

Unidad 5

- Actos prejudiciales.

UNIDAD V

ACTOS PREJUDICIALES

1. CONCEPTO

Antes de que se inicie el proceso pero, con vista a él, el legislador autoriza la realización de actos procesales, previos a juicio, necesarios para asegurar alguna prueba o para garantizar la eficacia pragmática del derecho que se intentará.

Bajo el ángulo de la significación gramatical el acto es la conducta positiva que implica la realización de un hacer. Lo prejudicial, lleva el prefijo "pre" cuyo significado es el de una preposición inseparable que denota antelación, prioridad, anterioridad. Se refiere a la que ocurre con anterioridad. Cuando el prefijo "pre" va vinculado a lo judicial, se alude a lo que ocurre antes de lo judicial, antes de lo perteneciente a la justicia, antes de que se inicie el proceso en el que se hace desempeño de la función jurisdiccional, antes de que el juicio se inicie.

En el Diccionario de Legislación y jurisprudencia de Escriche se determina que el acto es "una acción, un hecho, una operación, una diligencia, un modo de obrar, un procedimiento, ya de una autoridad o de un particular".

Por su parte, el maestro Eduardo Pallares, si bien no define el acto prejudicial, si da un concepto del acto judicial y expresa que el acto judicial "es el que se lleva a cabo por funcionarios judiciales en ejercicio de sus funciones. También se llaman actos judiciales los autos, decisiones, decretos y providencias de los jueces y magistrados. En síntesis, pudiera decirse que el acto judicial es el realizado por las autoridades judiciales en ejercicio de sus funciones, o por los particulares ante ellas, y con relación a dichas funciones" El mismo autor, da un concepto de los medios preparatorios al juicio, que constituyen una especie del género "actos prejudiciales" e indica:

"Se entiende por medios preparatorios del juicio, determinadas diligencias, casi

todas de prueba, que el actor o el demandado necesitan llevar a cabo antes de iniciarse el juicio, para que éste proceda legalmente o para afianzar mejor sus derechos." El procesalista español Fernando Arilla Bas le señala como objeto a los actos prejudiciales el de "proporcionar al actor el antecedente necesario para iniciar el juicio".,

Por tanto, podemos intentar un concepto de actos prejudiciales:

Los actos prejudiciales constituyen la conducta que desarrollan, antes de juicio, los funcionarios judiciales y los particulares, estos últimos en su carácter de posibles sujetos de un proceso como actores o demandados, para mejorar los derechos que se harán valer en el correspondiente juicio futuro.

Son elementos del concepto propuesto los siguientes:

a) Mencionamos una conducta puesto que, hay un obrar de personas físicas o morales.

b) La actuación correspondiente es atribuible a sujetos. El sujeto que promueve la actuación de la autoridad estatal encargada del desempeño de la función jurisdiccional puede ser una persona física o moral. Requiere de la actuación del órgano del Estado, a través de los funcionarios que desempeñan la función jurisdiccional. Por ello hablamos de particulares y de funcionarios judiciales. Los funcionarios judiciales que pudieran llegar a tener intervención serán: el juez, el secretario de acuerdos y el secretario actuario.

c) Mencionamos, respecto de los particulares, su carácter de "posibles sujetos de un proceso". La expresión "posible" alude a una contingencia pues, puede darse el caso que, en virtud del acto pre-judicial se llegue a un arreglo y no exista el proceso. O puede darse el caso de que, aunque haya existido el acto prejudicial, no se produzca el proceso por descuido, desidia o incuria de la parte que promovió los actos prejudiciales.

d) En el concepto que hemos propuesto consideramos que los particulares que promueven los actos prejudiciales pudieran tener el carácter futuro de actores o de demandados. Esto significa que, en opinión nuestra, los actos prejudiciales pueden provocarlos no sólo los que tendrán el carácter de actores, sino también los que tendrán el carácter de demandados. Estos últimos pueden proponer, por ejemplo, unas diligencias preliminares de consignación, para prevenir cualquier futura responsabilidad que se les exija.

e) El objeto que, en forma genérica, le hemos asignado a los actos prejudiciales es el de mejorar los derechos que se harán valer en el juicio futuro. Con ello no queremos decir que necesariamente se mejoren los derechos pero, sin duda que esa es la intención.

2. CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS PREJUDICIALES

Los actos prejudiciales pueden ser clasificados desde diferentes puntos de vista, a saber

a) Desde el punto de vista del juicio que se prepare. En este sentido puede hablarse de actos prejudiciales del juicio ordinario, del juicio ejecutivo o del juicio arbitral.

b) Desde el punto de vista del fin que persigan los actos prejudiciales. En este aspecto, pueden citarse actos prejudiciales que tienen por fin la exhibición de objetos muebles o documentos, los que tienen como objetivo el arraigo de la persona física, los que tienen como finalidad el secuestro provisional de bienes, los que tienden al desahogo previo de una probanza o los que tienen como fin consignar lo debido.

c) Desde el punto de vista de la responsabilidad que pudieran engendrar los actos prejudiciales, señalamos aquellos que previenen tal responsabilidad, al grado de que requieren el otorgamiento de garantía. de daños y perjuicios, como en el embargo precautorio y el arraigo, y aquellos otros en donde la responsabilidad se diluye en el resultado del posible juicio futuro.

d) Desde el punto de vista de la intervención de la futura contraparte, habrá diligencias en las que, desde el principio se da intervención a la presunta parte contraria y, otras, en las que la actuación es secreta hasta antes de practicado el embargo o el arraigo.

3. FUNDAMENTO DE LOS ACTOS PREJUDICIALES

Una importante justificación de los actos prejudiciales nos la señala el ilustre procesalista, hoy clásico, Hugo Alsina al indicar:

"El juicio ordinario comienza con la presentación de la demanda: pero, en ciertos casos, ésta no puede iniciarse, ya que el que había de intentarla carece de algún antecedente, sin cuyo conocimiento la cuestión podía ser erróneamente

planteada, ya porque sea necesario constatar un hecho o verificar una prueba para evitar que pudiera desaparecer por la acción del tiempo o de la persona que va a ser demandada."

Particularmente, con alusión a los actos prejudiciales de orden cautelar, el maestro José Becerra Bautista se le encuentra el fundamento a esas medidas en los siguientes términos: ". . . el legislador se ha preocupado porque la tutela jurídica que puede obtenerse mediante el ejercicio de la función jurisdiccional, no llegue demasiado tarde y ha establecido procedimientos cautelares, cuya naturaleza provisional está destinada a hacer posible la actuación sucesiva y eventual de las tutelas definitivas típicas. . . En otras palabras, existen determinadas situaciones jurídicas que exigen la realización de una actividad procesal previa tendiente a asegurar el éxito de un proceso definitivo".

En la última reflexión del maestro José Becerra Bautista encontramos un fundamento para todos los actos prejudiciales: se propende a asegurar un posible futuro buen éxito de un proceso posterior definitivo.

Cada uno de los diversos supuestos en que proceden los actos prejudiciales llevan la motivación que los justifica.

De esta manera, cuando en la preparación del juicio en general se pide la declaración bajo protesta de la persona a la persona contra quien se pretende dirigir la demanda, acerca de algún hecho relativo a su personalidad o a la calidad de su posesión o tenencia, la fundamentación está en el hecho de que, pudiera demandarse a quien posee un derecho que, sin esa diligencia preparatoria se desconocería. Se podría demandar a quien no debe demandarse o se reclamaría lo que en el juicio no procedería.

Cuando se solicita la exhibición de la cosa mueble, la justificación o fundamento está en el hecho de que, carece de objeto demandar en relación con ese bien, si el bien no lo tiene la persona a la que habrá de demandarse.

Cuando se pide la exhibición de un testamento, éste se exhibe a quien se creía heredero o legatario y no tiene el carácter que consideraba tener, ya no intentaría un juicio de petición de herencia que intentaría de no ser por el acto prejudicial.

Cuando se pretende el examen de testigos, antes de juicio, se hace por la edad avanzada de los testigos o por su situación de enfermedad grave que determina un peligro de perder la vida. Es decir, la justificación está en el peligro de desaparición de los testigos.

Cuando se prepara el juicio ejecutivo, la justificación de los actos prejudiciales está en el hecho de que el promovente, mediante ellos, asegure el otorgamiento de fuerza ejecutiva a su pretensión y litiga con la certeza de que su crédito está asegurado con el secuestro de bienes.

Podemos afirmar que, el fundamento de los actos prejudiciales es doble: el fundamento inmediato está en una disposición legal que los autoriza. El fundamento mediato está en una razón lógica que respalda su procedencia.

Si faltara el fundamento legal, el promovente de los actos prejudiciales no conseguiría su objetivo. Si faltara el fundamento mediato, habría razón para que la disposición legal que autorizara el acto prejudicial se derogara.

4. MEDIOS PREPARATORIOS DEL JUICIO EN GENERAL

En el estudio particular de los actos prejudiciales seguiremos el orden que está determinado en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

El dispositivo clave, en materia de preparación del juicio en general, está en las diversas hipótesis de procedencia de los actos prejudiciales que previenen las ocho fracciones del artículo 193 del ordenamiento citado.

La importancia de ese precepto está en la circunstancia de que menciona los casos en que procede la preparación y el objeto de los actos prejudiciales.

Enunciaremos las diversas fracciones y posteriormente, explicaremos cada una de ellas:

"ARTÍCULO 193. El juicio podrá prepararse:

"I. Pidiendo declaración bajo protesta el que pretenda demandar, de aquel contra quien se propone dirigir la demanda acerca de algún hecho relativo a su personalidad y a la calidad de su posesión o tenencia;

"II. Pidiendo la exhibición de la cosa mueble que haya de ser objeto de la acción real que se trate de entablar;

"III. Pidiendo el legatario o cualquier otro que tenga el derecho de elegir una o más cosas entre varias, la exhibición de ellas;

"IV. Pidiendo el que se crea heredero, coheredero o legatario, la exhibición de un testamento;

"V. Pidiendo el comprador al vendedor, o el vendedor al comprador, en el caso de evicción, la exhibición de títulos u otros documentos que se refieran a la cosa vendida;

"VI. Pidiendo un socio o comunero la presentación de los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, al consocio o condueño que los tenga en su poder;

"VII. Pidiendo el examen de testigos, cuando éstos sean de edad avanzada o se hallen en peligro inminente de perder la vida, o próximos a ausentarse a un lugar con el cual sean tardías o difíciles las comunicaciones, y no pueda deducirse aún la acción, por depender su ejercicio de un plazo o de una condición que no se haya cumplido todavía;

"VIII. Pidiendo el examen de testigos para probar alguna excepción, siempre que la prueba sea indispensable y los testigos se hallen en alguno de los casos señalados en la fracción anterior;

"IX. Pidiendo el examen de testigos u otras declaraciones que se requieran en un proceso extranjero."

En la transcrita fracción I, encontramos que el promovente de los medios preparatorios es quien tendrá el carácter de posible futuro actor. Las diligencias están dirigidas al sujeto que tendrá el carácter de posible futuro demandado. Por otra parte, el objeto de los actos prejudiciales se orienta a obtener una declaración bajo protesta, del segundo de los sujetos mencionados.

No se especifica en la fracción I, si la declaración bajo protesta está sujeta a los lineamientos que corresponden a la prueba de confesión judicial o a la prueba testimonial. Consideramos nosotros que, debiera estar sujeta a las reglas de la

prueba testimonial dado que, por los datos que pueda proporcionar sobre su personalidad o sobre la calidad de su posesión o tenencia, puede suceder que no vaya a tener, en definitiva, el carácter de demandado. Por otra parte, es esencial que se le obligue a ir a declarar mediante el empleo de los correspondientes medios de apremio.

Supongamos que el actor, desconoce el nombre del demandado futuro, pues, si partimos de la hipótesis de que se adjudicó por herencia un inmueble, al ir a tomar posesión de él se encuentra con el hecho de que está ocupado por un individuo en compañía de su familia. Pregunta en el inmueble y en las casas vecinas sobre el nombre del ocupante y su familia y no obtiene los datos respectivos. Se dirige al juzgador, en medios preparatorios a juicios para el efecto de que el ocupante del inmueble, comparezca ante el juez a declarar sobre su personalidad como ocupante, así como para declarar sobre la calidad de su posesión o tenencia.

No podría intentar la demanda definitiva pues, es requisito indispensable determinar el nombre del demandado. Por otra parte, no convendría intentar la demanda definitiva, si se desconoce la calidad de la posesión o tenencia. Esto será de gran importancia: si el ocupante lo hace en nombre propio y con intenciones de prescribir se seguirá un juicio reivindicatorio. Si el ocupante lo hace en nombre propio pero, como inquilino, y adeuda varios meses de renta, se seguirá un juicio de desahucio.

Consideramos que, la posibilidad de obtener la declaración de una persona, antes de intentar un juicio, no debiera estar limitada a proporcionar datos sobre la personalidad y sobre la calidad de la posesión o tenencia, sino a cualquier hecho que pudiera ser importante para que el presunto futuro actor pudiese intentar su acción con plena conocimiento de causa. De esta manera pudieran evitarse litigios y también, se evitaría, que el actor intentara una demanda derivada de malos entendidos, o de desconocimiento parcial de los hechos.

Estimamos que se ganaría en flexibilidad y en justicia.

Las fracciones de la II a la VI, antes transcritas, señalan diversos supuestos, de medios preparatorios del juicio en general, que se traducen en la pretensión del promovente de los medios preparatorios, de obtener la exhibición de cosas o documentos.

En el caso de la fracción II se pide la exhibición de la cosa mueble sobre la que se ejercitará la acción real. Sobre el particular, hemos de recordar que, en los

términos del artículo 3° del mismo ordenamiento, por medio de las acciones reales se reclaman la herencia, los derechos reales o la declaración de libertad de gravámenes reales. Estas acciones reales se dan y se ejercitan contra el que tiene en su poder la cosa y tiene obligación real, con excepción de la petición de herencia y la negatoria.

En el supuesto de la fracción III, sólo una cosa será la materia del juicio pero, la elección entre varias cosas la realiza el promovente a través de los medios preparatorios, cuyo objetivo es que se le exhiban varias cosas para elegir entre ellas.

Dentro de la fracción IV, el promovente de los medios preparatorios ha de ser heredero, coheredero o legatario, presunto. Es decir, subjetivamente se estima heredero, coheredero o legatario; se considera con ese carácter pero, no tiene la certeza de serlo. La tendrá o se desengañará a través del examen del testamento pero, será necesario que se le exhiba el testamento, para ello está prevista la exhibición del testamento. Las diligencias estarán dirigidas a la persona que tenga el testamento.

En caso de evicción, según la fracción V, el comprador pide al vendedor, o el vendedor al comprador, la exhibición de títulos u otros documentos que se refieran a la cosa vendida. Al respecto, recordemos que en los términos del artículo 2,283, fracción III del Código Civil, el vendedor está obligado a prestar la evicción. Es recomendable que, el vendedor que entrega al comprador de un inmueble todos los documentos relativos a transmisiones anteriores de propiedad, obtenga el recibo o recibos correspondientes pues, puede darse el caso de que el comprador ejerza su derecho á reclamar la exhibición, en los términos de la fracción V de referencia.

En la hipótesis de copropiedad o sociedad, el consocio o condueño, conforme a la fracción VI, reclama, en los medios preparatorios, al consocio o condueño que los tenga en su poder, la presentación de los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad. Supongamos un caso real en que uno de los condueños recibe las rentas de la copropiedad y se supone paga los impuestos prediales y derechos de servicio de agua. El condueño pretensor no sabe a ciencia cierta si hay retraso en el pago de rentas y de impuestos y derechos; antes de hacer reclamación alguna, intenta los medios preparatorios correspondientes.

Las fracciones VII y VIII del artículo 193 atañen al examen de testigos. La primera fracción previene la hipótesis de que sea el futuro actor el que requiera el

desahogo de la prueba testimonial, antes de ejercitar la acción. La otra fracción analiza el supuesto de que sea el futuro demandado el que solicite el examen anticipado de testigos para probar alguna excepción.

Las razones en que se puede fundar un examen anticipado de testigos están precisadas en la fracción VII y la VIII remite a ella. Tales razones son:

a) Que los testigos sean de edad avanzada o se hallen en peligro inminente de perder la vida, o próximos a ausentarse a un lugar en que sean tardías o difíciles las comunicaciones;

b) Que aún no pueda deducirse la acción, por depender de un plazo o de una condición que no se haya cumplido todavía.

c) En el caso de la excepción deben cumplirse los mismos requisitos anotados.

El escrito en el que se pida la diligencia preparatoria al juicio en general, deberá expresar el motivo por el que se solicita y el litigio que se trata de seguir o que se teme (artículo 194) . El litigio que se trata de seguir hace referencia a diligencias promovidas por el futuro actor y el litigio que se teme; alude al futuro demandado que puede promover las diligencias mencionadas.

El juzgador posee la facultad discrecional de disponer lo que estime conveniente, ya para cerciorarse de la personalidad del que solicite la diligencia preparatoria, ya de la urgencia de examinar a los testigos (artículo 195) .

La resolución que concede la diligencia preparatoria no admite recurso alguno. Contra la resolución denegatoria cabe el recurso de apelación si es apelable la sentencia del juicio que se prepara o que se teme (artículo 195).

La acción exhibitoria prevista por las fracciones II, III y IV del artículo 193 procede contra cualquier persona que tenga en su poder las cosas que en ellas se mencionan. Esto significa que puede proceder contra terceros tenedores de tales cosas (artículo 196) .

Si se solicita la exhibición de un protocolo o de cualquier otro documento archivado, la diligencia ha de practicarse en el oficio del notario o en la oficina respectiva, sin que en ningún caso salgan de ellos los documentos originales (artículo 197) .

Las diligencias preparatorias previstas en las fracciones II a IV, VII, VIII y IX del artículo 193 se practicarán con citación de la parte contraria, a quien se correrá traslado de la solicitud por el término de tres días, y se aplicarán las reglas establecidas para la práctica de la prueba, testimonial (artículo 198) .

Una vez promovido el juicio, mediante solicitud del que hubiere pedido la preparación, se agregarán las diligencias preparatorias para que surtan efectos en dicho juicio (artículo 199) .

El artículo 200 previene importantes efectos para el tenedor del documento o cosa mueble

"Si el tenedor del documento o cosa mueble fuere el mismo a quien se va a demandar, y sin causa alguna se negare a exhibirlos, se le apremiará por los medios legales, y si aún así resistiere la exhibición o destruyere, deteriorase u ocultase aquellos, o con dolo o malicia dejare de poseerlos, satisfará todos los daños y perjuicios que se hayan seguido, quedando, además, sujeto a la responsabilidad criminal en que hubiere incurrido. Si alegare alguna causa para no hacer la exhibición, se le oirá incidentalmente."

Este precepto es omiso en cuanto a que no previó la posibilidad de que el tercero se negase a exhibir la cosa o documento. Realmente no existe motivo para limitar la severidad del artículo transcrito sólo respecto a la persona a quien se va a demandar.

5. MEDIOS PREPARATORIOS DEL JUICIO EJECUTIVO

Son cuatro especies del género "medios preparatorios del juicio ejecutivo

a) Preparación mediante confesión judicial.

b) Preparación mediante reconocimiento de firma de documento ante el C. actuario.

c) Preparación mediante reconocimiento de documento ante notario.

d) Preparación mediante liquidación incidental.

Analizaremos por separado cada una de las mencionadas especies de medios preparatorios a juicio ejecutivo:

A) Preparación del juicio ejecutivo mediante confesión judicial.-

Esta primera forma está prevista en el artículo 201 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que textualmente expresa:

"Puede prepararse el juicio ejecutivo, pidiendo al deudor confesión Judicial bajo protesta de decir verdad, y el juez señalará día y hora para la comparecencia. En este caso el deudor habrá de estar en el lugar del Juicio cuando se le haga la citación, y ésta deberá ser personal, expresándose en la notificación el objeto de la audiencia, la cantidad que se reclame y la causa del deber.

"Si el deudor no fuere hallado en su domicilio, la notificación se hará en los términos del artículo 116.

"Se tendrá por confeso en la certeza de la deuda a aquel deudor que habiendo sido citado no comparezca a la diligencia mencionada en el primer párrafo de este artículo ni pruebe justa causa que se lo haya impedido."

Por supuesto que es del todo acertado que exista la posibilidad de preparar el juicio ejecutivo mediante la confesión previa del deudor. Sólo cabe, por tanto, hacer algunas observaciones críticas al dispositivo transcrito, con tendencia a su mejoramiento:

1. El dispositivo debiera precisar que el deudor ha de serlo de cantidad líquida pues, de no ser así, carecerá de objeto preparar el juicio ejecutivo, ya que el artículo 446 del propio Código de Procedimientos Civiles determina que la ejecución no puede despacharse sino por cantidad líquida.

2. El dispositivo debiera precisar que el deudor ha de serlo de cantidad de plazo vencido pues, de no ser así, también carecería de razón de ser la preparación del juicio ejecutivo, ya que el artículo 448 del mismo ordenamiento determina que las obligaciones sujetas a condición suspensiva o a plazo no serán ejecutivas, salvo lo dispuesto en los artículos 1945 y 1959 del Código Civil.

3. Expresamente el precepto se refiere a confesión judicial, por lo que, complementariamente le deben ser aplicables las disposiciones que rigen la prueba confesional, salvo las modalidades específicas que establece el precepto y a las que nos referiremos a continuación.

4. Dada la trascendencia de la confesión, que dará lugar a que se despache ejecución, al promoverse posteriormente el juicio ejecutivo, es enteramente correcta la disposición en la parte en la que determina que el deudor habrá de estar en el lugar del juicio cuando se le haga la citación. a este respecto, estimamos que, el C. actuario deberá asentar razón de que obtuvo información de que el deudor está en el lugar del juicio, si es que no entendió con él la diligencia de citación. Debemos entender que eso es cuando se le hace la primera citación. El precepto debiera aclarar si es cuando se hace la primera citación o si es cuando se hacen las dos citaciones.

5. No se indica en el precepto si se requiere la exhibición previa de pliego de posiciones para la obtención de la declaración de confeso. Estimamos que será necesario en pliego en los términos de la parte final del artículo 322 del Código de Procedimientos Civiles.

B) Preparación del juicio ejecutivo mediante reconocimiento de firma ante la presencia judicial.-

Estos medios preparatorios del juicio ejecutivo están previstos en el artículo 202 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, cuyo texto expresa:

"Se tendrá por reconocido el documento privado que contenga deuda líquida y sea de plazo cumplido, cuando el deudor reconozca su firma ante la presencia judicial o cuando requerido para ello rehúse contestar si es o no suya la firma y cuando deje de asistir a la audiencia de reconocimiento sin justa causa."

Caben los siguientes comentarios al dispositivo que hemos reproducido:

1. El reconocimiento ante la presencia judicial opera respecto de documentos privados puesto que los documentos públicos tienen fuerza ejecutiva en las hipótesis previstas por el artículo 443 del mismo ordenamiento.

2. El precepto tiene el acierto de referirse a documentos que contengan deuda líquida y sean de plazo cumplido pues, de esa manera, están en plena

concordancia con los artículos 446 y 448 del mismo ordenamiento.

3. La disposición reproducida contempla el caso del reconocimiento expreso parcial. En efecto, basta el reconocimiento de la firma ante la presencia judicial aunque no se reconozca el contenido.

4. El artículo transcrito contempla dos casos de reconocimiento tácito:

á) Cuando es requerido para reconocer el documento y se niegue a contestar si es o no suya la firma que deberá aparecer en el documento;

"b) Cuando deje de asistir a la audiencia de reconocimiento sin justa causa

5. Si el documento no está firmado o si la firma se desconoce no habrá reconocimiento de tal firma y no tendrá fuerza ejecutiva el documento privado.

C) Preparación del juicio ejecutivo mediante reconocimiento ante notario

El reconocimiento puede ser realizado ante notario público, conforme a los lineamientos establecidos en el artículo 203 del Código de Procedimientos Civiles: "Puede hacerse el reconocimiento de documentos firmados ante notario público, ya sea en el otorgamiento, o con posterioridad, siempre que lo haga la persona directamente obligada, su representante legítimo o su mandatario con poder bastante.

"El notario hará constar el reconocimiento al pie del documento mismo, asentando si la persona que reconoce es apoderado del deudor y la cláusula relativa."

Al precepto transcrito, es factible hacerle las siguientes observaciones:

1. Aunque se haga el reconocimiento de documentos en el momento del otorgamiento, se trata de documentos, no públicos, sino privados. El otorgamiento del documento es privado pero, se mejora el documento mediante el reconocimiento del documento ante el notario.

2. El reconocimiento del documento, debe abarcar la firma y el contenido. El precepto resulta incompleto pues no indica que el reconocimiento debe abarcar la firma y el contenido. Sin embargo, para fines de ejecución basta el reconocimiento de la firma aun cuando se niegue la deuda (artículo 443-1V).

3. Cuando se menciona el reconocimiento hecho por su representante legítimo,

debemos entender que ha de tratarse de un documento extendido por él mismo, en representación de un incapaz, pues, no Podría reconocer un documento extendido por un incapaz, a menos que, de esa manera se pretendiera convalidar. Asimismo, cuando se alude al reconocimiento del representante legítimo también debemos entender que se puede hacer referencia a un representante de una persona moral.

4. En el segundo párrafo del artículo 203 se hace alusión al asentamiento por el notario de datos relativos al poder cuando el reconocimiento lo hace un apoderado pero, se omite hacer referencia al hecho por el cual se cercioró de que el reconocimiento fue hecho por el representante legítimo.

5. Por supuesto que, de nada valdría el reconocimiento del documento ante notario público, para efectos de ejecución si el documento no fuera de plazo cumplido y no contuviera deuda líquida pues, no serviría para obtener posterior ejecución, si atendemos a lo dispuesto por los artículos 446 y 448 del mismo ordenamiento.

6. Es pertinente señalar que, en la hipótesis de estos medios preparatorios ante notario público, no hay intervención judicial por lo que, son actos material y formalmente administrativos. No hay injerencia del juzgador a diferencia de los otros tres medios de preparación del juicio ejecutivo.

7. El medio es muy recomendable para la celeridad que puede emplearse, dada, incluso, la posibilidad de que el notario público se traslade con el deudor para que reconozca ante él la documentación firmada.

D) Preparación del juicio ejecutivo mediante liquidación incidental.-

Como es requisito, conforme al artículo 446 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que la cantidad que se reclame sea líquida para que proceda despacho de ejecución, en el medio preparatorio del artículo 204 se establece el procedimiento para hacerse la liquidación correspondiente.

Determina textualmente el artículo 204 del ordenamiento en estudio:

"Si es instrumento público o privado reconocido y contiene cantidad líquida, puede prepararse la acción ejecutiva siempre que la liquidación pueda hacerse en un término que no excederá de nueve días.

"La liquidación se hace incidentalmente con un escrito de cada parte y la resolución del juez, sin ulterior recurso más que el de responsabilidad."

Respecto al precepto transcrito hacemos los siguientes comentarios:

1. Con relación a un solo documento podría suceder que se plantearan diversos medios preparatorios, uno para su reconocimiento y otro para la liquidación de la cantidad que correspondiese. Sería conveniente que, por economía procesal, pudiera promoverse un solo procedimiento cuyo objeto fuera tanto el reconocimiento como la liquidación de la cantidad que comprendiese.
2. El término de nueve días es arbitrario, máxime si se le va a dar una tramitación incidental que llevará más tiempo, sobre todo si para la liquidación se requiere la intervención de peritos en contabilidad.
3. Al establecerse el trámite del incidente de liquidación se alude a un cristo de cada parte y la resolución del juez. Esto significa que se omite .a posibilidad de una dilación probatoria y ésta puede ser indispensable. Por tanto, estimamos que el procedimiento previsto no es el adecuado.

6 SEPARACIÓN DE PERSONAS COMO ACTO PREJUDICIAL.

La razón que justifica la existencia de estos medios preparatorios, que se comprenden en el rubro genérico de "separación de personas como acto prejudicial"; la localizamos en la obligación que tienen los cónyuges de vivir juntos en el domicilio conyugal, según lo determina el artículo 163 del Código Civil, excepción hecha cuando el otro cónyuge traslade su domicilio a país extranjero, o se establezca en lugar insalubre o indecoroso.

Si el objeto de la separación es que uno de los cónyuges proceda a demandar del otro el divorcio, es aconsejable que no promueva preliminarmente estos medios preparatorios, sino que, en la propia demanda, solicite la separación con apoyo en el artículo 275 del Código Civil. Este precepto establece:

"Mientras que se decrete el divorcio, el juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera provisional y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos, a quienes hay obligación de dar alimentos."

El dispositivo transcrito textualmente, se complementa con la fracción II del artículo 282 del Código Civil que obliga al juez a determinar, al admitirse la demanda de divorcio, la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de

Procedimientos Civiles. Esta medida se dicta provisionalmente y sólo mientras dura el juicio.

Hemos dado nuestro punto de vista de que, no se promuevan los medios preparatorios materia de estudio en este apartado, porque, la solicitud correspondiente a separación se puede hacer en la misma demanda de divorcio y se resuelve sobre ella en el acto de admisión de la demanda o antes en casos urgentes. Además, si se pidieran antes, la demanda ha de hacerse dentro de un término que no excederá de quince días hábiles, contados a partir del día siguiente de efectuada la separación. Es posible concederse, a juicio del juez, una prórroga por igual término, por una sola vez (artículo 211 del Código de Procedimientos Civiles).

En cambio, si uno de los cónyuges piensa demandar por concepto diverso al otro - cónyuges- determinado denunciarlo o querellarse en contra de él, será muy necesario que proceda a la tramitación de la separación en la forma prevista por los artículos 2115 al 217 del Código de Procedimientos Civiles, cuyo análisis haremos a continuación.

La petición de separación tiene tres supuestos: el cónyuge que pide s separación tiene la intención de demandar, de denunciar o de querellarse en contra de su cónyuge (artículo 205).

Para conocer del acto prejudicial de separación de personas es competente el juez de lo familiar. Así lo determinan los artículos 205 y 206. Si no es posible acudir al juez de lo familiar, el juez del lugar puede decretatr la separación provisionalmente, remitiendo las diligencias al competente éste confirmará, en su caso, la decisión dictada con motivo de la separación y continuará el procedimiento su curso legal (artículos 206 y 217).

No hay formalidad para la redacción de la solicitud de separación. Así, la solicitud puede ser escrita o verbal, y sólo se requiere señalar las causas en que se funda, el domicilio para su habitación, la existencia de hijos menores y las demás circunstancias del caso (artículo 207). Esta sencillez de formalidades está confirmada por el artículo 942 del mismo Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal cuando indica:

"No se requieren formalidades especiales para acudir ante el juez de lo familiar cuando se solicite la declaración, preservación o constitución de un derecho, o se

alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre administración de los bienes comunes, educación de los hijos, oposición de maridos, padres y tutores y en general todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial."

Aunque esa sencillez de formas es la regla general, en cierta medida, sí existen ciertas reglas que rigen los escritos o comparecencias ante el juez familiar, tal y como se desprende del artículo 943 del mismo ordenamiento:

"Podrá acudirse al juez de lo familiar por escrito o por comparecencia personal en los casos urgentes a que se refiere el artículo anterior, exponiendo de manera breve y concisa los hechos de que se trate. Con las copias respectivas de esa comparecencia y de los documentos que en su caso se presenten se correrá traslado a la parte demandada, la que deberá comparecer, en la misma forma dentro del término de nueve días. En tales comparecencias las partes deberán ofrecer las pruebas respectivas. Al ordenarse ese traslado, el juez deberá señalar día y hora para la celebración de la audiencia respectiva..."

Conforme a este último precepto, el cónyuge que pide la separación deberá ofrecer pruebas y acompañar copias de su escrito por el que pretende la separación. Entre esas pruebas, deberá exhibir la copia certificada de su acta de matrimonio para acreditar su carácter de cónyuge. Estimamos que no puede decretarse una separación entre cónyuges si previamente no se ha demostrado que existe el estado matrimonial.

Antes de dictar la resolución correspondiente, el juez podrá, a su juicio, practicar -las diligencias necesarias antes de dictar la resolución. Pone supuesto que, estas diligencias pueden ser sugeridas por la parte interesada en la separación. (Artículo 208.) Si no estima conveniente las diligencias previas apuntadas, resolverá sobre la procedencia de la solicitud y si la concediere, dictará las disposiciones pertinentes para que se efectúe materialmente la separación atendiendo a las circunstancias de cada caso en particular (artículo 209).

En estas medidas del juez no existe fijeza inmovible pues, el juez puede variar las disposiciones decretadas cuando exista causa justa que lo amerite o en vista de que los cónyuges, de común acuerdo o individualmente lo soliciten, si lo estima pertinente, según las circunstancias del caso (artículo 210).

En la misma resolución el juez debe ordenar la notificación al otro cónyuge, previniéndole se abstenga de impedir la separación o causar molestias a su cónyuge, bajo apercibimiento de procederse en su contra en los términos a que hubiere lugar (artículo 212).

El juez tendrá que determinar la situación de los hijos menores atendiendo a las circunstancias del caso, tomando en cuenta las obligaciones señaladas en el artículo 165 del Código Civil y las propuestas, si las hubiere, de los cónyuges artículo 213; A este respecto es necesario que en la solicitud de separación se proporcionen datos que pueden ser útiles es para el señalamiento de una pensión alimenticia para los hijos y para el cónyuge dependiente económico. En caso de inconformidad de alguno de los cónyuges sobre la resolución o disposiciones decretadas, se tramitara por medio de un incidente cuya resolución no admitirá recurso alguno.

Si al vencimiento del plazo concedido no se acredita al juez que se ha presentado la demanda, la denuncia o la querrela, cesarán los efectos de la separación, quedando obligado el cónyuge a regresar al domicilio conyugal dentro de las veinticuatro horas siguientes (artículo 215). Equivale este deber a una condición resolutoria por lo que, no basta no presentar la demanda, denuncia o querrela, sino que es necesario acreditarle al juez que se ha promovido la correspondiente presentación de la gestión que motivó los medios preparatorios.

El cónyuge que se separó mediante el procedimiento en estudio, tiene en todo tiempo el derecho de volver al domicilio conyugal (artículo 216).

7. ACTOS PARA LA PREPARACIÓN DEL JUICIO ARBITRAL

El proceso arbitral prescinde de la intervención de los órganos de autoridad estatal encargados de la dicción del derecho pero, se requiere el auxilio estatal para la etapa de la preparación y para la de ejecución forzada, cuando estas etapas se requieren.

Por ahora hemos de ocuparnos del auxilio de la autoridad judicial estatal en la preparación del juicio arbitral, en la forma como está prevista por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Es necesario para que pueda pensarse en el juicio arbitral que ambas partes hayan convenido dirimir sus controversias a través de ese medio. El consentimiento de las partes ha de obrar en documento privado o público y ha de estar orientado a la determinación común de someter las diferencias que surjan entre ellos a la decisión de un árbitro.

En caso de que el árbitro no haya sido nombrado por las partes, el nombramiento ha de hacerlo el juez, conforme al procedimiento legal de que nos ocuparemos (artículo 220).

Cualquiera de los interesados en el arbitraje, habrá de dirigirse al juez, presentará el documento en que se contiene la cláusula compromisoria. El juez citará a una junta dentro del tercer día para que se presenten a elegir árbitro, apercibiéndolos de que, en caso de no hacerlo, lo hará en su rebeldía.

Cuando la cláusula compromisoria está en documento privado es necesario que el actuario, al emplazar a la otra parte a la junta a que se hizo alusión, requiera previamente a la otra parte para que reconozca la firma del documento, y si se rehusare a contestar a la segunda interrogación, se tendrá por reconocida (artículo 221).

Nosotros encontramos como inconveniente a este sistema la exigencia de ese reconocimiento del documento, mediante el reconocimiento de la firma, pues, se requerirá que el actuario entienda la diligencia personalmente con la otra parte que ha convenido el arbitraje. Esta situación puede obstaculizar, en el terreno práctico, la expedición que pretende obtenerse a través del arbitraje. Sería mejor que, simplemente se hiciera el emplazamiento para la junta, en la que, podría hacer valer objeciones en cuanto a la firma del documento.

Durante la junta el juez procurará que elijan árbitro de común acuerdo los interesados, y en caso de no conseguirlo, designará uno entre las personas que anualmente son listadas por el Tribunal Superior, con tal objeto. Lo mismo se hará cuando el árbitro nombrado en el compromiso renunciare y no hubiere sustituto designado (artículo 222).

El precepto menciona el hecho de que el árbitro designado por los interesados renunciare. Esto significa que aceptó y que después abandonó el cargo de árbitro. Debía haber previsto la situación de que el árbitro no aceptare el cargo. De la

misma manera, debió haberse previsto la situación de que el árbitro nombrado por el juez, no aceptare o renunciare al cargo.

Con el acta de la junta a que hemos hecho referencia, el árbitro iniciará sus funciones y emplazará a las partes en seguimiento del proceso arbitral previsto por los artículos del 609 al 636 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En caso de que no se hayan designado árbitros o árbitro, son absolutamente imprescindibles los medios preparatorios a que se refiere este apartado pues, de otra manera, no podría iniciarse el procedimiento arbitral. A este respecto, nos permitimos transcribir el segundo párrafo del artículo 616 del Código de Procedimientos Civiles:

"Cuando no se hayan designado los árbitros, se entiende que se reservan hacerlo con intervención judicial, como se previene en los medios preparatorios."

Por otra parte, hemos dejado indicado que en los medios preparatorios al juicio arbitral se previene lo que ha de hacerse en caso de renuncia de los árbitros, que no se prevé la situación de que el árbitro renuncie pero, tampoco se establece previsión para el caso de revocación del árbitro por las dos partes.

8. DILIGENCIAS PRELIMINARES DE CONSIGNACIÓN

El artículo 224 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, contempla cuatro hipótesis en las que puede proceder que se inicien los medios preparatorios denominados "diligencias preliminares de consignación":

á) El acreedor rehúsa recibir la prestación debida. Por ejemplo, el arrendador se niega a recibir el pago de la renta o se niega a recibir, al terminar el arrendamiento, la localidad arrendada;

b) El acreedor rehúsa dar el documento justificativo de pago. Supongamos que se trata del pago del importe de una letra de cambio, el acreedor pretende dar un recibo en lugar de la letra que se suscribió. Ello sería contrario al artículo 129 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que establece que el pago de la letra debe hacerse precisamente contra su entrega. En tal hipótesis, el suscriptor

de la letra de cambio consignaría su importe;

c) El acreedor es persona incierta. Este podría ser el caso de un título de crédito que ya no está en poder del beneficiario inicial y se ignora quién es el tenedor actual del título valor.

d) El acreedor es incapaz de recibir.

En cualquiera de esas hipótesis, el deudor puede librarse de la obligación haciendo consignación de la cosa.

En el supuesto de que el acreedor sea cierto y conocido se le citará para día, hora y lugar determinados, a fin de que reciba o vea depositar, la cosa debida (artículo 225). cuando el precepto menciona que el acreedor sea "cierto" y conocido", se alude a que sea cierto y conocido para el deudor.

En caso de que el acreedor fuere desconocido, se le citará por los periódicos y por el plazo que designe el juez, según lo dispone el artículo 226 del ordenamiento citado. Es omisa la legislación en este punto pues, no determina qué periódicos, ni cuántos, ni cuántas veces se harán las publicaciones. Estimamos que, podría aplicarse complementariamente lo dispuesto por el artículo 122 del Código de Procedimientos Civiles.

En caso de ausencia o de incapacidad del acreedor se citará al representante legítimo de éste (artículo 227).

Cuando el acreedor, a pesar de haber sido citado, no comparece en el día, hora y lugar designados, o no envía procurador por autorización bastante que reciba la cosa, el juez extenderá certificación en que consten la no comparecencia del acreedor, la descripción de la cosa ofrecida y que quedó constituido el depósito en la persona o establecimiento designado por el juez o por la ley (artículo 227). A este supuesto legal de no comparecencia del acreedor, nosotros le hemos agregado "a pesar de haber sido citado" pues, de no haber sido citado, la no comparecencia obedece a esa razón justificada y deberá citársele para otra fecha previamente señalada.

Determina el artículo 228:

"Si la cosa debida fuese cierta y determinada que debiere ser consignada en el lugar en donde se encuentra y el acreedor no la retirara ni la transportara, el deudor puede obtener del juez la autorización para depositarla en otro lugar."

Cuando el acreedor no haya estado presente en la oferta y depósito, debe ser notificado de esas diligencias entregándole copia simple de ellas (artículo 229). Si la consignación es de dinero "puede" hacerse exhibiendo el certificado de depósito, en la institución autorizada por la ley para el efecto artículo 230). Hemos puesto "puede" entrecomilladamente pues, en realidad no es optativo para quien consigna una suma de dinero, consignarla en certificado de depósito, sino que es obligatorio. Sobre este particular, la entidad autorizada para recibir en depósito las cantidades de dinero consignadas a los jueces es la Nacional Financiera, S. A., según lo determina la Ley Orgánica de la Nacional Financiera, S. A., en su artículo 7o.

Se autoriza en el artículo 231 que la consignación y el depósito se hagan por conducto de notario público.

Si el acreedor es conocido pero son dudosos derechos, se seguirán las diligencias preliminares de consignación.

Se requiere la intervención judicial y bajo la condición de que el interesado justifique sus derechos por los medios legales (artículo 232). Un ejemplo de esta hipótesis legal lo podríamos tener en el caso en que el deudor debe entregar una suma a los herederos-de cierto autor de la herencia. Se conocen a los acreedores pero, no se tiene la de que tengan el carácter de herederos. Con la exhibición del auto que los declara herederos podrían justificar sus derechos.

Puede suceder que el acreedor se rehúse en el acto de la diligencia a recibir la cosa. en esta situación el deudor, con la certificación antes mencionada, podrá pedir la declaración de liberación en contra del acreedor, mediante el juicio correspondiente (artículo 233).

Dispone el artículo 234:

"El depositario que se constituya en estas diligencias será designado por el juez si con intervención de él se practicaren. Si fueren hechas con intervención de notario, la designación será bajo la responsabilidad del deudor."

En la práctica se producen, con la mayor frecuencia, las siguientes actitudes:

A) El interesado que hace la consignación se conforma con poseer, como comprobante de la consignación que ha hecho, la copia sellada del escrito respectivo. Como generalmente hace la consignación de sumas de dinero, en su copia sellada aparece anotado que a su escrito acompañó certificado de depósito

número "X", amparando la cantidad "X".

B) El interesado no toma la precaución de encargar que el expediente formado a su escrito inicial de consignación se turne al actuario para citar al acreedor, por lo que, normalmente el acreedor no es citado.

C) Si al interesado lo requiere extrajudicialmente de pago el acreedor, le hace de su conocimiento, extraoficialmente, que tiene hecha la consignación desde tal fecha, en tal juzgado. El acreedor se apersona a las diligencias, acredita su derecho a recibir o se identifica si el derecho a recibir está admitido por el consignante y previa exhibición del comprobante de pago o del documento idóneo, se le entrega debidamente endosado en su favor el certificado de depósito expedido por Nacional Financiera, S. A. Los recibos o documentos idóneos son puestos por el juez a disposición del consignante.

D) Si al interesado que consignó se le requiere judicialmente de pago, por el acreedor, el deudor invoca el depósito que ha hecho ante juez, mediante las diligencias preliminares de consignación, exhibe las copias selladas correspondientes o pide se libre oficio al C. juez ante quien hizo la consignación para que envíe los expedientes respectivos.

E) En materia de arrendamiento es sumamente frecuente el empleo de las diligencias preliminares de consignación, dada la costumbre de ciertos propietarios de presionar a los inquilinos hacia la desocupación, mediante la fórmula de no cobrarles las rentas para después demandarles el desahucio. Ésta situación está prevista por el artículo 491 del Código de Procedimientos Civiles que a la letra determina:

"Si en el caso de la diligencia justificare el arrendatario, con los recibos correspondientes, haber hecho el pago de las pensiones reclamadas, o exhibiere su importe o copia sellada por un juzgado de escritos de ofrecimiento de pago a los que hubiere acompañado los certificados de depósito respectivos, se suspenderá la diligencia, asentándose constancia de estas circunstancias en el acta y agregándose los justificantes que se presenten, para dar cuenta al juzgado...

"Si se exhibieren copias de escritos de ofrecimiento de pago, se pedirán los originales por oficio al juzgado en que se encuentren, así como los correspondientes certificados. Recibidos éstos se dará por terminado el procedimiento y se entregarán los certificados al arrendador, a cambio de los recibos correspondientes..."

9. LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS

Dentro de este capítulo que hemos dedicado a los actos prejudiciales cabe la inclusión de las providencias precautorias en cuanto a que pueden decretarse antes de iniciado el juicio. Ello es sin perjuicio de que una vez iniciado el procedimiento jurisdiccional-se-puedan plantear y obtener, mediante procedimiento incidental por cuerda separada, las providencias precautorias (artículo 237 del Código de Procedimientos Civiles).

La justificación de las providencias precautorias la barrunta Demetrio Sodil en las siguientes expresiones: "La ley, con el objeto de no hacer ilusorio el juicio y con el de preparar el esclarecimiento de los hechos o circunstancias que permitan fundar la materia objeto del litigio, permite la práctica de diligencias preparatorias, autorizadas ya, desde las leyes antiguas españolas." Más adelante, agrega: "Las diligencias precautorias sólo pueden dictarse: 1. Para impedir que una persona se ausente del lugar donde ha de ser o ha sido demandado, sin dejar apoderado instruido y expresado que conteste el juicio y lo haga hasta su terminación; II. Para impedir que un deudor eluda sus obligaciones o el resultado del juicio que se ha promovido o se intente promover en su contra."

A) Concepto de las providencias precautorias

La palabra providencia en una de sus acepciones gramaticales alude a la disposición o prevención tornada por alguien frente a una situación dada. En un típico significado forense se refiere a la resolución tomada por el juez. Por tanto, en el significado procesal alude a la determinación tomada por el juzgador frente a alguna gestión de los particulares o frente a una situación en la que está facultado para operar oficiosamente.

Lo precautorio es lo que se hace con precaución, para evitar algún daño o peligro. El interesado que promueve ante el órgano jurisdiccional una providencia precautoria, pretende una resolución para prevenir, para precaver, para evitar un daño o peligro.

Por tanto, en su significación literal, la providencia precautoria es una determinación jurisdiccional en cuya virtud se toman medidas tendientes a evitar un daño o peligro, en los casos, con el procedimiento, y con los requisitos establecidos legalmente.

Bajo la denominación de "medidas cautelares" el maestro Eduardo Pallares' nos indica que son "las que autoriza la ley para que el titular de un derecho subjetivo asegure oportunamente su ejercicio cuando carece de un título ejecutivo mediante el cual pueda de inmediato obtener la ejecución judicial del mismo".

La expresión "providencia" nos indica el maestro Rafael de Pina que es el "decreto judicial". Acerca de las providencias precautorias nos indica que son las "resoluciones judiciales destinadas a garantizar la eficacia de la sentencia que se dicte en un proceso, tales como el arraigo y el secuestro de bienes". Este concepto tiene como base fundamental nuestro Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En opinión nuestra, las providencias precautorias están constituidas por todo un cúmulo de actos procesales que van desde la solicitud del interesado apegada a la ley, las probanzas ofrecidas, admitidas y desahogadas para satisfacer las exigencias legales, el otorgamiento de la garantía correspondiente, la determinación del órgano jurisdiccional, que puede ser o no favorable y la ejecución de la medida cautelar respectiva, con la oportunidad posterior del afectado de defenderse en contra de la medida precautoria. Por tanto, también se trata de una institución jurídica que engloba varias relaciones jurídicas unificadas con vista a la finalidad común de garantizar los resultados materiales del juicio para que el cumplimiento o ejecución del fallo por el demandado no sea adverso.

B) Procedencia de las providencias precautorias

Es la ley la fuente de apoyo de la procedencia de las providencias precautorias. Por tanto, hemos de expresar que, en el Distrito Federal, se contemplan tres supuestos de operancia de las providencias mencionadas, mismos que determina el artículo 235 del Código de Procedimientos Civiles, a saber:

- a) Temor de ausencia u ocultamiento de persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda;
- b) Temor de ocultamiento o dilapidación de bienes en los que debe ejercitarse una acción real;
- c) Temor de ocultamiento o enajenación de bienes, cuando la acción sea personal, siempre que el deudor no tuviere otros bienes que aquellos en que se ha de practicar la diligencia.

El común denominador en los casos de procedencia de las providencias precautorias es el temor del sujeto que solicita la diligencia. El temor es un sentimiento de inquietud ante un posible peligro o daño. Ese sentimiento puede ser subjetivo o bien objetivo, por estar apoyado en elementos de prueba que fundan el temor. El recelo no debe ser imaginario, ha de ser objetivo, al grado de que lo fundado de ese temor, permitirá que el juzgador determine una medida precautoria para asegurar los resultados del juicio.

C) Sujetos a los que se dirigen las providencias cautelares

Las providencias cautelares están dirigidas en contra del sujeto pasivo de la relación jurídica procesal, al demandado presente o futuro, al que la ley denomina deudor pero, también pueden comprender a los tutores, albaceas, socios y administradores de bienes ajenos, tal y como lo determina el artículo 236 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

D) Clases de providencias precautorias

Derivada de los supuestos de procedencia de las providencias precautorias, conforme al artículo 238 del ordenamiento adjetivo citado, se establece la regla de que no pueden dictarse otras providencias precautorias que las establecidas en el mismo ordenamiento. Esas providencias precautorias son dos:

a) Arraigo de la persona física (artículo 235, fracción I).

b) Secuestro de bienes (artículo 235, fracciones II y III).

E) Fundamento de las providencias precautorias

Para eliminar subjetividades en el temor de ausencia u ocultamiento de la persona; o en el temor de ocultamiento, dilapidación o enajenación de bienes, debe existir un apoyo a la solicitud de providencia precautoria. Tal respaldo ha de estar en la prueba de la objetividad de ese temor. A ello se hace referencia en el artículo 239 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal:

"El que pida la providencia precautoria deberá acreditar el derecho que tiene para gestionar la necesidad de la medida que solicita.

"La prueba puede consistir en documento o en testigos idóneos, que serán por lo menos tres."

No obstante, esta regla general sufre la excepción del arraigo que se decreta con dos requisitos: la petición del actor y el otorgamiento de una fianza que responda de los daños y perjuicios que se causen al demandado, cuyo monto fijará el juez, para que se haga al demandado la correspondiente notificación. Este arraigo deberá solicitarse al tiempo de entablar la demanda (artículo 240).

En este caso, la providencia se reducirá a prevenir al demandado que no se ausente del lugar del juicio sin dejar representante legítimo, suficientemente instruido y expensado para responder a las resultas del juicio.

F) Arraigo

El arraigo es la providencia precautoria en cuya virtud se limita el desplazamiento de la persona física ya que no debe ausentarse del lugar del juicio sin dejar representante legítimo, suficientemente instruido y expensado para responder de las resultas del juicio.

Se previenen legalmente tres oportunidades procesales para solicitar el arraigo:

- a) Antes del juicio;
- b) Simultáneamente al tiempo de entablar la demanda;
- c) Después de iniciado el juicio.

Veremos separadamente las tres oportunidades:

Cuando la petición de arraigo se presentare antes de entablar la demanda, deberá probarse en los términos del artículo 239, y además el actor deberá dar una fianza a satisfacción del juez, para responder de los daños y perjuicios que se sigan si no se entabla la demanda (artículo 241).

Ya veíamos con anterioridad la segunda oportunidad que se da cuando la petición de arraigo es simultánea a la presentación de la demanda. A la demanda se le incluye una petición adicional de arraigo. En este supuesto, la ley no exige el otorgamiento de la fianza al peticionario.

En forma especial, no se menciona la tercera oportunidad de petición del arraigo pero, genéricamente ya hemos aseverado que, con fundamento en el artículo 237, las providencias precautorias pueden decretarse, tanto como actos prejudiciales como después de intentado el juicio respectivo. No se indica expresamente que en esta hipótesis haya de darse fianza.

Simultáneamente a la demanda y con posterioridad a ella, el arraigo es de obtención simplista pues, basta la petición del actor dirigida al juzgador para que se prevenga al demandado para que no se ausente del lugar del juicio sin dejar representante legítimo, suficientemente instruido y expensado para responder a las resultas del juicio.

Para quien resiente los efectos de un mandato de arraigo no es difícil cumplir con los requisitos de dejar un representante legítimo, debidamente instruido. El problema es determinar hasta dónde se puede estimar que debe quedar suficientemente expensado para responder a las resultas del juicio. Si lo suficientemente expensado se ha de entender contar con los recursos para atender el seguimiento del proceso con los gastos correspondientes el problema sería mínimo pero, si las expensas deben contener el monto total de la cantidad reclamada y sus accesorios legales el problema se vuelve grave para asuntos de cuantía elevada, ya que esto inmovilizaría a una persona que pudiera requerir su traslado a otros lugares dentro o fuera del país. Sostenemos la opinión de que el precepto fuera modificado únicamente para determinar que el representante ha de quedar expensado para responder de los gastos de tramitación del juicio pero, no de Más resultas del juicio.

Desde ángulo diverso, si los efectos son de trascendencia en el arraigo por las razones antes apuntadas, también hemos de señalar que, el sujeto al arraigo no intentará el quebranto del mismo pues, dispone el artículo 242 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que, quien quebrante el arraigo será castigado con la pena que señala el Código Penal al delito de desobediencia a un mandato legítimo de la autoridad pública, sin perjuicio de ser compelido, por los medios de apremio que correspondan a volver al lugar del juicio. En todo caso se seguirá éste según su naturaleza, conforme a las reglas comunes.

No debemos pasar por alta que, si el arraigo resulta perjudicial para el demandado, el responsable es el peticionario del arraigo. Esa responsabilidad no está relevada por el hecho de que se obtuviera resolución favorable por no disponerlo así el Código de Procedimientos Civiles. En este aspecto, puede ser un limitante al abuso del arraigo, lo dispuesto por el artículo 247 del Código de Procedimientos Civiles:

"De toda providencia precautoria queda responsable el que la pida; por consiguiente, son de su cargo los daños y perjuicios que se causen."

Tal responsabilidad es genérica y no está sujeta a elementos de liberación de esa responsabilidad. En tal situación, debe pedirse con moderación y sólo en casos enteramente justificados el arraigo.

Conviene que, también destaquemos que, el afectado por un arraigo puede solicitar el levantamiento de la providencia precautoria con sujeción a las reglas del artículo 245 del Código Procesal Adjetivo, que analizaremos después de estudiar el embargo precautorio.

Con respecto al arraigo, se plantea un problema de constitucionalidad de las disposiciones que lo consagran. El maestro Eduardo Pallares afirma que, en su concepto, el arraigo es innecesario y anticonstitucional. Dice: "Es innecesario porque no es indispensable para continuar el juicio la presencia del demandado, ya que todas las diligencias de prueba pueden efectuarse sin aquél. Además, si no comparece se sigue el juicio en su rebeldía."

"Es anticonstitucional porque limita la libertad personal con violación de los artículos 11, 16 y 17 constitucionales, según se demuestra en el capítulo relativo al depósito de personas."

En dicho capítulo el maestro Eduardo Pallares reproduce el texto del artículo 11 de la Constitución y a continuación expresa: "Claramente se precisa en esta disposición la voluntad del legislador en el sentido de que sólo concede a la autoridad judicial la facultad de restringir la libertad de tránsito cuando una persona ha incurrido en responsabilidad civil o criminal. Esta a su vez, nunca existe de pleno derecho sino siempre exige una resolución judicial que la declare." En forma discrepante emite opinión el maestro José Becerra Bautista, después de referirse al punto de vista del maestro Pallares:

"Dada la movilización actual de grupos humanos no creemos innecesaria la institución, pues los turistas, los simples residentes violarían fácilmente sus obligaciones civiles, de no existir esta posibilidad de obligarlos a que respondan de ellas. Tampoco creemos en la inconstitucionalidad porque no se les prohíbe mudarse de residencia, sino que pueden hacerlo siempre que dejen apoderado debidamente expensado para responder de las resultas del juicio."

Alrededor de este tópico, emite criterio el maestro Ignacio Burgoa: "El propio artículo 11 constitucional consigna las siguientes limitaciones a la libertad de tránsito: En primer lugar, por lo que toca a las autoridades judiciales, éstas están

autorizadas por nuestra Constitución para prohibir a una persona, verbigracia, que salga de determinado lugar o condenar a una persona a purgar una pena privativa de libertad dentro de cierto sitio. . .

En nuestro punto de vista, existen razones para considerar que, e' arraigo constituye una limitación autorizada constitucionalmente a la libertad de tránsito, a saber:

a) El arraigo lo decreta una autoridad judicial. Un arraigo decretado por una autoridad formalmente administrativa, aunque fuese materialmente jurisdiccional; es decir, que pertenezca al Poder Ejecutivo y que esté dedicada a decir el derecho, como una junta de Conciliación y Arbitraje, no esta permitido por el artículo 11 constitucional.

b) El arraigo decretado está vinculado a una responsabilidad civil exigida. Tan es así que está sujeto el arraigo a que se' solicite simultáneamente con la demanda, a que se pida durante el juicio o a que se intente antes del juicio como medida prejudicial. En este último caso, es preciso presentar la demanda en breve plazo pues, de no ser así, se levanta la providencia.

c) El precepto constitucional no exige que la responsabilidad civil esté decretada en sentencia definitiva. Sólo exige genéricamente que el caso sea de responsabilidad civil y, en el arraigo, hay una reclamación de responsabilidad civil. El dispositivo que consagra la libertad de tránsito, consagra en forma genérica la excepción a esa libertad y no exige que esa responsabilidad sea definitiva.

d) El arraigo es una medida provisional y no implica una privación definitiva del derecho de tránsito pues, sólo dura mientras se dicta sentencia o mientras no se garantiza con fianza el valor u objeto reclamado, o mientras no se deja representante legítimo con las características antes anotadas.

De cualquier manera, estamos conscientes de lo trascendente y perjudicial que puede ser para ciertas personas el estar sujetas a un arraigo pero, ya hemos señalado que la responsabilidad de daños y perjuicios recae en quien ha pedido la providencia precautoria.

Estamos de acuerdo con el maestro Becerra Bautista en que el arraigo puede ser una medida necesaria por las razones que él exterioriza.

No encontramos razones para considerar que se violan los artículos 16 y 17

constitucionales.

G) *Embargo precautorio*

En la acepción que corresponde al proceso jurisdiccional, nos indica el maestro Rafael de Pina 1' que el embargo es la "intimación judicial hecha a un deudor para que se abstenga de realizar cualquier acto susceptible de producir la disminución de la garantía de un crédito debidamente especificado. El embargo constituye una limitación del derecho de propiedad (no la privación de ella) que afecta al derecho de disposición y que subsiste mientras no sea levantado por la autoridad judicial competente".

Estimamos que el embargo es una institución jurídica en cuya virtud la autoridad estatal, con facultades legales para ello, afecta un bien para garantizar con su valor los resultados de una reclamación patrimonial.

El embargo precautorio tiene la característica de ser una medida cautelar sujeta a mayores exigencias que el embargo genérico dado que, quien pretende el embargo precautorio carece de título ejecutivo para su obtención, por lo que, tendrá que otorgar garantía por los posibles daños y perjuicios que pudiera originar la medida cautelar correspondiente.

Hecha la aclaración conceptual que antecede, conviene precisar las características legales que se asignan al embargo precautorio

a) Procedencia del embargo precautorio.

El embargo precautorio procede cuando se ejercitan acciones personales o acciones reales (artículo 235, fracciones II y III).

Se funda en ambos casos en el temor de extracción de bienes del patrimonio del deudor o en su ocultamiento, Ha de acreditarse por quien pida la providencia precautoria el derecho que tiene para gestionar y la necesidad de la medida que solicita. La prueba ha de consistir en documento o en testigos idóneos, que serán por lo menos tres (artículo 239) .

Adicionalmente, ha de expresar, el peticionario del secuestro provisional, el valor de la demanda o el de la cosa que se reclama, designando ésta con toda precisión (artículo 243) .

Si la petición de secuestro provisional no está fundada en título ejecutivo, el actor dará fianza de responder por los daños y perjuicios que se sigan, ya porque se revoque la providencia, ya porque, entablada la demanda, sea absuelto el reo (artículo 244).

Consideramos que, si el actor tiene título ejecutivo más que pedir la providencia precautoria de secuestro provisional, le conviene promover juicio ejecutivo civil. Por tanto, sólo se justificaría la providencia precautoria fundada en título ejecutivo si por error se hubiese planteado el juicio ordinario civil siendo que procede el juicio ejecutivo. En este supuesto no será necesaria dar fianza.

b) Autoridad que conoce del embargo precautorio.

Ha de conocer de la providencia de embargo precautorio el juez que, al ser presentada la solicitud, esté conociendo del negocio (artículo 237) .

Si se trata de una actuación prejudicial ha de ser el juez competente para conocer del futuro juicio que habrá de intentarse. Cuando la providencia precautoria se dicte por un juez que no sea el que deba conocer del negocio principal, una vez ejecutada y resuelta la reclamación, si se hubiere formulado, se remitirán al juez competente las actuaciones, que en todo caso se unirán al expediente, para que en él obren los efectos que correspondan conforme a derecho (artículo 254) .

c) Cuantía del embargo precautorio.

El juez, al decretar el embargo provisional, fijará la cantidad por la cual haya de practicarse la diligencia (artículo 243) .

La fijación de la cantidad no es arbitraria pues estará fundada en la cantidad expresada por el interesado al solicitar el secuestro provisional y en las pruebas rendidas acerca del derecho que tiene para gestionar (artículos 239 y 243) .

d) Oposición del . demandado andado al embargo precautorio.

Para que el embargo se levante el demandado puede adoptar alguna de las siguientes actitudes (artículo 245)

1. Consignar el valor u objeto reclamado.
2. Dar fianza bastante a juicio del juez.
3. Demostrar que tiene bienes raíces suficientes para responder del éxito de la demanda.

Más todavía, el demandado puede evitar que la providencia de secuestro se lleve a cabo con cualquiera de las actitudes antes señaladas.

Si la providencia de secuestro provisional se -ha -intentado como un acto prejudicial y el actor no presenta la demanda dentro del plazo que legalmente tiene para ello (artículo 250) , la providencia precautoria se revocará luego que lo pida el demandado (artículo 251) .

e) Oposición de tercero al embargo precautorio.

Por disposición expresa del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, un tercero puede reclamar la providencia precautoria, cuando sus bienes hayan sido objeto del secuestro (artículo 253) .

Se indica en el artículo 253 que la reclamación del tercero se ventilará en la forma y términos del juicio correspondiente. Estimamos que este juicio es el propio de una tercería. Aplicación, supletoria de las reglas generales del embargo.

A efecto de evitar reiteración de todas las normas que rigen al secuestro, el legislador remite a las reglas generales del embargo, en el artículo 249 del ordenamiento en estudio: "El aseguramiento de bienes decretado por provincia precautoria y la consignación a que se refiere el artículo 245 se rigen por lo dispuesto en las reglas generales del secuestro, formándose la sección de ejecución que se previene en los juicios ejecutivos. El interventor y el depositario serán nombrados por el juez."

Como claramente se desprende de lo dispuesto al final del dispositivo, sólo hay una regla especializada que se aplica al secuestro provisional y es que el interventor y el depositario son nombrados por el juez.

g) Constitucionalidad del embargo precautorio.

En materia de secuestro provisional como providencia precautoria, se ha planteado a la Suprema Corte de justicia de la Nación el problema de su constitucionalidad y ha habido pronunciamientos que han constituido la tesis jurisprudencial que a continuación se transcribe:"

"PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS.

"El secuestro de bienes como providencia precautoria, no es acto de ejecución irreparable, porque en la sentencia que se pronuncie en el juicio, se resolverá si debe o no subsistir, y contra esa sentencia se puede interponer el amparo; por la misma consideración, no es acto que deje sin defensa al quejoso, y por último, tampoco puede considerarse como un acto ejecutado fuera de juicio."

H) Reglas de tramitación en las providencias precautorias

En este inciso nos referimos a las reglas procesales que rigen tanto al arraigo como a la providencia de secuestro precautorio.

a) Sigilo.

La tramitación de las providencias precautorias tiene el carácter de secreta pues, se realiza sin la intervención del futuro demandado en caso de que se promueva como acto prejudicial o sin la injerencia del demandado en caso de que ya se haya iniciado el juicio.

Por tanto, se sobreentiende que no habrá publicaciones en el Boletín Judicial del auto que admite a trámite la petición de la providencia precautoria, ni de la recepción de la prueba o prueba correspondientes, ni de la orden de ejecución de la providencia precautoria.

El precepto relativo es sumamente escueto: "Ni para recibir los informes, ni para dictar una providencia precautoria, se citará a la persona contra quien ésta se pida." (Artículo 246.)

b) Responsabilidad del solicitante.

Independientemente de los casos en que se exige al peticionario de la providencia precautoria otorgar garantía (artículos 241 y 244), se engendra una responsabilidad a cargo del solicitante: "De toda providencia precautoria queda responsable el que la pida; por consiguiente, son de su cargo los daños y perjuicios que se causen" (artículo 247) .

Este dispositivo amerita el comentario de que no hay disposición que libere de esa responsabilidad, ni siquiera la obtención para el actor de un fallo favorable. Juzgamos que la razón es posible evidenciarla mediante la reflexión de que, el

petionario no ha promovido un procedimiento ejecutivo, unas veces porque carece de documento con fuerza ejecutiva y otras veces porque aún teniendo ese documento no ha seguido, por causas imputables a él, dicho juicio ejecutivo.

c) Medios de defensa del afectado por la providencia precautoria.

Ya hemos explicado, en detenida referencia a las providencias precautorias en particular, la manera como puede oponerse el afectado, sólo debemos recoger la regla general que limita la posibilidad de oposición del afectado:

"En la ejecución de las providencias precautorias no se admitirá excepción alguna" (artículo 248) .

d) Término para interponer la demanda.

Si la providencia precautoria se ha promovido antes de juicio, rige el término previsto por el artículo 250 del Código de Procedimientos Civiles:

"Ejecutada la providencia precautoria antes de ser entablada la demanda, el que la pidió deberá entablarla dentro de tres días, si el juicio hubiere de seguirse en el lugar en que aquélla se dictó. Si debiere seguirse en otro lugar, el juez aumentará a los tres días señalados uno por cada cuarenta kilómetros."

e) Oportunidad procesal para reclamar la providencia precautoria.

El derecho de reclamar la providencia precautoria pertenece a la persona contra quien se haya dictado y la puede reclamar en cualquier tiempo, pero antes de la sentencia ejecutoria. Así lo dispone el artículo 252.

Estimamos que, el legislador incurrió en una omisión al no prever que ha de hacerse con la providencia precautoria una vez dictada la sentencia definitiva y cuando ésta haya causado ejecutoria. Dado el carácter provisional que corresponde a las providencias precautorias, somos de la opinión de que, dictada la sentencia y ejecutoriada ésta ha de levantarse la providencia precautoria de arraigo. En cuanto a la providencia de secuestro provisional, para que cumpla plenamente con su cometido ha de levantarse en cuanto se realice el secuestro definitivo. Lo ideal sería que, el secuestro provisional, en virtud de la sentencia definitiva condenatoria, se convirtiera en secuestro definitivo por mera disposición de la ley. Por supuesto que, la sentencia definitiva absolutoria debe producir el efecto de levantar cualquiera de las dos providencias precautorias estudiadas.

f) Notificación de la providencia precautoria.

Si la providencia precautoria al ejecutarse no se realizó con la persona del demandado o su representante legítimo, es precisa que se le haga notificación de la providencia. Así lo determina el artículo 252 del Código de Procedimientos Civiles.

g) Procedimiento para la reclamación de la providencia precautoria.

La reclamación ha de tramitarse en la vía incidental (artículo 252) . Esta regla rige para el supuesto de que el reclamante sea el demandado.

Si se trata de un tercero, el procedimiento es el de una tercería (artículo 253) .