

## Romanismo y Germanismo en el Proceso Civil \*

SUMARIO: Objeto de este estudio.—1. Los precedentes del método histórico en la ciencia procesal alemana.—2. El Código de Procedimientos Civiles francés en Alemania y los primeros estudios sobre el antiguo proceso alemán.—3. El Método histórico en el estudio del proceso común alemán y el problema de las relaciones entre el elemento romano y el germánico.—4. Divergencia de los escritores al considerar el moderno procedimiento germánico en su relación con el procedimiento común y el francés y con los elementos constitutivos de ambos.—5. Los elementos originarios y derivados del moderno procedimiento civil y las épocas y lugares más importantes en lo que hace a su contacto y a su fusión.—6. En particular: a) Sobre la formación del procedimiento italiano medioeval. Exageraciones de los escritores alemanes sobre la importancia del elemento germánico en el procedimiento estatuario y canónico.—7. Romanización del proceso longobardo. Resurgimiento del derecho romano y resistencia de la costumbre germánica. 8. Resultados. Esbozo de un estudio sobre la influencia del derecho germánico en el procedimiento romano canónico o italiano medioeval.—9. El procedimiento romano canónico es obra italiana realizada principalmente sobre bases romanas.—10. b) Sobre la recepción del derecho romano y el desarrollo del procedimiento común en Alemania.—11. c) Sobre la forma del procedimiento civil francés y sus caracteres fundamentales.—12. Influencias romanas y germánicas en el procedimiento civil moderno.

\* Prolesión leída en la Universidad de Parma el 5 de Diciembre de 1901.  
Traducción del Lic. Roberto L. Mantilla Molina, profesor de la Universidad de México.

Nuestro Código de Procedimientos Civiles es el producto de una larga historia, que en gran parte se resume en la de las relaciones entre la influencia romana y la germánica en el campo del proceso civil. El objeto de esta prolija se limita al estudio de tales relaciones, acompañado de fugaces observaciones sobre las principales legislaciones procesales que de ellas derivan. Este estudio se inicia en la ciencia procesal germánica, cuya historia en el siglo XIX está estrechamente ligada, y coincide en gran parte con la historia literaria de nuestro tema.

1. En las prostrimerías del siglo XVIII una ramificación de la escuela del derecho natural, que había inspirado las reformas del Federico el Grande ~~encaminadas, sin resultado, a mejorar la ordenación~~ de los juicios, sustituyendo al degenerado proceso común otro fundado en bases puramente racionales, invadió el campo de la doctrina procesal germánica, y de la exposición pedestre de fórmulas prácticas que no se entendían racionalmente ni se ilustraban por el conocimiento directo de las fuentes, la elevó a la investigación de los principios. \* Entre los propios representantes de esta escuela el autor de la *Metafísica del proceso civil* aconsejaba ya como guía en el estudio de la ciencia jurídica, juntamente con la filosofía del derecho, la historia del derecho positivo. Pero lo que preparó eficazmente las futuras aplicaciones del método histórico en nuestro campo fué una tendencia que pronto surgió al margen de la mencionada antes y en parte como correctivo de ella: la cual pretende, principalmente, precisar el fundamento positivo de nuestra doctrina, retrocediendo hasta las fuentes. Como fuente principal del proceso común se consideraba entonces, generalmente, al derecho justiniano, modificado en algunos puntos determinados por el derecho canónico y por la legislación del imperio. Pero la vuelta a las fuentes y su examen crítico hubo de sacar a luz notables diferencias, al principio no sospechadas, entre el proceso romano y el proceso común, abriendo entre ambos un abismo que los demás elementos subsidiarios no bastaban a colmar.

2. Al mismo tiempo que Eichhorn publicaba la primera edición de su *Historia del Estado y del derecho alemán*, en la cual trazaba por primera vez, aun cuando sumariamente, la historia del antiguo proceso germánico, Napoleón imponía en algunas regiones de Alemania, junto con otras leyes francesas, el Código de Procedimientos Civiles, el cual, sobreviviendo al buen éxito de Napoleón, continuaba acampado sobre el Rhin, y estaba destinado a permanecer allí aun después de la época en que Arminio habría de "lanzar sus carros contra los muros de Fara-

mondo'. El proceso francés, en enérgico contraste con la pesadez y estancamiento del proceso común germánico, parecía como más simple, más suelto, más ligero, y ofrecía la realización de la oralidad y publicidad de los juicios que formaban ya, aunque confusamente, las bases de las universales aspiraciones de reforma. Así, una parte de esas aspiraciones tuvieron como objeto el proceso francés, propugnando no sólo su conservación, sino también su extensión, dentro de ciertos límites, a las tierras alemanas en las cuales no se había implantado. Frente a ésta, surgió, por el contrario, la corriente patriótica hostil al derecho extranjero. Al agitarse esta disputa en 1819, la Academia de Ciencias de Munich, convocó un concurso sobre este tema: "¿Cómo estaba organizado en la antigua justicia germánica y bávara el procedimiento público, civil y penal? ¿Qué influencia, útil o nociva, tuvo sobre la disminución y aceleramiento de los litigios y sobre la recta aplicación de las leyes? ¿Cuándo, cómo y en qué circunstancias la perdió?"<sup>6</sup> De tal modo, mientras los procesalistas ponían en claro, más o menos conscientemente, la insuficiencia del elemento romano, para la clara comprensión del proceso común en su evolución y en su importancia actual, por otro lado la primera floración de la escuela histórica y las vicisitudes políticas preparaban por su parte el conocimiento de un elemento diverso: el antiguo proceso germánico.

La Academia de Munich hubo de repetir en abril de 1821 el concurso, y no fué sino el 28 de marzo de 1823 cuando pudo conceder el primer premio a una obra que resolvía completamente los problemas planteados y que es digna aún de mención: *La historia del antiguo proceso germánico, particularmente bávaro*, por Ludovico Maurer.<sup>7</sup> Esta historia expone prolijamente, con apoyo en las fuentes, el proceso germánico, sus defectos y sus cualidades, siguiendo su evolución hasta la recepción del derecho romano; investigando las causas de su decadencia, estudia los contactos que tuvo en tierra alemana con el derecho romano y el canónico<sup>7</sup> y concluye con una confrontación entre el antiguo proceso germánico y el proceso francés moderno.<sup>8</sup> Según Maurer, el proceso francés es en el fondo germánico: la composición de los Tribunales, la función del presidente, la autonomía de los oficiales judiciales, la colocación de los jueces, de los cancilleres, de los abogados y del público en la audiencia son germánicos; germánica es la citación y el término del emplazamiento de ocho días<sup>9</sup> (término que todavía nuestro Pisanelli conservaba como mínimo en su proyecto y que fué ampliado en virtud de una proposición de la Comisión Parlamentaria,

reo, sin saberlo, de lese germanismo); germánicas son la marcha de la audiencia, la fórmula ejecutiva, la oposición del contumaz y sobre todo la oralidad y la publicidad. De donde Maurer concluía con la afirmación de que el adoptar y conservar el proceso francés, más que una victoria del procedimiento extranjero, era el restablecimiento del patrio.

Se han hecho estas referencias históricas y se han resumido las páginas de un libro que por otra parte es naturalmente incompleto, defectuoso, e inspirado aún del todo en la concepción tradicional, puramente externa, del procedimiento, y que no estaba destinado a ejercer una inmediata influencia en la solución de los problemas que lo originaron, para dar una idea de las circunstancias particulares que prepararon y acompañaron el primer planteamiento del problema relativo al fenómeno que da nombre a este mi discurso. Apenas es necesario decir que este problema se relaciona con aquel gran movimiento del espíritu germánico que se despliega durante todo el siglo pasado y cuya historia, rica en magníficos lances y en extrañas exageraciones, y cuyas relaciones con otros campos del Derecho se presuponen conocidas.

3. Corresponde al ilustre jefe de la escuela histórica, entre otros méritos, el de la coordinación científica de los estudios históricos y de los procesales, y más precisamente de los románicos y de los germánicos en nuestro campo, puesto que la *Historia del derecho romano en el medioevo*, cuyos primeros volúmenes había publicado Savigny a partir de 1815, no sólo contenía preciosas investigaciones de naturaleza procesal, sino que, y esto es lo más interesante, enseñaba el método de estudio del Derecho en todos los campos, la necesidad de investigar las relaciones existentes entre el derecho romano y el germánico y la de estudiar las épocas y los países en que se establecieron entre ellos las relaciones más importantes. La aplicación de este método al derecho procesal fué obra de los discípulos de Savigny, y en primer lugar de Bethmann-Hollweg, quien trazó en 1821 el programa para hacer dicha aplicación en el prefacio a la primera edición de su *Estyema de lecciones*. Este escritor afirma precisamente la importancia del elemento germánico en la modificación del elemento romano del proceso. La interferencia ocurrió en los países romanos invadidos por los pueblos y el derecho germánico, en parte por obra de la costumbre, en parte por obra del derecho canónico, influido a su vez por el germánico; el procedimiento extranjero, adoptado en Alemania al terminar la Edad Media y que subsistió en ella como proceso común hasta nuestros días, es precisamente el resultado de la fusión de los dos elementos. Por tanto, el

estudio del proceso común no se limita al sistema de normas las romanas y canónicas y de la legislación del imperio, sino que, partiendo de un examen profundo del proceso romano puro, tanto del clásico como del justiniano, debe extenderse a la doctrina de los glosadores y a la canónica, e investigar después la infiltración germánica. En este programa como se ve, todavía se asigna al elemento germánico una parte secundaria. Más acentuado aún es el predominio del elemento romano en la obra de otros procesalistas de la escuela histórica del primer treintenio del siglo XIX como Heffter<sup>13</sup> y Bayer<sup>14</sup> cuyo hecho se debía en parte al entusiasmo general por los estudios romanistas, despertado por el descubrimiento de Gaio<sup>15</sup> y de los fragmentos del Vaticano, que permitiendo a los estudiosos el conocimiento del proceso romano clásico; ya al terminar dicho treintenio, dió frutos, para no mencionar otros, como el clásico ensayo de Keller sobre la *litis contestatio*<sup>16</sup> y la reconstrucción de Zimmern.<sup>17</sup>

Pero ya por aquellos años se iniciaba una tendencia distinta: Nietzsche, al escribir respecto a un libro de Heffter, afirmaba que los romanistas y decretalistas de la Edad Media, aun aquellos de la escuela italiana, en lo que discrepaban de los principios romanos no enseñaban sino derecho germánico.<sup>18</sup> Afirmación que no era nueva, pues ya Hommel, mucho tiempo antes, la había formulado respecto al proceso canónico;<sup>19</sup> pero que presenta ahora un tono y una importancia completamente nuevos. Nietzsche va mucho más allá, pues según él, el proceso común alemán no es ya el antiguo proceso germánico, ni mucho menos el romano, sino que más bien procede de los antiguos usos y formas germánicas, bajo la influencia del derecho romano, ciertamente, pero de un modo sustancialmente autónomo. Así Nietzsche en 1827, al estudiar el proceso común, invertía la relación entre el elemento romano y el germánico, postulado por Bethmann-Hollweg;<sup>20</sup> quien, a su vez, confirmando su programa en 1834, en el prefacio al primer tomo del *Manual del proceso civil*,<sup>21</sup> que permaneció interrumpido y que se renovó después de treinta años, alude al vigor creciente de los estudios germánicos, que entre tanto se habían enriquecido con los trabajos de Grimm,<sup>22</sup> y sostenía que no debía considerarse el derecho germánico puro sino como una de las raíces del derecho actual. Confirmando, aun cuando sólo parcialmente, la opinión de Nietzsche, se publicó en 1839 un libro que fué el modelo clásico de la aplicación del método histórico en el campo procesal: la *Historia del proceso ejecutivo* de Briegleb.<sup>23</sup> Este escritor, después de decir, en las breves pero jugosas páginas de la intro-

ducción, las razones y los resultados de la lucha de las instituciones germánicas en contra del derecho romano, particularmente en Italia, y de describir la manera en que sobrevivieron algunas de aquéllas; expone la historia de los instrumentos ejecutivos, ejemplo de una institución derivada de la costumbre germánica y revestida por la doctrina italiana de ropaje romano; invoca, para la demostración de su tesis, la doctrina de los glosadores, de los comentadores y de los prácticos, y no solamente de los escritores italianos, sino también de los de Francia y España; y toma como un nuevo ejemplo, la legislación estatutaria italiana, que considera pletórica de visibles huellas de elementos germánicos y todo ello con un criterio tan amplio y tan firme que su libro, más que la historia de una institución, es la base de la historia del proceso medioeval italiano. Cinco años después de esta obra el método histórico dió, dentro de nuestro campo, otro magnífico fruto: *Die Wahrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozessrecht*, de Planck. La importancia de este libro es completamente diferente de la del anterior; consiste, por un lado, en la purificación de la doctrina romana, por la eliminación de los errores medioevales, tarea que fué espléndidamente realizada; por otro lado, en la propia naturaleza del tema. Los temas procesales son muy variados: en algunos, como en los relativos a la forma, prevalece la importancia de la relación histórica; en otros, la de las conexiones lógicas e internas. La materia del libro de Planck es de estas últimas y se trata de manera que constituye una gran aportación para la concepción lógica y la sistematización del proceso civil. Pero no puedo tratar ahora detenidamente ni de ésta, ni de las otras obras de Planck que le siguieron inmediatamente, y que son, por otra parte, bien conocidas, ni tampoco de las obras de otros alemanes, que, ciertamente, sería de interés traer a colación al tratar el tema. Sólo recordaré que el impulso dado a nuestra ciencia por los escritos que acaban de aludirse, ha ido siempre en aumento en Alemania; y que mientras la materia prima de esta ciencia se enriquecía desmesuradamente con la publicación de numerosas obras de procesalistas medioevales y con la siempre creciente edición de los estatutos suministrados por Italia, la historia del proceso civil aumentaba con numerosas monografías, y en lo que hace a la exposición general con el *System* de Welzell, aportándose constantemente nuevos elementos para el estudio de las relaciones entre el elemento romano y el germánico en nuestro campo, hasta alcanzar en el afortunado decenio de 1860 a 1870, el máximo florecimiento. En este decenio se hizo la historia del proceso romano puro en la amplia obra de Beth-

mann-Hollweg; <sup>32</sup> la historia del antiguo proceso germánico y del medioeval en la obra de Siegel, <sup>33</sup> Sohm, <sup>34</sup> Meibom, <sup>35</sup> Bettmann-Hollweg, <sup>36</sup> Brunner, <sup>37</sup> Laband, <sup>38</sup> y otros; la historia del proceso italomedioeval en la monografía básica de Wach, <sup>39</sup> y en las investigaciones de Ficker; <sup>40</sup> la historia de la recepción en los libros de Stintzing <sup>41</sup> y de Stobbe. <sup>42</sup> Asimismo al terminar este decenio se publicó un libro de Bülow sobre *Teoría de las excepciones procesales y los presupuestos del proceso*, <sup>43</sup> el cual si bien es cierto que aún forma parte de la mencionada floración histórica, como reconstrucción de la pura dogmática romana, por otro lado, al poner de relieve el lado público del derecho procesal, inaugura en este campo una nueva dirección. Esta nueva dirección, y más aún, el gran trabajo de la unificación legislativa, obtenida al fin después de numerosas tentativas y largas y fecundas discusiones en enero de 1877, fué causa de que los estudios históricos sobre el proceso civil tal vez no hayan alcanzado igual intensidad en Alemania durante el último treinteno. Lo cierto es que, sin negar importancia a las numerosas obras y monografías que durante ese tiempo se publicaron tanto sobre el proceso romano puro y medioeval, como sobre el germánico <sup>44</sup> todavía falta en Alemania, al igual que en Italia, una historia completa y que responda a las exigencias de la ciencia moderna que estudie precisamente los momentos históricos más importantes para la relación entre los elementos románicos y germánico del proceso. Y es por ello que falta, y faltará durante mucho tiempo aún, una respuesta satisfactoria al problema que ahora podemos plantear así: ¿Cuál es la importancia respectiva del elemento romano y del germánico en el proceso moderno, como resultado final de su contacto histórico?

4. Respecto a este problema, como respecto a todos aquellos en los cuales la dificultad intrínseca puede agravarse con la presencia de elementos extraños al puro espíritu científico, están sumamente divididas las opiniones de los doctos. No hablemos de la divergencia entre italianos y alemanes, la cual puede resumirse, en su posición extrema, por medio de dos citas: la una está sacada de un manual reciente de historia del derecho italiano en el cual se dice: “en el moderno derecho procesal bien poco sobrevive del procedimiento germánico, pues en realidad es el producto de la combinación de las instituciones romanas con las canónicas”. <sup>45</sup> La otra está tomada de un reciente manual alemán de procedimientos civiles, en el cual se dice que “el moderno derecho procesal es, en sus raíces, un puro producto nacional alemán” con algunas adiciones de elementos jurídicos romanos. <sup>46</sup> Y digo, desde ahora, que esta

discrepancia no se funda en absoluto sobre la diversidad de los dos procesos: en verdad, el actual proceso italiano no es ni más romano ni menos germánico que el actual proceso alemán. Pero entre los mismos autores alemanes reina la divergencia, pues no todos son tan nacionalistas como el citado Schmidt. El mismo Planck, que después de haber hecho la más completa historia del proceso medioeval sajón, en un discurso que muchas veces tuve presente en la primera parte de éste, no expresaba su germanismo procesal en términos tan absolutos. Reconoce que la solución del problema aun no está madura, y se limita a afirmar la necesidad de tomar como punto de partida para la investigación histórica del actual proceso alemán, el antiguo proceso germánico, y no, al contrario, el proceso romano. Tal es, según Planck, el único camino para decidir si es o no es aceptable la afirmación de Nietzsche, de que el proceso moderno no es ya el antiguo germánico, ni mucho menos el romano, si bien se ha desarrollado a partir de aquél y bajo la influencia de éste. Como es natural, hoy en día las mayores divergencias se manifiestan en lo que hace a la apreciación de la nueva regulación alemana; en sus relaciones con el proceso común anterior; según algunos, tal regulación se basa en el proceso común; según otros, por el contrario, ha sido abandonado el proceso común; pero lo curioso es que de estos diversos principios no se obtengan conclusiones paralelamente divergentes. Entre los sostenedores de la primera opinión hay quien estima que el proceso alemán, al conservar como base el procedimiento común, ha conservado, por lo mismo, un carácter fundamentalmente germánico; y quien considera, que precisamente por ello ha conservado en el fondo un carácter romano-canónico. También entre los sostenedores de la segunda opinión algunos afirman que el proceso germánico, al separarse de la base del derecho común, se ha separado también de la base romano-canónica; otros, por el contrario, que abandonando los principios del procedimiento común y adoptando los del procedimiento francés se ha renunciado a la tradición germánica y se ha vuelto a los principios del derecho romano-canónico. A propósito del procedimiento francés, que ha tenido gran influencia en la reforma del alemán, debe recordarse que muchos, como ya lo había hecho Maurer sostienen que sus principios fundamentales son germánicos. No debe asombrar esta divergencia de opiniones entre aquellos que adoptan un punto de vista común, ni viceversa, la coincidencia de las conclusiones que se obtienen de principios diversos. Por poco que se analice el estado del

problema, se verá que puede dividirse en tanto cuantos son los elementos originarios y derivados de la actual ordenación de los juicios y las etapas que recorrieron hasta su fusión: y la división de las opiniones respecto a cada uno de estos elementos y etapas engendra aquellas complicadas contradicciones.

5. A más de los elementos originales: el romano y el germano; cabe considerar los elementos derivados, como son el derecho estatutario, el derecho canónico (que no carece de importancia propia, aun cuando no sea del caso examinarla aquí); el derecho regio en Francia, el derecho imperial en Alemania, los cuales se consideran en mayor o menor grado, como resultado del contacto de los dos primeros. Por tanto, la historia del proceso en general, y la de nuestro tema en particular, debe ocuparse de manera especial de los momentos en que ocurrieron dichos contactos y se consumaron tan fecundas relaciones. Tales ocasiones, como es sabido, son varias: primero, la invasión germánica en los países latinos; después, el florecimiento del derecho romano en Italia con las diversas actitudes que adoptó frente a la costumbre y al derecho de la Iglesia; más tarde, la recepción en España, Francia y Alemania del derecho elaborado por la doctrina romanista, sobre la base de la costumbre y del derecho eclesiástico; posteriormente aún, la fusión del derecho recibido en Alemania con el derecho sajón y la influencia del derecho romano-canónico sobre el normando en Inglaterra; y por último, la recepción del derecho francés en Alemania. También debe mencionarse, aunque en realidad menos importante y tal vez por ello olvidado por los autores que antes se mencionaron, el perdurable influjo de la doctrina italiana sobre el proceso germánico, con posterioridad a la recepción, particularmente mediante las decisiones de la Rota;<sup>87</sup> y quizá, por otra parte, el influjo de la doctrina alemana sobre la práctica italiana posterior al siglo xv (la cual supongo, aun sin tener ninguna demostración positiva de sus huellas), ya que cameralistas como Gaill y Mysinger, y aun sajones como Carazov, eran conocidos en Italia. En lo que hace a Italia, también tiene importancia la época en que regía la reglamentación austriaca en el Lombardo-Véneto y la de la recepción del proceso francés, aun cuando ésta haya ocurrido más pasivamente que en Alemania. ¿Qué más? Algunos escritores hablan, y no equivocadamente, de una nueva recepción del derecho romano en el moderno proceso alemán, debido al nuevo conocimiento del proceso romano clásico adquirido en el siglo que corre.<sup>88</sup>

6. He descompuesto así el problema, no para trazar el esquema de lo que me queda por decir, pues mucho tiempo me llevaría aún, el hablar de tal esquema, sino para que aparezca, expresada en pocas palabras; toda la complicada dificultad del tema y cómo la multiplicidad de los problemas desaconseja abordarlos conjuntamente. Para que se vea esto con mayor claridad, es útil detenerse en algunos de los momentos históricos, y muy especialmente en la época del resurgimiento del derecho romano, en Italia que es la más importante de todas, porque en ellas se desenvuelve de la manera más intensa y más decisiva para el derecho de las naciones el oscuro y profundo fenómeno del acoplamiento de la costumbre de base germánica, con el producto del genio jurídico romano; a la cual se han consagrado con particular cuidado las investigaciones de los procesalistas alemanes posteriores a Briegleb, convencidos en su mayor parte de que en ella se encuentra la cuna de su derecho nacional. Las afortunadas tentativas de algunos de ellos al investigar precisamente en esta época el origen germánico de las instituciones y los principios del proceso vigente, han condeudado a generalizaciones tal vez apresuradas. Hoy en día se exagera el carácter germánico del proceso común, como en otro tiempo su carácter romano. Según Schmidt, por ejemplo, el procedimiento que fué recibido en Alemania era sustancialmente germánico y errada por completo resulta la denominación, todavía en uso, de "romano-canónico." Las fuentes principales para su conocimiento no serán el derecho romano y el canónico, sino los estatutos y los escritos jurídicos. Al hablar de los estatutos, que por otra parte los alemanes estudian a veces de manera incompleta y confusa, se ha exagerado tanto la acción que ejercieron en sentido germano sobre los escritores, particularmente sobre los prácticos, como su propio carácter germánico. La misma suerte sufrió el procedimiento canónico: en un tiempo se dijo que era servilmente romano; otros dijeron que estaba influido por el derecho romano, aunque le reconocían una actividad productiva autónoma. Pero la tendencia a considerarlo germánico es antigua, como ya se ha visto. Hoy en día, exagerando los resultados obtenidos por Wach respecto a la derivación del procedimiento sumario indeterminado establecido por la *Clementina saepe*, del derecho estatuario, consideran algunos al proceso canónico como una imitación de este último; mientras que otros sostienen que si bien las ideas germánicas influyeron en la formación del derecho canónico, las instituciones germanas no fueron transplantadas de modo inmediato, sino en muy contados casos, entre ellos

el de los sacramentales en el procedimiento matrimonial,<sup>67</sup> y otros recuerdan la lucha del derecho canónico en contra de instituciones del proceso germánico, siempre que las conveniencias políticas lo permitieran, vgr.: la sostenida contra la institución de los escabinos, llamada *minus rationalis, quae canonicis obviat institutis*. (C. 3 X de consuet. I 4), Sin embargo, la actividad doctrinal permanecía alejada de este movimiento a favor del elemento germánico. En vez de germanizar aquí y allá el proceso romano hubiera deseado romanizar el germánico revistiendo de ropaje romano, inmediata o mediatamente (es decir, en la derivación canónica), el uso germánico.<sup>68</sup> No obstante, autorizados escritores y entre ellos también algunos alemanes como Brunner<sup>69</sup> y Schröder<sup>70</sup> consideran todavía como base del proceso común el derecho canónico y el romano, elaborado por la práctica italiana. Las diversas opiniones derivan de invertir la relación entre los distintos elementos.

7. Indudablemente, el proceso longobardo en el siglo XI, tal como existió al entrar en inmediato y general contacto con el derecho romano, era germánico en su estructura y en muchos principios fundamentales. Pero, sin examinar todos los elementos romanos que ya lo habían modificado,<sup>71</sup> la influencia romana era notoria, sobre todo en lo que es propiamente el alma del juicio: la prueba. El principio romano de que el juicio está encaminado a formar la convicción del juez, ya había prevalecido sobre el carácter formal de la prueba germánica; la prueba no sólo era un beneficio, sino que aparecía también como una carga y ya había penetrado la idea de que dicha carga gravitara sobre el actor,<sup>72</sup> y al mismo tiempo se ampliaron los medios de prueba<sup>73</sup> y surgió la contraprueba, y, en lo que hace a la forma, la sentencia definitiva volvió a dictarse, a la manera romana, al fin del pleito.<sup>74</sup> Fue, pues, este proceso romano germánico el que, por la fuerza de inercia de la costumbre, obstruyó la resurrección y la dominación de las normas mediante las cuales el uso canónico y los romanistas, no sin mostrar un espíritu constructivo propio, habían querido componer un conjunto ordenado con los fragmentos dispersos de la legislación sobre el proceso romano.<sup>75</sup> La fuerza de inercia a que se ha aludido, y que obraba paralelamente sobre la legislación canónica y sobre la doctrina romana y canónica, tuvo por efecto principal, frente al dominio general que ejercía la idea del derecho romano sobre los espíritus, el de preparar el ambiente intelectual en que se movían los que se aferraban a las fuentes romanas y posteriormente a las canónicas. Influidos así por el ambiente de su época, carentes, salvo pocas excepciones, de sentido

histórico, los intérpretes incurrieron en una serie de equivocaciones, quizá más profundas que las referentes al derecho sustancial. Pocos ha de tomarse en cuenta la particular dificultad para reconstruir la fisonomía exacta del proceso en otros tiempos. La costumbre germánica puede decirse que no influyó sobre el proceso común, sino es precisamente a través de tales equivocaciones; esto es, influyendo sobre los intérpretes, o bien de manera positiva, llevándolos a buscar en el derecho romano instituciones afines a las vigentes y predisponiéndolos a fáciles equivocaciones en tal investigación, o bien de manera negativa, enturbiando su criterio y limitando la clara comprensión de las verdaderas instituciones romanas. No se quiere con esto restar importancia a las influencias aludidas, ni se pretende atribuir las totalmente al azar; en particular, no se niega que frecuentemente las equivocaciones fuesen instrumentos de necesidades realmente sentidas y que en algunas ocasiones el principio germánico se haya afirmado con toda precisión, sin asumir la forma de las fuentes romanas. No es cosa fácil, estimar en cada caso la mayor o menor destreza en la forzada adaptación de las fuentes y la energía con que reaccionó la costumbre, lo cual sólo puede lograrse mediante el estudio atento de los estatutos y de los autores prácticos.

8. Dando una rápida ojeada al proceso que suele llamarse romano-canónico vemos un juez único según la costumbre romana y con la función del juez romano; pero subsiste la división germánica de la función jurisdiccional. También subsiste, recordando la autoridad de los jurisconsultos romanos, la costumbre, y en algunos casos la obligación, de obtener la opinión de los sabios (de lo cual tal vez son un recuerdo los dictámenes de los jurisconsultos, admitidos aún en nuestra ley en materia de jurisdicción voluntaria); y de la pasividad del juez germánico frente a las partes subsiste la limitación de los poderes del juez, los cuales no alcanzan la amplitud que tenían en el proceso romano imperial, sino que están limitados por el principio, en vías de desarrollo, de la iniciativa de las partes. Romano es el emplazamiento, cuya *insinuatio ad domum* es a la vez romana y germánica; pero los conceptos confusos o erróneos sobre la *editio actionis* y la *in ius vocatio* permiten que se separe del emplazamiento la entrega del libelo y que ésta se haga solemnemente delante del juez, como se hacía en el proceso germánico de la declaración formal de la demanda; aun cuando pronto la práctica se hizo a este respecto cada vez más romana y llegó a hacer una sola cosa del emplazamiento y de la entrega del libelo. También pasó bajo la vestidura romana de la *litia contestatio* el solem-

ne planteamiento de la litis, que es propio del procedimiento germánico,<sup>86</sup> en forma de declaración que expresa el propósito de contender;<sup>87</sup> de manera que los estatutos que suprimían esta formalidad, en lugar de germanizar, romanizaban sin saberlo.<sup>88</sup> Con esta solemne contestación de la litis se relaciona, como sucedió ya en el proceso romano clásico, el proceso en rebeldía;<sup>89</sup> y esto se refiere tanto al procedimiento franco como a las fuentes justinianeas; la doctrina toma como punto de partida la *investitura salva querela* y aclara así la *missio in possessionem*, de la que deriva nuestra oposición contumacial.<sup>90</sup> Las cauciones, caídas ya en desuso tal vez bajo la influencia de la doctrina romana, resurgieron para substituir a las prendas germánicas.<sup>91</sup> La fragmentación característica del proceso germánico favoreció la división del pleito en diversos términos rigurosamente destinados cada uno a determinados puntos de la cuestión y a determinados actos procesales en un orden fijo e inviolable (el llamado principio de la preclusión), y de la formalidad germánica de las conclusiones de las partes, deriva el procedimiento *per positiones*<sup>92</sup> al cual dieron carácter romano las *interrogationis in iure*.<sup>93</sup> Era de esperarse que el juramento, que tan grande importancia tenía en el proceso germánico, la conservara también en el romano-canónico: el *iuramentum calunniae* era romano y por tanto fué admitido con carácter unilateral en el procedimiento longobardo;<sup>94</sup> pero en otros casos el juramento longobardo asumía forma romana, como el juramento de manifestación, que está contenido en el Edicto longobardo y recibe nueva vida, y al mismo tiempo un mayor campo de aplicación, con el apoyo de una constitución de León.<sup>95</sup> Según algunos, el juramento de pobreza tiene un origen mixto: romano y germánico.<sup>96</sup> También debe decirse que tal vez sea de origen germánico la costumbre, conservada en algunas ciudades y que todavía se practica en algunos de nuestros tribunales, de dictar sentencia de condena bajo la condición de prestar un juramento,<sup>97</sup> aun cuando algunos escritores no veían bien este uso. Pero no solamente influyó el sistema probatorio germánico sobre la teoría del juramento y sus aplicaciones: el formalismo de dicho sistema sobrevivió al sistema mismo: y dominados por tal espíritu, los intérpretes aprovecharon las reglas sobre la prueba que se encontraban dispersas en el derecho romano de la última época y quizás influidos por la decadencia de la moral pública construyeron sobre ellas la teoría de la prueba legal.<sup>98</sup> Así, por ejemplo, quizás el recuerdo del número de los sacramentales (que se adaptaba a su función) transformó el simple consejo de Constantino en la regla absoluta: *testis unus testis nullus*.<sup>100</sup>

Por el contrario, en otras ocasiones las ideas germanas ampliaron las romanas. No obstante que, sustancialmente, había arraigado el concepto romano del juicio como una relación limitada a las partes en causa, y consecuentemente, que la eficacia de la sentencia se limitaba a las propias partes, tuvo influencia sobre el procedimiento romano-canónico la contrapuesta manera de entender el juicio y la sentencia por los germanos, para quienes era una actuación y una resolución desarrollada y rendida frente a todos, conocida por todos, y obligatoria para todos los presentes. La necesidad de impugnar la demanda o la sentencia por cualquiera que, teniendo conocimiento de ella consideraba le causaba un perjuicio, pasa fácilmente del derecho feudal a una materia afín e influida por él: la beneficiaria. Fué éste el germen que, según los resultados obtenidos por Weissmann, sirvió para desarrollar la intervención accesoria romana hasta llegar a la intervención principal. El propio germen produce, mediante la elaboración de la doctrina italiana, otra institución en la cual la cosa juzgada romana sufrió una similar extensión: la *appellatio tertii*, que posteriormente pasó al derecho francés (*tierce opposition*); nuestro derecho admite ambas instituciones gemelas. Otro medio de impugnación se desarrolla bajo la influencia de las ideas germánicas. La sentencia nula romana tenía tal carácter aun cuando no fuese impugnada; la nulidad podía hacerse valer en forma de excepción sin término fijo. Por el contrario, en el procedimiento longobardo la sentencia es por sí misma válida. Cualquier motivo para impugnarla debe hacerse valer por un medio que es común para la injusticia y para la nulidad. Este concepto de la validez formal de la sentencia subsiste en el derecho estatutario; pero el estudio del derecho romano y la distinción hecha entre nulidad e iniquidad de la sentencia, hizo que de aquel único medio se desprendiera uno nuevo: la querrela de nulidad, en un principio sin término y después sujeta a uno; habiéndose madurado en los estatutos, sólo ya tarde fué acogida por la doctrina, según parece no antes del siglo XIII, en el cual, como de costumbre, se procuró conciliarla con las fuentes romanas. Todavía en otras instituciones se ha intentado, con mejor o peor fortuna, establecer también el cambio de los principios germánicos con la doctrina romanista; así, por ejemplo, se discute si en la teoría de la ejecución sobre las cosas de un tercero han prevalecido los conceptos germánicos, o romanos; si la acción de declaración se desarrolló a partir de las leyes *Diffamari* y *Si contentat*, o si éstas no fueron aplicadas sino sobre la base del desarrollo de ideas germánicas; así también algunos relacionan con el derecho ger-

mánico la fuerza coactiva del laudo,<sup>110</sup> etc. Pero el campo en el cual se han alcanzado a este respecto resultados más ciertos y convincentes, es en el de los procesos sumarios en sentido estricto. El derecho germánico conocía muchos casos en los cuales el titular de un derecho podía obtener directamente la ejecución, sin pasar por la etapa ordinaria de conocimiento o reduciéndolo a límites muy estrechos. Ya se ha hablado de las investigaciones de Briegleb sobre los instrumentos garantizados. (A) La necesidad de conservar la premura de tales vías ejecutivas, movió a buscar sus sucedáneos en el derecho romano, o a conciliar con éste el uso de aquéllas. Así se conservaron las diversas formas de sumisión convencional a la ejecución privada, volviendo por una parte al principio romano de la equiparación del *confessus in iure* con el *iudicatus* para justificar la simulación de un proceso, en un principio ante el juez y posteriormente ante un notario, con la finalidad de proveer al acreedor de un título ejecutivo sin necesidad de sentencia,<sup>111</sup> y por otra parte fundando el simple *pactum executivum* en la ley 3 C. de *pignor et hypoth.*<sup>112</sup> Este fué el origen del moderno proceso documental alemán y también de nuestro procedimiento cambiario, así como de la fuerza ejecutiva de los contratos en instrumento público. De igual manera el *indiculus commonitorius* franco se convirtió en un *praeceptum executivum* que, amparado en un fragmento romano relativo a la *operis novi nuntiatio*,<sup>113</sup> pasó al proceso moderno convertido en aquel *Mahnverahren* del cual tenemos un eco en el artículo 379 de nuestro Código. Por último, fué de igual manera que la doctrina, con la interpretación de los textos, suministró la base romana a la institución del secuestro, otra derivación de la ejecución privada del derecho germánico.  
114 115

9. Esta reseña, y cualquiera otra más completa y fatigosa que quisiera hacerse en el actual estado de los estudios, mostraría cómo las nuevas investigaciones han acentuado, frente a la opinión antes dominante la importancia del elemento germánico en el proceso común italiano, pero no llegaría a justificar la opinión ya aludida y actualmente muy extendida en Alemania, de que dicho proceso, en substancia, no es otra cosa que el proceso longobardo.<sup>116</sup> Nosotros no consideramos pertinente llamar a dicho procedimiento ni longobardo ni romano-canónico, sino italiano, para dar su parte a cada uno de los elementos que concurren en su formación, y sin prejuzgar sobre sus recíprocas relaciones. Y al decir italiano no queremos expresar romano-germánico, como es frecuente entre los alemanes, sino precisamente indicar con tal palabra

un elemento nuevo y distinto, á la vez que productor y aglutinante, y que merece ser invocado para caracterizar el producto procesal de aquella época, el cual está totalmente impregnado del carácter italiano. Las mismas aberraciones de la interpretación son características: ora cuando sirvieron para la adaptación de las ideas germánicas, las cuales no es creíble que salieran del crisol puras y nítidas sino después de haber sido tan fundidas y transfiguradas que apenas se nota en ellas alguna huella de su antiguo aspecto, quedando listas para aplicaciones que, hasta entonces, no podían sospecharse; ora cuando fueron, verdadera y propiamente, malas interpretaciones ocasionadas no por los usos, sino por la difícil comprensión de las fuentes, pues a veces, por medio de ellas, surgieron nuevas instituciones y teorías nuevas, que aun cuando no subsistieron, aportaron algo a la ciencia. Y también surgieron nuevas instituciones no por errores de los intérpretes, sino como formaciones espontáneas de la práctica italiana, fecundada por los principios romanos, como he tenido oportunidad de demostrar en lo que hace a la notificación de la sentencia. De manera que algunas veces se ha considerado éste período como una etapa natural del desarrollo del derecho procesal romano. En ésta época se renovaron el romanismo y el germanismo. Y si por una parte, por ejemplo, vemos que se menciona sin comprenderla la *procura in rem suam*, y por otra los ritos germánicos desfiguran la *bonorum cessio* romana, son estos obstáculos destinados a ser superados. Pero las ideas fundamentales en el proceso común, tales como la esfera de influencia del proceso, la función y regulación de la prueba, siguieron siendo romanas. Y en torno a éstas eran fundamentales las ideas romanas que invadieron todo el procedimiento, suministrando la materia de la parte substancial y manifestándose aún en las más pequeñas ramificaciones, de la forma; lo cual sería largo de demostrar aquí pormenorizadamente.

10. Volvamos mejor, por un momento, a considerar una edad y un acontecimiento en verdad importantísimos para la historia del contacto del elemento romano y del germánico; aludo a la recepción del derecho italiano en Alemania. No es éste el lugar para decir cuáles fueron las causas que prepararon la recepción teórica y práctica de tal derecho. También aquí como ya se ha indicado existió una absoluta discrepancia para juzgar el fenómeno con relación al derecho alemán anterior a la recepción. Sohmann no vacila en afirmar que la derrota del derecho indígena fué completa en el campo procesal y cuanto existió de germánico en el proceso común deriva de las fuentes italianas. Nietzsche

che y Planck, a quienes ya se citó, Schmidt <sup>123</sup> y otros, pretenden, por el contrario, que el antiguo proceso alemán sobrevivió <sup>124</sup> y únicamente fué modificado por el derecho recibido. Hoy en día se buscan con empeño las huellas de este derecho superviviente <sup>125</sup> y se discute vivamente respecto a aquellas instituciones que, teniendo un común origen germánico, se desarrollaron paralelamente en los derechos italiano y alemán medioevales. Dado que el desarrollo separado condujo a resultados notablemente distintos, se comprende que apasione la investigación de si la institución pasó al proceso común alemán en la forma alemana o en la italiana. También en este punto resulta típico ejemplo la historia de los documentos ejecutivos, de la cual no equivocadamente se ha dicho que aún está por hacerse. <sup>126</sup> La opinión anterior a Briegleb de que el procedimiento ejecutivo deriva inmediatamente del derecho antiguo alemán, abandonada como consecuencia de las investigaciones de dicho autor, recobró posteriormente su prestigio y fué vivamente defendida. <sup>127</sup> Otras instituciones presentan el mismo fenómeno de su desarrollo paralelo: así la remisión de los autos a los jurisconsultos <sup>128</sup> y el principio de la prohibición de modificar la acción, <sup>129</sup> lo mismo que el llamado principio eventual. <sup>130</sup> (B) Sea lo que fuere de esto, lo que sí es cierto es que las críticas a la organización judicial y al derecho procesal anteriores a la recepción, fueron factores principales de tan importante fenómeno. “La recepción, para decirlo con palabras de Sohm, fué un magno voto de censura emitido por la nación alemana contra los jueces y los juicios de la época”. <sup>131</sup> Ni siquiera la organización judicial y otras partes del derecho procesal estrictamente de orden público, y como tales menos sujetas a la influencia extranjera y en las cuales revivió más fácilmente el elemento nacional, <sup>132</sup> se sustrajeron a dicha influencia. Aun cuando se conservó el principio germánico de la colegialidad, bajo la influencia romana se formó el personal judicial, la ordenación de las sucesivas instancias, el fuero especial de las *miserabiles personae*, <sup>133</sup> etc. En cuanto al proceso las formas y principios romanos se extendieron poco a poco de los juicios eclesiásticos y arbitrales a los laicos y comunes. El derecho con el cual se tomaba contacto, ya no era, él mismo, derecho germánico puro. El derecho probatorio romano (que un día conquistó el proceso francés de la real corte, en cuya *inquisitio per testes* aparecía contra-puesto al juramento asertórico germánico el juramento promisorio) <sup>134</sup> probablemente por este camino indirecto había arrojado ya su cálido aliento, aquí y allá, sobre el derecho alemán, que algunos pretenden es sustancialmente francés. <sup>135</sup> Ciertamente, la prueba en el proceso

medieval alemán no siempre es tan puramente germánica como en su modelo sajón (prueba dirigida a la contraparte más que al juez; referente no a las afirmaciones de hechos sino de derecho; unilateral y que corresponde, por regla general, al demandado) y muchas veces se aproxima a la romana, y ello aún en aquellos países que habrían de ofrecer más tenaz resistencia a la recepción. Pues no es uniforme en manera alguna, la historia de la recepción del proceso italiano en Alemania: en algunos lugares comienza al terminar el siglo XIV; en otros, especialmente en el Norte, la romanización se efectúa a mediados del siglo XVI. No intento consagrarme a tal historia, que aun en Alemania no ha sido estudiada sino muy fragmentariamente. Basta para nuestro tema, una observación: si se considera cuan gloriosa revancha del romanismo sobre el germanismo significa el hecho de la recepción, no debe asombrar que la moderna tendencia nacionalista germánica haya tratado de disminuir la importancia del aludido hecho. Tal tendencia se nos manifestó ya en la exageración del carácter germánico del proceso italiano y canónico y en la de la resistencia presentada en Alemania por el derecho indígena. En este caso se manifiesta, por una parte, en el empeño de poner de relieve los defectos del proceso común en cuanto fué plenamente romano-canónico, es decir, en su elaboración por los cameralistas; por otra parte, en el acentuamiento de la importancia de la llamada reacción del derecho y de la escuela sajones, que se conservaron más fieles al derecho medieval alemán. Y no falta quien melancólicamente observa que el procedimiento local contenía elementos suficientes para evolucionar autónomamente. Considero que en la ciencia el patriotismo conduce fácilmente a errores. Ciertamente, el proceso italiano sufrió en la evolución cameralista exageraciones y degeneraciones no vistas en ningún otro país. Así, por ejemplo, un alemán defensor del proceso canónico en contra del protestantismo procesal ha observado que la acusación de ser interminable le merece más bien el procedimiento cameral que el papal lo cual es cierto. Es extraño, pero si en otros lugares degeneró dicho proceso fué sacando las últimas consecuencias de principios que en su remoto origen son germánicos. Y no sabemos si los procesalistas sajones al oponerse a dichas últimas consecuencias, tales como el libelo articulado (que había iniciado el procedimiento por posiciones), así como contra la solemnidad de la *litis contestatio*, el procedimiento contumacial, el juramento de calumnia y al preparar la victoria del principio eremodicial (c); y una diversa función del juramento, laboraron a favor del germanismo, o

inconscientemente en contra de él. Cierzo que pugnaban por el germanismo al elaborar aquella concentración del principio eventual que es la interlocutoria sobre la prueba; pero esta característica germánica estaba destinada a desaparecer en las modernas reformas procesales.

Sobre estos problemas quizás arrojaría luz una confrontación entre la historia de la evolución del proceso común en Alemania y la del procedimiento italiano en Italia a partir del siglo XV; confrontación que es, hoy por hoy, imposible de hacer, pues si la primera historia está aún en formación, la segunda falta por completo. Digo que falta una historia, escrita con criterio y métodos modernos, del período que va desde la formación del proceso romano-canónico a las legislaciones procesales italianas del siglo XVIII, la cual sería, por muchos respectos, sobremanera interesante y que al explicarnos la natural evolución del pensamiento italiano en este campo, también nos suministraría elementos preciosos para el estudio de las relaciones entre el elemento romano y el germánico en el proceso. De una de nuestras leyes, la pragmática napolitana de 1738, hubo de escribir un historiador del proceso civil que "lleva nuestro proceso civil al máximo de simplicidad y a un grado sublime de perfección".<sup>144</sup>

11. Pero mientras se pronunciaba tal juicio sobre una Ley nuestra, tanto Italia como parte de Alemania habían sido invadidas por el proceso francés.

Ya se ha visto, al comenzar este discurso, como fué acogido en Alemania. En Italia se le consideró como "una legislación casi totalmente distinta de la antigua",<sup>145</sup> "extraña por completo a nuestros estudios y a nuestras costumbres".<sup>146</sup> Y así tenía que aparecer a quien consideraba las dos legislaciones más bien en su exterioridad que en sus nexos ocultos.<sup>147</sup> Más notables eran las diferencias entre el proceso francés y el proceso común alemán: pero su relación no era tal que permitiera teñir por completo de germanidad dicha diferencia. Que esto haya sucedido, no diré que de una manera completamente errónea, pero sí en verdad exagerada, es cosa a la cual no fué extraña el espíritu nacionalista de los escritores alemanes y que ayudó, tal vez, a popularizar en Alemania la reforma procesal, sobre base francesa. La base del proceso francés, como la del italiano y como la del alemán, es el proceso romano-canónico o italiano medioeval. La doctrina italiana, que ya era el resultado de la fusión de las ideas romanas y germánicas, entró en Francia en nuevo contacto con el proceso germánico y con paso lento, pero firme, lo suplantó; recorriendo el camino, como es sabido, aún

con mayor lentitud y dificultad en el norte de Francia (*patria juris consuetudinarii*). Ya en el siglo XII el estudio del derecho romano y del canónico produjo obras de tema procesal. Los primeros escritores de derecho francés. (*De Fontaines. Etablissements de Saint-Louis*) están dominados por el derecho romano. Beaumanoir es más moderado y está mejor informado; pero al fin y al cabo su obra está calcada sobre una exposición procesal canónica, probablemente de Tancredi. Entre quienes escribieron sobre el proceso romano-canónico pero y quienes lo hicieron acerca del consuetudinario se encuentran los autores de las "Prácticas", y principalmente, al principio del siglo XIV Petro Jacobo; su *Práctica* es un gran paso para la fusión de ambos procesos. Como los escritores similares en Italia, frecuentemente está influido por el derecho consuetudinario pero en otras ocasiones lo combate por medio del romano. Este siglo XIV es decisivo para romanizar el proceso francés; por todas partes el formalismo germánico se bate en retirada, y los principios romano-germánicos ocupan lugar preponderante. Entre las principales innovaciones se encuentra la introducción de la escritura en el proceso, en seguida, los principios de la competencia; la representación de las partes, el proceso en rebeldía, el sistema de las excepciones, la reconvencción, la teoría de la prueba, (tanto en las ideas fundamentales como en los concretos medios probatorios, y muy especialmente el examen de testigos); el interrogatorio desenvuelto a partir de un procedimiento semejante al de posiciones, el juramento, la forma de la sentencia, la condena en costas, la apelación, la *honorum cessio* y otras numerosas instituciones, se desenvuelven imitando al modelo italiano. La resistencia del derecho germánico es diferente según los países y las instituciones: en el proceso del Parlamento de París, como corte suprema, los dos derechos entraron en contacto, y en ocasiones vivieron uno junto a otro: para la regulación de las apelaciones provenientes de las regiones de derecho escrito y de las de derecho consuetudinario. Pero el proceso del Parlamento, no obstante el marcado contraste entre el derecho escrito y el consuetudinario como en la representación de las partes, en la naturaleza, forma, término e interposición de la apelación; no obstante las remembranzas germánicas en la forma de la citación, en el abuso del juramento y de las penas, en el formulismo (*Gefahr*) y en las reservas relativas; no obstante que su principal redactor (Du Breuil) rehuye las citas de las fuentes romano-canónicas y el apoyarse en ellas, y marque adrede las divergencias a su respecto; no obstante todo ello, decimos, el proceso

del Parlamento de París es sustancialmente romano-canónico: en él faltan las características germánicas: la interlocutoria sobre la prueba,<sup>168</sup> la *litis contestatio*, el sistema contumacial, la caducidad de la instancia, el examen de los testigos, etc., llevan el sello romano;<sup>169</sup> sello que a veces muestra ciertamente la influencia germánica, pero de manera mediata, como en la presentación del libelo, en la audiencia y en el juramento sobre los artículos de prueba.<sup>168</sup> Y éste proceso en el cual se inspira la formación del moderno proceso francés, se aproxima más aún al romano-canónico cuando en el siglo XV, los “estilos” del Parlamento caen en manos de los comentadores;<sup>166</sup> y la misma jurisprudencia del Parlamento, cuanto más docta se hace, más romaniza.<sup>167</sup> Mientras que en otros lugares la legislación veía con timidez las contradicciones de la ciencia y respetaba su lento y progresivo trabajo, en Francia se manifestaba en la legislación un fuerte poder central, que suprimiendo lo superfluo y lo inútil de la doctrina, fué plasmando un proceso de carácter más nacional, aun cuando a decir verdad, paralizó su evolución. De esta manera, las ordenanzas reales, desarrollando el proceso del Parlamento y generalizándolo, funden indistintamente los residuos de las formas germánicas por una parte, y formas degeneradas romano-canónicas por la otra,<sup>168</sup> e introducen formas nuevas, creando el proceso francés relativamente autónomo, que despreció en el siglo XVI la gran escuela jurídica de Francia como cosa bárbara;<sup>169</sup> pero respecto al cual la doctrina práctica prodiga la autoridad de las fuentes romanas y canónicas (Damhouder, Imbert, Rebuffe), y cuyo aparato doctrinario influye hasta en la ordenanza de 1667.<sup>170</sup> Así el moderno procedimiento francés, que ha cambiado poco desde el siglo XVII a la fecha, conserva muchos elementos germánicos, algunos comunes a la doctrina procesal italiana y algunos otros propios, pues fueron cultivados en tierra francesa, tales como la garantía y la oposición de tercero, de las cuales ya se habló, etc.<sup>171</sup> Que en él se hayan conservado la conformación fundamental del procedimiento germánico es afirmación todavía recientemente reiterada;<sup>172</sup> pero de la cual aún no se ha dado una demostración un poco más seria que la de Maurer. Algunos consideran como germánica la autonomía de los funcionarios judiciales que ha sido reimplantada tanto en Italia como en Alemania, aun cuando con prudentes limitaciones, sobre todo en Alemania.<sup>173</sup> Pero parece difícil que a este respecto puedan relacionarse el moderno proceso francés y el germánico, si se considera que en el proceso medioeval francés (incluso en el proceso del Parlamento), el juez tenía la misma ingerencia que la que se le concedía

en el proceso italiano, en actos hoy en día encargados a los ujieres.<sup>174</sup>  
¿Habríamos de encontrar también en Francia reacciones germanistas?  
¿El artículo 10 del Título segundo de la Ordenanza de 1667 sería una  
de ellas? Más probable es que éste retorno a lo antiguo fuese incons-  
ciente, y causado tan sólo por la tendencia simplificadoria de la Ordenan-  
za, si es que no fué debido a una mala inteligencia de las fuentes roma-  
nas.<sup>175</sup> Es más fácil considerar como huella germánica la colegialidad de  
los magistrados, lo cual no puede decirse tan fácilmente de otras dos ca-  
racterísticas del proceso francés, que por importantes que sean, de ningun-  
a manera pueden considerarse la totalidad del proceso: oral y público,  
no por ello era germánico. Oralidad y publicidad son principios en nom-  
bre de los cuales el fanatismo reformador llegó a Alemania a la exagera-  
ción durante el siglo pasado: pues estos dos principios no son privativos  
del antiguo proceso germánico, como no lo son del proceso romano ni  
de otros. Público, en el más amplio sentido de la palabra, fué el proceso  
romano, hasta que la legislación del Imperio comenzó a limitar la publi-  
cidad excluyendo de las Salas de Audiencias a los extraños;<sup>176</sup> pero seme-  
jantes y aún mayores limitaciones tuvo también la publicidad en el  
proceso francés, precisamente en el Parlamento de París.<sup>177</sup> Oral fué  
el proceso romano, y lo siguió siendo aun cuando se redactaran por es-  
crito la demanda y la contestación, así como la sentencia,<sup>178</sup> pues siempre  
mantuvo el contacto directo entre las partes y el Juez.<sup>179</sup> No ofrecía  
un modelo distinto el primitivo proceso canónico, pues fué oral y público  
hasta que la redacción por escrito de los actos del Tribunal se hizo ex-  
tensiva a las partes y sus escritos sustituyeron lentamente la compare-  
cencia personal. Tampoco el proceso francés fué por cierto completa-  
mente escrito, y puede considerarse como probada la conexión entre el  
moderno proceso francés y el medioeval anterior a la reforma de Luis IX,  
en lo que respecta a la oralidad.<sup>180</sup> También en este proceso la escritura  
dió lugar a toda clase de abusos,<sup>181</sup> pero la corriente favorable a la ora-  
lidad terminó triunfando en el momento de la reforma,<sup>182</sup> y triunfa toda-  
vía en la práctica, pues aun cuando el Código de Procedimientos, último  
resultado de la lucha, conserva junto a la normal instrucción escrita pre-  
paratoria,<sup>183</sup> una instrucción escrita excepcional; ésta ha sido desde  
hace tiempo abandonada de hecho.<sup>184</sup> De manera que si la oralidad no  
es precisamente peculiar al proceso germánico, en cuanto tampoco el  
proceso romano era escrito, en el verdadero sentido de la palabra, en este  
caso no estamos en presencia de una lucha entre un principio romano  
y un germánico, ni puede una lucha entre un principio hablarse del pre-

dominio de éste sobre aquél, y en cuanto ocasionado o al menos favorecido por el contacto con el proceso francés, el retorno a la oralidad del moderno proceso alemán puede muy bien concebirse como un retorno al proceso romano.<sup>186</sup> La oralidad pura no puede hoy en día seducir a nadie; tiene en su historia páginas tan tristes como el extremo contrario.<sup>187</sup> Hoy se está de acuerdo en buscar la virtud en el término medio<sup>188</sup> y la cuestión planteada y aun no resuelta es entre los diversos sistemas mixtos y de mera oportunidad. De tales sistemas mixtos existían en Italia, antes del conocimiento del sistema francés, en cuanto era muy diversos de éste, los siguientes: el de Venecia,<sup>189</sup> el de Piemonte,<sup>190</sup> el de Roma,<sup>191</sup> y el de Nápoles,<sup>192</sup> los cuales, ora con el sistema de debates, ora con el de informes, admitieron en diversa medida la oralidad de los juicios.<sup>193</sup>

Mas clara contradicción entre los principios romanos y los germánicos presenta, en la conferencia hannoveriana, la cuestión del procedimiento probatorio. Al proceso francés era extraño, como se ha visto, la institución de la interlocutoria sobre la prueba con fuerza obligatoria para el juez, y también la separación de la etapa de las afirmaciones de la de las pruebas, y por el contrario, le era propia la conformación más libre del proceso justiniano y del italiano. En la conferencia y en el proyecto de Hannover prevalecieron los principios romanos, vanamente combatidos por Leonhart.

12. La confrontación entre el proceso francés y el proceso común alemán, llevó a formular los más diversos juicios sobre ellos. Así, mientras la reforma procesal germánica se dirigía anhelante hacia Francia, un historiador alemán del procedimiento francés le auguraba días mejores, precisamente por su contacto con el proceso alemán que aspiraba a la reforma.<sup>195</sup> En dicha confrontación y en tales juicios no queremos ocuparnos ahora.<sup>196</sup> Pero la contradicción y disparidad de las opiniones que hemos encontrado en nuestro rápido recorrido a través de nuestro tema no nos parecen extrañas. Concurren tantos factores en la formación del derecho de los pueblos y a dirigirlo, a fines diversos, partiendo de principios comunes, que el juicio sobre el resultado de conjunto con mucha facilidad resulta unilateral. La verdad es que los contactos entre los diversos derechos son sobre manera fecundos. El proceso francés y el alemán, al ponerse en contacto durante el siglo pasado, colocaron uno frente a otro dos productos muy diversos de la fusión del proceso romano y del germánico y determinaron una nueva combinación de esos dos elementos. Un juicio sobre este último producto debe

pronunciarse con mucha cautela y sin apasionamiento, pero quizá el estado actual de los estudios no permita pronunciarlo de un modo cabal.

En cuanto a mí respecta me he conformado con poner de manifiesto, hojeando la historia, algunos puntos, no tanto de antagonismo, como de coordinación, de los dos elementos opuestos. Si no considerara más prudente abstenerme, por ahora, de afirmaciones generales, me atrevería a decir que también en el derecho moderno ha seguido prevaleciendo el elemento romano. Pues ciertamente las características más salientes del proceso germánico y sus derivados, el concepto de juicio, la prueba formal y, por ende, la legal, la exageración del juramento, las censuras en el procedimiento, el principio de preclusión y el eventual (salvo pocas aplicaciones subsistentes), etc., han desaparecido; y por el contrario, son romanas las ideas fundamentales sobre la relación procesal y sobre la prueba, cuando menos. De este modo somos mucho más romanos en nuestro proceso de lo que lo fueron nuestros padres, pues en muchas instituciones la legislación y la ciencia nos han vuelto a llevar al derecho romano puro. Así, como he de demostrar en otro lugar, hemos purificado de los errores medioevales la teoría de las costas judiciales, antes he mencionado otras teorías procesales correctas y han sido rechazadas, justamente, instituciones nacidas de malas interpretaciones del derecho romano, como la caducidad, que no acogió el legislador germánico, precisamente por su pecado de origen. Pero no obstante esto, corresponde un amplio lugar a los elementos germánicos: algunas clasificaciones de las acciones (mobiliarias, inmobiliarias), la organización judicial, la teoría de la competencia territorial, los medios de impugnación de la sentencia, la ejecución, etc., presentan notorias huellas del dicho elemento, al cual no resulta aminorado nuestro propio lenguaje forense. En cuanto a nuestro Código procesal he dicho muchas veces que en conjunto no es más romano o menos germánico que el actual proceso alemán, lo cual se comprende pensando en sus orígenes, comunes de manera mediata o inmediata, y en la influencia ejercida sobre ambos por el proceso francés; pero el diverso grado de esta última, y el menor contacto que hemos mantenido con el proceso común, así como la influencia de algunas ideas germánicas en tierra alemana, explican algunas de las peculiaridades de los dos diversos productos. Hemos acogido elementos germánicos rechazados en Alemania, como la garantía procesal, que no conocí la ley alemana, aun cuando haya acogido la *litis denunciatio* y la *laudatio auctoris*; por el

contrario, hemos rechazado instituciones romanas que han sido acogidas en Alemania, como el privilegio del ejecutante.<sup>203</sup> El estudio detallado y racional de estas divergencias podía resultar de no poca utilidad.<sup>204</sup>

Tal ha sido el amplio campo de investigaciones que hemos atravesado velozmente, sin pretender haber obtenido ya una cosecha de resultados nuevos. Para recorrerlo por completo, para recoger frutos maduros, se requiere no el breve lapso de una hora, no la síntesis apretada, sino la investigación monográfica larga, perseverante, minuciosa y profunda, mediante la cual espero que vuelva a florecer en Italia aquella ciencia procesal que figura entre las glorias italianas.

*Giuseppe CHIOVENDA*

(A) Hubiera reputado italianismo esta palabra, si el licenciado don Alberto Vázquez del Mercado (que tan valiosa ayuda me ha prestado en éste y otros trabajos), no me hubiese dado a conocer su castiza estirpe y su arraigo en la práctica notarial hasta hace pocos decenios. Así, en la **Curia Filípica Mexicana**, (Segunda parte, § 9) citando a Gómez Negro, se dice que “la cláusula que llaman guarentigia, es por la que los otorgantes dan facultad a los jueces para que los apremien al cumplimiento de la escritura, como por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, sin que sea necesario reconocimiento como en el vale simple”. En idéntico sentido la define el **Novísimo Sala Mexicano**, Libro Cuarto, Título XII, núm. 6. El conocido **Diccionario de Legislación y Jurisprudencia**, de don Joaquín Escriche, define la palabra **guarentigio** diciendo “Adjetivo que se aplica al contrato, escritura o cláusula de ella en que se da poder a las justicias para que la hagan cumplir, y ejecuten al obligado como por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada”.

Escriche da como antecedente etimológico el verbo de la baja latinidad **guarentare** o **guarentisare**, (garantizar o asegurar); mientras que el Sala, invocando a Gómez Negro, que a su vez cita a Dufresne, hace venir la palabra **guarentigio**, del alemán **WARENS**, firmeza o seguridad.

Cervantes, en **El celoso extremeño**, según me indicó el licenciado Vázquez del Mercado, usa el vocable que da lugar a esta nota: cuando la dueña Marialonso pide juramento al enamorado Loaysa de no hacer más de lo que ella y su ama le pidieran, como condición para franquearle el paso a la casa del celoso Carrizales, el galán replica: “... quisiera yo que se fiara algo de mi palabra, porque dada de tal persona como soy, era lo mismo que hacer una obligación **guarentigia**”. N. del T.

(B) El principio eventual o de la eventualidad es aquel en virtud del cual las partes están obligadas a proponer en cada una de las etapas del proceso, todos los medios de ataque o de defensa de que dispongan, aun cuando de momento no sean todos necesarios y para el **evento** de que lleguen a serlo

en una etapa posterior del proceso, en la cual no podrían hacerse valer, si no se hubieran propuesto oportunamente. Manual de la Plaza Derecha, *Procesal Civil Español*, Tomo I, Libro III, Cap. I, Sección III, b) Robert Wyness Millar, § 5 de los Prolegómena a la versión inglesa de la obra de Arthur Hagelmann: *A History of continental civil procedure*. Millar considera al principio de eventualidad como una exageración del de preclusión, y considera que puede, con mayor propiedad, llamárselo principio de la acumulación contingente o del ataque y la defensa en masa. N. del T.

(C) De eremodicism, que a su vez viene del griego *ἐρημος δίκη* (dis deserta); forma de proceso a que había lugar, bajo el procedimiento formulario, cuando no comparecía el demandado y si el actor, caso en el cual para que éste obtuviera sentencia favorable era preciso que probase los hechos invocados como fundamento de su acción; por el contrario, cuando la falta de comparecencia era del actor y no del demandado, tal circunstancia era bastante para que se dictase sentencia a favor de éste. En el procedimiento de la legis actio, la falta de comparecencia de cualquiera de las partes tenía como consecuencia que se dictara sentencia a favor de la que había comparecido (Vd. Arthur Hagelmann, *op. cit.*, § 108). Resulta así que el principio eremodicial, que había sido acogido por nuestro Código de Procedimientos Civiles de 1804, fué abandonado en el vigente ordenamiento. N. del T.

## NOTAS

Este escrito ha sido traducido por el profesor Millar y se ha insertado como apéndice a su "History of Continental civil procedure", *Reisen*, 1927. En escritos posteriores a éste, he tenido ocasión de volver sobre el problema que en él se plantea, determinando mejor algunos de sus aspectos. Vd. en esta colección los ensayos sobre "cosa iudicata" y sobre "Oralit e la prova". He vuelto también sobre el tema en otro estudio que aún no ha sido publicado.

1 Sobre esta escuela, sus defectos y sus méritos, vd. Wetzell, "System" (2ª edición) 3, número 24; Wach, "Handbuch", páginas 175, 176; Planck, "Ueber die historische Methode auf dem Gebiet des deutschen Civilprozessrechts", München, 1889, página 8.

2 Harscher vd. Almsudigen, "Ueber den materialien und oder realien Gemeine der Gäubiger", Gießen, 1697, pág. 68.

3 Sobre todo Martín, "Lehrbuch des teutschen gemeinen Bürgerlichen Prozesses", Göttingen, 1880. Sobre la edición de este libro y las otras derivadas de él, así como sobre los otros adeptos de esta tendencia, vd. Wetzell, *loc. cit.* número 25.

4 Planck, "Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozess recht", Gött., 1844, página 263.

5 Planck, "Ueber die historische Methode", *cit.* página 3; Maurer, "Geschichte des altgermanischen und namentlich altbairischen Öffentlich-mündlichen Gerichtsverfahrens", Heidelberg, 1824, prefacio.

6 Vd. la obra citada en la nota anterior. Otras tres estimables historias salieron de aquel congreso: **Buchner**, "Das öffentliche Gerichtsverfahren nach altdeutscher vorzüglich altbairischer Rechtsflehe, Erlangen", 1825; Vd. **Freyberg**, "Ueber das altdeutsche öffentliche Gerichtsverfahren", Landshut, 1824; **Steiner**, "Ueber das altdeutsche und insbesondere altbairische Gerichtswesen", Aschaffenburg, 1824. Mientras tanto **Bogge** había publicado "Ueber das Gerichtswesen der Germanen", Halle, 1820. Sobre los precedentes antiguos de la historia del proceso germánico, **Planck** "Historische Methode", página 6 y siguientes.

7 **Maurer**, ob. cit., págs. 308-320.

8 **Maurer**, ob. cit., pág. 360.

9 Lo mismo sucede con el término de quince días, todavía muy frecuente entre nosotros: cfr. **Tardif**, "La procédure civile et criminelle aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles", París, 1885, págs. 48-49.

Sobre estos términos vd. **Brunner**, "Deutsche Rechtsgeschichte", Leipzig, 1887, 1892, II, páginas 217 y siguientes, 335.

10 **Planck**, "Historische Methode", etc., página 4.

11 Vd. al respecto entre nosotros el bello discurso de **Pampaloni**, "II futuro codice civile germanico e il diritto romano", Siena, 1888. Para la disputa entre los romanistas y germanistas Vd. **Modderman**, "Die Reception des römischen Rechts" (traducción de Schultze), Iena, 1875, páginas 105 y siguientes; **Stobbe**, "Geschichte der deutschen Rechtsquellen", Braunschweig, 1860, 1864, II, página 439 y siguientes; **Gierke**, "Deutsches Privatrecht", Leipzig, 1895, I, página 24. Muchas de tales disputas resultan hoy anticuadas; pero surgen muchas veces de un punto de vista muy diverso del que adoptamos en el presente estudio.

12 "Grunriss zu Verlesungen über den gemeinen Civilprocess", Berlín, 1821.

13 Institutionen des römischen und teutschen Civilprocesses, Bonn, 1825, refundido completamente en la segunda edición con el Título de: "System des röm. und deutschen Prozessrechts", Bonn, 1843.

14 "Vorträge über den deutschen gemeinen ordentlichen Civilprozess", München, 1828, (10ª edición, 1869).

15 **Planck**, "Historische Methode", pág. 11.

16 "Ueber Litis Contestation und Urtheil", Zürich, 1827.

17 En el volumen tercero de la "Geschichte des Römischen Privatrechts", Heidelberg, 1829.

18 En **Planck**, "Historische Methode", pág. 15.

19 "Dicam ingenue, licet fremant omne, dicam tamen, Illum tam celebrem iuris canonici processum, quantum a romano deviat, mihi omnino germanicum videri", **Hömmel**. "De iure canonico ex german, legib, et feudal, explicando", Lips., 1755 en Múchel, "Das Vefahren bis zur Litiscontestation im ordentl, canon. Civilprozess", Leipzig, 1870, pág. 3.

20 Tal programa, **Nietzsche** no pudo realizarlo en ningún ensayo completo. Su eruditísimo estudio "Commentario iuris germanici de prolocutoribus", Lipsiae, 1831, llegó hasta la recepción, sin que hubiera podido proseguirlo como había prometido (pág. 88.)

21. "Gerichtsverfassung und Prozess des sinkenden Römischen Reichs", Bonn, 1884; pág. XII.
22. "Deutsche Rechtsalterthümer", Göttingen, 1828.
23. "Geschichte des Executiv-Proces", Stuttgart, 1839. (2ª edición, 1845.)
24. Ob. cit., págs. 8-32 de la 2ª edición.
25. Cfr. también de la otra obra de Briegleb, "Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse", Leipzig, 1859, pág. 512 y siguientes.
26. "Executiv-Prozess", pág. 16.
27. Göttingen, 1844.
28. Mehrheit, pág. 264.
29. Bethmann-Hollweg, "Handbuch" cit. pág. VIII. En este segundo campo no pueden olvidarse los "Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses", del mismo Bethmann-Hollweg, Berlín y Stettin, 1827.
30. "Ueber das Recht Beweisführung nach dem älteren deutschen, bes. sächsischen Verfahren" en "Zeitschrift für deutsches Recht", 1846; "Die Lehre von dem Beweisurtheil", Göttingen, 1848.
31. 1ª edición, Leipzig, 1854.
32. Los tres primeros volúmenes de la "Storia del processo comune", Bonn, 1864-1866.
33. "Die Erholung und Wandelung im gerichtlichen Verfahren", Wien, 1863; "Die Gefahr von Gericht und im Rechtsgang", Wien, 1866; y ya antes: "Geschichte des Deutschen Gerichtsverfahrens", Giessen, 1857.
34. "Der Prozess der Lex Salica", Weimar, 1867; y más tarde "Die Altdeutsche Rechts- und Gerichtsverfassung", Weimar, 1871.
35. "Das deutsche Pfandrecht", Marburg, 1867.
36. El cuarto volumen de la citada historia, Bonn, 1868.
37. "Zeugen- und Inquisitionsbeweis im deutschen Gerichtsverfahren karolingischer Zeit" (Sitzungsber. der Wien. Ak.) Wien, 1866; "Wort- und Form im altfranzösischen Prozess", (ibi), Wien, 1868; y más tarde: "Die Entstehung der Schwurgerichte", Berlín. Los primeramente citados, vueltos a publicar en: "Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechts" Stuttgart, 1894.
38. "Die vermögensrechtlichen Klagen nach den Sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters", Königsberg, 1869.
39. "Der italienische Arrestprozess", Leipzig, 1868. Contemporáneamente: "Der Manifestationseid in Italien" en "Zeitschrift für RG", VII, 1868.
40. El primer volumen de la "Forschungen zur Rechts- und Rechtsgeschichte Italien", Innsbruck, 1868-1874.
41. "Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland", Leipzig, 1867, especialmente pág. 197 y siguientes y la introducción.
42. "Geschichte der Deutschen Rechtsquellen", Leipzig, 1860, 1864, particularmente, I, pág. 609 y siguientes; II, página 83 y siguientes. En el mismo periodo: Franklin, "Beiträge zur Geschichte der Reception des röm. Rechts

in Deutschland”, Hannover, 1863; **Schmidt**, “Die Reception des röm. Rechts in Deutschland”, Rostock, 1868.

43 Giessen, 1868.

44 Algunas se citan a continuación. Abundante información bibliográfica se encuentra en **Wach**, “Handbuch des Deutschen” CPR, Leipzig, 1898; “Schmöt, Sehbuch des Deutschen” CPR, Leipzig, 1898; **Brunner**, “Deutsche” RG, cit. Véase también para la parte histórica la cuidadosa reseña anual de **Kleinfeller**, en la “Zeitschrift für Deutschen Civilprozess”, de 1888 a 1901, continuada a partir de dicha fecha por **Mendelsonn Bartholdy**.

45 **Salvioli** (3ª edición), Turín, 1899, pág. 577.

46 **Schmidt**, “Lehrbuch” cit., pág. 30.

47 “Das Deutsche Gerichtsverfahren”, Braunschweig, 1878-79.

48 “Ueber historisch Methode”, etc., cit. en la nota 1. También en el “Lehrbuch” (1887-1896) se muestra varias veces la posición de **Planck** respecto a éste problema.

49 “Historische Methode”, pág. 19. Este camino había sido seguido por el mismo **Planck** en el “Lehrbuch” I, pág. 1 y siguientes y antes en “Lehre von dem Beweisurtheil” cit., pág. 1 y siguientes. En contra: **Sohm**, “Fränkisches Recht und römisches Recht”, en “Zeitschrift der Sav. Stiftung” I (German. Abth), pág. 81.

50 **Planck**, “Lehrbuch”, I, pág. 499; **Schmidt**, “Lehrbuch”, pág. 87; **Wach**, “Handbuch”, pág. 170.

51 **Kohler**, “Prozess als Rechtsverhältniss”, Mannheim, 1888; pág. 5; **Sohm**, “Fränkisches Recht und römisches Recht”, cit., pág. 84.

52 **Schmidt**, “Lehrbuch”, págs. 30 y 87.

53 **Bar**, “Civilprozess” (Holtzendorff’s, Enc. 5ª edición), pág. 784 y siguientes. Con relación al proyecto hanoveriano; **Wieding**, “Der justinianeische Libellprozess”, Viena, 1865, pág. 739 y siguientes.

54 **Schultze**, “Privatrecht und Prozess”, Friburgo, 1883; pág. 2 y siguientes; **Honschius**, “Geschichte und Quellen des Kanonischen Rechts” (Holtzendorff’s Enc.) pág. 210; **Sohm**. loc. cit., pág. 84.

55 **Kohler**, “Gesammelte Beiträge zum Civilprozess”, Berlín, 1894, pág. 467, 584; “Dies grosse Reform unseres Prozesses war im wesentlichen ein Bruch mit dem germanischen Recht und eine Rückkehr zu Principien, welche bereits der römisch-kanonische Prozess statuiert hatte”. Por lo demás, este escritor no niega ya la presencia de abundantes elementos germánicos en el procedimiento reformado; y así, en su reciente trabajo “Civilprozess-und Konkursrecht” (al rehacerse la Enciclopedia de Holtzendorff, volumen II, págs. 47-205, 1903), considera acertadamente la relación entre romanismo y germanismo con criterio sistemático y divide su escrito en tres partes: A). Proceso romano-canónico moderno; B). Predominio del derecho germánico en la ejecución y en el concurso; C). Instituciones netamente germánicas (Procedimiento ejecutivo, sumario, etc.)

56 **Wach**, “Handbuch”, pág. 135; **Schmidt**, “Lehrbuch”, pág. 30.

57 **Weismann**, "Die Entwicklung der Principalinterrogation in Italien", en "Zeitschrift der Savigny-Stiftung", I, Bd. (German Abth.), pág. 319, Núm. 64.

58 **Schultze**, "Privatzcht und Prozess", pág. 7 y siguientes. Vd. también **Pampaloni**, "Il futuro cod. civ. germanico e il diritto romano", cit., pág. 31; **Gierke**, "Deutsches Privatrecht", cit., pág. 24.

59 Para el estudio de la romanización más o menos intensa del procedimiento germánico en las diversas legislaciones bárbaras, consúltese: **Bethmann-Hollweg**, "Civilprozess", IV, que sigue siendo hasta ahora el libro más completo a este respecto. Entre los más recientes, Cfr. **Halban**, "Das römische Recht in den germanischen Volksstaaten", Breslau, 1899, vol. I, págs. 145, 236, 297 y siguientes; II, pág. 171 y siguientes. Es fundamental para el estudio del derecho franco y con numerosas referencias a los derechos afines, **Brunner**, "Deutsche Rechtsgeschichte", II, págs. 327-536. Puede hablarse con exactitud de una primera recepción del derecho romano acaecida al invadir los germanos el territorio romano; **Gierke**, "Deutsches Privatrecht", cit., pág. 8. Cfr. también **Böcker**, "Grundgedanken und Bedeutung des römischen und germanischen Rechts", Leipzig, 1855, pág. 30.

60 "Lehrbuch", págs. 30, 60. **Pianck**, por el contrario, admite como predominando siempre en el procedimiento italiano el elemento romano: "Beweisurtheil", cit., pág. 122.

61 La mayor parte se ha limitado a la biografía de **Weck**, "Arrestprozess", pág. 225 y siguientes; e ignora la bibliografía italiana: **Wittich**, "System", pág. 15; **Schmidt**, "Lehrbuch" pág. 60. La falta de un elemento fuente es notoria en **Bethmann-Hollweg**, que por otra parte, en su obra principal, que quedó interrumpida por la muerte, había acentuado la tendencia germanística: I, pág. VIII; VI, pág. 268 y siguientes. En otros campos se han utilizado muchos materiales, por ejemplo **Köhler**, "Das Strafrecht der Italienischen Statuten vom 12-16 Jahrhundert", Mannheim, 1897, cfr., págs. 171, 315, 739.

62 **Heffter**, "System", pág. 410.

63 **Müchel**, "Das Verfahren bis zur Litiscontestacion im ordentl. can. civ. Pr." cit., pág. 3.

64 Véase **Hommel**, citado en el número 19. Véase también **Reuchart**, "Zur Lehre von den Wirkungen des Prozess auf das materielle Recht", Heidelberg, 1848, pág. 22. Más generalmente **Gierke**, "Deutsches Privatrecht" cit., pág. 15.

65 "Arrestprozess", pág. 177 y siguientes.

66 **Schmidt**, "Lehrbuch", pág. 60.

67 **Hinschius**, "Geschichte und Quellen des Canon. Rechts" (Holtzendorff's Enc., pág. 204). Tampoco **Müchel**, ya citado, encuentra que el derecho germánico haya ejercido una influencia decisiva sobre el procedimiento canónico, sino es en la teoría del juramento.

Al sufrir la influencia del derecho germánico en lo que hace al empleo del juramento, el derecho canónico sacrificaba el precepto evangélico (Matth., V. 33-37); Cfr. **Bessein**, "Histoire de la procédure criminelle en France", Paris, 1882, pág. 68. De una novela de la Emperatriz Irene dictada entre los años 797 y 802 (**Zacharias von Lingetha**, Nov. Constit., Col. I, Núm. XXVII), resulta

que en el evangelio citado se funda una argumentación para oponerse al uso del juramento en los juicios; dicha novela estuvo en vigor aun entre la población griega de Italia medioeval ("Prochiron Legum", edición Brandileone, pág. 152) y sobre ella me llamó la atención mi esclarecido colega el profesor Brandileone (muerto ya hace tiempo).

Sobre los sacramentales en el proceso matrimonial y su carácter germánico vd. **Scherer**, "Handbuch des Kirchenrechts", Graz y Leipzig, 1898, II, 282, Núms. 83, 558, Núm. 53; **Friedberg**, "Lehrbuch des K. R.", 4ª edición, Leipzig, 1896, pág. 433; Núm. 5; y especialmente **Freison**, "Geschichte des Kan. Eherechts", 2ª edición, Paderborn, 1893, pág. 338 y siguientes; **Esmein**, "Le mariage en droit canonique", París, 1891, I, pág. 251 y siguientes; II, 279, 285.

68 **Schmidt**, "Lehrbuch", págs. 59, 60.

69 "Quellen und Geschichte des Deutschen Rechts" (Holtzendorff's Enc., pág. 301), que sin embargo, fué notablemente modificado al editarse por separado dicho trabajo, "Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte", Leipzig, 1901, pág. 267 y siguientes.

70 "Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte", 3ª edición. Leipzig, 1898, pág. 772. Véase también **Hinschius**, loc. cit., pág. 209. **Engelmann**, "Civilprozess", II Bd. III hf., Breslau, 1895, pág. 42, quien niega que al procedimiento territorial italiano haya pasado del derecho germánico otra cosa que el germen del procedimiento de arresto y del ejecutivo.

71 Para este periodo véase el 5º tomo de **Bethmann-Hollweg**, "passim" y el tomo 1º, "Forschungen", de **Ficker**, pág. 11 y siguientes, así como el conceptuoso resumen de **Schmidt**, "Lehrbuch", págs. 55-58 y las monografías que se citan a continuación. Véase también **Zimmermann**, "Der Glaubenseid", Marburg y Leipzig, 1863, pág. 79 y siguientes.

72 **Zorn**, "Das Beweisverfahren nach Longobardischen Rechte", Munich, 1872, pág. 68. **Planck**, "Beweisurtheil" cit., pág. 137 y siguientes.

73 **Halban**, "Röm. Recht in den germ. Volksstaaten" cit., II, pág. 174; **Zimmermann**, "Glaubenseid" cit., pág. 121 y siguientes, 139 y siguientes.

74 Este último lo niegan algunos: **Bethmann-Hollweg**, "Civilprozess", V, pág. 340. Véase en contra: **Brunner**, "Deutsche Rechtsgeschichte", II, pág. 364. **Halban**, "Röm. Recht in den germ. Volksstaaten" cit., II, pág. 175, el cual, aún admitiendo la evolución de la sentencia, niega que se haya copiado el modelo romano.

75 La huella de esta construcción sistemática se encuentra por primera vez en el libro IV del Brachilogo. **Wieding**, "Der Justinianische Libellprozess", pág. 712 y siguientes, considera esta obra precisamente como el puente entre el procedimiento romano y el italiano y que en ella y en sus errores se funda el procedimiento común, que no es sino el procedimiento romano corrompido. **Wieding** descuida, sin embargo, examinar la parte que corresponde en tales errores al derecho lombardo, cuya influencia es manifiesta en la parte procesal del Brachilogo, aun para aquellos que niegan el origen italiano de este escrito. Véase, por último, a **Halban**, "Röm. Recht" cit., II, pág. 346.

76 Véase también Endemann, "Die Beweislehre des Civilprozess", Heidelberg, 1860, pág. 19. Bethmann-Hollweg, "Grundriß", cit., pág. IX.

77 Véase Ohloveda, "Le forme nella difesa giudiziale del diritto", en "(Riv. it. per le scienze giuridiche)", 1901. Reproducida posteriormente en este volumen.

78 Brieleb, "Executiv-Prozess", pág. 14; Wach, "Der Manifestationseid in Italien", in (Zeitschrift für Rechtsgeschichte), VII, págs. 442; Planck, "Mehrheit", pág. 260; Bülow, "Prozesseinreden", pág. 297; Suedl. "Das Mahnverfahren", Leipzig, 1891, pág. 15; Zimmermann, "Glaubenseid" cit., pág. 79; Planck; "Beweis sursurtheil" cit., págs. 127, 139.

79 Lattes, "Diritto consuetud. delle citt. lombarde", Milán, 1899, pág. 84; Petile, "Storia della procedura", 2ª edición, I, pág. 215 y siguientes.

80 Pertile, cit., II, pág. 209 y siguientes; Wach, "Handbuch", pág. 10, Núm. 11; "Arrestprozess", pág. 193; Wetzell, "System", pág. 536. Sobre las relaciones de la "Aktenversendung" y la "responsa prudentium", cfr. Sartorius, "Revision der Lehre von der Aktenversendung", en "Zeitschrift für Civilrecht und Prozess", XIV (1850), pág. 225 y siguientes.

81 Art. 861, 889.

82 Schmidt, "Lehrbuch", pág. 62; Pertile, "St. della proc." cit., II, pág. 76; Bülow, "Prozesseinreden", pág. 302; ver también Wieding, "Justinianischer Libellprozess", pág. 706 y siguientes.

83 Maurer, "Geschichte des altgerm. Gerichtsverfahren", pág. 45, 206; Wetzell, "System", pág. 908; Múchel, "Verfahren bis zur Litiscontestation" cit., pág. 51; Brunner, "Deutsche Rechtsgeschichte", II, 322. La historia de las proclamas públicas presenta el desarrollo de una institución germánica sobre base romana y bajo la influencia de las condiciones de la época: Wetzell, "System", pág. 99 y siguientes, 909 y siguientes; Gierke, "Deutsches Privatrecht" cit., pág. 332 y siguientes y ahora Kohler, "Civilprozessrecht" cit., pág. 204. Es germánica la concesión pública de un término a personas desconocidas e indeterminadas, a efecto de que ejerciten sus derechos eventuales, o de oposición a los derechos de otros. La iglesia utilizó esta institución en las publicaciones matrimoniales; la doctrina le busca apoyo en las fuentes (especialmente II, 6 y 8 C. de "remiss. ping" 8, 25). Este es el origen común de las diversas aplicaciones de las proclamas públicas como punto de partida de un término para el ejercicio de posibles pretensiones (con la conminación más o menos amplia y rigurosa de su caducidad) que se encuentra en nuestras leyes; edictos para la venta judicial, salvo la notificación especial a los acreedores inscritos (Código de Procedimientos Civiles, artículos 629, 630, 667, 689); publicación de la declaración de quiebra, salvo la citación especial para los acreedores conocidos (Código de Comercio, art. 693); para el descubrimiento de las cosas perdidas (Código Civil, art. 716; para el extravío de las cambiales (Código de Comercio, arts. 330 y 476), o de otros títulos de crédito. (Regol. 8 de octubre de 1870 por l'Amm del D. F., art. 138); para la demanda de liberación de los fiadores (L. notar. 25 maggio 1879, art. 28), etc. Algunas legislaciones han establecido de manera general un procedimiento de esta naturaleza (Reglamento Alemán, párrafos 946 y siguientes; sobre esto véase

**Wach**, "Handbuch", pág. 63). (Cfr. "Principios de Derecho Procesal Civil", párrafo 95 en donde se encuentran mencionadas las más recientes leyes y las distintas aplicaciones hechas en Italia); debido a una mala interpretación de la citación romana por edictos (Nov. 112. c. 3), se ha desarrollado sobre una raíz germánica la "citatio edictalis" aplicada en el procedimiento común, no sólo en algunos de los casos antes mencionados (venta judicial, concurso), sino siempre que no era posible la citación ordinaria o por prepotencia del que había de ser citado (**Chiovenda**, "Sulla pubblicazione e notificazione delle sentenze", más adelante, Núm. 14), o por la imposibilidad de encontrarlo (nuestro Código italiano de Procedimientos Civil, art. 141); a causa de una interpretación equivocada de un pasaje de **Bartolo** surgió más tarde la opinión de que la "citatio edictalis" podía aplicarse también "propter multitudinem citandorum", opinión adoptada en el Código de Procedimientos Civiles sardo de 1859 (art. 66) y en el italiano (art. 146).

84 Ya se estableció así en el *Brachilogo* (edición Bocking) I, IV, t. 9, 2: "Causam praecedat actionis editio, in ius vocatio, libelli conventio" (según otros: "Libelli oblatio", **Wieding**, "Justinianischer Libellprozess", pág. 719 y siguientes. Sobre la diversidad del libelo romano y el germánico y sobre la bifurcación de las dos formas en el procedimiento italiano, cfr. la página 58 de los "Saggi di Diritto Processuale Civile").

85 **Müchel**, *op. cit.*, pág. 48; **Pietro de Ferrari**, *Práctica*, "forma lib. in act. reali", Núm. 12. Para el derecho francés, **Tardif**, "La Proced. civ. et crim. aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles", *cit.*, pág. 51.

86 **Schmidt**, "Lehrbuch", pág. 61; "Die Klagänderung".

87 Se encuentran ejemplos en **Muther**, "Zur Geschichte des Römisch-canonicalen Prozesses in Deutschland", Rostock, 1872, págs. 37, 71 y en los *Prácticos*.

88 Es dudoso si la prohibición de modificar la acción se relaciona con esta formalidad solemne y tiene, por tanto, un origen germánico, o si se desenvolvió a partir de las fuentes romanas. Vd. en el primer sentido **Schmidt**, "Klagänderung *cit. passim*", pág. 37. En contra: **Wetzell**, "System", pág. 956; **Buchka**, "Die Lehre vom Einfluss des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältniss", Rostock, 1846, 1847, II, pág. 81 y siguientes.

89 **Wach**, "Vorträge über die Reichs-civilprozessordnung", pág. 148 (2a edición), Bonn, 1896; **Schmidt**, "Lehrbuch", pág. 62.

90 **Chiovenda**, "La condanna nelle spese giudiziali", Turín, 1901, pág. 106 y siguientes (hay traducción española: "La condena en costas"); **Wach**, "Arrestprozess", pág. 183; **Gierke**, "Deutsches Privatrecht", *cit.*, pág. 330. Sobre los malentendidos a este respecto, **Planck**, "Beweisurtheil", *cit.*, pág. 143.

91 **Chiovenda**, *op. cit.*, pág. 103 y siguientes; **Wach**, "Arrestprozess", pág. 219 y siguientes; **Schmidt**, "Klagänderung", pág. 16, 26; **Lattes**, *op. cit.*, págs. 91, 94.

92 Sobre su origen consuetudinario vd.: **Tancredi** (edición **Bergmann**), pág. 208; **Durante**, "Speculum, de position" párrafo primero y más definitivamente, **Giovanni D'Andrea** en las adiciones; **Schmidt**, "Lehrbuch", pág. 62; **Bethmann-Hollweg**, VI, pág. 45; "Beweisurtheil", *cit.*, pág. 139; **Zimmermann**,

"Glaubensid", cit., pág. 185 y siguientes; **Bar**, "Recht und Beweis im Civilprozess", Leipzig, 1867, pág. 21; **Bülow**, "Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten", en "Archiv für die civilistische Praxis", LXXII, pág. 22. Diversa tendencia representa **Gross**, "Die Beweistheorie im canonischen Prozess", I, Viena, 1867, pág. 115.

93 **Endemann**, "Beweislehre", cit., pág. 133; **Fertile**, "St. della proc.", cit., II, págs. 102, 107. Sobre la relación entre "interrogaciones" y "posiciones" consúltese **Albrecht**, "Die Exceptionen des gemeinen teutschen Civilprozess", Munich, 1835, pág. 148 y siguientes.

94 **Chiavenna**, op. cit., pág. 98 y siguientes; **Fischer**, "Forschungen", I, 56 y siguientes; **Zimmermann**, "Glaubensid", cit., pág. 102 y siguientes.

95 L. 6, 7 C. "de his qui ad eccl. conf." 1, 12. Vd. **Wach**, "Der Manifestationseid in Italien" cit., págs. 440-444; **Wetsell**, "System", pág. 296, Núm. 19-a.

96 Vd. los autores que cito en la "Obndena en costas", 345 y ahora, **Schiott**, "Zur Geschichte des Armenrechts", Jena, 1869, pág. 25, reproducida en **Fischer's** "Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozess des Deutschen Rechts", vol. IV, fasc. 3.

97 **Fertile**, pág. 647; **Battes**, "Dir. cons.", pág. 166. **Canetti**, art. 562, Núm. 10. Vd., sin embargo, **Bethmann-Hollweg**, II, págs. 584, 602. Otros residuos de la sentencia interlocutoria germánica se menciona en **Fischer**, "Beweisurtheil" cit., págs. 130-146.

98 Cfr. **Kleinfeller**, "Die geschichtliche Entwicklung des Thatächeneides", Berlín, 1891, pág. 49 y siguientes; **Zimmermann**, "Glaubensid" cit., pág. 166 y siguientes.

99 **Bar**, "Recht und Beweis" cit., pág. 19; **Hinschius**, "Gesch. und Quellen des Kan. Rechts", cit., pág. 209. La influencia del derecho probatorio germánico sobre la teoría de las presunciones, especialmente en sus relaciones con la forma de la defensa posesoria, la estudia **Ruffini**, "Actio sponsi", Turín, 1839, págs. 267-278, 356.

100 L. 9 "C. de test.", 4, 2º Vd. ya el **Brachilogo** (edición **Höcking**), libro LV, títulos 16, 91.

101 **Bar**, "Recht und Beweis" cit., pág. 20; **Endemann**, "Beweislehre" cit., pág. 233. **Gross**, "Beweistheorie im can. Prozess" cit., pág. 126, expuso sólo el fundamento evangélico de la máxima.

La influencia primero, y el posterior predominio de las ideas germánicas en la regulación de los efectos de la rebeldía y del silencio respecto a las conclusiones del adversario, al reconocimiento de documentos y a la dilación del juramento la afirma **Bülow**, "Civilprozess. Fiktionen" cit., pág. 22 y siguientes, pero no está bien esclarecida. La cuestión relativa a tales efectos en el derecho romano no ha sido ella misma agotada: vd. **Bülow**, loc. cit., pág. 39; **Engelmann**, "Römischer Civilprozess", Breslau, 1891, pág. 152.

102 "Die Entwicklung der Principalintervention in Italien", cit., pág. 102 y siguientes; "Hauptintervention und Streitgenossenschaft", Leipzig, 1904, pág. 3 y siguientes; actualmente **Kohler**, "Civilprozess und Rechtsrecht",

cit., pág. 202. Antes **Wach**, "Arrestprozess", 211, había negado la existencia de la doctrina de la intervención principal en Italia.

103 **Weismann**, "Hauptintervention", pág. 1; **Gierke**, "Deutsches Privatrecht", cit., pág. 328; **Mendelssohn-Bartholdy**, "Grenzen der Rechtskraft", Leipzig, 1900, págs. 16, 38, 45, 56; actualmente **Kohler**, "Civilprozess-und Konkursrecht", cit., pág. 201: sobre el "Legitimus contradictor", vd. también **Wach**, "Zur Lehre von der Rechtskraft" (Rechtsgutachten von Wach und Laband), Leipzig, 1899, pág. 100 y siguientes.

104 **Skedl**, "Die Nichtigkeitbeschwerde", Leipzig, 1886, pág. 32. Vd. también **Bülow**, "Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten", cit., pág. 76.

105 **Skedl**, op. cit., pág. 55 y siguientes. En la Constitución Piamontesa de 1770, libro III, Núm. XXIII, 3, la encontramos siempre sujeta únicamente al término de la prescripción, de 30 años.

106 **Skedl**, op. cit., pág. 218 y siguientes.

107 **Schrutka-Rechtenstamm**, "Zur Dogmengeschichte und Dogmatik der Freigebung fremder Sachen", Berlín, 1889, I, pág. 61 y siguientes.

108 **Frommhold**, "Die Widerspruchsklage in der Zwangsvollstreckung", Breslau, 1890, I, pág. 44 y siguientes.

109 Diversos puntos de vista se encuentran en **Wetzell**, "System", pág. 100 y siguientes; **Weismann**, "Die Fettstellungsklage", Bonn, 1879; **Seuffert**, "Feststellungsklage", en el "Rechtstlex" de **Holtzendorff**, y ahora en "Hellwig, Lehrbuch des D. C. Prozessrechts", Leipzig, 1903, pág. 11, nota 17. Sobre el origen germánico de la prueba para perpetua memoria, **Kohler**, "Civilprozess und Konkursrecht", cit., pág. 200. Vd. también **Degenkolb**, "Einlassungszwang und Urtheilsnorm", Leipzig, 1877, pág. 202 y siguientes; **Tomasoni**, "Del processo provocatorio", Venecia, 1854, pág. 8 y siguientes y en general mi estudio "L'Azione nel sistema del diritto", en estos "Saggi", especialmente, pág. 74 y siguientes.

110 Ultimamente también **Kohler**, "Prozesshandlungen mit Civilrechtswirkungen", en "Zeitschrift für Deutschen Civilprozess", XXIX (aug. 1901), pág. 13; vd. los autores que se citan allí.

111 **Briegleb**, "Executiv-Prozess", cit., pág. 54 y siguientes; **Ficker**, "Forschungen", I, pág. 37 y siguientes. **Mittels**, "Reichsrecht und Volksrecht in den öst. Prov. des röm. Kaiserreichs", Leipzig, 1891, sobre la base de interesantes investigaciones (págs. 400-444) expuso el posible origen bizantino de los instrumentos guarentigios o de confesión. Estos resultados son indiscutibles en cuanto al mismo derecho justinianeo que se examina; además, falta, por ahora, la prueba positiva de una relación entre los documentos ejecutivos helénicos y los italianos. Por otra parte, el mismo **Mittels** la presenta en forma dudosa (pág. 444 y nota). Esto, por tanto, no puede disminuir, al menos por ahora, la importancia de los resultados obtenidos por **Briegleb**. Cfr., por la afinidad del tema, las observaciones que en el mismo sentido hace **Brunner** respecto a las nuevas investigaciones sobre documentos helénicos en relación a los títulos al portador en la segunda edición de su obra "Die fränkisch-romanische Urkunde als Wertpapier" en "Forschungen zur Geschichte des deu-

tschen und franz. R.", cit. pág. 604 y siguientes. Diversa tendencia en **De Palo**, "Teoría del título ejecutivo", Nápoles, 1901, pág. 225 y siguientes.

112 **Wach**, "Arrestprozess", págs. 56, 68; "Pfandrecht", II, 259.

113 **L. 5, 10 D. de operis novi nunt**, 39, 1; **Skodl**, "Das Mahn verfahren", cit., pág. 15 y siguientes. Pero el *induculus com monitorius* a su vez se deriva del derecho romano posterior: **Brunner**, "Deutsche Rechtsgeschichte", II, pág. 137.

Estas diversas formas procesales, sin conocimiento o con conocimiento limitado, son autónomas, tanto por sus presupuestos como por su origen, que es diverso para cada una de ellas. Tal autonomía ha sido puesta de relieve por **Skodl**, "Mahnverfahren", pág. 34, el cual hace notar que la doctrina italiana, captando claramente la diferencia de principios, mantiene separados el documento ejecutivo, del mandamiento ejecutivo. El reproche que a dicho autor dirige **De Palo**, "Título ejecutivo", cit., págs. 237-240, como si considerara el mandamiento ejecutivo (mandamiento con cláusula) como forma primaria de la cual se habría desprendido el mandamiento de garantía (mandamiento sin cláusula), se basa en una traducción equivocada.

114 **Wach**, "Arrestprozess", págs. 81-86. Sobre esta forma. cfr. actualmente mi trabajo "L'azione nel sistema dei diritti", pág. 12 y siguientes y **Kholer**, "Civilprozess-und Konkursrecht", cit., pág. 189 y siguientes.

115 En otras ocasiones, las instituciones germánicas no encontraron amplia acogida en la doctrina italiana y sólo fueron mantenidas como opiniones aisladas que, transportadas a otros lugares, encontraron terreno más adecuado para su desenvolvimiento. Así sucedió con la acción de garantía. El derecho común italiano y después el alemán, acogió la *laudatio auctoris* y la *litis denunciatio*, derivándolas de los textos romanos (**Wetzell**, "System", pág. 72 y siguientes. Cfr., **Klapp**, "Die Litisdenunciation als Prozesseinleitungsform", Leipzig, 1887, pág. 149). Pero la acción (procesal) de garantía, esto es, la unión de la acción de regreso a la acción principal, propia del derecho germánico (**Wach**, *Handbuch*), pág. 656 y siguientes; **Siegel**, "Geschichte des deutschen Gerichtsverfahren", cit., pág. 257 y siguientes; **Laband**, "Vermögensrechtlichen Klagen", cit., pág. 292 y siguientes; **Brunner**, "Deutsche Rechtsgeschichte", II, pág. 501 y siguientes), no fué aceptada en Italia por la *communis opinio*, sino acogida solamente por algunos autores (**Wetzell**, "System", pág. 54; **Wach**, *Handbuch*, pág. 656). En Francia, por el contrario, la institución procesal de la garantía fué acogida y se encuentra ya disciplinada tanto en el "Syntalus curiae Parlamenti" (**Schwalbach**, "Der Civilprozess des Pariser Parlaments", Friburgo y Tubinga, 1881, pág. 50 y siguientes), como en algunos ordenamientos procesales particulares (**Glaason**, "Histoire du droit et des institutions de la France", VI, París, 1895, pág. 510 y siguientes). Las fuentes llamadas a justificarla fueron la *L. 49 D. de iud* 5, 1, y la *L. 39 pr. D. de evict.* 21, 2 (**Hahn**, 2, 1, pág. 183). Sobre el origen germánico de la *laudatio auctoris*, vd. **Wach**, "Handbuch", 657; "Vorträge über die Reichscivilprozessordnung" (2ª edición), Bonn, 1896, pág. 108.

116 **Schmidt**, "Lehrbuch", pág. 62.

117 “Sulla pubblicazione e notificazione delle sentenze”, Roma, 1901, ensayo reproducido posteriormente en esta colección. De dicho trabajo (Núm. 7) resulta que el principio romano de que la sentencia se notificará a las partes mediante publicación en la audiencia, tenía por sanción el impedir apelar a quien no estaba presente en el momento de pronunciarse la sentencia. El mismo principio existe en el derecho germánico, pero en él fué concebido más rigurosamente aún; la imposibilidad de reclamar es en este caso más cierta. Se llama a las partes para oír sentencia precisamente para que puedan inmediatamente interponer apelación. En la corte del rey, respecto a la cual no se da apelación, no ha lugar a la citación (Glasson, “Histoire du droit”, cit., VI, 566). En el procedimiento seguido en el Chalelet de Paris, se conmina francamente con la pérdida de la causa a quien no se presenta en el momento de la publicación (Tardif, “La procéd. civ. et crim. aux XIIe. et XIVe. siècles”, cit., págs. 60, 119), lo cual es una evidente expresión del formalismo germánico. La evolución habida en el derecho consuetudinario francés se debe directamente a la influencia de la doctrina italiana de que hablo en mi citado trabajo (Núm. 18).

118 Lattes, “Dir. consuet.”, pág. 91. En general para el contacto de las ideas romanas y germánicas en lo que hace a la representación, cfr., Wach, “Handbuch”, 560, nota.

119 Wach, “Manifestationseid”, cit., pág. 451; Glasson, “Histoire du droit et des institutions de la France”, cit., VI, pág. 617.

120 La demostración de que se habla en el texto debe reservarse para la exposición monográfica. Por otra parte, una hojeada a cualquier manual de procedimiento común, especialmente al de Bayer, o al de Linde, o al de Wetzell, o al “Grundris” de Rudorff, persuade fácilmente de lo dicho. En esta ocasión sólo he intentado exponer algunos aspectos de la concurrencia de las ideas romanas y germánicas en la formación del proceso italiano; he considerado que para alcanzar este fin lo más fecundo era estudiar las instituciones concretas, absteniéndome de comparaciones demasiado generales que fácilmente resultan eruditas, pero en las cuales a falta de una base positiva hace muy fácil la diversidad de opiniones. Sobre la comparación del concepto romano y del germánico del derecho de actuar, cfr., los autos citados en la nota 14 de la página 57 de estos “Saggi”.

121 Pampaloni, “Il futuro Cod. Civ. germ. e il dir. rom.”, cit., pág. 9 y siguientes; Schröder, “Deutsche Rechtsgeschichte”, 3ª edición, pág. 767 y siguientes; Stölzel, “Die Entwicklung des gelehrten Richtertums in deutschen Territorien”, Stuttgart, 1872; “Die Entwicklung der gelehrten Rechtssprechung untersucht auf Grund der Akten des Branderburger Schenstuhles”, I, Berlín, 1902; Heinemann, “Der Richter und die Rechtspflege in der deutschen Vergangenheit”, Leipzig, 1000; Stintzing, “Geschichte der deutschen Rechtsquellen”, cit., I, pág. 609 y siguientes; II, pág. 83 y siguientes; Franklin, “Beiträge zur Geschichte der Reception des röm. R. in Deutschland”, cit., pág. 26 y siguientes; 118 y siguientes; Modderman, “Die Reception des röm. R.”, cit., pág. 30 y siguientes; Otto, “Beiträge zur Receptions-Geschichte des römisch-canonicalen Prozesses in den böhmischen Ländern”, Leipzig, 1870, pág. 15 y

siguientes, 126 y siguientes; Böhlau, in "Kritische Vierteljahresschrift", XXIII, pág. 525 y siguientes; Gierke, "Deutsches Privatrecht", cit., pág. 10 y siguientes.

122 "Frankisches Recht und römisches Recht", cit., págs. 77, 81. La misma opinión ya había sido expresada por Sohm, en "Grünhut's Zeitschrift", I, 262. Un camino intermedio sigue Stein, "Die Geschichte des dänischen Civilprozess", Kiel, 1841, introducción. Según Zimmermann, "Glaubenseid", cit., pág. 276, el mismo procedimiento sajón fué de carne y sangre extranjeras aun cuando conserva el esqueleto germánico.

123 "Lehrbuch", pág. 30.

124 Así Sartorius, en "Zeitschrift für Civilrecht und Prozess", XIV (1840), pág. 228. También Laband, en "Kritische Vierteljahresschrift", XXII, pág. 119 y siguientes, tacha de unilateral a la ciencia del proceso común y al libro de Wetzell por la falta de estudio del derecho que precedió a dicho proceso común.

125 Vd. ad. es. Eleinfeller, "Deutsche Partikulargesetzgebung über Civilprozess", en "Munich. Festgabe für Planck", 1887, pág. 297; Schwartz, "400 Jahre Deutscher Civilprozessgesetzgebung", 1898.

126 Kohler, "Gesammelte Beiträge", cit., pág. 456.

127 Véase el resumen del estado de la controversia en Menger, "System des österreichischen Civilprozessrechts", Viena, 1876, pág. 79, en nota; véase también Brüggele, "Executiv-Prozess", pág. 6; Bayer "Theorie der summarischen Prozess" (7ª edición), Munich, 1859, pág. 93 y siguientes.

128 Schultz, "Privatrecht und Prozess", cit., pág. 37 y siguientes.

129 Schmidt, "Klagänderung", cit., pág. 102.

130 Wach, "Arrestprozess", pág. 190 y siguientes; Wetzell, "System", pág. 967.

131 "Fränkisches Recht und Römisches Recht", cit., pág. 76. En este sentido Bülow, "Dispositives Civilprozessrecht", en "Archiv für Civ. Praxis", LXIV, pág. 20; Modderman, "Reception des R. R.", cit., págs. 61, 95; Ott, "Receptions-Geschichte des röm.-can.", Prozesses, cit., pág. 258. Sin embargo, esto solamente puede decirse considerando el fenómeno en conjunto; no faltaron quejas y protestas en contra de la invasión de los jueces letrados; véase los documentos en Franklin, "Geschichte der Reception", cit., pág. 18 y siguientes.

132 Planck, "Historische Methode", cit., pág. 6; Gierke, "Deutsches Privatrecht", cit., pág. 16.

133 Heinemann, "Richter und Rechtspflege", cit. página 58 y siguientes; Breyer, "Recht und Gericht im Jahre 1500", en "Zeitschrift für Social- und Wirtschaftsgeschichte" 1898, pág. 244 y siguientes; Schultz, "Privatrecht und Prozess" cit., pág. 14, nota; Wetzell, "System", pág. 461 y siguientes; Ott, "Receptions Geschichte des röm.-can. Prozesses", cit., pág. 202.

134 Brunner, "Zeugen- und Inquisitionsbeweis im deutschen Gerichtsverfahren Karolingischer Zeit" (Berichte der Wien, Akad, 1866, pág. 503). "Die Entstehung der Schwurgerichte" cit., pág. 87 y la nota: "Deutsche Rechtsgeschichte", II, página 524 y siguientes. Véase sobre esta contrapo-

sición **Zimmermann**, "Glaubenseid", cit., pág. 73 y siguientes, pág. 116 y siguientes.

135 **Shom**, "Frank, Recht und röm" Recht cit., pág. 24 y siguientes: esta opinión la consideran exagerada **Brunner**, "Deutsche Rechtsgeschichte", página 12 y **Schöder**, "Lehrbuch der Deutschen RG.", cit. (3ª edición), página 638.

136 **Planck**, "Das Deutsche Gerichtsverfahren im M. A.", cit. II, página 12 y siguientes; **Siegel**, "Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens" cit., página 167 y siguientes; **Haenel**, "Das Beweissystem des Sachsenspiegels", Leipzig, 1858, página 22 y siguientes, 95, 105.

137 V., v. gr.: **Köhtmann**, "Die Romanisirung des Civilprozesses in der Stadt Bremen", Breslau, 1891, página 18. Se encuentran aplicaciones de la regla: "actore non probante", etc., en los procesos del siglo XV de **Franklin**, "Geschichte des Receptions" cit., páginas 159, 183.

138 **Kültman**, loc. cit. página 37 y siguientes. La influencia, o al menos, el conocimiento, del Derecho romano se manifiesta ya en los procesos del siglo XIII y XIV, **Franklin**, "Geschichte der Reception" cit., páginas 54, 83; 90; respecto a las primeras tentativas de codificación del derecho procesal común para los juicios seculares en la Europa Central, hacia 1300, consúltese: **Ott**, "Receptions, Geschichte des röm-can, Prozesser" cit., página 169 y siguientes.

139 Véanse las monografías citadas en distintos lugares. Véase también **Kohler**, "Beiträge zuy Geschichte der Römischen Rechts in Deutschland", 1 heft (Kohler und Liesegang), especialmente página 142 y siguientes, (Kohler); 2 heft, especialmente página 140 y siguientes.

140 La exageración consiste también en atribuir "carácter nacional" a esa resistencia. Véase en contra de esta tendencia **Stintzing**, "Geschder populären Literatur", cit., páginas XXIII-XXIV; **Modderman**, "Die Reception des R. R." cit., páginas 64, 99, en contra **Schmidt**, "Reception des R. R." cit.

141 **Küthmann**, "Romanisirung des Civilprozesses" cit., pág. 34.

142 **Müchel**, "Verfahren bis zur Litiscontestation" cit., pág. 8.

143 **Kleinfeller**, "Die Geschichtliche Entwicklung des Thatsachenides in Deutschland", Berlín, 1891, página 104 y siguientes; "Deutsche Partikular-gesetzgebund über Civilprozess" cit., página 300 y siguientes; **Schmidt**, "Lehrbuch" página 70 y siguientes; **Planck**, "Beweisurtheil" cit., página 206 y siguientes.

144 **Toberti**, "Memorie istoriche del processo civile", Nápoles, 1807-1808, II, página 202.

145 **Pastore**, "Codice della procedura civile con annotazioni". Turín, 1808. Prólogo.

146 "Analisi del Codice di procedura civile". Luca y Florencia, Prólogo.

147 En realidad la legislación francesa se ha interpuesto entre el procedimiento romano moderno y el medioeval, destruyendo la relación de evolución ininterrumpida que debía correr entre ambos. Para la mayor parte de nuestras instituciones judiciales, el derecho procesal común es la fuente del procedimiento italiano, pero de manera mediata; para otras, no lo es de nin-

guna manera, mientras que en algunas ocasiones continúa siendo la fuente más inmediata. Para la comprensión de nuestro procedimiento contemporáneo, tiene, por tanto, igual importancia el conocimiento de derecho procesal común, que el de las fuentes francesas, particularmente del "Stylus Curiae Parlamenti". (Según la redacción, Du Brueil, 1330; expuesta recientemente por Schwalbach, "Der Civilprozess des Pariser Parlaments", Friburgo y Tubinga, 1881; Guilhaumes, "Enquêtes et procès, Etude sur la procedure et le fonctionnement du Parlement au XIVe siècle", París, 1892).

148 "Incerti auctoris ordo iudiciarius", edición Gross, Innsbruck, 1870 según algunos, también el otro estudio sobre el "ordo iudiciarius". "Ulpianus de edendo", edición Haenel, Leipzig, 1838.

149 Daniels, "System und Geschichte des französischen und rheinischen Civilprozessrechts", Berlín, 1849, página 34 y siguientes; Glasson, "Histoire du droit et des institutions de la France", París, tomo IV (1891), página 241 y siguientes.

150 Daniels, "System und Geschichte" cit., página 38 y siguientes. Esto, por otra parte, es cuestión debatida. Gross, "Incerti auctoris ordo iud.", cit., página 75 y siguientes. Se inclina más bien a considerar que este escrito editado por él, muestra la huella de Beaumanoir. Véanse otras opiniones resumidas en el prólogo de la nueva edición de Beaumanoir, realizada bajo la vigilancia de Salmon, París, 1899, 1900, página XVII.

151 "Practica per utilis libellandi artem copiosissime decedens", edición de León, 1589.

152 Combate la lucha judicial, prueba germánica que había subsistido basándose en el derecho romano y no en las leyes canónicas y divinas y también formula los argumentos que permiten rehuir el desafío.

153 Glasson, "Histoire du droit" cit., tomo VI (1895) pág. 460.

154 Warnkönig y Stein, "Französische Staats- und Rechtsgeschichte", III bd. Stein "Strafrecht und Prozess", Basilea, 1846), pág. 520 y siguientes; Tardif, "La proced. civ. et. crim. aux XIIIe. et XIVe. siècles", etc. (particularmente, la costumbre de Artois, pág. 1 y siguientes; Glasson, "Les Sources de la procedure civile française", en "Nouvelle Revue Historique de droit", 1881, pág. 413 y siguientes.

155 Stein, op. cit., pág. 534 y siguientes; Glasson, "Histoire", cit., pág. 463 y siguientes, 487; Tardif, op. cit., pág. 72; Tanon, "L'ordre du procès civil au XIVe. siècle" (particularmente del Chatelet), en "Nouvelle Revue Historique de droit", 1885, pág. 307 y siguientes.

156 Glasson, "Histoire" cit., t. VI, págs. 467, 495 y siguientes, 507, 513, 522, 525, 543, 559, 560, 563, 569 y siguientes, 582 y siguientes, 594, 613, etc.: "Sources", cit., pág. 437 y siguientes; Tardif, op. cit., págs. 17, 19, 28, 79, 101, 113, 117, etc.; Tanon, op. cit., págs. 320, 321, 405, 409, 414, 419, 656, etc. Vd. sin embargo, sobre la persistencia del viejo carácter oral del proceso francés (del cual se hablará a continuación), Guilhaumes, "La persistance du caractère oral dans la procédure civile française", en "Nouvelle Revue historique de droit", 1891 pág. 21 y siguientes.

157 Schwalbach, "Civilprozess des Pariser Parlaments", cit., pág. 15.

- 158 **Schwalbach**, op. cit., pág. 149 y siguientes. Sobre la **persistencia de caracteres germánicos en la apelación francesa**, **Gulhiermoz**, op. cit., pág. 51.
- 159 **Schwalbach**, op. cit., págs. 4, 38.
- 160 **Schwalbach**, op. cit., pág. 18.
- 161 **Schwalbach**, op. cit., pág. 19.
- 162 **Schwalbach**, op. cit., págs. 3, 37.
- 163 **Schwalbach**, op. cit., pág. 21.
- 164 **Schwalbach**, op. cit., págs. 23, 24, 39, 65, 102, etc. **Brunner**, "Die Zulässigkeit der Anwaltschaft im französischen normannischen und englischen Rechte", en "Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft", 1878, I, pág. 350. (Forschungen. cit., pág. 413.)
- 165 Vd. número 8.
- 166 **Schwalbach**, op. cit., pág. 4; **Glasson**, "Histoire du droit", cit., VI, pág. 594.
- 167 **Danils**, "Geschichte und System" cit., pág. 58.
- 168 Especialmente sobre la restricción de la prueba testimonial establecida en la ordenanza de Moulins, 1566, **Tanon**, "L'ordre du procès civil au XIVE. siècles", cit., pág. 657 y siguientes: **Gulhiermoz**, "Persistence du caractère oral", cit., pág. 52.
- 169 **Bethmann-Hollweg**, "Civilprozess", VI, pág. 255.
- 170 Vd. También **D'Spinay**, "De l'influence du droit canonique sur la législation française", Tolosa, 1856, págs. 230, 287. No es otra cosa que un extracto de esta memoria el artículo del mismo autor. "De l'influence du droit canonique sur le développement de la procéd. civ. et crim.", en la "Revue historique de droit français" 1856, pág. 503 y siguientes.
- 171 Las huellas germánicas en las acciones posesorias las señala el resumen de **Glasson**, "Precis de procéd. civ." París, 1902, I, pág. 159 y siguientes. Más ampliamente en la "Nouvelle Revue historique de droit", 1890, pág. 603 y siguientes. Vd. También **Zoepfl**, "Deutsche Rechtsgeschichte", Brunswick, 1871, I, 246; **Ruffini**. "Actio spoli", cit., pág. 407.
- 172 **Schmidt**, "Lehrbuch", pág. 78. En contra, también **Wieding**, "Der justinianische Libelprozess", pág. 739.
- 173 **Schmidt**, "Lehrbuch", pág. 78; **Wach**, "Handbuch", pág. 317.
- 174 **Schwalbach**, "Civilprozess des Pariser Parlaments", cit., pág. 32 y siguientes; **Tardif**, "Procéd. civ. et crim.", cit., 47; ordenanza de 23 de marzo de 1302, art. 27.
- 175 "Les ajournements pourront être faits par devant tous Juges, en cause principale et d'appel, sans aucune commission ou mandement", etc.; cfr. sobre esto a **Jousse**, "Nouveau commentaire sur l'ordonn. civ." nueva edición. París, 1767. Sobre los precedentes, **Tanon**, "L'ordre du procès civil au XIVE. siècles", cit., pág. 317.
- 176 Sin embargo, apoyándose en las fuentes romanas justifica este artículo **Bornier**, "Conférences", tomo II, art. 6.
- 177 **Bethmann-Hollweg**, "Civilprozess", pág. 188 y siguientes.
- 178 **Wachwalbach**, "Civilprozess", cit., pág. 21 y siguientes.

179 **Olivovenda**, "Condanna nelle spese giudiziali", cit., pág. 12. (Hay traducción española: "La condena en costas.")

180 **Wieding**, "Der Justinianische Libellprozess", en las págs. 25 y 701 afirma, por el contrario, que el procedimiento romano "in einem weit eminenteren Sinne mündlich war, als es das Französische Verfahren an sich wie in seinen Nachbildungern ist".

181 Es lo que intenta demostrar el citado estudio de **Guilhiermoz**, "De la persistance du caractère oral dans la procédure civile française", pág. 21 y siguientes.

182 **Tanon**, "L'ordre du proces civil au XIVE siècles" cit., pág. 313.

183 **Guilhiermoz**, "De la persistance du caractère oral", cit., pág. 56 y siguientes.

184 Sobre su origen y sus relaciones con la escritura en el procedimiento canónico, **Guilhiermoz**, loc. cit., pág. 52 y siguientes.

185 **Glasson**, "Précis theorique et pratique de procédure civile". París, 1902, I, pág. 309.

186 En este sentido **Wieding** "Der Justinianeische Libellprozess", cit., pág. 739.

187 Véanse los escritos de **Siegel** y **Brunner** citados en las notas 33 y 37 y en esta colección ensayo "Sulle forme nella diferesa giud. del diritto".

188 **Wach**, "Worträge über die Reichsivilprozessordnung" (2ª edición), Bonn, 1896, pág. 4; "Die Mündlichkeit im österreichischen Civilprozessentwurf", Viena, 1895, pág. 6 y siguientes.; **Skedi**, "Das österr. Civilprozessrecht. Leipzig, 1900, pág. 7.

189 **Pertile**, "St. della proc." cit., II, pág. 107 y siguientes.

190 **Costit**, 1770, I, III, t. XXII, I y siguientes.

191 "Pratica de la curia romana." Roma, 1781, pág. 117.

192 **Roberti**, "Memorie storiche" cit., II, pág. 211.

193 Así el método judicial de 14 de abril de 1804 de la República italiana, arts. 475 y siguientes (información oral). No carecen de interés las observaciones a que dió lugar la entrada en vigor de nuestro código en las provincias que ya habían estado regidas por este método, antes y después del Reglamento Austríaco, **Fuerarl**, "Confronti e preferenze tra il Cod. di proc. civ. e il Metodo giudiziario e conforme Regolan", etc. Milán, 1806.

194 **Leonhardt**, "Zur Reform des Civilprozesses in Deutschland", Hannover, 1865, págs. 18, 38, 40. De manera sustancial ocurre precisamente lo contrario de lo que algunos (**Schmidt**, "Lehrbuch", pág. 30), afirman que acaeció en el encuentro del proceso común con el francés.

195 **Stein**, "Franc. Straf-und Prozessrecht" cit., pág. 632.

196 Siempre de utilísima lectura para el conocimiento profundo de los dos procedimientos y la objetividad de los juicios es la monografía de **Derburg**, en "Abhandlunge sus dem Gebiete des gemeinen und französischen Civil-und Prozessrechts", Frankfurt, 1849, págs. 243-355.

197 Resulta con frecuencia anticientífico hablar del derecho "extranjero" al tratar del derecho "recibido". Frente a la formación regular de la moderna conciencia jurídica, las ideas romanas son menos extranjeras en Ale-

mania que las antiguas ideas germánicas. Vd. **Stintzing**, "Popul. Literatur", cit., pág. XVIII. Otro tanto puede decirse de las ideas germánicas con relación a nosotros. En cuanto a los escritores alemanes, los hay que consideran al derecho romano tan "nacional" en Alemania, que sostiene que la mejor reforma procesal es la vuelta al proceso romano puro, modificando solamente con instituciones del antiguo derecho germánico la jerarquía judicial; **Wieding**, "Justinianischer Libellprozess", pág. 759 y siguientes.

198 Sobre la afinidad del concepto romano y el concepto moderno de relación jurídica procesal, vd. **Bülow**, "Die neue Prorechtswissenschaft uml das System des Civilprozessrechts", en "Zeitschrift für deutschen Civilprozess" B. XXVII (1900), pág. 224 y siguientes.

199 Vd. "Condanna nelle spese giudiziali", cit., págs. 13-180.

200 **Bregünduhg**, pág. 180 (Hahn, 2, 1, pág. 253). Por el contrario, otras instituciones más arraigadas en el procedimiento romano subsisten; tal debe decirse también en algunos términos procesales, v. gr.: "Litisconsorcio", **Wetzell**, "System", 828.

201 Postergación del "forum originis", **Wach**, "Handbuch", pág. 398; exclusividad del "forum rei sitae", **Wach**, "Handbuch", 435; **Wetzell**, "System", 500; por el contrario, predominio de la idea romana en el "forum reconventionis"; **Wach**, "Handbuch", pág. 476.

202 Si hablamos actualmente de señalar un día para ver ("aggiorhare") una causa, la historia nos lleva a través de la significación derivada, más común entre nosotros, a la citación germánica: "adiurnare, ajourner, datagen": **Brunner**, "Deutsche Rechtsgeschichte", II, pág. 333, N<sup>o</sup> 4. **Maurer**, "Geschichte des altgerman. Gerichtsverfahren" cit., págs. 45, 360 establece más precisamente la relación entre "ajourner" y "solem collocare". Sin embargo, en contra: **Grim**, "Deutsche Rechtssalterthümer" cit., 2<sup>a</sup> edición, 1854, pág. 817. Cfr. **Du Cange**, artículos "adjornare" y "collocare". Son de origen germánico: "arenga Perfile", cit., I, 256; "bando", **Brunner**, "Deutsche" R. G., I, 147; "garantía", **Brunner** D. R. G., II, 501 y otros.

203 Por otra parte, esto también sucedió en el antiguo proceso germánico. Las ideas y la terminología germánicas han favorecido, como se vió en otra parte (pág. 57 y siguientes, de estos "Saggi") la moderna renovación de la doctrina alemana de la acción, al paso que la doctrina y la legislación italianas y francesas están a este respecto completamente dominadas por la terminología romana y los conceptos que les son inseparables. Además, el Reglamento Alemán ha sistematizado de manera autónoma ciertas instituciones germánicas ("Mahnverfahren, Aufgebotsverfahren") que entre nosotros han surgido aisladamente. Es exagerada la afirmación de Gierke, "Deutsches Privatrecht", 328, de que el moderno procedimiento ejecutivo resulta casi exclusivamente de raíces germánicas. Con frecuencia, al contraponer las ideas romanas a las germánicas, se toma en consideración sólo el derecho romano clásico.

204 No ha mucho que un egregio procesalista trentino, respecto a cuyo nombre se desarrolló recientemente en Innsbruk un episodio de la lucha por la italianidad, analizaba de manera interesante para nosotros una manifesta-

ción del individualismo germánico, que parece en las recientes leyes ejecutivas alemanas: Menestrina, "L'accessoire nell'esecuzione", Viena, 1901, páginas 121, 138, 199. Al imprimirse por primera vez ese discurso llegó a mis manos una proluación del propio Menestrina, leída en la Universidad de Innsbruck, pocos días antes que la mía: "L'influenza dei diritti latini nella legge austriaca di procedura civile". Me place hacer notar no solamente la afinidad del tema de los dos discursos, sino también la de las consideraciones y de las conclusiones; tanto más cuanto que la de Menestrina incluye el estudio del Reglamento Austriaco que yo, por la necesidad de limitar la materia, no he examinado aquí.