



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL

**APLICACIÓN DE LAS ESTIPULACIONES PRETORIAS,
AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL
DISTRITO FEDERAL.**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

CÉSAR DANIEL MIRANDA HERNANDEZ

ASESOR: Lic. MANUEL DÍAZ ROJAS DE SILVA



MÉXICO D.F

2011



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL
OFICIO No. 016/SDPP/11

**DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA UNAM
P R E S E N T E.**

El alumno **MIRANDA HERNÁNDEZ CÉSAR DANIEL**, con número de cuenta **402049089**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del Licenciado **MANUEL DIAZ ROJAS DE SILVA**, la tesis profesional titulada **“APLICACIÓN DE LAS ESTIPULACIONES PRETORIAS, AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL”**, que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El Licenciado **MANUEL DIAZ ROJAS DE SILVA** en calidad de asesor, nos informa que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos y que la aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis **“APLICACIÓN DE LAS ESTIPULACIONES PRETORIAS, AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL”**, puede imprimirse, para ser sometido a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno **MIRANDA HERNÁNDEZ CÉSAR DANIEL**.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

“El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquel en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad”.

ATENTAMENTE
“POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU”
CIUDAD UNIVERSITARIA, D. F. A 01 DE MARZO DE 2011.


LIC. CARINA GÓMEZ FRÖDE
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL



**SEMINARIO DE
DERECHO PROCESAL**

c.c.p. Archivo Seminario
c.c.p. Alumno
c.c.p. Minutario

A DIOS

Gracias por la vida útil y feliz que me has regalado, por estar siempre conmigo, por darme el ser, por permitirme servir a otros, por hacer mi trabajo y permitirme hacer el tuyo.

A MIS PADRES MARINA Y ETELBERTO

Gracias por el esfuerzo, dedicación, entrega, por su apoyo para realizar mis planes y también para reparar mis múltiples errores, por haber renunciado a sus sueños para que yo realice los míos, pero sobre todo por amarme tanto como yo a ustedes.

A MIS HERMANOS MARINA Y CARLOS

Gracias por estar presentes en mi vida, por aceptarme como soy, por apoyarme a cada momento, por sus palabras, por escuchar las mías, por ese amor que sólo ustedes como mis hermanos son capaces de dar.

A MIS AMIGOS

Gracias por coexistir en este tiempo y lugar, compartir su vida conmigo, por darme el privilegio de llamarlos amigos, por los buenos y malos chistes de siempre, por ese café que nos sirve de pretexto para nuestras conversaciones, por esas llamadas de atención, por sus abrazos y su apoyo.

A MIS PROFESORES.

Gracias por haber sido contexto de mi forma de pensar, por su entrega, por haberse preparado y estar ahí en el momento y lugar que se requería, por toda la formación primaria, secundaria, preparatoria y universitaria que me fue otorgada, por todos los consejos que me dieron, por las llamadas de atención, por la presión ejercida para acelerar mi aprendizaje.

A MI ASESOR DE TESIS LIC. MANUEL DÍAZ ROJAS DE SILVA

Gracias por su paciencia, haberme apoyado con la realización de este trabajo, por haber estado conmigo en la noche oscura del alma, por su confianza, por darme su amistad y el apoyo que en condiciones normales nadie más otorga.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Gracias por abrirme las puertas y darme el enorme honor de poder llamarte mi *Alma Mater*, por estar en posibilidad de sentirme orgulloso y comprometerme a que cada uno de mis actos como profesionista hable por ti confirmando tu superioridad en la formación de profesionistas en este hermoso país.

A LA FACULTAD DE DERECHO.

Gracias por haberme formado de manera artesanal, es decir, por haberme hecho a mano. No existen palabras para poder manifestar que tan agradecido estoy y el deseo enorme que tengo devolver lo que de ti he aprendido, por las aulas, los catedráticos, las ventanillas, los trámites, los pasillos, la biblioteca, el estacionamiento, por mis condiscípulos y por poder entonar con orgullo esa porra tan característica .

¡Dados los resultados, el Universo finalmente se ha alineado para que el sueño se convierta en realidad!

Índice

Aplicación de las estipulaciones pretorias, al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Introducción

1. La seguridad jurídica.

1.1	Concepto de seguridad jurídica.	2
1.2	Algunos problemas causados por la ausencia de seguridad jurídica.	5
1.3	La seguridad jurídica dada por las estipulaciones pretorias.	9
1.4	Aplicación de las estipulaciones pretorias como la solución de los problemas causados por la ausencia de seguridad jurídica.....	11

2. Recursos Complementarios de la jurisdicción pretoria.

2.1	Antecedentes.	13
2.2	Interdictos “ <i>interdictum</i> ”.	17
2.3	Embargos “ <i>missio in possessionem</i> ”.	25
2.4	Estipulaciones pretorias “ <i>stipulationes preatoriae</i> ”.	26
2.4.1	Concepto de “ <i>Stipulatio Praetoriae</i> ”.	26
2.4.2	Naturaleza jurídica.	36
2.4.3	Obligaciones de las partes.	38

3. Estipulaciones Pretorias que incrementan la seguridad jurídica.

3.1	<i>Cautio damni infecti</i>	43
3.2	<i>Cautio dominum ratam rem habiturum</i>	48
3.3	<i>Cautio iudicatum solvi</i>	52
3.4	<i>Cautio legatorum servadorum gratia</i>	56
3.5	<i>Cautio usufructuaria</i>	61
3.6	<i>Satisfatio rem pupillo salvam fore</i>	65
3.7	<i>Vadimonia</i>	73

4. Figuras jurídicas a las que se pueden aplicar las estipulaciones pretorias.

4.1	Interdictos.	82
4.2	Representación en juicio.	88
4.3	Vía de apremio.	91
4.4	Juicios sucesorios.	94
4.5	Usufructo.	100
4.6	Procedimiento de nombramiento de tutores.	102
4.7	Multas por incomparecencia.	115

5. Estipulaciones pretorias aplicadas al Código de Procedimientos civiles para Distrito Federal.

5.1	<i>Cautio damni infecti</i> aplicada a los interdictos.	127
-----	--	-----

5.2 <i>Cautio dominum ratam rem habiturum</i> aplicadas a la representación en juicio.	131
5.3 <i>Cautio iudicatum solvi</i> aplicada a la vía de apremio.	134
5.4 <i>Cautio legatorum servadorum gratia</i> aplicada a los juicios sucesorios.	137
5.5 <i>Cautio usufructuaria</i> aplicada al usufructo.	139
5.6 <i>Satisdatio rem pupillo salvam fore</i> aplicada al procedimiento de nombramiento de tutores.	142
5.7 <i>Vadimonia</i> aplicada a las Multas por incomparecencia.	144

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El Antiguo Imperio Romano, no sólo por su extraordinaria fuerza militar, sino también por el respeto que tenía por sus instituciones, fue la potencia más grande del mundo.

En nuestros días, uno de los grandes problemas sociales en nuestro país, es la desproporcionada distribución de la riqueza y la dificultad o imposibilidad para generar la misma impulsada por el egoísmo y la avaricia del hombre. Lo anterior, sin duda alguna tiene una gran trascendencia en los procesos jurídicos del orden civil, pues en muchas ocasiones, fuera de ser un medio para alcanzar la justicia, se convierte en una forma impune para obtener medios económicos.

Siguiendo este orden de ideas, es una forma impune para lograr de otro una satisfacción injusta, debido a que aparentemente, la única sanción civil que obra en contra de quien intenta valerse de un proceso jurídico, es el cobro de gastos y costas derivadas de dicho proceso, las cuales, en muchas ocasiones no son pagadas. Por otro lado, la desobediencia hacia la autoridad judicial según la Ley Civil, puede ser sancionada con multas, las que de igual forma, en muchas ocasiones no se ejecutan o ni siquiera son impuestas.

En la legislación adjetiva actual, nos encontramos con un sin número de lagunas que aunadas a los vicios mencionados en el párrafo anterior, en la conducta de muchas personas dan como resultado la corrupción de la esencia de la profesión del Licenciado en Derecho, resultando atractivo para muchos abogados postulantes el valerse de las “chicanas” para obtener una resolución favorable o una ventaja que casi siempre beneficiará lo injusto.

Bajo esa tesitura, el Licenciado en Derecho actual debe convertirse en un auténtico jurista y ocuparse de la solución jurídica de la carencia de valores que padecen algunas personas y las víctimas de éstas que se ven involucradas en algún proceso civil.

De acuerdo a lo anterior, necesario es que en nuestro país sean fomentadas en el ámbito político y jurídico, valores como la honestidad, la justicia y la buena fe en los procesos civiles. Para ello, el trabajo que presento a su consideración, pretende mostrar en forma muy general, como las estipulaciones pretorias del Derecho Procesal Civil Romano, se encuentran encarnadas en las cauciones procesales actuales. Asimismo, que estas últimas pueden y deben ser mejoradas por la actividad del legislador y del juzgador; es decir, que tanto en la ley como en el foro debe existir siempre especial cuidado en mantener viva la forma de cómo los romanos resolvían los litigios para mejorar el proceso de como son resueltos hoy.

Si este sencillo trabajo, llevado a cabo con esfuerzo, dedicación y empeño, llegare a contribuir en parte a la superación de personas interesadas en el tema, con ello me sentiré sumamente satisfecho.

El sustentante.

CAPÍTULO 1. LA SEGURIDAD JURÍDICA.

El ser humano durante toda su existencia se ocupa de mantenerse seguro, es por ello que vive en sociedad, que brinda ayuda mutua y apoya al individuo al estar a salvo de los peligros de la naturaleza como bestias salvajes y desastres naturales, inundaciones, incendios o terremotos. Es por la seguridad que se da el fenómeno sociológico.

Junto con el fenómeno sociológico encontramos el fenómeno político, al momento de que el más fuerte impone su ley y por añadidura se da el fenómeno jurídico. Al paso del tiempo ha venido cambiando el que se obedezca la ley del más fuerte y por esa situación tenemos que el sistema jurídico ha evolucionado para que este provea al individuo la certeza de que será cumplido.

Gracias a la característica propia de las normas jurídicas, la coercitividad, es que la seguridad jurídica es posible, si las normas jurídicas no pudieran hacerse cumplir aún a pesar de la voluntad del individuo, no existiría el medio ambiente necesario para que realmente se pudiera asegurar que el Derecho será la norma de vida principal y esencial para la supervivencia del ser humano.

En el presente capítulo observaremos la importancia de la seguridad jurídica para el desarrollo de la sociedad, así como la relevancia de la aplicación de las estipulaciones pretorias para en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, ordenamiento que precisamente busca reglamentar la garantía de seguridad jurídica que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos da a los gobernados.

En relación con lo dicho en el párrafo que antecede, y de acuerdo con el autor Louis de Fur, “la justicia y la seguridad, lejos de ser verdaderamente antinómicas, son más bien los dos elementos, las dos caras del bien común o

del orden público”¹, el incremento de la seguridad jurídica en nuestro sistema procesal es la vía principal para el fortalecimiento de nuestro país.

El abordar la seguridad jurídica para efectos de un análisis científico, tarea sumamente complicada es, debido a la escasez de bibliografía que sobre el tema existe, sin embargo, de acuerdo la cita que hace el autor Federico Arcos del jurista Virgilio Zapatero en su obra, “La seguridad jurídica: Una teoría formal”: “la escasez de la bibliografía sobre la seguridad jurídica no significa, en absoluto, que exista un amplio acuerdo sobre su significado.”²

Para ello primeramente abordaré el concepto de seguridad jurídica. El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, tiene como principal finalidad producir esta seguridad y es ahí donde la aplicación de las estipulaciones pretorias va a mostrar afectación. Asimismo, tal concepto lo tendré como punto de referencia a lo largo del presente trabajo.

1.1 CONCEPTO DE SEGURIDAD JURÍDICA.

Definir lo que es la seguridad jurídica ha sido una gran problemática en lo que se refiere a la ciencia jurídica, dice el autor Federico Arcos Ramírez, “no hay duda de que una de las explicaciones para dicho déficit es la inagotable **pluralidad de significados** con los que la seguridad jurídica es asociada.”³

El tratadista José María Reyes Montreal, nos dice: “Ya el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre 1948 dispuso que <<toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los Tribunales nacionales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley>>.”⁴ Es así que en nuestro país tenemos como principal forma de hacer valer las garantías individuales, el Juicio de Amparo.

¹ Le fur, Delos, Radbruch, Caryle, Los fines del Derecho Bien común, Justicia, seguridad, México, 1997, pág. 1.

² Arcos Ramírez Federico, La seguridad jurídica: Una teoría formal, España, 2000, pág. XV.

³ Idem, pág 7.

⁴ Reyes Montreal José María, Prevención de algunos riesgos judiciales, España 1998, pág. 143.

El autor J.T. Delos, define a la seguridad como "...la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación."⁵

Ahora bien, el que escribe cree que fuera de lograr obtener una exacta descripción de la seguridad jurídica, la única posibilidad de comprender dicha entidad, es a través de la conceptualización. El camino hacia la obtención del concepto de seguridad jurídica tiene la problemática consistente en que tiene varias acepciones, es decir, puede entenderse como orden, certeza jurídica, tal vez como garantía de convivencia pacífica, confianza en el Derecho, o incluso como previsibilidad de la respuesta jurídica.

El jurista Federico Arcos Ramírez después de analizar algunas de estas acepciones concluye que "Todos los factores señalados explicarían que en el constitucionalismo y, más en general, el pensamiento jurídico contemporáneo se haya ponderado siempre con cierto temor el valor asignable a la seguridad jurídica"⁶: por tal razón dicho autor no expone una definición de seguridad jurídica, mas bien hace referencia a una "aproximación al concepto de seguridad jurídica."

Sin embargo, la convergencia del concepto de los tratadistas que han abordado este tema, generalmente se centra en conceptualizar a la seguridad jurídica como una garantía. Uno de estos tratadistas es José María Reyes Montreal, quien al hablar de la seguridad jurídica dentro de la constitución española, nos dice: "...la preferencia que consiguientemente tiene el principio de seguridad jurídica- por dicha conjunción de principios- respecto de otros principios no incluidos en el artículo 9.3 CE, sino la que alguno de los incluidos en éste tenga

⁵ Le fur, Delos, Radbruch, Caryle, op.cit., pág. 47.

⁶ Arcos Ramírez Federico, La seguridad jurídica: Una teoría formal, España, 2000, pág. 14.

respecto de los restantes que integran, conforme a nuestra versión, el de seguridad jurídica.”⁷

De acuerdo con lo manifestado por el autor citado en el párrafo que antecede y al igual que en la Constitución Española, en nuestro país la seguridad jurídica se encuentra garantizada por la Constitución, en su parte dogmática, a través de las garantías de audiencia, garantía de legalidad, garantías en los procesos penales, etc.; en otras palabras la seguridad jurídica es un compuesto de otros derecho subjetivos públicos; todos ellos relacionados con la aplicación de las normas jurídicas; supremamente por los órganos jurisdiccionales.

Respecto de lo anterior, el jurista español, catedrático de la Universidad de Almería, Federico Arcos, dice: “En la mentalidad de muchos juristas actuales, ésta parece todavía identificada con la estabilidad y previsibilidad de cualquier legalidad, con independencia de sus contenidos materiales.”⁸

Así pues, tenemos que la seguridad jurídica realmente con lleva previsibilidad de la legalidad. El autor Frank Jerome en su obra “Derecho e incertidumbre” cita al jurista Wendell Holmes, el cual propone: “adoptar el punto de vista del ‘bad man’... lo importante es saber si la acción programada ocasionará la reacción punitiva de un órgano del Estado. La predicción de esa reacción es el derecho.”⁹. De igual forma es citado en la misma obra el jurista Julio Cueto Rúa, quien manifiesta que “la importancia de Holmes surge del nuevo enfoque por él sugerido para el examen de los fenómenos jurídicos.”¹⁰

Por su parte Flavio López de Oñate, celebre jurista italiano, en su obra “*La certezza del diritto*”, afirma que “la certeza de la norma como *preordenamiento normativo*,... debe concentrarse en una certeza conferida al individuo, que es el verdadero destinatario final, en sentido filosófico, de la norma.”¹¹ Puedo hacer notar en lo anterior, que el autor citado se refiere al individuo y a la norma, y

⁷ Reyes Montreal José María, Prevención de algunos riesgos judiciales, España 1998, pág. 145.

⁸ Arcos Ramírez Federico, op. cit., pág. 14

⁹ Frank Jerome, Derecho e incertidumbre, México, 2001.pág.

¹⁰ Idem. Pág. 7.

¹¹ López de Oñate Flavio, La certeza del Derecho, Argentina, 1953, pág. 135.

puedo agregar que al efecto el individuo es todo gobernado, ya sea personas físicas o jurídico-colectivas; asimismo la certeza de la norma también abarca la interpretación jurídica de la misma; como la jurisprudencia; la doctrina; los principios del Derecho e incluso la aplicación de costumbre y los usos jurídicos.

Como resultado de lo ya apuntado, puedo observar que la seguridad jurídica conlleva esa previsibilidad, es decir, que los hechos y los actos jurídicos, tienen una consecuencia real y que la naturaleza de esto trae como resultado la producción de consecuencias jurídicas que en todo caso deben desarrollarse, y que el Estado está obligado a asegurar su exacta aplicación.

Siguiendo este orden de ideas, puedo llegar a tener un concepto propio de lo que es la seguridad jurídica, mismo que se traduce en decir que la seguridad jurídica es el derecho subjetivo público que consiste en la certeza de que el derecho positivo será aplicado y cumplido tal como la sociedad lo ha predicado.

1.2 ALGUNOS PROBLEMAS CAUSADOS POR LA AUSENCIA DE SEGURIDAD JURÍDICA.

Es innegable que la sociedad espera la exacta aplicación del Derecho tal cual se ha dispuesto y que sea destinado para la función que ha sido creado. Como parte del Derecho, tenemos el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y como tal su función es brindar seguridad jurídica y bienestar común, sin embargo, el resultado que al día de hoy tenemos es que la justicia y la seguridad jurídica se atenúan conforme va pasando el tiempo.

Lo anterior, se ve reflejado en los errores judiciales que nos dan la no exacta o nula aplicación del Derecho, por ejemplo, sentencias dictadas con una incongruencia en su motivación, así como con inexactitud en su fundamentación, asimismo estos errores generan incertidumbre, ésta conduce a la corrupción del sistema jurídico; con lo cual tenemos un miedo o falta de fe en el Estado; mismo que encamina a la sociedad a su inestabilidad en todos los departamentos de la vida, es decir, se genera crisis.

Errores judiciales

Como uno de los tantos resultados de la crisis que sufrimos, tenemos los errores judiciales. Los tribunales, dice el autor Jerome Frank, "...habían incurrido en errores en la apreciación de los hechos. Como tales errores se deben a defectos judiciales en la determinación de los hechos – defectos presentes tanto en litigios civiles como penales-, resulta que los hombres no solo pierden su libertad sino también su propiedad, ahorros, trabajo o reputación por causa de fallos fundados en "hallazgo" judicial de hechos que nunca han ocurrido realmente. He aquí un problema moral de primera magnitud."¹² Este es el primer y principal problema de la ausencia de seguridad jurídica.

Es muy común en las pláticas coloquiales que se dan en nuestro país que se rumore que el sistema jurídico carece de eficacia, ya que constantemente se dan problemas de corrupción, pero más constantemente se dan el problema de que los juzgadores, en muchas ocasiones por falta de conocimiento en la materia jurídica, cometen errores.

Así también, se generan errores judiciales debido a la falta de ética de muchos abogados postulantes que aprovechan las lagunas legales para convalidar un hecho ilícito como el caso del fraude de acreedores, a través de lo que se conoce como "chicana". De acuerdo con el jurista español Ángel Ossorio y Gallardo, no dice: "Tomo un diccionario y leo: CHICANA: = Triquiñuela = Enredo = Artería = Mentira = Embuste"¹³ aunque para el que escribe, la mejor definición consiste decir que "la chicana es lo más vergonzoso de la administración de justicia."¹⁴

Estas actitudes no son propias de nuestra época; para los antiguos romanos era conducta conocida como *fraus legis*, al efecto los juristas mexicanos Agustín Bravo González y Beatriz Bravo Valdés, nos dicen que "existe fraude

¹² Frank Jerome, Derecho e incertidumbre, México, 2001, págs. 25 - 26.

¹³ Ossorio y Gallardo Ángel, El alma de la Toga, México, 2005, pág 39.

¹⁴ Idem, pág. 40.

contra la ley cuando, procurando dejar a salvo sus palabras o disposiciones, se pretende eludirla o hacer inoperante su precepto.”¹⁵ Así pues, los tratadistas citan a Ulpiano quien dice: “Se comete fraude contra la ley cuando se hace lo que la ley no quiso, aunque expresamente no lo prohibió; y hay tanta diferencia de obrar contra la ley, a hacerla fraude, cuanta se conoce entre las palabras y el sentido.”¹⁶

Crisis

Para el Autor Flavio López de Oñate, es tan diáfano esta situación, que al respecto nos dice: “La falta de certeza del derecho es el motivo central y dominante de la crisis actual del derecho en su laborioso esfuerzo por adaptarse a las nuevas realidades sociales y en la deformación que la mal entendida exigencia del sujeto ha hecho involuntariamente sufrir al derecho.”¹⁷

Cuando se vive en crisis, los valores humanos se tornan en actitudes poco frecuentes y se ocasiona la pérdida del respeto por la instituciones, al efecto el autor citado nos dice: “El mundo contemporáneo en que vivimos, se encuentra en crisis desde hace unas cuantas décadas: la afirmación se ha hecho ya común, al punto de que nadie piensa en discutirla, aunque haya luego diversidad de opiniones acerca de su naturaleza y de su alcance, en una palabra, acerca de la esencia de la *crisis*.”¹⁸ De acuerdo con lo manifestado por el tratadista, no sólo es problema es ya estar en crisis, sino que la falta de acción para solucionarla también es alarmante.

En otras palabras, tenemos pues que las acciones humanas en detrimento de la sociedad, envuelven al propio humano en un círculo vicios del cual existe una salida poco visible, puesto que la solución a dicha problemática es la peor, y al efecto podemos citar el adagio que a la letra dice: “no hay peor lucha que

¹⁵ Bravo González Agustín y Bravo Valdés Beatriz, Derecho Romano 2º curso, México, 2005, pág, 59.

¹⁶ Idem. pags. 59-60.

¹⁷ López de Oñate Flavio, Op. cit., pág. 66.

¹⁸ Idem. 55.

la que no se hace”; y bajo esta tesitura, resulta que la seguridad jurídica es débil y su fortaleza totalmente lejana.

Miedo o falta de fe en el Estado

Para el jurista Flavio López de Oñate, el problema es tan agudo, al efecto manifiesta lo siguiente: “La crisis de nuestra época se muestra, pues, como crisis del individuo, quien desesperadamente anhela una certeza sin llegar a conseguirla...”¹⁹ El individuo quiere pero no puede acercarse a la certeza; desde este punto vista tal vez podríamos hacer una analogía con un cuadro patológico del ser humano, es decir, una enfermedad parecida a una adicción.

El que escribe opina y es claro que la seguridad jurídica genera confianza, mientras que la falta de ésta genera desconfianza, con ello se refleja la incapacidad para generar medios que propicien el desarrollo, brindar protección de los bienes jurídicamente tutelados y asegurar la corrección de los errores humanos. Es por ello que el Estado debe poner mayor concentración en resolver este conflicto que tanto daño hizo, hace y seguirá haciendo hasta que sea solucionado.

Ahora bien, el miedo o falta de fe en el estado, en el ámbito internacional da una muy mala carta de presentación, al grado que mundialmente se lleguen a realizar juicios *a priori* por el sólo hecho de pertenecer a una nación específica, dificultando en muchas ocasiones la migración, ya sea temporal o definitiva, o reservando determinadas actividades a los inmigrantes. También genera que el inversionista extranjero elija otros países para realizar negocios que pudieran generar empleos.

Los problemas mencionados se encuentran en un campo semántico muy vasto, ya que podríamos mencionar muchísimos mas. Sin embargo, y retomando lo que se ha dicho, respecto de la omisión del ser humano de dar solución al problema de la falta de seguridad jurídica, el que escribe cree que

¹⁹ López de Oñate Flavio, Op. cit., pág. 55.

es de mayor importancia ampliar el panorama ofreciendo posibles soluciones a este conflicto.

1.3 LA SEGURIDAD JURÍDICA DADA POR LAS ESTIPULACIONES PRETORIAS.

Es necesario voltear la mirada hacia el pasado, a fin de encontrar la solución del conflicto creado por la ausencia y debilidad de la seguridad jurídica que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal proporciona a nuestra sociedad.

La respuesta al conflicto planteado, se encuentra en el Derecho Romano, específicamente en la época clásica, ya que es el antecedente primario de nuestro Derecho, contiene la esencia y formación de las instituciones que al día de hoy son aplicadas. En mi particular punto de vista, el principal tratadista con autoridad y cuya sapiencia en la materia será sumamente aprovechado, será el jurista Álvaro D'ors, jurista español y investido de autoridad romanística reconocida a nivel mundial.

De acuerdo con el jurista Álvaro D'ors, "la virtud ejemplar del Derecho Romano, por la que debe seguir siendo estudiado en la actualidad, consiste en haber sido fundamentalmente un derecho científico, es decir, jurisprudencial, y no un orden impuesto por el legislador."²⁰ Así pues, al continuar hablando de la importancia del Derecho Romano, "...constituye para el jurista moderno la primera disciplina de su formación mental, es decir, sus <<humanidades>>. En él se ha formado la tradición de la ciencia jurídica europea, difundida más allá de los límites continentales,"²¹ como lo es el caso de nuestro país.

El Derecho procesal romano no es la excepción, puedo decir que es la parte mas jurisprudencial, debido a que en su mayoría el Derecho era creado por los jurisprudentes, tal como nos lo dice el autor citado: "Los jurisprudentes romanos se interesaban por encontrar y conservar las soluciones convenientes

²⁰ D'ors Álvaro, Derecho Privado Romano, España, 1997, pág. 27.

²¹ Idem. Pág. 31.

para los conflictos que surgen entre las personas acerca del aprovechamiento privado de las cosas. Su soluciones debían ser aplicadas por los jueces al dar éstos sus sentencias en los litigios causados por tales conflictos.”²²

Tenemos que Roma, siendo una ciudad, se convirtió en la primera potencia mundial, siendo su Derecho lo que hizo increíblemente poderosa, específicamente el *ius civile*, “los romanos tuvieron justa conciencia de la superioridad de su *ius civile*. Puede decirse, en efecto, que este es el derecho <<civilizado>> por excelencia. Pero en él hay instituciones que se consideran como de validez general para todos los pueblos relacionados con Roma, por que se fundan, más que en la forma, en el principio de lealtad a la palabra dada, es decir la *fides*.”²³

Ahora bien, a mi punto de vista lo más importante en el *ius civile* es crear el vínculo entre un acreedor y un deudor, es decir, la *obligatio*, y la forma mas ordinaria de crearlo es a través de una *stipulatio*. Es en esta figura donde se otorga el poder de la palabra romana y donde se compromete la *fides* que cada *quirite* tenía frente a la sociedad romana. Por tal razón, el respeto a esa palabra era lo que daba existencia al crédito en estricto sentido.

Procesalmente hablando, son las *stipulationes praetoriae* la forma principal donde el poder de la palabra romana era depositada, era el medio por el cual se materializaba en la vida jurídica procesal la *fides*, sobre todo por que siempre tenían una sanción o condicionaban la existencia del litigio planteado, aunado a que la garantía de estas obligaciones se hacía a través de fiadores, lo que provocaba un real aplicación del Derecho tal cual fue dispuesto y para su fin verdadero.

Es en las *stipulationes praetoriae* donde los dos ingredientes que dieron enorme poder al Derecho romano, por su cumplimiento, *fides* y la jurisprudencia, ambas se unen, para dar como resultado la exacta aplicación del derecho.

²² Idem págs.. 27-28.

²³ Idem pág. 61.

Siguiendo este orden de ideas, puedo hacer notar la solidez del Derecho Romano en su parte procesal, que como ya lo he mencionado, cumplía de manera muy eficaz con su finalidad de brindar seguridad jurídica y bienestar común.

Es así que las estipulaciones pretorias proporcionaban a los *cives* la seguridad jurídica necesaria para conducir a Roma a convertirse en la primera potencia mundial de su época. Ahora bien, ¿qué sucedería si las estipulaciones pretorias, fueran aplicadas en los litigios de hoy en día en el Distrito Federal?

1.4 APLICACIÓN DE LAS ESTIPULACIONES PRETORIAS COMO LA SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS CAUSADOS POR LA AUSENCIA DE SEGURIDAD JURÍDICA.

Como ya lo he explicado las estipulaciones pretorias aseguraban el cumplimiento de ciertas disposiciones jurídicas al mezclar el compromiso de la *fides* y la autoridad de los jurisperitos. Sin embargo, en el sistema judicial actual y en el Estado de Derecho de nuestro país, los juzgadores son autoridades y sólo pueden realizar actos para los cuales estén legalmente facultados, tal como lo marca el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En consecuencia de lo anterior, lo primero que se debe hacer para efecto de lograr la aplicación de las estipulaciones pretorias es que el legislador las incluya en la ley adjetiva, específicamente hablaré del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Una vez codificadas estas estipulaciones, el juzgador estará en posibilidad de hacer una aplicación válida de las mismas.

Esta codificación es fundamental para acercarnos a la ideal de seguridad jurídica garantizada en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El tratadista Federico Trillo-Figueroa y Martínez-Conde, manifiesta que “Es verdad que seguridad jurídica y codificación son quizás dos

palabras, dos términos, dos conceptos que han andado durante muchos años, durante muchos siglos incluso, juntos, y que en este momento se observa entre ambas una lejanía que va sin ninguna duda en perjuicio de las dos.”²⁴

Es por esta razón que de igual forma los jurisperitos romanos iluminaban la inteligencia del *praetor* para que fueran emitidos los edictos pretorios en la Roma antigua. Es necesario, que los jurisperitos de hoy en día iluminen a legislador a efecto de que las estipulaciones pretorias sean incluidas en la ley.

Una vez incluidas las estipulaciones pretorias en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, tendremos como lo dice el jurista Luis María Cazorla Prieto, “conectadas estas dos realidades - seguridad jurídica y codificación - advertimos que, a la luz de sus propósitos, coinciden en lo que persiguen. De este modo el fenómeno codificador, constituye un elemento al servicio del principio aludido. La seguridad jurídica encuentra, por ende, en la codificación y sus técnicas jurídicas un valioso instrumento.”²⁵

Parece increíble cómo la aplicación de las estipulaciones pretorias -que fueron pensadas hace mas de mil años- en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, nos da como resultado un incremento innegable en la seguridad jurídica, seguida por juicios menos prolongados, menos complicados y por supuesto, más justos.

²⁴ Colegio de Registradores de España, Seguridad jurídica y codificación, España, 1999, pág. 1.1

²⁵ Idem pág. 52.

CAPÍTULO 2.

RECURSOS COMPLEMENTARIOS DE LA JURISDICCIÓN PRETORIA.

2.1 ANTECEDENTES.

Para efecto de la mejor comprensión de nuestro tema es necesario dar una breve explicación de lo que es la *iurisdictio* del pretor. Una de las funciones derivadas de la *iurisdictio* del pretor era la de encausar litigios en Roma e Italia, que era diferente de la del *iudex*, la cual consistía en dictar una resolución a efecto resolver el litigio que le era planteado, pero esta resolución tenía que ser siempre dictada con base en la fórmula del pretor.

La facultad del que tiene jurisdicción es amplísima: puede otorgar la posesión de un patrimonio y autorizar una toma de posesión, nombrar tutores a los pupilos que carezcan de ellos y dar jueces a los litigantes (D, 2, 1,1).

De acuerdo con el autor Álvaro D'ors "Se habla también de *iurisdictio* en el sentido de competencia del magistrado para ordenar los litigios y, en época tardía, de competencia de los jueces que también aparece como *forum* (lugar del juez competente)."²⁶

Siguiendo este orden de ideas, tenemos que la jurisdicción es la facultad de resolver los litigios, de conformidad con el *ius*. Tal como nos lo dice el jurista mencionado, "La *iurisdictio* del Pretor no se limita a dar la fórmula con el nombre del juez y el planteamiento de la acción (*actionem dare*)."²⁷ Así pues, es importante apuntar que la facultad principal devenida por el *iurisdictio* del pretor es *dare*; asimismo existen facultades adicionales como lo son *dicere* y *addicere*.

El *dicere* son "todas las declaraciones que da el magistrado para la buena marcha del litigio,"²⁸ mientras que el *addicere* son "aquellos actos que producen una atribución constitutiva a favor de las partes litigantes."²⁹

²⁶ D'ors Álvaro, Derecho Privado Romano, España, 1997, pág. 115.

²⁷ Idem. pág. 132.

²⁸ Idem.

Así pues, el pretor tenía a su disposición algunos recursos complementarios para realizar la función jurisdiccional. Dentro de estos recursos existía la posibilidad de hacer que las partes se hicieran promesas entre sí para asegurar la buena marcha del proceso, es decir, las llamadas estipulaciones pretorias.

Sabemos de muchas de estas estipulaciones pretorias debido a que se encuentran en el *edictum perpetum* de Salvio Juliano, jurisconsulto que vivió durante la época del emperador Adriano.

Es importante hacer notar la información proporcionada por diversos sitios web. Inicialmente tenemos la biografía del Salvio Juliano, proporcionada por la Universidad Nacional de Educación a Distancia de España:

“*Salvio Juliano*, de la Escuela de los Sabinianos, fue discípulo de Javoleno, vivió en tiempos de **Adriano** y se le considera ‘*el más grande jurista romano*’.

Había nacido sobre el año 100 d.C. en Hadrumentum (África).

Recopiló el Edicto, por obra del emperador ADRIANO, sobre--el 130 d.C.

El Edicto del pretor recopilado (esto es, revisado y definitivamente redactado) por Juliano se llamó Edictum Perpetuum y sirvió de fundamento para la elaboración del *Digesto*. No ha llegado a nosotros tal Edicto perpetuo; pero disponemos de la reconstrucción que de él nos hizo en el pasado siglo el alemán Otto Lenel.

Y murió Juliano sobre el 168, en el reinado de Marco Aurelio.”³⁰

A lo anterior, se puede agregar información sobre el *edictum perpetum*, proporcionada por el portal de Derecho Romano, “El ergonomista”:

²⁹ Idem.

³⁰ <http://www.uned.es/der-1-derecho-romano/breve%20historia-%20clas-final.htm> consultada el 1 de septiembre de 2010 a las 22:18 pm.

“Edictum perpetum

Cuando llegó el principado, la misión del edicto de renovar el derecho ya se había cumplido y el emperador Adriano en el año 2130 encargó a Salvio Juliano que recopilara todos los edictos de los magistrados y realizó una redacción definitiva que recibió el nombre de *edictum perpetum*. Este edicto plantea diversas dudas.

- Esa reforma afectó no sólo al edicto del pretor y al de los ediles curules sino también al edicto provincial y al edicto del pretor peregrino. Por las investigaciones que se han hecho parece ser que fijó para cada uno de esos edictos un texto uniforme en lo esencial.
- El trabajo de Salvio Juliano fue sólo de recopilación o también de reforma. Corrigió y eliminó algunas disposiciones e incluso añadió algunas normas que consideró necesarias.
- Si se suprimió el *ius edicendi* de los magistrados. No se suprimió el *ius edicendi* y la prueba está en que se mantuvo la diferencia entre el *ius civile* y el *ius honorarium*.

Este edicto constaba de varias partes:

1. Preliminar. Trataba del proceso.
2. Trataba de los medios jurídicos ordinarios.
3. Procedimientos sumarios.
4. Ejecución y recurso de anulación de las sentencias.
5. Apéndice. Trataba sobre interdictos, excepciones y estipulaciones de pretores.³¹

Así pues, es menester el ubicar que la función primordial de la jurisdicción pretoria es el dar o negar una acción. En virtud de lo anterior, el pretor esta en posición de coaccionar indirectamente a los litigantes para que acepten la fórmula redactada como él crea más conveniente. Con ello se traba la *litis*,

³¹ <http://www.elergonomista.com/derechoromano/edicto.htm> consultada el 1 de septiembre de 2010 a las 22:22 pm

misma que al momento de ser conocida por el *iudex* no podrá modificar, pues como ya se ha mencionado, la función del juez se reduce emitir una *sententia* sobre la cuestión fijada en la fórmula.

Para cumplir con su función, el pretor promulgaba su “edicto”. “El pretor no estaba vinculado jurídicamente por su edicto y se promulgó una ley, *lex Cornelia de edictis praetorum* del 67 a.C. que cambió la situación. Antes de esa ley la opinión pública vigilaba la actuación de los pretores que se consideraba como una grave ofensa al interés general cualquier modificación que no obedeciera una necesidad real.

El edicto adquirió una gran importancia cuando a mediados del s. II a.C. se publicó la *lex aebutia* que promulgaba la utilización del procedimiento formulario.

Los medios que el pretor prometía en su edicto era:

a) De carácter procesal. Eran las acciones y excepciones.

b) Tutela jurídica. Eran cuatro:

- *Stipulationes paretoriae*. Contratos verbales que el pretor obligaba a realizar en su defensa a las partes interesadas.
- *Restituciones in integrum*. Dar por no realizados ciertos actos o negocios aun cuando se hubiera realizado de acuerdo con el *ius civile*.
- *Interdicta*. Órdenes de carácter condicional que daba el pretor y cuya validez dependían del resultado de un juicio posterior.
- *Misiones in possessionem*. Poner en posesión o dejar a disposición de una persona una cosa o un conjunto de cosas.

Una vez que llegó la época del principado, el edicto perdió su carácter de fuente del derecho.”³²

Tenemos pues que existían los recursos complementarios propios de la jurisdicción pretoria como las estipulaciones pretorias y los complementarios

³² Idem.

imperativos que son: los interdictos, las *missio in possessionem*, y las restituciones *in integrum*.

Finalmente podemos apuntar lo que el jurista alemán Fritz Schulz nos dice respecto de la historia de las estipulaciones pretorias: “En la época post-clásica las *stipulationes honorarie* fueron subsumidas en la *actio*. Los mismos compiladores no se atrevieron a dar el paso decisivo para reemplazarlas por acciones. La interesante historia de su desenvolvimiento post-clásico está por escribir.”³³

2.2 INTERDICTOS “*interdictum*”.

Es conveniente para el mejor desarrollo del presente trabajo el dar una breve explicación de lo que son los interdictos en el Proceso Civil de la Roma antigua, pues el jurista de hoy en día, antes de comprender y conocer los interdictos que se encuentran comprendidos en la legislación civil, debe conocer su antecedente primo que se encuentra contenido dentro de los recursos imperativos propios de la jurisdicción del pretor, es decir, los interdictos.

Múltiples autores concuerdan en que la información acerca del origen de estos recursos complementarios es obscura. Las investigaciones y teorías acerca de su origen son tan diversas como autores existen.

El autor mexicano Eduardo Pallares, nos dice: “parece ser que se remontan a los primeros tiempos del establecimiento de la Pretura y que fueron anteriores a la desaparición de las acciones de la ley. Su origen hay que buscarlo en las medidas de carácter administrativo y policíaco para mantener la seguridad pública, la tranquilidad y el buen orden.”³⁴

Así pues, para poder acercarse al nacimiento de los interdictos hay que saber cuales son las posibles causas de su aparición y por lo que el autor Eduardo Pallares en su obra “Tratado de los interdictos” cita a los juristas Neibhur y Savigny, quienes nos dicen: “fueron establecidos para proteger las concesiones

³³ Schulz Fritz, Derecho Romano Clásico, España, 1960, pág. 65.

³⁴ Pallares Eduardo, Tratado de los interdictos, México, 1945. págs. 3-4

del *ager publicus* sobre el cual no se podía tener ningún derecho de propiedad, por lo que, en dichas concesiones, la simple posición fue objeto de una tutela jurídica”.³⁵

Seguramente nacieron como un medio de evitar el que los afectados por determinada situación se hicieran justicia por su propia mano y fueron obra de los pretores, ya que el interdicto no nace en la ley, sino en los decretos de estos funcionarios.

Por lo anterior, en lo que corresponde a los interdictos, hablaré del concepto, clasificación, pero sobre todo del procedimiento, porque ahí es donde radica su esencia como recurso complementario de la jurisdicción pretoria.

El jurista mexicano Gumesindo Padilla, nos dice que: “consiste en una orden del pretor, a petición de una parte, para que se haga o deje de hacer algo, en este caso el magistrado no entra en el fondo del asunto, lo que persigue es preservar la paz, evitando que las partes se hagan justicia por cuenta propia.”³⁶

El ganador del premio Príncipe de Asturias de ciencias sociales en el año 2001, jurista español Juan Iglesias, menciona que “asumen el carácter de providencias administrativas urgentes, en cuanto persiguen el mantener una situación o el que se obtenga un determinado comportamiento en momento que no permite dilación”³⁷.

Así pues también apuntamos lo que nos dice el jurista alemán Fritz Schulz, al referirse que “el interdicto no es la decisión de un caso, ni tampoco es un medio de coerción contra el demandado para que éste dé satisfacción al actor. En la época clásica, no es otra cosa un acto formal preliminar.”³⁸

Los interdictos, de acuerdo con el tratadista Álvaro D’ors, son “una orden decretada por el Pretor para mantener la paz y seguridad en las relaciones

³⁵ Idem, pág. 4

³⁶ Padilla Sahagún, Gumesindo, Derecho Romano, México, 2006, pág. 123.

³⁷ Iglesias Juan, Derecho Romano: Historia e Instituciones, España, 1993, pág. 198.

³⁸ Fritz Shulz, Derecho romano clásico, España, 1960, págs 58-59.

privadas; de manera especial, para hacer respetar las situaciones de apariencia jurídica, a fin de que las reclamaciones contra la misma se hagan procesalmente, no de propia mano, y no se perturbe la paz pública,³⁹ asimismo, debían ser promovidos a instancia de parte interesada, a menos que el asunto se tratara de interés público, ya que cualquier ciudadano podía promoverlo.

También mencionamos lo que la autora mexicana, María del Pilar Fernández de Lara Ramos, nos dice: “el interdicto, que no constituye una sentencia, sino una orden condicional y administrativa, dirigida a un ciudadano por el magistrado, a petición de otro ciudadano, basada en una investigación que no pasaba de ser rápida y superficial.”⁴⁰

Así pues Ulpiano menciona que los interdictos competen sobre cosas divinas o sobre cosas humanas; divinas, como los lugares sagrados y los religiosos; se dan interdictos sobre cosas humanas, sea de propiedad de alguien, sea sobre cosas que no son de nadie (D. 43,1).

Gaius, autor de las Institutas, obra que forma la parte de la compilación Justineana del Derecho Romano Clásico, conocida como *corpus iuris civilis*, menciona que en ciertos casos el pretor o el procónsul proponen originariamente su autoridad para que finalicen las controversias. Esto ocurre principalmente cuando las partes disputan acerca de la posesión o de la cuasi-posesión, de tal modo que puede ordenar o prohibir que algo se haga. Las fórmulas y las redacciones usadas en estos casos se llaman “interdicta” o “decreta” (Gai IV, 136).

En el portal de Derecho romano “El ergonomista”, encontramos la siguiente clasificación:

³⁹ D’Ors Álvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona España, 1997, pág. 134

⁴⁰ Fernández de Lara Ramos María del pilar, Derecho Romano I Lecciones de Cátedra, México, 1998.

“Tipos de interdicta

Existían:

- a) Interdictos prohibitorios. El pretor prohíbe algo.
- b) Interdictos exhibitorios. El pretor manda exhibir algo.
- c) Interdictos restitutorios. El pretor manda sustituir algo.
- d) Interdictos simples. Sólo hay un demandante y un demandado.
- e) Interdictos dobles. Las dos partes son a la vez demandante y demandado.
- f) Interdictos temporales. Interdictos perpetuos.

Dentro de los interdictos los más importantes son los que se refieren a la posesión. Son de tres tipos:

- a) Retinenda possessionis. Retienen la posesión.
- b) Recuperandae possessionis. Recuperan la posesión.
- c) Adipiscendae possessionis. Adquieren la posesión.”⁴¹

El autor Álvaro D’ors, de manera muy acertada se limita a decir que “la orden interdictal puede consistir en una prohibición, en una orden de restitución o de exhibición.”⁴²

Para el que escribe, el criterio que debe utilizarse es la división que el jurista Gaius nos da en sus Institutas:

- a) Prohibitorios, restitutorios, exhibitorios
- b) Interdictos relativos a la posesión.
 - i) Adispiscendae possessionis.
 - ii) Retinendae possessionis.
 - iii) Recuperandae possessionis
- c) Interdictos simples y dobles.

⁴¹ <http://www.elergonomista.com/derechoromano/inter.htm> consultada el 1 de septiembre de 2010 a las 23:31 horas.

⁴² D’Ors Álvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona España, 1997, pág. 134

La principal división es la de prohibitorios, restitutorios y exhibitorios (Gai IV, 142).

Los *interdicta*, es decir, los interdictos prohibitorios - tal y como su nombre lo marca - tenían la finalidad de prohibir se hiciera algo, podemos mencionar algunos como por ejemplo *interdictio bonorum*, que prohibía disponer de sus bienes a un pródigo y el interdicto *ne quid in flumine*, que prohibía cambiar el curso del agua. Bajo esta tesitura podemos señalar que los interdictos prohibitorios, son los interdictos por excelencia.

A continuación hablaré de los *decreta*, es decir, los interdictos restitutorios y los interdictos exhibitorios.

Los interdictos restitutorios tenían por objeto, restituir alguna cosa, que no siempre implicaba una devolución al demandante, sino también podía ser reponer algo a la anterior situación. Dentro este tipo de interdictos se encontraban el interdicto *quod precario*, que servía para recuperar la posesión cedida al precarista y el interdicto *quod in flumine publico ripave eius factum*, que corresponde la orden de restablecer el curso del agua.

Los interdictos exhibitorios son aquellos que tienen por objeto que sea exhibida alguna cosa o incluso alguna persona, y como ejemplo tenemos el interdicto de *uxore exhibenda*, que obligaba a exhibir a la mujer y el interdicto de *tabulis exhibendis* que servía al heredero para la exhibición del testamento o de otros documentos.

A continuación analizaré brevemente lo referente a los interdictos relativos a la posesión (Gai IV, 143):

Los interdictos *adispiscendae possessionis*, son aquellos por los cuales el accionante adquiere la posesión sobre una cosa, es decir, eran ejercitados por aquel que nunca ha poseído anteriormente la cosa. Como ejemplo podemos mencionar el interdicto *salvianum*, que servía para adquirir la posesión de los bienes del colono que hubieran sido dados como garantía de los alquileres a

pagar un fundo. Parece ser que uno de los tipos más llamativos es el interdicto *quórum bonorum*, por que es de creación pretoria; su función era la de proteger la posesión de los bienes corpóreos de las herencias contra quien se pretendía heredero sin serlo.

Los interdictos *retinendae possessionis*, son aquellos que se dan cuando existe una controversia donde cada una de la partes pretende la propiedad de alguna cosa y se cuestiona preliminarmente acerca de cuál de los litigantes debe poseer y cuál debe reclamar. Como ejemplo se pueden mencionar el interdicto *uti possidetis*, que se aplicaba respecto de los bienes inmuebles y el *utrubi*, que se aplicaba sobre cosas muebles.

Los interdictos *reciperendae possessionis*, se daban para recuperar la posesión cuando alguien es despojado violentamente de ella, es decir, que el accionante haya perdido la posesión por algún hecho ajeno a su voluntad. Como ejemplo tenemos el interdicto *quod vi aut clam*, que se daba contra el que poseía violenta o clandestinamente, y el *quem fundum et quem hereditatem*, para recuperar el fundo o los bienes de la herencia del que había sido despojado.

Por último tenemos la clasificación de los interdictos simples y dobles (Gai IV, 156):

Los interdictos simples (*simplicia*), son aquéllos en los cuales uno es actor y otro es demandado, tal como son todos los interdictos restitutorios o exhibitorios. Mientras que los dobles (*duplicia*) son aquellos en los que ambas partes son actor y demandado.

Algunos interdictos duraban un periodo de tiempo determinado pero otros eran perpetuos. Ulpiano menciona que también existen interdictos que se refieren al presente y al pasado, e interdictos anuales y perpetuos, (D. 43, 1, 1) y Paulo menciona que la existencia de los interdictos noxales (D.43, 1, 5).

Los interdictos que se refieren al presente tendían a mantener las cosas en el estado en que se encontraban al momento de la promoción del interdicto, los

interdictos que se refieren al pasado tendían a mantener las cosas en el estado que guardaban antes de que se produjeran los hechos materia del interdicto. Los interdictos anuales son aquellos que duran algunos años.

Después de haber analizado de manera muy general lo referente al concepto y clasificación de los interdictos, pasemos al estudio de la parte fundamental que es el procedimiento, ya que es donde realmente serán mostrados como recurso complementario de la jurisdicción pretoria.

Una vez llamado el demandado ante el cónsul o procónsul, el actor exponía su caso y eventualmente solicitaba se expidiera un interdicto concreto. El demandado contestaba lo que a su derecho conviniera y posiblemente solicitaba la inserción en la fórmula de una *exceptio*. En virtud de lo anterior, el magistrado procedía a decidir si negaba el interdicto (*denegare interdicti*) o bien lo otorgaba (*reddere interdictum*).

Generalmente el propósito del actor interdictal era alcanzado, pero si aquel que debía obedecer a la orden del magistrado vacilaba, se rebelaba o bien creía estar en su derecho, la decisión de la cuestión tenía lugar en un estadio sucesivo, a través de un proceso regular. El multicitado jurista Álvaro D'ors, nos dice: "cuando la orden interdictal no produce el efecto que el solicitante desea, puede éste proceder con una acción personal (*actio ex interdicto*) contra la parte, para que el juez compruebe la efectiva infracción de la orden pretoria, y condenen al infractor en una cantidad de dinero."⁴³

El proceso podía darse de dos formas, *cum periculo* o *sine periculo*.

El proceso *sine periculo*, ésta vía sólo se utilizaba si el actor hubiere pedido la restitución o exhibición de una cosa. El demandado - la persona destinada a cumplir con la orden interdictal -, apenas haya recibido la orden y sin que el asunto haya salido de la etapa *in iure* (Gai IV, 164), a través de una *actio ex interdicto*, podía solicitar el nombramiento de un *iudex*. Al efecto se expedía

⁴³ D'Ors Álvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona España, 1997, pág. 135.

una *fórmula arbitraria* con el nombre del *iudex*. El *iudex* elegido en el momento de la *litis contestatio* examinará la cuestión y si así corresponde hará la invitación de cumplir con la orden interdictal, si es cumplida la orden, y exhibe o restituye, se absolverá. Se condenará al demandado al pago del valor de la cosa (*quanti ea res est*) si ha desobedecido el interdicto (Gai IV, 163).

Por lo que respecta al proceso *cum periculo*, se daba cuando el asunto saliera de la etapa *in iure*, el demandado no hubiere pedido la *fórmula arbitraria*, y además no cumplía lisa y llanamente la orden interdictal. Ante tal incumplimiento - para el caso de los interdictos simples -, el actor podía volver a llamar *in ius* al demandado y provocarlo a que diera una *sponsio* con el efecto de obligarlo a pagar una suma de dinero para el caso de que este se hubiera negado a exhibir o restituir la cosa, por lo que a su vez, el demandado provocaba al actor a que diera una *stipulatio* para los mismos efectos en caso de que no hubiere existido tal desobediencia.

Para el caso de los interdictos dobles, el proceso era más complicado, pues como ya lo he mencionado, dichos interdictos van dirigidos a ambas partes (actor y demandado), lo que daba lugar al problema de que cada una podía acusar a la otra de haber violado el interdicto.

El pretor concedía otros interdictos llamados “secundarios”, los cuales se daban ante la inobediencia de las personas que se rehusaban a cumplir con los actos del procedimiento interdictal, y lo hacía al considerar que una situación que imposibilitaba el poder resolver el asunto.

Por todo lo anteriormente expuesto, el efecto de los interdictos es muy parecido al de figura de la suspensión provisional del acto reclamado dentro del actual juicio de Amparo, con la diferencia que los interdictos romanos eran decretados por un magistrado y estaban dirigidos a uno o varios particulares no así el caso de la suspensión provisional que está dirigida a una Autoridad y esta es ordenada generalmente por el Juez de Distrito.

2.3 EMBARGOS “*missio in possessionem.*”

La *missio in possessionem* es el antecedente de los embargos y del secuestro. El pretor la pronunciaba dentro de su edicto, consistía en permitir que una persona (*missus*) tomara detentación de los bienes de otra, no sólo se refería a bienes determinados, sino también podía comprender todo el patrimonio.

El diccionario de Derecho Romano de Gutiérrez-Alviz, nos dice que la *missio in possessionem* es el “envío en posesión o autorización otorgada por el magistrado en virtud de su *imperium* de tomar la detentación material de la totalidad de los bienes o de parte de ellos de una persona. Generalmente se concede a título de protección inmediata y se encuentra protegida por interdictos o por *actiones in factum*.”⁴⁴

El jurista Juan Iglesias nos dice que “constituyen actos de autoridad magistratual, por virtud de los cuales los bienes del *indefensus* - del deudor que *fraudationis causa latitat* -, los del litigante que no guarda la debida conducta, los del deudor fallecido sin herederos, los del propietario de una finca ruinosa colindante a otra que no presta caución para el caso de que el daño se produzca -*cautio damni infecti* -, y, en fin, entre otros más los del ausente que no deja representante, son puestos a disposición, más o menos duradera, de determinados individuos, con facultades de diversa naturaleza, según las particularidades del caso.”⁴⁵

El autor Gumesindo Padilla dice: “la *missio in possessionem* (especie de embargo) es un decreto por el cual el pretor autoriza a una persona (*missus*) a entrar en posesión de los bienes de otra.

La toma de posesión puede ser sobre todos los bienes de una persona (*missio in bona*) como ocurre en el caso del deudor concursado, en que los bienes

⁴⁴ Gutiérrez-Alviz y Armario Faustino, Diccionario de Derecho Romano, Madrid, España, 1995, pág 466.

⁴⁵ Iglesias Juan, Derecho Romano: Historia e Instituciones, España, 1993, pág. 199.

serán vendidos. También puede decretarse sobre un bien determinado (*missio in possessionem*), para conseguir la *cautio damni infecti*.⁴⁶

El multicitado Álvaro D'ors, menciona que "...es un medio preventivo general que decreta el pretor para preservar ciertos derechos...".⁴⁷ Más que nada era la figura jurídica por medio de la cual se dotaba de coacción a otras, ya que si alguna figura jurídica no era respetada voluntariamente, el pretor otorgaba este medio para imponer válidamente el cumplimiento de la figura atropellada.

2.4 ESTIPULACIONES PRETORIAS “*stipulationes pretoriae*.”

Siendo éste el tema central de mi tesis, tendré a bien abundar sobre ellas de forma que para el momento de entrar en el estudio de algunas de ellas no sea difícil poder distinguirlas de los otros recursos complementarios de la jurisdicción pretoria.

2.4.1 CONCEPTO DE “*stipulatio praetoriae*.”

El diccionario de Derecho Romano de Gutiérrez-Alviz define a la *stipulatio praetoria* como: “Estipulación impuesta u ordenada por el pretor a fin de hacer nacer en beneficio del estipulante contra el promitente un crédito amparado por la acción correspondiente, para así tutelar una serie de hipótesis previstas en su edicto.”⁴⁸

De acuerdo con el tratadista Humberto Cuenca, “las estipulaciones pretorias son contratos verbales creados por el pretor con el objeto de asegurar la comparecencia de un litigante, la actuación en juicio de otro, o la indemnización de un probable hecho dañoso.”⁴⁹

Es importante hacer notar que estas figuras jurídicas se crearon con el fin de asegurar que se cumplieran con determinadas situaciones, por lo que

⁴⁶ Padilla Sahagún, Gumesindo, Op. cit., pág. 123.

⁴⁷ D'Ors Álvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona España, 1997, pág. 133.

⁴⁸ Gutiérrez-Alviz y Armario Faustino, Diccionario de Derecho Romano, Madrid, España, 1995, pág 649.

⁴⁹ Cuenca Humberto, Proceso Civil Romano, Buenos Aires, Argentina, 1957, pág. 341.

apuntamos lo dicho por Álvaro D'ors, que al respecto nos dice que “la cautela hace surgir una obligación civil de seguridad para un actual o eventual juicio privado. La forma propia de las cauciones es la estipulación.”⁵⁰

Cabe señalar que estas estipulaciones, en esencia son promesas que voluntariamente hacen las partes, no son decisiones del pretor aún cuando sean exigidas por éste. El autor citado también nos indica que “el magistrado, en el ejercicio de su jurisdicción, solía exigir que los litigantes dieran estas cautelas estipulatorias para asegurar el buen orden de las reclamaciones judiciales que él debía instruir.”⁵¹

Es importante hacer notar que la actividad del pretor se daba en la época del procedimiento formulario, es decir, en la etapa *in iure*. Nos explica el multicitado Álvaro D'ors, “con gran frecuencia, exige el Pretor algunas promesas estipulatorias que él considera necesarias para asegurar una acción futura por un perjuicio eventual en relación o no con un juicio actual...; de este modo hace surgir entre determinadas personas relaciones de obligación civil que no existían por el mismo derecho.”⁵²

Para el que escribe, las estipulaciones pretorias no sólo tenían la función de crear una obligación entre actor y demandado dentro de un juicio. De acuerdo con el resultado final que en concreto busca cada una de las estipulaciones en particular, mismas que posteriormente se analizarán, se puede decir que tenían cuatro finalidades de tutela procesal:

- a) Asegurar el resultado del juicio,
- b) Asistir con una acción a las relaciones que carecen de ella,
- c) Asegurar la comparecencia en juicio y,
- d) Asegurar una eventual reclamación.

⁵⁰ D'Ors Álvaro, Elementos de Derecho Privado Romano, Pamplona España, 1992, pág. 129

⁵¹ Idem, pág 133.

⁵² Idem, pág. 132

Algunas estipulaciones pretorias tenían la función de asegurar el resultado de un juicio. Como por ejemplo, “la de pagar la sentencia, y de no actuar dolosamente durante todo el trámite judicial; aquella que debe dar el procurador de un demandante, con el fin de evitar que éste volviera a entablar la misma acción contra él; otra es la que exigía el magistrado municipal en Italia de presentarse el demandado ante el pretor de Roma cuando el asunto excedía de la competencia de aquel magistrado local, etc.”⁵³

Otras estipulaciones tienen la función de asistir con una acción a las relaciones que carecen de ella. Como por ejemplo la *cautio damni infecti*, que tiene por objeto indemnizar el daño eventualmente causado, de la cual hablaré más adelante con más detalle; y otro ejemplo es la *novi operis nuntiatio*, que servía para defender el *interdictum quod aut clam* o una servidumbre.

Puedo mencionar la estipulación pretoria que tenía la función de asegurar la comparecencia a juicio, la cual se denomina como *vadimonium* de la que también hablaré mas adelante.

Aquellas estipulaciones que el pretor exige del usufructuario a favor del nudo propietario (*cautio usufructuaria*), del heredero a cumplir con un legado condicional (*cautio legatorum servadorum gratia*), o la de no exceder la Ley Falcidia, tenían la función de asegurar una eventual reclamación.

La clasificación de las estipulaciones pretorias, según Ulpiano, se encuentran conformada por tres tipos: Judiciales, caucionales y comunes (D,46,5,1).

Son judiciales las que se piden por ministerio del juez, como la caución de dolo, son pretorias, las que se piden por el ministerio del pretor, como la de daño temido; debe entenderse que las pretorias comprenden también las edilicias, pues también éstas se fundan en la jurisdicción; son convencionales las que hacen las partes por su propio acuerdo; de las que hay tantas clases casi como hay obligaciones que pueden contraerse, pues se hacen también por la misma

⁵³ Idem, págs. 133 – 134.

obligación verbal y dependen del negocio contraído. Hay estipulaciones que son a la vez pretorias y judiciales, por ejemplo la que pide el juez o el pretor al tutor que se estará a salvo el patrimonio del pupilo, y lo pueden disponer tanto el pretor o a veces el juez (D, 45,1,5).

Las estipulaciones pretorias Judiciales, son aquéllas que se interponen para que un litigio tenga efecto, como la de cumplir la sentencia o denunciar una obra nueva. (D, 46,5,1).

Las estipulaciones pretorias caucionales, son aquellas que valen como acciones y que se interponen para que exista una nueva acción, como la de garantía de los legados y de la tutela.

Las estipulaciones comunes son aquellas que se utilizan para el efecto de asegurar la comparecencia, como el *vadimonium*.

Generalmente las estipulaciones pretorias exigen satisdación. La satisdación es un “tipo de convención pretoria celebrada mediante una *stipulatio* con la finalidad de garantizar, mediante fiadores, el cumplimiento de una obligación principal previamente constituida.”⁵⁴

El autor Gumesindo Padilla explica la satisdación de la siguiente forma: “...una o varias personas se comprometen a responder por el deudor, esta garantía con fiadores recibe el nombre de *cautio* o *satisdatio*, lo que hoy llamamos fianza. El romano tuvo una especial predilección por la garantía personal, ello se explica fácilmente con base en la *fides* romana...”⁵⁵

La garantía siempre tenía que ser una promesa de pagar una cantidad de dinero y siguiendo la lógica expuesta en el párrafo que antecede, es necesario hacer notar el hecho de que la garantía no es el dinero, sino la promesa de pagar ese dinero en caso de que el promitente incumpla con su obligación, es

⁵⁴ Gutiérrez-Alviz y Armario Faustino, Diccionario de Derecho Romano, Madrid, España, 1995, pág 614.

⁵⁵ Padilla Sahagún, Gumesindo, Op. cit., pág. 184.

decir, en caso de que haga o no algo contrario a lo prometido. Al respecto Ulpiano nos dice que las estipulaciones pretorias que requieren garantía, la requieren personal, y no se puede sustituir ésta ni con prendas, o depósito de oro o plata. (D,46,5,7).

Algunas otras estipulaciones sólo exigían una simple promesa, es decir, no requerían garantía, pero eran muy escasas, ya que como he mencionado, las estipulaciones pretorias son caucionales pues su función era garantizar y asegurar la materialización de alguna o algunas situaciones en concreto.

El pretor en virtud de su *imperium* cuenta con otros medios, como son los interdictos y las *missio in possessionem*, de los cuales daré una breve explicación.

Es importante hacer notar la importancia que para los romanos tenía el hacer acuerdos y respetarlos. Sin lugar a dudas, las estipulaciones pretorias, son acuerdos. En la Roma Antigua, la forma más común en que se podían lograr acuerdos que jurídicamente tuvieran relevancia, era a través de la *stipulatio*. Por virtud de lo anterior, es conveniente, hacer una explicación de lo que es la *stipulatio*, ya que las estipulaciones pretorias son solo una especie y por ello se encuentran investidas de las mismas características, únicamente que las estipulaciones pretorias son dadas por las partes ante el pretor en un proceso.

De acuerdo con Pomponio, la estipulación es una forma verbal por la que uno, al que se dirige la pregunta, responde que dará o hará lo que se le pide (D, 45,1,5,1).

En el diccionario de Gutierrez-Alviz, se define la *stipulatio* como “contrato verbal. Formal, unilateral y derecho estricto, cuya solemnidad consistía en una interrogación realizada por el futuro acreedor y en la consecuente respuesta del deudor aceptando.”⁵⁶

⁵⁶ Gutiérrez-Alviz y Armario Faustino, Diccionario de Derecho Romano, Madrid, España, 1995. pág. 646.

Para el autor Álvaro D'ors, "la forma más ordinaria de crear una obligación entre un acreedor y un deudor es la *stipulatio*, consiste en una pregunta solemne hecha por el estipulante a otra persona, que responde congruentemente y queda obligada por su promesa: el estipulante se hace acreedor, y el promitente se hace deudor."⁵⁷

Así pues, el autor mencionado nos dice que "la estipulación presupone siempre un previo acuerdo informal sobre la obligación que se quiere contraer, pero, en algunos casos, tal obligación puede pre-existir ya por otra causa (como en el caso de mutuo o de novación), o preverse como eventualmente posible en el futuro (como en el caso de *cautio iudicatum solvi*, o de asegurar la cuarta Falcidia)."⁵⁸

La *stipulatio* se encuentra presente de una u otra forma en todo el Derecho civil, tanto sustantivo como adjetivo romano. Así pues, como lo dice el tratadista Juan Iglesias, "la *stipulatio* atribuye obligatoriedad contractual a cualquier convenio, pero la *forma* se constituye en fuente y fundamento de la relación obligatoria, dotándola de validez, revistiéndola de acción."⁵⁹

En la ciencia jurídica es insoslayable el hecho que la forma de denominar a una situación jurídica pueda ser modificada con el paso del tiempo, así como con la adopción de un sistema jurídico extranjero. Por ejemplo, el concepto de curador, ha cambiado ya que en el Derecho Romano tenía una función muy distinta a la que desarrolla el curador comprendido en nuestro actual sistema jurídico.

De esta situación, tenemos que las estipulaciones pretorias no son la excepción, podemos apuntar que en nuestros días algunas de ellas siguen vivas; es la figura del pretor la que ya no existe, pues la función que tenían, es desarrollada por los jueces. Algunas estipulaciones pretorias ya

⁵⁷ D'ors Álvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona, España, 1997, pág. 485.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Iglesias Juan, Derecho Romano: Historia e Instituciones, España, 1993, pág. 399.

desaparecieron, sin embargo, las esencias de algunas de estas estipulaciones pretorias aún están vigentes en nuestro derecho, sólo que con menor fuerza.

Así pues como acuerdos que son, tenemos que también tienen requisitos de existencia y validez sólo que los conceptos de existencia, nulidad y anulabilidad hoy en día son distintos a los que se manejaban en el Derecho Romano.

Al respecto el autor Gumesindo Padilla nos dice: "...La invalidez puede deberse a que la estipulación esté afectada de nulidad, o bien, de ineficacia. En el primer caso la estipulación no llegó a generarse y por ello es inexistente (*nullius moment est*). En el segundo, la estipulación se ha realizado formalmente, pero adolece de algún defecto que impide su eficacia (*inutilis*)..."⁶⁰

De acuerdo con el jurista Levhy-Bruhl, "requisitos formales de la *stipulatio* son la oralidad, la *unitas actus*, la congruencia de la pregunta y la respuesta..."⁶¹, y por su parte el autor Juan Iglesias agrega "la presencia de las partes."⁶²

Mientras que Álvaro D'ors nos dice que "la estipulación es un acto formal y requiere determinados requisitos para su existencia, faltando los cuales, se dice que la estipulación <<no existe>> (*nullius momenti est*)."⁶³

Para tener una mejor comprensión de este punto, es necesario dar una breve explicación acerca de los requisitos de existencia de la *stipulatio*, los cuales resultan ser los mismos para las estipulaciones pretorias, tal como se hará notar en líneas más adelante.

Así pues continuaré con la explicación de los requisitos de validez., que son aquellos que necesariamente han de darse para que el acto jurídico recién nacido pueda considerarse, mismo que es digno de ser reconocido por el Derecho Romano y por ende pueda exigirse su cumplimiento de manera coercitiva.

⁶⁰ Padilla Sahagún, Gumesindo, Op. cit., pág. 172.

⁶¹ Iglesias Juan, Derecho Romano: Historia e Instituciones, España, 1993, pág. 392

⁶² Idem.

⁶³ D'ors Álvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona, España, 1997, pág. 495

Requisitos de existencia.

Sin lugar a dudas la estipulación es un acto formal y debe reunir determinados requisitos para su existencia. “La inexistencia de la estipulación puede ser por inhabilidad personal, por incongruencia, o por inmoralidad.”⁶⁴ A contrario *sensu*, tenemos que para que exista la estipulación es necesario que el acto cuente con habilidad personal de las partes, congruencia, y moralidad.

Ahora bien como primer requisito de existencia ambas partes debían tener la habilidad de poder hablar y escuchar, pues no se podía estipular al menos que las dos partes hablaran; es decir, el cuerpo de ambas partes debía tener la capacidad física de hablar y oír, por eso no podían contraer una estipulación ni el mudo ni el sordo, ni el niño infante, tampoco el ausente, pues ambas partes debían oírse recíprocamente (D 45,1,1).

Para robustecer lo anterior, podemos decir que la habilidad personal de las partes consiste en el buen funcionamiento de los sentidos humanos, en específico del oído y del gusto, que son los que permiten estipular y prometer, es decir, que las partes no sean ni sordos ni mudos.

Para que un mudo o un sordo pudieran estipular, era necesario que lo hicieran por mediación, es decir, era posible hacerlo por mandatario o apoderado legal, pero lo más común era que se hiciera mediante un esclavo suyo que estuviera presente, y éste adquiriría para su dueño la acción de lo estipulado (D 45, 1, 1).

También era necesario para que se pudiera contemplar dentro de la habilidad personal, que las partes fueran inteligentes, es decir, que no fueran consideradas locas. El esclavo, el que se encontraba *in mancipio*, la mujer *in manu* y las hijas de familia que estipulaban, de tal acto jurídico convertirían a su dueño o *paterfamilias*, en acreedor del mismo, pero en caso de que llegasen a prometer, sólo se daba lugar al nacimiento de una obligación natural.

⁶⁴ D'ors Álvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona, España, 1997, pág. 495.

Ahora bien, tenemos el requisito de la congruencia. Era congruente la estipulación en la que no existía contradicción entre pregunta y respuesta, con objeto física y jurídicamente posible, donde el acreedor sea aquella persona que estipulaba o bien una persona que se encontraba bajo la potestad de este.

Ulpiano dice que si se estipula que se haga lo naturalmente imposible hacer, no vale más la estipulación que cuando estipulo que se dé lo que no se puede dar, a no ser que la imposibilidad dependa del mismo promitente. Asimismo no hay obligación si su objeto está prohibido por las leyes, sin posibilidad de que deje de estarlo (D, 45, 35).

La razón por la que una estipulación hecha a favor de un tercero era nula, es que el ánimo de aquella persona que estipulaba debía ser la de adquirir para sí y no para otro. Únicamente era permitido hacer este tipo de estipulaciones cuando lo prometido era de interés público como el patrimonio de un pupilo.

La responsabilidad del estipulante que consistía en no estipular algo física o jurídicamente imposible, era una situación que comprendía de igual forma a las condiciones a las cuales estuviera sometido el cumplimiento de la obligación.

El jurisconsulto citado también nos dice que la condición imposible, cuando es positiva, impide que valga la estipulación, a diferencia de si se introduce como negativa como por ejemplo: “Si no se subiera al cielo,” pues entonces vale la obligación desde el primer momento como crédito de cantidad (D,45,1,7).

Finalmente el tercer requisito es que la estipulación sea moral. Ahora bien, Álvaro D’ors dice que es inmoral una estipulación cuando “el acto mismo prometido es inmoral, no cuando resulta ilícito por una consideración contingente.”⁶⁵ Por ejemplo la estipulación de cometer un delito.

De igual forma no tiene efecto la estipulación de “¿prometes dar tanto si no me hubieras nombrado heredero?”, pues tal estipulación (captatoria) es inmoral.

⁶⁵ D’ors Álvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona, España, 1997, pág. 497

(D, 45,1,61). Finalmente y por lógica, es necesario apuntar que para que sea pretoria una estipulación, debe hacerse y prometerse en presencia del pretor.

Requisitos de validez o eficacia.

Cabe señalar que los actos jurídicos debían contar con ciertos requisitos tanto en el Derecho romano como en el Derecho positivo mexicano.

Para que se produzca la eficacia de la estipulación, además de reunir todos los requisitos de existencia, también deben reunirse algunos requisitos que permitan la utilidad del acto jurídico, ya que puede existir algún defecto que le impide a la estipulación producir algunos o todos sus efectos. Y de acuerdo con el tratadista básico de nuestra tesis, Álvaro D'ors, "aunque la estipulación exista, no engendra obligación; en estos casos hay estipulación pero no hay obligación."⁶⁶

Para el que escribe, estipulación pretoria puede ser eficaz cuando reúne los siguientes requisitos:

1. Que se pregunte y se prometa en presencia del pretor.
2. Que se de en vida de los *reus stipulandi* y *promittendi* y que no se encuentren en *capitis deminutio*. No es elegante hacer nacer la obligación en la persona del heredero (Gai III, 100).
3. Que los *reus stipulandi* y *promittendi* tengan capacidad de ejercicio, por lo que la estipulación hecha "...sin *autorictas tutoris* de los impúberes *infantia maiores* y de las mujeres..."⁶⁷, no producen efecto.
4. Licitud en el objeto de la estipulación, esto es que no se puede obligar a alguien a "...cometer o no un delito, a divorciarse o no divorciarse, instituir o no un heredero..."⁶⁸, etc..

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ Idem pág. 498

5. Que la estipulación no esté sometida a condición moral o ilícita, de acuerdo a como ya ha sido apuntado, es decir, que no se prometa cometer un delito, un crimen, estipular condición de ser heredero, etc.
6. Que no se haga en previsión de un daño, cuando estipula quien no es propietario de la cosa dañable.
7. Que no repita otra obligación estipulatoria idéntica.
8. Que la cosa estipulada la pueda adquirir el estipulante.
9. Que el objeto que inicialmente sea posible, no se convierta en el futuro en imposible.
10. Que no exista error respecto al objeto.
11. Que sea sancionada por el Pretor con *denegatio actionis* o *missio in possessionem* para el caso de no otorgarse

2.3.2 Naturaleza jurídica.

El jurista Gayo, nos dice que la división fundamental de las obligaciones se reduce a dos especies pues toda obligación, o nace de un contrato o nace de un delito. Asimismo, advierte que aquellas obligaciones que nacen de un contrato se dividen en cuatro tipos, ya que una obligación es contraída por la cosa (*re*), por palabras (*verbis*), por escrito (*litteris*) o por el consentimiento (*consensu*) (Gai III, 88 y III,89).

Conforme a esta clasificación que siguió Justiniano en sus Instituciones, la estipulación es un contrato verbal. Sin embargo, es necesario apuntar que a partir de lo manifestado por este jurista, toda la civilística ha considerado que la *stipulatio* es un contrato. Ahora bien, la Doctora Sara Bialostosky en su obra jurídica "Panorama del Derecho Romano", nos dice que "más que un contrato

⁶⁸ Idem

es una forma de contratar, que debido a su carácter abstracto sirve para tutelar múltiples negocios.”⁶⁹

El Digesto se refiere a ellas únicamente como obligaciones verbales, es decir, eran negocios solemnes.

Por otro lado las fuentes de las obligaciones civiles y pretorias son: los delitos, los préstamos, las estipulaciones y los contratos. Al respecto el autor Álvaro D’ors nos explica el porque la *stipulatio* fue considerada como contrato, y nos dice: “Justiniano, siguiendo una simplificación que aparecía ya en Gayo, considera que todo convenio obligacional es un <<contrato>>, por lo que distingue las obligaciones de contrato de las de delito, y luego divide las que no entran en ninguno de los dos conceptos en <<cuasi-contractuales>> o <<cuasi-delictuales>>, según la mayor similitud con uno u otro grupo.”⁷⁰

Finalmente, el autor mencionado nos dice que “los llamados contratos <<literales>> no son más que un negocio crediticio de tipo bancario, que tuvo por lo demás una vida breve, y que vale más estudiar conjuntamente con las estipulaciones, las cuales, a su vez, no son tampoco propios contratos, sino una formalización de obligaciones como puede ser el documento moderno.”⁷¹

De hecho Ulpiano, nos dice que en las estipulaciones que convienen libremente los contratantes, dan éstos la forma al contrato (D,45,1,52). Así pues, el jurista hace notorio que las estipulaciones son las que delimitan la forma del contrato, más no son el contrato. Se deja supeditada la forma del contrato a las estipulaciones que libremente hagan los contratantes, robusteciendo la postura de que las estipulaciones son una fuente de obligaciones, no son contratos.

Por lo tanto puedo concluir que la naturaleza jurídica de la estipulación no es un contrato. La estipulación es mas bien una forma o acto verbal para crear

⁶⁹ Bialostosky Sara, Panorama del Derecho romano, Ed. Porrúa , México, 2005, pág. 151

⁷⁰ D’ors Álvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona, España, 1997, pág. 420.

⁷¹ Idem, pág. 420-421

obligaciones, aunque pueda existir un acuerdo anterior de contraer una obligación, ésta se genera no por el acuerdo, sino por la estipulación, es decir, por el acto formal.

2.3.3 Obligaciones de las partes.

La estipulación pretoria, contiene las mismas obligaciones para las partes que la *stipulatio*. Las obligaciones creadas por las estipulaciones pueden consistir en un dar o en un hacer.

Por lo que respecta a las obligaciones de las partes, es de mencionarse que de cada estipulación resulta una sola obligación, que recaen sobre la persona del promitente.

Tal como Álvaro D'ors apunta, "la misma forma estipulatoria (*verbis*) crea una única obligación abstracta, que se puede extinguir, independientemente de un cumplimiento efectivo, mediante una forma de extinción verbal y abstracta, que es la *acceptilatio*..."⁷²

La *acceptilatio* es un "modo solemne de extinción *ipso iure* de obligaciones contraídas en la correspondiente forma de *stipulatio*. Su forma consistía en una pregunta y una respuesta: esto es, una *stipulatio*; el deudor preguntaba al acreedor si había recibido el pago: *quod ego tibi promisi habesne aacceptum*, y el acreedor respondía afirmativamente: *habeo*. Por ser una *actus legitimus*, no admite condición ni término."⁷³

Álvaro D'ors, continua diciendo, "...Este modo de extinción formal de deudas sólo vale para las nacidas *verbis*; si se quiere extinguir obligaciones que tienen otra causa, es necesario hacer una previa estipulación novatoria que las refunda todas en una única obligación extingible por aceptilación."⁷⁴

⁷² D'ors Álvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona, España, 1997, pág. 487.

⁷³ Gutiérrez-Alviz y Armario Faustino, Diccionario de Derecho Romano, Madrid, España, 1995. pág. 4

⁷⁴ D'ors Álvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona, España, 1997, pág. 487.

En consecuencia tenemos que prácticamente el estipulante no tiene que cumplir con mayor obligación que la de formular válidamente su estipulación, sobre todo evitando estipular cosas imposibles, debido a lo que menciona el tratadista en cuanto que “la estructura de la estipulación es la de un acto de adhesión al estipulante: éste es quien fija el objeto y modalidades de la obligación y el promitente asiente a esa declaración formulada como pregunta.”⁷⁵

En virtud de lo anterior, recalcamos que no existe ninguna obligación durante el acto de estipular, toda vez que la obligación es el resultado de la estipulación. Para que se de la estipulación, únicamente son necesarios ciertos requisitos de validez, que tiene que cumplir el estipulante, esto es, que tiene que decir la estipulación en una forma no prohibida o de la que se prevea su nulidad.

Bajo esta tesitura el promitente es el único que tiene una obligación después del acto de estipular, la cual consiste en un dar o un hacer para con el estipulante, es decir, a cumplir su promesa en los términos y condiciones a los cuales se obligó.

⁷⁵ Idem. Pag. 488.

CAPÍTULO 3.

ESTIPULACIONES PRETORIAS QUE INCREMENTAN LA SEGURIDAD JURÍDICA.

En el presente capítulo daré una explicación acerca de diversas estipulaciones pretorias. Como ya lo he explicado, el catálogo de las estipulaciones pretorias, se encuentran en el *edictum perpetum*. Así pues, dentro del Título XLV del *Edictum perpetum*, encontramos enlistadas las siguientes estipulaciones pretorias:

- *Vadimonium sisti.*
- *Pro praede litis et vindiciarum.*
- *Iudicatum solvi.*
- *De conferende bonis et dotibus.*
- *Si cui plus, quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur.*
- *Euicta hereditate legata reddi.*
- *Usufructarius quemadmodum caueat.*
- *Legatorum servandorum causa.*
- *Rem pupilli (uel uduluscentis) salvam fore.*
- *Ratam rem haberi.*
- *De auctoritate.*
- *Ex operis noui nuntiatione.*
- *De damno infecto.*

A continuación daré una breve definición de cada una de las estipulaciones pretorias mencionadas en la lista que antecede. Dichas definiciones se encuentran en el diccionario de Derecho romano de Gutierrez-Alviz.

El *Vadimonium sisti*, otorgada por el demandado en un proceso, era una caución, garantía, promesa contraída entre el demandado y demandante de comparecer ante el magistrado en un día determinado para comenzar el pleito.

La *Pro praede litis et vindiciarum*, era una promesa garantizada por fiadores, constituida mediante una *satisdatio*, a modo de garantía del litigio y de la

posesión interina, por virtud de la cual el demandado en el procedimiento *per sponsionem* seguido con ocasión del ejercicio de la *legis actio per sacramento* daba seguridades acerca de su posterior comportamiento en los extremos concretados en la *stipulatio*. Se constituyó por una *stipulatio* en garantía de los resultados del litigio y de la posesión interina, esto es, de la cosa y de sus frutos. (G, 4 ,89, 91, 94).

La *Cautio Iudicatum solvi*, era una promesa o garantía prestada por vía de estipulación ordenada por el magistrado, *stipulatio praetoriae*, de cumplir la sentencia y que es exigida de todo demandado en una acción real y de todo representante procesal, por la que queda obligado el demandado promitente a ejecutar la sentencia, o lo que es igual, satisfacer la condena pecuniaria. Puede unírsele la garantía de otras personas por la correspondiente *satisdatio iudicatum solvi*. (G, 4, 91. D, 46, 7).

De conferende bonis et dotibus, era una promesa o garantía otorgada por aquel obligado a la *collatio bonorum emanciapti*, la cual, se le exigía a los emancipados que quisiesen solicitar la *bonorum possessio* en la herencia de su padre conjuntamente con otros descendientes de éste sometidos a su potestad en el momento del fallecimiento - *sui heredes* -. En su virtud debían aportar todos los bienes propios, deducido el importe de sus deudas, a fin de integrarlos con los que constituían el patrimonio hereditario y por ceder a su partición. Se extendió a todos los hijos no sometidos a la patria potestad.

Si cui plus, quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur, era una promesa otorgada por aquellos legatarios obligados a cumplir con la *Lex Falcidia*, que era una ley rogada o plebiscito del año 40 a. C. propuesta por el tribuno P. Falcidius, reglamentando la libertad de legar y estableciendo que una cuarta parte del haber hereditario debía ser para el heredero, por lo que si el testador disponía los legados por encima de ese límite debían reducirse proporcionalmente tales legados (G. 2, 224-227, I. 2, 22, D. 35, 2-3, C. 6, 50. Ulp., 14, 31, Paul., 3, 8 Dio Cass. XLVIII, 33).

Euicta hereditate legata reddi, era la promesa que se daba por el legatario para el caso de la *evictio* de la herencia. En el Derecho romano tenemos que la *evictio* se da cuando una persona es despojada de la posesión de una cosa como consecuencia del ejercicio de una acción real por el propietario o acreedor hipotecario de la misma y, en general, ser vencido como consecuencia del ejercicio de una acción real. En la compraventa, el vendedor debe garantizar de la evicción de la cosa al comprador (D, 19, 1, 10-11, D. 19, 2, 9, 10, 3, 10, D. 22, 2, C. 8, 45, C. 8, 44).

La *Usufructarius quemadmodum caueat*, era una promesa que el magistrado obliga a prestar al usufructuario, en forma de *satisdatio* y acompañada de fiadores, de que en el ejercicio de su derecho gozará como buen padre de familia y en su día restituirá los bienes que subsistan, con lo que sus obligaciones quedan sancionadas por una acción personal (Paul, 1, 11, 2, D. 7, 9, 7).

Legatorum servandorum causa, era una *satisdatio* efectuada por el heredero gravado con legados o fideicomisos a término o condicionados, obligándose mediante una estipulación de garantía a ejecutar las referidas disposiciones testamentarias (D, 36, 4, 8, D, 36, 3, 16, 1, C. 6, 54, 4).

La *cautio rem pupilli salvam fore*, era una promesa o garantía realizada por vía reestipulación, por la que el tutor garantiza la recta administración de los bienes del pupilo y su conservación. Constituye una de las llamadas *stipulationes praetoriae* y puede ir acompañada de fiadores.

La *cautio de Ratam rem haberi*, era una garantía o promesa concertada por vía de estipulación que podía ser exigida al *procurador* o representante que figuraba en un pleito por cuenta de otra persona, y en cuya virtud garantizaba a la parte contraria que su representado ratificaría en todo su gestión, por lo que el resultado del proceso sería definitivo, pues no se desligaría del mismo de modo que no se intentaría un nuevo proceso. Esta *cautio* podía ser convenida libremente entre las partes u ordenada por el magistrado con el carácter de *stipulatio praetoriae*, o por el propio juez que conoce del asunto.

De auctoritate, era una caución de evicción, en consecuencia es claro que era otorgada por aquel obligado a sanear la *evictio*.

Ex operis noui nuntiatione, era una promesa o garantía prestada por vía de estipulación pretoria por el autor de una obra nueva denunciada y por la que promete al denunciante destruirla o pagar los daños y perjuicios; lo primero, en el derecho clásico, y alternativamente, a elección de la otra parte, en el derecho justinianeo.

La cautio damni infecti, era una garantía prestada por el propietario de un fundo que amenaza ruina o autor de un trabajo que puede ocasionar daño a un fundo vecino, mediante estipulación ordenada por el pretor a petición de la persona que puede sufrir el daño, en virtud de la cual queda garantizado por el que la presta o por otra persona que actúe como fiador – *satisdatio* – anticipadamente por la acción derivada de la estipulación (D 39, 2, 13, 2).

Por último haré mención de la *cautio non amplius turbando*. Esta caución era una promesa o garantía concertada por vía de estipulación entre demandado y demandante, por la que aquel contra quien se había ejercitado una acción negatoria promete no molestar en la pacífica posesión del demandante con un pretendido derecho de servidumbre sobre la cosa de su propiedad que le ha sido desconocida en el pleito.

Para efectos del presente trabajo, las estipulaciones pretorias que a continuación analizaré serán: la *Cautio damni infecti*, la *cautio dominum ratam rem habiturum* del representante, la *cautio iudicatum solvi*, la *cautio legatorum servandorum gratia*, la *cautio usufructuaria*, la *satisdatio rem pupilli salvam fore*, y *vadimonia*.

3.1 Cautio damni infecti.

Los antiguos romanos, tuvieron éxito en la resolución del problema de la relaciones vecinales, gracias al Derecho Romano, el Derecho mexicano actual, cuenta con ciertas figuras jurídicas que ayudan a la corrección de este problema, tal es el caso de la denuncia de obra nueva (D, 39,1).

Se entendía que se hacía una obra nueva cuando se alteraba la forma de una obra construyendo o quitando algo (D, 39, 1, 1, 11). Por medio de esta denuncia se tenía la facultad de parar la construcción de una obra, ya sea que esta fuera realizada con derecho o sin él (D, 39, 1, 1). Se hacía para defender el derecho propio, la cosas públicas o para evitar un daño. (D, 39, 1, 1, 16).

El procedimiento se iniciaba denunciando al pretor la obra nueva o ruinoso. La denuncia se podía hacer por aquella persona a la que le perteneciera la cosa que pudiera ser dañada en nombre propio o ajeno, por tal motivo también podían realizar la denuncia los procuradores, herederos y demás sucesores del denunciante, los tutores y los curadores e incluso los acreedores pignoratícios (D, 39, 1, 1, 3; D, 39, 1, 7, 1 y D, 39, 1, 9). Si la obra se construía en terreno público, cualquier ciudadano podía hacer la denuncia. (D, 39, 1, 3, 4).

Podía realizarse la denuncia aún cuando el responsable de la obra no se encontrara presente el momento del acto, de hecho podía hacerse ante los albañiles o cualquier persona que se encontrara presente. Lo anterior, en virtud de que el criterio era que la denuncia se hacía la obra no hacía la persona, y aún cuando la cosa cambiara de dueño, la denuncia subsiste, por lo que queda obligado el que posee el terreno en el que se había denunciado la obra nueva.

Como consecuencia de esta denuncia se provocaba un retraso en la realización de la obra y con ello se causaban consecuencias desfavorables para el denunciado; en razón de lo anterior, el denunciante debía prestar juramento ante el pretor de que no estaba denunciando con el fin de perjudicar al contrario. (D, 39, 1, 5, 14). Por otro lado el denunciado no podía seguir construyendo de manera lícita hasta haber dado caución o se le haya dispensado de la denuncia.

Así, la denuncia se hacía para prohibir que se siguiera construyendo o para obtener del denunciado la caución del daño temido, entendido como el daño aún no causado que tememos se va a producir (D, 39, 2, 2). Ahora le daré tratamiento a una figura jurídica que produjo un medio de solución de conflictos

vecinales en cuestión de defensa de la propiedad, la *cautio damni infecti*, que se encontraba sancionada con *missio in possessionem*.

El tratadista Francisco José Huber Olea, nos dice que es otro de los medios para proteger la propiedad, asimismo manifiesta que “cualquier propietario o detentador responsable de la custodia de un objeto tiene la posibilidad de pedir al *praetor* que obligue a su vecino para que otorgue una fianza por el posible daño ocasionado a su propiedad o detentación, el cual, aun cuando no se ha realizado, es inminente (por ejemplo: una pared o un árbol que está por caerse sobre el predio afectado).”⁷⁶

De acuerdo con el jurista Álvaro D’Ors era un recurso procesal para ordenar relaciones de vecindad de los propietarios de inmuebles, el cual servía para: “...prevenirse contra el posible daño causado por una obra o por un derrumbamiento en la finca vecina, o, en su caso de que no se dé, una *missio in possessionem* que, en último término, sirve como causa de usucapión.”⁷⁷

El autor Gumesindo Padilla, nos dice que la *cautio damini infecti* es una “garantía que debe prestar a su vecino el dueño de un edificio que amenaza derribarse, o por el posible daño que ocasione la obra que está realizando.”⁷⁸

La *cautio damni infecti* se concedía originariamente por el pretor a favor del propietario de un fundo contra el propietario del fundo contiguo en el que había una casa -o un árbol- que se temía que pudiera caer en el fundo ajeno causando un daño. El interesado pedía al pretor que impusiera al propietario del fundo vecino que prometiera (mediante *stipulatio*) compensar el daño que causara la caída de la casa o el árbol.

El pretor o el gobernador fijaba un plazo para otorgar la caución, y otro para la duración de la misma. Como el trámite del daño temido exigía celeridad y parecía peligroso al pretor que se demorara por reservarse a su jurisdicción,

⁷⁶ Huber Olea José Francisco, Derecho Romano I, México D.F., 2005, pág. 274.

⁷⁷ D’ors Álvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona, España, 1997, pág. 209.

⁷⁸ Padilla Sahagún Gumesindo, Op. cit., 2006, pág 93-94.

pensó con razón que debía delegarse a los magistrados municipales (D,39,2,1).

Cuando el que debía dar la caución se retrasaba en darla, entonces le otorgaba al denunciante la posesión del inmueble donde se realizaba la obra.

Cuando el plazo de duración de la caución otorgada se terminaba, según el caso debía hacer que se renovara la caución o se prorrogara el plazo, y si era necesaria alguna investigación el asunto debía turnarse a los magistrados municipales (D, 39, 2, 4 y D, 39, 2, 4, 1).

Por lo que se refiere a los plazos, éstos eran fijados por el pretor de acuerdo a las circunstancias especiales de cada caso, es decir, a su libre arbitrio, la única condición que se tenía era la previa cognición. En la cognición de la causa, debía tomarse en cuenta la extensión del terreno y el volumen de la construcción (D, 39, 2, 14). Ahora bien, por obra hecha en río público o su ribera, el plazo fijado de la garantía era de diez años (D, 39, 2, 7).

Cuando se da caución por la denuncia de una obra nueva, la estipulación es una promesa de objeto incierto de indemnizar el daño posiblemente causado, en la cantidad que resulte de la sentencia del Juez (D, 39, 1, 12). En el momento que el denunciado garantizaba la obra nueva, se estaba en presencia de una equivalencia a no haber hecho la denuncia. Como consecuencia de lo anterior, el denunciado podía seguir construyendo.

Se podía dar el caso que el denunciado no prestara la caución y siguiera construyendo. Se entiende que se ha construido no cuando se han colocado algunos materiales, sino cuando se ha realizado cierta obra que tiene la apariencia de tal (D, 39, 1, 21, 3).

Atendiendo a lo anterior, se puede vislumbrar que la construcción tenía que ser significativa, es decir, la figura del inmueble tenía que ser modificada considerablemente, de tal forma que pudiera ser notoria para casi todos los miembros de la antigua sociedad romana.

Como ya mencioné la denuncia se hacía ante el pretor, pero no se denunciaba a las personas, sino a la obra; en consecuencia, la denuncia se podía hacer aun cuando el responsable de la obra fuera una persona ausente. En tal caso alguna persona en nombre del ausente, podía solicitar la dispensa de la denuncia, pero tenía el deber de garantizar la obra nueva.

Ahora bien, podía ocurrir que el denunciado no diera la caución. El jurista Gumesindo Padilla dice que “si el dueño del edificio o el realizador de la obra no promete, mediante *stipulatio*, a pagar los daños que se pudieran ocasionar, el pretor otorga la *missio in possessionem ex primo decreto* (embargo), a favor del propietario que teme el daño; si aún así no prestaba la caución, el pretor decretaba la *missio in possessionem ex secundo decreto*, lo que le daba la propiedad bonitaria y con ello una posesión que le permitiría usucapir.”⁷⁹

El citado Autor José Francisco Huber Olea, menciona que “en caso de no otorgarla, el *praetor* entrega al interesado la detención de la propiedad vecina para que la conserve; si el vecino persiste en no otorgar la *cautio*, se le entregará al interesado no la detención sino la posesión, expulsando al dueño; además es posible la *usucapio*.”⁸⁰

Puedo asegurar que para el magistrado municipal era una obligación el pedir la caución al denunciado, ya que en caso de no resultar así, el denunciante contaba con una acción persecutoria que se daba incluso al heredero, en contra de aquel magistrado que debía solicitar la caución y no lo hiciera o de su heredero, misma que no tenía plazo alguno (D, 39, 2, 4, 10).

Sin embargo, si a pesar de la cercanía que se tenía del pretor o gobernador de la provincia, la petición de puesta en posesión se hacía ante el magistrado municipal, dicha acción dejaba de tener efecto alguno. Lo anterior, en virtud de que la condición para la existencia de esta acción, era que fuera solicitada. Ahora bien, para considerar que fue solicitada la petición, ésta debía hacerse al magistrado municipal sólo cuando no fuera posible acudir ante el pretor o gobernador de la provincia (D, 39, 2, 4, 9).

⁷⁹ Padilla Sahagún Gumesindo, Op. cit., pág 93-94.

⁸⁰ Huber Olea José Francisco, Derecho Romano I, México D.F., 2005, pág 274

Como consecuencia de la existencia de esta caución, tenemos que la violencia entre vecinos ocasionada por una construcción incomoda, podía ser evitada. El ejemplo de la sociedad romana, nos da un panorama de las características básicas de lo que significa ser humano y con ello una verdadera civilización. La *cautio damni infecti* es mas que nada una garantía de pacífica convivencia entre los vecinos.

3.2 *Cautio dominum ratam rem habiturum.*

El objetivo principal de un litigio, es la impartición de justicia por parte del Estado; una vez logrado lo anterior, resulta injusto ser sentenciado dos o más veces por la misma situación jurídica. Así pues tenemos que esta caución buscaba la protección del posible sentenciado al proveerle de seguridad jurídica de sólo cumplir una vez con su eventual condena. Esta estipulación se encontraba sancionada con *denegatio actionis*.

Esta estipulación era hecha por la parte demandada al representante del actor, este último prometía que su representado ratificaría el pago de lo condenado en la sentencia que se dictara en el litigio que estaban planteando, con ello se le daba seguridad al posible condenado de que no serían reclamadas las mismas pretensiones posteriormente. Ratificar es aprobar y reconocer el acto falso del procurador. (D, 46, 8, 12, 1).

Es muy importante tener presente que el promitente se obligaba a no volver a reclamar vía judicial, esto es que necesariamente las partes evitaban llegar ante el juez para efecto de que se constituyera la estipulación. Sin embargo, si se pagaba lo reclamado antes de llegar con el juez, se tenía por hecha la estipulación de manera válida. (D, 46, 8, 15)

Es preciso recordar que existen dos tipos de representante en un juicio, estos son el *cognitor* y el *procurator*.

El jurista Francisco José Huber Olea, explica que “el *cognitor* era constituido en términos solemnes y en presencia del adversario...por el contrario el *procurator*

era constituido sin ninguna solemnidad, en ausencia y completa ignorancia de tal circunstancia por la parte contraria.”⁸¹

Ahora bien, la representación dentro del juicio con lleva varios efectos, y la razón de hacer esta estipulación era “la consumición de la acción, es decir, el agotamiento de la misma, de manera que no puede volverse a ejercitar, esto quiere decir la antigua regla <<*bis de aedem re agüere non licet*>>.”⁸²

De acuerdo a los intereses del demandante, es posible demandar por una sola estipulación cuantas veces se crea necesario, ya sea por los gastos que genera el juicio, por acudir a un *advocatus*, o como en la *cautio damni infecti* que el estipulante demanda en proporción al número de daños ocasionados (D, 46, 8, 18).

Uno de los efectos de la representación procesal es que en caso de que el demandante fuera representado por un *cognitor*, entonces la acción se comparaba a un cartucho quemado, por lo que no era necesario que el representante diera esta caución, ya que no existía la posibilidad de que el representado ejercitara nuevamente la acción intentada.

Otro de los efectos procesales de la representación era el caucionar esta estipulación, es decir, el *procurator* para poder realizar sus gestiones, debía dar caución pretoria, con el fin de evitar que el condenado en un juicio seguido por un procurador pudiera ser demandado nuevamente por el representado. Esta estipulación se encontraba sancionada con *denegatio actionis* y consistía en que el *procurator* prometía que su representado aceptaría el resultado y no volvería a demandar.

Esta estipulación de manera vulgar era llamada de rato, debido a que como ya mencionaré mas adelante, el representado daba una ratificación de las gestiones realizadas por el representante.

⁸¹ Huber Olea José Francisco, Derecho Romano I, México D.F., 2005, pág. 201

⁸² D'ors Álvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona, España, 1997, pág. 149

Podía darse el caso de que el *procurator* contará con un nombramiento escrito elevado al príncipe, entonces existía la posibilidad que no se le pidiera esta caución, sin embargo si se le solicitara, estaba obligado a darla (D, 46, 8, 21).

Cuando se estipula la ratificación, se admite que se incurre en la estipulación aunque el representado demande, no al mismo estipulante, sino a otra persona a la que no podría demandar si hubiese ratificado la gestión del promitente; por ejemplo, cuando demanda al fiador a otro deudor solidario que es socio del promitente (D, 46, 8, 1).

Ahora bien, el jurista Gayo dice que el demandante que obraba por propio derecho no debía dar caución, no así el procurador de que el dueño ratificaría la demanda para evitar que este último lo demandara nuevamente y así evitar lo que hoy conocemos como litispendencia o bien la violación de la cosa juzgada (Gai IV, XI).

A manera de ejemplo, en el caso de la denuncia de obra nueva, de la que ya hablé en párrafos anteriores, mencioné que tal denuncia podía ser hecha a nombre propio o ajeno. En esta última situación el denunciante, debía garantizar que el representado ratificará la gestión, de lo contrario la denuncia quedaba dispensada (D, 39, 1, 5, 18).

El jurisprudente Ulpiano dice que no sólo en todas las acciones que entabla un procurador, sino también en las estipulaciones que desea interponer, si hacen éstas las funciones de una acción, debe dar la caución de ratificación. Por consiguiente, si el procurador interpone la estipulación del doble <por evicción>, debe dar la caución de ratificación, y lo mismo si interpone la estipulación de daño temido (D, 46, 8, 20).

Así pues tenemos que la denuncia de obra nueva se podía hacer en contra de una persona ausente, en tal caso una persona en nombre del ausente, podía solicitar la dispensa de la denuncia, pero tenía el deber de garantizar, no por la ratificación de su gestión, si no por la obra nueva (D, 39, 1,5, 19)

Cuando el denunciado que daba la *cautio damni infecti* en una obra nueva y ejercitaba el interdicto de no oponerse con violencia a la construcción de la obra, podía estipular la *cautio iudicatio solvi* al *procurator* que hacía la denuncia. En este caso no se le oponían excepciones procuratorias, ni se le exigía que diera la *cautio dominum ratam rem habiturum*, por que como ya se ha mencionado se encontraba en funciones de demandado.

Como en todas las cláusulas tendientes a brindar protección del dolo malo, el interés del estipulante es que se cumpla la promesa. En la estipulación de ratificación, lo más importante no es la posible ganancia del promitente o del estipulante, sino el interés que tenga el estipulante en la ratificación de la gestión hecha por el promitente (D, 46, 8, 2).

Así pues, en el caso de existir litisconsorcio pasivo, la promesa de no volver a demandar por parte del representado, se extendía a todos los codemandados, aun cuando se hubiera hecho a sólo a uno de ellos.

Como ya he mencionado en párrafos anteriores, el demandado podía hacer el pago al *procurator* aun antes de que iniciara la labor del juez y quedaba firme la estipulación.

En razón de lo anterior tenemos que si el *procurator* recibía un pago que le era indebido al representado, entonces el que hizo la estipulación, debía primero solicitar que el representado ratificara la gestión del *procurator* para tener la certeza de la persona a la que se le iba demandar la devolución del pago de lo indebido (D, 46, 8, 16).

Ahora, si el pago de lo indebido al *procurator* era realizado sin la intervención del juez y el representado no lo ratificaba, quienes quedaban obligados con el estipulante eran los fiadores, y su responsabilidad incluía el pagar los gastos generados en el juicio (D, 46, 8, 22).

Un requisito importante para que se tenga por cumplida la promesa de ratificación, es el hecho de que el representado debía ratificar el pago hecho al

procurator en el momento oportuno; entendiéndose esto cuando era hecho de su conocimiento la realización del pago; ya que aun cuando fuera hecha la ratificación pero en un momento diverso; el representado conservaba la acción en contra del estipulante (D, 46, 8, 12, 2).

El representado podía ratificar sólo en una parte, entonces se entendía que se había consumido una parte de la obligación. En consecuencia aún cuando la deuda fuera mayor, el procurador únicamente podía reclamar válidamente la parte por la que el representado ratificaba su gestión (D, 46,8, 17).

El monto de la pretensión por que se hacía valer esta estipulación, era el valor del interés, este se refiere a lo que se había perdido o por lo que se había dejado de lucrar (D, 46, 8, 13).

La *cautio dominum ratam rem habiturum*, era una herramienta valiosa dentro del sistema caucional, pues la protección que brindaba en contra de actos tendientes a abusar de la ausencia de una persona, su buen nombre y conocimiento de sus créditos, permitía que el desarrollo de un litigio entablado por un *procurator* cumpliera verdaderamente con la función de representar a quién quiería ejercitar un derecho.

3.3 *Cautio iudicatum solvi.*

Esta caución representa el interés público que los romanos tenían en que los ciudadanos siempre mostraran un comportamiento honorable, incluso cuando las situaciones resultaran adversas al interés individual. El comportamiento civilizado mostraba un profundo énfasis en el cabal respeto por las instituciones, en consecuencia el dar cumplimiento a una sentencia a un cuando fuera condenatoria era muestra de ser alguien civilizado.

La *cautio iudicatum solvi*, era otorgada por el demandado en un juicio y lo hacía una vez que había comparecido a juicio. Se encontraba sancionada por *missio in possessionem* y tenía tres cláusulas, por lo que el promitente de esta estipulación garantizaba que el demandado iba a cumplir con la posible

condena que impusiera la sentencia, que no existiría dolo o indefensión y que lo haría de acuerdo al arbitrio de un hombre recto.

Podríamos decir que esta estipulación garantizaba la permanencia del demandado en el litigio, a diferencia del *vadimonium*, que garantizaba que el demandado compareciera al juicio, y el poder de estas estipulaciones radica en lo dicho por el autor Alvaro D'ors en cuanto que "si el demandado se niega a dar estas promesas caucionales, incurre en indefensión, y el Pretor decreta el embargo de sus bienes."⁸³

"Si el demandado (o su representante) no se defiende correctamente, presentándose ante el pretor, realizando los actos preceptivos para llegar a la instauración del *iudicium*, dando las cauciones exigidas por el pretor y presentando su consentimiento para la realización de la *litis contestatio*, es castigado con la *missio in bona*".⁸⁴

Tanto en la antigua Roma como en la actualidad, sólo existen dos formas de litigar: por propio derecho o en representación. Ahora bien en Roma un litigante podía ser representado por un *cognitor* o bien, por un *procurator*. La *cautio iudicatum solvi* será otorgada por el propio demandado si es un *cognitor* el que lo representa, o bien por el *procurator* que intervenga en un litigio en nombre de la parte demandada.

El *procurator* es aquel que ha recibido un mandato, sea que haya recibido un mandato especial para este asunto, sea uno general sobre todos los bienes. También se considera procurador si hubiera ratificado su gestión. En consecuencia el tutor y el curador también pueden estipular esta caución (D, 46, 7, 3, 1 y D 46, 7, 3, 2).

En el caso de los tutores, la estipulación debía ser hecha por aquel al que se le había otorgado la facultad de litigar en el edicto del pretor, es decir, al que se le

⁸³ D'ors Álvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona, España, 1997, pág. 137

⁸⁴ Gómez-Iglesias Casal, Citación y comparecencia en procedimiento formulario Romano, Santiago de Compostela, España. 1984, pág. 135.

concedió la tutela por voluntad del padre, al que se le otorgo por decisión de la mayoría de los tutores, o permiso del magistrado competente. Por lo tanto, es inválida la estipulación hecha por alguien que se encuentra en la administración de la tutela sin ser tutor, asimismo si es hecha por un tutor que no administra como tal, porque ignora que es tutor o por otra causa (D, 46, 7, 3, 5).

De acuerdo con el tratadista Gómez Iglesias, “En todo caso, el representante del demandado debe prestar la *cautio iudicatum solvi*; pero en las acciones *in personam* el demandado que actúa por sí en proceso, sólo debe prestarla excepcionalmente en casos muy concretos y determinados.”⁸⁵

Para hacer efectiva la primer obligación de esta caución, que es la de pagar la eventual condena, se debe estar a lo ordenado por el Juez en la sentencia, dice pues Ulpiano que es fácil determinar su cuantía, pues se incurre en ella por la cantidad fijada por el juez (D, 46, 7,9).

Esta estipulación posee algo muy especial, el fiador podía llegar a asumir la defensa del juicio si es que por alguna razón el demandado principal la abandonaba. Por ejemplo, cuando el demandado enloquecía después de haber prometido cumplir la condena, entonces se tenía por válida la estipulación y el fiador podía asumir la defensa del litigio. (D, 46,7,3 ,8).

Lo mismo ocurría en caso de que fuera demandado el fiador, entonces el fiado podía asumir la defensa de ese litigio (D, 46, 7, 3, 10) y se absolvía al fiador demandado (D, 46, 7, 4), sin embargo esta sustitución como litigante, debía hacerse antes de que fuera dictada la sentencia que condenara al fiador. En todo caso el fiador que paga obtiene el derecho de repetir en contra del fiado. (D, 46, 7, 5).

En párrafos anteriores mencioné que la denuncia de obra nueva podía ser hecha a nombre propio o ajeno. Cuando un procurador denunciaba una obra, y recibía garantía, el denunciado podía ejercitar el interdicto de no oponerse con

⁸⁵ Gómez.Iglesias Casal, Citación y comparecencia en procedimiento formulario Romano, Santiago de Compostela, España. 1984, pág. 135.

violencia a la construcción, entonces este *procurator* debía dar caución de cumplir con la condena, pues en este caso se encontraba en funciones de demandado (D, 39, 1, 5, 20).

Es importante tomar en cuenta la opinión del jurista Gayo, quien menciona que en la acción *in rem*, el poseedor debió dar caución al demandante, a fin de que, si era vencido y no volvía la cosa o no pagaba la estimación del litigio, el demandante pudiera proceder contra él o sus fiadores; caución que se llamaba *iudicatum solvi*: siendo fácil explicar esta denominación, porque si el demandante estipula que se le pagase lo juzgado, con más razón que el que era perseguido en reivindicación debía dar esta caución (Gai IV, XI).

La *cautio iudicatum solvi* se impone después que el demandado ha comparecido al juicio y garantizaba el cumplimiento de tres obligaciones o mejor dicho por Ulpiano, tiene tres cláusulas unidas que de acuerdo con el multicitado el autor Álvaro D'ors consistían en: "...cumplir con la eventual condena, defenderse debidamente y abstenerse de toda malicia..."⁸⁶, (D,46,7,6).

En la *cautio iudicatum solvi*, la obligación vence inmediatamente de haberse fallado el juicio, pero se concede al deudor principal un cierto tiempo para pagar (D,46,7,1). En el caso que se actualizara la caducidad del litigio, entonces los fiadores de la *cautio iudicatum solvi* dejaban de estar obligados (D,46,7,9).

Ahora bien, no necesariamente se puede hacer efectiva la caución inmediatamente de que el demandado deja de defenderse. La indefensión durante el curso del litigio, puede desaparecer tan pronto empezara el demandado a defenderse o bien podía darse el caso de que la obligación de deber defenderse desapareciera por alguna razón, por lo que se extinguía.

Por último analizaré la obligación de defenderse de acuerdo al arbitrio de un hombre recto y abstenerse de toda malicia. Tenemos que si se ha incumplido

¹ Idem, pág. 137.

con las otras dos obligaciones, quiere decir que el demandado no se ha defendido conforme al arbitrio de un hombre recto (D, 46,7, 17). Un hombre no estima que no se defienda un litigio por el que no obliga el pretor a aceptar la acción (D, 46, 7, 18).

De acuerdo con el jurista Gayo, el reo no podrá presentar sus excepciones sin haber jurado antes que si contradice la demanda, es por creerse con derecho a hacerlo. En ciertos casos el que niega de mala fé, debe pagar el doble o el triple de lo litigado. En cuanto el demandante y los abogados de las partes, también debían jurar, que no procedían calumniosamente (Gai, IV, XVI, I).

Asimismo, esta cláusula tiene un alcance temporal y personal mas allá del propio demandado, pues incluso después de haber muerto, si es que obró con dolo malo, los herederos quedaban obligados a cumplir con esa promesa e incluso el promitente quedaba obligado por el dolo malo de una persona extraña (D, 46, 7, 19).

Una vez que se dejó de utilizar la caución que daban los procuradores de que su representado ratificaría la demanda, al demandado sólo se le obligaba a garantizar que se presentará en persona y que permanecerá en juicio hasta el fin del proceso, o bien se atendían a su promesa, hecho con juramento (llamado caución juratoria), o también, según su calidad, estaba obligado a dar caución, o a prometer pura y simplemente (Gai, IV, XI, II).

El que escribe opina que esta estipulación era efectiva para evitar el *fraus legis*, es decir, abuso de los vacíos y los artificios que puede utilizar el demandado con arreglo al Derecho para caer en la insolvencia. En otras palabras era la protección de la potestad judicial, pues de nada sirve que se tramite un juicio y se dicte una sentencia si lo que ordena esta nunca va a realizarse.

3.4 *Cautio legatorum servadorum gratia.*

Como ya lo mencioné en el preámbulo del presente capítulo era una "*satisdatio* efectuada por el heredero gravado con legados o fideicomisos a término o condicionados, obligándose mediante una estipulación de garantía a ejecutar

las referidas disposiciones testamentarias (D, 36, 4 ,8, D, 36, 3, 16, 1, C. 6, 54, 4),”⁸⁷ se otorgaba a favor del legatario y era con el fin de garantizar que entregaría el legado una vez cumplido el termino o condición que establecía el autor de la herencia.

De acuerdo con el tratadista Alejandro Guzmán, “la voluntad testamentaria era especialmente respetada por el Derecho Romano.”⁸⁸ De esta afirmación podemos deducir el porqué de esta estipulación pretoria, es decir, el asegurar el derecho de un legatario era vital para poder hacer respetar la voluntad de un testador.

Al respecto el jurisconsulto Ulpiano dice que el pretor pensó que debía darse garantía por los legados, de modo que se estipulaba que se daría y se haría en los momentos que quiso el testador que se diera o hiciera, y que no habría dolo malo (D, 36,3,1). Esta estipulación, se encontraba sancionada por *missio in possessionem*.

Antes de entrar al análisis de esta estipulación, creo que es necesario hacer algunas menciones acerca de los legados. Puedo decir que los legados son un tipo de liberalidad, es decir, pertenecen a un tipo de “disposición patrimonial hecha por una persona, que no está obligada a ello, a favor de otra, sin que medie una contraprestación,”⁸⁹ el autor Álvaro D’Ors nos dice que “los *legata* son disposiciones testamentarias, sobre bienes singulares, que el testador impone al heredero a favor de un legatario (*legatarius*).”⁹⁰

El romanista Gumesindo Padilla, nos dice que “*legatum* es la disposición testamentaria de un bien singular extraído de la masa hereditaria, que puede consignarse en un testamento o en codicilo confirmado. La persona beneficiada por el *testator* se denomina *legatarius*, y también se le denomina con la expresión *is sui legatum est* (al que se le legó).”⁹¹

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ Guzmán Alejandro, *Caución Tutelar en Derecho Romano*, Pamplona España, 1974, pág 36.

⁸⁹ Padilla Sahagún Gumesindo, *Op. cit.*, pág 279.

⁹⁰ D’ors Álvaro, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, España, 1997, pág. 371.

⁹¹ Padilla Sahagún Gumesindo, *Op. cit.*, 2006, pág 279

Por su parte, el autor José Arce y Cervantes dice que “en Derecho Romano el legado es una disposición a título gratuito por la cual un testador distrae un valor del conjunto de sus bienes que, debiendo venir al heredero, lo atribuye a otra persona llamada “*legatarius*”, con lo cual quitaba al heredero una parte del beneficio de su vocación.”⁹²

Podemos distinguir seis clasificaciones de legados: *per vindicationem*, *per damnationem*, *per praeceptionem*, *optio servi*, *sinendi modo* y *partitio*. Para efectos del presente trabajo, me avocaré a explicar únicamente la forma *per vindicationem* y *per damnationem*.

Legatum per vindicationem.

En este tipo de legado, “el testador sólo puede legar cosas que tenga en propiedad quiritaria o bonitaria.”⁹³ Su fórmula era <<*do lego*>>.

Así pues, prácticamente el legatario recibía de manos del testador la cosa legada. En palabras del tratadista Álvaro D’ors, “la adquisición para el legatario es directa respecto al testador, es decir, sin intervención del heredero; el legatario dispone de *reivindicatio* o de la acción real pertinente al derecho legado.”⁹⁴

Podríamos decir que es la forma más sencilla de ejecutar un legado, ya que la cosa ya existe dentro del patrimonio, y jurídicamente se da como en el mundo fáctico, es decir, la propiedad es transmitida por la voluntad directa del *testator* es muy parecido a realizar una donación.

Legatum per damnationem.

A diferencia del anterior, el legatario adquiere del heredero, es decir, es el heredero quien ejecuta la voluntad del testador. LA obligación del heredero es

⁹² Arce y Cervantes José, De las sucesiones 2003, México D.F., 2003, pág. 91.

⁹³ Padilla Sahagún Gumesindo, Op. cit., pág 280.

⁹⁴ D’ors Álvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona, España, 1997, pág. 372.

cumplir con el legado. En realidad el heredero, es quien hace entrega de lo legado al legatario, no existe relación obligacional directamente con el testador. En otras palabras se crea una obligación en la que el sujeto pasivo es el heredero y por consiguiente el sujeto activo es el legatario.

Puedo señalar que servía para dar en legado derecho personales, derechos reales como la propiedad sobre cosas de la herencia, e incluso algunas cosas ajenas el campo de acción de esta forma de legar era amplísimo.

La fórmula era *damnas esto*, a través de ella se podían legar cosas que se encontraran dentro del patrimonio del testador, del heredero o de un tercero, por tal motivo se adquiere por vía de *macipatio* o *in iure cesio*, si el bien se trata de *res Mancipi*, o si se trata de *res nec Mancipi* por vía de *traditio*.

La forma como el legatario hacía exigible el legado era a través de la *actio ex testamento*, misma que es *in personam* y además *stricti iuris*. Aunado a lo anterior, se daban algunas preferencias ejecutivas.

Ahora bien, en este punto es donde entra en acción la estipulación pretoria sometida a nuestro estudio. Esta estipulación y la acción de los legados tienen las mismas causas y condiciones; por tanto, si hay alguna excepción de las que suelen oponerse al que reclame un legado, se admite que debe oponerse también al que demanda con la acción de estipulación (D,36, 3, 1, 14).

Podía darse el caso en que el legado estuviere supeditado a una condición o término. En virtud de lo anterior, el legatario podía solicitar al Pretor que impusiera la *cautio servandorum gratia*, en caso de que el heredero se negara a otorgarla, el pretor podía ordenar una *missio in possessionem*, para garantizar el derecho del legatario.

La caución otorgada debía ser bastante como para asegurar los frutos e intereses. Esta caución, tenía por objeto asegurar el derecho del legatario, en consecuencia, era otorgada por el heredero único, así como por el de una parte de la herencia, el instituido heredero y el nombrado sustituto (D, 36, 3, 1, 12).

Ésta caución no sólo era otorgada por los herederos a los legatarios, sino que también era otorgada por los sucesores de los herederos (D, 36, 3, 1, 6), así como por los fideicomisarios (D, 36, 3, 1, 7). Si la herencia se halla en poder de un fideicomisario y éste no da garantía, se pone al legatario en posesión de la herencia contra el fideicomisario (D, 36, 3, 4).

Por otro lado la caución no necesariamente se otorgaba directamente por aquellos obligados a darlo, sino también podían otorgarla válidamente los procuradores o alguien a nombre del heredero (D, 36, 3, 11). El fisco cuando era heredero no otorgaba la caución (D, 36, 3, 1, 18).

Ahora bien el heredero no quedaba obligado por estipulación respecto de los legatarios por una parte mayor a la que es heredero, en otras palabras, el monto de la caución otorgada por el heredero no debía rebasar el valor de lo heredado (D, 36, 3, 1, 19).

Podían estipular no sólo los legatarios, sino que también podían hacerlo los herederos de los legatarios, así como los procuradores de los legatarios. En el caso de aquellos legatarios que se encuentran sujetos a la potestad de alguien, el titular de la potestad podía estipular, asimismo la caución se hacía con la condición “si cuando ceda el día del legado estuviese el legatario bajo su potestad” (D, 36, 3, 1, 20).

En este caso la caución se debía otorgar también a los legatarios sujetos a la potestad, en la misma forma que se acostumbra cuando se lega una misma cosa a dos legatarios bajo condiciones diversas y contrarias, de modo que se excluyan recíprocamente: se da caución a dos personas, pero las que la deben dar son en ambos casos las mismas (D, 36,3 ,3).

Ahora bien, si un legatario que estipuló un legado condicional, falleciera estando pendiente la condición la estipulación pierde efecto, pues ya que por causa de la existencia de la condición, el legado no se transmite al heredero del legatario (D, 36, 3, 1, 14).

El procurador actuaba en caso de que el legatario se encontrara ausente, estipulaba la garantía del legado, pero el heredero prometía sólo para el caso de que el legatario estuviere vivo, es decir, para que no quedara obligado el heredero si el legatario hubiere fallecido antes (D,36, 3, 1, 15).

Si llegado el momento de pagar el legado, el legatario dejaba de estar sujeto a la potestad, no era posible obligar al heredero a pagar el legado al padre, aún cuando éste quisiera dar caución de que nadie más que él reclamaría el legado, pues el legado ya sólo se le debía únicamente al legatario y sólo él podía reclamarlo (D, 36, 3, 2).

El jurista Marciano menciona que podía escribirse en el testamento la condición de no exigir caución al heredero. En este caso se entiende que no existe tal condición y por ende el legatario que estipule la caución no está incumpliendo con la misma, pero por otro lado menciona que al existir la dispensa no existe obligación absoluta de dar caución (D, 36, 3, 12).

Como consecuencia de lo anterior, es posible que en este caso sólo se pueda estipular sólo una parte de la caución y por ende el heredero quede obligado únicamente a pagar sólo una parte del legado, ya que si no es absoluta, la obligación es relativa, y el legatario sólo puede hacer efectiva la garantía por un monto parcial, quedando como obligación natural la parte restante.

Como podemos observar, los efectos de esta estipulación eran muy amplios, al hacer que varios sujetos quedaran obligados a dar la caución correspondiente, por lo que era posible asegurar que el efectivo pago de los legados; realmente esta caución protegía extensamente el derecho de los legatarios pues como ya se ha tratado anteriormente, la honorabilidad del romano antiguo era muy estricta y por tal motivo el respeto a la voluntad del testador se encontraba en un plano muy superior en la escala de valores.

3.5 *Cautio usufructuaria.*

El que escribe opina que la superioridad cultural de las civilizaciones se refleja en su Derecho, el mayor de los ejemplos son precisamente los antiguos

romanos, quienes lograron ser la civilización más poderosa de su tiempo, y su Derecho era tan perfecto que en el Derecho positivo mexicano se sigue aplicando.

Como ejemplo de lo anterior, tenemos la figura del usufructo, misma que en nuestros códigos civiles se encuentra regulada e incluso es aplicable en casi toda su modalidad original.

Los romanos definían el usufructo como el derecho de usar cosas ajenas y percibir sus frutos respetando la natural entidad de las mismas (D, 7, 1, 1). Asimismo tenemos que podía constituirse el usufructo, ya sea a través de legado, pactos o estipulaciones (D, 7, 1, 3), y podía ser extinto por lo mismos medios (D, 7, 1, 3, 3).

El autor José Francisco Huber Olea, nos menciona que “el usufructo otorga al titular de esta servidumbre el *ius utendi* y el *ius fruendi* sobre el objeto en cuestión, lo cual quiere decir que el usufructuario puede utilizar y aprovechar los frutos que produzca dicha cosa pero no alterar la sustancia de ésta...”⁹⁵. Por su parte el autor Álvaro D’ors, explica que el usufructo “es, en realidad, como una propiedad temporal, a la que se priva del poder de disposición precisamente por ser temporal.”⁹⁶

Las partes en el usufructo son: el usufructuario y el nudo propietario. En este sentido, el usufructuario tiene derecho a que se le permita ejercer el usufructo, y en contraposición a lo anterior, el nudo propietario puede pedir que se le garantice la conservación de la cosa usufructuada. Tal conservación se garantizaba con fianza, aunque en realidad lo que se garantizaba era que el usufructo se haría de acuerdo al arbitrio de un recto varón (D, 7, 1, 13).

El tratadista Domínguez García Villalobos, nos dice que “el usufructo surge con un carácter alimenticio, es decir con la intención de proteger a los propios

⁹⁵ Huber Olea José Francisco, Derecho Romano I, México D.F., 2005, pág. 285.

⁹⁶ D’ors Álvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona, España, 1997, pág. 261.

miembros de la familia, quienes por una razón u otra, al morir quien constituía su principal medio de subsistencia, podían quedar desamparados”.⁹⁷

Es por lo anterior que era tan importante asegurarse de la conservación de la cosa usufructuada, y por lo tanto el uso que debía darse a la cosa debía tener ciertas limitantes, es decir, moderar el desgaste recibido por el uso, pero sobre todo del abuso que pudiera sufrir la cosas por el usufructuario.

Al respecto el autor José Francisco Huber Olea, nos dice que “al crearse el usufructo, el titular del derecho debe otorgar la *cautio usufructuaria* a favor del nudo propietario, fianza que garantizará la indemnización por los daños que se causen al objeto por culpa o dolo del usufructuario, obligándolo de este modo a usar y disfrutar de él con la diligencia debida, a demás de garantizar que se devolverá la cosa al término del usufructo.”⁹⁸

Así pues, tenemos que el autor citado nos menciona que “las obligaciones del usufructuario son las siguientes:

- a) Otorgar la *cautio usufructuaria*.
- b) Conservar el objeto en buen estado, cuidándolo como un *bonus paterfamilias (culpa levis in abstracto)*.
- c) Pagar los gastos ordinarios (impuestos) y de explotación.
- d) Devolver el objeto al concluir el usufructo.

Es importante destacar que todos esos deberes son obligaciones *Procter rem*, al estar relacionados directamente con la cosa, por lo que el deudor puede apartarse de ellos sólo con abandonar el usufructo. “⁹⁹

En razón de lo anterior, una de las primordiales obligaciones del usufructuario, era otorgar la *cautio usufructuaria*, que estaba sancionada con negar el ejercicio del usufructo, ya que era imposible hacer un menoscabo de la cosas

⁹⁷ Domínguez García Villalobos, El usufructo, México, 1993, pág. 28.

⁹⁸ Huber Olea José Francisco, Derecho Romano I, México D.F., 2005, pág. 287.

⁹⁹ Idem.

usufructuadas; podía hacer todas las mejoras que fueran posibles y convenientes, esto implicaba que debía conservar las mismas estructuras de la cosa, podía dar mantenimiento, pero era ilícito demoler, cortar árboles sean frutales o únicamente para efecto de dar sombra sobre paseos; avenidas y jardines (D, 7, 1, 13, 4).

Podía darse el caso de que existieran varios nudos propietarios, en consecuencia, se tenía que dar caución a cada uno de ellos, de no verificarse así, el pretor no le daba acción alguna al usufructuario (D, 7, 1, 13). Así pues, también en el caso de existir varios usufructuarios que entren en controversia, el pretor otorgaba una acción semejante a la división de la cosa común o los obligaba a que entre ellos se dieran ganitas sobre como se iba a usufructuar (D, 7, 1, 13, 3).

Sólo el que tiene el derecho de usar y percibir los frutos puede pretender que tiene el usufructo. (D, 7, 6, 5). En consecuencia, esta caución debía ser dada por el usufructuario ya sea al dueño de la finca o a su heredero, la caución garantizaba que el usufructuario iba a darle el uso destinado conforme a la naturaleza de la finca y que al término devolvería al nudo propietario el bien materia del usufructo.

De acuerdo con el autor citado “el objeto de ser de esta obligación es garantizar al nudo propietario que disfrutará del bien con moderación y que lo restituirá con sus accesiones al extinguirse el usufructo, no empeorado o deteriorado por su negligencia.”¹⁰⁰

El multicitado jurista Álvaro D'ors nos dice que “la jurisprudencia cautelar introdujo la práctica de que el usufructuario diera una promesa con fiadores: de usar y disfrutar la cosa convenientemente (*boni viri arbitratu*) y de que la cosa será restituida en su momento (normalmente, dado el carácter vitalicio del usufructo, por los herederos) Esta es la *cautio usufructuaria*, que el Pretor requería de los usufructuarios, amenazándoles, si no la prometían, con

¹⁰⁰ Domínguez García Villalobos, El usufructo, México, 1993. pág. 92

denegarles la acción o dar una réplica al propietario contra la excepción de usufructo.”¹⁰¹

Como ya se mencionó la *cautio usufructuaria* protegía el patrimonio familiar, que de acuerdo con Álvaro D’ors, “el usufructo surge como forma de mantener vitaliciamente en el patrimonio familiar a personas a las que no se quiere dar la facultad de disponer,”¹⁰² esto aseguraba que algún heredero que pudiera desamparar a otros miembros de la familia, se abstuviera de hacerlo, así como que se dilapidaran los bienes, por lo que al otorgar esta caución, el usufructuario mostraba compromiso real del buen uso que se le daba a las cosas usufructuadas.

3.6 *Satisdatio rem pupillo salvam fore.*

Para el Derecho Romano, la protección del patrimonio de los incapaces a través de la institución de la tutela es de suma importancia, toda vez que el atributo personal aludido es una de las bases sobre la cual se edificó el *ius*. Gran parte de las instituciones fueron creadas para su conservación, incremento, protección y recuperación.

El que escribe opina que la tutela resulta una de las mejores ideas concebidas por los antiguos romanos.

Me parece importante hacer notar la definición de tutela que el tratadista Carlos Efrén Rendón Ugalde da en su obra denominada “La tutela”, la cual a la letra dice: “poder sobre la persona (*pupillos* o *pupilla*) que, siendo *sui iuris*, no tiene la capacidad de entender y querer que es necesario para administrar convenientemente el propio patrimonio”, asimismo hace notar lo dicho por el jurista Servio, mismo que define a la tutela como: “la fuerza y el poder en una cabeza libre, dada y permitida por el derecho civil, para proteger a aquel que por causa de su edad no puede defenderse de sí mismo.”¹⁰³

¹⁰¹ D’ors Álvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona, España, 1997, pág. 265.

¹⁰² Idem. 262.

¹⁰³ Rendón Ugalde Carlos Efrén, La tutela, México, 2001, pág. 4.

Como se tratará a lo largo de este punto, “La función del tutor es el de conservar intacto el patrimonio del pupilo... Esto significa que el tutor no está dado para un bien o un negocio especial, sino para completar la personalidad jurídica del impúbero y administrar el conjunto de su patrimonio.”¹⁰⁴

El ser tutor implica la responsabilidad de conservación, incremento, protección y recuperación del patrimonio del púpilo, se requiere de una persona que fielmente desempeñe tal cargo. La manera sobre la cual se puede acreditar ser digno de tal confianza, es la *satisdatio rem pupilli salvam fore*.

Esta caución era dada por los tutores, y era sancionada con negarle la entrada en la administración de la tutela. Existe discrepancia en lo que se refiera a que tipo de tutores era exigida. Por ejemplo, “Las posiciones extremas vienen representadas por Rudorff, quien aceptaba una cláusula así para toda clase de tutores, y por Lenel, quien la negaba para toda clase de tutores.”¹⁰⁵

Así pues como en casi todos los debates, tenemos posturas eclécticas como la de Weymuller, Taubenschalg y Karlowa, “para quien el Edicto contenía una cláusula *satisdare iubebo*, junto a la cual habría habido otra, *satisdare non cogam*, referida esta última a los tutores testamentarios, en virtud de la cual la primera quedaba limitada a los legítimos y magistratuales...”¹⁰⁶

La importancia de esta figura es tal que incluso “Marco Aurelio creó para este cargo un pretor especial *praetor tutelar*, que más tarde compartió su competencia con el prefecto de la villa. Según el derecho justineano, son competentes para designar tutor el *praefectus urbi* o el pretor, en la capital, y en las provincias los presidentes de las mismas o bien los magistrados locales y los obispos, si no son muchos los bienes del pupilo.”¹⁰⁷

Es claro que al existir la posibilidad de que este poder se le conceda a una persona que es totalmente un extraño para el pupilo, necesita ser limitado para

¹⁰⁴ Idem, pág. 9

¹⁰⁵ Guzmán Alejandro, Op. cit., pág. 21

¹⁰⁶ Idem, pág 21-22.

¹⁰⁷ Rendón Ugalde Carlos Efrén, La tutela, México, 2001, pág. 7.

evitar perjuicios causados en el patrimonio del mismo. Esta caución era una promesa, por estipulación, de conservar intacto el patrimonio del pupilo, y presentar fiadores solventes que tomen el mismo compromiso.

El tutor y el curador, para dar garantía de que los bienes del pupilo quedarán a salvo, deberán hacerlo en el municipio, pues es una fianza necesaria (D, 2, 8, 8, 4). Al efecto la *satisdatio* debía otorgarse siempre bajo el control del pretor, en el caso de los tutores magistratuales la obligación de otorgar la caución era por medio del edicto y el Álbum, es decir, el espacio físico en donde se publicaba el edicto del pretor, y “contenía el formulario de la *satisdatio rem pupilli salvam fore*, la cual como es lógico, viene comprendida entre las *stipulationes praetoriae*”¹⁰⁸

La garantía en esta estipulación es personal, ya que “en conjunto, el derecho hipotecario romano es imperfecto por la falta de un sistema de publicidad registral. Esto explica que en el derecho romano la garantía real tenga menos aplicación que la garantía personal de los fiadores.”¹⁰⁹

Para el efecto del presente trabajo, haré la distinción de tres tipos de tutela:

1. Tutela Testamentaria.
2. Tutela Magistratual.
3. Tutela Legítima.

Tutela testamentaria.

Gayo explica que no están obligados a satisfacer ni los tutores dados por testamento, por que su fidelidad y su celo se hallan reconocidos por el mismo testador, ni los tutores dados en virtud de información, por que han sido elegidos como personas idóneas (Gai, I, XXIV).

¹⁰⁸ Guzmán Alejandro, Op. cit., pág 110-111

¹⁰⁹ D'ors Álvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona, España, 1997, pág. 484

De acuerdo con todas las fuentes hasta ahora conocidas, se converge en el punto de que los Tutores Testamentarios no tenían obligación de dar la *satisdatio*. Tal como lo apunta el autor Federico F. de Buján, “al tutor testamentario no se le exigió la *satisdatio* o *cautio rem pupilli salvam fore* como requisito indispensable para tomar posesión del cargo al que había sido llamado.”¹¹⁰

Por su parte el tratadista Alejandro Guzmán dice que la razón de la exención se debía mas a que ninguna norma imponía el deber de *satisdare* a esos tutores que a la *fides* del tutor, lo anterior en virtud de lo que ya habíamos apuntado respecto del respeto que tenía el Derecho Romano sobre la voluntad testamentaria. El autor nos dice que “el gayano *curat paraetor ut tutares satisdent*, viene a significar una voluntad constante de exigir la caución públicamente anunciada en el único lugar apto para ello: el Álbum.”¹¹¹

Sin embargo, el autor habla acerca de lo dicho por Papiniano, que cuando la voluntad del testador nombraba irregularmente a un tutor y era confirmado por lo magistrados municipales, entonces tal tutor debía dar la *satisdatio*. (D. 26, 3, 5). Así pues, nos dice aún cuando la *voluntas testatoris* era suficiente garantía, el deber de los magistrados municipales de exigir la caución en todo caso era de mucho mayor peso.

Lo anterior es denominado Tutela Confirmada, el autor aludido considera a ésta como un tipo de tutela, diferente de las demás, el de la voz disiente de esta situación, toda vez que únicamente consiste en la validación del nombramiento del tutor por parte del magistrado por el defecto del nombramiento hecho en el testamento, es decir, en realidad es el testador el que realiza el nombramiento, pero ante la imposibilidad de que pueda explicar de viva voz el nombramiento del tutor, el magistrado suple está ausencia con una ficción fundamentada en el *ius tutoris dandi*.

¹¹⁰ De Bujan Federico F., Contribución al estudio de la tutela testamentaria plural en Derecho Romano, Madrid 1995, pág 61.

¹¹¹ Idem, pág. 34.

Ahora bien, podían existir varias personas designadas para desempeñar la tutela ya sea por testamento o en virtud de información, en este caso, se puede hacer la “...*provocatio ad satisfactionem*, aplicable al caso de pluralidad de tutores testamentarios...”¹¹². Gayo dice que uno puede ofrecer caución para la seguridad del pupilo o del adolescente, a fin de, o de ser preferido a su cotutor o cocurador, y administrar sólo, o de obligar a este a ofrecer satisfacción, si quiere ser preferido y administrar por sí solo. Sin embargo, no puede por sí mismo exigir satisfacción a su cotutor o cocurador; pero debe ofrecérsela, a fin de darle elección o recibirla, o suministrarla él mismo. Cuando ninguno de ellos ofrece satisfacción, si uno ha sido designado por el testamento para administrar debe administrar (Gai I, XXIV, I).

Cuando el tutor testamentario corría el riesgo de estar bajo la *accusatio suspecti tutoris*. En el periodo *nec ferendus*-Fin, incluso llegó a ser una obligación de los cotutores entablar la *accusatio* en contra de su colega.

Para evitar tal situación o bien para estar en mejor posición de realizar una defensa contra aquella, el tutor testamentario ofrecía esta caución, aún a pesar de no tener obligación, “nada se oponía a que si, libre y espontánea quería darla, se le recibiera.”¹¹³

Por la “intervención pública de la que fue objeto la tutela, terminó por modificar profundamente su régimen,”¹¹⁴ para efectos del presente trabajo, la que más nos ocupa es que “se aseguraron los derechos del pupilo, exigiendo del tutor no testamentario una caución de indemnizar los perjuicios causados por él en el patrimonio del pupilo, y dando a éste ciertas preferencias de ejecución.”¹¹⁵

Así pues, hay que recordar que “le era exigida al tutor no- testamentario, con el fin de indemnizar los perjuicios causados por él en el patrimonio del pupilo y dando a este ciertas preferencias de ejecución.”¹¹⁶

¹¹² Guzmán Alejandro, Op. cit., pág. 21

¹¹³ Idem pág 38.

¹¹⁴ Rendón Ugalde Carlos Efrén, La tutela, México, 2001, pág. 7.

¹¹⁵ Idem, pág. 7.

¹¹⁶ D'ors Álvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona, España, 1997, pág. 364

Tutela magistratual

Ahora hablaré de la *satisdatio* para el caso del tutor magistratual, en lo que se refiere a esta cláusula a una cláusula edictal en la que ordenaba dar la *satisfacción*, pero tenemos que todas las fuentes concuerdan que por lo menos existía para lo que se refiere a la tutela magistratual.

Dentro de este tipo de tutores podemos encontrar a “los tutores designados por los magistrados urbanos y el gobernador, tenían sobre sí el deber de *satisfare*.”¹¹⁷ En consecuencia haré la división de los tutores nombrados por los magistrados en estricto sentido y los tutores nombrados por los gobernadores.

Por lo que respecta a los tutores nombrados por los gobernadores, se tiene la seguridad de que ellos si hacía la exigencia de la *satisfacción*, los llamados *praesides provinciarum* lo hacían al dictar un decreto que se contenía la leyenda: *tutorem do si satisfederit*.

Aún existen discrepancias acerca de que si era una regla general la exigencia de *satisfare* de los tutores magistratuales, pero por otro lado se ha concluído que era así, ya que “los textos no excluyen a los tutores magistratuales del deber de *satisfare* cuando éste, en general, aparece afirmado; tenemos otros en los que dicho deber viene supuesto y, finalmente un tercer grupo que nos trae ejemplos de *satisdatio* exigida por el gobernador y un legado. Al mismo tiempo no encontramos textos clásicos auténticos en los que se afirme que los tutores a que nos referimos no tenían la obligación de *satisfare*.”¹¹⁸

En mi opinión a todos los tutores magistratuales, les era exigida la caución. La obligación de otorgar caución por parte de los tutores magistratuales viene supuesta en D.26, 3, 3 (lul.,21 *dig.*). Lo anterior se reafirma al observar que “Gayo sienta un regla general: los tutores y los curadores son compelidos por el

¹¹⁷ Guzmán Alejandro, Op. cit., 1974, pág 86.

¹¹⁸ Idem, pág 95.

pretor a dar caución (Gai, 1, 200),”¹¹⁹ sin embargo en el caso de los curadores magistratuales no les era aplicada esta regla.

Una vez nombrado el tutor y habiendo solicitado que diera la caución, podía no darse esta caución y no administrar el patrimonio del pupilo, o también podía existir el caso de que no se diera la caución, pero si se entraba en la administración del patrimonio del pupilo.

En caso de que esta caución no fuera otorgada, lo más lógico era que simplemente el candidato tampoco administra el patrimonio del pupilo. En este caso le era aplicada la sanción de remoción del cargo, se convertía en *tutor cessans* y a parte podía ser ejercitada contra él la *actio tutelae utilis*, “...mediante la cual se podía exigir una indemnización por el comportamiento negligente del tutor...”¹²⁰.

Sin embargo se podía administrar y no haber otorgado la caución. De acuerdo con el multicitado Alejandro Guzmán, “no obstante que el tutor no había dado caución, podía solicitar la *bonorum possessio* y ejercer los demás derechos del pupilo sometidos a decadencia por el transcurso del tiempo.”¹²¹

Lo anterior, en virtud de que como ya lo he apuntado, el objetivo de la tutela es proteger el patrimonio del incapaz, es decir, conservación, incremento, protección y recuperación del patrimonio del pupilo, y el otorgamiento de la caución sometida al estudio, es garantizar que el tutor efectivamente va a realizar todas las gestiones necesarias para tal efecto y que se va a resarcir el daño causado por el tutor al patrimonio del pupilo.

En razón de lo apuntado en el párrafo que antecede, el de la voz opina que era válido realizar estos actos aún sin haber otorgado la caución, pues se estaba cumpliendo con el objetivo de la caución; así pues en caso de no ejercer los

¹¹⁹ Idem, pág. 86.

¹²⁰ D’ors Álvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona, España, 1997, pág. 365.

¹²¹ Guzmán Alejandro, Op. cit., 1974, pág. 96.

derechos aludidos, entonces el tutor estaría actuado en detrimento del patrimonio del pupilo.

Tutela legítima.

La familia tiene también un gran peso en las relaciones reguladas en el Derecho romano, por tal razón, es lógico que se haya pensado en una tutela asumida por un familiar, y ésta es la tutela legítima. Álvaro D'ors dice que “según la Ley decenviral, corresponde la tutela al agnado próximo que sea varón y púber (*tutor legitimus*).”¹²²

La *satisdatio* por lo que respecta la tutela legítima, era voluntaria. En virtud de lo anterior, tenemos que no había posibilidad de que aquella persona que fuera candidata a desempeñar el cargo pudiera ser obligada de algún modo a ejercer el cargo conferido. Sin embargo, el magistrado requería que el candidato diera la *satisdatio*.

El autor Solazzi, nos explica que “...en época clásica, la *satisdatio* constituyó para los tutores legítimos una condición impuesta por el magistrado para la asunción de administración...”¹²³. Estos tutores eran inmunes a la *actio tutelae* durante la época clásica, “...tan sólo al terminar ésta puede darse contra el que haya malversado los bienes de su pupilo una acción penal por el *duplum* del daño: *actio rationibus distrahendis*.”¹²⁴

Así pues, tenemos que el alcance de esta estipulación pretoria es idéntica a la alcanzada a través de la *actio tutelae*, pues hacía que el otorgar la caución fuera equivalente, “...todo lo que se puede demandar con la *actio tutelae* se puede demandar con aquella derivada de la *stipulatio*, y viceversa...”¹²⁵

Para hacer valer esta caución, el pupilo tiene a su favor una acción subsidiaria que se da en contra de los que han descuidado completamente obligar a los

¹²² D'ors Álvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona, España, 1997, pág. 362.

¹²³ Guzmán Alejandro, Op. cit., pág. 145

¹²⁴ D'ors Álvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona, España, 1997, pág. 362

¹²⁵ Guzmán Alejandro, Op. cit., pág. 149

tutores o curadores a satisfacer, o tolerado que diesen una caución insuficiente. (Gai I, XXIV, II). Si los tutores o curadores no dan caución, se tomarán prendas para obligarlos. (Gai I, XXIV, III).

Sin embargo aquellos magistrados no municipales, es decir, los Prefectos de la ciudad, ni el Pretor, ni el Presidente de la provincia, ni todos los demás magistrados a quienes compete el derecho de dar tutores, se hallarán sometidos a esta acción (Gai I, XXIV, IV). Puedo señalar que ésta situación manifiesta el honor que se manejaba entre todas aquellas personas en las que se confiaba este cargo y el porque la jurisprudencia romana mantiene su vigencia hasta nuestros días.

El autor Alejandro Guzmán al respecto anuncia que "...la *actio subsidiaria* era procedente no sólo cuando los magistrados municipales omitían exigir caución a los tutores que designaban, sino también cuando cualquier magistrado, fuera o no municipal, incurría en dicha omisión respecto de los tutores legítimos...."¹²⁶

En consecuencia esta estipulación era totalmente proteccionista y como consecuencia de la misma, los patrimonios de los incapaces se mantenían seguros, estables e incluso más fortalecidos, así pues la sociedad romana demuestra la grandeza de su civilización al mundo entero al darle gran importancia a este tipo de patrimonios, ya que de alguna forma el incapaz podía ser autosuficiente con el propio patrimonio y no dependía de la caridad del prójimo.

3.7 Vadimonía.

Llamar a juicio es citar con el fin de ejercitar un derecho (D, 2, 4, 1), esta es una afirmación que tomaremos como axioma para efectos de comprender la estipulación pretoria en estudio. Como ya ha sido visto, las normas jurídicas deben estar dotadas de un medio de coacción para hacerlo efectivo, por ello existe el derecho procesal.

¹²⁶ Guzmán Alejandro, Op. cit., pág.159

Aunado a lo anterior, el tratadista Álvaro D'ors, asegura que "para poder empezar el litigio, se requiere la presencia de las dos partes litigantes, y si el demandado no comparece, no puede haber acción; pero el magistrado dispone de ciertos recursos de coacción contra el demandado que no colabora en el juicio."¹²⁷ Un recurso para lograr esta coacción es el *vadimonium*, misma que si no se daba, se encontraba sancionada por *missio in possessionem*.

Esta estipulación se hace con el fin de que el promitente garantice su asistencia a juicio, y por lo tanto se encuentra en la obligación de satisfacer y el fiador debía contar tanto con solvencia como con la facilidad de ser llamado a juicio. Me parece prudente el señalar que satisfacer es asegurar a través de fiadores que se dará lo estipulado (D, 2, 8, 1).

El autor Gómez Iglesias dice: "Consecuencia directa del carácter privado del procedimiento formulario, es que la citación a juicio ha de ser realizada por el propio actor. Como la mayoría de los actos jurídicos derivados de la primera etapa del Derecho Romano, se realizaba de forma oral."¹²⁸

Por otro lado la citación podía hacerse en la casa del demandado o en el lugar en el que se encuentre (D, 2,4, 19). Si la citación se realizaba en la casa, debía hacerse desde la puerta, así como en las termas o en el teatro (D, 2,4, 20). Era ilícito hacer la citación dentro de la casa si el que era llamado no le permitía la entrada al actor.

Los romanos pensaban que la *domus* era el lugar donde las personas se podían sentir más seguras, el que entra en ella para hacer la citación a juicio parece violarla (D, 2, 4, 18) y nadie debe ser sacado por la fuerza (D, 2, 4, 21). El multicitado Álvaro D'ors dice: "La coacción para que el demandado comparezca ante el magistrado, o nombre un representante, es siempre indirecta: no se le puede sacar a la fuerza de su domicilio."¹²⁹

¹²⁷ D'ors Álvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona, España, 1997, pág. 136.

¹²⁸ Gómez.Iglesias Casal, Citación y comparecencia en procedimiento formulario Romano, Santiago de Compostela, España. 1984, pág. 17.

¹²⁹ D'ors Álvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona, España, 1997, pág. 136.

Hay que tomar en cuenta que en el edicto del pretor se hacía la siguiente mención: “No sea citado a ninguno sin mi permiso” (D, 2, 4, 10, 12), había restricciones en cuanto a lo que se refiere a las personas susceptibles de ser llamadas a juicio. Tenemos una lista de personas y de calidades que pueden evitar que una persona pueda ser llamada a juicio, sólo por autorización del propio pretor podía hacerse el llamado a juicio. Por ejemplo, las personas con cargos públicos como el de cónsul, prefecto, pretor, procónsul y demás magistrados con imperio que pueden castigar y meter en prisión no deben ser llamados a juicio. (D, 2, 4, 2).

Así pues las personas con cargos religiosos tampoco podían ser llamadas a juicio de forma válida, es decir, el pontífice durante la función sagrada; ni tampoco podía hacerse la citación a juicio a aquellos que por el carácter religioso del lugar no pueden moverse de él; de hecho esta regla era tan estricta que no se podía llamar a juicio a aquel que se traslada en un caballo público por razones públicas (D, 2, 4, 2).

Las personas que tengan las calidades de novio o novia que están a punto de contraer matrimonio, los jueces durante el juicio, las partes cuando están ante el pretor, los que asisten a un funeral, los ascendientes naturales, los que adoptaron al actor, los menores, los locos, los patronos entre muchas otras no debían ser llamadas a juicio.

Es necesario recalcar el hecho de que las personas comprendidas en esta lista sólo podían ser llamados con el permiso del pretor, en específico se hacía hincapié en la personas a las cuales el actor debía reverencia (D, 2, 4, 13).

Si se llegaba a realizar el llamado a juicio sin el permiso del pretor, entonces se le concedía a esta persona, una acción penal por un valor de 50 áureos, que únicamente podía ser ejercitada por él, y en contra del actor que no obtuvo el permiso del pretor, prescribiendo esta acción en un año. (D, 2, 4, 24).

La obligación de satisfacer no desaparecía por el hecho de carecer del permiso del pretor para ser llamado a juicio, pues aun así había de cumplirse lo

ordenado por el pretor en su edicto, lo cual consistía en que se nombrara un fiador solvente que garantizara la comparecencia al juicio (D, 2, 7, 1).

En consecuencia la satisfacción de la promesa de asistir al juicio hecha por alguna de las personas que es llamada a juicio, es válida. Esto es por que el que ha sido llamado por cualquier causa ante el pretor o ante los otros magistrados con jurisdicción debe comparecer incluso para ver si está sometido a su jurisdicción (D, 2, 5, 1).

Sin embargo, era posible que el que era llamado a juicio se abstuviera válidamente de dar el *vadimonium*. El jurista Ángel Gómez-Iglesias Casal dice: “una vez realizada la *in ius vocatio* por el demandante surge en el demandado la obligación de acudir ante el pretor, personal e inmediatamente; solamente queda excusado de esta necesidad en caso de que se comprometa *se certo die sisti (vadimonium)*, o en caso de realizar una transacción o presentar un *vindex*.”¹³⁰

El multicitado autor Francisco José Huber Olea menciona que “...el actor acudía ante su contraparte para “invitarlo” a que lo acompañara ante el *praetor*, quien a su vez podía realizar tres cosas:

- a) La primera era seguir al querellante en el momento en que se le avisaba del pleito, para que frente al magistrado le diese los detalles de aquél.
- b) También podía no acudir en ese instante, pero solicitar que se pospusiera dicha comparecencia para unos días después, en cuyo caso debía otorgar un *vindex* (fiador) para garantizar que se presentaría en la fecha señalada para acudir a la audiencia respectiva. Cabe señalar que en caso de no cumplir con lo que se había obligado, es decir, ir ante el magistrado, éste otorgaba al actor una *actio in factum* en contra del *vindex* para que le cobrase la cantidad que había estipulado pagar en caso de la no comparecencia del demandado.

¹³⁰ Gómez-Iglesias Casal, Citación y comparecencia en procedimiento formulario Romano, Santiago de Compostela, España. 1984, pág. 93.

- c) El demandado podía negarse a presentarse y a otorgar un fiador, en cuyo caso se permitía al demandante que, con la presencia de personas para atestiguar dicha situación, llamase a los lictores para que el demandado fuese llevado por la fuerza ante el *praetor*.¹³¹

Por su parte Álvaro D'ors nos dice que “los documentos conocidos indican que el *vadimonium* (y no un *vindex*) era la forma ordinaria de asegurar la presentación del demandado... Pero la presentación de un *cognitor* por parte del demandado libera a este de tener que presentarse y de dar el *vadimunium* o un garante de presentación; en este sentido, el *cognitor* viene a cumplir la función del antiguo *vindex*, pero quizá también un *procurator* que asuma la defensa del *in ius vocatus*.”¹³²

Tenemos que si existía un representante que defendiera al llamado a juicio, entonces era posible abstenerse de dar el *vadimonium* de forma válida; y esto es lógico, toda vez que lo que se buscaba con esta estipulación era garantizar que el llamado a juicio iría defender su derecho y su presencia en el juicio era suplida por una la de otra persona que válidamente podía defender su derecho.

La transacción también podía permitir que el llamado a juicio se abstuviera válidamente de comparecer a juicio, si este acto era realizado antes del momento en que se debía comparecer. Así pues podemos apuntar que también podía tener excusa aquellas personas que por causa de fuerza mayor, como los que son llamados como testigos o que se encuentran cumpliendo alguna carga municipal; o por caso fortuito, como los enfermos, las mujeres en cinta o por causa de impedimentos causados por la naturaleza no cumplieron cabalmente con su promesa. (D, 2, 11, 2).

En estos casos se otorgaba una excepción a esas personas para el momento de que se les exigiera la responsabilidad en la que habían incurrido; no así para las personas que no asistieron al juicio por que una persona privada les

¹³¹ Huber Olea José Francisco, Derecho Romano I, México D.F., 2005, pág. 199-200.

¹³² D'ors Álvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona, España, 1997, pág. 137

impidió cumplir con su promesa. En este caso se le otorgaba una acción en la cuantía de su interés contra del que lo detuvo (D, 2, 11, 3).

En caso de existir litisconsorcio pasivo debía presentarse a todos los codemandados, aún cuando se presentara a uno o algunos de los codemandados, se tenía por incumplida la promesa (D, 2, 6, 4).

También podemos apuntar que el pretor castigaba al que se abstenía de comparecer con una multa propia de su jurisdicción, pero perdonaba la pena si no tuviera interés el demandante en la comparecencia puntual de su adversario por ejemplo por tratar se de día feriado, y también cabe señalar que existía condescendencia en relación a la rusticidad de las personas (D, 2, 5, 2, 1).

Algo muy importante era la idoneidad del fiador, el cual debía reunir dos calidades: la solvencia y la facilidad de ser llamado a juicio (D, 2, 8, 2).

El edicto del pretor solía decir: “se aceptará cualquier fiador” en consecuencia la solvencia en este caso debía ser proporcionada al asunto, no implicaba tener muchas riquezas, ya que se podía aceptar incluso al menos rico (D, 2, 8, 2, 4). Tenemos que los parientes son fiadores solventes por excelencia, ya que se podía ejercitar una acción de cincuenta áureos, en contra de quien conociendo el parentesco de las personas se negara a aceptar un fiador (D, 2, 6, 2).

Una garantía puede ser defectuosa, esto es que el fiador no es idóneo y en consecuencia considera no garantizada la promesa. (D, 2, 8, 6). El estipulante debía recusar el fiador dado, para lo cual había que nombrar un árbitro para determinar la idoneidad, y en caso de considerar se injusta la decisión podía ser apelada (D, 2, 8, 9).

Así pues, el fiador se podía comprometer por la cantidad estimada por el demandante o bien podía comprometerse por sólo una cantidad determinada. (D, 2, 8, 2, 5). Cuando no se cumplía la promesa de comparecer a juicio y no se había prometido una pena, se podía demandar al promitente a través de la acción de cantidad incierta, en la cuantía del interés (D, 2, 5, 3).

El tratadista Álvaro D'ors dice: "...La promesa del *vadimonium* podía referirse al pago de una cantidad como pena en caso de no comparecer; la cantidad fijada como pena (*summa vadimonii*) solía ascender a la mitad del valor reclamado, sin superar al máximo de 100.000 sestercios; en *a. iudicati* y en la *a. depensi*, el mismo valor de la condena o del pago del fiador . Si no se había fijado una cantidad, la acción se refería la *interesse* del demandante en que el demandado compareciera..."¹³³

Era ilícito negarse a recibir un fiador que era idóneo, en consecuencia se podía ejercitar contra el que se negaba a recibir la garantía personal, la acción de injurias, esta acción podía ser ejercitada tanto por el promitente o por el fiador mismo (D, 2, 8, 5, 1).

En la opinión del autor Ángel Gómez-Iglesias Casal, "la promesa de comparecencia, al menos en una de sus manifestaciones, tuvo una existencia paralela e incompatible con la *in ius vocatio*."¹³⁴

En cierta forma puedo utilizar como base de la existencia de esta estipulación, el adagio que versa: "Para que exista un pleito se necesitan dos". La consecuencia de esta estipulación, convertía en una necesidad que el demandado acudiera al juicio a defender sus intereses. Esta estipulación mejoraba la certeza y seguridad jurídica del actor en el juicio, al poder garantizar que podrá ejercitar su derecho contra el deudor del mismo, y por otro lado se garantizaba la seguridad jurídica del demandado al estar presente en el juicio poder percatarse de todos los actos procesales.

¹³³ D'ors Álvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona, España, 1997, pág. 137.

¹³⁴ Gómez-Iglesias Casal, Citación y comparecencia en procedimiento formulario Romano, Santiago de Compostela, España. 1984. pág. 13

CAPÍTULO 4.

FIGURAS JURÍDICAS A LAS QUE SE PUEDEN APLICAR LAS ESTIPULACIONES PRETORIAS.

Dentro del Derecho positivo mexicano, existen diversas formas de poder asegurar el cumplimiento de las obligaciones, todas ellas adoptadas del antiguo Derecho Romano. En consecuencia, tenemos que el centro del estudio del presente trabajo es la aplicación del Derecho Romano como solución a diversas situaciones que en este tiempo y lugar perjudican el desarrollo de la vida jurídica.

Puedo apuntar que dentro de la vida cotidiana se hace mención tanto en los programas de televisión como las pláticas ocasionales que surgen en la comunidad, el término “Fianza”. Término que es sumamente utilizado dentro de los procesos del orden penal.

Bajo esta tesitura, es menester el estudio de las garantías procesales del Derecho Procesal Civil mexicano. A simple vista parece que la utilización de estas garantías no es tan recurrida como en la antigua Roma pero lo cierto es que a la fecha están vigentes en nuestro Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En consecuencia de lo anterior, haré el estudio de diversas cauciones procesales y sobre todo aquellas que por su estructura naturaleza y aplicación, pueden ser comparadas con las estipulaciones pretorias, de las cuales ya he hecho un análisis en capítulos anteriores.

La importancia de estas cauciones se basa no sólo en un requisito para poder ejercer un cargo o un poder exigir un derecho, sino en la certeza y seguridad jurídica que produce su otorgamiento de que el cargo se ejercerá de la manera que naturalmente le fue designada y que el derecho se ejercitará sin el fin de hacer daño a otros.

La autora española Yolanda de Lucchi López-Tapia, nos dice que “las cauciones procesales son jurisdiccionales por una razón sencilla: son exigidas por el órgano jurisdiccional en el seno de un proceso jurisdiccional”¹³⁵. Así pues la autora continúa diciendo: “Tachadas de jurisdiccionales las cauciones procesales, se contraponen a las llamadas cauciones sustantivas que, como su propio nombre indica, tienen aplicación en el ámbito privado, sin ninguna injerencia en el ámbito procesal.”¹³⁶

Las cauciones procesales son garantías exigidas por la ley adjetiva, el otorgamiento debe hacerse por los medios previstos en la ley sustantiva. Una referencia la encontramos en el primer párrafo del artículo 9º del Código Federal de Procedimientos Civiles, el cual a la letra dice:

***Artículo 9o.-** En todo caso en que este Código exija el otorgamiento de una garantía, ésta se otorgará con sujeción a las disposiciones de las leyes sustantivas aplicables.*

Las formas de garantizar son las que se encuentran previstas por la ley sustantiva, es decir, los llamados contratos de garantía, que en concreto son: la fianza, la prenda y la hipoteca. Ahora bien, la ley adjetiva en algunas ocasiones limita la posibilidad de otorgar de estas cauciones, generalmente hace la mención específica de que la caución debe ser otorgada a través de fianza.

El que escribe opina que la clave para mejorar la labor del poder judicial, se encuentra en la mejora del sistema caucional mexicano, por tal razón las cauciones procesales que analizaré serán:

1) Las garantías en los interdictos (artículos 16, 19 y 20 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal),

¹³⁵ Lucchi López-Tapia, Yolanda de, Las cauciones procesales en la nueva ley de enjuiciamiento civil, Madrid España, 2001, pág. 61.

¹³⁶ Idem.

- 2) Las otorgadas por los representantes (artículo 51 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal),
- 3) Vía de apremio (artículo 641 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal),
- 4) Las que son otorgadas por los herederos en las sucesiones (artículo 1708 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal),
- 5) Las otorgadas por tutores (artículo 906 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal) y,
- 6) Las multas por incomparecencia.

4.1 INTERDICTOS

Dentro de la legislación civil mexicana, se contemplan los procedimientos denominados interdictos. No existe una definición legal de los interdictos, sin embargo trataré de dar una definición, partiendo de lo que nos menciona el autor argentino Víctor de Santo, en cuanto a que los interdictos "...tienen el propósito de proteger el ejercicio de la posesión o la tenencia de las cosas inmuebles o muebles... de modo que no se afecten derechos sobre ellas..."¹³⁷

También tomaré en cuenta lo que mencionan las juristas españolas A. Esther Vilalta y Rosa M. Méndez, "los interdictos tienen por objeto amparar la posesión tenencia de hecho del detentador de un bien, con una única finalidad: preservar el orden público y evitar las arbitrariedades."¹³⁸

En consecuencia puedo decir que los interdictos son procesos judiciales y sumarios, que protegen derechos reales adquiridos por situaciones de hecho para preservar el orden público.

Dentro del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se encuentran contemplados los interdictos. Estos interdictos son el de retener la posesión, de obra nueva y el de obra peligrosa.

¹³⁷ Santo Víctor De, Procesos Especiales, Buenos Aires Argentina, 2004, pág. 40.

¹³⁸ A. Esther Vilalta y Rosa M. Méndez, Tutela sumaria de la posesión (interdictos de retener y recobrar), Barcelona España, 2001, pág. 7.

El interdicto para retener la posesión, se encuentra previsto en la legislación civil mexicana. En la ley sustantiva sólo se hace mención de su existencia y del plazo para que sea interpuesto el interdicto de retener la posesión. Se encuentra mencionado por los artículos 804 del Código Civil para el Distrito Federal, en el mismo se prevé que el plazo para la interposición de este interdicto es de un año, que se computa a partir de que se verificó la desposesión.

El numeral donde se encuentra previsto este interdicto en la ley adjetiva, es el artículo 16 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual a la letra indica:

Artículo 16.- *Al perturbado en la posesión jurídica o derivada de un bien inmueble compete el interdicto de retener la posesión contra el perturbador, el que mandó tal perturbación o contra el que a sabiendas y directamente se aproveche de ella, y contra el sucesor del despojante. El objeto de ésta acción es poner término a la perturbación, indemnizar al poseedor y que el demandado afiance no volver a perturbar y sea conminado con multa o arresto para el caso de reincidencia.*

La procedencia de esta acción requiere: que la perturbación consista en actos preparatorios tendientes directamente a la usurpación violenta, o a impedir el ejercicio del derecho; que se reclame dentro de un año y el poseedor no haya obtenido la posesión de su contrario por fuerza, clandestinamente o a ruegos.

Este interdicto sólo procede cuando la cosa litigiosa se trata de un bien inmueble. Su finalidad, proteger la posesión de un bien inmueble, poniendo fin a la perturbación de la misma, indemnizando al poseedor, garantizar mediante fianza que no se volverá a perturbar la posesión y sancionar al perturbador.

La garantía de no volver a perturbar la posesión, es otorgada por el demandado vencido en juicio y se da a favor del actor. En este interdicto la garantía sólo se puede dar mediante fianza, es decir, debe ser otorgada conforme a las reglas establecidas por el título Décimo tercero, de la segunda parte, del Libro cuarto, del Código Civil para el Distrito Federal. La satisfacción de esta pretensión se hará en ejecución de sentencia.

El Interdicto de obra nueva se encuentra previsto por el artículo 19 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual a la letra dispone:

***Artículo 19.-** Al poseedor de predio o derecho real sobre él, compete la acción para suspender la conclusión de una obra perjudicial a sus posesiones, su demolición o modificación, en su caso, y la restitución de las cosas al estado anterior a la obra nueva. Compete también al vecino del lugar cuando la obra nueva se construye en bienes de uso común.*

Se da contra quien la mandó construir, sea poseedor o detentador de la heredad donde se construye.

Para los efectos de esta acción por obra nueva, se entiende por tal no sólo la construcción de nueva planta, sino también la que se realiza sobre edificio antiguo,

añadiéndole, quitándole o dándole una forma distinta.

El juez que conozca del negocio podrá, mediante fianza que otorgue el actor para responder de los daños y perjuicios que se causen al demandado, ordenar la suspensión de la construcción hasta que el juicio se resuelva. La suspensión quedará sin efecto si el propietario de la obra nueva da, a su vez, contrafianza bastante para restituir las cosas al estado que guardaban antes y pagar los daños y perjuicios que sobrevengan al actor, en caso de que se declare procedente su acción, salvo que la restitución se haga físicamente imposible con la conclusión de la obra o, con ésta, se siga perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público.

El jurista Víctor de Santo, dice que el interdicto de obra nueva, "...es una pretensión en cuya virtud quien resulta afectado en la posesión y la tenencia que ejerce sobre un bien inmueble a raíz del comienzo de la ejecución de una obra nueva, reclama que se ésta se suspenda durante la sustanciación del proceso y que se disponga su destrucción en oportunidad de la sentencia definitiva..."¹³⁹.

Dentro del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, hasta cierto punto, la suspensión de la obra es una facultad discrecional del Juez que conozca del asunto. En este interdicto, una garantía es otorgada por quien promueve el interdicto, y únicamente puede ser satisfecha esta exigencia, mediante fianza que se otorgue.

¹³⁹ Santo Víctor De, Procesos Especiales, Buenos Aires Argentina, 2004, pág. 63

Esta garantía, es mas bien un requisito para ordenar la posible suspensión de la obra, ya que aún otorgando la fianza, existe la posibilidad continuar con la obra si el demandado otorga su vez una contrafianza, para restituir los posibles daños que cause la continuación de la obra.

Pero aún y cuando se otorgue ésta contrafianza, el Juez puede determinar que se suspenda la obra si la restitución es físicamente imposible con la conclusión de la obra o, con ésta, se siga perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público.

Por tal razón se hace válido lo mencionado por el autor español Sergio Vázquez Barros, "... se trata en realidad de una interpretación extensiva de cuestión posesoria, buscando darle una cierta hegemonía a los preceptos posesorios, habida cuenta de que no todos ellos tiene claramente ese carácter. El interdicto de obra nueva y obra ruinosa, más bien son cautelares que típicamente posesorios..."¹⁴⁰

El artículo 20 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, prevé el Interdicto de obra peligrosa:

"Artículo 20.- La acción de obra peligrosa se da al poseedor jurídico o derivado de una propiedad contigua o cercana que pueda resentirse o padecer por la ruina o derrumbe de la otra, caída de un árbol u otro objeto análogo; y su finalidad es la de adoptar medidas urgentes para evitar los riesgos que ofrezca el mal estado de los objetos referidos, obtener la demolición total o parcial de la obra o la destrucción del objeto peligroso.

Compete la misma acción a quiénes tengan derecho privado o público de paso por las

¹⁴⁰ Vázquez Barros Sergio, Los interdictos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil., Barcelona España, 2000. pág. 122.

inmediaciones de la obra, árbol u otro objeto peligroso.

El juez que conozca del negocio podrá, mediante fianza que otorgue el actor para responder de los daños y perjuicios que se causen al demandado, ordenar desde luego y sin esperar la sentencia, que el demandado suspenda la obra o realice las obras indispensables para evitar daños al actor.

El jurista Sergio Vázquez Barros, hace una mención interesante al respecto, pues menciona que “esta clase de interdicto tiene un doble objeto: la adopción de medidas urgentes de precaución de un edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo cuya caída pueda causar daños a las personas o a las cosas; y, la demolición total o parcial de una obra ruinosa que deba llevarse a efecto por la misma causa...”¹⁴¹

Al respecto puedo incluir un tercer efecto, que es precisamente una orden previa a la sentencia, de suspensión de la obra o bien de que el demandado realice las obras indispensables para evitar daños al actor. Ésta orden judicial podrá existir, cuando el actor garantice mediante fianza la responsabilidad adquirida por los posibles daños y perjuicios que se causen al demandado con dicha orden.

En consecuencia, puedo observar que la forma de garantizar el cumplimiento de obligaciones en los interdictos, sólo puede hacerse mediante fianza.

Ahora bien, en la ley civil adjetiva local, erróneamente se le clasifica como una “acción”. El Autor mexicano Don Cipriano Gómez Lara, en su obra: “Teoría general del proceso”, menciona “entendemos por acción *el derecho, la potestad, la facultad o actividad, mediante la cual un sujeto de derecho provoca*

¹⁴¹ Idem, pág. 138.

*la función jurisdiccional.*¹⁴² Por su parte el Doctor José Ovalle Favela nos menciona que “la acción es un verdadero *derecho subjetivo procesal*”.¹⁴³ Así pues, la *acción* existe aún sin la necesidad de que el titular excite el órgano jurisdiccional, su fundamento se encuentra en el artículo 35, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por lo que respecta a la verdadera naturaleza jurídica de los interdictos, apuntare que son “procesos” y de acuerdo con el multicitado Doctor Cipriano Gómez Lara, “entendemos por proceso un conjunto complejo de actos del estado como soberano, de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación sustancial, actos todos que tienden a la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo.”¹⁴⁴ Dentro de esta definición podemos observar que se encuentra inmersos los interdictos.

La tramitación de estos interdictos es a través del juicio ordinario civil, toda vez que se tratan de asuntos contenciosos y la ley no contempla una tramitación especial para asuntos de esta naturaleza.

4.2 REPRESENTACIÓN EN JUICIO.

Para iniciar el estudio de estas cauciones procesales, es conveniente primero explicar la noción básica de la representación, ya que en la práctica suele confundirse ésta con otras figuras jurídicas, a través de las cuales una persona puede realizar actos jurídicos a través de otra, es decir, que la representación cuenta con características especiales que forman su esencia.

El que escribe piensa que en los foros del Distrito Federal, los Jueces y secretarios adscritos a los juzgados, hacen una confusión entre lo que es el apoderado y el mandatario, así como en lo que es la personalidad y la personería. Siendo figuras jurídicas diferentes.

¹⁴² Gómez Lara Cipriano, Teoría General del Proceso, México D.F., 2006, pág. 95

¹⁴³ Ovalle Favela José, Teoría General del Proceso, México D.F., 2005, pág 163.

¹⁴⁴ Idem, pág. 107.

El autor Bernardo Pérez Fernández del Castillo, dice que “la representación puede definirse como la facultad que tiene una persona de actuar, obligar y decidir en nombre y por cuenta de otra”¹⁴⁵. Por otro lado la definición legal del mandato se encuentra en el Artículo 2546 del Código Civil y ordena lo siguiente:

Artículo 2546.- *El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga.*

Así pues, tenemos que la representación es el género y el mandato la especie. Existen varias formas de clasificarla, pero para efectos de nuestro estudio, sólo la clasificaremos como directa e indirecta.

Es directa cuando una persona actúa en nombre y por cuenta de otra; y es indirecta cuando se actúa en nombre propio y por cuenta de otra, adquiriendo para sí los derechos y obligaciones del representado frente al tercero.

El mandato se encuentra ubicado dentro de la representación indirecta, junto con el contrato de prestación de servicios profesionales y de la gestión de negocios.

El mandato y la prestación de servicios profesionales, pueden contar con ciertas garantías otorgadas por las partes para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, es decir, se pueden incluir contratos accesorios como la fianza, la prenda y la hipoteca, sin embargo estas garantías no son de carácter procesal, sino más bien de carácter sustantivo.

Dentro de nuestra legislación encontramos que se prevé una gestión de negocios especial, que es la figura del gestor judicial prevista en el artículo 50

¹⁴⁵ Pérez Fernández del Castillo Bernardo, Representación Poder y mandato, prestación de servicios profesionales y su ética. México D.F. 2001. pág. 3.

del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual a la letra indica:

Artículo 50.- *La gestión judicial es admisible para promover el interés del actor o del demandado.*

El gestor debe sujetarse a las disposiciones de los artículos 1896 a 1909 del Código Civil, y gozará de los derechos y facultades de un procurador.

EL autor Cipriano Gómez Lara, dice que es una representación oficiosa, ficticia, por que en rigor no ha sido otorgada. En el caso de la representación vía gestión judicial, sí se exige caución procesal, se encuentra prevista en el artículo 51 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, esto como requisito para que el probable gestor pueda comenzar a ejercer la representación.

Artículo 51.- *El gestor judicial, antes de ser admitido, debe dar fianza de que el interesado pasará por lo que el haga, y de pagar lo juzgado y sentenciado e indemnizar los perjuicios y gastos que se causen. La fianza será calificada por el tribunal bajo su responsabilidad.*

El artículo en comento señala que tal caución debe ser otorgada por el candidato a gestor judicial, y sólo puede ser a través de fianza. Ahora los efectos de otorgar esta fianza, afectan de manera extraña al fiador, ya que se le exige también al fiador que renuncie a todos sus beneficios legales.

Artículo 52.- *El fiador del gestor judicial renunciará todos los beneficios legales,*

observándose en este caso lo dispuesto en los artículos 2850 y 2855 del Código Civil.

Asimismo se le exige al fiador, cuando no es institución de crédito y cuando el monto del negocio exceda de mil pesos, que tenga bienes raíces inscritos en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio del Distrito Federal. Cabe señalar que el artículo 2850 del Código Civil para el Distrito Federal abre la posibilidad de sustituir la fianza por prenda o hipoteca, dando excepción a la regla ordenada por el artículo 51 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, respecto al otorgamiento de fianza.

4.3 VÍA DE APREMIO

Tenemos que durante los juicios, no siempre se cumplen por voluntad propia los mandatos del juez; de hecho es más común que se tenga que ejercer la fuerza del Estado para que se cumpla con tales mandatos. Aquella persona que desobedece el mandato de una autoridad, es considerada rebelde.

Ahora bien, dentro de un proceso judicial, una vez que se admite a trámite una demanda, el primer mandato que hace el juzgador es notificar y emplazar al demandado para que el transcurso del tiempo que la ley señala, dé contestación a la demanda.

Atendiendo a lo manifestado por el tratadista José Ovalle Favela, “la contestación a la demanda es sólo una carga y no obligación.”¹⁴⁶ El demandado que se abstuvo de contestar la demanda incoada en su contra, ha dejado de cumplir una carga por consiguiente habrá ciertos efectos que modifiquen su esfera jurídica. El tratadista Cipriano Gómez Lara, nos dice que “se llama rebeldía o contumacia a la situación producida por no realizar el acto en que consiste la carga procesal.”¹⁴⁷

Cuando el demandado ha desobedecido el mandato de dar contestación a la demanda dentro del tiempo que marca la ley, se considera que dicha persona

¹⁴⁶ Ovalle Favela José, Derecho Procesal Civil, 1992, pág. 100.

¹⁴⁷ Gómez Lara Cipriano, Derecho Procesal Civil, México D.F., 2005, pág. 68.

ha entrado en rebeldía. En el Distrito Federal, esta situación esta prevista por el artículo 271 del Código de Procedimientos Civiles, el cual a la letra indica:

Artículo 271.- *Transcurrido el plazo fijado en el emplazamiento sin haber sido contestada la demanda se hará declaración de rebeldía, sin que medie petición de parte y se procederá de acuerdo con lo prescrito por los artículos 272-A a 272-F, observándose las disposiciones del Título Noveno.*

Para hacer la declaración en rebeldía, el juez examinará escrupulosamente y bajo su más estricta responsabilidad si las citaciones y notificaciones precedentes están hechas al demandado en la forma legal, si el demandante no señaló casa en el lugar del juicio, y si el demandado quebrantó el arraigo.

Si el juez encontrara que el emplazamiento no se hizo conforme a la ley, mandará reponerlo y lo hará del conocimiento del Consejo de la Judicatura para que imponga una corrección disciplinaria al notificador cuando resulte responsable.

Se presumirán confesados lo hechos de la demanda que se deje de contestar. Sin embargo, se tendrá por contestada en sentido negativo cuando se trate de asuntos que afecten las relaciones familiares, el estado civil de las personas y en los casos en que el emplazamiento se hubiere hecho por edictos.

El demandado que ha sido declarado rebelde, generalmente se encuentra ausente en todo el curso del juicio. Esto da como resultado que se tenga incertidumbre en el cumplimiento de la eventual condena de hacer pago de las pretensiones exigidas por el actor en su demanda. En consecuencia el actor, puede solicitar retención y embargo de bienes muebles propiedad del demandado, tal y como lo previenen los artículos 640 y 641 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, los cuales a la letra disponen:

Artículo 640.- *Desde el día en que fue declarado rebelde o quebrantó el arraigo el demandado, se decretará, si la parte contraria lo pidiere, la retención de sus bienes muebles y el embargo de los inmuebles en cuanto se estime necesario para asegurar lo que sea objeto del juicio.*

La caución procesal en esta situación, es otorgada por la persona encargada de retener los bienes del rebelde, es decir, aquel que en la diligencia de embargo haya aceptado el cargo de depositario de los bienes embargados.

Artículo 641.- *La retención se hará en poder de la persona que tenga a su disposición o bajo su custodia los bienes muebles en que haya de consistir, concediendo el juez un término prudente para que garantice su manejo como depositario.*

Ahora bien, en caso de que el depositario de los bienes, se abstenga de garantizar o lo hiciere de manera deficiente, será removido del cargo y se designará como nuevo depositario a persona propietaria de bienes raíces o que otorgue fianza suficiente para el punto de vista del juez.

Si extinguido ese término no ofreciere garantías suficientes a juicio del juez, se constituirán los muebles en depósito de persona que tenga bienes raíces o afiance su manejo a satisfacción del juez....

Existe otra caución procesal relativa a los bienes del rebelde, prevista por el artículo 644 del Código de Procedimientos Civiles, el cual a la letra dispone:

Artículo 644. *En el caso en que el emplazamiento se hubiere hecho por edictos, la sentencia no se ejecutará sino pasados tres meses a partir de la última publicación en el Boletín Judicial o en el periódico del lugar, a no ser que el actor dé una fianza prevenida para el juicio ejecutivo.*

Tratándose de los Juicios a que hace referencia el Título Séptimo, Capítulo I de este Código, no será aplicable el presente artículo.

Esta caución, consiste en la fianza prevenida para el juicio ejecutivo que otorga el actor, y es para evitar que tengan que transcurrir los tres meses mencionados para ejecutar la sentencia que condene al rebelde que fue emplazado a juicio por edictos. En el caso del procedimiento de la pérdida de la patria potestad de menores acogidos por una Institución pública o privada de asistencia social, no será aplicable esta caución.

4.4 JUICIOS SUCESORIOS.

En algunas ocasiones se escucha que la gente que no se encuentra familiarizada del mundo de los juristas, se alegra al saber que va a ser instituido como heredero dentro de un juicio sucesorio, y aún mas cuando esa

persona se le nombra albacea; sin embargo, desconocen que existen ciertas obligaciones que deben cumplir los herederos.

Dentro del Derecho Civil, existen ciertas cauciones procesales que son otorgadas por los herederos dentro de los juicios sucesorios. Es necesario apuntar que estas cauciones aún cuando sean previstas por la ley sustantiva, son aplicadas en un ambiente procesal, pues la forma en que se desahoga una sucesión es a través un proceso.

Propiamente el artículo 1351 del Código Civil para el Distrito Federal, no impone al heredero otorgar caución a favor del legatario, dicho precepto a su letra ordena:

***Artículo 1351.** Cuando el testador no hubiere señalado plazo para el cumplimiento de la condición, la cosa legada permanecerá en poder del albacea, y al hacerse la partición se asegurará competentemente el derecho del legatario para el caso de cumplirse la condición, observándose, además, las disposiciones establecidas para hacer la partición cuando alguno de los herederos es condicional.*

Sólo se hace mención de que se asegurará competentemente el derecho del legatario para el caso de cumplirse la condición. Esto deja un amplio campo de acción para el juzgador, dejando con ello una completa inseguridad jurídica tanto para el legatario como para el heredero, en específico para el albacea que será el responsable de la masa hereditaria. Sin embargo, dicho aseguramiento debe hacerse a través de otorgar una caución por parte del Albacea al legatario.

La primera y la más importante caución procesal es la que se le exige al albacea al aceptar el cargo, y es la prevista en el artículo 1708 del Código Civil para el Distrito Federal, y el cual a la letra indica:

Artículo 1708.- *El albacea también está obligado, dentro de los tres meses, contados desde que acepte su nombramiento, a garantizar su manejo, con fianza, hipoteca o prenda, a su elección conforme a las bases siguientes:*

I. Por el importe de la renta de los bienes raíces en el último año y por los réditos de los capitales impuestos, durante ese mismo tiempo;

II. Por el valor de los bienes muebles;

III. Por el de los productos de las fincas rústicas en un año, calculados por peritos o por el término medio de un quinquenio, a elección del juez;

IV. En las negociaciones mercantiles e industriales por el veinte por ciento del importe de las mercancías, y demás efectos muebles, calculado por los libros si están llevados en debida forma o a juicio de peritos.

La razón de existencia de esta caución es en esencia para garantizar la buena administración del patrimonio hereditario, de los bienes inmuebles y sobre todo de aquellos bienes que son capaces de producir frutos. Puede darse por medio de cualquiera de los contratos de garantía previstos por el Código Civil, a

elección del albacea, quien como ya dijimos es quién otorga esta caución, y deberá hacerlo dentro del tiempo que marca la ley.

Ahora bien, cuando el albacea también es heredero, dicha caución puede ser satisfecha con la porción que le corresponde en la masa hereditaria, siempre y cuando conserve sus derechos hereditarios. En caso de que su porción no sea bastante para cumplir con ese propósito, entonces deberá otorgar la caución por la cantidad que faltará para hacer suficiente la garantía del cumplimiento de la buena administración de la masa hereditaria. Lo anterior, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1709 del Código Civil:

Artículo 1709.- *Cuando el albacea sea también coheredero y su porción baste para garantizar, conforme a lo dispuesto en el artículo que precede, no estará obligado a prestar garantía especial, mientras que conserve sus derechos hereditarios. Si su porción no fuere suficiente para prestar la garantía de que se trata, estará obligado a dar fianza, hipoteca o prenda por lo que falte para completar esa garantía.*

Ésta caución es otorgada en beneficio de los otros herederos que no son albaceas, ya que el *de cuius* carece de la facultad de dispensar al albacea de otorgar la caución de la que hacemos el estudio, sin embargo los herederos pueden renunciar a tal derecho pues la ley en el artículo 1710 Código Civil Federal, les reconocen la facultad de hacer la dispensa de la caución a cargo del albacea.

Artículo 1710.- *El testador no puede librar al albacea de la obligación de garantizar su manejo; pero los herederos, sean testamentarios o legítimos, tienen derecho a*

dispensar al albacea del cumplimiento de esta obligación.

El albacea de entre los herederos es el que tenga mejor calidad bajo el punto de vista del juez y conforme a lo dispuesto por la ley, en consecuencia ésta caución está sancionada con la remoción del cargo, es decir, si el albacea designado se abstiene de dar la caución sin contar con la exención mencionada por el artículo 1709 ó sin la dispensa mencionada por el artículo 1710, ambos del Código Civil, no podrá ejercer el cargo de albacea.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, resume esta situación en el artículo 781, en cual a la letra dispone:

Artículo 781.- *El albacea manifestará, dentro de tres días de hacérsele saber el nombramiento, si acepta. Si acepta y entra en la administración le prevendrá el juez que dentro de tres meses debe garantizar su manejo con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1708 y 1709 del Código Civil, salvo que todos los interesados le hayan dispensado de esa obligación.*

Si no garantiza su manejo dentro del término señalado se le removerá de plano.

Como ya dijimos el albacea es quién posee la mejor calidad de entre los herederos, por consiguiente debe estar en la mejor disposición de desarrollar el cargo, así como de poder garantizar el buen manejo de la masa hereditaria, por consiguiente se le da la oportunidad al presunto albacea de aceptar o rechazar el cargo conferido. Esto debe hacer dentro de los tres días siguientes al en que surte efectos la notificación del ofrecimiento del cargo, apercibido que en caso de no hacerlo se le tendrá como removido del cargo.

También tenemos el caso de la caución que deber ser otorgada al legatario por parte del heredero, misma que se ve prevista en el artículo 1406 del Código Civil Federal y mismo numeral del Código Civil para el Distrito Federal, cuya redacción es idéntica, el cual a la letra ordena:

Artículo 1406.- *El legatario puede exigir que el heredero otorgue fianza en todos los casos en que pueda exigirlo el acreedor.*

En concreto podríamos decir que no solamente es una caución procesal, ya que de manera extrajudicial el heredero puede otorgar la fianza y garantizar el cumplimiento de sus obligaciones ante el legatario; sin embargo, funciona como caución procesal por que el propio legatario, ya dentro del juicio, puede solicitar al Juez, requerir al heredero la fianza aludida.

El precepto es muy general, por lo que es útil para garantizar la entrega del legado, la conservación de los bienes materia del legado, inclusive podríamos decir que es una forma de protegerse frente la posibilidad de que la cosa legada desaparezca por culpa del heredero.

Por otro lado, tenemos que algunas herencias se dividen solamente en legados, en este caso la caución se da entre legatarios y se encuentra previsto en el artículo 1407 del Código Civil Federal y mismo numeral del Código Civil para el Distrito Federal, cuya redacción es idéntica, el cual a la letra ordena:

Artículo 1407.- *Si sólo hubiere legatarios, podrán éstos exigirse entre sí la constitución de la hipoteca necesaria.*

Esta garantía, a diferencia de la que se otorga por parte del heredero al legatario, se da a través de hipoteca. En consecuencia, aquellos que otorguen la caución deben ser propietarios de bienes inmuebles registrados en el Registro Público de la Propiedad.

4.5 USUFRUCTO.

El usufructo se encuentra definido en el artículo 980 del Código civil para el Distrito Federal, mismo que a su letra ordena:

Artículo 980. *El usufructo es el derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos.*

Así pues, este derecho se constituye por el nudo propietario, a favor de otra persona denominada usufructuario. Este último tiene derechos y obligaciones perfectamente delimitados en el ordenamiento citado, pero específicamente el que nos interesa para efectos del presente trabajo, es el contemplado por la fracción II del artículo 1006 del Código civil para el Distrito Federal, la cual a la letra dispone:

Artículo 1006. *El usufructuario, antes de entrar en el goce de los bienes, está obligado:*

I....

II. A dar la correspondiente fianza de que disfrutará de las cosas con moderación, y las restituirá al propietario con sus accesiones, al extinguirse el usufructo, no empeoradas ni deterioradas por su negligencia, salvo lo dispuesto en el artículo 434....

Es en este punto donde vemos contemplada la *cautio usufructuaria* a la que ya me he referido

Este derecho se puede constituir por ley, voluntad del hombre o por prescripción.

La autora Yolanda de Lucchi López-Tapia, en relación con la legislación civil española, nos dice: "Constituye esta caución legal en la que no interviene el órgano jurisdiccional y que asegura, de manera indirecta, el incumplimiento de las obligaciones del usufructuario."¹⁴⁸

Sin embargo podemos apuntar que desde el punto de vista del Derecho procesal, el usufructo se contempla en lo que se refiere a lograr la comprobación de la posesión de este o de cualquier otro derecho real. En el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal está contemplado el procedimiento de Informaciones *ad perpetuam*, este el medio jurídico idóneo para efectos de acreditar un derecho o comprobar la posesión del derecho real mencionado.

Así pues, tenemos lo contemplado por el artículo 927 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, mismo que a su letra dispone:

Artículo 927.- *La información ad perpetuam podrá decretarse cuando no tenga interés más que el prominente y se trate:*

- I. De justificar algún hecho o acreditar un derecho;*
- II. Cuando se pretenda justificar la posesión como medio para acreditar el dominio pleno de un inmueble, y*
- III. Cuando se trate de comprobar la posesión de un derecho real.*

En los casos de las dos primeras fracciones, la información se recibirá con citación del

¹⁴⁸ Lucchi López-Tapia, Yolanda de, Las cauciones procesales en la nueva ley de enjuiciamiento civil, Madrid España, 2001, pág. 219.

Ministerio Público y tratándose de vehículos automotores se requerirá acreditar que no cuenta con reporte de robo, así como su legal estancia en el país. En el caso de la tercera de las fracciones, con la del propietario o de los demás partícipes del derecho real.

El Ministerio Público y las personas con cuya citación se reciba la información, pueden tachar a los testigos por circunstancias que afecten su credibilidad.

Ahora bien tenemos que el usufructo es un derecho real, por tal razón puede hacerse valer *erga homes*, es decir, a todos las personas que física y jurídicamente pueden dañar el bien sobre el que se tiene el dominio de forma directa.

El que pretenda acreditar la posesión del usufructo de un bien, necesariamente deberá exhibir prueba de la caución que le permite la entrada en el goce de los bienes usufructuados. Asimismo, el nudo propietario, puede exigirle por medio de un juicio ordinario civil, ya sea por acción principal o por acción en reconvención, que se preste esta caución para efectos de permitir el goce de los bienes usufructuados.

Esto hace que la caución usufructuaria, sea realmente en una caución procesal, pues el juez exigirá del usufructuario la prestación de la misma.

4.6 PROCEDIMIENTO DE NOMBRAMIENTO DE TUTORES.

Aquellos que carecen de capacidad de ejercicio, necesitan protección sobre todo en lo que se refiere a sus intereses económicos, y para ello las instituciones protectoras del incapaz, la tutela y la curatela, exigen de las

personas que desempeñaran esos cargos ciertas garantías, mismas que al ser requeridas y otorgadas ante la presencia judicial, son cauciones procesales.

El objetivo de la tutela esta plasmado en el artículo 449 Código Civil para el Distrito Federal, cuya redacción es idéntica, que a la letra indica:

Artículo 449. *El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley.*

En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, menciona lo siguiente:

Artículo 906.- *Todo tutor cualquiera que sea su clase, debe aceptar previamente y prestar las garantías exigidas por el Código Civil para que se le discierna el cargo, a no ser que la ley lo exceptuare expresamente.*

El tutor debe manifestar si acepta o no el cargo dentro de los cinco días que sigan a la notificación de su nombramiento. En igual término debe proponer su impedimento o

excusas, disfrutando un día más por cada cuarenta kilómetros que medien entre su domicilio y el lugar de la residencia del juez competente.

Cuando el impedimento o la causa legal de excusa ocurrieren después de la admisión de la tutela, los términos correrán desde el día en que el tutor conoció el impedimento o la causa legal de excusa.

La aceptación o el lapso de los términos, en su caso, importan renuncia de la excusa.

Así pues, lo relativo a estas cauciones procesales, esta previsto por el capítulo IX, del Título Octavo, del Libro primero del Código Civil Para el Distrito Federal, iniciando en el artículo 519 de dicho ordenamiento, el cual a la letra ordena:

Artículo 519. *El tutor, antes de que se le discierna el cargo, prestará caución para asegurar su manejo. Esta caución consistirá:*

I. En hipoteca o prenda;

II. En fianza;

III.- En cualquier otro medio suficiente autorizado por la ley.

La garantía prendaria que preste el tutor se constituirá depositando las cosas dadas en prenda en una institución de crédito autorizada para recibir depósitos; a falta de

ella se depositarán en poder de persona de notoria solvencia y honorabilidad.

Esta caución deberá ser otorgada dentro de los tres meses siguientes al día en que haya surtido efectos la notificación del acuerdo en donde se tiene por aceptado el cargo de tutor. En caso de que no sea otorgada, no se le permitirá asumir el cargo y un tutor interino desempeñará las funciones propias de este cargo mientras no sea asumida la tutela.

Artículo 531.- *Si el tutor, dentro de tres meses después de aceptado su nombramiento, no pudiere dar la garantía por las cantidades que fija el artículo 528, se procederá al nombramiento de nuevo tutor.*

Cabe señalar que existe la posibilidad de que el Juez que conozca del asunto, no exija que se otorgue esta garantía, sin embargo, existe responsabilidad por parte del Juez, ya que responde subsidiariamente junto con el tutor, esto lo encontramos en el artículo 530 del Código Civil Federal, el cual a la letra dispone:

Artículo 530.- *El Juez responde subsidiariamente con el tutor, de los daños y perjuicios que sufra el incapacitado por no haber exigido que se caucione el manejo de la tutela.*

En el caso del Distrito Federal, la ley sustantiva civil, agrega el supuesto de que la tutela puede ser ejercida por más de una persona. El artículo 530 del Código Civil para el Distrito Federal, manifiesta la forma en cómo se ha de otorgar la caución en el caso de que existan dos tutores.

Artículo 530. *Si fueren dos los tutores, la garantía será dada por partes iguales, salvo*

que acuerden otra cosa. Los tutores responderán solidariamente ante el incapaz. El Juez responde subsidiariamente con el tutor, de los daños y perjuicios que sufra el incapacitado por no haber exigido que se caucione el manejo de la tutela.

Aunado a lo anterior, tenemos que esta caución permite que se otorgue la garantía correspondiente por medio de los tres contratos previstos por la ley adjetiva para tal efecto. También abre la posibilidad de que se haga por cualquier otro medio que la ley autorice, situación que prácticamente resulta un tanto inútil, pues aún cuando la garantía no se preste de forma ordinaria o acostumbrada, el tutor a final de cuentas terminará otorgándola a través de fianza, prenda o hipoteca.

Asimismo tenemos que la ley da preferencia a que se haga el otorgamiento a través de hipoteca o prenda, y se condiciona la posibilidad de otorgar esta caución a través de fianza, a que el tutor carezca de bienes para poder constituir la hipoteca o la prenda, tal como lo previene el artículo 526 del Código Civil.

Artículo 526. *El tutor no podrá dar fianza para caucionar su manejo sino cuando no tenga bienes en que constituir hipoteca o prenda.*

En este caso, tendrá la obligación de actualizar la vigencia de la fianza mientras desempeñe la Tutela.

Ahora bien, en caso de que el tutor elija dar la caución a través del contrato de prenda, se limita que el depositario de los bienes sea una institución de crédito autorizada para recibir depósitos o bien una persona de notoria solvencia y honorabilidad. La opción que otorga mayor confiabilidad es el depósito ante una institución de crédito autorizada para recibir depósitos, como es el caso de

NACIONAL FINANCIERA, S. N. C., hoy BANSEFI S.N.C., ya que de acuerdo al dicho, “las apariencias engañan” resulta inexacto el poder encontrar alguien con notoria solvencia y honorabilidad.

La garantía otorgada por el tutor deber ser directamente proporcional al valor de los bienes del pupilo, es decir, que el valor económico de la garantía sea igual al de los bienes del pupilo. Así pues, si los bienes del pupilo aumentan o disminuyen, el valor de la garantía también podrá aumentarse o disminuirse.

Artículo 528. *La hipoteca o prenda y, en su caso la fianza, se darán:*

I. Por el importe de las rentas de los bienes raíces en los dos últimos años, y por los réditos de los capitales impuestos durante ese mismo tiempo;

II. Por el valor de los bienes muebles;

III. Por el de los productos de las fincas rústicas en dos años, calculados por peritos, o por el término medio en un quinquenio, a elección del juez;

IV. En las negociaciones mercantiles e industriales, por el veinte por ciento del importe de las mercancías y demás efectos muebles, calculado por los libros si están llevados en debida forma o a juicio de peritos.

Artículo 529. *Si los bienes del incapacitado, enumerados en el artículo que precede, aumentan o disminuyen durante la tutela, podrán aumentarse o disminuirse*

proporcionalmente la hipoteca, prenda o la fianza, a pedimento del tutor, del curador, del Ministerio Público o del Consejo Local de Tutelas.

En consecuencia, es posible que una parte de la garantía se haga en prenda y/o hipoteca, y la otra parte a través de fianza, pero únicamente cuando no sea bastante el valor de los bienes del tutor para garantizar el manejo de los bienes del pupilo.

Artículo 527. *Cuando los bienes que tenga no alcancen a cubrir la cantidad que ha de asegurar conforme al artículo siguiente, la garantía podrá consistir: parte en hipoteca o prenda, parte en fianza, o solamente en fianza, a juicio del juez, y previa audiencia del curador y del Consejo Local de Tutelas.*

Así pues, tenemos que no todos los tutores deben otorgar la caución, la ley permite algunas excepciones en el artículo 520 del Código Civil:

Artículo 520. *Están exceptuados de la obligación de dar garantía:*

I. Los tutores testamentarios, cuando expresamente los haya relevado de esta obligación el testador;

II. El tutor que no administre bienes;

III. El padre, la madre y los abuelos, en los casos en que conforme a la ley son llamados a desempeñar la tutela de sus descendientes, salvo lo dispuesto en el artículo 523;

IV. Los que acojan a un expósito, lo alimenten y eduquen convenientemente por más de diez años, a no ser que hayan recibido pensión para cuidar de él.

La ley también le permite al juez hacer ciertas excepciones, como en el caso de los tutores testamentarios que fueron dispensados por el testador, es posible que se le exija el otorgamiento de esta caución por causa superveniente, pero esta causa debía ser ignorada por el autor de la herencia.

Artículo 521. *Los comprendidos en la fracción I del artículo anterior, sólo estarán obligados a dar garantía cuando con posterioridad a su nombramiento haya sobrevenido causa ignorada por el testador que, a juicio del juez y previa audiencia del curador, haga necesaria aquélla.*

Asimismo el juez le puede permitir a los cónyuges, a los padres, abuelos y a los hijos que sean tutores del incapaz, no dar esta garantía.

Artículo 523. *Cuando la tutela del incapacitado recaiga en el cónyuge, en los ascendientes o en los hijos, no se dará garantía; salvo el caso de que el juez, con audiencia de curador y del Consejo de Tutelas, lo crea conveniente.*

En ambos casos, se dará audiencia al curador para que manifieste su parecer acerca de la conveniencia de hacer o no exigible la caución. En el caso del curador, legalmente no se le puede exigir caución alguna, sin embargo, tenemos que el artículo 534 del Código Civil, impone una obligación de la cual depende la seguridad patrimonial del pupilo:

Artículo 534. *Es también obligación del curador y del Consejo Local de Tutelas, vigilar el estado de las fincas hipotecadas por el tutor de los bienes entregados en prenda, dando aviso al juez de los deterioros y menoscabo que en ellos hubiere, para que si es notable la disminución del precio, se exija al tutor que asegure con otros bienes los intereses que administra.*

Siendo que el desempeño de la tutela es de interés público, y que la representación social recae en la figura del Ministerio Público y también en el Consejo Local de Tutelas, es posible que alguno de ellos le pudieran solicitar al Juez que se le exija al curador otorgue caución, con el fin de garantizar el cumplimiento de esta obligación, toda vez que el cumplimiento de la misma es sumamente importante en el desempeño del cargo de curador y como vigilante en el manejo de las finanzas del pupilo.

Caución de entrega de los bienes al menor emancipado.

Habiendo tratado la caución que otorga el tutor para garantizar el cumplimiento de la obligación de manejar la finanzas del pupilo adecuadamente, ahora atenderé la caución que da la persona que ha dejado de ser tutor en virtud de que el pupilo ha sido emancipado.

Una de la formas de extinguir la tutela es en el momento en que desaparezca la incapacidad del pupilo. Si el pupilo contrae matrimonio, la incapacidad desaparece, en consecuencia tiene derecho a que se le haga entrega de sus bienes y documentos. Esta entrega esta prevista por el artículo 607 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual a la letra ordena:

Artículo 607. *El tutor, concluída la tutela, está obligado a entregar todos los bienes del incapacitado y todos los documentos que le pertenezcan, conforme al balance que se*

hubiere presentado en la última cuenta aprobada.

El matrimonio es una institución, no es necesario que los contrayentes tengan capacidad de ejercicio para que válidamente nazca a la vida jurídica la unión. A pesar de las discusiones sobre el tema, tenemos que la regulación de esta institución, a la fecha marca dentro de sus objetivos la posibilidad de procreación, por ende es necesario que el hombre y la mujer que contraigan matrimonio sean sexualmente maduros.

El Código Civil para el Distrito Federal establece:

Artículo 148.- *Para contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes sean mayores de edad.*

Los menores de edad podrán contraer matrimonio, siempre que ambos hayan cumplido dieciséis años. Para tal efecto, se requerirá del consentimiento del padre o la madre o en su defecto el tutor; y a falta o por negativa o imposibilidad de éstos, el Juez de lo Familiar suplirá dicho consentimiento, el cual deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias especiales del caso.

En caso de que la contrayente se encuentre en estado de gravidez, y así lo acredite a través del certificado médico respectivo el Juez del Registro Civil, a petición del padre o la madre podrá dispensar el requisito a que se refiere el párrafo anterior, pero en ningún caso podrá ser otorgada dicha dispensa a menores de 14 años.

Tenemos que se establece como edad mínima para contraer matrimonio, los 14 años. A esta edad, se presume que los seres humanos son aptos para la procreación y por ende pueden cumplir con el requisito marcado por la definición legal del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra ordena:

Artículo 146.- *Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.*

Ahora bien cuando esta unión se da en una edad inferior a aquella establecida para obtener la capacidad de ejercicio, se le da el nombre de emancipación. Uno de los efectos de la emancipación, es dar por terminada la patria potestad o la tutela a la que se pudiera encontrar sujeto el menor emancipado.

El tutor que ha dejado de serlo en virtud de alguna de las causas previstas por la ley, está obligado a hacer la entrega de bienes a aquel que lo sustituya en el cargo o bien al pupilo cuando haya adquirido capacidad de ejercicio o por haber sido emancipado. Esta entrega de bienes se encuentra prevista en el artículo 607 bis del Código Civil para el Distrito Federal, el cual al a letra dispone:

Artículo 607 Bis.- *La entrega de bienes a que se refiere el artículo anterior se deberá hacer, en sus respectivos casos:*

I. Tratándose de los menores, cuando alcancen la mayor edad;

II. Al menor emancipado, respecto de los bienes que conforme a la ley pueda administrar;

III. A los que entren al ejercicio de la patria potestad;

IV. A los herederos de la persona que estuvo sujeta a tutela; y

V. Al tutor que lo sustituya en el cargo.

Ahora bien, la caución que se otorga en este caso, propiamente no es dada por el tutor, es decir, al momento de entregar cuentas, puede resultar que el tutor sea deudor del pupilo, en consecuencia, la garantía otorgada para garantizar el buen manejo de los bienes del pupilo queda subsistente. La diferencia consiste en que lo que se garantiza es el cumplimiento de pago de las deudas que tiene el tutor con el pupilo.

Artículo 613. *Cuando en la cuenta resulte alcance contra el tutor, aunque por un arreglo con el menor o sus representantes se otorguen plazos al responsable o a sus herederos para satisfacerlo, quedarán vivas las hipotecas u otras garantías dadas para la administración, hasta que se verifique el pago, a menos que se haya pactado expresamente lo contrario en el arreglo.*

De la lectura del artículo 613 del Código Civil, podemos observar que pueden existir pactos entre el pupilo y el tutor para que se pueda hacer la entrega de los bienes. No es una garantía nueva, sino que subsiste la inicial.

En el punto anterior, también mencioné que únicamente en el caso de que el tutor careciera de bienes para constituir prenda o hipoteca, se le permitiría dar la caución a través de fianza.

Ahora bien, al artículo 614 del Código Civil, menciona que si llegase a subsistir la fianza para efectos de garantizar la entrega de bienes al pupilo, y además existieran convenios que otorguen nuevos plazos al tutor para cumplir con sus obligaciones; deberá darse aviso al fiador para efecto de que de su consentimiento para de continuar con el plazo o retirar su fianza, o bien dar un nuevo fiador que acepte el convenio.

Artículo 614.- *Si la caución fuere de fianza, el convenio que conceda nuevos plazos al tutor, se hará saber al fiador; si éste consiente, permanecerá obligado hasta la solución; si no consiente, no habrá espera, y se podrá exigir el pago inmediato o la subrogación del fiador por otro igualmente idóneo que acepte el convenio.*

Artículo 615.- *Si no se hiciere saber el convenio al fiador, éste no permanecerá obligado.*

Es necesario que el fiador ya sea el anterior o el nuevo tengan conocimiento del convenio y que además lo acepten, de lo contrario no existirá la caución, además el convenio que otorga nuevos plazos al fiador quedará sin efecto y podrá demandársele el pago inmediato de sus obligaciones.

La obligación de pago del tutor, no es eterna. El pupilo tiene cuatro años contados a partir de que cese la incapacidad o bien desde que se hayan recibido los bienes y las cuentas, para demandar vía judicial el pago de las deudas que su tutor, sus fiadores y demás garantes de éste, el pago de las deudas que pudiera tener a su favor.

Artículo 616.- *Todas las acciones por hechos relativos a la administración de la tutela, que el incapacitado pueda ejercitar contra su tutor, o contra los fiadores y garantes de éste, quedan extinguidas por el lapso de cuatro años, contados desde el día en que se cumpla la mayor edad, o desde el momento en que se hayan recibido los bienes y la cuenta de tutela, o desde que haya cesado la incapacidad en los demás casos previstos por la ley.*

En el caso concreto del menor emancipado, y de acuerdo al artículo 617 del Código Civil, el término de caducidad de la acción para demandar al tutor, empieza a computarse hasta haber cumplido la mayoría de edad, es decir, a partir de que el emancipado adquiera la capacidad de ejercicio.

Artículo 617.- *Si la tutela hubiera fenecido durante la minoridad, el menor podrá ejercitar las acciones correspondientes contra el primer tutor y los que le hubieren sucedido en el cargo, computándose entonces los términos desde el día en que llegue a la mayor edad. Tratándose de los demás incapacitados, los términos se computarán desde que cese la incapacidad.*

Suponiendo que la emancipación se dio a los 14 años, y el tutor dilapidó los bienes del emancipado. Se le podrá demandar dentro de los cuatro años que restan para que el emancipado alcance la mayoría de edad y dentro de los 4 años siguientes al momento de haber alcanzado la capacidad de ejercicio.

4.7 MULTAS POR INCOMPARECENCIA.

El término “multa”, implica en sí una sanción prevista por la ley por haber transgredido una norma jurídica. El efecto psicológico que una caución busca,

es el de enfocar o comprometer al caucionante a efecto de que efectivamente cumpla con lo establecido en la norma o a obedecer los mandatos de las autoridades.

Esta institución no es tanto una caución procesal, pero busca causar el mismo efecto psicológico al enfocar la atención del apercibido a la imposición de la multa, a cumplir cabalmente con lo que la ley o la autoridad ordena de manera jurídicamente válida.

La jurista Yolanda de Lucchi, menciona lo siguiente: “En relación con el estudio de las cauciones procesales, nos interesa fundamentalmente el análisis de las multas coercitivas como institución diferente de aquellas, pero que coinciden en alguna de sus características ...Como rasgos comunes a las multas coercitivas y a las cauciones procesales, podríamos destacar que ambas suponen una cantidad pecuniaria que debe prestar una de las partes procesales, decretada por un órgano jurisdiccional y que se destinan a un fin procesal”¹⁴⁹

Habiendo justificado el hecho de la inclusión de estas figuras jurídicas dentro de nuestro trabajo, mencionaré algunas multas impuestas como sanción a la transgresión del mandato de comparecer ante la presencia judicial para presenciar y actuar dentro de alguna diligencia practicada dentro de un proceso o procedimiento.

Las multas coercitivas por incomparecencia, que los juzgadores en materia federal pueden imponer, se encuentra fundamentada en la fracción I del Artículo 59 del Código de Procedimientos Civiles;

ARTICULO 59.- *Los tribunales, para hacer cumplir sus determinaciones, pueden emplear, a discreción, los siguientes medios de apremio:*

¹⁴⁹ Lucchi López-Tapia, Yolanda de, Las cauciones procesales en la nueva ley de enjuiciamiento civil, Madrid España, 2001, pág. 214 y 215.

I. Multa hasta por la cantidad de ciento veinte días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día.

Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa no excederá del equivalente a un día de su ingreso, y

II.- El auxilio de la fuerza pública.

Si fuere insuficiente el apremio, se procederá contra el rebelde por el delito de desobediencia.

Asimismo, en los procesos civiles del Distrito Federal, se encuentran fundamentadas en el artículo 73 fracción I del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Artículo 73.- *Los jueces, para hacer cumplir sus determinaciones, pueden emplear cualquiera de los siguientes medios de apremio que juzguen eficaz:*

I. La multa hasta por las cantidades a que se refiere el artículo 61, la cual podrá duplicarse en caso de reincidencia;

II. El auxilio de la fuerza pública y la fractura de cerraduras si fuere necesario;

III. El cateo por orden escrita;

IV. El arresto hasta por treinta y seis horas.

Si el caso exige mayor sanción, se dará parte a la autoridad competente.

Asimismo establecen el límite de la potestad del juzgador, mencionando que la máxima cantidad a la que puede ser sancionado una persona en un proceso es de ciento veinte días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal.

Podemos encontrar que aquellos que pueden ser sancionados por incomparecencia, son los terceros, quienes de acuerdo con el autor José Ovalle Favela, son “aquellas personas que no han participado en el proceso como las que ha intervenido en el mismo, pero sin tener el carácter de parte: por ejemplo, los testigos, los peritos, etcétera.”¹⁵⁰

A los peritos nombrados por las partes, que se han abstenido de rendir su dictamen o de rendirlo dentro del plazo concedido, en materia federal se les impone la máxima sanción pecuniaria consistente en multa hasta por la cantidad de ciento veinte días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal; mientras que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal contempla la cantidad de sesenta días de salario mínimo general vigente en la entidad federativa mencionada.

El Código Federal de Procedimientos Civiles, dispone lo siguiente:

Artículo 153.- *Si el perito nombrado por una parte no rinde su dictamen, sin causa justificada, designará el tribunal nuevo perito, en substitución del omiso, e impondrá, a éste, una multa hasta por la cantidad de ciento*

¹⁵⁰ Ovalle Favela José, Teoría General del Proceso, México D.F., 2005, pág. 276.

veinte días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal. La omisión hará, además, responsable, al perito, de los daños y perjuicios que por ella se ocasionen a la parte que lo nombró.

Si el perito de que se trata no rinde su dictamen dentro del plazo que se le fijó, pero sí antes de que se haya hecho el nuevo nombramiento, sólo se le aplicará la multa señalada en el párrafo precedente.

El segundo párrafo de la fracción IV del artículo 347 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal dispone:

Artículo 347.- *Las partes propondrán la prueba pericial dentro del término de ofrecimiento de pruebas, en los siguientes términos:*

VI...En el supuesto de que el perito designado por alguna de las partes, que haya aceptado y protestado el cargo conferido, no presente su dictamen pericial en el término concedido, se entenderá que dicha parte acepta aquél que se rinda por el perito de la contraria, y la pericial se desahogará con ese dictamen. Si los peritos de ambas partes, no rinden su dictamen dentro del término concedido, el juez designará en rebeldía de ambas un perito único, el que rendirá su dictamen dentro del plazo señalado en las fracciones III o IV, según corresponda.

En los casos a que se refiere el párrafo anterior, el juez sancionará a los peritos omisos con multa equivalente a sesenta días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal...

La regla general es que cada parte es responsable de que sus testigos y peritos comparezcan ante la presencia judicial en la fecha y hora que ha sido señalada para la celebración de la audiencia final del juicio, y de no poder ser así por haberlo manifestado la parte oferente, el tribunal auxilia a las partes citando ya sea a los testigos o a los con apercibimiento de ser sancionados con multa.

Esta sanción se impone si el testigo o perito se abstiene de comparecer ante la presencia judicial en la fecha y hora señalada en el citatorio, y el monto de la multa es la máxima. El fundamento de esta situación en materia federal es el artículo 343 del Código Federal de Procedimientos Civiles y en el Distrito Federal es el artículo 357 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, los cuales a la letra indican:

Artículo 343.- *Abierta la audiencia, pondrá el tribunal a discusión, en los puntos que estime necesarios, la prueba documental del actor, y, en seguida, la del demandado, concediendo a cada parte el uso de la palabra, alternativamente por dos veces respecto de la prueba de cada parte, por un término que no ha de exceder de quince minutos.*

Discutida la prueba documental, se pasará a la discusión de la pericial, en los puntos que el tribunal estime necesarios, si hubiere habido discrepancia entre los peritos, concediéndose a éstos el uso de la palabra, sólo una vez, por

un término que no excederá de treinta minutos. Si no hubiere habido discrepancia, se pasará a la discusión de la prueba testimonial, la que se llevará a efecto exclusivamente por interrogatorio directo del tribunal a los testigos y a las partes, puestos en formal careo, para el efecto de aclarar los puntos contradictorios observados en sus declaraciones.

No impedirá la celebración de la audiencia la falta de asistencia de las partes ni la de los peritos o testigos, siendo a cargo de cada parte, en su caso, la presentación de los peritos o testigos que cada una haya designado. La falta de asistencia de los peritos o testigos que el tribunal haya citado para la audiencia, por estimarlo así conveniente, tampoco impedirá la celebración de la audiencia; pero se impondrá a los renuentes una multa hasta por la cantidad de ciento veinte días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

Artículo 357.- *Las partes tendrán obligación de presentar sus propios testigos en términos de lo dispuesto por el artículo 120 de esta ley; sin embargo, cuando realmente estuvieran imposibilitadas para hacerlo, lo manifestarán así bajo protesta de decir verdad y pedirán que se les cite, expresando las causas de su imposibilidad que el juez calificará bajo su prudente arbitrio.*

El juez ordenará la citación con apercibimiento de arresto hasta por 36 horas o multa equivalente hasta treinta días de salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal que aplicará al testigo que no comparezca sin causa justificada o que se niegue a declarar.

La prueba se declarará desierta si no es presentado el testigo por el oferente o si ejecutados los medios de apremio antes mencionados, no se logra dicha presentación.

En caso de que el señalamiento de domicilio de algún testigo resulte inexacto o de comprobarse que se solicitó su citación con el propósito de retardar el procedimiento, se impondrá al promoviente una sanción pecuniaria a favor del colitigante, equivalente hasta de sesenta días del salario mínimo general vigente en el Distrito Federal en el momento de imponerse la misma, sin perjuicio de que se denuncie la falsedad en que hubiere incurrido, debiendo declararse desierta la prueba testimonial.

Cabe señalar que hasta las reformas de octubre del año 2008, estas multas coercitivas se le podían imponer a las partes que se abstuvieran de comparecer a la audiencia previa y de conciliación prevista por el artículo 272-A del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual a la letra indicaba:

Artículo 272 A.- *Una vez contestada la demanda, y en su caso, la reconvenición el*

Juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de una audiencia previa y de conciliación dentro de los diez siguientes, dando vista a la parte que corresponda con las excepciones que se hubieren opuesto en su contra, por el término de tres días. En los juicios de divorcio necesario en que se invoquen como causales únicamente las fracciones XI, XVII o XVIII del artículo 267 del Código Civil, la audiencia previa y de conciliación se fijará dentro de los cinco días siguientes a la contestación de la demanda y, en su caso, de la reconvenición.

Si una de las partes no concurre sin causa justificada, el juez la sancionará con una multa hasta por los montos establecidos en la fracción II del artículo 62 de este Código. Si dejaren de concurrir ambas partes sin justificación, el juzgador las sancionará de igual manera. En ambos casos el juez procederá a examinar las cuestiones relativas a la depuración del juicio.

Si asistieran las dos partes, el juez examinará las cuestiones relativas a la legitimación procesal y luego se procederá a procurar la conciliación que estará a cargo del conciliador adscrito al juzgado. El conciliador preparará y propondrá a las partes, alternativas de solución al litigio. Si los interesados llegan a un convenio, el juez lo aprobará de plano si procede legalmente y dicho pacto tendrá fuerza de cosa juzgada.

En caso de desacuerdo entre los litigantes, la audiencia proseguirá y el juez, que dispondrá de amplias facultades de dirección procesal, examinará, en su caso, las excepciones de conexidad, litispendencia y cosa juzgada, con el fin de depurar el procedimiento.

Esta era una corrección disciplinaria, al respecto Don Cipriano Gómez Lara, en su obra Derecho Procesal Civil, nos dice que esta medida “tendría cierto parentesco con las medidas saneadoras que, en un momento dado, un juez con amplias facultades puede dictar, respecto de presupuestos procesales, representación, en general, regularidad en los procedimientos.”¹⁵¹ A la fecha el segundo párrafo de este artículo se encuentra derogado.

¹⁵¹ Gómez Lara Cipriano, Derecho Procesal Civil, México D.F., 2005, pág. 78.

CAPÍTULO 5.

ESTIPULACIONES PRETORIAS APLICADAS AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Habiendo ya tratado el panorama de la seguridad jurídica en el Derecho romano, es decir la seguridad jurídica en los procesos que ofrecen las estipulaciones pretorias. Específicamente analicé lo concerniente a la *Cautio damni infecti*, la *Cautio dominum ratam rem habiturum* del representante, la *Cautio iudicatum solvi*, la *Cautio legatorum servandorum gratia*, la *Cautio usufructuaria*, la *Satisdatio rem pupilli salvam fore*, y *Vadimonia*.

Asimismo, en el capítulo que antecede, hice notar la seguridad jurídica que dan las cauciones procesales que se encuentran vivas en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, siendo estas las garantías en los interdictos (artículos 16, 19 y 20 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal), las otorgadas por los representantes (artículo 51 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal), vía de apremio (artículo 641 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal), las que son otorgadas por los herederos en las sucesiones (artículo 1708 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal), las otorgadas por tutores (artículo 906 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal) y las multas por incomparecencia.

Como resultado de lo anterior, estoy en posibilidad de explicar como es que las estipulaciones pretorias aplicadas a las cauciones procesales del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal incrementan la seguridad jurídica en los procesos en materia civil, logrando con ello que efectivamente se cumpla con el espíritu de la ley.

Las estipulaciones pretorias aplicadas a las cauciones procesales, logran que se protejan, los derechos de reales, el honorable del representante en juicio, la situación jurídica de las personas y las cosas después de la muerte, y muy en especial el exacto cumplimiento de las resoluciones judiciales. Bajo el punto de

vista del que escribe, este último viene siendo el principal efecto que colma de poder a los procesos judiciales en materia civil.

En el presente capítulo hallaré la solución a los problemas judiciales de los que hablé en el primer capítulo del presente trabajo, es decir, los errores judiciales, la crisis y la falta de fe en el Estado; dicha solución se encuentra en el Derecho romano, a través de la aplicación de las estipulaciones pretorias al Derecho positivo mexicano directamente sobre las cauciones procesales contenidas en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Ahora bien, para efecto de poder saber cómo es que se puede dar la correcta aplicación de las estipulaciones pretorias a las cauciones procesales, utilizaré el método comparativo, es decir, haré notar las similitudes y deferencias que existen entre las figuras jurídicas analizadas. Ese será el punto de partida para efecto de hacer visible el incremento de la seguridad jurídica en los procesos judiciales.

Cabe mencionar que el autor Yuri González Roldán, realizó un estudio similar entre las *stipulationes* y consensualidad en la compraventa de herencia, y al efecto menciona que: “Tal estudio no tiene simplemente una finalidad teórica, sino además práctica, ya que podría permitir al jurista actual observar que con base en la explicación de las relaciones entre *stipulationes* y consensualidad en la compraventa de herencia sale a la luz el contenido del contrato y además las soluciones propuestas por la jurisprudencia romana a los problemas prácticos que sobre el tema se encuentran el *Digesto*, otorgan puntos de reflexión que en la actualidad no pueden dejarse de tomar en consideración;...”¹⁵²

Al efecto daré a notar como es que la *Cautio damni infecti* aplicada a los interdictos, la *Cautio dominum ratam rem habiturum* aplicadas a la representación en juicio, la *Cautio iudicatum solvi* aplicada a la vía de apremio, *Cautio legatorum servadorum gratia* aplicada a los juicios sucesorios, *Cautio usufructuaria* aplicada al usufructo, *Satisfatio rem pupillo salvam fore* aplicada

¹⁵² Adame Goddard Jorge Carlos, Derecho Civil y Romano culturas y sistemas jurídicos comparados, México, 2006, pág 172.

al procedimiento de nombramiento de tutores, *Vadimonia* aplicada a las Multas por incomparecencia; crean certeza en los actos judiciales, estabilidad y fe en el Estado.

5.1 *Cautio damni infecti* aplicada a los interdictos.

Similitudes

La primer similitud entre la *cautio damni infecti* y las garantías previstas por los artículo 19 y 20 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal es que obvia, y es en cuanto a que su utilidad se basa en el garantizar que se hará pago de la reparación de los daños causados por la obra nueva o por la obra peligrosa.

Así pues podemos vislumbrar otras similitudes, de las cuales destacan tres puntos, los cuales son: otorgamiento de la caución mediante fianza, cuando la persona a quien se le ordenó suspender la conclusión de obra nueva o peligrosa otorga caución, se deja sin efecto dicha orden; y coercitividad en el acto de prestarse la caución.

Inicialmente tenemos el otorgamiento de la caución mediante fianza. Por un lado tenemos que los artículos 19 y 20 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, prevén la posibilidad de que el Juez ordene la suspensión de la conclusión de la obra o que se efectúen reparaciones, mediante fianza que otorgue el actor para responder de los posibles daños y perjuicios que se causen al demandado.

Por otro lado, en la Roma Antigua, la forma más común de garantizar una *stipulatio* era a través de la fianza. Por consiguiente, la obligación contraída por una estipulación pretoria, era garantizada a través de una *satisdatio*, no tanto por deber sino más bien por moral, al ser la forma de garantizar mas aceptada por la importancia de la *fides*.

A continuación tenemos que una vez otorgada la caución por parte de la persona a quien se le ordena suspender la obra o hacer las reparaciones pertinentes, se deja sin efecto dicha orden.

En Roma se considerada que el otorgar la caución, era equivalente a no haber presentado la denuncia o a la dispensa de la denuncia y por lo tanto el denunciado, podía continuar construyendo, pues con la caución se aseguraba el pago de la reparación de los posibles daños causados por el mal estado de la obra (D, 39, 1, 5, 17 y D, 39, 1,20, 4).

De igual forma en el interdicto de obra nueva previsto por el artículo 19 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, podemos encontrar la posibilidad de que el demandado pueda continuar con la obra nueva al otorgar contrafianza bastante, que de igual forma garantiza el pago de la restitución de las cosas al estado que guardaban antes y pagar los daños y perjuicios que sobrevengan al actor, en caso de que se declare procedente su acción.

Finalmente tenemos la forma coactiva de hacer cumplir el otorgamiento de la caución. Por un lado en el Derecho romano, el pretor concedía *missio in possessionem*, en contraposición con la orden de embargo a través de la vía de apremio que en el momento procesal oportuno puede promover el actor para hacer efectivo que el otorgamiento de la caución a través de la fianza.

De estas similitudes podemos apuntar que ya sea de manera consciente o inconsciente, el legislador ha convertido la moral romana en una disposición legal, ya que actualmente en el Distrito Federal, el otorgamiento de la caución sólo es mediante el otorgamiento de fianza, puede dejar sin efectos la orden de la Autoridad y se puede obligar por la fuerza el otorgamiento de la misma.

Diferencias

Ahora bien, en este punto puedo señalar las diferencias que existen entre la *cautio damni infecti* y las garantías previstas por los artículos 19 y 20 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y puedo apuntar tres

aspectos importantes de diferencia, que son: garantía a favor del demandado, naturaleza jurídica de la orden de suspender la obra o realizar reparaciones y posibilidad de usucapir por la posesión del inmueble donde se realiza la obra.

En los artículos 19 y 20 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la caución mencionada es a favor del demandado, es decir, el actor otorga la caución para que el juez pueda ordenar la suspensión de la construcción hasta que el juicio se resuelva y con ello poder responder por los daños y perjuicios que se causen al demandado.

Mientras que en Roma la caución se otorgaba por el denunciado. El denunciante no tenía que otorgar caución alguna, simplemente debía prestar un juramento de que la denuncia no se hacía con el fin de vejar al contrario. Claro está que este juramento debía ser dado en presencia del Pretor y ahí mismo se especificaba si la denuncia se hacía contra toda la obra o sólo en parte de ella (D, 39, 1, 5, 14 y D, 39, 1, 5, 15).

Por lo que respecta a la naturaleza jurídica de la exigencia de prestar la caución, existe una gran diferencia, ya que para el Derecho Romano era una obligación del Pretor, mientras que para el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal es una facultad del Juez, incluso podemos decir que la misma es de carácter discrecional.

En D, 39, 2, 4, 10; se prevé para el denunciante una acción persecutoria que se daba incluso al heredero, en contra de aquel magistrado que deba solicitar la caución y no lo hiciere o de su heredero, misma que no tenía plazo alguno. Por consiguiente la importancia de hacer exigible la caución por parte del pretor era tan importante que tenía responsabilidad civil por no solicitarla.

En total contraposición podemos mencionar que los artículos 19 y 20 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, mencionan que el Juez podrá mediante fianza que otorgue el actor mandar suspender la obra nueva o bien se hagan reparaciones en una obra ruinosa. La letra de ley nos deja ver que aún cuando el actor preste la fianza o aun cuando el demandado

no otorgue contrafianza, el Juez puede negarse a mandar suspender la obra o hacer reparaciones.

Por último tenemos que como resultado de la coercitividad del otorgamiento de caución, en Roma la posesión del inmueble donde se realiza la obra se otorgaba al denunciante y con ello tenía la posibilidad de acumular tiempo para prescribir positivamente la propiedad del inmueble, además de que se le da preferencia sobre los demás acreedores pignoratícios.

En el Derecho positivo del Distrito Federal, al ordenar el embargo de bienes dentro de la vía de apremio para exigir el otorgamiento de la fianza, el actor puede embargar cualquier cosa permitida por la ley y que se encuentre dentro del patrimonio del demandado. En caso de que el embargo se trabe sobre el inmueble donde se realiza la obra, el actor no acumula tiempo para lograr la prescripción positiva, aunado a que no adquiere preferencia sobre los demás acreedores.

Aplicación.

La aplicación de la *cautio damni infecti* en las garantías que se ofrecen en los interdictos, se hace en las partes que resultan diferentes como lo es el hecho de que garantía sea otorgada a favor del demandado, naturaleza jurídica de la orden de suspender la obra o realizar reparaciones, y la posibilidad de usucapir por la posesión del inmueble donde se realiza la obra.

Si bien es cierto, es correcto que el actor también otorgue caución, para efecto de que se otorgue la suspensión de la obra, pero definitivamente, el responsable de la obra nueva o la obra peligrosa debe otorgar una caución al actor, es decir, al que sea titular de un inmueble que se encuentre en peligro comprobado de ser dañado por los supuestos mencionados. Lo anterior, en virtud de que es él quien está alterando o poniendo en riesgo el orden público.

Esta garantía debe ser otorgada por el demandado al momento de contestar la demanda y en su rebeldía, el juez deberá ordenar la inscripción de la demanda

en el Registro Público de la Propiedad, a manera de embargo, ya que será el terreno el que garantizará los daños que pueda causar la obra nueva o la obra peligrosa.

Para robustecer lo anterior, diré que esta caución no debe exigirse como condicionante para que el demandado pueda seguir construyendo, sino que se dará por la confianza que tiene el demandado en la seguridad de la obra. En consecuencia la figura de la contrafianza quedará anulada.

Ahora bien, una vez otorgada la fianza por parte del actor, la orden de suspensión de construcción no debe ser una facultad discrecional sino mas bien una obligación del juez. Incluso la falta de exigencia del otorgamiento de las fianzas correspondientes, deberá ser causa de responsabilidad, misma que el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal deberá sancionar.

Y finalmente la posibilidad de lograr la prescripción positiva del terreno sobre el que se está construyendo la obra nueva o peligrosa. Bajo este sistema, el demandado evitará descuidar tanto el proceso judicial como el estado en que se encuentra la obra. El término de prescripción positiva deberá empezar a computarse desde el día en que haya sido inscrita la demanda en el Registro Público de la Propiedad.

En lo que respecta las garantías de los interdictos el que escribe opina que estos son los puntos que se pueden mejorar a aplicar la *cautio damni infecti*. Asimismo pudimos observar más de cerca la genética jurídica de nuestro Derecho al diferenciar la forma de conservación del Derecho Romano.

5.2 *Cautio dominum ratam rem habiturum* aplicadas a la representación en juicio.

La *cautio dominum ratam rem habiturum*, es una estipulación pretoria muy amplia, completa y que en mi opinión era sumamente efectiva para efecto de evitar un doble cobro y obviamente un doble pago de la probable condena que se le impusiera al demandado, es decir, protegía tanto los derechos litigiosos

de aquel que comparece a juicio a través de la figura de un representante, del que es condenado en un juicio promovido por un representante y se le daba mayor eficacia a la potestad del *iudex*, pues se respetaba su fallo considerándolo único.

Ahora bien, las garantías otorgadas por representantes en nuestro Derecho, se encuentran carentes y limitadas en este sentido, ya que judicialmente no existe obligación de que un representante otorgue caución alguna, a menos que sea la figura del gestor judicial.

Como requisito para ejercer este cargo, se requiere otorgar una fianza, situación que prácticamente hace que casi no sea utilizada esta figura, como ya lo he mencionado, es muy difícil en una sociedad como la nuestra, que alguien se comprometa a asumir la defensa de los derechos de alguien sin recibir nada a cambio y que tal compromiso sea tal que tenga que comprometer sus propios bienes para lograr esa defensa.

Similitudes

Es posible vislumbrar similitudes en tres aspectos: otorgada por quien tiene a su cargo la representación, se niega la acción por no otorgarse y ratificación por parte del representado.

Desde el punto de vista de quien la otorga, tenemos que la *cautio dominum ratam rem habiturum*, es otorgada por el *procurator* y en el caso de las garantías otorgadas por representantes, tenemos que ésta es otorgada por el gestor judicial, es decir, ambas son otorgadas por aquella persona que tendrá a su cargo la representación.

De no otorgarse la *cautio dominum ratam rem habiturum* se sanciona como *denegatio actionis*. Dicha situación se presenta de una manera similar en las garantías otorgadas por representantes, cuando el gestor judicial no otorga la fianza que se le requiere para realizar su gestión o cuando la otorga y es

calificada como insuficiente por el juzgador, al gestor simplemente no se le permite actuar.

En ambas el representado debe ratificar la gestión del que otorga la caución. El representado debe ratificar qué pasará por todo lo que el representante haga ya sea el *procurator* en la Roma antigua o el Gestor judicial en nuestro Derecho. Con ello se brinda cierta protección al demandado que no enfrentar un juicio similar en el futuro.

Diferencias

La primer diferencia entre estas figuras es que la utilidad de la *cautio dominum ratam rem habiturum* es evitar el doble cobro al posible condenado y la de la garantía otorgada por representantes es la garantizar que el actuar del gestor sea acorde a los intereses del dueño del negocio.

La segunda diferencia es que la *cautio dominum ratam rem habiturum*, se otorgaba por cualquier *procurator*, este procurador generalmente contaba con instrucciones previas del representado, en otras palabras existía un mandato; mientras que la caución otorgada por representantes sólo se otorga por el gestor judicial, mismo que nunca cuenta con instrucciones previas, actúa por cuenta propia y bajo su propio riesgo.

Aplicación.

La principal aplicación se debe dar sobre el mandatario judicial, ya que en nuestro Derecho el mandato es unilateral, por lo tanto, todas las consecuencias jurídicas de un proceso recaen siempre y solamente sobre el mandante o representado.

En el mundo fáctico es muy común escuchar que un mandatario judicial, cometió fraude en contra de su mandante, al aplicar la *cautio dominum ratam rem habiturum*, se elimina esta conducta.

Al exigir esta caución al mandatario judicial, se obliga a que el mandatario le de el seguimiento y cuidado necesario al negocio, y buscará siempre estar preparado intelectualmente. Asimismo, se obliga a que el mandatario sea una persona solvente por lo que se disminuirá el riesgo de que se defraude al representado. Lo anterior, atendiendo a la lógica que es más fácil que una persona que tiene carencias económicas, caiga en la tentación de obtener un lucro indebido.

Como ya lo mencioné la figura del gestor judicial está en desuso debido a que nadie quiere correr un riesgo a cambio de nada. Por otro lado, también se evita que algún oportunista defraude al dueño del negocio. Es por ello que me atrevo a decir que si esta caución se le exige a un mandatario judicial, seguramente los pensamientos de cometer algún acto fraudulento desaparecerán o por lo menos se meditarán con mayor fuerza.

5.3 *Cautio iudicatum solvi* aplicada a la vía de apremio.

A continuación procederé a realizar una breve comparación de la *cautio iudicatum solvi* con las garantías ofrecidas en el procedimiento de vía de apremio, específicamente las relativas a los juicios en rebeldía, como la prevista por el artículo 640 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y aquellas que se prestan para retener bienes del rebelde previstas en los artículos 641 y 644 del ordenamiento mencionado.

Dentro de un juicio civil, el demandado puede ser declarado rebelde, sobre todo cuando este se abstenga de defenderse o manifestar lo que a su derecho convenga, generando con esto una falta de certeza y seguridad jurídica. Para tal efecto, el hecho de tener una forma de garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia es ya un paso para lograr el ideal de justicia que dará como resultado el generar la certeza y seguridad jurídica que se busca.

Veremos como el aplicar la *cautio iudicatum solvi* dentro del Derecho positivo mexicano nos puede proveer de mayor una eficiencia y eficacia en las normas jurídicas, y que el mayor número de expedientes sea resuelto de acuerdo a lo

que el Derecho realmente dispone, reducir la carga de trabajo de los tribunales y reducir el tiempo para dictar sentencia y facilidad de ejecución de la misma, así como de evitar juicios largos e inútiles.

Similitudes

Tenemos que la *cautio iudicatum solvi* y la garantía prevista por el artículo 640 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal desde el punto de vista de su objetivo son similares, pues su función es la de asegurar que se cumplirá con la eventual condena.

Así pues, la *cautio iudicatum solvi* y la garantía prevista por el artículo 640 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal son otorgadas por el demandado en un juicio. También podemos apuntar que tanto en la *cautio iudicatum solvi* y la garantía prevista por el artículo 640 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, existe el embargo de bienes del demandado por virtud de esta caución.

Diferencias

Las principal diferencia que existe entre la *cautio iudicatum solvi* y la garantía prevista por el artículo 640 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, es que la primera es otorgada voluntariamente, mientras que la segunda es una medida de seguridad para el actor una vez que el demandado que sido declarado rebelde, ya que ha demostrado la firme intención de menospreciar la potestad del Juzgador.

Asimismo, tenemos que en la garantía prevista por el artículo 640 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal no requiere fiador, pues el embargo recae directamente sobre los bienes del demandado, mientras que en la *cautio iudicatum solvi* sí se requiere de un fiador a efecto de garantizar el cumplimiento de la promesa de pagar la eventual condena.

La *cautio iudicatum solvi* es preventiva, pues contiene tres cláusulas, que son: garantizar que el demandado cumplirá con la posible condena que impusiera la

sentencia, que no existirá dolo o indefensión y que la defensa se hará de acuerdo al arbitrio de un hombre recto. Mientras que la garantía prevista por el artículo 640 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal es correctiva pues se impone como resultado de la firme intensión que ha mostrado el demandado de no cumplir con la posible condena que impusiera la sentencia, que existirá dolo y sobre todo indefensión y que no lo hará de acuerdo al arbitrio de un hombre recto.

Así pues puedo apuntar que la *missio in possessionem* decretada como resultado de no haber prestado la *cautio iudicatum solvi* no necesita de un depositario que a su vez preste caución para el efecto de garantizar el buen manejo de los bienes, ya que el beneficiario de dicho recurso complementario de la jurisdicción pretoria es el propio actor. Contrario a lo previsto por el artículo 641 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Aplicación

La *cautio iudicatum solvi* se le exigirá al demandado al momento de emplazar y notificar la demanda, misma que también podrá ofrecerse junto con su contestación de demanda. Sin embargo, para la mejor aplicación de esta estipulación, se debe ordenar un embargo precautorio para el caso del que el demandado no ofrezca la caución al momento de ser emplazado.

Así pues, es necesario que se hagan modificaciones a las garantías de seguridad jurídica consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, incluyendo como excepción a las mismas la exigencia de esta caución. Lo anterior, a efecto de que las disposiciones propuestas no hagan interferencia con las garantías mencionadas.

Pero el único objetivo será garantizar que el demandado cumplirá con la posible condena que impusiera la sentencia, que no existirá dolo o indefensión y que la defensa se hará de acuerdo al arbitrio de un hombre recto. Por lo que sólo se podrá hacer efectiva esta garantía si se comprueba la contravención a por lo menos una de esas tres cláusulas.

5.4 *Cautio legatorum servandorum gratia* aplicada a los juicios sucesorios.

La continuación del dominio sobre ciertas cosas y derechos, es una tarea que necesita de toda la seguridad posible de proporcionar y es una situación que beneficia a todas las partes que intervienen en el juicio sucesorio. La posibilidad de crear de un testamento es la prueba máxima de la importancia que el Derecho otorga a esta continuación.

A través de la presente comparación podremos observar que la certeza y seguridad jurídica en las sucesiones es tema de relevancia superior dentro de los tópicos del Derecho Civil. Observaremos la principal función de las cauciones que se otorgan en un juicio sucesorio, ya sea en la Roma antigua o bien en el Derecho positivo mexicano.

Similitudes

Una similitud que se presenta y es en cuanto a la *cautio legatorum servandorum gratia* y la caución prevista por los artículos 1351 y 1406 del Código Civil para el Distrito Federal, donde ambas cumplen con la función de garantizar el derecho del legatario cuando se ha previsto una condición por el autor de la herencia.

Tanto las garantías otorgadas por los albaceas a favor del legatario, mismas que se encuentran previstas por el artículo 1351 del Código Civil para el Distrito Federal y la *cautio legatorum servandorum*, sólo operan en las testamentarias, lo anterior, en virtud de que un legado sólo puede constituirse por voluntad expresa del *de cuius*.

Tenemos una similitud en el caso de la garantía prevista por el artículo 1406 del Código Civil del Distrito Federal con la *cautio legatorum servandorum*, ya que aquellos que deben prestarlas no siempre son los albaceas o los herederos. La *cautio legatorum servandorum gratia*, no sólo podía darse por el heredero, sino también por los sucesores de los herederos, así como por los fideicomisarios, los procuradores o alguien a nombre del heredero, mientras

que en el Derecho positivo mexicano, cuando la masa hereditaria está dividida en legados, también se pueden exigir hipoteca entre los legatarios.

Diferencias

Una diferencia bastante interesante es que en la Roma antigua, el fisco siendo heredero no otorga la *cautio legatorum servandorum gratia*, sin embargo en el Derecho positivo mexicano, cuando el estado es heredero, el Agente del Ministerio Público deberá otorgar las garantías previstas para los herederos en los artículos 1351, 1406, 1708 del Código Civil para el Distrito Federal.

Ahora bien desde el punto de vista de la sanción que conlleva la abstención de prestar la *cautio legatorum servandorum gratia*, es que el Pretor otorga *missio in possessionem*, a favor del legatario; mientras que en el caso del Derecho positivo mexicano, sino se otorga la caución por el albacea, sólo se remueve de su cargo.

Retomando lo anteriormente dicho, en cuanto a que la similitud proveniente de la satisfacción de la garantía a través de fiador, se da también una diferencia, ya que en el artículo 1406 del Código Civil para el Distrito Federal, se expresamente dispone que se garantice a través de hipoteca, mientras que en el derecho romano se hacía por fianza, que más bien era así por ser la forma más utilizada por la costumbre.

Aplicación

Comparadas que han sido la *cautio legatorum servandorum gratia* con las garantías otorgadas por los herederos, previstas por los artículos 1351 y 1406 del Código Civil para el Distrito Federal, podemos vislumbrar que se puede aprender mucho de las estipulaciones pretorias para hacer mas eficientes los juicios sucesorios que actualmente se desarrollan en los tribunales de nuestro país.

Al exigírsele al albacea la garantía prevista por los artículos 1351 y 1406 del Código Civil para el Distrito Federal, bajo el apercibimiento de ordenarse

embargo en su contra, en lugar de removerlo del cargo, encausaría al albacea a efectivamente cumplir con el legado y no simplemente transmitirle la obligación a alguien más, ya que esa conducta no resuelve un problema, sino que crea otro, pues al seguirse el procedimiento de remoción de albacea, se invierte tiempo que puede ser dedicado a otras actividades.

Así pues, cuando la masa hereditaria está dividida en legados, de permitírsele a los legatarios garantizar a través de fianza, en lugar de limitarlo a que sólo fuera hipoteca, permitirá igualdad de condiciones e incluso se incrementará la seguridad jurídica en los juicios que tengan este contexto, pues todos los legatarios podrán tener asegurados sus legados.

5.5 *Cautio usufructuaria* aplicada al usufructo.

Como ya lo he mencionado, la caución otorgada en el derecho real de usufructo, es una de las figuras que se conservan casi en la forma en que los romanos la concebían. En lo que se refiere a la caución usufructuaria, tenemos un par de similitudes y diferencias, cuya importancia es necesaria apuntar para efectos del presente trabajo.

Similitudes.

La principal similitud es exactamente que ambas se otorgan a través de fianza. Citando nuevamente Álvaro D'ors, "la jurisprudencia cautelar introdujo la práctica de que el usufructuario diera una promesa con fiadores: de usar y disfrutar la cosa convenientemente (*boni viri arbitratu*)..."¹⁵³. Aunado a lo dispuesto por la fracción II del artículo 1006 del Código Civil para el Distrito Federal, la cual a la letra dispone:

Artículo 1006. *El usufructuario, antes de entrar en el goce de los bienes, está obligado:*

¹⁵³ D'ors Álvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona, España, 1997, pág. 265.

II. A dar la correspondiente fianza de que disfrutará de las cosas con moderación, y las restituirá al propietario con sus accesiones, al extinguirse el usufructo, no empeoradas ni deterioradas por su negligencia, salvo lo dispuesto en el artículo 434...

Así pues, tenemos que tanto en el Derecho Romano como en el Derecho Positivo Mexicano, una vez satisfecha la obligación de otorgar la caución usufructuaria, el usufructuario tiene derecho a percibir los frutos del bien usufructuado.

Diferencias.

Tenemos que en el Derecho romano el objetivo de la caución, en realidad era que el ejercicio del usufructo, sería de acuerdo al arbitrio de un recto varón (*boni viri arbitratu*), mientras que en el Derecho positivo mexicano se otorga para garantizar que el usufructuario disfrutará de las cosas con moderación, y las restituirá al propietario con sus accesiones, al extinguirse el usufructo, no empeoradas ni deterioradas por su negligencia.

Así pues, en el Derecho positivo mexicano no necesariamente requiere intervención judicial para otorgarse ésta caución, salvo el caso de que se demande el otorgamiento de la caución o se quiera que comprobar la posesión de este derecho, mientras que en el Derecho Romano siempre debía ser otorgada en presencia del Pretor.

Finalmente tenemos que en el Derecho romano la sanción de no otorgar la *cautio usufructuaria* era la de negarle al usufructuario el ejercicio del usufructo, mientras que en el Derecho positivo mexicano, mas bien se le otorgan facultades al nudo propietario o bien se tiene como causal de extinción del derecho real. Lo anterior es observado en el artículo 1010 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dispone:

Artículo 1010. *Si el usufructo se constituye por título oneroso, y el usufructuario no presta la correspondiente fianza, el propietario tiene el derecho de intervenir la administración de los bienes, para procurar su conservación, sujetándose a las condiciones prescritas en el artículo 1047 y percibiendo la retribución que en él se concede.*

Cuando el usufructo es a título gratuito y el usufructuario no otorga la fianza, el usufructo se extingue en los términos del artículo 1038, fracción IX.

Por lo que la sanción de no otorgar esta depende si el usufructo se da a título oneroso o a título gratuito. Cuando el usufructo es formado a título oneroso, la sanción consiste en otorgarla al nudo propietario la facultad de intervenir la administración de los bienes; mientras que cuando se forma a título gratuito, actualiza una causal para la extinción del usufructo.

Aplicación

Tenemos que lo principal es retomar el objetivo original de la *cautio usufructuaria*, es decir, que la caución usufructuaria sea otorgada para garantizar que el ejercicio del usufructo, sería de acuerdo al arbitrio de un recto varón (*boni viri arbitratu*). Lo anterior, con el fin de eliminar la creencia de que es sólo un requisito un requisito más, esto hará que el compromiso del usufructuario, no sea sólo de carácter jurídico, sino también de carácter social y moral, reforzando con ello el exacto cumplimiento de la disposición.

Así pues, la caución deber ser exigida como requisito para entrar en el ejercicio del usufructo y también deberá ser otorgada ante el Juez de lo familiar, esto producirá que exista certeza en la constitución del usufructo, ya que todas las actuaciones correspondientes tendrán el carácter de prueba plena e incluso se

puede conceder en determinado momento la facultad de accionar al Ministerio Público, cuando se lesionen derecho de incapaces y no sólo los del Estado. cumpliendo con ello el objetivo ya plasmado, que es la protección del patrimonio familiar. Con esto también se evitará la pródiga administración de los bienes usufructuados

5.6 *Satisfatio rem pupillo salvam fore* aplicada al procedimiento de nombramiento de tutores.

Es importante señalar el hecho de la protección que el Derecho Romano da al incapaz, para el que escribe resulta por demás asombroso la conciencia que en éste ámbito desarrollaron los antiguos romanos, pues el hecho de crear un cargo con el carácter de honorario como lo son la tutela y la curatela. Teniendo esto como preámbulo podemos presentar la siguiente comparación que será entre la *cautio rem pupillo salvam fore* con las garantías en el nombramiento de tutores.

Bajo esta situación puedo hacer notar que la *cautio rem pupillo salvam fore* nos enseñará como podemos mejorar la aplicación de las garantías en el nombramiento de tutores. Para reforzar lo anterior, nos referiremos al conocido refrán que a la letra dice: “Mas sabe el diablo por viejo que por diablo”, pues la *cautio rem pupillo salvam fore* es el principal ancestro de las garantías en el nombramiento de tutores.

Similitudes

Desde el punto de vista de su utilidad, tenemos que ambas figuras, buscan el asegurar el fin de la institución protectora del incapaz, es decir, proteger el asegurar que el patrimonio de aquel que se encuentra bajo la tutela de otro, realmente se busca garantizar que el patrimonio sea administrado para mejorar o si no por lo menos conservar la seguridad económica del menor incapaz.

Así pues, también puedo apuntar que quién se encuentra obligado a prestar la caución en ambos casos es el tutor, y de igual forma, tenemos que en caso de

que el tutor se abstenga de prestar, la sanción será prohibirle la entrada en la administración de la tutela, es decir, no será posible que desempeñe el cargo como tutor.

Diferencias

La principal diferencia es que en la Roma antigua, la garantía consistía en satisfacer, es decir, en ofrecer un fiador solvente que garantizará que el tutor cumplirá su promesa de administrar el patrimonio del pupilo con todo honorabilidad y como un buen padre de familia.

En nuestro Derecho, es muy contrario el criterio, ya que sólo se permite que la caución sea prestada a través de fianza, cuando el tutor carece de bienes registrados a su nombre en el Registro Público de la Propiedad. Lo anterior es por la razón que habíamos mencionado, en lo que se refiere a la ausencia de un sistema registral de inmuebles y por que el Derecho Romano estaba en la consideración que de sí tenían los demás.

Asimismo, en nuestro Derecho, éstas garantías sólo son dadas por los tutores, mientras que en Roma eran otorgadas ya sea por el tutor o bien por el curador, dependiendo del tipo de figura proteccionista del incapaz que cada caso en concreto se presentara.

Aplicación

Al exigírsele al tutor que garantice el buen desempeño de la tutela a través de fianza, única y exclusivamente una fianza expedida por una Institución afianzadora, se extingue el riesgo de la pérdida del patrimonio y cumpliendo con el exacto espíritu de la ley protegiendo al incapaz. Esto se da con base en la condicionante del Derecho romano en cuanto a que el fiador debe ser alguien solvente. Una Institución de fianzas se presume solvente; por otro lado, en caso de prelación de créditos en contra del fiador, éste crédito tendrá la principal preferencia sobre cualquier otro.

Asimismo, también es necesario que esta caución, le sea exigida al curador, con ello el papel de vigilante del desempeño del cargo de tutor de un mayor incapaz, no podrá venderse o supeditarse al deseo de un tutor con intenciones de menoscabar el patrimonio pupilar, pues con ello se incrementa su compromiso en la correcta vigilancia que le fue encomendada.

5.7 Vadimonia aplicada a las multas por incomparecencia.

Ahora bien, veremos como el darle vida al *vadimonium sisti* puede mejorar la calidad del desarrollo de los procesos civiles, dando una mayor certeza y seguridad jurídica a las partes, pues como ya se ha mencionado la comparecencia y presencia de las partes en el proceso es la mejor garantía forma de que sean respetados los derechos constitucionales y de que sea preservado el ideal de justicia en el sistema jurídico mexicano.

Como ya lo he apuntado anteriormente, las multas por incomparecencia ya han sido reformadas en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, de forma que ya no es posible imponer una sanción de este tipo a las partes que se abstengan de comparecer ante la presencia judicial, en el caso específico de la audiencia previa y de conciliación. Sin embargo, procederé a realizar una comparación entre ambas figuras para estar en posición de exponer la aplicación del *vadimonium*.

Similitudes

Desde el punto de vista de su objetivo podemos encontrar la identidad de ambas figuras, ya que tanto el *vadimonium sisti* como las multas por incomparecencia, tienen el propósito de comprometer a la persona unida a la relación procesal, para efecto de asegurar el desarrollo de una etapa procesal, en otras palabras, podemos mencionar que se ejerce la coacción necesaria para asegurar la comparecencia ante la presencia de la autoridad jurisdiccional.

Desde el punto de vista de la sanción, tenemos que ambas figuras ejercen su coacción en lo que se refiere a la economía de aquel que incurre en el supuesto de faltar a su promesa o desobedecer el mandato de la ley. El

vadimonium sisti obliga a prometer pagar una cantidad de dinero en caso de no comparecer ante el pretor a deducir sus derechos, mientras que las multas por incomparecencia obligan al que se le imponen a pagar una cantidad determinada de dinero.

Así pues, en caso de no ser otorgado el *vadimonium sisti*, el pretor ordenará la *missio in possessionem*, y en caso de que no sea pagada la multa por incomparecencia, el juzgador dará parte a la autoridad tributaria competente, para que por su conducto se haga efectivo el embargo dentro del procedimiento administrativo de ejecución.

Diferencias

Ahora bien encontramos abundantes diferencias entre ambas figuras. Desde el punto de vista de su origen, las multas por incomparecencia, nacen por la fuerza de la ley, es decir, existen por que la ley así lo prevé; mientras el *vadimonium sisti* nace como una promesa hecha por el demandado en respuesta de la estipulación hecha por el actor en un juicio.

Así pues desde el punto de vista del compromiso económico que conlleva la sanción. En el caso del *vadimonium sisti*, el tratadista Álvaro D'ors dice: "...La promesa del *vadimonium* podía referirse al pago de una cantidad como pena en caso de no comparecer; la cantidad fijada como pena (*summa vadimonii*) solía ascender a la mitad del valor reclamado, sin superar al máximo de 100.000 sestercios; en *a. iudicati* y en la *a. depensi*, el mismo valor de la condena o del pago del fiador. Si no se había fijado una cantidad, la acción se refería la *interesse* del demandante en que el demandado compareciera..."¹⁵⁴

Mientras que en las multas por incomparecencia, el valor de la sanción pecuniaria se encuentra limitada por la ley.

Existe una gran diferencia en el número de autoridades que intervienen para hacer efectiva la sanción de ambas figuras. Cabe señalar que la *missio in*

¹⁵⁴ D'ors Álvaro, Derecho Privado Romano, Pamplona, España, 1997, pág. 137.

possessionem lo decretaba el pretor sobre los bienes del que se negaba a dar el *vadimonium sisti*, mientras que el embargo que se hace sobre los bienes del que se encuentra sujeto al procedimiento administrativo de ejecución, por no haber pagado la multa que se le impuso al no haber comparecido en el día y hora señalados por el juzgador, lo hace la autoridad tributaria competente, esto hace que la Autoridad que ordena y la que ejecuta sea diferente.

Aplicación

Habiendo realizado la comparación entre el *vadimonium sisti* y las multas por incomparecencia y observar las similitudes y diferencias de ambas figuras, haré notar cómo es posible obtener mayor celeridad en el juicio, así como brindar mayor certeza y seguridad jurídica a las partes en el juicio.

Es preciso solicitar el *vadimonium* al momento de notificar y emplazar la demanda, pues el efecto que se está buscando es que el demandado efectivamente se apersona en el juicio a deducir sus derechos, ya sea dando contestación a la demanda instaurada en su contra, ya sea allanándose. Pues existe un rango de incertidumbre en la legalidad de un juicio que se desarrolla en rebeldía del demandado.

Es necesario primeramente que tanto el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, pero sobre todo la que se establezca como excepción en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el hecho que al Juez se le faculte y obligue a ordenar la notificación y emplazamiento al demandado al Secretario Actuario, siendo este a su vez facultado y obligado a exigir se otorgue ante el la garantía de presentarse ante el juez a deducir sus derechos. Dicha garantía deberá ser bastante para cubrir la suerte principal y los créditos accesorios.

Esta garantía sólo se hará efectiva en el caso de que el demandado se abstenga de apersonarse al juicio. De no presentarse al juicio, simplemente deberá de dictarse sentencia ordenando el remate la ejecución de la garantía.

Esto es, que en caso de que se apersona al juicio, simplemente deberá de dejarse sin efecto tal garantía.

Con esto resultará que siempre se habrá contienda. La ilegalidad del emplazamiento siempre se alegará en la contestación de la demanda y no después de haber desahogado todas las diligencias correspondientes a un juicio y hasta que se esté ordene el remate de los bienes embargados.

Otro beneficio y uno de los mayores, será el evitar chicanas provocadas por juicios simulados para efecto de lograr la insolvencia en fraude de acreedores, pues si otorgan este *vadimonium sisti*, que también puede funcionar como *cautio iudicatum solvi*, esto evitará que se obtenga una sentencia que puede ser utilizada para lograr el detrimento de una persona que seguramente tiene mejor derecho, se incrementará la seguridad jurídica.

Conclusiones

Como resultado del estudio realizado en el presente trabajo, hemos obtenido una visión clara del porqué el sistema caucional romano, puede darle mayor efectividad a nuestro actual sistema caucional. En consecuencia, estaré en la aptitud de formular una nueva propuesta en cuanto a lo que se refiere a la certeza y seguridad jurídica a las partes dentro de los procesos y procedimientos que se desarrollan en el Derecho positivo mexicano.

- 1. La certeza y seguridad jurídica que proporcionan los actuales procesos y procedimientos civiles del fuero común puede y debe ser incrementada empleando mecanismos cuya aplicación nos den el resultado buscado; bajo esta tesitura; los mejores mecanismos son los utilizados en el Derecho romano, siendo los valores de la sociedad romana la materia prima de los principios que buscaban proteger los procesos jurídicos.**
- 2. El Derecho Procesal Romano, deber ser tomado más en cuenta dentro de la codificación adjetiva civil del Distrito Federal, ya que como resultado del constante estudio comparativo del Derecho romano con nuestro Derecho actual, podemos mejorar la solución de los litigios civiles. Esta mejora consiste en la posibilidad de crear nuevas figuras que funcionen de manera más eficiente en el sistema jurisdiccional y que proporcionen verdadera celeridad a los juicios y certeza y seguridad jurídica a las partes que intervienen en ellos.**
- 3. Las garantías previstas por los artículos 19 y 20 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, pueden ser mejoradas al revivir la práctica de otorgar las preferencias ejecutivas que dotaba la *cautio damni infecti* al denunciante. Una vez que otorga su caución el actor del interdicto, logrará la efectiva reparación o destrucción de la obra hecha por el demandado, logrando con ello celeridad en el procedimiento y a su vez cumpliendo con el objetivo de la *cautio damni infecti* y de las garantías previstas por los artículos 19 y 20 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.**

4. Los juzgadores deben exigir presten cauciones los representantes a favor de sus mandantes, justo para garantizar que litigarán el asunto como propio aun cuando se ajeno, es decir, para comprometer verdaderamente al representante a defender los intereses del mandante. Así también se eliminarían muchos procesos promovidos por representantes, tendientes a defraudar a su representado.

La caución debe ser exigida por el juzgador a todo aquel que comparezca juicio por virtud del contrato de mandato, no sólo al gestor judicial, es decir, es necesario incrementar un requisito al apoderado legal en específico para efectos de legitimarlo procesalmente.

Incluso propongo que ciertos actos jurídicos realizados por apoderados, como compraventa de inmuebles, se realicen ante la presencia judicial, y en tal procedimiento además de acreditar su personería, se le exigirá que preste una caución a favor de las otras partes, que garantice que el poderdante ratificará los actos realizados por el apoderado.

5. El exigir a cualquier demandado una garantía de cumplir la eventual condena al momento de emplazar, se permitiría que se dieran las condiciones para disminuir en el mayor número posible los juicios en rebeldía, esto también haría menos factible el realizar el *fraus legis* al promover juicios simulados que tienden a crear fraude de acreedores.

Y tenemos que en algunas ocasiones, puede resultar no sólo que sea absuelto el demandado, si no también que sea condenado el actor. Bajo esta tesisura, también se exigirá una caución a quién demande. En mi opinión, para observar los resultados de esta práctica, primero habrá que solicitársela a aquel que promueva el juicio de tercería, mismo que en ocasiones se utiliza para entorpecer la acción de la justicia.

Se acelerarían los juicios y se hará más eficiente la defensa del demandado en un juicio, pues el mismo se concentrará en obtener una sentencia absolutoria, ya que realmente estaría comprometido a cumplir con la posible

condena que impusiera la sentencia, que no existirá dolo o indefensión y que lo hará de acuerdo al arbitrio de un hombre recto.

Por otro lado cabe señalar que se deben hacer las mismas modificaciones legales mencionadas en la cuarta conclusión del presente trabajo, y la garantía podría ser otorgada a través de cualquier contrato de garantía y deberá de ser bastante para satisfacer ambas cauciones. La compañía afianzadora o aseguradora asignada en rebeldía del demandado también garantizará esta caución.

6. Los juicios sucesorios promovidos en virtud de existir testamento y que prevén la partición de legados, pueden ser mejorados para dar mayor certeza y seguridad jurídica, modificando el artículo 1351 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, regulando de manera más concreta la forma de garantizar, ya que dicho artículo sólo dice: *...al hacerse la partición se asegurará competentemente el derecho del legatario para el caso de cumplirse la condición....* En consecuencia el rango de acción del juzgador es muy amplio por lo que se provoca inseguridad jurídica tanto para el legatario como para los herederos.
7. El derecho real de usufructo requiere ser constituido por medio de un procedimiento judicial, por ende al tener el Juez facultad de exigir la caución usufructuaria, es posible hacer una investigación más profunda de la constitución del usufructo, de esa forma se dará seguridad a los usufructuarios y al nudo propietario.
8. La aplicación que podemos tomar de la *cautio rem pupillo salvam fore*, definitivamente es la práctica de satisfacer. En el caso especial de las garantías en el nombramiento de tutores, pueden ser mejoradas si se le diera más importancia a prestar la caución a través de la fianza.

Bajo este esquema, podemos decir que sería obligación del juez requerir que el tutor nombre fiador propio, que podría ser una persona física o jurídico-colectiva de su elección, y en su rebeldía el juez nombrará a una

institución afianzadora o aseguradora, quien no se podrá negar a prestar la caución, bajo pena de ordenar la desaparición de la compañía rebelde.

El costo de la prima se vería deducido de impuestos, la compañía se vería obligada también a agotar todos los medios disponibles para efecto de compeler al obligado a cumplir con la caución y el Estado se vería obligado a vigilar que el fiado no pretenda sustraerse de la acción de la justicia, creando delitos especiales y generando una dependencia con amplias facultades como el uso de la fuerza pública inmediata, y que pueda vigilar a tal persona.

En caso de que la compañía pague la caución, también dicho pago será a cargo de un fideicomiso creado con bienes del Estado y del mismo sector afianzador y asegurador, por el cual también se respalde el pago de las primas.

Esta situación obligaría a que tanto el sector afianzador y el Estado coadyuven con el pupilo para efecto de que realmente le sea cumplida la promesa de manejar su patrimonio de la mejor manera posible.

9. El volver a usar el *vadimonium sisti* para asegurar la comparecencia del demandado al juicio dará lugar a procesos más efectivos. En muchas ocasiones se encuentra viciado el emplazamiento a juicio, situación que se decide en ocasiones hasta la sentencia definitiva dictada en un juicio de amparo, habiendo transcurrido bastante tiempo después de que se realizó el emplazamiento defectuoso.

Con la aplicación del *vadimonium sisti*, se obliga al demandado a deducir sus derechos ante el juez que esta requiriendo su presencia en el juicio. Esto implicaría el reclamar la nulidad de tal emplazamiento dentro del juicio original, dando con ello mayor velocidad, certeza y seguridad, y asegurando con ello el ideal de justicia.

Puede ser que realmente se garantice la comparecencia a juicio por alguno de los contratos de garantía o simplemente que se haga una promesa de comparecer a juicio. El incumplimiento de esta promesa, será una conducta tipificada por la Ley penal, imponiendo pena corporal, pecuniaria o ambas.

En caso de que se garantice por medio de fianza, el fiador deberá ratificar si acepta o no dicha calidad y en caso de no hacerlo se solicitará un nuevo fiador o bien la compra de un seguro de caución¹⁵⁵; el juez podría asignar a una compañía afianzadora o aseguradora en rebeldía del demandado, misma que a la que se le otorgarán facilidades de ejecución para el caso de repetir contra el deudor principal.

Cabe señalar que para que el caso de que sea garantizada la comparecencia a juicio por medio de alguno de los contratos de garantía y su aplicación de sea totalmente efectiva, habrá que modificar en su caso, el artículo 17 de la constitución, haciendo referencia a que la obligación de garantizar la comparecencia a juicio por parte del demandado, no se considera cobro de costas judicial ni violación alguna a la garantía de impartición de justicia gratuita, pronta y expedita.

Asimismo, es necesario que la ley obligue al juez a requerir el *vadimonium sisti*, así como tipificar la conducta de abstención por parte del actuario judicial de requerir el *vadimonium sisti* al demandado, sancionándola ya sea por la ley penal con pena corporal, pecuniaria o con ambas.

10. El Derecho romano es el Derecho más perfecto que ha existido en la historia de la humanidad, por ello es que las figuras jurídicas que crearon siguen vivas después de mas de 2000 años y están siendo aplicadas en nuestro Derecho.

La aplicación de las estipulaciones pretorias en la Roma antigua, logró que los procesos civiles cumplieran con el objetivo de impartición de justicia,

¹⁵⁵ Existe el proyecto de incluir esta figura al Derecho positivo mexicano, lo que daría lugar a una cuarta forma de garantizar el cumplimiento de una obligación.

pues ellas fueron forjadas dentro de las virtudes que el plan de nación, logrando que estas virtudes se materializaran en el mundo fáctico, siendo está la mayor fuente de poder de la Roma Antigua.

Siendo estas estipulaciones pretorias funcionales con base en la experiencia romana, es imprescindible que el ejecutivo, el legislador y el juzgador estén coordinados para efecto de aplicar las estipulaciones pretorias como garantías procesales otorgadas por las partes en un juicio.

Con ello se incrementará la seguridad jurídica que proporcionen los juicios, y se fortalecerá el Derecho, mismo que tendrá un objetivo indirecto sobre la inversión al crear confianza para generar fuentes de empleo, así como para producir bienes y servicios de forma eficiente. Otro efecto es que se pueda extender su aplicación en otras materias, teniendo el mismo efecto benefactor que se proporciona en la materia civil.

Bibliografía

- A. Esther Vilalta y Rosa M. Méndez, Tutela sumaria de la posesión (interdictos de retener y recobrar), 3ª edición, Editorial Bosch, España, 2001.
- Arce y Cervantes José, De las sucesiones, 7ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003.
- Arcos Ramírez Federico, La seguridad jurídica: Una teoría formal, 1ª edición, Editorial Dykinson, España, 2000.
- Bravo González Agustín, Derecho Romano, Segundo curso, 20ª edición, Editorial Porrúa, México, 2005.
- Colegio de Registradores, Seguridad jurídica y codificación, 1ª edición, Centro de estudios registrales, España, 1999.
- Cuenca Humberto, Proceso Civil Romano, 1ª edición, Ediciones jurídicas Europa-América, Argentina, 1957.
- D'ors Álvaro, Elementos de Derecho Privado Romano, 3ª edición, Editorial EUNSA, España, 1992.
- D'ors Álvaro, Derecho Privado Romano, 9ª edición, Editorial EUNSA, España, 1997.
- De Bujan Federico F., Contribución al estudio de la tutela testamentaria plural en Derecho Romano, 1ª edición, Editorial Dykinson, España, 1995.
- Domínguez García Villalobos Alejandro, El usufructo, 1ª edición, Editorial Porrúa, México, 1993.
- Fernández de Lara Ramos María del Pilar, Derecho Romano I Lecciones de Cátedra, 1era edición, División de Universidad abierta Facultad de Derecho U.N.A.M., México, 1998.
- Frank Jerome, Derecho e Incertidumbre, 3ª edición, Biblioteca de ética, filosofía del Derecho y política, México, 2001.
- Gómez Lara Cipriano, Teoría general del proceso, 10ª edición, Editorial Oxford University, México, 2004.
- Gómez Lara Cipriano, Derecho Procesal Civil, 7ª edición, Editorial Oxford University, México, 2005.

- Gómez-Iglesias Casal Ángel, Citación y comparecencia en el procedimiento formulario romano, 1ª edición, Editorial Universidad de Santiago de Compostela, España, 1984.
- Guzmán Alejandro, Caución tutelar en el Derecho Romano, 1ª edición, Editorial EUNSA, España, 1974.
- Huber Olea José Francisco, Derecho Romano I, 1ª edición, Editorial IURE, México, 2005.
- Iglesias Juan, Derecho romano, 7ª Edición, Editorial Ariel, España, 1982.
- López de Onate Flavio, La certeza del Derecho, 1ª edición, Ediciones jurídicas Europa-América, Argentina, 1953.
- Lucchi López Tapia, Yolanda de, Las cauciones procesales en la nueva ley de enjuiciamiento civil, 1ª edición, Editorial Civitas, España, 2001.
- Le fur, Delos, Radbruch, Carlyle, Los fines del Derecho: Bien común, justicia, seguridad, 3ª edición, Manuales universitarios Universidad Nacional Autónoma de México, México 1997.
- Ovalle Favela José, Derecho Procesal Civil, 9ª edición, Editorial Oxford University, México, 2003.
- Ovalle Favela José, Teoría General del proceso, 6ª edición, Editorial Oxford University, México, 2005.
- Padilla Sahún Gumesindo, Derecho Romano, 3ª edición, Editorial Mcgraw-Hill, México, 2006.
- Pallares Eduardo, Tratado de los interdictos, 1ª edición, editorial Santiago, México, 1945.
- Pérez Fernández Del Castillo Bernando; Representación ,poder y mandato: Prestación de servicios profesionales y su ética; 11ª edición, Editorial Porrúa, México 2001.
- Rendón Ugalde Carlos Efrén, La Tutela, 1ª edición, Editorial Porrúa, México 2001.
- Reyes Montreal José María, Prevención de algunos riesgos judiciales: interpretación de las normas jurídicas, la seguridad jurídica y la unificación de doctrina legal, 1ª edición, Editorial Aranzadi, España, 1998.
- Santo Víctor De, Procesos Especiales: interdictos y acciones posesorias, denuncia de daño temido, reparaciones urgentes, incapacidades por demencia y sordomudez, inhabilitación, alimentos y litisexpensas,

rendición de cuentas, mensura y deslinde, división de cosas comunes, desalojo, proceso sucesorio, arbitraje : doctrina, jurisprudencia, modelos, 1ª edición, Editorial Universidad, Argentina, 2004

- Schulz Fritz, Principios del Derecho Romano, 1ª edición, Editorial Civitas, España, 2000.

Diccionarios

- Gutiérrez-Alviz y Armario Faustino, Diccionario de Derecho Romano, 4ª edición, Editorial Reus, España, 1995.

Legislación

- Código Civil para el Distrito Federal - 2010, archivo descargable de la página de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, www.asambleadf.gob.mx
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal - 2010, archivo descargable de la página de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, www.asambleadf.gob.mx

Fuentes

- Das Edictum Perpetum, Otto Lenel, 2ª edición, Editorial Leipzig, Alemania 1907.
- Digesto de Justiniano, Versión castellana por Álvaro D'ors, Cuatro tomos, 1ª edición, Editorial Aranzadi, España, 1968.
- Gaius, Institutos, Texto traducido, notas e introducción por Alfredo di Pietro, La plata, 1ª edición, Editorial Jurídicas, Argentina, 1965.