

# CAUTIO REM PUBLICAM SALVAM FORE \*

por

Carmen Petersen Wagner

## I. ESTADO DE LA CUESTION

La *cautio rem publicam salvam fore* la encontramos mencionada por primera vez en la *Lex Municipii Malacitana* (cap. 60), y en *Lex Municipii Tarentini* (II. 7-25).

En el Digesto tenemos referencias respecto de la *cautio* en los siguientes textos:

- D. 27. 8. 1 pr. (Ulp., 36 *ad ed.*)
- D. 50. 1. 2. 5 (Ulp., 1 *disp.*)
- D. 50. 1. 13 (Pap., 2 *quaest.*)
- D. 50. 1. 17. 15 (Pap., 1 *resp.*)
- D. 50. 1. 21 pr. (Paul., 1 *resp.*)
- D. 50. 1. 38. 2 (Pap. Iust., 2 *const.*)
- D. 50. 1. 38. 6 (Pap. Iust., 2 *const.*)
- D. 50. 4. 16. 2 (Paul., 1 *sent.*)
- D. 50. 8. 5. 2 (Pap., 1 *resp.*)
- D. 50. 8. 12. 4 (Pap. Iust., 2 *const.*)

En el Código también se menciona la *cautio*, pero sólo en forma más explícita en CI. 11. 35. 1 (*Ant.*, s.d.).

Durante el siglo pasado el tema referente a la *cautio rem publicam salvam fore* ha sido tratado por Mommsen<sup>1</sup>, según el cual los funcionarios que manejaban fondos públicos debían dar una caución de *pecuniam communem salvam fore* (*Lex Malacitana* cap. 60), que procedía de la antigua *praedibus praediisque*. Estos eran los *duoviros* y los *cuestores*, quienes debían ordenar o exigir pagos a favor del municipio, siendo para ellos la *cautio rem publicam salvam fore* una de las condiciones exigidas para ser elegidos funcionarios municipales; dicha caución la daban los candidatos a través de fiadores (*praedes*) y eventualmente por medio de la dación en prenda de un terreno o bien (*praedia*).

Quinion<sup>2</sup> estudió la *cautio rem publicam salvam fore* referida al municipio romano y a su administración; en su trabajo hizo alusión, principalmente, a los magistrados que debían rendir la caución y al orden en que la ciudad podía exigir el cumplimiento de la responsabilidad de los diversos fiadores, *nominatores* y *colegas*.

\* Este estudio es parte de la tesis presentada en 1976 para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, titulada *Satisfactio rem publicam salvam fore*.

<sup>1</sup> MOMMSEN, *Gesammelte Schriften, Juristische Schriften I* (Berlín, Dublín, Zürich, 1965), p. 357 ss.

<sup>2</sup> QUINION, *Du Municipie romain et de son administration* (Paris 1859), p. 75 ss.

También nos habla de la responsabilidad que tiene el hijo de familia que es nombrado *decurión* y que todavía está bajo la *potestas* del *pater familias*; con todo, el autor no trata esta materia con la profundidad deseada.

Por su parte Marquardt<sup>3</sup>, hace mención de una garantía que deben dar los magistrados municipales, la que varía en los diversos municipios, dentro de las calidades pedidas a los funcionarios para entrar a la administración de la ciudad; además, invoca la *Lex Malacitana* (cap. 57 y 60), según ésta los *duoviros* y *cuestores* proporcionaban una determinada caución.

La *cautio* en estudio apenas aparece bosquejada en el *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*<sup>4</sup>: los magistrados municipales, el *curator rei publicae* y los *decuriones* que tenían a su cargo actividades relativas a las finanzas del municipio, debían prometer, dando fiadores (*satisdare, cavere rem rei publicae salvam fore*), que los intereses de la ciudad estarían a salvo, lo cual también se aplicaba al *curator kalendarii*, a menos que hubiese sido nombrado "*ex inquisitione*" por el gobernador de la provincia. Los fiadores del magistrado estaban obligados sólo en caso de insolvencia de éste, por las consecuencias pecuniarias de su administración imprudente. El magistrado que, en ciertos casos, estaba obligado a designar su sucesor, respondía como *nominator* por las faltas de este último y por su eventual insolvencia. El padre que había consentido que su hijo ejerciese una magistratura o el *decurionato*, respondía de los actos de éste por una especie de caucionamiento tácito.

Eliachevitch<sup>5</sup>, al hablar del origen municipal de la caución (*Lex Municipii Tarentini* y *Lex Malacitana*) y de las personas responsables por los magistrados, principalmente se refiere a los curadores, los cuales son funcionarios municipales que toman parte en la vida económica de las ciudades, realizando funciones especiales.

En la doctrina romanística moderna, al parecer, la *cautio rem publicam salvam fore* no ha sido objeto de un mayor estudio. Hacen excepción a esta generalizada tendencia, entre otros, d'Ors, Voci y Valiño. Así, d'Ors<sup>6</sup> trata el tema en relación a los magistrados municipales que administraban fondos públicos y, por tanto, debían dar un juramento *pecuniam communem salvam fore*. El objetivo de la garantía era la buena administración de los fondos públicos (*pecunia communis*) y podía ser personal (mediante fiadores llamados *praedes*) o real (a través de un terreno, *praedia*); en caso que la garantía personal sea insuficiente, se debe reforzar a través de una hipoteca de fincas (*praedia pignorate*).

Voci<sup>7</sup>, al examinar el problema que nos preocupa, lo considera desde el punto de vista de la administración de la tutela; se refiere a la responsabilidad de los magistrados municipales y de los curadores. Afirma que las funciones de los magistrados tienen el carácter de indivisibles; lo vincula con la solidaridad determinando en qué orden responden los magistrados, garantes y *nominatores*.

<sup>3</sup> MARQUARDT, *Organisation de l'Empire romain*, en *Manuel des Antiquités romaines* (Paris 1889) VIII/1, p. 263.

<sup>4</sup> DARENBERG y SAGLIO, *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines* (Paris 1926) I. 2ª parte, s.v. *cautio*, p. 976 ss.

<sup>5</sup> ELIACHEVITCH, *La Personnalité*

*juridique en Droit privé romain* (Paris 1942), p. 135 ss.

<sup>6</sup> D'ORS, *Epigrafía jurídica de la España romana* (Madrid 1953), p. 145 ss.

<sup>7</sup> VOCI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini* (contributo allo studio della mutua garanzia), *IURA* 21 (1970) 1, p. 124-171.

Finalmente, Valiño<sup>8</sup>, no trata con amplitud este asunto, sino que se refiere a la responsabilidad del magistrado que había nombrado a un tutor no idóneo sin preocuparse de exigir la *cautio rem pupilli salvam fore*. El pupilo obtenía una *actio utilis* contra el magistrado que nombró al tutor negligente, acción que no se daba contra los fiadores de los magistrados municipales, ya que éstos sólo hacen una promesa *rem publicam salvam fore* y no *rem pupilli salvam fore*, ni tampoco contra los *nominatores*, respondiendo de aquella acción sólo los magistrados municipales.

Según lo expuesto, la *cautio* en estudio rara vez es mencionada por los autores modernos, y por los antiguos, generalmente es nombrada junto a la *cautio praedibus praediisque*, siendo ésta última tratada con mayor intensidad.

## II. SOBRE EL ORIGEN DE LA CAUTIO

Se parte de la hipótesis que el antecedente de la *cautio rem publicam salvam fore* se encuentra en la llamada *cautio praedibus praediisque*, o sea, en la dación de *praedes* y *praedia*.

En la *Lex Malacitana* cap. 60, 63, 64 y 65 y en la *Lex Tarentina* I. 9; II. 7-25 se analiza la *cautio praedibus praediisque*<sup>9</sup>; también se alude a ella en *Lex Mamilia Roscia* cap. 55<sup>10</sup>, *Lex parieti faciendo Puteolana* I. 6.7<sup>11</sup> y en *Lex Ursonensis* cap. 69, 93<sup>12</sup>.

Mommsen<sup>13</sup> explica que existen dos tipos de caución *praedibus praediisque*. Uno se refería a la caución *pecuniam communem salvam fore* que debían dar los funcionarios municipales que manejaban fondos públicos durante las elecciones (*Lex Malacitana* cap. 60), y el otro tipo de caución a la garantía dada por los arrendatarios de las rentas municipales y por el encargado de las construcciones municipales, por su compromiso *ex locato conducto* (*Lex Malacitana* cap. 63, 64 y 65).

<sup>8</sup> VALIÑO, *Las acciones adjectitiae qualitatis y sustituciones básicas en el derecho romano*, en A.H.D.E. 38 (1968), p. 446 ss. y *Acciones utiles* (Pamplona 1974), p. 371 ss.

<sup>9</sup> El *Municipium Tarentinum* se transformó en municipio entre el año 89 y 62 a.C.; con anterioridad era una *civitas foederata*. *Málaga* se hizo municipio entre 82 y 84 d.C.

<sup>10</sup> *Lex Mamilia Roscia* nos da noticia acerca de los *praedes praediaque* (cap. 55) que debe dar el condenado a una multa, en caso de no cancelarla inmediatamente. Si no se da esa garantía, sigue una ejecución inmediata. No tenemos indicios acerca del procedimiento de ese tipo de ejecución en los municipios. El magistrado municipal pide de inmediato la caución suficiente (*praedibus praediaque*), cuya ejecución se realiza en seguida a través de una venta en pública subasta, y si no se encuentra ningún comprador, se realiza una ejecu-

ción *in vacuum*. Sin embargo es dudoso lo que sucedía en las comunas municipales, cuando no se daban *praedes praediaque*.

Según la *Lex Latina Tabulae Banticae* como en la *Lex Acilia repetundarum*, se podía utilizar inmediatamente todo el patrimonio del ejecutado y venderlo en pública subasta. Wilhelm Simshäuser, *Iuridici und Munizipalgerichtsbarkeit in Italien* (München 1973), p. 171.

<sup>11</sup> *Lex parieti faciendo Puteolana* II. 6-7: *qui redimerit, praedes dato praediaque subsignato*.

<sup>12</sup> *Lex Ursonensis* cap. 69: *... uti redemptori redemptibusque... pecunia ex lege locationis adtribuat solvatur(ue)*; cap. 93: *que cumque Ilvir post coloniam deducta factus creatusve erit. neve ab redemptore mancipe praed(e)ve donum munus mercedem aliutve quid kapito neve accipito...*

<sup>13</sup> Vid. op. cit., p. 1, n. 1.

Para los fines de este trabajo es más importante el estudio de la garantía dada por los funcionarios municipales.

Ambas cauciones procedían de la antigua y formal *praedibus praediisque*, lo cual quiere decir por medio de garantes o fiadores y terrenos dados en garantía<sup>14</sup>.

La *cautio praedibus praediisque* servía para asegurar la ejecución de las obligaciones y constituía el medio utilizado por el Derecho Patrimonial Público para dichos fines<sup>15</sup>.

Se ha conjeturado mucho acerca del origen de la *cautio praedibus praediisque*, buscándolo en las características de la obligación primitiva; los *praedes* reflejan los rasgos del vínculo de sujeción de responsabilidad personal<sup>16</sup>.

En líneas generales, las características de la colocación de garantía de *praedibus praediaque*, que las distinguen de otras formas de afianzamiento, son las que a continuación se nombran:

1. Prevalece la obligación secundaria del *praes* como garante sobre la obligación principal, en caso de inejecución de la obligación del deudor.
2. La no —ejecución de la obligación que ha sido asegurada por esta caución, producía de inmediato la venta de los patrimonios de los *praedes* (antiguamente la venta de estos mismos) y la venta de los *praedia*.
3. La venta de los bienes de los *praedes* (*praedium venditio*) constituye el vestigio de la antigua venta de los obligados con sus bienes, practicada por los acreedores privados (*nexum*).
4. La publicidad de la garantía es llevada a cabo mediante su anotación en el libro municipal.
5. La fianza y la prenda dada a la República es libre de toda modalidad propia de los negocios privados y, sobre todo, libre de formalidades.
6. Mommsen atribuye la dación de *praedes praediaque* sólo en favor de la República<sup>17</sup> y ve una probable excepción en el ámbito privado en

<sup>14</sup> Ambas palabras derivan de *praevidere*, como la antigua forma de *praevides* de la *Lex Agraria* del año III, I. lin. 46.47. MOMMSEN, *Z.S.St.* 23 (1902), p. 440. En contra, LENEL, *Z.S.St.* 24 (1903), p. 414, quien busca el origen de *praes* en *prai-vads*, afirmando que el *praes* es "simplemente" un *praevas*. El *praes* representa una prenda privilegiada del Estado. Si la misma persona se hizo *vas* frente a un particular y *praes* frente a una comunidad, entonces tenía preferencia el derecho de la comunidad. Lenel deriva etimológicamente el término *vas* de la raíz indogermánica *vadh*, y hace un paralelo de la *wadiato* (prenda germana) con el antiguo *vadimonium* del Derecho Romano, viendo en la función de los primitivos *vas* y *subvades* la forma originaria y general de la fianza. *Z.S.St.* 23 (1902), p. 97 ss.

<sup>15</sup> Cicerón, in *Verr.* 1.54.142: *Praedibus et praediis populo cautum est*; Tito-Li-

vio, 22.60.4 (a. 216): ... *dandam ex aerario pecuniam mutuam praedibusque ac praediis cavendum populo censurunt*; *Lex Malacitana*, cap. 64: *ii eaque in commune municipium item obligati obligataque sunt, uti ii eave populo Romano obligati obligatae, si opus eos qui Romae aerario praessent ii praedes... Fati eaque... essent*.

<sup>16</sup> MAYR, *Praestare*, *Z.S.St.* 4 (1921), p. 198 ss., cita la *Lex Municipii Tarentini*, lin. 9: *qui pro se praes stat*. Relaciona la historia de la evolución de *praestare* con la historia de la obligación y de la fianza romana, afirmando que la originaria motivación de responsabilidad por medio de la colocación de garantes fue reemplazada durante el transcurso del tiempo por fiadores que prometen por el deudor y finalmente se basa en la promesa de prestación del propio deudor

<sup>17</sup> Vid. op. cit., p. 358, n. 31.

los *praedes litis vindiciarum*, los cuales eran dados por el poseedor en el antiguo proceso reivindicatorio, con el objeto de garantizar la devolución de la cosa por la cual litigaba el demandante, en caso de ser condenado. Pero el depósito o secuestro estatal, consistente en dar una cosa a la república más una suma determinada de dinero, por cuya prestación se da *praedes*, tiene una formalidad, a pesar de que aparentemente no la hay. El *praes* se obligaba a responder a la solemne interrogación del magistrado de la ciudad: "*Praes es?*" "*Praes sum*", lo cual también valía para la prestación de garantía consistente en la dación de *praedes* y *praedia* a favor de la república<sup>18</sup>.

Hay una diferencia entre la obligación del *praes* con la *sponsio*: esta última presupone una obligación principal, estricta y formal, igual a la del fiador. En cambio, la obligación de garantía del *praes* prevalece sobre la prestación propiamente tal. En el Derecho municipal, la obligación principal por la cual se pide garantía, no tiene forma de *stipulatio*. Es más, Mommsen ve en dicha garantía un derecho real, una especie de hipoteca primitiva sobre los garantes y las garantías.

La *cautio praedibus praediisque* revestía tres formas: *praedes*, *praedia* y *cognitores*.

El concepto de *praes* aceptado por la doctrina es el de fiador, el cual es responsable frente a la república por su deuda (y del que se espera una prestación ya estipulada anteriormente, aun cuando no sea constreñido a ella por medio de la fuerza). Los *praedes* son garantes que intervienen en el aseguramiento de obligaciones, preferentemente públicas, asumiendo en forma directa la obligación, de suerte que quedaban, tanto ellos como sus bienes, sujetos a la ejecución, en caso de no-prestación, pero a una ejecución que no seguía los trámites de una *manus iniectio*, como ocurría entre los particulares, sino que se realizaba directamente por la venta del ejecutado<sup>19</sup>. Primitivamente el *praes* asumía una responsabilidad corporal, o sea, el acreedor tenía un poder real sobre su persona. La responsabilidad como garante real de los *praedes* deriva de la *venditio praedium praediorumque*, y, según consta en la *Lex Malacitana* (cap. 64, *ii omnes et quae cuiusque eorum cum fuerunt erunt*), ellos también responden con su patrimonio.

*Praedia* consistía en la seguridad dada a través de un objeto, concretamente, un predio o terreno, el cual era anotado con sus límites y características en el libro municipal, para cuyo proceso se usó la fórmula *subsignare praedia*<sup>20</sup>. La expresión *subsignare* indica la firma de un do-

<sup>18</sup> FREZZA, *Le Garanzie delle Obligationi* (Padova 1962) 1, p. 9: sistema de pregunta y respuesta de la *cautio* según Varro, de L.L. 6.74: "...*Praes, qui a magistratu interrogatus, in publicum ut praestet (praes, siet; Palmerius) a que et cum respondet, dicit: "praes"; Festo, s.v. praes. Vid. Mommsen, op. cit., p. 358, n. 31. Fest. ep. p. 223 M.: praes est is qui populo se obligat interrogatusque a magistratu si praes sit ille respondet: praes. Ver Eliachevitch, op. cit., p. 24, n. 111.*

<sup>19</sup> Literatura en: LENEL, *Das Nexum*, Z.S.St. 23 (1902), p. 84 ss.; MOMMSEN, *Mancipium, Manceps, Praes, Praedium*,

Z.S.St. 23 (1902), p. 432 ss.; LENEL, *Über den Ursprung der Wörter vas und praes*, Z.S.St. 24 (1903), p. 414; SCHLOSSMANN, *Praes, vas, vindez*, Z.S.St. 26 (1905), p. 285 ss.; LEVY, *Nachtragliches zu den Anfängen der römischen Bürgerschaft*, Z.S.St. 28 (1907), p. 398 ss.; VIARD, *Le Praes*, Z.S.St. 28 (1907), p. 470 ss., besprochen von Schultz; Gradenwitz, *Praedes und Praedia*, Z.S.St. 42 (1921), p. 565 ss.; KASER, *Altröm. Ius*, p. 270 ss., con indicación de literatura.

<sup>20</sup> CICERON, *pro Flacco* 32.80: *quae-ro, sintue ista censui censen do, habeat ius civile necne sint mancipi, subsignai apud aerario aut aput censorem possint.*

cumento por el propietario que autoriza a dar en prenda un terreno. El Derecho municipal (*Lex Malacitana* cap. 60) sólo exigía la garantía real cuando la personal no era suficiente (*si de ea re iis praedibus minus cautum esse videbitur*).

Por último, los *cognitores praediorum* eran personas que atestiguan que los predios realmente tenían el valor anotado o que se decía tener. Estos respondían igual que los *praedes*, pero no para el caso de no-prestación, sino para evitar que la información fuese falsa, es decir, en el fondo actuaban como certificadores.

Los funcionarios que administraban fondos públicos, debían dar casi exclusivamente *praedes*<sup>21</sup>.

La *Lex Malacitana* (cap. 60) estipula que cada *dumviro* y cada *cuestor* debía rendir *cautiones* (por medio de *praedes*) para asegurar *pecuniam communem, quam in honore suo salvam is fore*, es decir, debían dar *praedes* para el municipio, de que el dinero o los bienes comunes que ellos manejen en el ejercicio de su cargo quedase a salvo.

El momento preciso para dar los *praedes* era antes de ser elegidos, durante la verificación o constatación del candidato. El funcionario que dirigía la elección, normalmente el *dumviro* más anciano o antiguo en el cargo, debía investigar la capacidad del candidato, lo cual hacía paralelamente con indagar la obligación de dar caución del futuro candidato (*Lex Malacitana* cap. 60) y si estas daciones de *praedes* fuesen insuficientes, se podía agregar otra garantía que sería la dación de *praedia*.

En esta ley municipal se observa un rasgo característico que es la tónica en toda la evolución del Derecho romano: las formas arcaicas del primitivo Derecho no son dejadas de lado; por el contrario, se asimilan, fusionan o superponen a las innovaciones introducidas con el correr del tiempo, subsistiendo en forma armónica en capas y substratos junto con las modificaciones introducidas, y adaptándose al desarrollo del tiempo de una manera sorprendentemente flexible. De esta manera podemos observar la antigua dación de *praedes* y *praedia* de la *cautio praedibus praediisque* junto a la idea más moderna de una *cautio rem publicam salvam fore*.

La *Lex Municipii Tarentini* (I.9, II.7-25), que es más antigua que la *Lex Malacitana*, establece que en las cauciones dadas regularmente por los magistrados, para el primer *dumviro* se exigía la dación de *praedes praediaque ad quatorvirum*. Sólo al entrar a la magistratura regular y derivativa (I.16), el nuevo funcionario debía dar únicamente *praedes*, sin el acompañamiento de una garantía real, *praedia*, al antiguo magistrado.

Los magistrados de Tarento debían dar una *cautio pecuniam (publicam) salvam esse futuram*. El primero de los cuatorviro y de los ediles nombrados por la *Lex Municipii Tarentini*, que primero llegase a Tarento, debe dar por sí una garantía consistente en *praedes praediaque ad quatorvirum* y ocuparse, además, que cada uno de sus colegas posteriores también dé dicha garantía. Por medio de esta *cautio* se aseguraba de que el dinero público, sacro y religioso del municipio que le llegase en virtud de su magistratura, habrá de quedar rectamente a salvo; es decir *praedes praediaque ad quator viros det quod satis sit, quae pecunia publica*,

<sup>21</sup> GRADENWITZ, *Praedes und Praedia*, Z.S.St. 42 (1941), p. 565 ss., cree que los eventuales *praedia* en la *Lex Málacitana* (cap. 60) son probablemente un agregado posterior.

*citana* (cap. 60) son probablemente un agregado posterior.

*sacra religiosa eius municipi ad se in suo magistratu peruenerit, eam pecuniam municipio Tarentino salvam recte esse futuram.*

En la *Lex Tarentina* llama la atención que el originario caso único del primer *dumvirato* menciona *praedes* y *praedia*, pero que el caso normal deja de lado los *praedia*: así se da la conjetura de que la *Lex Tarentina* sólo exigía *praedes* para el funcionario que asumía la magistratura derivativa.

De acuerdo con la hipótesis planteada, de que la *cautio praedibus praediisque* es el precedente de la *cautio rem publicam salvam fore*, la garantía de dar *praedes* y *praedia* exigida a los funcionarios municipales, (con vínculos de sujeción "real" del garante) evolucionó a la promesa dada por el funcionario municipal, con fiadores, de *rem publicam salvam fore*. Posiblemente ese proceso fue análogo a la evolución de la obligación y de la fianza<sup>22</sup>.

La evolución del concepto de obligación y de la fianza, de un primitivo vínculo de sujeción personal a un moderno vínculo de sujeción patrimonial, puede explicar el proceso en virtud del cual la *cautio praedibus praediisque*, consistente en dar *praedes* y *praedia*, se transformó en una promesa con fiadores de dejar a salvo el patrimonio público. Se plantea que este proceso fue similar al proceso por el cual se transformaron los *vades* del *vadimonium* y los *praedes* de la *praedes litis vindictiarum* en *cautio vadimonium sisti* y en *cautio pro praedes litis et vindictiarum*, respectivamente.

El antiguo *praes* respondía con su propia persona, pero se podía liberar pagando una suma de dinero; similar es el caso del *vas*. Posteriormente cambia la responsabilidad del *praes*, quien ya no responde con su persona, sino adquiere el papel de un simple fiador.

Los *vades* son garantes, los cuales también responden personalmente al demandante que el demandado estará en un día fijo ante el tribunal. Si el *reus* no cumple con su obligación, el *actor* puede aprehender al *vas* o a los *vades*, pero éstos se liberan después mediante el pago de una determinada cantidad de dinero.

Normalmente *vas* significa fiador (usado en el sentido amplio, que de alguna manera responde por una prestación ajena como garante), es decir, aquel que se hace cargo de la obligación del *reus* de comparecer nuevamente al tribunal para la fecha indicada.

<sup>22</sup> LEVY, *Nachtragliches zu den Anfängen der Bürgerschaft*, Z.S.St. 28 (1907), p. 398 ss., afirma la posibilidad de que la responsabilidad del deudor en los contratos se realizó a través del complicado camino de la autodación en garantía. Para responder de la obligatoriedad, el deudor se transforma en su propio *praes* o *vas*, en la cual el deudor y el interviniente responden al acreedor como *vades* o *praedes* sin distinción. En la época de la *sponsio* ya no se encuentra un responsable específico, sino sólo el deudor. Todos eran deudores principales, deudor y fiador. En realidad, los *vades* y *praedes* no son fiadores; pero si toman a su cargo la responsabilidad por la cul-

pa del otro. Los antiguos *praedes* y *vades* carecían de accesoriedad en la obligatoriedad. El primitivo garante es un rehén.

MITTEIS, *Römisches Privatrecht* (Leipzig 1908), p. 269 ss., deduce el origen de la *stipulatio* y la fianza de los antiguos *praedes* y *vades*. Con el posterior desarrollo histórico la promesa de garantía del propio deudor se hace común y se transforma en una promesa general de fidelidad; por tanto esta promesa de fidelidad obliga al deudor (principal). En consecuencia la fianza y el derecho de prenda se transforman sólo en vínculos de responsabilidad accesoria.

En el procedimiento ejecutivo el *vas* promete preocuparse del acusado que se dejó en libertad y en el caso de su incumplimiento se somete a una pena pecuniaria.

*Vas* no sólo es aquel que en el emplazamiento de la etapa *in iure* se comprometía a la nueva comparecencia del acusado, sino también aquel que hacía de garante en un acuerdo extrajudicial de las partes antes del comienzo del proceso, para la primera comparecencia *in iure*<sup>23</sup>.

Es probable que primitivamente el *vas* no fuera un fiador, sino un rehén, al cual el demandante retenía prisionero, hasta que en el día fijado comparecía el demandado. Esta, su función primitiva, explica las características de su obligación, que no es la de un deudor solidario, sino la de un deudor principal al lado del demandado y originariamente por o en lugar del demandado.

Desde la época de Cicerón comenzó a utilizarse un nuevo medio para asegurar la comparecencia del demandado ante el pretor; consistía en permitir que el propio demandado (y no por una tercera persona: *vas*) prometiera, mediante una *stipulatio*, que se presentaría ante el magistrado en el día convenido, y, en caso de no realizarlo, que pagaría una cantidad al demandante en concepto de pena. Esta *stipulatio*, llamada también *vadimonium*, es una simple variante del *vadimonium* usado en las *legis actiones*, con el fin de asegurar que el demandado volvería de nuevo a presentarse ante el pretor cuando ello fuera necesario, por no haber podido terminar los debates *in iure* en un solo día.

En la antigua *legis actio sacramento in rem* la *summa sacramenti* se depositaba en el acto, más tarde sólo se prometía, pero asegurando la promesa con *praedes*, quienes respondían de los resultados del litigio, y, en caso de perderlo, sería devuelta la cosa y sus frutos, que se poseyó sólo interinamente (*praedes litis et vindiciarum*, Gai. 4.16).

Posteriormente los antiguos *praedes litis et vindiciarum* de la *legis actio sacramento in rem* son reemplazados en el procedimiento *per sponsionem* por la *stipulatio pro praedes litis et vindiciarum*. Este procedimiento suponía una apuesta prejudicial (*sponsio praeiudicialis*) más la promesa del poseedor de la cosa, por la cual se comprometía a restituirla si era vencido en el litigio que luego se entablaba. El promitente de la apuesta no necesitaba a los *praedes* para garantizar la restitución de la cosa, sino que prestaba él mismo tal garantía, mediante la *satisdatio* antes nombrada. Sin embargo, este sistema ofrece el inconveniente de que el demandante triunfador tendría que entablar otro proceso para lograr la restitución o el pago de la *satisdatio*; inconveniente que se logra salvar más tarde en el procedimiento formulario, con la fórmula petitoria con cláusula arbitraria, por medio de la cual es posible al demandante victorioso lograr la devolución de la cosa o su valor, incluso sobre estimado, en un solo procedimiento (Gai. 4.91).

Volviendo nuevamente a la idea central de la *cautio* en estudio, la evolución sufrida por el sistema de garantías procesales, *praedes litis*

<sup>23</sup> "Vadari", también es usado en el sentido de una petición de promesa del propio acusado, en forma extraprocesal, y en relación a la primera comparecencia *in iure*, v.gr. en Cicerón, *pro Quintio* XIX 61. *Debere te dicis Quinctium: procurator negat, Vadari vis: promittit, in*

*iure vocas: sequitur. Vadimonium* muchas veces se encuentra con el significado precedente; especialmente en Horat., *serm.* I. 1.11; tema desarrollado por Schlossmann, *Praes, vas, vindex*, Z.S.St. 26 (1905), p. 285 ss.

*et vindiciarum* y *vadimonium*, tiene su origen en la constitución efectiva de *praedes* y *vades* que responden primitivamente con su persona de un eventual incumplimiento. Finalmente, no se sabe con exactitud cómo y en qué momento, se llega a una simple promesa con fiadores. Por analogía, en forma similar evolucionaron las garantías dadas por los magistrados municipales en materia pública, partiendo de una real y efectiva constitución de garantía a través de *praedes*, que se realizaba mediante una relación personal, de la cual eran sujetos pasivos los *praedes*, y la garantía dada por medio de los *praedia* que representaba una relación real, similar a la actual hipoteca, de la cual eran objeto los terrenos. Los magistrados daban *praedes* o *praedia* en garantía para asegurar un *pecuniam salvam esse futuram*, y de ahí se llega a una simple promesa del magistrado de *rem publicam salvam fore*.

