dia 8, Z. presentó otro escrito, solicitando se practicara una vista de ojos en la finca incendiada, con un perito nombrado por cada parte, y los testigos de identidad, que respecto de algunas circunstancias, pudieran declarar en el acto, en que se haria constar lo que ellos designaran; y que se hiciera apreciacion del perjuicio ocasionado con el incendio.

El juzgado mandó que se notificara á los interesados, para que cada uno nombrara un perito, y fecho se señalaria dia para la vista de ojos solicitada.

Notificado Z., nombró perito á D. Enrique Griffon, y fué nombrado de oficio, en rebeldía de la otra parte, D. Próspero Goyzueta.

Tambien presentó Z. en el mismo dia 8, otro escrito, pidiendo se compulsara por el juzgado de lo criminal, que estaba á cargo del C. Lic. Buen Romero, copia de las constancias que designara para su prueba. Se proveyó de conformidad, se notificó á los dos peritos su nombramiento, y por auto de 11 de Mayo se señaló para la vista de ojos, el dia 13 en que se verificó.

Los puntos principales á que se contrae el informe de los peritos, son los siguientes:

1º Formacion de los planos, con informe explicativo de la finca situada en la 1ª calle de Plateros, marcada con el número 3.

2º Dictámen sobre si era indispensable la

demolicion, entónces recientemente empezada, de la pared de la fachada.

3º Presupuesto del costo de reedificacion, con arreglo al estado anterior al incendio, y fijacion del tiempo que debiera emplearse en aquella.

4º Contestacion á esta pregunta: supuesto que el fuego se hubiese producido, y tomado incremento en alguna ó algunas de las piezas que quedaban debajo del entresuelo, ¿cuáles han debido ser los primeros indicios del incendio que se notaran en el mismo entresuelo?

Con respecto al *primer punto*; aparecen adjuntos en el informe los planos respectivos.

En el acto de la vista de ojos, por órden del juzgado, y á peticion de la parte actora, y del arquitecto D. Juan Bustillo, resolvieron los peritos el *segundo punto*, asentando que era indispensable la demolicion recientemente empezada de la pared de la fachada, y que para la seguridad de los vecinos y transeuntes, lo era su conclusion.

Calculado el importe del presupuesto, á que se refiere el *tercer punto*, fué fijada la cantidad de 21,635 pesos, añadiéndose que la duracion de la obra de reedificacion, seria de ocho meses.

Concluyen los peritos su informe, con referencia al *cuarto punto*, asentando: que supuesto que el incendio en el presente caso, se hubiera desarrollado en las piezas bajas, si el humo no se percibió desde luego por los balcones de las piezas correspondientes al entresuelo, los primeros indicios que en ellas se habrian notado, serian sin duda el olor, y otros efectos del humo, entrando por el pié de las paredes maestras.

En un escrito sin fecha, y que se encuentra á fs. 17, el repetido Z. pidió se hiciera saber á Dª Genoveva Richard su escrito, para que dijera si el entresuelo que ocupaba, le ganaba sesenta y cinco pesos mensuales; y se librara oficio al general Quijano, para que dijera si la vivienda alta y principal que ocupaba, le ganaba ciento setenta y cinco pesos mensuales; y que se nombrara perito-traductor de las pólizas, al Lic. D. Emilio Pardo, en razon á no ser posible encontrar al nombrado primeramente. Este escrito se proveyó de conformidad el 1º de Mayo, constando en el cuaderno de prueba de Z., la traduccion hecha de una póliza expedida á favor de la viuda E. O. é hijos, en Veracruz, por los agentes de la "Compañía Imperial," H. d' Oleire y compañía, con fecha 1º de Agosto de 1861, importante el seguro 8,000 £ (40,000 pesos), por las mercancías existentes (efectos de moda, joyería, etc.), en el almacen situado en la 1ª calle de Plateros, número 3, y á un año de la fecha.

Segun el testimonio en que consta inserta esta póliza, aparece en la misma, una razon de que el asegurado cubrió *independientemente* con la Compañía "Alianza," de seguros de Londres, £ 9,500 (47,500 pesos) en mercancias, efectos de modista, muebles, mostrador, armazones, etc.

Corre tambien agregada al cuaderno de prueba, una certificacion del notario D. José Villela, relativa á un contrato celebrado por el Lic. D. J. M^a Z., y D. L. H., por el que este último se obliga á reedificar la casa de que se trata, en el término de seis á ocho meses, y el primero á pagarle la suma de 42,000 pesos en tres años, contados desde 24 de Febrero de 1864, con abono de un 6 p^o anual por tercios vencidos, y que en caso de no pagarse el precio estipulado, fuera vendida la finca para hacer pago al acreedor.

Concluido el término de prueba, á peticion de la parte de O., se mandó hacer publicacion de probanzas, y se entregaron los autos á las partes por su órden para alegar. Ambas lo hicieron; y el dia 18 de Agosto de 1865, se mandó dar cuenta con citacion, pronunciándose en 23 de Octubre un auto, mandando para mejor proveer, y con arreglo á la ley 11, tít. 14, Part. 3^a, se librara oficio al juez 5^o de lo criminal, para que remitiera la sumaria instruida en averiguacion del incendio de que se trata: que se notificara á O., exhibiera la escritura de compañía, bajo la cual giraba la negociacion; y que se librara oficio al Tribunal de comercio, para que se sirviera decir si existian constancias de haberse dado aviso de la compañía, y desde qué fecha.

Remitida la averiguacion en Marzo de 66, se mandó por el tribunal de primera instancia del llamado imperio, dar cuenta con nueva citacion, pronunciándose sentencia en 27 de Junio, por la que con fundamento de las leyes y doctrinas que allí cita, (y de que hace mencion el auto de segunda instancia que se insertará), declaró que D^a E. O. y su hijo D. H., están obligados como arrendatarios que fueron de los bajos de la casa número 3 de la 1^a calle de Plateros, á satisfacer á la propietaria de la misma casa, D^a F. V. y S. de Z., los daños y perjuicios originados en la propia casa por culpa de la parte demandada, segun la cuenta que presentó el actor, y previa tasacion, por lo que toca á los honorarios de los peritos, si la parte demandada lo solicitare: 2^o No habiendo sido temeraria la resistencia de la O., pague cada una de las partes las costas que hubiere causado, y las comunes por mitad.

Notificado este auto, la parte demandada apeló de él, y admitida la apelacion, fueron remitidos los autos á la 3^a Sala del Tribunal Su-

perior, donde se pronunció, previos los trámites de ley y la citacion respectiva, el fallo siguiente:

México, Marzo 17 de 1871.

Vistos estos autos seguidos por D. F. Z., á nombre de su hermano, el Lic. D. J. M. Z., y de la Sra. D^a F. V. de Z., contra D^a E. O. é hijo, demandando á los últimos la indemnizacion de los daños y perjuicios originados á D^a F. V., por el incendio que en la noche del dia 6 del mes de Mayo de 1862, se originó en la casa marcada con el número 3 de la 1^a calle de Plateros de esta ciudad, y parte de la cual estaba arrendada á la Sra. O. Vista la demanda y contestacion; las pruebas rendidas por ambas partes; sus alegatos de buena prueba; la sentencia de primera instancia de fecha 27 de Junio de 1866, pronunciada por el tribunal de primera instancia del Departamento del Valle, en la época del llamado imperio, por la que con fundamento de las leyes 6^a y 8^a, tít. 8, Part. 5^a; 18, tít. 16, Part. 3^a; Enciclopedia de derecho y administracion, tomo 3^o, artículo "Arrendamiento, y ley 56, tít. 6, Part. 5^a, se declaró: 1^o que D^a E. O. y su hijo D. H., estaban obligados como arrendatarios que fueron de los bajos de la casa número 3 de la 1^a calle de Plateros, á satisfacer á la propietaria D^a F. V., y S. de Z., los daños y perjuicios originados en la dicha casa por culpa de la parte demandada, segun la cuenta que presentó el actor, y previa tasacion por lo que toca á los honorarios de los peritos, si la parte demandada lo solicitare: 2^o que no habiendo sido temeraria la resistencia de la O., pague cada una de las partes las costas que hubiere causado, y las comunes por mitad, incluyéndose en éstas, la reposicion del papel simple en que se ha actuado, con el sello correspondiente; la apelacion que de este auto interpuso la O.; su expresion de agravios; la contestacion en auto; y oído el informe á la vista, por el patrono de la O. Considerando: que si bien es cierto que por la misma naturaleza del contrato de locacion, el arrendatario ó inquilino debe prestar la culpa leve, obligándose en virtud de esa prestacion, á cuidar de la cosa arrendada, con el empeño y diligencia que lo haria un padre de familia en las suyas propias, y que por lo mismo, en el caso de incendio, el derecho presume por regla general, que ese cuidado y diligencia han faltado, y de consiguiente, que el suceso aconteció por culpa del inquilino, "incendium praesumitur factum culpa inhabitantium;" tambien lo es, que tal presuncion cesa, y no tiene lugar cuando los inquilinos han acostumbrado ser vigilantes y cuidadosos: "Octavo limitatur, sed conclusionis

nostræ præsumptio, non habet locum, quando habitatores consueverunt esse vigiles atque diligentes; quia tales esse præsumuntur, et propterea in eos nulla est conferenda culpa, nisi negligentia indicia ostendantur," como fundado en autoridades respetables, lo asienta Mascardo, De probationibus conclusio. 894. núm. 19: que esta doctrina, tan conforme á los principios de justicia y de verdadera equidad, la enseñan los mejores tratadistas, añadiendo Menochio en el número 138 de su Tratado de præsumptionibus, lib. 5º Proæsumptio 3ª, y Altimor al número 78, Pars. 2ª Quæst. 23 de Nullit. contract., con otros varios que citan, "que en duda siempre debe adoptarse aquella interpretacion, por la cual se excluya la presuncion de culpa:" que en el presente caso, la diligencia y cuidado empleados para que quedasen bien apagadas las luces, de que se hacia uso en el cajon de la O., están comprobados por el testimonio de los dependientes Railland y Gutierrez: que aunque en la sentencia de primera instancia se dice, vuelta de la foja 193, cuaderno principal, que conforme á la ley 18, tít. 16, Part. 3ª, son tachables los dichos de esos testigos por la dependencia, que cuando declararon, tenian de la parte demandada, y culpa que á ellos podia resultarles; debe advertirse y tenerse presente, que esa ley tiene exacta aplicacion en el caso, de que la verdad del hecho pueda saberse por otros testigos que no sean inhábiles, pero cuando un acto se ejecuta en un lugar secreto, en el interior de una casa, en la que debe suponerse, que solo están los que la habitan con sus familias y criados, ú otras personas que de ellos dependan, entónces estas son reputadas como testigos necesarios, y el derecho los admite lo mismo que á los demás que declara inhábiles: "Testes domestici, familiares, admitentur super facto vel delicto domo comisso, quia verisimiliter per alios veritas haberi non potest." Antonio Gomez con el comun de los Doctores, tomo 3º cap. 12, núm. 21: que con arreglo á estos principios, cuya verdad es generalmente reconocida, el célebre adicionador Hermosilla en la glosa 3ª á la ley 3ª, tít. 2º, Part. 5ª, números 10 y 11, enseña con otros, que en los casos en que se presume culpa, como en el incendio, aquel á quien se imputa, puede probar con sus propios dependientes, criados, y tambien con sus hijos y consorte que no la tuvo, pues que usó de la conveniente precaucion y diligencia. "Et hæc probatur, et diligentia cum propriis fa-

milis, domesticis et etiam filiis et usore fieri potest:" que por otra parte, aquel que afirma que el caso aconteció por culpa de alguno, debe probar que la misma culpa fué ordenada al caso; y de consiguiente, que si aquella culpa no se hubiera cometido, el caso no habria acontecido, como lo enseña Menochio en el lib. y presumpt. cit., núm. 137: que de autos aparece, que en el almacen de la O., no se usaba de otras luces, que las permitidas, y que por la costumbre general de la ciudad, se usan en todos los establecimientos de igual naturaleza: que los testimonios de los dependientes R. y G., se robustecen con la presuncion que obra á favor de la O., de que existiendo en la casa incendiada sus propios bienes, era muy natural tuviese el cuidado y diligencia convenientes; y teniendo por último presente, que siendo la accion intentada por la Sra. V. de S., la de locati, en virtud de la escritura de arrendamiento, de fojas 7 á la 14 del cuaderno principal, cuyo arrendamiento se celebró únicamente con Dª E. O., sin haber intervenido para nada el hijo de ésta, con arreglo á derecho, esa accion solo puede ejercitarse contra la expresada O., como arrendataria obligada personalmente en el contrato. Por tales consideraciones y fundamentos legales expresados, y conforme á lo prevenido en la ley 8ª, tít. 8, Partida 5ª, se falla por unanimidad: 1º Se revoca la sentencia de primera instancia de fecha 27 de Junio de 1866, en la parte en que declaró que Dª E. O., y su hijo D. H., están obligados como arrendatarios que fueron de los bajos de la casa número 3 de la 1ª calle de Plateros, á satisfacer á la propietaria de la misma casa, Dª F. V., y S. de Z., los daños y perjuicios originados en la propia casa por culpa de la parte demandada, segun la cuenta que presentó el actor, y previa tasacion por lo que toca á los honorarios de los peritos, si la parte demandada lo solicitare: 2º Se absuelve de la demanda á Dª E. O., y á su hijo D. H.: 3º Cada parte pagará las costas legales que haya causado en esta instancia. Hágase saber, y con testimonio de este auto, remítanse los de la materia al juzgado que designe el actor para su cumplimiento.

Así lo proveyeron y firmaron los ciudadanos presidente y magistrados que forman la 3ª Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito.—José Mª Herrera.—J. Ambrosio Moreno.—T. Montiel.—José P. Mateos, secretario.