

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

DIVERSOS TIPOS DE PROCESO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

Licenciado en Derecho

P R E S E N T A

RUBEN L. GARCIA CUEVAS

MEXICO, D. F.

1 9 7 3



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES:

Pedro García Ayala

y

Felipa Cuevas Quiroz de García

Con eterno agradecimiento.

AL SR.

Lic. Pedro Vazquez Colmenares

**Distinguido compañero de Gene
ración.**

AL SR.

Lic. Héctor Roboulen Wood

Por su valiosa ayuda.

DIVERSOS TIPOS DE PROCESO

	PAG.
SECCION PRIMERA.- ANTECEDENTES HISTORICOS	
CAPITULO 1.- EL PROCESO ROMANO	1
CAPITULO 2.- EL PROCESO GERMANICO	19
CAPITULO 3.- EL PROCESO COMUN MEDIOEVAL ITALIANO. LOS PLENARIOS RAPIDOS.	41
SECCION SEGUNDA.- NATURALEZA JURIDICA	
CAPITULO 1.- CONCEPCIONES PRIVATISTAS	48
CAPITULO 2.- TEORIAS PUBLICISTAS	52
CAPITULO 3.- CRITICAS Y OPINION DEL SUSTENTANTE	57
SECCION TERCERA.- EL PROCESO CIVIL EN MEXICO	
CAPITULO 1.- EPOCA COLONIAL	62
CAPITULO 2.- DESDE LA INDEPENDENCIA HASTA EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1884.	68
CAPITULO 3.- EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1884	77
CAPITULO 4.- EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1932	90
SECCION CUARTA.- CONCLUSIONES	116
BIBLIOGRAFIA	118

DIVERSOS TIPOS DE PROCESO

SECCION PRIMERA.- ANTECEDENTES HISTORICOS

CAPITULO PRIMERO.- EL PROCESO ROMANO.- Es necesario al iniciar este capítulo, el análisis de tres fenómenos que sirven admirablemente para explicar el imperio del Derecho Romano hasta hoy, cuya decisiva influencia en todas las legislaciones modernas ha sido verdaderamente lógica, y consecuencia necesaria de ellas.

El primero es: La universal dominación de los romanos.

Destinado el Derecho Romano a ser un elemento de civilización del mundo moderno, dejó sus tendencias y espíritu de excepción que le había impreso el exclusivismo de la ciudad eterna, y desarrollóse sucesivamente, adquiriendo un carácter de universalidad que no estaba en consonancia con la monarquía.

El segundo fenómeno es el advenimiento de Jesucristo.

Comenzaba a decaer la prepotencia del Imperio Romano, cuando el cristianismo nació en el trono cubierto de la púrpura imperial. Constantino acababa de levantar el estandarte de la cruz -- asociándolo a la suerte del estado. Y si bien por este prodigioso acontecimiento, los señores del mundo encontraron, en los preceptos del Evangelio y los consejos de Iglesia, materia para mejorar la parte moral de algunas leyes, estableciendo la inviolabilidad del mundo conyugal, restringiendo la autoridad de los padres y de los esposos, protegiendo la caridad y endulzando la condición de-

los esclavos: con todo esto, lejos de agostarse el valor del derecho, antes santificó sus principios de virtud estoica en los principios de la virtud cristiana. haciéndose cristiano el espíritu -- de la legislación y adquiriendo un título que doblaba su poder.-- Todos los apologistas de la Iglesia, durante la persecución de ésta, invocaban a favor de los cristianos las formas y los principios tutelares del Derecho, porque efectivamente, si los perseguidos hubiesen sido juzgados conforme al Derecho, hubiéranlos hallado inocentes de los crímenes que les imputaron sus enemigos. Así todos los criminales tenían el derecho de defensa, de tener abogados. de que se examinasen la naturaleza de los delitos, la clase, el tiempo, la manera y los cómplices; más contraviniendo a tales principios, eran privados los cristianos de tales garantías por el sólo hecho de ser cristianos, y así los obligaban a declarar antes que todo, la religión a que pertenecían. El gran Tertuliano reclamaba estas infracciones, diciendo: Interrogais a los demás para conocer si son culpables y a nosotros para hacernos negar lo que somos.-- Dice uno: Yo soy cristiano, y dice la verdad: Pero vosotros estáis en el tribunal para hacernos mentir. Este procedimiento diferente debería no obstante infundiros sospechas de que sólo alguna fuerza puede obligaros a obrar contra las leyes y contra las -- prácticas forenses. Vosotros haceis creer que un cristiano está -- manchado con todas las culpas, que es enemigo de los emperadores, de las leyes, de las buenas costumbres y de la naturaleza, y los -

obligáis a negar, para declararlos inocentes.- Esto es proceder --
contra las leyes.

Si no había contradicción entre el Derecho Romano y la conducta de los cristianos; si los ilustres y sabios defensores de la Iglesia, para probar la pureza de costumbres y la inocencia de los perseguidos invocaban este mismo derecho, ¿qué prueba mas inconcusa y evidente de la concordancia de éste con el cristianismo en la distribución de la justicia y en los eternos principios de ella?

El tercer fenómeno es la invasión de los bárbaros.

Los bárbaros invadieron por el año 475 el imperio Romano de Occidente, y sin embargo el Derecho Romano continuó rigiendo a los vencidos por aquellos, cuya civilización de tal manera suavizó las duras y belicosas costumbres de los vencedores, que cuando resolvieron éstos publicar algunas colecciones de leyes, bajo su nombre y autoridad entraron siempre en estas, como un elemento principal y hasta exclusivo, el Derecho Romano y los ilustres oráculos de -- los jurisconsultos. La prueba de nuestra aserción es el Edicto de Teodorico, que dejando vigente la legislación romana en cuanto al Derecho Privado, no contiene más que el Derecho Criminal, en que -- el legislador, sin dar el nombre de Jurisconsulto Paulo, aprovecha las sentencias de éste y de otros jurisconsultos en la formación del expresado Edicto. Sirvanos también de prueba el Código -- Alariciano, conocido por Breviarium y otras veces llamado Lex romana, y porque todos los Códigos de los Bárbaros se hallaban en el -

mismo caso que las anteriores colecciones, incluso el Fuero Juzgo o Forum Judicum. Concluiremos este punto diciendo que si los romanos dejaron sus leyes, donde triunfaron sus victoriosas águilas, - menos entre los germanos, que, no vencidos por aquellos, las aceptaron voluntariamente. lo que es más glorioso para el nombre de la antigua Roma: si al advenimiento del cristianismo el derecho ensanchando su esfera, se inclinó al espíritu de la religión cristiana, haciendo ésta que la de Virgilio y Homero retrocedieran, hasta desaparecer; y si los Bárbaros no pudieron menos, invadiendo Europa que someterse a la civilización, a las costumbres y al derecho de los vencidos, es inconcuso, averiguado y notorio, que es necesario concluir que los tres fenómenos dichos, están íntimamente ligados entre sí, como formando el tronco, de que han brotado las numerosas y crecientes nacionalidades que pueblan Europa y hasta una gran parte del continente americano.

Ahora bién, el sistema procesal Romano ha pasado por tres fases:

- a).- La de las legis acciones.
- b).- La del proceso formulario.
- c).- La del proceso extra ordinem.

Desde luego se observa, que estas tres fases no se sucedieron de una manera brusca, más bién, se pasó de una a otra lentamente.

Por cuanto hace al señalado primer período, éste se desenvolvió desde la Ley de las Doce Tablas, que constituye sin lugar a

dudas, la primera manifestación cierta de la legislación romana, - como propiamente tal, hasta las leyes Julia y Evutia, que pusieron fin a ese período e iniciaron el formulario (1) es decir, esta fase del proceso remonta a las primeras edades de Roma y estuvo vigente, hasta la época de Cicerón. Las acciones de la Ley eran ciertas formalidades compuestas de gestos y palabras, especificados con -- tan rigurosa precisión que el menor error implicaba pérdida en el proceso.

Es harto conocida la anécdota ilustrativa de lo anterior -- dicho, cuya mención se atribuye a Gayo, en los siguientes términos: Un hombre cuyas viñas habían sido cortadas, intentó una acción contra el autor del daño, pero en lugar de designar sus viñas con la expresión genérica ARBORES que empleaba la Ley de las Doce Tablas, creyó hacerlo mejor sirviéndose de la palabra VITES, puesto que -- de viñas se trataba, su mala ocurrencia le costó la pérdida del -- pleito.

Si bien, se ignora cual es la etimología atribuida a la expresión Legis Acciones, si se sabe positivamente que las acciones - de la Ley eran cinco:

- I.- LA ACTIO SACRAMENTI;
- II.- LA JUDICIS POSTULATIO;
- III.- LA CONDICTIO;

(1) J. Goldschmidt, Derecho Procesal Civil, p. 11

IV.- LA MANUS INJECTIO;

V.- LA PIGNORIS CAPIO.

Estas no son acciones especiales en el sentido que la palabra acción tomó después y que tiene en el derecho moderno, ni las mismas nacieron al mismo tiempo, la *condictio* es de fecha posterior a las otras, pues fue establecida por las leyes *Silia* y *Calpurnia*, otras como la *manus injectio* recibieron por leyes una amplitud que no habían tenido originalmente, y puede decirse que tales acciones son maneras o formas distintas de proceso, de la misma manera que nosotros decimos, proceso arbitral, proceso ordinario, etc.- Ahora bien, las tres primeras acciones pertenecen a lo que hoy se llamaría proceso de cognición, pues tendían a obtener una declaración judicial, y las dos últimas a lo que hoy se llamaría proceso de ejecución (2). Así se observa que toda demanda empieza con la citación del demandado, la que exige la intervención judicial, en el derecho romano era un acto privado y se llamaba *in jus vocatio*. Así el demandante intimaba al demandado que lo siguiera delante del magistrado, empleando las expresiones: *In jus veni, in jus sequere, in jus eamus, in jus te voco*; ya hemos señalado -- el carácter altamente formulista del Derecho Romano. Pero si el demandado rehusaba se le podía compeler por la fuerza, estándole prohibido oponer resistencia y a sus parientes y amigos prestarle ayuda

(2) J. Guasp, Derecho Procesal Civil, Tomo I, p. 69. ss.

para librarlo del actor.

En caso de resistencia, el actor buscaba testigos, antes -- tatur. les tocaba la oreja, asiento de la memoria según las ideas de los antiguos, y pronunciaba estas palabras: Licet antestari, pa ra que fueran delante del magistrado y atestiguaran la resistencia del demandado.

Como el pueblo hacía vida pública concurriendo al Forum, -- era imposible a nadie sustraerse a la in jus vocatio. Sin embargo, el domicilio era inviolable, y por lo tanto no se podía allanar -- para efectuar la in jus vocatio, y es más, si el demandado estaba enfermo el actor debía proporcionarle los medios de transporte. El demandado podía dejar de acompañar al demandante ofreciendo un Vin dex, que constituía en realidad un fiador. Una vez llegados ante el magistrado, tenía lugar la discusión del asunto. Si en una sola audiencia no se podía terminar ante el magistrado la discusión o planteamiento del asunto, las partes se obligaban a ocurrir nueva mente.- Esta promesa recibía el nombre de Vadimonium, y las perso nas que servían como fiadores recibían el de Vades, siendo el cita do vadimonium de cuatro clases, a saber:

- 1.- Purum, cuando no había más que la simple promesa jura-- mentada;
- 2.- Jure jurando, cuando se añadía la formalidad del jura-- mento.
- 3.- Cum Satisfactione, cuando se suministraba un fiador.
- 4.- Recuperatoribus suppositis, cuando al mismo tiempo se-

nombraba Recuperadores, encargadas de condenar al demandado al monto del vadimonium, si no se presentaba.

Por cuanto atañe a los efectos del vadimonium, debemos señalar los siguientes:

A).- Si comparecían las dos partes, quedaba sin efecto.

B).- Si no comparecía el actor, se declaraba desierto el juicio.

C).- Si no comparecía el demandado, se le condenaba al importe del vadimonium y se podía obtener la posesión de sus bienes para hacer efectivo el pago.

Después de planteado el caso ante el magistrado, éste nombraba un juez para que lo resolviera y los litigantes debían de comparecer ante él. La discusión ante el magistrado no se hacía constar por escrito, en los primeros tiempos, y entonces las partes llevaban testigos, TESTES ESTOTES para que después en caso de necesidad, establecieran ante el juez la forma en que se había trabado el litigio.

Cuando la litis contestio tenía lugar?, no está muy claro en la primera época del procedimiento, de cualquier modo no adquirió los efectos que han pasado al derecho moderno, sino en la segunda época.

Ante el juez, cada parte empezaba por hacer un resumen de sus conclusiones, después la seguía la producción de la prueba. Concluía ésta, cada parte alegaba su derecho. El procedimiento era exclusivamente oral. Por fin el juez dictaba sentencia, correspon-

tiendo la ejecución de ésta al magistrado; para ello había que volver nuevamente ante él, procediéndose entonces por los medios ejecutivos, siendo estas reglas generales comunes a la ACTIO SACRAMENTI, la JUDICIS POSTULATIO, y la CONDICTIO.

Pasemos ahora al estudio particular de cada una de las acciones de la ley:

ACTIO SACRAMENTI.- Noción. Al principio cada parte debía ante todo, depositar en manos del pontífice una suma de dinero, la cual recibía la denominación de Sacramentum, porque el depósito del que perdía el pleito era confiscado y empleado en las necesidades del culto: Ad sacra Pública. De modo que al peligro de perder el pleito se añadía el de perder el depósito, que era de quinientos ases cuando el valor del litigio pasaba de mil; y de cincuenta cuando era inferior o se trataba de la libertad de las personas.-- Después, el depósito fue sustituido por simple garantía; subsistiendo, sin embargo, el nombre de Sacramentum.

La Actio Sacramentum era general, procedía en toda clase de asuntos, de carácter personal o real y en todas las causas que no tenían un procedimiento propio especial. Cuando se trataba de obligaciones, las partes hacían una doble estipulación, en cuya virtud si el sacramentum era declarado justum, es decir, si se daba la razón al actor, el demandado perdía la suma estipulada; y en caso contrario, declarándose injustum el sacramentum, lo perdía el actor.

Por lo que se refiere a los juicios relativos a la propiedad los romanos consideraban la conquista como el título más legítimo de propiedad. Si la cosa era mueble o semoviente era llevada delante del pretor, según afirma Goldschmidt (3). El actor tomaba en la mano una varilla a la que denominaban Festuca y cogiendo la cosa objeto del litigio, un esclavo por ejemplo, pronunciaba estas palabras HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIVM MEVM ESSE AIO -- SECUNDUM SUAM CAUSAM. SICUT DIXI, ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSUI, o sea: afirmo que este hombre me pertenece por derecho quiritaro según su condición, como ya he dicho; en nombre de ello te he tocado con esta vara. Por su parte el demandado decía y hacía otro tanto y luego ambos tenían hecha la reivindicación; intervenía el pretor, diciendo: MITTITE AMBO HOMINEM; soltad ambos al esclavo.- El que primero había reivindicado preguntaba a su adversario: POSTULO -- ANNE DICAS QUA EX CAUSA VINDICAVERIS: pido que me digas porque causa has hecho esta reivindicación; contestando el demandado: JUS -- FECI SICUT VINDICTAM IMPOSUI: al tocar con la vara he ejercitado un derecho.- Entonces el actor replicaba: QUANDO TU IMURIA VINDICAVISTI, QUINGENTORUM AERIS SACRAMENTO TE PROVOCO: por cuanto has reivindicado injustamente, te provocho a depositar en manos del pontífice la suma de quinientos ases. Por su parte el demandado contestaba:-- SIMILITER ET ECO TE: de la misma manera yo te digo.

Acto continuo el magistrado concedía provisoriamente la po-

(3) J. Goldschmidt, op. cit., p. 10

sesión de la cosa objeto del litigio a una de las partes, exigiendo de ella que diese fianza a la otra para responder de la cosa y sus frutos. Cuando el objeto no podía por su naturaleza ser transportado o conducido con facilidad al lugar del juicio, se tomaba una parte del mismo y se hacía ante ella la reivindicación como si el todo estuviera presente.- Así cuando se trataba de inmuebles, como no podían ser transportados in jure, había una formalidad previa, la DEDUTIO, constituyéndose las partes y el magistrado sobre el terreno, y allí se procedía a la misma ceremonia que respecto de los muebles, Conforme fue pasando el tiempo, como los pretores no tenían el suficiente tiempo para acompañar a las partes, éstas se constituían en el terreno con testigos, y allí simulaban el combate, llevándose después un objeto o pedazo de tierra, una teja, etc., hasta que al fin en los tiempos de Cicerón la Dedutio era simulada, ya que las partes no se constituían en el terreno objeto del litigio.

Por cuanto hace a la ACTIO PER JUDICIS POSTULATIONEM, siendo que el pasaje en el cual Gayo se ocupaba de esta acción falta por completo en su manuscrito, los tratadistas se limitaban a simples conjeturas sobre la naturaleza de la misma. Algunos piensan que ella era una parte de la Actio Sacramenti, aquella en que se pedía la designación de un Juez. Esta hipótesis está expresamente contrariada por Gayo, que menciona cinco acciones de la ley, y no cuatro, como debería ser en caso de que la Judicis postulatio no hubiese tenido una existencia independiente. Existen, además, que

nes piensan que la *judicis postulatio* daba siempre lugar al nombramiento de un juez, mientras que la *actio sacramenti* no lo dió, sino a partir de la Ley Pinaria. Por último es de advertirse que respecto al procedimiento seguido en esta acción, se ignora totalmente.

Sabiéndose también bastante poco, por lo que respecta a la *ACTIO PER CONDICTIONEM*, pues no se conoce sino un fragmento mutilado de Gayo y un pasaje insignificante de las Institutas de Justiniano, pero si podemos decir que esta acción es menos antigua que las otras, y que fue introducida por la Ley Silia, para aquellas demandas en que se reclamaba una determinada suma de dinero, siendo extendida más tarde por la Ley Calpurnia, a todas las acciones personales que tuvieran por objeto una cosa cierta cualquiera. - -
 Discutiéndose desde los tiempos de Gayo, el porqué se había introducido una acción especial para reclamar lo que era debido, cuando se podía llegar al mismo resultado por el ejercicio de otras acciones, habiéndose quienes piensan que ésto se debió, fundamentalmente, a que el procedimiento de esta acción era más sumario que el de las otras. Lo único que el demandante hacía frente al magistrado, era requerir al demandado para que se presentara después de treinta días, para escoger un Juez.

ACTIO PER MANUS INJECTIONEM, designa en general, la acción de poner la mano sobre una persona o cosa, pero no se le debe confundir con el procedimiento del mismo nombre que constituye una de las cinco acciones de la ley. Siendo un acto solemne que se produ-

cía delante del magistrado, difiriendo de las tres acciones precedentes en que no daba lugar a la designación de un juez, y de la última, o sea la *pignoris capio* en que esta última era extrajudicial. Este procedimiento era exclusivo de ejecución. Se utilizaba para obligar al deudor a cumplir con la condena judicial pecuniaria, para cumplir con la deuda reconocida delante del magistrado, y para obligar al deudor a reembolsar al fiador lo que había pagado por él; si no hubiere cumplido voluntariamente dentro de los treinta días que se le concedían para hacerlo. En el supuesto de que el deudor no pagara en el acto ni diera un fiador, el magistrado pronunciaba la palabra "abdico", que quiere decir, te lo atribuyo y entonces el acreedor podía llevarse a su casa encadenarlo y tratarlo como esclavo. Esta situación duraba sesenta días y si durante ese plazo no pagaba o daba un fiador, el acreedor podía venderlo o matarlo.

ACTIO PER PIGNORIS CAPIONEM.- Esta acción se utilizaba para cobrar ciertas deudas de carácter militar, fiscal o sagrado, previamente determinadas en la ley o en la costumbre. Este procedimiento era de ejecución, igualmente que la *Manus Injectio*. El acreedor podía penetrar en la casa del deudor pronunciando ciertas fórmulas sacramentales, y sacar de ella algún bien, el *pignus*. A esta especie de embargo extrajudicial, el deudor podía oponerse, dando lugar así a un verdadero juicio o sea la acción que nos ocupa.

EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO U ORDINARIO.- Como ya hemos de

jado asentado, el segundo período abarca desde la *lex Aebutia* (Siglo II A. de J.C.) y la *lex Iulia iudiciorum privatorum*, hasta -- Diocleciano.

El complicado procedimiento de las acciones de la ley, dio lugar al nuevo procedimiento formulario; llamado así, por la fórmula que el prestor redactaba y entregaba a las partes para ser -- presentada al juez.

Siendo de señalarse, además, que las acciones de la ley re presentaban el derecho aristocrático de los Quirites frente a las exigencias y necesidades de la plebe, que no conocían todos los -- procedimientos de las acciones de la ley; la acción de la ley en ese período, significa un conjunto de actos, de palabras solemnes, de procedimientos rigurosos mediante los cuales se impartía justi cia, actos, de palabras solmnes, de procedimientos rigurosos me-- diante los cuales se impartía justicia, actos que tenían el poder místico de servir para administrar justicia. Este período tuvo -- que desaparecer cuando se extinguieron las instituciones aristo-- cráticas de la Roma primitiva y apareció un derecho menos forma-- lista. Entonces surgió el segundo período llamado período formula rio, el cual supone la distinción del magistrado y del juez de es tar en juicio. En otras palabras, la jurisdicción en esos tiempos comenzaba ante el magistrado y terminaba ante el juez; así es que, en ese período hay la distinción de los procedimientos ante el -- magistrado y ante el juez. La acción entonces se identificaba con una fórmula, por eso se le dá a ese segundo período el nombre de-

período formulario, por que la acción era una fórmula concebida y redactada por el magistrado, ante él, el actor exponía su demanda, el demandado exponía sus defensas, el magistrado trata a las dos partes y como consecuencia del debate redactaba y entregaba al actor una fórmula para que la recibiera el juzgado civil y de acuerdo con los términos de esa fórmula redactaba la sentencia.

La fórmula era de tal manera importante que de su redacción dependía la manera según la cual tendría que sentenciar el juez; la acción en este segundo período era la fórmula entregada por el magistrado al demandante, para que ocurriese con ella al juez y obtuviese justicia.

La fórmula constaba de las siguientes partes:

- I.- La Demonstratio.
- II.- La Intentio.
- III.- La Condemnatio.
- IV.- La Adjudicatio.

La Demonstratio de la fórmula, es lo que actualmente se llama puntos de hechos y de Derecho de la demanda, en ella se planteaba la cuestión que se debía resolver en sentido positivo o negativo, según que los hechos aparecieran probados o no.

Después de la Demonstratio venía la parte esencial de la fórmula, lo que en latín se llamaba Intentio, y que entre nosotros podría llamarse petición o pedimento. En esta parte de la fórmula, el pretor dejaba constancia de la petición del demandante.

te y de la oposición del demandado; se podría decir, que la Intentio constituía la Litis Contestatio del primer sistema procesal romano.

La Condemnatio, era la facultad que el pretor daba al Iudex, arbiter o recuperatores, para que, según como resultaran los hechos, condenara o absolviera al demandado.

La adjudicatio, era la parte de la fórmula en que se facultaba al juez hacer atribuciones de propiedad o constituir derechos reales en beneficio de las partes. Solamente se insertaba en la fórmula en los casos de acciones divisorias que eran, como en el derecho moderno, la Communi Dividundo, Familiae Erciscundae y la Finium Regundorum, a las que hemos aludido en otra parte de este trabajo, es decir, la de división de condominio, la de partición de la herencia y la de separación de límites.

La fórmula, por regla general, estaba compuesta de tres partes: la demonstratio, la intentio y la condemnatio; pero esta composición no era invariable, solamente una parte de la fórmula no podía faltar que era la intentio porque era el pedimento o pretensión del demandante, y sin ella lógicamente no había proceso.

En el procedimiento formulario, la in jus vocatio (citación y emplazamiento), continuó siendo un acto extrajudicial.

Una vez que las partes habían expuesto sus respectivas reclamaciones ante el magistrado, éste redactaba la fórmula, que era entregada al demandante para que con ella recurriese al Iudex, Arbiter o Recuperatores, que los mismos litigantes habían elegido, o

que designaba en caso de desacuerdo el pretor, a fin de que resolviera.

De lo anterior, puede dejarse establecido que, la primera fase procesal se caracterizaba, principalmente, como se ha visto, por ser un procedimiento verbal actuado exclusivamente. Pero los pretores peregrinos para mayor seguridad, comenzaron a dar por escrito los términos en que el pleito estaba trabado y la cuestión de hecho que debía resolver el Juez, el Arbitro o el Recuperator. Esto se hacía en consideración a que si los ciudadanos romanos no podía serles fácil hacerse acompañar por testigos para acreditar en la segunda parte del proceso, los términos en que el pleito había quedado trabado, la misma facilidad no encontraban los extranjeros y peregrinos, que podían estar desprovistos de amigos y que generalmente lo estaban de parientes, que pudieran auxiliarlos en la tramitación del proceso. Este sistema se perfeccionó y generalizó desde luego, extendiéndose a todos los juicios. La división del proceso en dos partes, característica del primer sistema, se mantuvo en el segundo.

EL PROCESO EXTRAORDINEM.- Este proceso fue producto de una evolución lenta de los otros sistemas que hemos analizado, así tenemos, que en ellos había casos excepcionales en que el magistrado no enviaba a los litigantes a un segundo tribunal, (el de Iudex, - Arbitrer o Recuperatores o mismo al tribunal de los centumviri), si no que resolvía por si mismo la totalidad del pleito. Ahora el conocimiento del conflicto corresponde exclusivamente al magistrado;

lo que al principio constituía una excepción que el pretor no designara juez sino que decidiera por sí mismo, se convierte, a partir del Emperador Dioclesiano, en el procedimiento normal u ordinario.

Además, tanto en el primer sistema como en el segundo, la *Interrogatio in iure*, como su nombre lo indica o como se diría en el derecho moderno, la confesión provocada mediante absoluciones de posiciones, no tenía lugar en la segunda faz de aquel proceso, sino en la primera. Por eso se llamaba *interrogatio in iure*.

La confesión así prestada, a raíz de una interrogación hecha ante el magistrado, producía el efecto de la sentencia misma, y de ahí el aforismo del derecho romano que han hecho llegar hasta nosotros los romanistas: *CONFESSUS PRO JUDICATE HABETUR*: el que confiesa se considera que ha sido juzgado por sí mismo. De tal forma que no era necesaria la segunda parte del proceso; el magistrado que entendía en la primera, fallaba la totalidad del pleito.

Tenemos pues dos casos en los que el procedimiento terminaba *in iure*, primero, cuando el magistrado conocía *Extra ordinem*, y segundo, cuando había confesión mediante interrogación *in iure*, lo que viene a confirmar nuestra anterior afirmación en el sentido de que al tercer sistema se pasó, tras lenta evolución, al generalizarse ese procedimiento, nacido y desarrollado durante los dos primeros.

Las causas de la evolución se explican porque en la época de Diocleciano, Roma se había extendido por todo el mundo entonces

conocido, y los Emperadores concentraban en sus manos el gobierno-civil, político, militar, administrativo y judicial, al respecto - creemos haber abundado al iniciar este capítulo.

Por último, observamos que los caracteres fundamentales de este tercer sistema eran: procedimiento escrito; procedimiento constituido por una sola etapa; la sentencia es un acto de autoridad; - derecho de apelación; el procedimiento es un asunto público; la notificación es un acto público, etc. En suma podemos afirmar que el tercer sistema si es un verdadero proceso, en la forma que lo concebimos actualmente, es decir, se equipara al proceso moderno.

CAPITULO SEGUNDO.- EL PROCESO GERMANICO.- A la exposición - del desarrollo del derecho procesal en Alemania, deben preceder algunas consideraciones que descubran el marco territorial histórico-político de esa nación.- En efecto, si bién, el Derecho Romano toma su nombre de una ciudad que en el curso de los siglos se ha erigido como Estado Universal de la antigüedad, el derecho Alemán da su nombre a todo un pueblo que ha carecido siempre de una cohesión rígida, incluso en el tiempo que encontró unidad jurídica estatal en el marco del Sacro Imperio Romano. Ello implica, desde luego, un profundo contraste en la historia de ambos derechos.- En Alemania mira a los supuestos previos de la formación del derecho romano, concluida en forma artística y homogénea.- El desarrollo del derecho Alemán carece de un punto de cristalización como el encontrado por el Derecho Romano en la urbe.- Está abandonado por completo a sus fuerzas. Un soberano Alemán nunca ha tenido un influjo tan di-

radero en la producción del derecho como el ejercitado por el Papa, en cuanto cabeza de una jerarquía de firme estructura mediante sus decretales, en la formación del Derecho Canónico.- En vano buscaremos en la historia del Derecho Alemán un período en que la administración de la justicia se hubiese centralizado en más de una monarquía absoluta y de un cuerpo de juristas dependiente de ella. La -precitada carencia de órganos capaces para una formación homogénea del derecho, trae aparejada la consideración de que el derecho Alemán no estaba destinado a completar por sí mismo su desarrollo. -- Por un tiempo en el que aún no había sobrepasado su período juvenil, a fines del siglo XV, tuvo lugar en Alemania la recepción del derecho extranjero, sobre todo Derecho Romano, Derecho Canónico y Derecho Feudal Lombardo.- Este importante acontecimiento justifica la división primaria de la historia del Derecho Alemán en dos grandes momentos: El período de la formación del Derecho nacional y el período del predominio del Derecho Extranjero. Dentro de la etapa más antigua distinguiremos, a su vez, la formación del derecho germánico hasta la terminación de la invasión de los pueblos, la formación del Derecho en la monarquía franca y la correspondiente al Imperio Alemán hasta el fin de la Edad Media.- Los historiadores jurídicos del futuro tendrán que abrir un tercer momento con las -codificaciones de la legislación del Imperio Alemán que ponen término a la dominación del Derecho extranjero en Alemania (4).

(4) Brunner-Schwerin, op. cit. Preambulo.

Ahora bién, a esos períodos hemos de referirnos en forma-- por demás breve. Situados en la época más remota del Derecho Ale--mán, vemos que en ella era entendido, el proceso como el ordena-- miento de la paz general; de carácter público y oral. Intimamente-- fundido con la religión y los usos sociales, se desenvuelve y per-- fecciona por la inmediata aplicación de las normas jurídicas en la vida del derecho. La concepción ingenua que aparece reflejada en -- el propio lenguaje del Derecho, y la riqueza de formas y símbolos-- en que vienen investidos los pensamientos jurídicos, contribuyen a mantener vivo el derecho en la conciencia del pueblo. Es antiquísi-- ma la práctica de recoger las normas jurídicas en refranes o en -- versos de fácil apego a la memoria. Como sujetos de derecho solo -- se cuentan los miembros libres del pueblo.- El siervo y el extran--jero carecen de derecho.- No obstante tener fundamentos comunes, -- el derecho es diverso en los diferentes grupos del pueblo. Una vez realizada la formación del tronco en sentido jurídico, cada uno de ellos se encuentra en posesión de un derecho especial.- Las comuni-- caciones de los escritores latinos, suministran el conocimiento -- del derecho durante ese período especialmente la Germania de Tácito, redactado en los primeros años del gobierno de Trajano, y nos-- permite saber que declaración del derecho tenfa lugar en una asam--blea judicial pública. Todo habitante libre estaba obligado a -- frecuentar la asamblea y a participar en la administración de jus--ticia, la apertura de dicha asamblea se iniciaba por las preguntas solemnes revestidas de formalidades sacrales, que el juez hacía al

Ding sobre la procedencia de la convocatoria y, seguidamente, se declaraba la paz sagrada del Ding (Asamblea del antiguo alto Alemán).- Terminada la asamblea se procedía a su clausura, con observancia de determinadas formalidades de derecho.- La sentencia no se adoptaba por el juez, que era solo "interrogador del derecho", sino que se acordaba por la asamblea reunida, a base de una propuesta de sentencia que originariamente podía solicitar el juez de cada uno de los miembros de la asamblea presentes.- Con posterioridad la propuesta de sentencia correspondía entre los altos Alemanes y frisonas, a un iudex permanente que declaraba el derecho, entre los francos era de la competencia de un comité de la asamblea designado por el juez, los llamados Rachinburgen (5), es decir, vecinos o burgueses consejeros.- Si la propuesta encontraba asentimiento, y conformidad de los que intervenían en la asamblea, la que se manifestaba golpeando las armas, el juez dictaba un mandamiento de derecho correspondiente a la sentencia.

Junto al ejercicio judicial del derecho, tenía un amplio campo de acción la autoayuda, que se exteriorizaba como enemistad con fines de venganza o como prenda por acto propio.

Siguiendo un orden en el tiempo, observamos que, en cuanto hace al período siguiente lo que puede estimarse como procedimiento, se caracteriza por un formalismo sencillo, pero riguroso, siendo este público y oral, y descansaba por entero en el principio acusa

(5) L. Rosenberg, Tratado de Derecho Procesal Civil, . Tomo I. p.16

torio, de manera que estaban abandonadas a las partes la iniciación y continuación del proceso, como cúspide del procedimiento -- aparecen los contratos procesales de los litigantes.- En el supuesto de trasgresiones jurídicas expiables se tiende a sustituir la lucha (aún dentro de la vida judicial tuvo el procedimiento el carácter de lucha), por un contrato de conciliación entre las partes. La autoridad del tribunal era muy limitada y, en parte, venía a quedar sustituida por la coacción jurídica del formalismo.- El proceso se iniciaba por el convenio litigioso en que las partes se obligaban a ventilar su contienda ante el tribunal.- Sin embargo el demandante podía también unilateralmente, y sin colaboración del tribunal, citar en forma a pleito a su contrario.- En sus intervenciones procesales las partes estaban en relación inmediata con el tribunal.- A la parte con plena capacidad jurídica no le estaba -- permitido litigar por medio de representante.- El demandante interpone su propuesta de demanda con palabras solemnes y bajo invocación de los dioses, y en seguida el demandado jura contestar la demanda.- Solo se consideraba como contestación, "una afirmación plena o una negativa rotunda de los términos de la demanda con los -- que debía coincidir formalmente con toda exactitud", (6). Por consiguiente, la contestación excluía las excepciones. Cuando más adelante fueron permitidas, tienen la significación de una legítima -- negativa de contestación, de una defensa contra la exigencia de --

(6) Brunner-Schewerin, op. cit., P. 255.

contestación. Los Rachimburgi dictaban la sentencia a requerimiento del demandante. Entre los germanos del Oeste, la sentencia contenía una alternativa, ya que, en caso de haber negado el demandado, ordena la prueba y establece lo que deberá hacerse con arreglo al resultado del procedimiento probatorio.

En el procedimiento de proscripción y sobre hechos castigados con pena de muerte regían principios especiales. A causa de que no era posible un contrato de conciliación, sólo cabía pronunciarse en la sentencia en favor o en contra de la proscripción o de la muerte, respectivamente.

En correspondencia al contenido de la sentencia, las partes concluían ante el tribunal un contrato en el que se promete la práctica de la prueba o, en su caso, la satisfacción del contrato (promesa de cumplimiento de la sentencia). La prueba remite un litigante a otro litigante y no a otro tribunal. Por tanto los medios de prueba eran de naturaleza formal, de suerte que el resultado no requiere una revisión judicial. A la imposición de la prueba por la sentencia, de este nombre, parece haber precedido un estadio jurídico en que las partes pactaban libremente en cada caso sobre la prueba. Según los principios de Derecho, rectores de la sentencia, sobre la prueba, incumbía por lo regular al demandado, la carga probatoria, Juraba éste la improcedencia de la querrela mediante un juramento depuesto unipersonalmente o con un número determinado de conjuradores, que juraban que el juramento es "puro y sin perjuicio". Los conjurados eran llamados con inter

vención de la parte contraria, o según los principios tradicionales de clase social del jurador. La forma del juramento era corporativa, puesto que los conjuradores era a voz común. El concepto de los testigos era más limitado, se tenían por tales los hombres que en la celebración de un acto jurídico contribuían a su perfección (testigos del negocio) y los vecinos que declaraban sobre las circunstancias y los sucesos de la comunidad (testigos comunales). El conocimiento que pudiera obtenerse casualmente no bastaba para fundar la condición de testigo. Los testigos del demandante excluyen los del demandado. Cuando se trataba de testigos del negocio, fue hábito que el propio demandado concluyera un contrato de prueba mediante la aportación de testigos, de suerte, llegado el momento contencioso, debía dejarse la decisión a la prueba testifical. Si ambas partes presentaban testigos en relación a los mismos hechos, llevaban precedencia los del demandado.

Subsidiariamente tienen aplicación como medios de prueba, los Juicios de Dios, se discute el momento en que sucediera la introducción del juicio de Dios en el proceso; es particularmente defendida la opinión de que sólo tuvo lugar en conexión con la cristianización. Como tales se conocían las Ordalías del fuego y del agua, la ordalía de la suerte y el duelo; si el demandado estaba autorizado y pronto a liberarse de la querrela por un juramento con conjuradores, cabía, en asuntos de importancia, que el querellante le cerrara la vía sacramental por impugnación del ju-

ramento y desafío.- Así mismo estaba permitido interponer la acción de perjuicio que llevaba implícitamente al duelo, es decir, - que sólo podía decidirse en virtud de duelo judicial. Observando, - además, que el demandado que no comparecía a la citación del tribunal incurría en una multa, salvo que pudiera disculpar su ausencia por un verdadero caso de necesidad. La no comparecencia, sin embargo, sólo tenía efectos jurídicos si a la puesta del sol se -- comprobaba por la parte contraria, mediante protesta de ausencia-- alegada en forma, acto que aparece entre los francos bajo el nombre de sol-satire (sol puesto) (7).- La contumacia del demandado en su desobediencia le conducía finalmente a la pérdida de la paz.

Al procedimiento jurídico del período germánico fue ajena - una ejecución forzosa por la vía judicial. Prometido en forma jurí dica por el demandado el cumplimiento de la sentencia, estaba fa-- cultado el demandante a proceder, con observancia de ciertas forma-- lidades, a la prenda extrajudicial y procurarse así cierta satis-- facción. Contra la parte que se negara a prometer el cumplimiento-- de la sentencia, no se disponía de más recurso que la pérdida de - la paz, que no sólo comprendía a la persona sino también al patri-- monio de quién perdió la paz.

El acreedor al que su deudor hubiera hecho una promesa de - deuda en forma jurídica, si había certeza sobre la conclusión del-- contrato de deuda, podía hacer valer este negocio jurídico por vía extrajudicial pura, ya que, intentadas sin éxito varias conminacio

(7) F. de Brihuega. ed. J. Catalina García. El elemento Germano. -- 1887-128.

nes, estaba facultado para proceder a la prenda.

Ante hechos in fraganti y de tal índole que llevaran aparejada la pérdida de la paz, no era menester un procedimiento ordinario para castigarlos.- El espectador podía iniciar el clamoreo que llamaba a los vecinos al auxilio y al testimonio.- A su vista le era lícito dar muerte inmediata, en razón de la publicidad, al malhechor que por el delito mismo hubiera perdido la paz.

A los tiempos primitivos, se remonta presumiblemente una forma de la querrela por homicidio, interpuesta jurídicamente con el hombre muerto, o sea en presencia del cadaver conducido al tribunal. El muerto no tuvo originariamente el sentido de *corpus delicti*, antes bien, se le imaginaba a él mismo en función del querellante que pretendía la reparación.- El derecho más moderno permitió ulteriormente que la conducción del cadaver quedara sustituida por la exhibición de su sola mano derecha separada, reemplazándose así la querrela con el hombre muerto por la interpuesta con la mano muerta.

Continuando con nuestro estudio, pasamos a referirnos al proceso en el reino franco, (siglo V a XII) y desde luego hacemos notar que, el tronco de los francos salios, partiendo de los comienzos imperceptibles, llega a alcanzar una significación histórica universal.- El reino franco somete a todas las demás naciones de Alemania y estructura, exceptuada la España visigda, la serie de Estados que han erigido los pueblos germánicos sobre el continente romano.- En la fundación y extensión del reino franco se con

jungan, equilibradas con regularidad muy notable, las conquistas-- de los núcleos de población románicos y germánicos de suerte que -- hasta el fin conserva su carácter mixto de un Estado romano-germá-- nico. Con la cristianización de los francos se introduce un nuevo-- poder en su vida jurídica, la Iglesia Católica, que favorece inten-- samente la expansión del reino franco bajo Clodoveo y sus hijos.-- En esta época surge el Edicto de Lotario II, de 614, llamado tam-- bién Magna Charta del reino franco, porque en ella confirma el rey -- por escrito a los magnates eclesiásticos y laicos una serie de li-- mitaciones de la potestad real y la enmienda de prácticas abusi-- vas.

Dentro del reino franco se conserva la especialidad del de-- recho por nacionalidades y troncos. Incluso dentro de cada tronco-- no se daba un derecho unitario.-- Así entre los francos tenían dere-- cho diferente los salios, los ribuarios y los chamavos. Para las -- relaciones de intercambio de subditos, del reino franco, se desa-- rolló el principio de la personalidad del derecho, en cuya virtud -- cada uno era juzgado según la *lex originis*, es decir, en la que hu-- biese nacido.

Durante este período, brotan abundantes las fuentes del de-- recho escrito. Por doquier descubren las nuevas relaciones de vi-- da, la necesidad del nuevo derecho y la de fijar el derecho consue-- tudinario existente. La influencia romano-cristiana da el impuso -- decisivo para la fijación escrita del derecho. Entre las fuentes -- de derecho de este período hay que distinguir las leyes también --

llamadas *leges barbarorum* por los nuevos derechos populares, la ordenación de los reyes y de los mayordomos francos, las colecciones de las fórmulas y los documentos, así como algunos Tratados jurídicos. Las *leges* están destinadas a recibir el derecho del tronco -- respectivo. En parte se ofrecen como Derecho estatuido y en parte -- como resultado de las encuestas jurídicas sobre derecho consuetudinario vigente. -- El contenido de las citadas *Leges* era en gran parte de naturaleza jurídico penal y procesal; constituyen un núcleo importante la determinación de las penas pecuniarias.

En las actuaciones procesales se dejó sentir el fortalecimiento del poder público por la limitación de la autoayuda y la -- transformación del procedimiento judicial. -- El desplazamiento de -- la autoayuda se manifiesta en la disminución del derecho de venganza y en la restricción de la prenda extrajudicial por deudas. Las antiguas formas paganas son sustituidas por las cristianas, mientras en tiempo anterior el demandante interponía su acción invocando las divinidades del paganismo, ahora entre los francos, tienen que -- ofrecer un juramento previo. La forma normal del juramento era hecho sobre las reliquias o sobre los evangelios. -- De las formas paganas del juramento se conservaron, en casos excepcionales o como juramento menos valioso, el juramento por las armas, es decir, --- el hecho sobre las armas bendecidas (*arma sacrate*). La Iglesia recibió las ordalías y las dotó de ceremonial eclesiástico, con suerte pasajera se introdujo una típicamente cristiana llamada la prueba de la cruz, y que fue prohibida en 818-19. -- El incremento de la

autoridad judicial trae como consecuencia una limitación al principio acusatorio y del contrato de las partes vinculado con él, y -- además, una debilitación del formalismo, a lo que lógicamente sigue una transformación de toda la estructura del procedimiento. -- En lugar de las antiguas instituciones procesales de Derecho popular, arraigan una serie de innovaciones de derecho oficial que sustituyen por órdenes judiciales el tráfico mediato de las partes y el acto formal que esto requería. Las nuevas instituciones se encontraron en un primer momento en una relación de concurrencia con -- las formas del derecho popular que, finalmente, fueron desplazadas por completo. De este modo desaparece la citación jurídico formal a cargo de las partes paulatinamente sustituida por un nuevo tipo de citación mediante mandato judicial. -- Así como antes tuvo la parte que requerir por sí misma, mediante un acto formal, a su contrario, para la contestación y para el juramento, y solicitar del sentenciador la determinación de la sentencia, ahora persiguen -- igual efecto jurídico las ordenes judiciales de contestación y juramento y la interrogación judicial sobre la sentencia; con ayuda de esta última actuación del juez, la parte vencedora en el procedimiento probatorio puede hacer que se pronuncie judicialmente la finalización del litigio por sentencia declaratoria. Junto a la decisión sobre la sentencia impugnada mediante juramento, duelo u ordalía unilateral (8), tiene lugar un exámen libre de los fundamen-

(8) Usatici de Barcelona en Giraud, Essai sur l'histoire du droit-français, 1846.

tos de la sentencia discutida y llevada a conocimiento del tribunal regio, que no esta vinculado a las reglas probatorias del Derecho popular.- El derecho franco introdujo, en lugar de la prenda privada, el embargo del deudor practicado por el conde, o por sus funcionarios; novedad del derecho que, entre los francos hizo caer en desuso la prenda privada.- Si el deudor de una pena pecuniaria era insolvente y no se pagaba por sus parientes o por un tercero, era entregado a la potestad y arbitrio del demandante; el procedimiento en rebeldía que en un principio, se traducía exclusivamente en la pérdida de la paz, amplió su margen de soluciones mediante, primeramente el embargo judicial, y la detención por asuntos penales.

La prueba de cojuradores fue gravada por el hecho de que se hacía jurar al cojurador por separado.- Cuando el jurador tenía el derecho de elegir a los cojuradores, ya no tuvo por lo regular, que limitarse al círculo de sus parientes. En determinados casos se permitía a la parte contraria del que ofrece la prueba, solicitar el aumento del número de cojuradores o costreñirle a la renuncia de la práctica rogatoria o al juramento con igual número de cojuradores. Con el fin de acrecentar la autenticidad del testimonio, se hace depender la capacidad para ser testigo de la posesión de una determinada masa patrimonial; además antes de proceder al juramento, se hacía un interrogatorio de los testigos y se permitía la alegación de los testigos de descargo.- Si las declaraciones de los testigos no coincidían con las de los contratestigos, -

se decidía por duelo entre los testigos. La prueba documental se estructura diversamente para los documentos reales y para los documentos privados.- Estos últimos requerían la presencia de testigos, pues los documentos privados controvertidos no proporcionaban por sí mismos prueba alguna, sino que era necesaria la intervención de los testigos del documento que testificaran la verdad de su contenido. Los derechos populares francos conocieron una impugnación de los documentos simples y otra con formalidades jurídicas. Se caracterizaba esta última, porque el que rechazaba el documento lo perforaba, delante del tribunal. seguidamente los testigos a veces acompañados del escribiente aseveraban la exactitud del documento mediante juramento o eventualmente por duelo judicial. Por el contrario el documento real es inobjetable, en razón de que por sí suministra prueba y por lo tanto no requiere testigos. Por ello los reyes francos no utilizan testigos en sus documentos.

En el tribunal del rey, en el del conde palatino y en los tribunales de los missi reales, ramificaciones todos ellos de tribunal regio, podían tener aplicación normas procesales especiales.- En principio, el tribunal del rey era competente para toda clase de litigios, y por tanto concurría con los tribunales populares; especialmente resuelve cuando el tribunal ordinario dilata o niega la justicia o no está en condiciones de procurarla. Para fundar formalmente en casos singulares la competencia del tribunal regio, estuvieron en uso mandamientos escritos de

la cancillería real, los llamados indiculi regales, que se entregaban en mano del querellante.- Además el rey estaba facultado para derogar en casos concretos las formas de derecho escrito y resolver según la equidad, y le era lícito también conceder privilegios procesales. De este modo otorgaba en las cartas de mundeburde a quien había recibido en un grado superior la protección, el derecho de reclamación, o sea el derecho de sustraer el proceso al conocimiento del tribunal de distrito y determinar la competencia del tribunal del rey donde era resuelto secundum a equitatem. Mientras el procedimiento del derecho popular prohibía por principio la representación ante el Tribunal, el órgano jurisdiccional del rey la permitió en casos de verdadera necesidad de una de las partes litigantes, que, por un privilegio especial del rey, podía obtener la prerrogativa de hacerse representar ante cualquier tribunal. Fueron medios probatorios reservados al tribunal del rey el testimonio judicial y la prueba de la inquisición.- Así como anteriormente los actos judiciales en caso de ser objeto de ulterior impugnación, tenían que ser probados por los medios formales de prueba del procedimiento del Derecho popular, en el tribunal del rey podían hacerse constar por testimonios, no sujeto a impugnación alguna. La prueba de inquisición consistía en la aplicación del procedimiento interrogatorio como medio de prueba en los asuntos civiles, sobre todo en los litigios relativos a la propiedad inmobiliaria, a la libertad y a los siervos. Los testigos de inquisición se designaban de oficio, se les citaba ante el coto regio --

donde, prestando juramento, eran inquiridos. Su veredicto no está sometido a impugnación de parte. La potestad de la inquisición, es decir, la facultad de ordenar la prueba inquisitorial la poseía solo el rey, a tal fin dictaba mandamientos especiales. Los missi regales tenían un apoderamiento especial de inquisición, y en este aspecto, estaban encomendados a su especial guarda las viudas, los huérfanos y los desvalidos. Algunos litigantes tenían derecho de inquisición o facultad de exigir ante todo juez la aplicación de la inquisición en sus procesos; así sucedía con el fisco en lo relativo al patrimonio real, dotado con múltiples prerrogativas procesales, y así también con numerosas iglesias a las que el rey concediera especialmente este derecho.

En el imperio alemán que fue considerado después de su nacimiento primeramente como una parte, o como la continuación de la monarquía franca, el derecho escrito del período anterior pierde lenta pero continuamente su frecuencia de aplicación. Las leyes caen en olvido porque aquí no fueron utilizadas constantemente en la enseñanza del derecho, ni se cultivó sobre ellas la literatura jurídica como sucediera en Italia. La transformación de los principios de la organización política, la nueva estructura del estado de las personas, las concepciones jurídicas cambiantes con la nueva etapa cultural son factores que eliminan los principios jurídicos precedentes, con causa, pero sin cesar, desarrollando incluso los vertidos por la práctica en el Derecho consuetudinario.

En el campo del derecho procesal de la época del imperio en

Alemania, en el terreno de la autoayuda se conservó la enemistad-- con el fin de venganza para el caso de muerte violenta. La familia ofendida estaba autorizada para ejercitar la venganza de la san--- gre siempre que en el caso concreto el poder público no consiguiera imponer a las partes enemistadas una paz provisional por un tiempo determinado o conducir las a una reconciliación definitiva.

El procedimiento ante el tribunal se caracterizaba por un formalismo estilizado casi al máximo y que se extiende al más minucioso detalle. Para todos los que comparecían ante el Tribunal - y especialmente para las partes se exteriorizaba aquel rigorismo - como *vare*, *periculum*, *verborum insidia*, palabra técnica que daba expresión al formalismo con sus requisitos y efectos. Algunos principios que ya dominaban en el proceso alemán antiguo, alcanzan ahora su extensión máxima. Numerosas formalidades, de riesgo particular- extremado en los actos formales del juramento y de la impugnación, dificultaban la actuación ante el Tribunal.- En las diligencias -- verbales era aplicado el principio de la interpretación estricta - de las palabras, cometida una falta de dicción, la puesta en juego del principio de "un hombre, una voz" impedía a la parte enmendar el yerro. Por eso los litigantes hicieron hablar en su voz a los prolocutores que eran narradores, cuyas palabras podía desmentir - y rectificar la parte bajo ciertas condiciones (derecho de restitución y reforma). Sin embargo, en tales casos, el prolocutor pagaba una multa por haber hablado en un acto formal sin mandato de su señor y, consiguientemente, por autoridad propia, sin derecho para-

hacerlo.- Solo paulatinamente se fue abriendo camino la convicción de que este rigorismo de la forma contradecía la exigencia del derecho material, y únicamente con paso lento y con más protitud en unos lugares que en otros se llegó a la atenuación o eliminación de la verborum insidia. También en este período quedó prohibida en general la representación en juicio.

La estructura general del proceso corresponde ciertamente a las innovaciones del derecho oficial franco, en tal medida que desaparece el trato recíproco y directo de las partes ante el tribunal, como el conocido por el antiguo derecho popular, y los litigantes tienen que dirigir siempre al juez sus manifestaciones y pretensiones. Pero el Juez está vinculado en su actividad rectora del proceso a las normas del derecho popular; no procede en virtud de poder propio, sino que en vista de las pretensiones deducidas pregunta sobre la sentencia a los escabinos. Acerca del extremo fijado por una sentencia se sigue juzgando mediante nuevas cuestiones del juicio, de suerte que el proceso íntegro sigue su marcha de una sentencia a otra.

El procedimiento probatorio conserva su carácter formal. Como medios de prueba están en aplicación el juramento de parte -- (bien unipersonal o con cojuradores), el juramento de los testigos, el documento, el duelo y la ordalía unilateral. La prueba de testigos, cuya licitud estaba muy limitada, de modo particular en el derecho sajón, experimenta en todas partes durante la baja Edad Media una paulatina amplificación.- En el procedimiento por delitos

in fraganti, se llega a un procedimiento de prueba material, en -- tanto que a quienes acudían actuando como cojuradores, se les exigía el conocimiento del hecho, por donde vinieron a convertirse en testigos. Los medios probatorios de la prueba de inquisición y del testimonio judicial reservados en la época franca al tribunal del rey, pierden su condición excepcional y se ponen también en práctica fuera de aquel tribunal.

Dentro de las acciones de naturaleza jurídico patrimonial - se configuran por su objeto en acciones sobre deudas, sobre haber-mueble y sobre inmuebles. El demandante podía aducir llanamente su pretensión sin alegar un fundamento de derecho; tratándose entonces de una acción simple a la que contestaba el demandado con su juramento. Si el demandante no quería allanarse tenía que motivar su acción, es decir, aportar fundamentos de Derecho determinados - y positivos de los que se siguiera la obligación del demandado correspondiente a la pretensión accionada. Por su parte, el demandado podía también responder a los fundamentos de la acción con hechos - que desvirtuaban la pretendida obligación.

En asuntos civiles no se permitió como ejecución un procedimiento de proscripción. Antes bien, se declaraba por la sentencia la prenda judicial. Consistía ésta en dos actos perfectamente delimitados, de los cuales el primero tendía a constituir la garantía por medio de la prenda de los bienes muebles y la confiscación de los inmuebles, y el segundo iba referido a la satisfacción del - acreedor. En las ciudades se estableció para la promesa de deuda -

declarada ante el tribunal o el consejo, un proceso ejecutivo en -
cuya virtud el acreedor, en caso de incurrir en mora el deudor, po-
día solicitar la inmediata ejecución forzosa judicial sin necesi-
dad de conseguir ante el tribunal una sentencia recaída sobre un -
pleito en forma. La deuda que reuniera tales características era, -
por consiguiente, una deuda que llevaba aparejada ejecución, sien-
do también documento ejecutivo la carta judicial o municipal expe-
dida sobre ella. Frente al deudor que huía o cuya ausencia era de-
temer, se desarrolló un procedimiento de arresto sobre su persona-
y su patrimonio, que surge como una ramificación de la pérdida de-
la paz.

Siguiendo con el orden preestablecido, encontramos que en -
el período que se ha denominado de la recepción de los derechos --
extranjeros en el derecho alemán, (siglo XII) quedan incluidos co-
mo aquellos, el Derecho Romano, el Derecho canónico, y el Derecho-
Feudal longobardo. La recepción del derecho romano, en cuya compa-
ña se recibieron los otros dos derechos extranjeros, no se produ-
jo en Alemania por un acto repentino, sino que es el resultado de-
un proceso de larga duración en el que se puede distinguir la re-
cepción teórica y la práctica. Esta tuvo en aquella su condición -
previa. La recepción teórica descansa en el advenimiento de la con-
vicción de que el Derecho Romano tenía justificada pretensión de -
vigencia en Alemania; consiste la práctica en la penetración del -
Derecho Romano en la judicatura Alemana. Aquella se remonta al si-
glo XII y enraiza en la idea de que el sacro romano imperio signi-

ficaba una continuación del antiguo Imperio Romano, de que consiguientemente las leyes de los emperadores romanos eran leyes de los antecesores de los reyes alemanes y que, como tales, poseían vigencia subsidiaria.

En el campo del derecho procesal penal se recibió, no sin conservar principios jurídicos alemanes, el procedimiento que había formado la práctica italiana a base del derecho romano y del canónico. La separación en Derecho alemán entre jueces y sentenciadores nace en unos lugares antes que en otros, cuando el conocimiento del derecho fue monopolio de los juristas doctos. Por este tiempo, dictaba la sentencia el propio juez o un colegio judicial. El procedimiento oral y público fue sustituido por otro escrito y secreto. Sin embargo, no se pudo romper totalmente con los antiguos principios. La concepción del derecho alemán de la sujeción de la apreciación judicial renació en punto al resultado de la prueba en las teorías de la prueba legal.

Para el desarrollo del Derecho procesal civil hay que distinguir en la época de la recepción dos sectores de derecho: el del antiguo proceso del Imperio, es decir, del procedimiento tal como se había formado en el tribunal de la cámara imperial, y el sector del proceso sajón.

Ciertamente, el procedimiento camaral no se configuró desde el principio como un procedimiento escrito, originariamente no se impuso a las partes, sino solo se permitió la voluntad de la producción escrita de sus litigios. Pero ya en 1507 se hizo obliga-

ción de sus representantes. Si el demandante había interpuesto una querrela por escrito, se citaba dentro de un término al demandado con el fin de comunicación de la demanda, tiempo en que podía obtener copia de la misma y pedir la concesión de un nuevo término. -- Una vez sobrevenida en el proceso, la afirmación de la contienda-- (litis contestatio), que fijaba el propósito de ambas partes, y -- luego de quedar obligado el demandante a responder de la demanda, -- tenían que prestar ambos litigantes el juramento de temeridad.- So lo entonces seguía la exposición de los hechos de la demanda y de las circunstancias de las excepciones eventuales. Demandante y de mandado, tenían que entregar las llamadas posiciones y artículos -- concretamente, para la preparación del procedimiento de prueba, -- tenían que deducir en artículos separados las afirmaciones básic-- cas de la demanda o de las excepciones respectivamente, sobre la-- que el contrario había declarado en su iuramentu calumniae si se -- allanaba o no. Incumbía, además, a las partes, sin que se pronun-- ciara una sentencia sobre la prueba, probar aquellas de sus afirma-- ciones que el contrario no había consentido expresamente o que por causa de rebeldía se reputaban consentidas. En el procedimiento -- probatorio tenía aplicación el juramento diferido o referido por -- el actor de la prueba. Para perfección de una prueba incompleta, -- el juez podía imponer un juramento complementario y para desvir-- tuar los indicios existentes un juramento purgatorio. Si se trata-- ba de una prueba testifical, las partes prestaban primeramente la-- promesa jurada de veracidad y luego el juez, en ausencia de las --

partes, procedía al exámen por artículos y preguntas. Concluidas las actuaciones, acordaban las partes "que no querían alegar o -- probar nada nuevo"; para ello solía fijarse por el juez un término especial... Como medios coactivos contra la rebeldía del demandado servían la puesta del demandante en posesión de los bienes del demandado, y la proscripción. Sin embargo, ya el antiguo proceso del Imperio ponía además, a elección del demandante la prueba de la demandada.

La totalidad del procedimiento, falta por completo de estructura y de un momento de reposo y carente en especial de una finalidad coactiva de las actividades de los litigantes, era extraordinariamente lenta y prolija y dejaba paso abierto a toda -- clase de argucias procesales, de suerte que dio lugar a justificadas censuras.

CAPITULO TERCERO.- EL PROCESO COMUN MEDIEVAL ITALIANO.- --
 LOS PLENARIOS RAPIDOS.- En otra parte de este estudio, hemos dejado asentado como las invasiones de los barbaros en Italia, repercutieron en el campo del derecho procesal en dicho ámbito espacial, encontrándose frente a frente dos tipos de proceso, absolutamente diversos: por una parte el proceso romano sumamente avanzado y por la otra, el proceso de los invasores, el proceso de -- los germanos completamente primitivo.

El proceso germánico, gracias a la prepondencia política de los invasores, debió naturalmente prevalecer, no ciertamente en toda la Italia, pero sí en su mayor parte, con especialidad --

allí donde se había extendido y se iba consolidando el dominio -- longobardo. Sin embargo, el predominio del proceso germánico sobre el romano cesó muy rápidamente, por el concurso de múltiples influencias, una de ellas, porque el derecho romano como derecho -- nación estaba siempre vivo en la memoria de los italianos, por lo cual con el florecimiento de los estudios de derecho romano, que tuvo lugar en los comienzos del siglo XII, hubo también de resurgir el proceso romano, y además, porque la existencia de la jurisdicción de la Iglesia que se iba extendiendo sin cesar, importaba la extensión del proceso canónico, el cual a su vez se moldeaba -- en lo general, sobre el proceso romano.

Por estas y muchas otras razones, el proceso romano triunfo, aunque no en su forma pura y original, pues mientras que por un lado era el proceso de un pueblo muerto políticamente, de él -- no se tuvieron noticias seguras sino después del descubrimiento -- del Manual de Gayo, lo que tuvo lugar hasta el año de 1016.-- Así -- que con el reflorecimiento de los estudios de derecho romano surgió solamente un proceso romano cada día mas diverso, especialmente por obra de la literatura que lo fue elaborando sucesivamente, debido principalmente a los llamados glosadores.

En el correr de la undécima centuria, tiempo en que comenzaron a florecer los glosadores de mayor celebridad, fue cuando -- renació verdaderamente en Italia la pasión del estudio de las leyes romanas; y fue entonces cuando se tomaron por objeto preferente de estudio en la Universidad de Bolonia. El primero de quien --

se sabe enseñase el derecho en esta universidad fue Pepo, a quien siguió después Irnerio o Werner, que alcanzó gran reputación. Las glosas que escribieron fueron añadidas en los manuscritos: al principio estaban junto a las palabras del texto que explicaban, y eran llamadas glosas interlineares, después se escribieron al margen, bien al lado del texto, o bien por la parte de abajo.

Después de Irnerio siguieron sus discípulos el mismo método hacia el año de 1140, e igualmente los sucesores de éstos, donde les vino el nombre de glosadores, con que son conocidos, y tomaron como base de sus estudios los fragmentos del Corpus iuris referentes al proceso romano, y también las antiguas compilaciones para uso escolástico que se enviaban a las escuelas.- El mérito de haber reunidos todos los resultados de esta elaboración corresponde a Guillermo Duranti (1206), quien produce la obra denominada "Speculum iudiciale".

La elaboración se continuó con los *commentatori*, entre los cuales deben mencionarse a Baldo de Ubaldi (1327-1400) y Bartolo de Saxoferrato (1315-1357). A los *commentatori* siguieron algunos prácticos que expusieron las reglas de los procesos en manuales, que servían para la práctica forense, y se llamaban por lo mismo *practicae*.

Esta larga elaboración científica condujo, con el concurso de otras múltiples circunstancias, al nacimiento de un tipo especial de proceso, denominado proceso común, el cual poco a poco -- se fue naturalmente formando, dadas las condiciones del ambiente,

gracias a la infiltración cada vez más abundante de elementos germánicos en el proceso romano, infiltración que se realiza por diversas vías: a).- Fueron sobre todo los intérpretes del proceso romano los que, bajo su influjo, inconscientemente introdujeron, al correr del tiempo, las nuevas costumbres judiciales germánicas, las cuales, con la consolidación de los vencedores, se habían difundido y sobrepuesto definitivamente a las antiguas costumbres judiciales del pueblo italiano. Esta combinación de elementos romanos con elementos germánicos, tuvo su principio en los escritos de los glosadores y continuó cada vez más extensa en las obras de los *commentatori* y de los prácticos que vivían en contacto con la vida práctica en las aulas forenses, y se esforzaban por lo tanto por adaptar los textos romanos para legitimar las costumbres judiciales que habían venido formándose.- Además esta infiltración de elementos germánicos en el proceso romano, se debió también a la influencia del derecho canónico, pues este descendía en bases predominantemente romanas, si bien habían venido sobreponiéndoseles elementos germánicos, que después pasaron al proceso común.

De este modo se formó aquel proceso mixto, sobre base romana con elementos germánicos, el cual recibió el nombre de proceso común o romano canónico; común porque regía donde quiera y valía en cuanto no estuviese derogado por leyes especiales escritas; romano canónico, porque nació justamente del encuentro del proceso romano con el proceso canónico.

En el proceso común, los conceptos fundamentales eran romanos; romano era el concepto de que el juez debía ser un tercero, diverso de las partes, y que debía decidir según su convicción; romano el concepto de la prueba, que tenía por objeto, no hacer patente la intervención de la divinidad, sino comprobar la verdad de los hechos y romano era el concepto de la sentencia, una decisión que no tenía valor de verdad absoluta, sino que expresaba una verdad que valía únicamente entre las partes.

Numerosos eran, en cambio, los elementos germánicos, así-- la influencia germánica se dejaba sentir en la falta absoluta de iniciativa del juez, que mantiene una actitud pasiva frente a las partes; en la naturaleza de la prueba, que se dirige, sí, a formar la convicción del juez, pero no según su libre criterio, sino con sujeción a normas preestablecidas, por eso al sistema romano de la libre convicción del juez se sustituye el de la prueba legal, por el que se establecen determinadas condiciones, sin cuya observancia no puede la prueba producir sus efectos, así por ejemplo el principio: "unistestis, nullus testis" es de origen germánico. De origen germánico es también la necesidad de una declaración solemne de las partes para fundar una litis; el concepto de la contumacia y todas las sanciones entre el contumaz; la división del proceso en estadios distintos, destinados a resolver determinados puntos de la cuestión, estadios que debían seguirse en orden riguroso; la querrela de nulidad de la sentencia, porque -- el derecho germánico, como hemos visto no en el romano regía el -

principio de la validez formal de la sentencia, de donde la necesidad de obtener la anulación dentro de terminos rigurosos.

Este proceso común era singularmente complicado, precisamente por el formalismo que traía del proceso germánico; era un proceso escrito en que las partes jamás comparecían. siendo, por lo mismo, largo y dispendioso.

De aquí la necesidad de procedimientos más llanos y menos complicados y de allí, al lado del proceso ordinario, en el "solemnis ordo iudiciorum", surgió el proceso sumario, de origen canónico, porque el Pontífice al otorgar su autorización permitía al juez decidir el pleito y lo dispensaba en cada caso de ciertas formalidades.

Este tipo de proceso, que se llamó plenario rápido tuvo -- como fuente principal la célebre bula de Clemente V, de 1305 denominada "Clementina Saepe".- En el se dispensaba el escrito de demanda y de contestación; toda la discusión se concentraba en una audiencia, se establecía la oralidad del juicio, se aumentaban -- los poderes y la iniciativa del juez en la dirección del proceso.

Junto a este proceso sumario indeterminado, que lleva implícito una simplificación de los actos judiciales, llamado así -- porque no miraba de modo exclusivo a la ejecución, surgieron -- otros procesos sumarios determinados y exclusivos, en los cuales no se obtenía la abreviación del procedimiento con la simplificación de las formas, sino con la supresión del estadio de declaración, siendo pues, procesos ejecutivos.

De este modo, en la Italia de los siglos XII, XIII, XIV y XV vinose elaborando un acabado sistema de derecho procesal.

SECCION SEGUNDA.- NATURALEZA JURIDICA

CAPITULO PRIMERO.- CONCEPCIONES PRIVATISTAS.- La distinción entre el Derecho Público y Privado es de carácter a priori, nos -- dice Radbruch (1); sin que ello quiera decir, asienta el propio au-- tor, que la conciencia de esta distinción existiera en todos los -- tiempos.- La Edad Media no la conocía, como no sabía tampoco que -- en todo orden jurídico tienen necesariamente que coexistir el Dere-- cho Público y el Privado; un Estado radicalmente socialista no co-- nocería apenas más que el Derecho Público y, a la inversa en una -- sociedad anarquista solo existiría el Derecho Privado. Y tampoco -- significa este a priorismo a que se refiere el propio Radbruch en -- su citada obra, que las fronteras entre el Derecho Público y el -- Privado hayan sido siempre las mismas ni que sea posible deslindar -- nítidamente ambos campos. En consecuencia, el carácter a priori -- que señala el autor en cita, quiere decir simplemente que toda nor -- ma jurídica puede ser situada en uno de aquellos dos campos

Sentado lo anterior, procede entrar al estudio de las teo -- rías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del proceso, -- las que marchan del ámbito del Derecho Privado al del Derecho Pú -- blico.

Ahora bién, las teorías privatista o civilistas, son aque --

(1) G. Radbruch. Introducción a la Filosofía del Derecho, Brevia -- rios del Fondo de Cultura Económica, pág. 90 y sigs.

llas que concebían al proceso como un contrato o un cuasicontrato. En efecto, como hemos visto en Roma el Derecho Procesal se reabsorbía dentro del sector de las acciones, una de las partes en que se dividía su derecho privado (personas, cosas y acciones) Esa subordinación, unida a la difusión y predicamento del Derecho Romano ha repercutido en daño del Derecho Procesal, complica aún la exacta inteligencia del concepto de acción, y determinó que fuesen las interpretaciones privatistas las primeras a que se acudiese para dilucidar la naturaleza del proceso. Así que los sostenedores de estas teorías veían en el proceso romano, en sus fases legis acciones y del proceso formulario, que la fórmula (que servía de eslabón dentro del procedimiento "in iure" o "in iudicio") no era otra cosa que un contrato procesal para que la controversia planteada fuera decidida obligatoriamente por el juez. Así que en el procedimiento "in iure" se determinaba la constelación jurídica del caso, el actor exponía sus pretensiones al magistrado y el demandado podía negar los hechos alegados por el actor y pedir su inserción en la fórmula, por concepto de exceptio, después de lo cual el actor podía pedir la incorporación de una replicatio.

Hemos visto también, que en los momentos primeros de la convivencia social la justicia de Roma tuvo un carácter exclusivamente privado, lo que significa que el afectado podía hacerse justicia por propia mano, situación sancionada por la colectividad ciudadana cuando era evidente la razón aducida como causa por la-

parte efectada. Superada esta etapa jurídica inicial en que la -- jurisdicción era manejada conforme al arbitrio del particular menoscabado en su derecho, en un proceso evolutivo inmediato, aparece el funcionario que se encarga de vigilar el enjuiciamiento, teniendo ya que sujetarse a ciertas reglas o formulas sacramentales y las partes podían de modo coincidente, o bién a través del azar elegir al funcionario a quien llamaban magistrado, cuya misión -- sustancial se circunscribía a la averiguación de los hechos y a la decisión de la controversia, aún cuando carecía de imperio para hacer efectiva su determinación.

Son las partes en este estadio de evolución las dueñas del proceso por el carácter privado de que disponía, ya que como se advierte, el juez era elegido por las partes y su nombramiento -- culminaba con la decisión del pleito, interviniendo más bién como árbitro que como juez dentro de la escuela que tenía carácter preferentemente oral.- El concepto privatista que se tenía de esta institución y que prevaleció hasta el siglo XIII indujo a sustentar la tesis de que el proceso es un contrato, que las partes pueden establecer libremente, y que como vimos en párrafos precedentes está elaborada con materiales del derecho Romano, partiendo -- del procedimiento de las "legis acciones" y del formulario principalmente, en el caso de apuesta "actio sacramenti" en el cual había entre las partes un verdadero contrato conforme al cual ambos litigantes se comprometían a aceptar la decisión judicial de su -- contienda, y sería éste contrato judicial la causa o fuerza que --

la cosa juzgada ejerce sobre las partes. Siendo de hacer notar -- que no obstante asemejarse con el contrato de compromiso arbitral, es diferente, y esta diferencia se determina en virtud de que es excepcional el arbitraje, es decir, no es lo normal en la materia procesal, y además, porque el compromiso arbitral es un acto preparatorio del proceso arbitral.

El proceso como cuasi-contrato.- Esta teoría surge al considerar sus sostenedores que no existiendo consentimiento del demandado, es evidente que no es un contrato, y que procediendo por eliminación estiman que no es un delito ni un cuasidelito, y por lo tanto es un cuasi-contrato.- Tal teoría se formula en función de la litis-contestatio y es sustentada por Guesyveau, el que la explica diciendo que la ausencia de voluntad enteramente libre -- del demandado impide clasificar a la litis contestatio como un -- contrato, pero siendo necesaria para su formación dicha voluntad constreñida, procede ubicarla dentro de la categoría de los cuasi contratos.

Al respecto los maestros De Pina y Castillo Larrañaga (2), nos dicen. "Las teorías contractualistas y cuasicontractualistas -- que tuvieron un arraigo muy profundo en el Derecho Español e hispanoamericano, especialmente la segunda, han pasado a la categoría de recuerdos históricos".

(2) R. De Pina y J. Castillo Larrañaga. Instituciones del Derecho Procesal Civil, p. 181.

CAPITULO SEGUNDO.- TEORIAS PUBLICISTAS.- Al lado de las --
concepciones privatistas o civilistas existen las teorías publi--
cistas, entre ellas destaca la de la Relación jurídica.

Esta teoría nació en Alemania a fines del siglo pasado, --
fue formulada por Hegel, sostenida por Bethmann-Holweg, Oscar --
Bulow y Kohler. Concibe al proceso como una relación jurídica; --
porque el conjunto de actividades que realizan las partes en el --
proceso, establece nexos y ligamenes de carácter jurídico que los
relaciona entre sí, teniendo como base la Ley que les atribuye --
derechos y deberes recíprocos.

Esta relación jurídica procesal es, Autónoma, compleja y --
de Derecho Público.

Autónoma, porque tiene vida y condiciones propias, indepen--
diente de la existencia de la relación de derecho material que --
constituye el objeto de la sentencia, puesto que se funda en la--
Ley Procesal, es decir, en la norma que obliga al Juez a tomar me--
didias sobre las peticiones de las partes, cualesquiera que sean.--
Una cosa es, por lo tanto, la relación jurídico procesal y la --
otra es la relación jurídico sustancial deducida en juicio; ésta--
se objeto de aquella.

Compleja, en cuanto no comprende un solo derecho o una so--
la obligación, sino un conjunto de derechos y obligaciones del --
Juez y las partes. Pero a pesar de su multiplicidad, variedad y --
significación, se hallan relacionadas, porque tienen una finali--
dad común que es la aplicación del derecho sustantivo.

Para mejor comprensión de esta teoría, reproducimos el pensamiento del insigne penalista Chiovenda (3); quien difunde esta teoría, porque la utiliza como base de su exposición científica, juntamente con su concepto de acción, para obtener la actuación de la voluntad de la Ley. Al respecto nos dice: "Antes de que pueda ser juzgada la demanda de actuación de la Ley, debe ser examinada; esto produce un estado de incertidumbre en el cual no se sabe si la demanda es o no fundada, pero se hace lo necesario para saberlo. Durante este ínterin, las partes (actor y demandado) deben ser puestas en situación de hacer valer sus correspondientes razones o derechos: hay deberes y derechos. De aquí la sencillísima pero fundamental idea, notada por Hegel, afirmada por Bethmann Hollweg y desenvuelta principalmente por Oscar Bulow y más tarde por Kohler y por otros muchos, incluso en Italia: El proceso civil contiene una relación jurídica...

"...La relación procesal es una relación autónoma y compleja que pertenece al derecho público... La relación procesal es -- una relación en movimiento, en acción: mientras las partes y el Juez se ocupan de la relación sustancial que es objeto del juicio, viven ellos mismos en una relación que desarrollan con su actividad... La relación procesal se desarrolla mediante aquella serie de actividades de las partes y del tribunal, determinada por la ley".

(3) J. Chiovenda, Principios... Tomo I, pags. 108, 109, 112 y 113.

Mortara, citado por De Pina y Castillo Larrañaga, (4) afirma que esta relación jurídica tiene fisonomía propia; no puede -- ser clasificada ni entre las de puro Derecho Privado, ni rigurosamente, entre las de Derecho Público.- Entre las primeras no, porque implica el ejercicio del Poder Público, o sea de la función -- del Estado correspondiente al derecho de los sujetos de promoverla actividad del juez, y este derecho, y aquella función, pertenecen esencialmente al Derecho Público. Por otra parte, no pueden -- ser comprendidas en sentido absoluto entre las de puro Derecho -- Público, porque el debate jurídico entre las partes, y el objeto del mismo, pertenece al Derecho Privado. Sin embargo, sigue diciendo el autor en cita, en su naturaleza compleja prevalece evidentemente el carácter de Relación de Derecho Público, porque la actividad de los sujetos privados y del Estado están puestas en -- relación y coordinadas, merced al ejercicio del Derecho Público -- Subjetivo de los particulares hacia el órgano de jurisdicción, y si su finalidad es la regulación de derechos subjetivos privados, el medio con el cual es conseguida, esto es, la actividad que está obligada a prestar el órgano de jurisdicción, deriva y está legitimada por la necesidad de establecer la paz pública, cuyas consideraciones prevalecen sobre los intereses particulares de cada sujeto.

(4) R. De Pina y J. Castillo Larrañaga, Op. cit., p. 182.

Mortara, citado por De Pina y Castillo Larrañaga, (4) afirma que esta relación jurídica tiene fisonomía propia: no puede -- ser clasificada ni entre las de puro Derecho Privado. ni rigurosamente, entre las de Derecho Público.- Entre las primeras no, porque implica el ejercicio del Poder Público, o sea de la función - del Estado correspondiente al derecho de los sujetos de promover la actividad del juez, y este derecho, y aquella función, pertenecen esencialmente al Derecho Público. Por otra parte, no pueden -- ser comprendidas en sentido absoluto entre las de puro Derecho -- Público, porque el debate jurídico entre las partes, y el objeto del mismo, pertenece al Derecho Privado. Sin embargo, sigue diciendo el autor en cita, en su naturaleza compleja prevalece evidentemente el carácter de Relación de Derecho Público, porque la actividad de los sujetos privados y del Estado están puestas en -- relación y coordinadas, merced al ejercicio del Derecho Público -- Subjetivo de los particulares hacia el órgano de jurisdicción, y -- si su finalidad es la regulación de derechos subjetivos privados, el medio con el cual es conseguida, esto es, la actividad que está obligada a prestar el órgano de jurisdicción, deriva y está legitimada por la necesidad de establecer la paz pública, cuyas consideraciones prevalecen sobre los intereses particulares de cada sujeto.

(4) R. De Pina y J. Castillo Larrañaga, Op. cit., p. 182.

También dentro de las teorías publicistas tenemos la llamada de la SITUACION JURIDICA, la que hizo su aparición en Alemania y posteriormente a la analizada de la Relación Jurídica, su autor Goldschmidt (5), sostiene que el proceso es una situación jurídica en el que no existen derechos ni obligaciones de las partes, - sino más bien cargas, posibilidades o expectativas y liberaciones de cargas, porque no pueden ser constreñidas aquéllas al cumplimiento de los actos procesales, ya que más que obligaciones dichos actos son cargas y por ende se tiene la alternativa de realizarlos o de abstenerse, con el consiguiente perjuicio inherente a tal abstención; así por ejemplo, si el actor no produce prueba, no será compelido ni reemplazado por otra persona, pero si perderá el pleito, igual ocurrirá al demandado si se coloca en las mismas condiciones.- Niega también este autor la existencia de derechos procesales, al señalar que las partes tienen posibilidades de lograr ventajas por medio de la realización de los actos procesales que les incumben, o bien la liberación de cargas de acuerdo con las actitudes de la contraria; por ejemplo, cuando reconoce expresa o tácitamente el derecho del actor el demandado, se libera a aquel de probar por otros medios distintos de la confesión los hechos admitidos.

Por último tenemos la doctrina de la INSTITUCION JURIDICA, Esta fue elaborada por el jurisconsulto español Jaime Guasp (6)

(5) J. Goldschmidt, Teoría General del Proceso, p. 43 y ss.

(6) J. Guasp, Derecho Procesal Civil, Tom. I., p. 22 y ss.

en ella se sostiene que el proceso no es un contrato, ni un cuasi-contrato, ni relación jurídica procesal, ni relaciones múltiples, ni situación Jurídica y que tales teorías no es que sean inexactas sino que son insuficientes, por lo que es necesario reducir al proceso a una unidad superior, si se quiere hallar con precisión la naturaleza jurídica del proceso y que tal unidad la proporciona satisfactoriamente la figura de la Institución.

Institución es un concurso congruente de actos y de actividades encaminadas a la realización de una idea objetiva.

Para que exista la Institución se necesita una idea objetiva que se proyecta fuera del sujeto y además en el tiempo, para realizar esa idea concurren actos, actividades y sujetos que pueden ser cambiantes y lo que nunca cambia es la idea objetiva por realizar; no es un ideal, ya que está actuando en el mundo y en el orden Jurídico. Ejemplos: El Monte de Piedad, la familia, etc.

La idea objetiva es la actuación de pretensiones fundadas. Las voluntades particulares que en el proceso actúan se adhieren todas a esta idea común; lo mismo el Juez en su fallo, que el actor en su pretensión, que el demandado en su oposición, tratan de satisfacer la reclamación que engendra el proceso, aunque cada uno de ellos entienda de un modo diverso el contenido concreto que en cada caso debe integrar la satisfacción que persigue.

En consecuencia, los caracteres del proceso y los de toda Institución jurídica, son los mismos: por una parte la idea fundamental consistente en la actuación de pretensiones fundadas y por-

la otra, se encuentran las voluntades adheridas a tal finalidad.

Por su parte, Mario A. Oderico, citado por Pallares, (7), -- no está de acuerdo con tales concepciones, y manifiesta al respecto que la palabra Institución se presta a equívocos y refleja además una idea estática de establecimiento, no apto para representar el dinamismo que implica el procedimiento caracterizado por una actividad progresiva, a la que más bien se debe designar con la palabra empresa, en el sentido de obra o designio llevado a efecto, ya que vista su estructura se puede advertir como las leyes lo han organizado de la misma forma que se organizan las demás empresas públicas y privadas; siendo los principios procesales manifestaciones de ideas comunes a toda realización; la empresa es doble, investigación histórica y jurídica de tipo monográfico (tratado de una sola persona).

CAPITULO TERCERO.- CRITICA Y OPINION DEL SUSTENTANTE.- Ya hemos apuntado que las teorías denominadas civilistas que conciben el proceso como un contrato o un cuasicontrato, han sido abandonadas definitivamente, basándose en principios actualmente superados por la doctrina mas autorizada. En efecto, el proceso no produce entre las partes los efectos inherentes a los contratos.- Así debemos asentar que la falta de contestación del demandado a la demanda no impide la constitución de la relación jurídica pro-

(7) E. Pallares, Diccionario de Derecho Procesal Civil, p. 535.

cesal; las obligaciones que de la constitución del proceso pueden emanar no son de carácter privado, sino público; la sentencia es un acto de autoridad que no necesita el consentimiento de las partes para ser válida y producir sus efectos característicos. La relación procesal como sostuvo Mortara, no puede recibir en nuestro tiempo la calificación de relación contractual, porque la función del magistrado en el proceso es una función de soberanía, -- instituída con el fin inmediato de la defensa del derecho objetivo, función y fin que no puede ser ni tiene necesidad de ser materia de convenciones privadas.

En consecuencia, es de estimarse, que el sometimiento de los ciudadanos a la potestad judicial no radica en el libre y recíproco consentimiento, sino que es un resultado necesario del -- equilibrio de las funciones de la soberanía con la facultad de -- los individuos en la organización política jurídica del Estado -- Moderno.- Y finalmente, debe concluirse que la concepción del proceso como un contrato en virtud del cual las partes se comprometen a aceptar la resolución final del juez, supone el absurdo de atribuir la eficacia de la cosa juzgada a la voluntad de los sujetos parciales de la relación procesal y el desconocimiento de su verdadero origen, que está en la calidad de acto de la autoridad pública que el juez ejerce.

Por otra parte, la teoría publicista del proceso moderno, -- que ha establecido una exacta y clara separación entre las instituciones civiles y las procesales, presupone un avance doctrina--

rio en la concepción científica del proceso, porque a través de ella se ha desterrado no solo las teorías contractualistas, sino además, las cuasicontractualistas, que estiman, como hemos visto, por eliminación que el proceso tiene el carácter de un cuasicontrato, ya que dichas teorías olvidan que las fuentes de las obligaciones, aún dentro de su planteo clásico, siguiendo las ideas de Couture (8), no son cuatro, sino cinco, y dejando al margen la ley, fuente que es la verdadera solución acerca de la naturaleza del proceso (que es una relación jurídica típica regida por la ley).

Respecto a la teoría publicista que se denomina de la situación jurídica, se observa que la misma no logro éxito, pese al prestigio de su autor Goldschmidt, quién la defendió con ardor, al establecer, negando al proceso la naturaleza de relación jurídica, que era aquel una situación jurídica, y para dicho autor -- como hemos visto, la relación jurídica procesal se reduce a la expectativa, jurídicamente fundada, de la resolución de un órgano jurisdiccional.

En consecuencia, con su doctrina no consigue eliminar la realidad de los hechos; es decir, negar las relaciones existentes entre las partes y entre estas y el Juez, y en efecto, si se reconoce la existencia de expectativas, de posibilidades, de cargas que deben exteriorizarse y se exteriorizan frente a un sujeto pasivo, el cual, a su vez, tiene igualmente expectativas, posibilidades y cargas, que producen sus efectos frente al sujeto activ

(8) E. Couture. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. p. 65.

se reconoce la existencia de la relación entre uno y otro.

Para De Pina y Larrañaga, (9); negar la existencia de la relación jurídica procesal y oponerle la existencia de una situación jurídica procesal constituye un doble error. La existencia de la relación jurídica procesal es evidente. En cuanto a la situación procesal, no puede afirmarse la existencia de una situación jurídica en el proceso, sino de situaciones varias que manifiestan precisamente la existencia de la relación jurídica procesal, que se suceden, dando el dinamismo del proceso, y cambian -- a medida que este avanza hacia su meta final.

Las ideas de relación jurídica y situación jurídica por -- otra parte, no se excluyen, lo que si se puede afirmar, es que en el proceso no existe una situación procesal, lo que sería incompatible con el carácter movable, dinámico del proceso, sino situaciones varias y distintas, que se suceden hasta el fin, y que estas situaciones suponen necesariamente la existencia de la relación jurídica procesal, que tampoco es única en el proceso, sino plural.

No es, por otra parte, admisible la teoría de la institución jurídica, a que ya nos hemos referido, por la circunstancia de que en las empresas la finalidad de los integrantes es coincidente, hay una comunidad de intereses; y en la disputa procesal -- los objetivos son diversos, chocan, pues cada una de las partes --

(9) R. De Pina y J. Castillo Larrañaga. op. cit., p. 183.

insisten procesalmente con invocaciones opuestas, que intentan -- hacer valer dentro del proceso, cuya finalidad consiste en la declaración del derecho material.

Ahora bien, hemos de dejar establecido, que no obstante -- que la teoría de la relación jurídica, tiene por parte de renombrados jurisconsultos, numerosas objeciones, hemos de adherirnos a ella, por ser la que da una base científica al proceso, y por -- que representa el contacto, comunicación o intercambio de actos -- entre diferentes sujetos regulados o presididos por el Derecho, -- y es una institución por lo mismo que supone un conjunto de relaciones jurídicas concebidas como una verdadera unidad, con un --- fin propio y característico.

Finalmente, con Radbruch, (10)., que establece la relatividad existente entre los campos propios del Derecho Público y del Privado, concluiremos que, semejante al elemento que determina -- el sexo de las personas, de acuerdo con el cual se es del masculi no por el predominio de hormonas de tal naturaleza, así debemos -- establecer que el proceso civil corresponde al Derecho Público, -- por las notas más relevantes que le dan ese carácter, sin que -- pueda decirse que no participa también de la naturaleza del Derecho Privado.

(10) G. Radbruch, op. cit. p. 90 y ss.

SECCION TERCERA.- EL PROCESO CIVIL EN MEXICO

CAPITULO PRIMERO.- EPOCA COLONIAL.- Desde luego cabe señalar que el derecho que se aplicó en México, durante la época colonial, lo fue por su dependencia política el de la Península Española.

Leyes de Indias.- La Real Cédula de 18 de mayo de 1680 - - acordó fuerza legal, bajo el nombre de "Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias" a la reunión de todas las disposiciones dictadas por los monarcas españoles para el gobierno de la Colonia, - (1).

Esta recopilación se divide en nueve libros, el segundo de los cuales se ocupa de las leyes, provisiones, cédulas y ordenanzas reales, del Consejo de Indias, audiencias y sus respectivas--jurisdicciones, juzgado de bienes de difuntos y visitadores; el--quinto habla sobre la división de las gobernaciones, de los gobernadores, alcaldes mayores, sus tenientes y alguaciles; competencia de las diversas autoridades, pleitos, sentencias, recusaciones, apelaciones, ejecuciones y residencias.

En el año de 1805, se sancionó en España un nuevo cuerpo legal, que recibió el nombre de Novísima Recopilación, el cual --no llegó a estar en vigencia en las colonias americanas.

Ahora bien, los conquistadores españoles trasplantaron en América las instituciones existentes en la madre patria, apenas -

(1) T. Esquivel Obregón, Apuntes para la historia del Derecho en México, Tomo II, p. 186.

se delineaba una ciudad, se creaban autoridades de acuerdo a la organización existente en la metrópoli.

El Poder Ejecutivo, en parte el Judicial y el Legislativo estaban a cargo del fundador, pasandose luego a la persona que -- por designación real sucedía en el Gobierno. La justicia de primera instancia y el régimen comunal estaba a cargo del cabildo, que también se creaba inmediatamente de fundada la ciudad.

Con la designación de las autoridades inmediatamente de -- fundado un centro de población, quedaban echadas las bases de las instituciones y aunque la metrópoli mantuviera en el olvido a la colonia como generalmente ocurría, el germen constitucional que -- a la nueva sociedad se le había inculcado desde su nacimiento, -- continuaba desarrollandose y ejerciendo su acción en el sentido -- de impulsar el progreso, proveer a las funciones del gobierno y -- administrar justicia.

La justicia colonial contaba con los siguientes funcionarios: Alcaldes ordinarios, gobernadores y teniente-gobernadores. -- Posteriormente al elevarse la categoría de la colonia, los gobernadores eran sustituidos por los virreyes, y el territorio se sub dividía en varias gobernaciones. Además, la administración de jus cia estaba integrada por la audiencia y el consulado.

Hemos de señalar que la voz alcalde proviene de la arábica Cadi, equivalente a la castellana Juez y designaba a la persona -- que tenía por misión ejercer jurisdicción ordinaria en un pueblo.

Todos los habitantes del distrito debían someter al alcal-

de la decisión de sus litigios, salvo que comprobasen el goce de algún fuero. De tal manera que los alcaldes desempeñaban las funciones de jueces de primera instancia en lo civil y criminal, y aún entendían en las alzadas de los lugares y aldeas dependientes de la ciudad o villa, en que ejercía sus funciones.

Estos funcionarios eran hombres del pueblo, elegidos por los vecinos del mismo, o por los cabildos, no pudiendo haber en cada ciudad más de dos. Duraban un año en sus funciones y no podían ser reelegidos hasta pasados dos años y después de haberse sometido al juicio de residencia. Los alcaldes celebraban sus audiencias en las casas consistoriales, donde tenían constituido su despacho.

En la apelación de sus sentencias entendían los gobernadores o la Real Audiencia, volviendo luego los autos al alcalde para su ejecución. Los alcaldes, empuñando la legendaria vara, dispensaban la justicia entre sus iguales, a nombre de la corona. Los colonos, expuestos a depredaciones de todo género, tenían si quiera la seguridad de encontrar, por sus diferencias civiles un hombre de la tierra o radicado en ella, que como hombre bueno pudiera cortarlas sin extorsión.

Así pues, apenas iniciado el descubrimiento de América, España comenzó a dictar numerosas disposiciones para el gobierno del nuevo mundo. La mayor parte de estas disposiciones, como lo tenemos expresado, fueron incluidas en un Código que Carlos II mandó publicar en 18 de mayo de 1680, con el ya indicado nombre

de Recopilación de Indias, la que dispuso que en todo lo que no decidiera, se guardasen las leyes de Castilla; de manera que respecto a la legislación procesal, había que recurrir a las leyes de España, si el caso no estaba resuelto en el libro V de la Recopilación mencionada.

La organización judicial de la colonia estaba compuesta de dos audiencias; la de México creada en 29 de Noviembre de 1527 -- y la de Nueva Galicia. (Guadalajara) el 13 de Febrero de 1548; -- auxiliadas por alcaldes ordinarios y con los alcaldes mayores --- o corregidores de la Santa Hermandad y de la mesta; la mayor parte de cuyos funcionarios tanto administraban justicia como ejercían simultáneamente atribuciones en los ramos de policía, gobernación, guerra y hacienda. Existían, además, conforme al espíritu de la época, varios juzgados privativos por lo regular a ramos estancados por cuenta de la Corona, o bien de otros asuntos que, -- por las circunstancias del tiempo requerían esta especial institución, como el juzgado general de indios, el juzgado de bienes de difuntos, los jueces de composición de tierras y aguas y otros jueces delegados, por comisión, que entendían en determinados negocios.

La multitud de fueros y jurisdicciones eran un germen constante de conflictos que embrollaban la administración de justicia, la cuál tenía que marchar a paso lento, ya por la falta de claridad en las reglas de proceder, ya por la viciosa y mal remunerada organización de los funcionarios que debían administrarla. Esta -

situación, apenas modificada en el ramo de justicia, en muy pequeños detalles por la Ordenanza de Intendentes, se observó hasta el año de 1812, época en que las ideas de la Revolución Francesa, -- trasponiendo los Pirineos, encontraron un albergue en la pequeña isla de León y fervorosos apóstoles entre los constituyentes españoles, quienes al predicar y propagar la nueva teoría del derecho individual, establecían al mismo tiempo las sólidas bases sobre las que debían edificarse las modernas instituciones judiciales -- que, en sus cardinales elementos, aún conserva México hasta nuestros días.

La independencia de la magistratura, la separación absoluta de las funciones judiciales de las administrativas, la abolición de los tribunales privativos, el enaltecimiento de la jurisdicción ordinaria, la imitación de la instancia, el respeto a la libertad del hombre, son principios que, proclamados por las cortes de Cádiz, vinieron a imprimir un poderoso impulso de progreso a la legislación procesal, en inmediato beneficio de muchos -- pueblos, sujetos entonces, a la dominación de la Corona de Castilla.

El libro V de la Recopilación de Indias, al que ya hemos -- hecho mención en párrafos anteriores, no puede en verdad llamarse un Código de Procedimientos, Contiene, es verdad, interesantes -- prescripciones, muchas de ellas con referencia a la aplicación de las leyes españolas; determina el territorio jurisdiccional y la competencia de los diferentes funcionarios, así como la autoridad

que debía dirimir los conflictos; dispone en atención a la cuantía del litigio, la forma que debía darse al juicio, estableciendo los recursos que se concedían contra las sentencias, según el tribunal que las dictaba, fija algunas reglas, de gran extensión para la -- ejecución de los fallos, por lo regular con referencia a las leyes de la Metrópoli; pero era tal la vaguedad de sus disposiciones, y la desigualdad de sus preceptos, que no puede ser considerada esta -- parte del Código referido, ni como un cuerpo de buena doctrina en materia de procedimiento civil.

Dominando siempre en el gobierno español el pensamiento de tener a la raza conquistada, a título de protección, en perpetua - minoridad, no podía olvidarse en el punto que estamos estudiando - semejante propósito, Así en el Código a que se viene haciendo mérito se registra una ley, según la que, todo negocio que se refiriese a algún individuo del pueblo sojuzgado, debía resolverse a verdad sabida, sin observarse las formalidades establecidas para los asuntos en que se interesa algún descendiente del pueblo conquistador, de suerte que, mientras una pequeña parte de aquella sociedad tenía la garantía de ser juzgada mediante formas definidas por la ley o por la práctica, la otra parte, más numerosa por cierto, quedaba abandonada al juicio libre del funcionario, a la más amplia - arbitrariedad judicial. Si estas disposiciones se agregaban a las que permitían a los encomendadores y caciques hacer ordenanzas y - administrar justicia por sí mismos, y aún nombrar en su demarcación personas que lo hicieran, ya podrá apreciarse lo que fue la administración de justicia en la época de la dominación española.

CAPITULO SEGUNDO.- DESDE LA INDEPENDENCIA HASTA EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1884.- Los ilustres jurisconsultos José Castillo Larrañaga y Rafael De Pina, (2), nos dicen respecto al tema que nos ocupa, lo siguiente: "El Derecho Procesal en México independiente.- Como es sabido, la proclamación de la Independencia no surtió el efecto fulminante de acabar con la vigencia de las leyes españolas en México. Siguieron rigiendo, después de este trascendental acontecimiento político: la Recopilación de Castilla, el Ordenamiento Real, el Fuero Real, el Fuero Juzgo y el Código de las Partidas, y aplicándose como leyes nacionales".

"La Ley de 23 de mayo de 1837 dispuso que los pleitos se siguieran conforme a dichas leyes en cuanto no pugnaran con las instituciones del país".

"La influencia de la legislación española siguió, pues, - haciéndose notar en la legislación de México; y las diversas leyes dadas en la República, aún cuando con las naturales adaptaciones, seguían, en general, la orientación de la Península en materia de enjuiciamiento civil. Así ocurría, que la Ley de Procedimientos, expedida en 4 de mayo de 1857 por el Presidente Comafort, tomaba del acervo procesal español la mayor parte de sus instituciones. Dicha ley no constituía un Código completo; el primero de procedimientos que tuvo ese carácter, fue el de 1872,

(2) R. de Pina y J. Castillo Larrañaga, Instituciones de Derecho Procesal Civil, p. 41

tomado en gran parte de la Ley española de 1855. No se conoce la exposición de motivos del Código mencionado, pero su entendimiento es fácil recurriendo a la Ley en que se inspiró, a las antiguas leyes españolas, y a sus glosas y comentarios, hechos por los hombres de la preparación de Manresa, Reus, Vicente y Caravantes, -- Conde de la Cañada, Gregorio López, Juan Sala, José Febrero Gutiérrez, Eugenio Tapia, Pedro Gómez de la Serna, Juan Montalván y -- otros; y, aquí, en México, a las obras publicadas en 1845 y 1851-- por Mariano Calvo Rivero, y a las de Juan Sala y Febrero Gutiérrez, Mexicanos".

Así vemos que forman parte de nuestra legislación en los primeros años de la naciente nación mexicana, los decretos de Fernando VII, expedidos desde su restitución al trono español hasta el restablecimiento de la constitución de 1812. Posteriormente en el año de 1836, se imprimió un tomo de la Colección de Decretos y Ordenes de las Cortes de España. que dicen los editores de la segunda publicación mexicana del Sala, como continuación de la Novísima Recopilación.

De la colección de 1836 se excluyeron todas las resoluciones dictadas por el rey, propias puramente de la Península o de otras localidades, que aunque sujetas a la corona de España, sin embargo, no era parte de la nación mexicana. Así mismo se excluyeron las declaraciones y providencias particulares, decretos temporales y ordenes relativas puramente a ciertos asuntos, casos y -- personas señaladas; y sólo quedaron en dicho tomo, en primer lu--

gar, las que se reputaban vigentes por no ser contrarias a los -- principios de nuestra independencia y sistema de gobierno republicano, y porque dichas resoluciones fueron recibidas y publicadas oficialmente en México, según se advierte de la nota que cada una de ellas tiene al fin, con expresión del día, mes y año en que se recibieron, tomadas del registro original las unas y las otras de las gacetas y diarios del gobierno virreinal; así mismo quedaron en el referido tomo, las que sin embargo de no llevar la expresada nota, tenían, no obstante, fuerza de ley entre nosotros, por estar apoyadas en principios de práctica legal y en razones suficientes para hacerlas dignas de toda admisión; quedaron, por último, las que aunque no corresponden en todo rigor a ninguna de las clases antes dichas, obtienen a su favor la autoridad y validez de las otras leyes a que se refieren y que van insertas en algunas de ellas.

Las leyes promulgadas por las cortes españolas en las épocas de su instalación y restablecimiento hasta el 21 de septiembre de 1821 en que se consumó la Independencia mexicana, formaban parte de nuestra legislación, pero el mayor número de estos decretos que formaban siete tomos, fueron segregados, por inadaptables al estado independiente de la república, quedando reducidos a solo un tomo, en el cual se protesta que la inserción hecha en él de algunas leyes, no envuelve declaración auténtica de su valor, la cual tan sólo puede dar la autoridad legisladora.

Ya hemos señalado, hablando del valor de las leyes españo

las entre nosotros, que la cesación de su fuerza de obligar, no debe contarse precisamente desde que se verificó la Independencia.

En el año de 1821, la colonia de la Nueva España, rotas -- las cadenas que la ligaban a la Metrópoli, se constituyó en na---- ción libre, soberana e independiente. No quedaron por esto deroga das las leyes que hasta entonces habían arreglado los derechos y acciones de sus individuos, porque no siendo dado subrogarlas con otras en el acto, habría sido un absurdo destruir las que exis--- tían.

Si el 28 de septiembre de 1821, se instaló en México el -- primer cuerpo legislativo nacional con el nombre de Soberana Jun ta Provisional gubernativa, encargada por los artículos 24 del -- Plan de Iguala y 14 de los tratados de Córdoba, de dictar las le yes más urgentes y necesarias, como lo verificó hasta el veinti-- cuatro de febrero del siguiente año de 1822, en que se instaló el primer Congreso Nacional, compuesto de diputados nombrados para - dar Constitución y las leyes convenientes. Disuelto este cuerpo el 31 de octubre del mismo año en virtud de un decreto de Iturbi de que fungía como emperador, fué subrogado por una junta creada en virtud del mismo con el nombre de instituyente, y compuesta de dos individuos por cada una de las provincias que componían el Im perio, y tomadas de entre los diputados que representaban por -- ellas en el congreso disuelto. La junta comenzó sus sesiones el día dos de noviembre de 1822 y tuvo la última el seis de marzo - del año siguiente.

Había estallado la Revolución llamada de Casa Mata, por la que se pretendía el restablecimiento del congreso que fué llamado de nuevo por el emperador, y aunque comenzó el nuevo periodo de sus sesiones el día siete del mismo marzo, no se declaró con número de vocales competente para legislar hasta el 29 del mismo, a cuya fecha había dejado la capital Iturbide y la ocupaban las tropas del ejército libertador.

El Congreso general constituyente cerró sus sesiones el 24 de diciembre del propio año de 1824 y el primero de enero del siguiente, se instalaron las cámaras de senadores y diputados que debían formar el primer Congreso Constitucional de la Unión, en el bienio de 25 y 26.

Hiciéronse en esta época reformas e innovaciones importantes sobre muchas materias en todos los ramos de la administración pública; y por fin terminó el 13 de junio de 1843, publicándose las Bases Orgánicas, especie de constitución media entre la federal y la central que había regido antes, cuyas bases estuvieron vigentes hasta diciembre de 1845, por que en agosto de 1846 se restableció la constitución federal de 1824, la cual en 18 de mayo de 1847 fue un tanto modificada por el Acta de Reformas expedida por el congreso constituyente convocado al efecto, pero este orden de cosas desapareció completamente en virtud del Plan de Guadalajara de 20 de octubre de 1852, de la renuncia del presidente que hizo el general Arista el 6 de Enero de 1853 y del convenio 6 de Febrero de dicho año de 1853 que pusieron en manos de Santana la suma de todos los poderes públicos de los cuales fue

Había estallado la Revolución llamada de Casa Mata, por la que se pretendía el restablecimiento del congreso que fué llamado de nuevo por el emperador, y aunque comenzó el nuevo periodo de sus sesiones el día siete del mismo marzo, no se declaró con número de vocales competente para legislar hasta el 29 del mismo, a cuya fecha había dejado la capital Iturbide y la ocupaban las tropas del ejército libertador.

El Congreso general constituyente cerró sus sesiones el 24 de diciembre del propio año de 1824 y el primero de enero del siguiente, se instalaron las cámaras de senadores y diputados que debían formar el primer Congreso Constitucional de la Unión, en el bienio de 25 y 26.

Hiciéronse en esta época reformas e innovaciones importantes sobre muchas materias en todos los ramos de la administración pública; y por fin terminó el 13 de junio de 1843, publicándose las Bases Orgánicas, especie de constitución media entre la federal y la central que había regido antes, cuyas bases estuvieron vigentes hasta diciembre de 1845, por que en agosto de 1846 se restableció la constitución federal de 1824, la cual en 18 de mayo de 1847 fue un tanto modificada por el Acta de Reformas expedida por el congreso constituyente convocado al efecto, pero este orden de cosas desapareció completamente en virtud del Plan de Guadalajara de 20 de octubre de 1852, de la renuncia del presidente que hizo el general Arista el 6 de Enero de 1853 y del convenio 6 de Febrero de dicho año de 1853 que pusieron en manos de Santana la suma de todos los poderes públicos de los cuales fue

lanzado a consecuencia el Plan de Ayutla de l/o. de marzo de 1854.

Con apoyo en el artículo 6/o. del indicado Plan de Ayutla, el 21 de septiembre de 1855 se derogaron las leyes de administración de justicia y responsabilidad de los jueces de 16 y 27 de -- septiembre de 1853, y el 23 de noviembre se expide la conocida -- Ley Juárez sobre administración de Justicia y orgánica de los tri-- bunales de la federación, cuya importancia particular se finca en la desaparición de los fueros, reimplantando la ley de 31 de di-- ciembre de 1852 para los procedimientos. Al terminar este período, la ley de 4 de mayo de 1857 arregla los procedimientos judiciales en los tribunales y juzgados del Distrito y Territorios Federa-- les.

El 28 de septiembre de 1860 se reglamenta la organización de los juzgados del ramo civil del Distrito, y se les adscriben -- secretarios, escribientes, ejecutores y comisarios, más un escri-- bano de diligencias con tres auxiliares.- El 24 de enero de 1862-- se declaran todos los documentos otorgados por notarios competentes co-- mo públicos, para hacer prueba plena en juicio y fuera de él.

Podemos establecer que la era de las codificaciones defini-- tiva se inicia, a partir del decreto de 30 de abril de 1860 que -- atañe a la rama procesal. El 20 de Febrero de 1870, el Congreso -- dicta disposiciones sobre el pago de costas en los juicios verba-- les y, por fin, el 13 de agosto de 1872 se expide el Código de -- Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y el territorio -- de la Baja California, que en su artículo 18 de la ley transito--

ria, derogó todas las leyes de procedimientos civiles promulgadas hasta esa fecha.

El objeto de dicho Código Adjetivo puesto en vigor el 15 -- de septiembre de 1872, es sujetar a reglas fijas la sustanciación de los diversos juicios a que pueda corresponder el derecho que alguno tuviera, para obtener por medio de la autoridad judicial lo que se le deba o corresponde por razón de sus intereses o de su estado o para que se declare en su favor un derecho dudoso o disponible, procurando la más pronta terminación de los litigios según su clase.

Para establecer la sustanciación de cada uno de los juicios, conforme a la naturaleza de la acción que se deduce, el legislador creyó conveniente determinar la doctrina práctica, así como las bases generales y particulares de todo acto judicial con relación a los jueces para su legítima competencia, y demás personas que intervienen forzosamente en los juicios. Esto hizo que el Código encita, dividido en los correspondientes títulos de las materias de que trata, tuviera intercalado el procedimiento con la doctrina, y se haga difícil consultar el punto, pues es necesario revisar la mayor parte de él, por el enlace de la sustanciación con las otras materias en que se establece un procedimiento que le es aplicable.

Este Código establece diversos trámites para sustanciar; -- primero: El juicio ordinario, segundo:- el juicio sumario, terce-- ro:- El juicio ejecutivo, cuarto:- El verbal, quinto:- Los inter-- dictos, sexto:- El arbitral, séptimo:- El de concursos, octavo:-El

juicio hereditario, noveno:- La jurisdicción voluntaria, décimo:- Las providencias precautorias e información adperpetuan:- Este Código al igual que el que le precedió en tiempo (Código de Procedimientos Civiles de 1880), estructuran el procedimientos ordinario de acuerdo con el principio de "orden consecutivo legal", esto es, dividiéndolo en diversos estadios en los cuales juegan un papel -- determinante los plazos, que son los encargados de regularizar el proceso dividiéndolo en períodos.- A efecto, de que los estadios - del procedimiento ordinario se clausuren para pasar al que sigue,- los mencionados Códigos han consagrado el principio de la preclu-- sión, de donde resulta que ni las partes ni el juez pueden ejecu-- tar actos fuera de tiempo, y los actos ejecutados no pueden repe-- tirse ni para ser ampliados ni para ser corregidos.- El principio de preclusión hace que el proceso se desarrolle en un orden deter-- minado.

Por lo que hace a la fase postulatoria del procedimiento -- ordinario, vemos que los Códigos Adjetivos en cita hacían de ella, una fase compleja y sin soltura, así bajo su vigencia las excep--- ciones procesales y la contestación de la demanda debían oponerse-- por separado, le era permitido al demandado oponerse a las excep-- ciones procesales en el escrito de demanda, pero en este caso no - producían el efecto de suspender el curso del procedimiento.- En - ellos, además, se determina que la incomparecencia del demandado - para contestar la demanda provoca una consecuencia desfavorable al mismo demandado, que consiste en tenerlo por confeso en aquellos -

hechos aducidos por el actor.- Así mismo, el debate no se fijaba-- por medio de los escritos de demanda y de contestación de la misma, siendo la tramitación del procedimiento ordinario en ambos Códigos, escrito en su totalidad.

En los Códigos comentados, se estableció el juicio hipotecario tratando de buscar la brevedad de los trámites en beneficio -- del acreedor aunque redundara en daño y detrimento del deudor, y -- por lo mismo, se le coartó la libertad de defensa no permitiéndole que alegara otras excepciones que las de pago, falta de personalidad en el acreedor, falsedad del documento hipotecario y nulidad -- o prescripción del título hipotecario.

Tal sistema se implantó por consideraciones de naturaleza -- económica, porque en la época en que fueron formados nuestros primeros Códigos de Procedimientos, cuando a causa de nuestras continuas revoluciones se ocultaban los capitales y no había instituciones bancarias, sólo se podía poner a aquellos en circulación mediante la garantía hipotecaria. De aquí que haya surgido la necesidad para nuestros legisladores de crear un sistema especial de privilegios para los acreedores hipotecarios, a fin de poner los capitales en circulación y prestar elementos de vida a las industrias--fabril, comercial y agrícola.

En general puede decirse que los referidos Códigos, no obstante que en ellos si hicieron las adaptaciones naturales, seguían, la orientación de la Península en materia de enjuiciamiento civil. Lo que aconteció, así mismo, con la Ley de Enjuiciamiento Civil ex

pedida en 1855 por el entonces presidente de la República Ignacio Comonfort; de la que los Códigos Adjetivos de 1872 y 1880 en cita- siguieron sus lineamientos.

CAPITULO TERCERO.- EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES - DE 1884.- El Código de Procedimientos de 1880 estuvo vigente muy - pocos años, ya que el quince de mayo de 1884 se publicó otro, el - cual será el tema a estudio en este capítulo.

Este último Código que se expidió por el entonces Presiden- te de la República Manuel González, con la denominación de Código- de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y Territorio de la- Baja California, consta de mil novecientos cincuenta y dos artícu- los más seis transitorios, y se encuentra dividido en Cuatro Li--- bros, el primero de ellos subdividido en diez títulos; el segundo- en dos; el tercero en un capítulo único, y el cuarto de un título.

Nota característica de este Código es que en él ya no se es- tablece la tercera instancia, como sucedía en los Códigos de 1872- y 1880.

En estos Códigos como en el que nos ocupa, persiste el re-- curso casación, respecto del cual debemos recordar que debido a la introducción del juicio de amparo en material civil, establecido - en el artículo 8/o. de la Ley de Amparo de 1869, teniendo ambos -- juicio de amparo y recurso la misma finalidad, o sea, corregir las violaciones procesales, en el año de 1908, se decretó su desaparición, no volviendo a establecerse.

El artículo 297 del Código de Procedimientos Civiles de - -

1884, dejó subsistente la antigua legislación, permitiendo la recusación sin causa, de los jueces, secretarios y asesores, y exigiendo la designación de la causa en las recusaciones de los magistrados.- El Ordenamiento Real y la Novísima Recopilación, que sentaron por primera vez esa doctrina, fueron objeto de fundadas críticas y, entre otras, es muy conocida la del Conde la Cañada quien no encuentra principios de justicia en que fundar esa desigualdad, considerando que si toda recusación envuelve una ofensa, la menor autoridad de los jueces no autoriza la libertad absoluta para atacar su prestigio por parte de los recusantes, ni la mayor de los magistrados en el exceso de precauciones a fin de contener y corregir la malicia de los que intenten recusarlos. "Si la causa de la recusación es verdadera", dice el autor citado "y suficiente para sospechar del juez inferior, ¿Que reparo puede tener la parte en expresarla y probarla?. Si es inocente, como la de parentesco o amistad anterior al pleito, logrará la parte su intento, y el juez quedará sin agravio en el público, y si la causa fuese criminosa, importa a la República su castigo, pues con el ejemplo de unos se contienen los demás". La Comisión aceptó, sin vacilar, todas estas ideas. Con ellas simplificó el sistema, pues no fue necesario redactar una doble lista de causas para la recusación y para el impedimento, ni trámites especiales para una y otra cosa. Así todo juez o magistrado debían considerarse impedidos, cuando se encontraran en algunos de los casos señalados por el artículo 233, Fracción I.- En negocios en que tenga interés directo o indirecto, - -

II.- En los que interesen de la misma manera a sus parientes consanguíneos en línea recta sin limitación de grados, a los colaterales dentro del cuarto grado y a los afines dentro del segundo, uno y otro inclusive. III.- Cuando tengan pendientes el juez o sus expresados parientes un pleito semejante al de que se trate.- IV.- Siempre que entre el juez y alguno de los interesados haya relación de intimidad nacida de algún acto religioso o civil, sancionado y respetado por la costumbre.- V.- Ser el juez actualmente socio, arrendatario o dependiente de alguna de las partes. VI.- Haber sido tutor o curador de alguno de los interesados, o administrar actualmente sus bienes. VII.- Ser heredero, legatario o donatario de alguna de las partes. VIII.- Ser el juez o su mujer o sus hijos, deudores o fiadores de alguna de las partes.- IX.- Haber sido el juez abogado o procurador, perito o testigo en el negocio de que se trate. X.- Haber conocido del negocio como juez, árbitro o asesor, -- resolviendo algún punto que afecte a la sustancia de la cuestión,- XI.- Siempre que por cualquier motivo haya externado su opinión antes del fallo. XII.- Si fuere pariente por afinidad o consanguinidad del abogado o procurador de alguna de las partes, en los mismos grados que expresa la fracción II de este artículo.

El artículo 12 del Código Adjetivo comentado declaraba que: cuando la acción se funde en la posesión de estado, y se pruebe en la forma que establece el Código Civil, producirá el efecto de que se ampare y restituya en el posesión de estado, al que la disfruta,

contra cualquiera que le perturbe en ella, y el artículo 1133 declara a su vez que proceden los interdictos para los efectos que expresa el artículo 323 del Código Civil (1884), que dice así "Si el que está en la posesión de los derechos de padre o de hijo legítimo, fueren despojados de ellos o perturbado en su ejercicio sin que proceda sentencia por la que debe perderlos, podrá usar de las acciones que establecen las leyes, para que se les ampare o restituya en la posesión".

Es decir, que el estado civil se defendía por medio de las acciones posesorias, las cuales son reales, según el art. 3o. fracción VIII del Código.

El sistema adoptado por este y los dos anteriores sobre el particular, es una transacción con el pasado, perpetuando principios sustentados en la edad Media en que se produjo una revolución en las instituciones del derecho canónico con la publicación de -- las falsas decretales del llamado Seudo Isidoro, quién en el canon Reinte-granda estableció el remedio llamado *remedium spolii* que -- fue acogido con gran fervor y extendió su influencia en toda Europa que se explica porque satisfacía una necesidad social ingente, -- la represión de los atentados contra la posesión y la conservación de la tranquilidad pública, siendo en consecuencia, el motivo por el cual tuvo un gran desarrollo, llevado al último extremo de la -- exageración, y convirtió en principio la idea de que todo acto con-- trario al ejercicio de un derecho constituye un despojo o un acto-

contrario al ejercicio de un derecho constituye un despojo o un --
acto contrario a la posesión.

A muy serias reflexiones se presta el sistema adoptado por --
nuestros Códigos anteriores al vigente, concediendo las acciones --
posesorias para defender la posesión del estado civil.

Ejemplo de ello es la contradicción que existe entre lo que --
sanciona el artículo 323 del Código Civil aplicable en esa época, --
y el 12 y 1133 del de Procedimientos que otorgan a los padres y a --
los hijos legítimos acción para que se les ampare y restituya en --
la posesión de su estado, es decir, que les permite el ejercicio --
de las acciones posesorias llamadas interdictos de retener y recu --
perar la posesión contra el principio según el cual los derechos --
imprescriptibles no pueden ser objeto de esas acciones, sino de --
las petitorias.

Antes del Código Adjetivo de 1884, permitía la práctica el --
despacho de la ejecución fundada en documentos privados, que eran --
reconocidos en el momento de practicarse la diligencia, ante el --
ejecutor y el actuario, lo que fue totalmente modificado por el --
artículo 325 de dicho Código, que se expresa como sigue: "Puede pre --
pararse la acción ejecutiva pidiendo el reconocimiento de la firma --
de los documentos mercantiles. Cuando el deudor se niegue a reco --
nocer su firma, se dará por reconocida siempre que el citado por --
dos veces para el reconocimiento no comparezca, o requerido por --
dos veces en la misma diligencia, rehuca contestar si es o no suya --
la firma".

En este Código se reglamenta de manera sistemática la acumulación de los autos en los artículos 873 a 901.

De la acción procesal se han formulado muchas definiciones de las cuales la más importante son la del jurisconsulto Celso -- que la definió como el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido; por su parte Manresa la define, como el medio que concede la ley para ejercitar en juicio el derecho que nos compete.

El Código de Procedimientos Civiles de 1884, formuló en su artículo 1/o. la siguiente definición: Se llama acción, al medio de hacer valer ante los tribunales los derechos establecidos por la ley.

Los jurisconsultos modernos contemplan la acción desde -- otros puntos de vista, así tenemos por ejemplo la definición que de ella hace Ortolan: El derecho mismo en ejercicio y la manera-- de hacerlo valer ante los tribunales".

Dicho Código divide las acciones por razón de su objeto en Reales, Personales, y de Estado Civil. En este Código se consigna en el artículo 97, el principio de previa audiencia judicial, en forma incidental, y al efecto estimamos útil reproducir una sentencia publicada en los Anales de Jurisprudencia: "... (Anales de Jurisprudencia, Tomo XI, pág. 109).- "Sus antecedentes históricos se remontan al antiguo incidente de nulidad, que primitivamente -- constituyó una acción directa o acompañada de apelación, como lo entendieron los comentaristas Chiovenda, Vansio, Altimal, Scacia, etc., citados por el Conde la Cañada, (3) acción que se convirtió

(3) Conde de Cañada. Instituciones prácticas de los juicios civiles, así Ordinarios como Extraordinarios. p. 219 y sqts.

más tarde en la incidente de nulidad por vicio de procedimiento, del que hablaban las leyes de 23 de marzo de 1837 y de cuatro de mayo de 1857, estableciendo que los que han litigado o no han sido legitimamente representados, podrán pretender por vía de excepción de la sentencia no les perjudique; y posteriormente se transformó en el recurso de casación establecido en el Código de 1872 que refundió en el la nulidad por vicio en el procedimiento-consignada en el artículo 1600...; disposición que fue suprimida en el Código de 1880 y repuesta en el de 1884, que, en el artículo 97 estableció que las notificaciones que se hicieran en forma distinta de la prevenida por la ley, serían nulas, y que la parte agraviada podría promover ante el propio juez que conociera del negocio, el respectivo incidente, por declaración de nulidad de lo actuado desde la notificación hecha indebidamente. La apelación extraordinaria sólo introdujo como modalidad, la de que se pudiese interponer el recurso aún después de dictada la sentencia, siempre que se hubiese cometido alguna de las violaciones que señalaba el artículo 714 del Código de Procedimientos Civiles".

En el artículo 28, dentro del Capítulo relativo a las excepciones dilatorias, se establece la de arraigo personal o fianza de estar a derecho cuando el actor fuere extranjero o transeúnte. Ya hemos visto que en el Derecho romano se obligaba al demandado a constituir una fianza a favor del actor para obtener, dicho efecto. Después de Justiniano la fianza fue sustituida por la obligación de prestar caución juratoria de que el demandado cum--

pliría con la sentencia de condena. El Fuero Juzgo, las leyes de Partida y las de Toro, mantuvieron el sistema de la fianza, pero además, autorizaron prisión por deudas contra el deudor insolvente.- En el procedimiento moderno el llamado arraigo de juicio produce una excepción que el demandado puede oponer cuando el actor es extranjero o transeúnte, y que consiste en obligarlo a caucionar las resultas del juicio y mientras no lo haga el proceso no puede seguir adelante.- Además del Código de 1884 muchas leyes extranjeras establecieron esa excepción llamada de "arraigo o fianza de estar a derecho", pero el vigente la ha suprimido por ser contraria a los principios del derecho internacional que tiende a reconocer a los extranjeros en materia procesal, los mismos derechos que a los nacionales.

Observamos que en este Código regía el principio general, de que no se tuviera por presentado un escrito al que no se acompañaran las copias de ley, lo que ciertamente resultaba riguroso, si se toma en cuenta que siendo el juicio civil de estricto derecho, tal extremo significaba pérdida de un derecho. Tales son los términos del art. 47: "En los casos de los dos artículos anteriores no se admitirá la protesta de presentar el documento que corresponda, ni se darán por presentados los escritos que se exhiban, si no van acompañados de las copias respectivas", por su parte los artículos 45 y 46, preceptuaban respectivamente: "Al primer escrito se acompañaran precisamente: I.- El documento o documentos que acrediten el carácter con que el litigante se presente en juicio,-

en el caso de tener representación legal de alguna persona o corporación, o cuando el derecho que reclame provenga de habérselo transmitido por otra persona. II.- El poder que acredite la personalidad del procurador, cuando éste intervenga. III.- Una copia - en papel común del escrito y de los documentos cuando éstos no pasen de veinticinco fojas.- Si excedieren, quedarán en la Secretaría para que se instruyan las partes", y "Lo dispuesto en la -- fracción III del artículo que precede, se observará también respecto de los escritos en que se opongan excepciones de compensación o reconvencción y de los en que se proponga algún incidente".

Respecto a la cosa juzgada el Código de 1884 la definió -- en los siguientes términos (art. 621): "La cosa juzgada es la verdad legal y contra ella no se admite prueba ni recurso alguno en contrario". Claramente se advierte en esta definición, la manera como contemplaban la naturaleza jurídica de la sentencia los autores de dicho Código. Según él, las sentencias tienen por objeto establecer la verdad sobre los hechos controvertidos, y olvidaron que en todo fallo hay un mandato o sea un acto de voluntad -- que dimana de la ley, o deben dimanar de ella.- En la actividad -- jurisdiccional solo encontraban actos de la inteligencia del juez, encaminados a establecer la verdad sobre los puntos cuestionados, pero dejaban en la sombra lo más sustancial de las decisiones de los tribunales o sean los imperativos que contienen.

Del artículo 923 observamos que respecto a la demanda se -- adopta el sistema de la sustanciación a que se refiere Chiovenda,

autor citado, al afirmar que al respecto existen dos sistemas, -- el de la individualización y el de la sustanciación. Consistiendo el primero de ellos en exigir que únicamente se exprese en la demanda el hecho jurídico que sea necesario para individualizar el derecho que se ejercita, a fin de identificarlo en forma tal que sea posible determinar los límites objetivos de la cosa juzgada.- La teoría de la sustanciación exige más; quiere que se exprese -- con precisión el hecho jurídico que da vida al derecho que se hace valer. La primera se conforma con que no haya incertidumbre sobre lo que se pide al demandado, a efecto de concretar la litis.- La segunda quiere precisión sobre el hecho mismo generador del derecho que se pretende ejercitar. En efecto, el artículo 923 invocado, se expresa como sigue: "El juicio ordinario principiará por demanda, en la cual, expuestos sucintamente, y numerados los hechos y los fundamentos de derecho, se fijará con precisión lo que se pida, determinando la clase de acción que se ejercita y la persona contra quien se proponga".

Respecto a los incidentes, cabe anotar que el Código en cita los definía en el artículo 861 de la siguiente manera: "Son -- incidentes las cuestiones que se promuevan en juicio y tienen relación inmediata con el negocio principal", estableciéndolos en capítulo especial, lo que no acontece en el Código Adjetivo vigente, el cual en el artículo 430 se refiere a ellos, estableciendo la forma sumaria para su tramitación.- Dicho Código de 1884 contiene una síntesis clara de la doctrina clásica respecto a los inciden-

tes, de acuerdo la cual sus autores distinguieron diferentes clases de ellos: los puros y simples, que sólo conciernen al procedimiento: los relacionados con la cuestión litigiosa principal, cuya decisión podía causar un gravamen irreparable en la sentencia definitiva y, finalmente, aquellos que resuelven cuestiones que prejuzgan el fondo del negocio.

El derecho moderno representado por el Código Italiano en vigor y la ley procesal alemana, se orienta en un triple sentido: a).- El de restringir la admisión de los incidentes; b).- El de no considerar como sentencias, sino como ordenanzas o autos, las resoluciones de las cuestiones que surjan incidentalmente en el juicio; c).- No otorgar a dichas resoluciones la autoridad de cosa juzgada; d).- El de evitar que los incidentes suspendan el curso del juicio.

Volviendo al Código de 1884, como hemos dicho de acuerdo con la teoría clásica preceptuaba: art. 862.- Cuando fueren (las cuestiones propuestas en el incidente) completamente ajenas al negocio principal, los jueces de oficio deberán repelerlas, quedando a salvo al que las haya promovido, el derecho de solicitar en otra forma legal lo que con ellas pretendía".- art. 863.- Los incidentes que pongan obstáculo al curso de la demanda principal, se sustanciarán en la misma pieza de autos, quedando entre tanto en suspenso aquella.- art. 864.- Los que no pongan obstáculo a la prosecución de la demanda, se sustanciarán en cuerda separada, -- que se formarán con los escritos y documentos que ambas partes --

señalaren, y a costa del que los haya promovido.- art. 865.- Impi de el curso de la demanda todo incidente sin cuya previa resolu-- ción es absolutamente imposible de hecho o de derecho continuar - sustanciándola.- art. 866.- Promovido el incidente, y formada en su caso la pieza separada, se dará traslado al colitigante por el término de tres días. Los demás artículos fijaban la tramitación de los incidentes.

Ahora bién, distinguen los procesalistas entre litis abier ta y litis cerrada. La primera consiste en la facultad que la ley concede a las partes para modificar la litis (conflicto de inte-- reses jurídicamente calificado entre dos o más personas, respecto de algún bién o conjunto de bienes) formada al iniciarse el jui-- cio, posteriormente hasta antes de citación para sentencia defini tiva. La litis cerrada, por el contrario, sólo puede ser modifica da cuando hay excepciones supervenientes.- Del artículo 946 del - Código Procesal de 1884, inferimos que se adopta el sistema de li tis cerrada al preceptuarse en el mismo: Después de contestada la demanda, no puede el demandado oponer excepciones ni reconvenición, quedándole a salvo su derecho para deducir ésta en el juicio co-- rrespondiente.

En el artículo 933 que se expresa como sigue: "Transcurri do el término del emplazamiento sin que haya comparecido el deman dado, después de haber sido citado conforme a los artículos ante riores, y acusado una rebeldía, se dará por constestada la deman da. Hecha saber esta providencia en la forma misma que el emplaza

miento, continuarán los procedimientos del juicio". Se consigna - el principio de la preclusión, que es la situación jurídica que opera cuando alguna de las partes no haya ejercitado oportunamente y en forma legal, alguna facultad o algún derecho procesal o cumplido alguna obligación de la misma naturaleza.- Al respecto, dice Luis Juárez Echegaray (4), que: "Si la finalidad de la preclusión, es mantener el orden en el proceso, procurando que la actividad de las partes se aplique en forma ordenada y procurando evitar al mismo tiempo, el desgaste inútil de la actividad humana y de los órganos jurisdiccionales, bien puede advertirse que todo proceso debe servirse en mayor o menor grado de la preclusión".

En el Capítulo de la Prueba, que comprende los artículos - 354 a 376, se consigna, el principio de la publicidad, se señala un término probatorio de diez días, se establece la admisión de toda clase de pruebas a excepción de las que sean contrarias a derecho y a la moral, se establece el principio de inmediación y el del que establece que el que afirma está obligado a probar.

En el artículo 569 se ordenaba que en los juicios escritos se hiciera la publicación de probanzas, que ha sido suprimida en el Código vigente para el juicio ordinario, lo que puede estimarse un error en virtud, de que la publicación de probanzas es un trámite esencial del juicio porque sin él las partes no pueden --

(4) L. Juárez Echegaray, Estudios de Derecho Procesal en Honor de Hugo Alsina. p. 60

formular sus alegatos ni llevar a cabo una buena defensa de sus derechos.

Desde luego queremos dejar asentado, que en este capítulo, únicamente nos hemos limitado a señalar las notas más características del Código Adjetivo de 1884, pues analizarlo en toda su extensión requeriría una verdadera monografía.

CAPITULO CUARTO.- EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1932.- Nuestro Código Adjetivo Civil vigente en el Distrito -- y Territorios Federales y los de los Estados de la República, que en general siguen sus lineamientos, con las diversas reformas que han sufrido unos y otros desde el año de mil novecientos treinta y uno en que fue promulgado el nombrado en primer término, ostentan uniformidad en cuanto a los tipos de proceso que consignan en ellos, así tenemos en primer lugar, y desde luego, uno de tipo civil, entendiéndose como tal, aquel que se forma por el conjunto de actividades de los órganos jurisdiccionales y de las partes, que dan lugar a una declaración o realización coactiva de aquellos intereses protegidos por las normas jurídicas, cuando existe incertidumbre o inobservancia de las mismas.

En suma, esta clasificación del proceso obedece a la naturaleza del Derecho cuya realización constituye su objeto. Así tenemos que el Derecho Procesal Civil como ciencia ha sido definido como la disciplina jurídica que estudia el sistema de normas que tiene por objeto y fin la realización del derecho objetivo a través de la tutela del Derecho subjetivo mediante el ejercicio de -

la función jurisdiccional.- La actividad que su estudio representa debe partir de la consideración del Derecho Procesal como un sistema integrado por normas complejas, desde luego, pero todas ellas coordinadas y dirigidas a la consecución de una misma finalidad, la del mantenimiento de la legalidad o defensa del derecho objetivo, que alcanza paralelamente, a la tutela o protección del Derecho subjetivo, puesto que la función jurisdiccional se ejerce tanto para satisfacer la necesidad de mantener la plenitud de la eficacia del derecho vigente como para llegar a su aplicación a los casos concretos que se planteen ante los órganos a los que esta confiada. (5)

Desde otro punto de vista el proceso se clasifica en oral y escrito según el predominio de uno u otro medio, sin embargo debe hacerse notar que en el proceso que consigna el Código comentado no se establece un proceso puramente escrito, ni menos aún uno privativamente oral, en consecuencia, puede establecerse sin lugar a dudas que el mismo tiene un carácter mixto, si bien predomina el de carácter escrito.

Chiovenda (6), afirma que un proceso puramente oral, solo puede ser un proceso primitivo, cuando los pleitos y los medios de prueba son sencillos y no se admiten las impugnaciones o apelaciones y los medios de reproducción de la palabra son difíciles.-

(5) D' Onofrio.- Lecciones de Derecho Procesal Civil. p. 12 y sgts.

(6) Chiovenda.- Principios. Tomo II, p. 146.

En los pleitos de una civilización más avanzada, la escritura tiene siempre una parte. Todo proceso moderno es, por lo tanto, mixto; y será oral o escrito, según la importancia que se dé a la oralidad o a la escritura y, sobre todo, según el modo de verificar la oralidad.

La escritura tiene en el proceso oral una doble misión, prepararlos (escritos de demanda, con indicación clara y precisa de todos los elementos y medios de prueba; escrito preparatorio del demandado con el anuncio de sus declaraciones de hecho, excepciones y pruebas) y documentarlo (apuntes de los Jueces en las audiencias, actas, etc.).

El propio Chiovenda en la obra citada, aclara que estos escritos preparatorios no tienen ninguna semejanza con la escritura, documentos y diligencias del proceso escrito. "En el proceso escrito, dice, la escritura es la forma de las deducciones; una demanda, una excepción, una proposición de prueba, no son válidas si no se formulan por escrito, y aún en el proceso escrito que admite la audiencia, las deducciones hechas en ésta se hacen por escrito, los escritos preparatorios del proceso oral, en cambio, -- excepto el escrito que contiene la demanda introductiva, no son la forma de declaración; son únicamente el anuncio de las declaraciones que se harán en la audiencia.- Las declaraciones jurídicamente importantes se haran solo en la audiencia, en esta, si se quiere sostenerlas, deben confirmarse oralmente las declaraciones anunciadas, pero se puede modificar, rectificar, abandonar éstas-

y hacer otras no anunciadas.- Frecuentemente la declaración oral no será más que una alusión a las declaraciones escritas, una referencia a los escritos, pero no se considerarán hechas si no han sido formuladas oralmente en la audiencia.- Y se entiende que - - esos escritos preparatorios son anteriores a la audiencia; es un verdadero contrasentido concurrir a la audiencia para comunicarse por escritos; la escritura se emplea entre ausentes, pero entre presentes se usa la palabra".

El principio del proceso escrito en nuestro Código Procesal vigente se encuentra previsto entre otros en los artículos, - 56: "las actuaciones judiciales y los ocursoos deberán escribirse en castellano....," 66.- "El secretario hará constar el día y la hora en que se presente un escrito y dará cuenta.....", 67.- "Los secretarios cuidaran de que los expedientes sean exactamente foliados, al agregarse cada una de las hojas, rubricarán todas éstas en el centro de los escritos y pondrán el sello de la Secretaría en el fondo del cuaderno, de manera que puedan ser selladas - las dos caras", 255.- "Toda contienda judicial principiará por -- demanda, en la cual se expresará: ...", 266.- "En el escrito de contestación del demandado deberá referirse a cada uno de los hechos aducidos por el actor, confesándolos o negándolos y expresando los que ignore por no ser propios....", etc.

Respecto a la oralidad, el propio autor italiano, nos dice, comprende los siguientes principios: 1.- La identidad física del juez durante el proceso; 2.- La concentración, y 3.- La inape

labilidad de las resoluciones interlocutorias.

La identidad física del Juez durante el proceso.- Se requiere que el órgano jurisdiccional en el proceso oral esté constituido en todo el curso del mismo, hasta la decisión, por las mismas personas físicas. La oralidad no es posible si los actos procesales tienen lugar ante personas diferentes, puesto que la impresión recibida por el Juez (si es único) que asiste a uno o más actos no puede infundirse en Juez diferente del que deba juzgar, y sólo pudiera serle representada mediante la escritura, cuyo caso el proceso, si fue oral respecto al juez instructor, se convierte en escrito en cuanto al que sentencia.

La concentración.- Se requiere que el proceso oral sea concentrado todo lo posible, en una audiencia, o en el menor número de ellas, puesto que cuanto más próximas a la decisión del juzgador sean las actividades procesales, tanto menor es el peligro de que la impresión recibida por éste se borre y de que la memoria le engañe, y tanto más fácil resulta mantener la identidad del juez de la causa.

Respecto al principio de la concentración, Calamandrei (7) establece, que es el carácter que el procedimiento asume cuando los actos procesales que componen la serie se aproximan en el espacio y en el tiempo, de modo que se suceden con ininterrumpida continuidad; carácter opuesto, que se puede llamar de la descentralización del fraccionamiento, es aquel por el cual entre un ag

(7) P. Calamandrei, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo I. p. 255.

to procesal y otro, o entre grupos de ellos, pueden pasar largos intervalos de tiempo, de modo que el proceso aparece discontinuo.

Así que el principio de la concentración es la consecuencia principal de la oralidad. Y precisamente en esto es donde se muestra mejor la diferencia entre el proceso oral y el escrito; mientras el oral tiende a concentrarse en una o en pocas audiencias próximas, el escrito se difunde en una serie indefinida de fases, importando poco que una actividad se produzca a distancia, aún lejana una de otra, cuando existe en los autos constancia de los escritos sobre los cuales deberá juzgar el Juez en un día más o menos lejano.

La inapelabilidad de las resoluciones interlocutorias. -- Siguiendo el criterio Chiovenda, vemos que respecto a este principio establece que la decisión del incidente exige que no sea impugnada separadamente del fondo, regla que no cabe abandonar, sino para algunas excepciones cuando el juez crea oportuno suspender la continuación del pleito hasta que se decida sobre la apelación.

El proceso tipo escrito tiene características fácilmente apreciables, que sirven para delimitarlo.

En cualquier caso en que los sujetos procesales hayan de fiar a la escritura cuanto pueda ser fundamental para su resultado, siendo éste el único medio de darle eficacia, aunque en algún momento exista la posibilidad de alguna vista, se estructura un proceso tipo escrito.

Respecto a la clasificación del proceso por su objeto, se

observa que estos pueden ser: de condena, declarativos, constitutivos, ejecutivos y precautorios.

De condena o de prestación.- Cuando además de incertidumbre, existe inobservancia de la norma aplicable al caso concreto, la actividad del Estado se dirige a ordenar o reclamar al jurídicamente obligado, el cumplimiento de lo ordenado por la norma jurídica.

Según Eduardo Pallares (8), hay condena con reservas de derechos cuando la sentencia condena al demandado, pero le reserva sus derechos para hacerlos valer en juicio diverso. Tal sucede -- en todos aquellos casos en que el juicio es de cognición limitada porque no se permite en él al demandado oponer todas las excepciones que pueda hacer valer, sino las expresamente autorizadas por la ley.- En estos casos el litigio no queda agotado, ya que el fallo que el juez pronuncia se funda en dicho conocimiento parcial y deja subsistentes las cuestiones que no han sido materia del -- debate.

Como ejemplos de condena con reserva encontramos los siguientes: I.- El caso preceptuado en el artículo 386 del Código Adjetivo vigente, en que el Juez civil resuelve sobre la autenticidad de un documento, pero deja a salvo los derechos del impugnador para el caso de que en el procedimiento penal se demuestre su

(8) E. Pallares, Diccionario de Derecho Procesal Civil, p. 158 y sgts.

falsedad o bien puede subordinar la eficacia ejecutiva de la sentencia al otorgamiento de una caución.- En esta especie, la condena que pronuncia el juez se apoya en un conocimiento limitado de la cuestión relativa a la falsedad del documento, y como pudieran ser que en el juicio penal se resolviera lo contrario de lo decidido en el civil, es necesario que la condena se haga con las reservas apuntadas. II.- En el juicio de lanzamiento únicamente se permite oponer al demandado las excepciones previstas en los artículos 2431, 2434 y 2435 del Código Sustantivo Civil.- También en este caso el juicio es de conocimiento limitado, y aunque la ley no lo establece, la sentencia de condena deja a salvo los derechos del inquilino respecto de las excepciones que no pudo hacer valer y por las cuales esta en aptitud de ejercitar una acción en contra del arrendador; III.- Lo propio acontece en algunos juicios ejecutivos mercantiles, en que igualmente se limitan las excepciones oponibles; artículo 8 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y 1096 del Código de Comercio; IV.- Las sentencias pronunciadas en los interdictos dejan a salvo los derechos de las partes respecto de la propiedad del inmueble, aunque nada se exprese en aquellas.

La figura contraria a la condena con reserva, es la de la absolución con reserva de los derechos del actor que también tiene lugar cuando el juicio es de cognición limitada. Como ejemplo de lo anterior, tenemos que en los juicios hipotecarios y ejecutivos, si se declara improcedente, el juez debe reservar al demandante sus

derechos para que los hagan valer en juicio ordinario.- (art. 461 y 486 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales).

Al respecto Chiovenda (9) sostiene que la condena con reserva, es un acto procesal condicionado a lo que se resuelva en el nuevo juicio en que se ejerciten los derechos reservados.- Sin embargo, este punto de vista es objetable, porque el fallo que se pronuncia en el segundo proceso no tiene como efecto nulificar o revocar el pronunciado en el primero.

Siguiendo, así mismo, los lineamientos del maestro Pallares en la obra citada, encontramos la llamada condena de futuro, en la que por regla general, la sentencia de condena debe fundarse en la violación o desconocimiento actuales de un derecho, en el incumplimiento de una obligación exigible cuando el fallo se pronuncia, pero excepcionalmente la ley autoriza condenas de futuro por razones de economía procesal o para proteger mejor el derecho del acreedor o para evitar que la condena maliciosa del deudor la haga ineficaz; por condena de futuro debe entenderse aquella que se refiere a una obligación todavía no exigible, pero que lo será después. Así puede suceder en los siguientes casos; a).-- Cuando el juez condena al pago de prestaciones periódicas como rentas, réditos, censos, pensiones, etc.; b).- Cuando el acreedor

(9) Chiovenda, ob. cit., Tomo I. p. 203

quiere obtener un título ejecutivo contra su deudor respecto de una prestación que le es debida, pero a condición de que él, a su vez se allane a cumplir una contraprestación a favor del deudor.- En este caso, el que promueve el juicio debe pagar lo que adeuda, o manifestar que esta dispuesto a hacerlo a su debido tiempo si todavía la contraprestación no es exigible; c).- Cuando la ley -- autoriza al juez a fijar al deudor, un plazo dentro del que deba cumplir lo que se estipuló sin plazo determinado.

Proceso declarativo.- Cuando existe inobservancia o incertidumbre de la norma aplicable al caso concreto, para satisfacer los derechos protegidos por el derecho objetivo, surge el proceso encaminado a declarar el derecho que la tutela, denominando a este tipo de proceso, de conocimiento o de declaración del derecho; es decir, el proceso declarativo busca lograr una sentencia mediante un estado de incertidumbre sobre el derecho, limitándose únicamente a declarar o negar la existencia de una situación jurídica, al contrario del proceso de condena que no solamente declara el derecho, sino que puede obligar al cumplimiento de lo sentenciado, aún en contra de la voluntad del condenado.

Por su parte el proceso constitutivo, tiene como finalidad la obtención de un estado jurídico con efectos al futuro, la sentencia puede ser constitutiva de estado o constitutiva de derecho, entre los primeros se tiene: interdicción, divorcio, nulidad de matrimonio, etc., en los segundos, obtención de condena para indemnizar por el daño causado ante un acto ilícito, se crean situa

ciones jurídicas nuevas; el demente deja de actuar en la vida civil, mediante sentencia de interdicción y es reemplazado por su representante legal; en el divorcio, además de declararse la disolución del vínculo matrimonial, permite la solicitud de separación de bienes y en algunas legislaciones como la nuestra, se habilita a los cónyuges divorciantes para que puedan contraer nuevo matrimonio.

El proceso ejecutivo, tiene el objeto de obtener el cumplimiento de una obligación, impuesta en una sentencia de condena, -- por ejemplo: la ejecución de sentencia, o bien cuando existe un título que la ley le reconozca traer aparejada ejecución (juicio ejecutivo) respecto del cual en capítulos anteriores abundamos en -- consideraciones.

Ahora bién, pocas son las sentencias meramente declarativas que no producen ejecución, aunque ésta en verdad, tenga el carácter accesorio con respecto a la cuestión principal resuelta por -- aquellas.

Algunas legislaciones exigen la "fórmula ejecutiva" para -- que las sentencias, los autos y los títulos ejecutivos, tengan -- fuerza ejecutiva; no sucede así en la nuestra, donde por sí solas traen aparejada ejecución. La ejecución de las sentencias puede -- ser provisional o definitiva. Lo primero acontece cuando la ley -- consiente que se ejecuten sentencias o autos respecto de los cuales esta pendiente el recurso de apelación, admitido en el solo -- efecto devolutivo. (artículo 694 del Código de Procedimientos Civi

les del Distrito y Territorios Federales vigente).- Si a virtud -- del recurso se revoca la sentencia o el auto, la ejecución deberá nulificarse, y las cosas volver al estado que tenían antes de llevarse a cabo aquella.

También por su objeto el proceso puede ser precautorio, -- el que tiene lugar cuando existe la posibilidad de que el demandado varíe su situación respecto de la cosa litigiosa, o cuando los -- bienes del obligado, puedan ser extraviados o escondidos, o bien -- se teme la pérdida material de los bienes. (embargo preventivo, -- arraigo), en conclusión son medidas preventivas de seguridad que -- se conceden al acreedor para que pueda hacer valer en juicio sus -- derechos (artículos 235 y 238 del Código Adjetivo Civil comentado)

Atento al criterio de clasificación de Hugo Alsina, (10) en -- contramos, que el proceso se divide por el modo, en procesos de -- conciliación, procesos de arbitraje, procesos voluntarios y procesos contenciosos.

Así, el proceso de conciliación que contempla nuestro Código -- Procesal vigente, se encuentra dentro del Título Especial de la -- Justicia de Paz, artículos 1/o. a 47, en el cual se faculta al -- juez para aceptar el avenimiento de las partes y el acto de conciliación pone fin a la controversia por voluntad de las partes, sancionando el juez dicho acuerdo.

(10) H. Alsina. Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo I, pp. 465-466.

El procedimiento en la Justicia de Paz es rigurosamente -- oral, y se resuelve normalmente, en una audiencia (art. 18 del Título Especial) en la que, concurriendo las partes exponen sus pretensiones y exhiben los documentos u objetos que estimen conducentes a su defensa, presentando los testigos y peritos que deseen -- que sean oídos, haciéndose valer todas las acciones, excepciones-- y defensas en el mismo acto, sin sustanciar artículos o inciden--tes de previo pronunciamiento.

Si de lo que expongan o prueben las partes resultara de---mostrada la procedencia de una excepción dilatoria, el juez lo --declarará así y dará por terminada la audiencia. La sentencia se--dictará a verdad sabida, sin necesidad de sujetarse a las reglas--sobre la estimación de las pruebas, sino apreciando los hechos según los jueces lo creyeron debido en conciencia.- art. 21 del Ti--tulo Especial de la Justicia de Paz. Sin que contra dichos resoluciones proceda algún recurso que no sea el de responsabilidad. --Art. 23 del propio Título Especial.

Procesos de arbitraje.- El arbitraje, viene a ser aquella--institución jurídica que faculta y permite a los particulares o a las partes en un proceso confiar la resolución de su controversia a uno o más particulares, lo que cual se lleva a cabo mediante la celebración de un convenio que tomó el nombre de compromisc en arbitros o clausula compromisoria, el primero se da cuando ya existe la controversia, el segundo cuando ésta aún no se inicia, pero si la relación contractual, como cláusula accesoria del contrato-

principal; ambas son contractuales y por lo tanto otorgables por quienes están en pleno uso de sus facultades y derechos.

Los árbitros tienen facultad para el conocimiento y resolución de una controversia, por lo que puede entenderse que el arbitraje es un equivalente de la jurisdicción y precisamente del proceso contencioso del conocimiento.

Trátase, en consecuencia, de un acto jurídico voluntario -- entre las partes contratantes o en juicio, cuyo convenio crea -- obligaciones y derechos recíprocos, existiendo prohibiciones para recurrir a él, respecto de representantes legales en relación a -- sus representados.- (Artículos 609 a 645 del Código Procesal Civil vigente).

Se entiende por cláusula compromisoria la estipulación que se hace en un contrato, en que las partes se obligan a no acudir a los tribunales en caso de que surja algún litigio relativo al contrato, sino que lo someterán a un juicio arbitral no debiéndose confundir dicha cláusula con el compromiso arbitral que consiste en el contrato por el cual se constituye el tribunal arbitral y se somete un litigio ya existente a la decisión de los jueces árbitros. La Cláusula se refiere a juicios que en lo futuro pueden surgir, mientras que el compromiso supone un juicio actual. L. Prieto Castro dice al respecto, (11) "Base del arbitraje es el contrato arbitral o compromiso mediante el cual las personas con capacidad, pactan la exclusión de los tribunales del Estado, entregando -

(11) L. Prieto. Derecho Procesal Civil, Tomo II, p. 266.

el conocimiento de un negocio susceptible de ello a un tribunal -- arbitral... Nuestra ley de enjuiciamiento civil exige un contrato o compromiso especial para cada cuestión litigiosa, y además ha de contraerse cumpliendo los requisitos formales que ella establece, -- sin embargo, esto no significa prohibición de pactar el sometimiento a arbitros amigables componedores de cualquier cuestión, aún no surgida, bien sea determinadamente, bien haciendo referencia a todas las cuestiones que puedan derivarse de una relación jurídica -- concreta, pues aunque la ley no prevé esta llamada cláusula compromisoria (pactada con carácter principal o, como es lo corriente, -- anexa a otro contrato básico), ha sido reconocida por la jurisprudencia".

Nuestra Ley Adjetiva, reconoce el derecho que las partes tienen para sujetar sus diferencias a un juicio arbitral (art. 609 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales) y podrán celebrar el convenio correspondiente antes de -- que haya juicio, durante éste o posterior a la sentencia, cual sea el estado en que se encuentre, salvo cuando sea posterior a sentencia irrevocable, pudiendo tener lugar si los interesados lo conocieren. (Art. 610 del propio Código Adjetivo).

En el Código que se comenta, se establece como requisito in dispensable, que el compromiso o cláusula compromisoria, designen el o los negocios que se sujetarán al juicio arbitral, la falta -- de ello, dará causa a la nulidad de pleno derecho, sin que sea necesario la previa declaración judicial (artículo 616), es potesta-

tivo designar árbitros, en caso de no hacerlo, se entiende que las partes se reservan hacerlo con intervención judicial; así mismo, -- como el fijar plazo para la decisión, caso de no hacerlo, dicho -- plazo según la ley, será de cien días si se trata de juicio ordinario y sesenta si es juicio sumario, que cuenta desde la fecha de aceptación del cargo a nombramiento, (art. 617) establecer un procedimiento a seguir y de no hacerse, partes y árbitros se sujetarán a las disposiciones de la ley procesal.

El proceso voluntario.- Desde luego debe dejarse establecido que precisamente, la jurisdicción voluntaria se contrapone a la contenciosa, en virtud, de que ésta última entraña siempre una actividad con relación a un conflicto de intereses; por el contrario la voluntaria no supone esta oposición, sino la necesidad de documentar, tutelar o garantizar una especial situación jurídica. Según Hugo Alsina (12), en el proceso voluntario las partes actúan de común acuerdo, requiriendo únicamente la intervención del juez para consolidar una situación jurídica.

Nuestro derecho, denomina a este tipo procesal, jurisdicción voluntaria y supone la existencia de oposición, pero sin necesidad de documentar, tutelar o garantizar alguna situación jurídica; en contraste con el proceso contencioso que entraña siempre -- una actividad en relación a un conflicto de intereses; quedando regulado por nuestra ley procesal vigente el mencionado procedimiento de jurisdicción voluntaria en el artículo 893.

(12) H. Alsina, ob. cit., pp. 466 y ss.

Según nuestra propia Ley Adjetiva en vigor, si se opusiere en la jurisdicción voluntaria parte legítima, dicho negocio se -- seguirá en vía sumaria, cuando dicha oposición no se funde en la negativa del derecho de quien promueve las diligencias; y cuando esa oposición se funde en la negativa de dicho derecho, el conflicto se ventilará según los trámites del juicio correspondiente.

EL PROCESO CONTENCIOSO.- Como hemos dejado asentado en párrafos anteriores, el proceso contencioso, supone una controversia, un conflicto, como origen de este tipo procesal, en el cual las partes en sus diferencias de intereses, tratan de lograr el reconocimiento a sus pretensiones mediante una sentencia que pondrá término a tal estado; la controversia está formada por actor y demandado, sujetos que en el proceso civil son interesados directos, por lo que Carnelutti (13) les denomina partes "naturales" - en tanto que "artificiales" en el proceso penal, representados -- por el imputado y su defensor y el Ministerio Público; la contradicción da vida al proceso y no existiendo tal contradicción, no existe el proceso.

El proceso contencioso, tiene como finalidad, poner término a una controversia, mediante la justa composición de la litis.

En el proceso contencioso las partes se obligan a proporcio

(13) F. Carnelutti. Como se hace un proceso, p. 98

nar al juez los hechos en que apoyan su pretensión, colaboración-- que es útil al proceso, la cual no es desinteresada sino al contrario, lleva el interés de lograr finalmente se dicte una sentencia favorable a tales pretensiones, convirtiéndose dicho interés en -- carga y de no aportar pruebas o razones, soportará el daño de que el juez no lo tome en cuenta, este principio da energía y activi-- dad a las partes dentro del proceso.

Puede decirse, en consecuencia, que en nuestro Código adjetivo Civil vigente, la gran mayoría de los juicios son de carácter contencioso.

Por último, encontramos que los procesos se dividen, según su forma, en Procesos ordinarios, procesos especiales y procesos - sumarios.

PROCESO ORDINARIO.- El principio establecido en el Código - Adjetivo Civil vigente, es que el juicio ordinario es la regla y - el especial la excepción. En efecto, por disposición expresa de -- dicho cuerpo de leyes (art. 431), las contiendas entre partes cuya tramitación no esté prevista en su Título Septimo (que trata de -- los juicios sumarios) se ventilaran en juicio ordinario.

El juicio ordinario llamado también plenario, ha sido regulado siempre con sujeción a los trámites mas solemnes y ha estado dedicado resolver cuestiones más importantes, bien por su cuantía-económica, bien por su complejidad. Históricamente se manifiesta - en un procedimiento excesivamente largo, complicado y oneroso en - grado sumo; frente al y cual para eludir sus inconvenientes en - -

cuestiones que por determinadas circunstancias requieren brevedad y economía, surge el proceso sumario. Según Gómez de la Serna y Montalban, (14) "aquel que se desenvuelve con la amplitud de instrucción y prueba que se ha estimado necesaria en cada momento histórico, para que dentro de él pueda resolverse la generalidad de las cuestiones y litigios civiles, con todos los problemas incidentales anexos y, en general, procesales que puedan surgir".

El juicio Ordinario, nos dice Alsina, (15), es la forma de la tramitación de la litis en tanto que los juicios especiales tienen un trámite distinto, según la naturaleza de la cuestión del debate.

Las normas relativas al juicio ordinario se consideran como supletorias en los casos en que haya necesidad de llenar alguna laguna en la tramitación de los demás juicios, siempre que no sean incompatibles con la naturaleza particular de éstos.

La litis se fija con la contestación del demandado o al extinguirse el término para contestar la demanda, cuyo plazo es de nueve días en nuestra legislación vigente; las excepciones de litispendencias, conexidad de causa y falta de personalidad, producen artículo de previo y especial pronunciamiento; el juez goza de un plazo de ocho días para dictar sentencia después de citación

(14) Gómez de la Serna y Montalban, Tratado Académico Forense de los procedimientos judiciales, Tomo II, p. 6.

(15) H. Alsina, ob. cit. Tomo II, p. 29.

para definitiva, los incidentes se ventilan sumariamente; puede el juez otorgar término de gracia.

Este proceso que comentamos, se divide en dos períodos: - - a).- Período de conocimiento; y b).- Período de ejecución.

Por su parte el período de conocimiento queda integrado por tres fases que son a saber: I.- Exposición, II.- Prueba y III.- -- Alegatos.

El período de ejecución se lleva a cabo, cuando el obligado por la sentencia, no cumple voluntariamente.

La primera fase en el período denominado de conocimiento -- principia con la demanda como acto básico del litigio, petición -- escrita dirigida al juez para obtener el reconocimiento de un derecho, siendo ella carga procesal del interesado (principio de ini-- ciativa de parte, que se opone al de oficio) por no proceder de -- oficio; deberá reunir determinados presupuestos procesales, (prin-- cipio de estricto derecho) que en el Código Procesal vigente se -- consignan en el artículo 255.

Con dicho escrito inicial de demanda se corre traslado al-- demandado, es decir se hace de su conocimiento legalmente la ins-- tauración de un juicio en su contra, para que conteste lo que a -- sus intereses convenga, con los escritos de demanda y constesta-- ción se integra la litis.

II.- Pruebas, parte del período de conocimiento que se divi-- de, así mismo en tres fases: a).- Ofrecimiento, b).- Admisión, y - c).- Recepción y práctica.

El período de ofrecimiento es de diez días fatales, computados a partir de la notificación del acuerdo que tuvo por contestada la demanda, o en su caso, la reconvenición; las pruebas ofrecidas deberán relacionarse con los hechos controvertidos (al respecto debemos recordar que antes de las últimas reformas al Código Procesal que nos ocupa, aún cuando no se señala en artículo alguno -- de dicho Código, la obligación de relacionar el ofrecimiento de -- pruebas con los hechos de la demanda, era práctica constante de -- los tribunales dicha exigencia) proporcionando nombre y domicilio de los testigos y peritos, ofrecida la confesional pedir se cite a la contraparte para absolver posiciones; no llevan a cabo lo anterior, las pruebas serán rechazadas, (artículo 290 y 291 del Código en cita). Aquí encontramos otro caso de aplicación del principio de estricto derecho en materia civil.

Corresponde al juez la admisión de pruebas por resolución -- que dictará al día siguiente de vencido el término de ofrecimiento y determinando las que admita en cada hecho y limitando prudentemente el número de testigos (artículo 298 del propio Ordenamiento Procesal).

La recepción y práctica de pruebas, podrá ser escrito u --- oral, a elección del juez, cuya facultad le otorga la Ley procesal vigente, salvo convenio anterior de las partes (art. 299).

El término para la recepción escrita de pruebas, es de -- treinta días improrrogables, abriéndose dicho término por ministerio de ley, al siguiente día de notificado el auto de admisión; --

la recepción oral de prueba se hará en una audiencia, citándose -- a las partes desde el auto de admisión, fijando día y hora para -- la misma, considerando el tiempo necesario para la preparación; ci -- ta que no será posterior a sesenta días de la fecha de contesta -- ción a la demanda o reconvención (art. 299).

III.- Alegatos, son razonamientos deducidos del proceso, -- verbales o escritos, en la recepción oral de pruebas, una vez con -- cluída, las partes alegaran por sí, sus abogados; o apoderados con -- cluída la recepción escrita, las partes disponen de cinco días co -- munes para alegar, hecho lo cual se cita para sentencia.

La sentencia pone normalmente fin al proceso, la actividad -- de las partes y el juez, se encaminan a obtener esa finalidad; - - ella es común para actor y demandado por afectarles la resolución -- al caso planteado, tiene además una eficacia imperativa y obligato -- ria para el vencido, y una vez firme, no podrá dejar de cumplir, - salvo renuncia de quién fue favorecido para exigir tal cumplimien -- to.

b).- Ejecución, es la obligación impuesta a la parte venci -- da, coactivamente, a cumplir la declaración de derecho dictada por el juez.

PROCESOS ESPECIALES.- Recordemos que durante siglos y hasta la llamada alta Edad Media, imperó en el derecho procesal europeo el juicio ordinario, el llamado solemnis ordo judicarius, con su formalismo, sus lentitudes y los recursos que le daban mayor duración.- No obstante, hay que reconocer que en la legislación de Jus

tiniano ya existían los gérmenes de lo que ahora llamamos proceso sumario, que fueron aprovechados por los canonistas para adaptar a la legislación de ese emperador a las necesidades de la Iglesia. Así parece haberlo demostrado el jurisconsulto italiano Biondi en -- su obra "Intorno a la romanita del proceso civile moderno", citada por Victor Fairen Guillen (16).

Ahora bien, el juicio sumario se distingue del ordinario -- en lo siguiente: a).- El juicio sumario siempre es oral, mientras que el ordinario puede ser oral o escrito, según acuerden el juzga dor o las partes (arts. 229 y 435.)

b).- En el juicio sumario no hay término extra-ordinario de prueba, mientras que en el ordinario si puede otorgarse, (arts. -- 301 y 442).

c).- En el juicio ordinario hay un término especial para el ofrecimiento de pruebas; en el sumario las pruebas deben ofrecerse en los escritos en que las partes fijan la controversia, o sea en los escritos de demanda y contestación. (artículos 290 y 434).

d).- En los procesos sumarios únicamente pueden admitirse-- la compensación y la reconvencción, cuando el objeto o la materia-- sobre los que versen deban tramitarse en juicio sumario. En los -- ordinarios procede la reconvencción y la compensación, no sólo cuan do consideradas como objeto propio de un juicio exijan el procedi-- miento ordinario, sino también cuando deban tramitarse sumaria-- mente. (arts. 260, 261 y 442); la razón de esta diferencia consis--

(16) V. Fairen. El Juicio ordinario y los plenarios rápidos, p. 41.

te en que el actor no sufre ningún daño o perjuicio si es contrademandado en la vía ordinaria aunque la materia de la contrademanda exija la sumaria, porque en este supuesto tiene garantías y términos amplios para defenderse. Lo contrario sucede cuando debiendo tramitarse la contrademanda en la forma ordinaria, se hace valer en la sumaria.

e).- Las apelaciones en los sumarios se admiten tan sólo en el efecto devolutivo, mientras que en los ordinarios pueden admitirse en ambos efectos, (arts. 695, 700 y 714).

f).- En los sumarios la sentencia definitiva debe pronunciarse en la misma audiencia, o a más tarde en un plazo de tres días, mientras que en los ordinarios, la ley le da al juez un plazo de ocho días después de la citación para definitiva, (arts. 425, 435 y 439).

g).- Los incidentes en los ordinarios se resuelven en forma sumarísima, pero siempre dan lugar a un artículo, mientras que en los sumarios se deciden en la audiencia de pruebas, alegatos y sentencia, (art. 440).

h).- En los sumarios, el juez no puede conceder términos de gracia, excepto en los ejecutivos e hipotecarios, (art. 442).

Por su contenido los procesos, pueden ser singulares o universales (17) llámase proceso universal cuando, se ventilan y deciden todas las acciones y derechos de distintas personas para la

(17) H. Alsina. ob. cit. Tomo I, p. 469 y ss.

liquidación de un activo común, y se dice que es particular, el -- proceso que solo versa sobre el interés de una o más personas con relación a una acción o cosa determinada.

La ordenación que el Código Procesal vigente (Capítulo Dé-- cimo Cuarto) a esta clase de juicios, permite, afirmar que los --- considera comprendidos dentro de las actividades correspondientes a la jurisdicción contenciosa.

Los procesos universales son atractivos, por lo que en - -- ellos se ventilan a la vez diferentes acciones por diferentes in-- tereses y derechos, pertenecientes a una o varias personas y que-- afectan a todo el patrimonio; este proceso se divide en: a).- In-- tervivos y b).- Mortis causa.

El señalado en primer término surge cuando declarada la --- insolvencia de alguna persona, da lugar al procedimiento de concur so y quiebra.

Mortis causa, que se subdividen en testamentarios e intesta mentarios.

Procesos singulares.- Se entiende por tales, aquellos que-- se promueven sobre intereses de una o más personas en correlación a una acción o cosa determinada. Comprende tanto el ordinario como los especiales y seminarios.

Proceso monitorio.- Terminaremos este capítulo examinando - a grandes rasgos el llamado proceso monitorio, el que tiene origen austro-germano y su etimología del latín, monitoriu, y como signi-- ficado, lo que sirve para avisar, que da aviso, que es propio para

amonestar. (18)

Tiene este tipo de proceso como objeto inmediato, la creación de Título ejecutivo a petición del interesado, dictando el juez orden de pago contra el deudor, pero si éste se opone, el proceso monitorio termina; tipo procesal que se encuentra más cerca del proceso administrativo y al ejecutivo documental; no llega a constituir autocondena, por no mediar en él verdaderos títulos ejecutivos.

Nuestra legislación, tiene semejanza especialmente con el monitorio documental, dentro del procedimiento mercantil y ejecutivo civil, a excepción de que en nuestro derecho, el título ejecutivo existe como presupuesto indispensable para el ejercicio de la acción que va implícita en el texto del mismo, librándose en contra del deudor orden de pago y de no hacerse éste, garantizar el adeudo mediante embargo aún sin conocer las excepciones que tuviera dicho deudor; la no oposición, trae como consecuencia sentencia de remate, por su parte en el monitorio, la no oposición trae como consecuencia la creación del título ejecutivo.

Mayor similitud con el proceso monitorio, la tenemos en los medios preparatorios a juicio ejecutivo civil, que contempla el Título V, Capítulo II del Código de Procedimientos Civiles.

(18) Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española,-- Espasa Colpe, S.A. Madrid. 1939.

SECCION CUARTA.- CONCLUSIONES.

PRIMERA.- La Legis acciones y el proceso formulario u ordinario, del sistema procesal Romano, no se pueden considerar como auténticos procesos, atento al concepto moderno de proceso.

SEGUNDA.- La tercera fase del sistema procesal Romano (extra ordenen) se equipara al proceso moderno.

TERCERA.- Al conquistar los Germanos a los Romanos, se encontraron frente a frente dos tipos de proceso, el Romano y el -- Germánico, el primero sumamente avanzado y el segundo sumamente primitivo, mismos que se combinaron para formar un nuevo tipo de proceso denominado Común o Romano Canonico.

CUARTA.- El proceso Común o Romano Canonico, ejerció mucha influencia en el desarrollo del derecho procesal en todos los paí ses de Europa. Consecuentemente en nuestro derecho.

QUINTA.- La investigación sobre la naturaleza jurídica del proceso, aún no está agotada.

SEXTA.- Con la relatividad que exige la realidad, el proce so debe ser considerado de naturaleza pública.

SEPTIMA.- En la época Colonial, fué principalmente el procedimiento español que tuvo vigencia en nuestro territorio.

OCTAVA.- Los Códigos Procesales del México Independiente, - siguieron en lo general los lineamientos del derecho Español.

NOVENA.- El Código de Procedimientos Civiles de 15 de Mayo de 1884, constituía un sistema tardo en sus trámites y útil para-

litigantes sin escrúpulos por su imprecisión.

DECIMA.- El Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito y Territorios Federales, constituye un afán del Legislador para evitar trámites engorrosos, y hacer efectivos principios procesales elevados a la categoría de garantías individuales, tales como el de legalidad, el de audiencia previa, etc.

B I B L I O G R A F I A

AICALA ZAMORA Y CASTILLO Niceto.- Proceso, autocomposición y autodefensa. Imprenta Universitaria. México, 1970.

ALSINA Hugo.- Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo I. Edial, S. A., Editores, Buenos Aires, - 1956.

BRUNNER.- V. SCHWERIN.- Historia del Derecho Germánico.- -- Traducido y anotado por José Luis Alvarez López Ed. Labor. Barcelona.

CARNELUTTI Francesco.- Instituciones del Proceso Civil. Traducción de Santiago Sentís Melendo. 5a. edición. Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1959.

CARNELUTTI Francesco.- Como se hace un proceso.- Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Ediciones Jurídicas, Europa-América. Buenos Aires, 1959.

CALAMANDREI Piero.- Instituciones de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Ediciones Europa-América. Buenos Aires. 1962.

COUTURE Eduardo J.- Fundamentos de Derecho Procesal Civil.- Editorial de Palma. 1956.

CHIOVENDA Giuseppe.- Instituciones de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1936.

CHIOVENDA José.- Principios de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Instituto Editorial Reus. Madrid.

DE PINA Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA José.- Instituciones de

Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa, S.A. México. 1969.

ESQUIVEL OBREGON T. Apuntes para la historia del Derecho -- en México. Tomo II. Editorial Polis. México D.F., 1938.

FAIREN GUILLEN V.- El Juicio Ordinario y los plenarios rápidos. p. 41.

GUASP Jaime.- Derecho Procesal Civil. Tomo I. Madrid. 1955

GOLDSCHMIDT James.- Teoría General del Proceso. Edit. Labor. 1936.

GOMEZ DE LA SERNA Y MONTALBAN.- Tratado Academico Forense de los procedimientos judiciales. Tomo II. Madrid. 1856.

PALLARES Eduardo.- Diccionario de Derecho Procesal Civil. - Editorial Porrúa, S. A. México 1956.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.- Diccionario de la lengua española. Espasa Calpe, S.A., Madrid 1939. y Agustin Blazquez Frayle. Diccionario Latino español. Edición Ramón Sopena, S. A. Barcelona 1946.

ROSENBERG Leo.- Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo I.- Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires. 1955.

RADBRUCH GUSTAVO.- Introducción a la Filosofía del Derecho, Breviarios del Fondo de Cultura Economica.