

los Jueces Visitadores y los jueces pesquisidores, á fin de caucionar el buen desempeño de sus cargos.

§ IX.

DISPOSICIONES LEGALES  
SOBRE LA FIANZA DE ARRAIGO.

300. La ley 41, tít. 2, P. 3ª despues de explicar en qué forma puede entablar el actor su demanda, añade: «Otro si decimos, que si aquel á quien facen la demanda non es raigado en la tierra que puede aquel que gela quiere facer, demandarle fiador que esté á derecho, et el demandado es tenuto de lo dar pudiéndolo haber; pero si non fallase quien lo quisiese fiar, débenle facer jurar que esté á derecho fasta quel pleyto sea acabado por juicio: et despues quel juez hobiere oida la demanda del demandador, débela mostrar al demandado et ponerle plazo á que se pueda aconsejar et responder á ella.»

Son sumamente claros y extensos los términos en que está concebida esta ley. Sin embargo, algunos *autores* han tratado de desvirtuar esta claridad substituyendo sofismas groseros al pensamiento del legislador. Gregorio López en su glosa 5ª á la Ley citada dice, que conforme á la ley 2ª, tít. 3, lib. 2 del Fuero Real, se manda cosa

diversa de lo que dispone el Cod. de las Partidas; y que conforme aquella ley, el demandado que no tiene bienes inmuebles ni puede presentar fiador (*fidejussor*) que por él responda, debe caer en prisión y ser conducido á la cárcel, aunque la no presentación del fiador sea por verdadera impotencia del demandado.

Podría pasar como reminiscencia histórica este comentario de Gregorio López; pues el Fuero Real, promulgado por D. Alonso IX, un reinado ántes de que se promulgase el Código de las Partidas, quedó corregido por éste, si no hemos de desconocer el principio legislativo de que toda ley posterior corrige la anterior.

Esto sin tener en cuenta que, según cuenta el «Sala Mexicano» (1) el Fuero Real fué derogado poco despues de su promulgación á instancias de la nobleza castellana. No podría, pues, invocarse una disposición de aquel Código para poner embarazos al derecho de defensa, hoy, despues de los colosales adelantos que han alcanzado en los países americanos y europeos, la legislación y la jurisprudencia.

301. Pero no es cierto que la ley citada del Fuero Real diga lo que pretende Gregorio López. Hé aquí el texto íntegro de esa ley:

«Si algun home hubiere demanda contra otro que sea reygado, demándelo así como dice el fuero: é si no fuere reygado, dé fiador al demandador quel cumpla el fuero: é si fiador no le diere,

(1) Edición de los Sres. Dublán y Méndez, 1870.

«II. Sed hæc hodie aliter observantur. Sive enim quis in rem actione convenitur, sive in personam suo nomine, nullam satisfactionem pro litis æstimatione dare compellitur, sed pro sua tantum persona quod in judicio permaneat usque ad terminum litis: vel committitur suæ promissioni cum jurejurando, quam juratioram cautionem vocant; vel nudam promissionem, vel satisfactionem pro qualitate personæ suæ dare compellitur.

«III. Sin autem per procuratorem lis vel inferitur, vel suscipitur: in actoris quidem persona, si non mandatum actis insinuatum est, vel præsens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit, ratam rem dominum habiturum satisfactionem procurator dare compellitur; eodem observando, et si tutor vel curator, vel aliæ tales personæ quæ alienarum rerum gubernationem receperunt, litem quibusdam per alium inferunt.

«IV. Si vero aliquis convenitur: si quidem

2. Pero sucede hoy de otro modo, porque el demandado en la acción real como en la personal, cuando litiga por sí, no está obligado á dar caución por el valor del litigio, y sólo está á garantir que se presentará en persona y que permanecerá en juicio hasta el fin del proceso, ó bien se atienen á su promesa, hecha con juramento [llamada caución juratoria], ó también según su calidad, está obligado á dar caución, ó á prometer pura y simplemente.

3. Pero cuando el que litiga es un procurador, ya como demandante, ya como demandado; si es como demandante y no hay mandato indicado, ó que el dueño del litigio no se presenta en persona ante el juez para confirmar el nombramiento de su procurador, éste está obligado á dar caución de que el dueño del litigio ratificará la acción; y lo mismo sucede si un tutor ó curador, ó cualquiera otra persona encargada de dirigir los negocios ajenos intenta una acción por un representante.

4. Si atacado uno, y hallándose presente, quiere constituir un

præsens procuratore dare paratus est, potest vel ipse in judicium venire, et sui procuratoris personam per Judicatum Solvi satisfactionem solemnem stipulatione firmare; vel extra judicium satisfactionem exponere, per quam ipse sui procuratoris fidejussor existat pro omnibus Judicatum Solvi satisfactionis clausulis. Ubi et de hypothecca suarum rerum convenire compellitur, sive in judicio promisserit, sive extra judicium caverit, tam ipse quam heredes ejus obligentur: alia in super cautela, vel satisfactione, propter personam ipsius exponendam, quod tempore sententiæ recitandæ in judicio invenietur: vel si non venerit, omnia dabit fidejussor quæ condemnatione continentur, nisi fuerit provocatum.

«V. Si vero reus præsto ex quacunque causa non fuerit, et alius velit defensionem ejus subire, nulla differentia inter actiones in rem vel in personam introducenda, potest hoc facere: ita tamen, ut satisfactionem Judicatum Solvi pro litis æstimatione præstet Nemo enim secundum veterem regulam [ut jam dictum est] alienæ rei sine satisfactione defensor idoneus intelligitur.»

procurador, puede comparecer él mismo ante el juez y dar por su procurador la caución judicatum solvi, por medio de una promesa solemne, ó comprometerse extrajudicialmente, como fiador de su procurador, por todas las cláusulas de su acción judicatum solvi; y entonces está obligado á dar hipoteca sobre sus bienes, bien haya prometido judicial ó extrajudicialmente, pasando esta obligación á su heredero. Debe, además, dar caución de que se presentará en persona á la pronunciación de la sentencia; y si no se presenta, su fiador estará obligado á pagar el importe de la condena, á ménos que no se apele de la sentencia.

5. Pero si el reo se halla presente, sea la que quiera la causa, y otra persona quiere tomar su defensa, sin distinguir entre las acciones reales y las acciones personales, puede hacerlo dando caución por el importe del litigio; porque, según la antigua regla, ya indicada, nadie puede defender la causa ajena sin dar caución.

304. Como se ve del texto de la Instituta, basta que el reo dé promesa bajo juramento de que *estará en juicio* [á derecho] hasta la terminación del litigio.

El mismo precepto consignado en la ley de Partida.

Las disposiciones relativas al *gestor officioso* que comparece en juicio á nombre de otro, son verdaderamente justas, pero no entra en el plan de esta obra la necesidad de hacer su exámen (1)

## § XI.

### SOLUCION.

305. Es indudable, sin embargo, que las leyes que establecieron la fianza *judicatum solvi* están corregidas por el artículo 17 de la Constitución Política de 1857, que prohibe la prisión por deudas civiles.

Cuando el acreedor tenía el cruel derecho de

(1) Sobre lo que nuestro derecho patrio dispone relativamente á procuradores ó representantes que comparecen en juicio por otro, véase especialmente: L. 1<sup>a</sup>, tit. 2<sup>o</sup>, P. 3<sup>a</sup> y las glosas 1 y 2 de Gregorio López, y L. 10, tit. 5<sup>o</sup>, P. 3<sup>a</sup>; estas dos leyes hablan de los casos en que el procurador debe dar fianza de que su representado estará y pasará por lo que haga el procurador, y de que pagará lo juzgado y sentenciado.—El tit. 5<sup>o</sup> de la Part. 3<sup>a</sup> se ocupa de los Personeros; cuyo título es conveniente consultar. Los autores agotan generalmente esta materia, y bastará al litigante el estudio de cualquier buen tratadista, teniendo en cuenta la índole de nuestras actuales instituciones públicas.

cargar de cadenas á su deudor, se comprende que hubiera alguna razón para asegurarse, ó de que el deudor no podría evitar la cárcel si no pagaba lo juzgado y sentenciado, ó de que un tercero satisfaría el pago, si el deudor se fugaba por temor de la sentencia.

Peró establecido el principio de la justicia gratuita (1) y no existiendo ya el derecho de poner á nadie en prisiones por razón de deudas civiles, carece absolutamente de sentido cuanto la antigua legislación haya dicho sobre fianzas de arraigo [*judicatum solvi*;] (2) y ésta no sólo no podrá decretarse en un juicio sobre terrenos baldíos; sino que en ningún litigio civil podrá decretarse.

Esto sería, por otra parte, colocar en condiciones enteramente desiguales á los litigantes, haciendo la condición del demandado infinitamente peor que la del demandante. Pues no sólo se le obligaría á soportar las molestias de un juicio, sino también á garantizar á su contrario la paga de una reclamación, muchas veces injusta, falsa ó infundada, para poder defender su dere-

(1) Artículo 17, Constitución de 1857, inciso último.

(2) *Correcta rationi legis, lex ipsa consetur correcta.*—Sin embargo, esta doctrina sólo puede tomarse en el sentido absoluto que le damos en el texto, tratándose del demandado; pues en cuanto al actor, puede tomarse como doctrina justa y fundada en el Derecho Internacional privado, el precepto contenido en el artículo 938 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y Territorios; según el cual, se considera también como excepción dilatoria la fianza de estar á derecho, ó el arraigo personal cuando el demandante es extranjero ó transeunte; cuya fianza se exigirá en los casos y en la forma que esto se haga en el Estado ó Nación cuyo es el fuero ó estatuto personal del demandante.

cho amenazado. Y sería entonces una engañosa mentira todas las decantadas ventajas anexas al papel de reo.

En el caso especial de un juicio declarativo sobre terrenos baldíos, nada habría más injusto que exigir al denunciante la fianza de arraigo; pues suponemos que el «juicio de oposición» únicamente puede abrirse cuando por falta de títulos legítimos existe la presunción concreta y especial de que el terreno denunciado es propiedad de la Nación. (1) Esto prescindiendo de las presunciones generales establecidas por el artículo 10 de la ley de 22 de Julio de 1863, por la ley 14, tit. 12, lib. 40 de la Recopilación de Indias y por el artículo 20, Ley de 26 de Marzo de 1894. (2)

#### DEL TIEMPO

##### EN QUE SE OTORGABA LA FIANZA DE ARRAIGO.

306. Mucho menos procede esa fianza antes de la demanda del actor; error en que incurre la sentencia del Tribunal de Circuito de México. Ningún juicio puede comenzar sino por demanda y por respuesta: este es el principio general, y sólo pueden admitirse como excepciones á esta regla, las que expresamente determina la ley.

El proemio al tit. 10, P. 3ª y las leyes 1ª, 2ª

(1) Véase más arriba, § 3º de esta Sección.

(2) El Tribunal de Circuito de Guadalajara ha dictado algunas sentencias declarando que no está obligado el denunciante á prestar la fianza *judicatum solvi*. Ha fundado sus sentencias en el artículo 17 de la Constitución de 1857.

y 3ª del mismo título y Partida, claramente establecen el principio de que ántes de la demanda no se admitan declaraciones ni diligencias de ningún género, como no sean las enumeradas por las mismas leyes. Especialmente habla de esto la ley 3ª citada. «*Comenzamiento et raiz de todo pleyto* sobre que debe ser dado juicio, dice esa ley, es cuando entran en él por demanda et por respuesta ante el judgador; et esto se debe facer en esta manera: mostrando el demandador su demanda por palabra ó por escripto, segunt deximos desuso en las leyes que fablan de los demandadores et de los demandados, respondiendo el demandado á aquella demanda llanamente sí ó nó.»— .....«Los emplazamientos, dice la Ley 7ª, tit. 70, P. 3ª, son raiz et comienzo de todo pleito, que se ha de librar por los judgadores et razonar por los abogados.»

El mismo Código de las Partidas enumera las únicas diligencias que pueden promoverse ántes de la demanda, á saber: Preguntas al que se pretende demandar sobre algún hecho relativo á su personalidad: (1) exhibición de la cosa mueble sobre que se pretende entablar acción real; (2) exhibición de un testamento ó codicilo en el que se cree tener interés; (3) exhibición de documentos relativos á la cosa vendida; (4) exhibición de documentos relativos al negocio en que se es so-

(1) L. 1ª, tit. 10, P. 3ª.

(2) L. 16, tit. 10, P. 3ª.

(3) L. 17, tit. 2, P. 3ª.

(4) La misma ley.

cio ó comunero; (1) examen de testigos viejos ó enfermos ó de lejana residencia. (2)

Ninguna otra diligencia previa á la demanda está autorizada por derecho. Y especialmente en cuanto á la fianza, sería sumamente peregrino el sistema de obligar al demandado á garantizar el cumplimiento de una cosa ú obligación, que el demandado ignora aún cuál será, ó qué valor tendrá. Con razón la ley 2, tít. 3, Lib. 2 del Fuero Real que en otro lugar hemos citado (3) exige la fianza, sólo cuando el reo no quiere comparecer á contestar la demanda.

## § XII.

### LA FIANZA JUDICATUM SOLVI ALEGADA COMO EXCEPCION.

307. Algunos litigantes suelen alegar por vía de excepción dilatoria, en los asuntos de baldíos la fianza *judicatum solvi*, cuando el denunciante echa sobre sus hombros las obligaciones de demandante; pidiendo que se prevenga al actor dé fianza de pagar lo juzgado y sentenciado, antes de que se conteste la demanda en cuanto al fondo. Algunas palabras del Escriche y del Sala Mexicano, así como algunas palabras de la sen-

(1) Ley 17, tít. 2, P. 3ª.

(2) Ley 2, tít. 16, P. 3ª.

(3) Véase arriba número 301 de este Libro.

tencia del Sr. Magistrado Horcasitas que hemos venido citando, parecen autorizar esta práctica. Nada, sin embargo, hay en nuestros códigos antiguos ni en los romanos que establezca tal cosa; (1) fuera del caso en que comparezca por el actor un gestor oficioso, cosa muy diversa de nuestro caso.

Hablar, pues, de una fianza alegada como excepción, es un abuso de interpretación, que no debe tolerarse. (2)

(1) Si erramos al aseverar esto, rogamos á nuestros lectores se sirvan tener indulgencia para nuestra ignorancia.

(2) No obstante, esta fianza podrá pedirse en artículo previo, como excepción dilatoria, en el caso de que el demandante sea extranjero y que en la Nación de su procedencia se exija la fianza llamada por los modernos *de arraigo personal* ó de *estar á derecho*; la cual se funda en las reglas ó principios de *reciprocidad internacional*, que se podría más bien llamar en este caso, sistema de *represalias*. Pero estas son anomalías: excepciones á la regla general.—El Código Civil del Distrito Federal establece esta clase de represalias civiles, en su artículo 938.—Véase lo que hemos dicho en la nota 2 al § anterior, pág. 719.—Siendo asuntos federales los negocios de baldíos, no podría aplicarse un principio de *represalias* de Estado á Estaeo.

vaya luego con él ante el Alcalde á facerle derecho. E si facer no lo quisiere, recáudelo por sí, si pudiere, é si no dígalo al merino, ó al Juez, ó á qualquier dellos que tubieren su lugar. E aquel á quien lo dixiere, recáudelo de guisa que él faga derecho, é si facer no lo quisiere, y el demandado se fuere, peche la demanda que había contra el demandado porque no gelo quiso recaudar.»

Por la frase *facer derecho* se entiende en el lenguaje del Fuero Real, comparecer ante el Alcalde y contestar la reclamación que hace el actor. De manera que la fianza de que en esta Ley se habla, exigese para asegurarse el demandante y la justicia de que el demandado acudirá al emplazamiento del Alcalde.

Por la palabra *recaudar*, se entiende en el lenguaje del mismo Código *dar caución*. Y como se ve de todo el contexto de esta Ley, el único objeto de esa caución, es asegurar el éxito del emplazamiento, y nada más.

Ni una palabra se encuentra en la ley que signifique un encarcelamiento, ni siquiera que obligue á caucionar el pago de lo juzgado y sentenciado, cuando el demandado comparece ante el Alcalde á *facer derecho*.

Una interpretación más lata de dicha ley, sobre todo extendiéndola hasta crear un delito y una pena de que ella no habla, es un abuso de los comentadores, que no puede significar sino una adulación rastrera á los ricos, especialmente á los prestamistas.

302. El Sr. Escriche, que ha defendido con

calor la moralidad de la usura, (1) dice [palabra «Arraigar»] que «el demandado que no puede encontrar fiador puede ser puesto en la cárcel,» será quizá para que no pueda defenderse del ataque de su adversario!

No se concibe cómo estas doctrinas puedan ser proclamadas por un hombre ilustrado, el año 849 de este siglo (2) cuando los principios de igualdad y libertad civil han sido consagrados por las constituciones y las leyes de todos los pueblos cultos.

Omitimos decir que toda prisión por responsabilidades puramente civiles, está prohibida por el artículo 17 de la Constitución de 1857; pues no se dará el caso que un abogado de nuestro foro tenga el candor de pedir que se apliquen á algún demandado las opiniones de Gregorio López y de D. Joaquín Escriche.

Expuesto lo anterior, volvamos á la ley 41 tít. 2, P. 3.<sup>o</sup> Conforme á este texto que es el que debe prevalecer sobre los anteriores, la fianza *judicatum solvi*, se limita á protestar ante el juez del litigio, *que se estará á derecho hasta que el pleito sea terminado por sentencia*. Y ni aun esta fianza estará obligado á prestar el demandado sino bajo ciertas condiciones, cuando se le reclama una cantidad en numerario, pues «ninguno sea obligado de se arraigar por demanda de dinero que le sea puesta, sin que preceda informa-

(1) Dicc. de Leg. y Jurisprudencia, artículo «Interés del dinero.»

(2) La edición del Escriche que tenemos á la vista es de 1884.

ción de la deuda, á lo ménos sumaria de testigos, ó de escritura auténtica.» [Ley 5ª, tít. 11, Lib. 10, Nov. Rec.]

Dar una significación más odiosa y más extensa al precepto de la ley, es cometer una injusticia que no podría disculparse.

La ley de Partida que hemos citado está tomada de la Instituta, núm. 2, tít. XI, Lib. IV.

Nada podría servir mejor á fijar el recto sentido de la ley de Partida, que la transcripción de la ley romana, que, con los párrafos antecedentes, dice así:

§ X.

TEXTO DE LA INSTITUTA. (1)

303. «Satisfactionum modus alius antiquitate placuit, alium novitas per usum amplexa est. Olim enim, si in rem agebatur, *satisdare* possessor compellebatur ut si victus nec rem ipsam restitueret nec *litis æstimationem* ejus, potestas esse petitori aut cum eo agendi, aut cum *fidejussoribus* ejus. Quæ *satisfatio* appellatur *Judicatum Solvi*. Unde autem sic appellatur, facile est intelligere, namque

(1) Traducción:—Los antiguos habían adoptado un sistema de afianzamiento: los modernos han adoptado otro. Antiguamente, en la acción in rem el poseedor debió dar caución al demandante, á fin de que, si era vencido y no volvía la cosa ó no pagaba la estimación del litigio, el demandante pudiese proceder contra él ó sus fiadores; caución que se llamaba *Judicatum Solvi*: siendo fácil explicar esta denominación, porque si el demandante estipulaba

*stipulatur quis, ut solvatur sibi quod fuerit judicatum*. Multo magis is qui in rem actione conveniebatur, *satisdare* cogebatur, si alieno nomine *judicium* accipiebat. Ipse autem qui in rem agebat, si suo nomine petebat, *satisdare* non cogebatur. Procurator vero, si in rem agebat, *satisdare* jubebatur. *Ratam Rem Dominum Habiturum*. Periculum enim erat ne iterum dominus de aedem re experiretur. Tutores et curatores, eodem modo quo et procuratores, *satisdare* debere verba edicti faciebant, sed aliquando his agentibus *satisfatio* remittebatur. Hæc ita erant, si in rem agebatur.

«I. Si vero in personam ab actoris quidem parte eadem obtinebant, quæ diximus in actione qua in rem agitur. Ab ejus vero parte cum quo agitur, si quidem alieno nomini aliquis interveniret, omnimodo *satisdaret*, quia nemo defensor in aliena re sine *satisfactione* idoneus esse creditur. Quod si proprio nomine aliquis *judicium* accipiebat in personam, *Judicatum Solvi* *satisdare* non cogebatur.

que se le pagase lo juzgado, con más razón el que era perseguido en reivindicación debía dar esta caución si era demandado en nombre de otro. En cuanto al demandante, en las reivindicaciones, si obraba en su nombre, no debía dar caución; pero si este demandante en reivindicación era un procurador, debía dar caución de que el dueño ratificaría la demanda; porque era de temer que éste último intentase en seguida una acción para el mismo objeto. El edicto quería que los tutores y curadores diesen caución como los procuradores; pero cuando eran demandantes se les dispensaba algunas veces de esta caución. Tales eran los principios cuando la acción era real.

1. En las acciones personales se aplicaba al demandante lo que hemos dicho de las acciones reales. En cuanto al demandado, si litigaba por otro, tenía siempre que dar caución, porque nadie puede ser demandado por otro sin dar caución. Si, por el contrario, el demandado litigaba por sí en una acción personal, éste no era obligado á dar la caución *judicatum solvi*.