

LA INFLUENCIA DEL PROCESO CIVIL ROMANO EN EL MEXICANO

Por Sara BIALOSTOSKY DE CHAZÁN
Profesora de la Facultad de Derecho
de la U.N.A.M.

PREÁMBULO. I Parte. 1. Evolución histórica de la resolución de los conflictos. 2. Principios que rigen el sistema de las “Legis actiones”. A. Carácter del proceso. B. Conceptos de Jurisdicción, acción y excepción. C. Relaciones que se precisan entre las partes y entre éstas y el tribunal. D. Secuela del proceso. E. Sentencia y medios de ejecución. F. Recursos. 3. Principios que rigen el sistema formulario. A. Carácter del proceso. B. Conceptos de Jurisdicción, acción y excepción. C. Relaciones que se precisan entre las partes y entre éstas y el tribunal. D. Secuela del proceso. E. Sentencia y medios de ejecución. F. Recursos. 4. Principios que rigen el sistema extraordinario. A. Carácter del proceso. B. Conceptos de Jurisdicción, acción y excepción. C. Relaciones que se precisan entre las partes y entre éstas y el tribunal. D. Secuela del proceso. E. Sentencia y medios de ejecución. F. Recursos. 5. Conclusiones a la evolución histórica del proceso romano. **II Parte.** 1. Principios que rigen el sistema procesal moderno. A. Carácter del proceso. B. Conceptos de Jurisdicción, acción y excepción. C. Relaciones que se precisan entre las partes y entre éstas y el tribunal. D. Secuela del proceso. E. Sentencia y medios de ejecución. F. Recursos. 2. Influencia ejercida por el procedimiento civil romano en el procedimiento en general y mexicano en particular. A. Carácter del proceso. B. Conceptos de Jurisdicción, acción y excepción. C. Relaciones que se precisan entre las partes y entre éstas y el tribunal. D. Secuela del proceso. E. Sentencia y medios de ejecución. F. Recursos. **III Parte.** Conclusiones.

PREAMBULO

Que el proceso actual como todo el ordenamiento de derecho es el resultado de la evolución, transformación y fusión de varios sistemas jurídicos que en el curso de los siglos se han acumulado, Derecho Romano, Derecho Germánico, Derecho Canónico, Derecho Estatario, etc., es evidente. Nuestro trabajo no tiene como objetivo comprobar esa afirmación, sino señalar que entre ellos, uno, el Derecho Romano puede considerarse si no en determinadas instituciones, si en su unidad orgánica como base del proceso moderno y por consiguiente del mexicano.

El procedimiento romano especialmente el llamado extraordinario o post clásico viene a constituir innegablemente el fenómeno histórico en el cual se

encuentran ya gestados una serie de rasgos, que van a orientar, a servir de soporte no sólo el procedimiento civil, sino el procedimiento en general en el mundo jurídico occidental.

Debemos sin embargo, hacer notar que ni los juristas clásicos ni los posteriores fueron capaces de concebir el proceso como parte integrante de una ciencia normativa y dogmática, en cambio lograron elaborar la idea del proceso como sistema, es decir, como un método para la realización del derecho.

La escasez de la literatura histórico-jurídica en la materia nos obliga a realizar un esfuerzo propio y no de glosa, aun cuando procuremos seguir las ideas de algunos de los ilustres especialistas que se han ocupado de estos problemas; de éstos recomendamos efusivamente al lector las contenidas en el estudio de Biondo Biondi "Intorno alla Romanita del Processo Civile Moderno"; que ha sido para nosotros un precioso material del cual nos hemos servido reiteradamente.

A pesar de que en el curso del presente trabajo no abordaremos de un modo especial el problema de la recepción de las instituciones romanas en nuestro derecho mexicano, haremos una breve alusión al respecto en la parte final de este estudio.

Lo anterior lo hemos decidido porque consideramos que esa problemática histórica reclama un lugar aparte, al que pretendemos entregarnos en el futuro.

I PARTE

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS

Las facultades que se encierran en los derechos subjetivos aspiran siempre a ser ejercitados en la vida práctica, saliendo del terreno potencial para realizarse en el mundo de lo práctico.

El propietario desea usar, disfrutar y disponer de lo que le pertenece; el acreedor, hacer efectivo su crédito procurando que el deudor cumpla con la obligación asumida; el heredero pretende hacerse cargo de los bienes dejados por el de cuius etc. Pero el ejercicio de estos derechos subjetivos no depende exclusivamente de la voluntad de su titular; el propietario puede verse impedido al ejercicio de sus facultades por uno o varios particulares o por una entidad pública que le limite o desconozca sus derechos; la voluntad propicia del deudor es necesaria y el heredero necesita contar con la voluntad de los poseedores de los bienes hereditarios. Cuando todas estas voluntades se muestran dispuestas a respetar el ejercicio del titular, estamos presentes ante la aplicación espontánea y normal del derecho objetivo; pero si esto no sucede y hay obstáculos al ejercicio de aquel dere-

cho subjetivo o se le niega, es preciso crear medidas que aseguren la protección y efectividad de esas facultades.

Como supone Kisch, en la infancia de los pueblos como en la de los hombres, la reacción primaria frente a la violación de un derecho que se posee o se cree poseer, es la de procurarse la satisfacción por sí mismo haciendo uso, si es preciso, de la violencia; la autodefensa es el antecedente histórico de la intervención estatal en las transgresiones reales o pretendidas.¹ La reacción del ofendido en esta primera etapa de hecho podía ser desmesurada; la *Lex Talionis* viene a poner medida a la reacción del ofendido, hay ya visos de una limitación.

El Estado interviene por primera vez delimitando la ofensa, ya que el ofendido no puede ir más allá de la lesión recibida. Marca una tercera etapa la amable composición, sucedáneo facultativo de la ley del Talión, en la que se requiere ya el acuerdo (debido a esto creemos nosotros que la fuente de la obligación no puede ser el delito sino el acuerdo de voluntades). Posteriormente es sólo la sentencia definitiva la que puede ser fundamento jurídico para exigir la deuda o para aplicar la pena. (Salvo los casos permitidos hoy día: legítima defensa, previo aviso sin intervención judicial, derecho de retención, etc.) Es decir que el estado de organización, la vía procesal, se ve precedido por un período de auto ayuda, en el que el temor del brazo del más fuerte era correlativo al que se tiene hoy día por la ley, la venganza privada va cediendo ante el derecho.

Así sucedió en Roma también. Las energías personales fueron allí como en todas partes durante la primera época la fuente del Derecho.

En el primitivo Derecho Romano se conservan todavía huellas visibles de esto: aun en el derecho de la república, el derecho de la auto ayuda se mantuvo hasta la "*Lex Iulia*" de Vis. 1 a.C. cuando se empieza a sancionar con penalidades las violencias en el tomarse justicia por propia mano y hasta un decreto de Marco Aurelio no se priva de su crédito al acreedor que se pague por sí mismo del patrimonio del deudor, ni hasta una constitución de los emperadores Valentiniano, Teodosio y Honorio siglo IV a.C. se despoja de la propiedad al propietario que violentamente haya arrancado la cosa de manos del poseedor.

No obstante se sigue permitiendo la auto ayuda para evitar daños irreparables y su prohibición no se extiende jamás a la legítima defensa (derecho de repeler un ataque antijurídico o de defender la propia persona o el propio patrimonio contra ataques violentos o clandestinos).

La auto ayuda tiene ciertas características:

- a) no se necesita la prohibición del Estado,
- b) se excluye por sí misma en la mayor parte de los casos.

¹ Sobre este punto ver Robert V. MAYR. *Historia del Derecho Romano*, Buenos Aires 1941, 2a. Edic. tomo I.

- c) no todos tienen la fuerza necesaria para ejecutarla ni se sienten inclinados a ello.
- d) es necesario que el Estado intervenga para complementarla o suplirla.

Esta transición no se verifica bruscamente, el ritmo de esa evolución revela que generalmente la auto ayuda adopta poco a poco ciertas formas cuya observación garantizada por el uso y la costumbre, le da el carácter de un procedimiento ordenado.

El derecho romano antiguo reconoce algunas formas de este género como la "quaestio lance licioque" (fuerza solemne que si tiene un resultado positivo atribuye al hurto el carácter de "furtum manifestum").

De la protección jurídica por parte del Estado de un procedimiento judicial, de un procedimiento civil romano, se puede hablar hasta que la reacción del lesionado provoca la intervención de las autoridades públicas, hasta que un órgano del Estado es llamado a decidir si el que interpone la auto ayuda se haya o no asistido de razón.

No podemos fijar en qué momento esto sucedió, lo que sí podemos afirmar es que ya en la época de la monarquía existía una administración de justicia desempeñada o controlada por el Estado, pero aun entonces la protección de los derechos siguió circunscribiéndose a la protección de los ciudadanos entre sí.

Sólo la protección de los derechos privados es objeto del proceso civil romano (los públicos, sacros y familiares, eran asuntos que quedaban fuera de dicho régimen).

Como sumisión espontánea de ambas partes al derecho y sus órganos, que venía a suplantar la auto ayuda el proceso surge y perdura en la concepción de los romanos a modo de un pacto arbitral, como el conflicto entre dos voluntades individuales solventado por la sentencia; esto era para ellos "actio" o "iudicium".

El órgano jurisdiccional fue en Roma primero el rey, más tarde los cónsules, posteriormente el pretor.²

2. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL SISTEMA DE LAS "LEGIS ACTIONES"

Este primer período histórico del procedimiento romano, al cual ya se hace alusión en la ley de las XII Tablas, podemos considerarla como la costumbre compilada por primera vez en un ordenamiento normativo; el cual no viene a crear nada nuevo sino a consignar por escrito lo que ya había sido aceptado consuetudinariamente; de lo que se infiere que en época bastante anterior al año 451 a.C. año de formulación de leyes de las XII Tablas estuviese ya formado y vigente este primer sistema procesal.

² Este principio sufrió 2 restricciones esenciales:

- a) "praetores y aediles" s. iv d.C.
- b) "praefecti iure dicundo" s. v d.C.

A) Carácter del proceso

Sabemos por las escasas fuentes históricas que nos han llegado³ que la actividad del magistrado en este período presentaba un carácter pasivo, al menos en las acciones de la ley de tipo declarativo.⁴

Si a la afirmación del actor de ser titular de derechos el demandado no produce una declaración contraria, al actor mismo le eran reconocidos automáticamente tales derechos confesados expresa o tácitamente y se daba lugar a la ejecución. Por las escasas noticias que sobre la ejecución nos han llegado⁵ sabemos, que ésta se llevaba a cabo casi totalmente sin intervención del Estado.

Todo lo anterior está acorde con la incipiente intervención que va desarrollando el Estado en la medida señalada por lo que se refiere a la fase preejecutiva, es decir, encontramos que la ejecución queda a discreción del actor, pero a diferencia de la época en que el Estado no intervenía para dictar ejecución, no podía ir más allá del límite de los derechos reconocidos en el procedimiento.

Sin ocuparnos ya de las ya conocidas formalidades de esta época procesal romana⁶ agregamos que lo anterior era valedero también en el caso de que hubiere una sentencia condenatoria.

De todo lo dicho se aprecia que el Estado en esta época se encontraba bien lejos de arrebatar a los particulares la solución de sus conflictos, esto es, el carácter del proceso no es aún de tipo publicista; aun cuando la medida de su privatismo no es el de épocas anteriores hay un matiz de intervención estatal.

B) Conceptos de: a) jurisdicción, b) acción y c) excepción

a) Jurisdicción

También el acercarnos a este concepto en la precitada época vemos confirmadas las anteriores afirmaciones; en efecto entendida la jurisdicción como el poder del Estado de resolver con fuerza vinculativa para las partes una controversia,⁷ apreciamos que la gran conquista de la autoridad ha sido la obtención en una parte, ingerencia en la solución de los conflictos particulares por eso del período que va entre la época de la "compositio"

³ Fundamentalmente son: Instituciones de Gayo IV completada con los pergaminos de Autinoe. Otras noticias menos seguras Aulio Gelio. Muchas otras y en época tardía Paolo Deocirco s. VIII.

⁴ a) legis actio sacramento, b) legis actio per conditionem, c) legis actio per iudices postulationem.

⁵ Pignoris capio y manus iniectio.

⁶ Consabidos son las exposiciones de los autores en esta materia, basta con referirse a las Instituciones de Gayo o al tomo III del *Espíritu del Derecho Romano* de V. IHERING.

⁷ Sobre iurisdictio concepto y delimitación, ver Urcisainio ÁLVAREZ SUÁREZ *Curso de Derecho Romano*, Madrid, 1955, pp. 191 a 201.

que implica una intervención indirecta, y la de la intervención directa, surge al mundo jurídico romano la idea de "iurisdictio".

Nos reafirma el carácter incipiente de la jurisdicción el hecho de que en la "actio per sacramentum"⁸ la resolución no versaba sobre el derecho en conflicto sino sobre la apuesta antagónica, que indirectamente como sabemos, se vinculaba al conflicto principal.

b) Acción

En esta materia como en el resto de los que constituyen el ordenamiento romano de esta época, no encontramos conceptos generales comprensivos sino figuras típicas y concretas nacidas del sentimiento intuitivo del temperamento latino.

Por las fuentes sabemos que existían 5 acciones de la ley, las cuales no corresponden al concepto moderno de acción sino a 5 vías procesales por medio de cuales era posible hacer valer en juicio diferentes lesiones jurídicas, es decir, diferentes injurias civiles.⁹ "La acción es un procedimiento solemne, formalista, de carácter aristocrático, mediante el cual se obtenía justicia".¹⁰ Sabemos también por otra parte que inegablemente el actor¹¹ tenía el derecho de citar al demandado mediante la fórmula "in ius te voco",¹² este derecho se encuentra sancionado por la manus iniecto.¹³ También las XII Tablas regulan escrupulosamente el derecho de llamar a juicio y las modalidades de su cumplimiento.¹⁴

Es el instituto de la "in ius vocatio" la semilla que en forma nítida denota en 2 milenios y medio de distancia, nuestra concepción actual de la acción.

c) Excepción

Desde luego podemos afirmar la no existencia de la excepción en el procedimiento de las acciones de la ley. Sin embargo el reo tenía posibilidades más elementales de defensa que se reducían a dos caminos; o bien pedir al magistrado que denegara la acción al demandante o bien iniciar a su vez una acción de repetición contra el demandante vencedor. No se trata ni mucho menos, de una situación semejante a nuestra reconvencción actual, ya que había que esperar la resolución.

C) Relaciones que se precisan entre las partes y entre éstas y el tribunal.

⁸ Primera en tiempo, según sostiene la doctrina, de las acciones declarativas.

⁹ En un sentido amplio, no delito, sino solución al derecho.

¹⁰ Eduardo PALLARES PORTILLO *Historia del Derecho Procesal*. México, 1967, p. 15.

¹¹ Ver ARANGO RUIZ *Las acciones en Derecho Romano*. Madrid, 1945, pp. 30 a 35.

¹² Para detalles sobre esta antigua citación ver. D 4, 6, 26, Frac. 2 y 2, 3, 2.

¹³ Ver Huscke, MITTEIS, en la *Enciclopedia Pauly Wissowa* bajo el vocablo "nexum".

¹⁴ Prieto BONFANTE. *Historia del Derecho Romano*. Madrid, 1944, tomo II pp. 90 a 119.

a) *Relaciones entre el actor y el tribunal*

La práctica de las "legis actionis" era privilegio de los ciudadanos romanos. Podían deducirse sólo en la ciudad de Roma y dentro de una milla de su perímetro y como es obvio sólo en relaciones tuteladas por el derecho civil, es decir por el derecho quirritario. Esto se refiere a la competencia, relación que se precisa entre la petición del actor y la respuesta del tribunal. Cronológicamente esta petición se daba cuando el actor después de realizada la "in ius vocatio" presentaba deliberadamente al demandante¹⁵ ante el magistrado.

b) *Relaciones entre el actor y el demandado*

La génesis del vínculo procesal entre el actor y el demandado arranca de la "in ius vocatio" ya que ese es el momento en el cual se provoca, se exige el contacto entre ambas partes. Dicho contacto cristaliza en una situación convencional que configura la "litis contestatio", del acuerdo susodicho se desprende la elección del juez y la aceptación de la situación conservada en la primera fase.

c) *Relación entre el demandado y el magistrado*

En atención a que la "in ius vocatio" se practicaba sin intervención del magistrado, el momento de vinculación de las partes para con aquél es simultánea, claro en el caso de que el demandado accediera o contestara a la vocatio.

Ya indicamos anteriormente que el demandado podía proceder pidiendo la "denegatio" de la acción o confesando tácita o expresamente la pretensión del demandante.

Es de apreciarse que en este punto de la evolución histórica del proceso, las posibilidades del demandado son muy reducidas.

D) *Secuela del Procedimiento*

Todas las "legis actiones" constituyen procedimientos estrictamente formalistas, orales, en los cuales era indispensable pronunciar precisamente las palabras prescritas, corriendo el riesgo de perder el juicio, si no eran las que se pronunciaban.¹⁶

Los juicios declarativos son bi instanciales, siguen siempre las dos etapas "in iure" y "apud iudicem", en los ejecutivos a veces sólo la primera.

En la fase "in iure" era necesario celebrar los actos de la "legis actio" pretendida en presencia de ambos litigantes ante el rey antiguamente y

¹⁵ Para mayores datos ver. Ursicinio ÁLVAREZ JUÁREZ. Opus Cit. p. 232.

¹⁶ Gayo 4, 11.

posteriormente ante el magistrado¹⁷ a la hora y día señalado. El juicio debía iniciarse y terminarse en una sola sesión; en caso de ser imposible, para evitar una nueva "in ius vocatio" el demandado debía asegurar su comparecencia ofreciendo un "vades" que posteriormente fue suplido por el "vadimonium".

Las actuaciones posteriores no son bien conocidas, pero por deducción podemos inferir que el demandante exponía ante el magistrado su pretensión "editio actiones", basándose en el derecho civil, debiendo el magistrado proceder a conceder o negar la acción solicitada "dare o denegare actione".¹⁸ Concedida la acción, mediante un acto solemne celebrado entre las partes y en presencia del mismo y de los testigos, se llevaba a cabo el acuerdo arbitral con el que la primera etapa quedaba cerrada "litis contestatio",¹⁹ que revistió el carácter de un cuasi contrato judicial. Al mismo tiempo se fijaba definitivamente la posición de cada parte en el litigio.

Después de la "litis" las derivaciones que el proceso iba a tener dependían de la naturaleza de la acción entablada, ya que el vínculo procesal no era el mismo en aquellos que protegían un derecho de crédito, o en las que tutelaban un derecho sobre las cosas.

La etapa "apud iudicem" comenzaba cuando el magistrado procedía a la designación de un juez, propuesto por las partes ante el tribunal correspondiente.

Los datos respecto a las diligencias que debían practicarse en esta instancia son oscuros, se presume sin embargo, que una vez elegido el juez, las partes se emplazaban para comparecer ante él, un determinado día, generalmente el tercero "dies comperendinus" mediante una recíproca "denuntiatio". El proceso debía comenzar en la mañana y concluirse antes de la puesta del sol; sólo podía diferirse en caso de que una de las partes o el juez tuvieran un motivo justificado para no asistir.²⁰

En presencia del juez las partes hacían una breve exposición de acuerdo a los términos de la "litis" después de desahogadas las pruebas y efectuadas las alegaciones "causa peroratio", el juez resolvía por medio de una sentencia; la que debía ser, de acuerdo a la "lex Iulia" iudiciaria antes de los 18 meses de iniciado el proceso y referida a los hechos y al derecho invocado por los litigantes.²¹

El demandante en caso de haber ganado el pleito y tener que exigir cumplimiento al demandado, debe iniciar un procedimiento ejecutivo.

¹⁷ Habiéndose ya antes hecho la "in ius vocatio" sin intervención judicial, momento en que se iniciaba la fase "in iure".

¹⁸ Gayo IV-107-108 D.2,14,17,1.

¹⁹ Sobre la naturaleza de la "litis contestatio", RICOBOÑO Z.S.S. 47 p. 65.

²⁰ Tablas 1, 7; 1, 9; 1, 8.

²¹ Gayo IV - 104.

Cada una de las "legis actio" dentro de la secuela del proceso tiene sus rasgos especiales.²²

E) Sentencia, Medios de ejecución

a) *Sentencia*

La resolución del juez ocupa prácticamente el último momento de la fase "apud iudicem", la sentencia encuentra su apoyo administrativamente hablando con el mandato del magistrado, dirigido al juzgador o colegio correspondiente, en el "iussum iudicandi".

El sentido de la sentencia varía según el tipo de las acciones deducidas. En esta época el efecto de la cosa juzgada no derivaba de la sentencia sino del efecto consuntivo de la "litis contestatio".²³ El término sentencia abarca en este período la convicción o sentir del juez privado y origina efectos indirectos respecto de la satisfacción del derecho que el actor exige en el proceso.

b) *Medios de ejecución*

Este aspecto no ofrece muchas posibilidades de investigación, nos es conocido que la sentencia era ejecutable mediante la "manus iniectio" cuando viraba sobre sumas de dinero o mediante la "pignoris capio" si versaba sobre algunos objetos. Ignoramos los medios de ejecución que se daban cuando la sentencia recaía sobre la cosa misma. Gayo 4, 48.

Este espacio que ocupa la ejecución de las sentencias fue defendido en su monopolio por los particulares; salvo cosas excepcionales intervenía la autoridad, como en la "litis aestimatio" que para fijar la suma de dinero que el vencido había de pagar al vencedor se daba; sin embargo preferimos no adentrarnos en estos terrenos, porque es difícil realmente formular juicios de validez científica.

F) Recursos

No tenemos fuentes que nos informen sobre esta materia, es posible no obstante conjeturar que los reyes primero y los cónsules después hubiesen podido revisar las resoluciones dictadas por sus subalternos.

En este aspecto opina Ávila Martel²⁴ que indirectamente era posible emplear algunos remedios en el procedimiento ejecutivo como la nulidad, la posible "restitutio in integrum" o aun obtener la interposición de la "intercessio".

²² Ver ARANGIO RUÍZ, *Opus Cit.* pp. 20 a 46.

²³ Ver supra inciso D. nota 18.

²⁴ Alamiro de ÁVILA MARTEL. *Derecho Romano*. Chile, 1957, p. 32.

3. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL SISTEMA FORMULARIO

El segundo de los sistemas que integran el "ordo iudiciorum privatorum" corresponde a las exigencias del sentimiento jurídico nuevo debido al aumento de la población de Roma, complicación de la vida económica y procesos entre romanos y extranjeros.

La expedición de la "lex Aebutia"²⁵ y posteriormente la "Lex Iulia Iudiciaria privatorum", año 17 a.C.,²⁶ le dan fuerza legal, con lo que quedan prácticamente derogadas las acciones de la ley.

A) Carácter del proceso

El procedimiento formulario aparece escindido en las dos etapas "in iure" y "apud iudicem" como el anterior, rige igualmente el carácter privatista, pero la intervención estatal al organizar el procedimiento se acentúa, el ritualismo del proceso cede ante el formalismo en el cual el actor y demandado tendrán una gama de posibilidades, posturas intermedias, que darán lugar a la creación de nuevas figuras procesales.

La diferencia entre "ius" y "iudicium" no existe aún en este sistema por lo cual la definición de Celso sobre acción es verdadera.

Si bien es cierto que el pretor como señalábamos anteriormente rompe con el ritualismo, introduce la fórmula y vuelve más idóneo el proceso no pudo romper con el carácter privatista del período precedente. La oralidad todavía se encuentra presente aun cuando la "litis contestatio" no tenga la sola función de gravar en la memoria de los testigos el desarrollo de la primera fase. El formulismo escrito típico de este momento histórico atenúa sin embargo esta sobrevivencia histórica de la oralidad que pronto será sustituido por el sistema predominantemente escrito.

B) Conceptos de a) Jurisdicción, b) Acción y c) Excepción

a) Jurisdicción

Al emitir el magistrado mediante "decretum" el texto de la fórmula definitiva, decide a la vez "dare iudicium", parece ser desprendido de las fuentes que la palabra fórmula es el modelo abstracto contenido en el Edicto y "iudicium" la fórmula concreta y definitiva, es decir "dare iudicium" significa que el pretor emite y concede la fórmula concreta y definitiva a la que ha de sujetarse la actividad del "iudex".²⁷

²⁵ Su fecha se fija entre 149 y 126 a.C.

²⁶ Gayo 4, 30 dice que las acciones de la ley fueron abolidas por las dos leyes indicadas, pero se estima hoy, que de éstas sólo se refiere a los testigos privados ante el pretor urbano, lo que hemos citado. P.R. GIRARD, Z.S.S. tomo xxxiv, pp. 295 y ss.

²⁷ M. WLASASK, Z.S.S. tomo xxxiii 1912, pp. 81 y ss. sostiene que el mandato de juzgar no se realiza mediante la fórmula.

La jurisdicción en esta etapa comprende la actividad del magistrado en sus funciones de: "ius dicere", "dare o denegare actionum" "iudicium dare" e "iudicare iubere",²⁸ es decir que el magistrado no interviene en la resolución del litigio, la iurisdictio era se puede decir, la potestad del magistrado para llevar a cabo todos los actos necesarios para administrar justicia.

b) *Acción*

El repertorio de acciones que corresponde al de derechos subjetivos o situaciones de hecho tuteladas, características del derecho romano preclásico se refleja y acentúa en el período formulario.

Derecho subjetivo y acción son aún una unidad inescindible. La acción formularia era un acto emanado de la autoridad pública, un verdadero acto interlocutorio pronunciado por el magistrado, como señala Pallares;²⁹ es decir era la fórmula redactada por el pretor a la vez que un derecho otorgado al demandante. Gayo en su libro IV de las Instituciones las clasifica, la distinción entre ellas se reflejaba en la especial clase de fórmula que se redactaba.

Es hasta la última etapa del proceso romano cuando se llega a la generalización del concepto de acción.

Podemos decir siguiendo a tantos otros autores que el derecho procesal romano es un derecho de acciones, siempre y cuando no olvidemos de referirlo a esta fase del "ordo iudiciorum privatorum".

c) *Excepción*

La "denegatio actionis" de la época de la "legis actionis" puede en ciertos casos significar un modo de defensa para el demandado pero sólo sería de manera temporal, en efecto, si no se continuaba el pleito, ni habiéndose celebrado la "litis contestatio", el actor podrá interponer la acción de nuevo ya que ésta continuaba viva.

Este inconveniente queda subsanado con la creación de la "exceptio", alegación que en su propia defensa hace el demandado, o sea que la solución equitativa exigida por un sentimiento jurídico desarrollado, encuentra su expresión en la excepción mediante ella colocando una nueva cláusula entre la "intentio" y la "condemnatio", el demandado alega su propia defensa, aun cuando reconozca que está fundada la pretensión del actor.

La inserción de la "exceptio" debe pedirse durante el procedimiento "in iure" y al igual que toda la fórmula necesita la aprobación del pretor,³⁰

²⁸ LAURIA de, "Iurisdictio" *Studi in onore de P. Bonfante*, Milán, 1930, vol. II, pp. 479 y ss.

²⁹ PALLARES PORTILLO. Op. cit. p. 50.

³⁰ Ver Gayo 4, 125.

el cual puede o no autorizarla discrecionalmente; es creación del derecho honorario y su razón de ser arranca del dualismo entre el "ius civile" y "ius honorario" lo que nos explica la diferente fisonomía de la "exceptio" clásica a la del derecho justinianeo³¹ y de la excepción de nuestros modernos derechos procesales. Si dentro del procedimiento formulario encontramos ya excepciones tendientes no ya a absolver al demandado, sino a rebajar lo pedido por el autor, condenándolo en menos de lo formulado en la "intentio", es una cuestión discutida, parece ser que este avance se logra en el período posterior.³²

Lo que sí podemos afirmar, siguiendo a Schulz es que en las fuentes encontramos gran confusión respecto a la "exceptio" y que una historia de su desenvolvimiento hasta los tiempos modernos está aún por escribirse.

No debe pasarse por alto que la creación del instituto de la excepción debe colocarse en el haber positivo de la creación del pensamiento latino aplicado al derecho objetivo de la época.

C) Relaciones que se precisan entre las partes y entre éstas y el tribunal

a) *Relaciones entre el actor y el tribunal*

Al igual que en las acciones de la ley la citación incumbe sólo al demandante, pero en el período formulario se encuentran ya ciertos casos la intervención del pretor para que sea más eficaz dicha citación, el magistrado concede una acción "in factum" al actor, la solicitud de la "postulatio actionis" otorgamiento de protección jurídica relaciona al tribunal con el demandante al admitir la acción que pretende, pero para la iniciación del proceso es necesaria la presencia o intervención del demandado.³³

b) *Relaciones entre el actor y el demandado*

El contacto producido por ambas partes a través de la "in ius vocatio", queda reforzado algunas veces aun antes de la "postulatio", cuando al demandado le interesaba precisar algunos puntos especiales para la "litis", por ejemplo si quiere reclamar al heredero un crédito que tuviera contra el de "cuius", y puntualizar previamente si el demandado es en verdad el heredero y en qué proporción; para lo cual le dirigirá unas preguntas "interrogatio in iure" que el demandado deberá forzosamente contestar;³⁴

El "iusiurandum calumniae", el "iusiurandum necessarium" y el "iusiurandum voluntarium" implican el contrato entre las partes, mismo que

³¹ Según F. SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*. Barcelona, p. 51. Cada vez que encontramos la palabra "exceptio" referida al derecho justinianeo se trata de una interpolación.

³² Ver ÁLVAREZ SUÁREZ. *Opus cit.* p. 317. WENGER, *Instituciones* p. 148.

³³ Encontramos para la representación ya desenvuelta la figura del "cognitor-Gayo 4, 83, del "procurator" Gayo 4, 101.

³⁴ D. 11, 1.

devendrá en un verdadero contrato judicial al producirse la "litis contestatio", que implicaba la substitución de la relación jurídica anterior de las partes y creaba una diferente: la de estar a lo que falle el juez, fijar las partes y el juez y hacer que la nueva relación entre las mismas fuera transmisible a los herederos, aunque la acción originaria no lo fuera.

c) *Relación entre el demandado y el magistrado*

Su primer contacto lo tendría al contestar la "in ius vocatio", posteriormente en los juramentos si los hubiere, pero una relación de demandado con el magistrado clara y precisa la encontramos en el terreno de las excepciones.³⁵ El "reus" puede aceptar el proyecto de "fórmula" tal y cual lo presenta el actor, pero es posible también que el demandado aun reconociendo el derecho del demandante oponga determinadas circunstancias de hecho³⁶ para lo cual solicita al magistrado que se inserten en la fórmula, y éste a través de una breve "cognitio" resolverá si deben o no aparecer en la misma.

La presencia del "reus", su actitud defensiva, insistimos sobre el punto es condición "sine qua non" para la consecución del proceso, ya que la figura contumacial no tiene cabida aún en el período que estamos estudiando el "per formulam".

D) *Secuela del Proceso*

El carácter bi-instancial, típico de los dos sistemas que configuran el "ordo iudiciorum privatorum" se refleja en las fases "in iure" y "apud iudicem". La etapa ante el magistrado se desarrolla sin ningún formalismo en las expresiones que los litigantes emplean; si éste acepta la fórmula pedida por el actor es necesario fijar los términos definitivos de la misma. El demandado podría también satisfacer de inmediato la pretensión del actor siendo un "confessus in iure", ya obtenida la fórmula y habiéndose producido la "litis contestatio" con sus conocidos efectos, se abre la segunda fase en la cual sin ningún orden formal determinado,³⁷ se desahogaban las pruebas ante el juez, a quien previamente se entregaba la fórmula, seguidamente después de conocer los puntos de vista de las partes, se pronunciaba la resolución correspondiente.³⁸

E) *Sentencia y Medios de Ejecución*

El juez formará su sentencia cuando se haya formado una convicción seria respecto al debate, aquí encontramos una profunda diferencia con la

³⁵ Todo contacto que se establecía entre el demandado y el magistrado era expresión de la relación de que tratamos, por ejemplo la oposición recusación del juez propuesto por el actor, u otras más.

³⁶ Gayo 4, 26.

³⁷ Al menos de acuerdo con lo que las fuentes nos revelan.

³⁸ Con esto se configura el procedimiento en sus elementos substanciales.

concepción posterior del problema ya que al juez formulario se permitía “iurare cibi non liquere” cuando el asunto no le parecía claro.³⁹

El principio de congruencia entre la sentencia y la fórmula constriñe al juez, con algunas atenuaciones como son las acciones de buena fe.

Apuntamos el carácter pecuniario de la sentencia formularia.⁴⁰ Para que se produzcan los efectos de la “res iudicata” se precisaban:

- a) identidad del asunto deducido en juicio o de la causa o del objeto;
- a) identidad del asunto deducido en juicio o de la causa o del objeto;

El problema de los medios de ejecución debe centrarse en torno a la “actio iudicati” que se deduce en la sola fase “in iure”, salvo que el reus se oponga, pues seguirá por tanto nueva sentencia que en caso de ser condenatoria contendrá el doble de aquello a que condenó la primera resolución.

La ejecución podía recaer en la persona del “reus” o “condeminator” o sobre su patrimonio mediante la “bonorum venditio” creación del pretor Rutilius Rufus,⁴¹ dicha “venditio” originaba la infamia del condenado, por lo cual se ideó la “bonorum cessio” con el “beneficium competentiae” perpetuo.

F) Recursos

Dada la noción bi-facial del procedimiento y la concepción de la jerarquía administrativa de la época, los recursos aparecen como medios extraordinarios solamente, mismos que pueden encerrarse en los siguientes cuatro grupos:

- a) oposición a la “actio iudicati”, o a la validez de la sentencia de la que dimana, con las consecuencias que hemos apuntado arriba,
- b) la “restitutio in integrum” basada en el “imperium” del pretor y prometida en su Edicto, solamente “ex magna et iusta causa”, caducaba en un año,
- c) la acción de perjuicios que podía deducirse contra el juez sobornado y concebida como fuente de obligaciones,⁴²
- d) un remedio más de derecho público se configuraba en el instituto de la “intercessio” de un tribuno contra los actos de ejecución de sentencia.

4. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL SISTEMA EXTRAORDINARIO

Desde el punto de vista externo, la más gruesa diferencia que presenta este sistema en relación con los anteriores es el de que la secuencia procesal

³⁹ Aulio Gelio N.A. Lib. xiv Cap. 2.

⁴⁰ Con las limitaciones que derivan de la cláusula arbitraria.

⁴¹ Año 118 a.C.

⁴² Los comentaristas agruparon esta figura bajo el rubro de los cuasi delitos.

ha quedado concentrado en una sola fase dada la concentración de facultades que reúnen en el magistrado.

A) Carácter del proceso

Substancialmente la transformación que se opera en la materia con la adopción del sistema extraordinario, es la más profunda que la milenaria evolución del derecho de Roma ofrece a nuestra vista. Una serie de corrientes que denotan radical modificación hacen del sistema procesal un fenómeno de derecho público, lo cual se vincula al concepto de jurisdicción, al nacimiento del concepto de acción (en singular), a la desaparición de la fórmula y del carácter convencional y por ende privatista del sistema antiguo que ha dejado sin embargo una huella generalizada en el predominio de la escritura. Como veremos todas estas notas permiten apreciar que este sistema se aleja tanto de los precedentes cuanto se aproxima a los actuales.

B) Conceptos de jurisdicción, acción y excepción

Jurisdicción Como la titularidad de jurisdicción se encierra en el solo magistrado que conduce y organiza el proceso, su oposición con el "imperium" deja de presentar relevancia, lo que hay que destacar netamente es la medida de la conquista que el Estado ha logrado con la monopolización de la función de impartir justicia.

En cuanto a la competencia el concepto que se había venido gestando continúa su evolución aunque por camino ligeramente distinto ya que la fusión entre el orden pretórico y el orden civil acercan cada vez más a los dos tipos de "iudicia"; "legitimun" e "imperio continens". Si pensamos después en el alcance y efectos de la *Constitutio Antoniniana*, veremos que el importante criterio que los diferenciaba se adelgazaba visiblemente.⁴³

Acción Aquí debemos señalar como fundamental que la socialización del proceso ha fomentado la obtención de la autonomía y desprendimiento de la acción respecto de los derechos subjetivos concretos de los que consideraba como sección inseparable. Apareciendo pues como medio único de tutela de las situaciones jurídicas se originan las tres siguientes características que conjugándose individualizan a esta institución:

- a) la desaparición del principio de especialidad de la acción,
- b) la configuración del concepto de acción como instrumento singular para provocar la dinámica de los tribunales y,
- c) el carácter público de este derecho autónomo que se explica por la calidad del órgano judicial y por el objetivo que reviste en un régimen de derecho la mecánica judicial.

⁴³ D. 2, 1, 3.

Excepción Bajo este rubro debemos reproducir lo que ha venido expresándose para la acción, ya que sabemos que el derecho de contradicción como correlato lógico y jurídico del derecho de acción es sólo diverso de éste por su posición y por su titularidad.⁴⁴

C) Relaciones que se precisan entre las partes y entre éstas y el tribunal

Descubrimos en esta materia una serie de conclusiones bastante evidentes en este momento de nuestra investigación y que se producen como resultado del nuevo carácter (público) del proceso mismo que hace que estas relaciones antes privadas, participen ahora más de la nota de socialización. Por otro lado desde el punto de vista cuantitativo los vínculos procesales disminuyen ya que disminuyen también la amplitud penal del proceso.⁴⁵

D) Secuela del proceso

La "in ius vocatio" es ahora llevada a cabo ante el tribunal, a través del "executor" que comunica al "reus" el "libello" de la demanda. Después de que ambas partes han prestado la "cautio iudicio sisti" se exponen las pretensiones respectivas mediante la "narratio" y la "contradictio" produciéndose enseguida la "litis contestatio" con efectos muy restringidos.⁴⁶ Después de opuestas las excepciones y ventiladas las diligencias probatorias,⁴⁷ en una audiencia especial se pronuncia la resolución conducente, elemento explicativo y teleológico de toda la actividad anterior.

E) Sentencia y medios de ejecución

El juez no se encontraba ligado a una fórmula predeterminada, se encontraba ligado solamente a la ley y en esto descubrimos un antecedente del mismo principio actual. También podía ahora el juez regular la condena de acuerdo con lo pedido con el actor.⁴⁸ Ya no rige el viejo principio de la condena pecuniaria y por lo mismo la cláusula arbitraria desaparece. La sentencia debe aparecer por escrito y se nota un visible incremento de la condena en costas y "sportulae" (honorarios del "advocatus" u "orator").

El juez de la "cognitio extraordinem" no puede excusarse de fallar, no cabe ya el "non liquet" pues se le daba la "consultatio ante sententiam" antecedente como es de apreciarse de nuestras actuales diligencias "para mejor proveer".

⁴⁴ Para más datos sobre excepción, consúltese ÁLVAREZ SUÁREZ, *Opus cit.*

⁴⁵ Mayores datos sobre esta cuestión se expondrán en la Parte III inciso 1.

⁴⁶ Para ver tales efectos consúltese la Parte III sección 1.

⁴⁷ Es de notarse que se incrementa visiblemente la utilización de la prueba pre-suncional.

⁴⁸ Muy distintos eran pues los efectos de la "plus" y aun de la "minus petitio" del demandante.

La ejecución aparece respaldada por la fuerza pública, esto es evidente corolario de lo antes dicho y sabemos que se hacía a través de la "actio iudicati". El reo condenado tiene un lapso de dos meses para pagar, elevado por Justiniano a cuatro. Como el objeto puede ser ya la prestación misma debida, el problema ejecutivo se hace más complejo. Se da la "manu militare", el "pignus in cautia iudicati captum"⁴⁹ y las "missionem in possessionem" así como las "cesiones honorum" con todas sus modalidades.

F) Recursos

La especial distribución y configuración de la jerarquía administrativa, hace posible la aparición de la apelación.⁵⁰ Se produce el fenómeno de la multiplicidad de instancias. Eran apelables las sentencias que ponían fin a la instancia, salvo las de juicios en rebeldía o que hubieran agotado las posibles instancias. Se daban medidas contra los apelantes temerarios⁵¹ condenados al cuádruplo de las costas y en la época de Constantino se les castigó con destierro y confiscación; Justiniano reemplazó estas penas por la multa, con lo que anuncia nuestro actual sistema privatista.

Si la sentencia estuviese viciada de nulidad debía oponerse la respectiva excepción frente a la "actio iudicati" o seguir un litigio especial para indagar o no si hay sentencia válida "an iudicatum sit necue".

5. CONCLUSIONES A LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PROCESO ROMANO

Desde el punto de vista histórico los tres sistemas procesales romanos representan una evolución cronológica, cuya continuidad fue concordante con el desarrollo progresivo de las necesidades sociales.

A medida que el derecho civil, quirritario, deja de ser idóneo para satisfacer las exigencias de la nueva conciencia social, surge y desarrolla el derecho pretórico que deviene anacrónico al afirmarse el poder del príncipe, el derecho imperial invade gradualmente todo el ordenamiento jurídico.

Lo anterior, no significa, creemos, que el derecho honorario sea una derivación del derecho civil, ni el derecho imperial lo sea del derecho honorario.

El paso de las "legis actionis" al "per formulas" no tiene, para nuestros fines, mucha importancia, debido al sello privatista que el pretor no pudo romper, a pesar de haber roto trabas como el formalismo, transformarlo en más idóneo y menos peligroso.

La introducción de la fórmula importante en todos los aspectos y decisiva para el ulterior desarrollo del sistema, no priva sin embargo al proceso latino de su carácter privado.

⁵⁰ Cod. Theodosiano 1, 2 y 2, 4. Ver también Cod. Justiniano 1, 19 a 23.

⁵¹ Cod. 7.62.

⁴⁹ Antecedente claro de nuestro embargo.

La "cognitio extra ordinem", surge desde los primeros tiempos del imperio como anormal y esporádica, conquista terreno gradualmente, deviniendo a ser el único sistema imperante en la legislación justiniana.

Es una formación nueva que procede de base diversa y que tiene su propia evolución. El paso del proceso formulario al extraordinario es enorme, no es sólo el cambio de un sistema procesal, se trata de una nueva y diversa orientación del proceso que corre paralela a la profunda transformación del Estado romano, al sistema jurídico en general y a las instituciones en particular.

La función del Estado no se reduce ya a limitar la defensa privada de los particulares⁵² con el único objeto de intervenir para que la diferencia de intereses entre los particulares no degeneren en lucha violenta, siendo la base del proceso la "litis contestatio", condición "sine qua non" para la existencia del proceso.

Es cierto que la nueva etapa procesal la cognitio, utiliza los mismos términos (actio, iurisdictio, sententia, cosa juzgada) pero sólo son los términos los que sigue, dada la pobreza terminológica de la nueva formación jurídica, pero no los conceptos.

Es un proceso ya no de recepción, sino más bien de transformación substancial; en el cual el juez es un órgano estable de la administración pública, a quien la ley le exige la tarea de administrar justicia.

La jurisdicción es una función propia del Estado, el proceso extraordinario tiene claramente un carácter público, lo que lo aleja tanto del sistema formulario cuanto lo acerca a las concepciones modernas.

II PARTE

1. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL SISTEMA PROCESAL MODERNO

En este sitio de nuestro trabajo vamos a ocuparnos de los rasgos sistemáticos que caracterizan al proceso en nuestros días; las ideas que apuntemos servirán para formular un concepto lógico con las ya obtenidas en el inciso precedente.

A) Carácter del proceso

Es unánime la voz en la doctrina de que el procedimiento pertenece precisamente al derecho público, a pesar de que se localizan en algunos sistemas jurídicos⁵³ alguna posibilidad de procedimiento convencional. Es también cierto que en nuestro mundo occidental predomina considerablemente el sistema escrito y la idea del moderado formulismo y no del

⁵² Ver LAURIA. *Studi Bonfante* II p. 497.

⁵³ Por ejemplo en nuestro Código de Comercio.

exagerado ritualismo, toda vez que la garantía de seguridad en la impartición de la justicia ha venido a ocupar el sitio que le corresponde dada su importancia para la consecución del bien público de la colectividad.

Esas afirmaciones no sólo se desprenden del espíritu que anima e informa a las legislaciones, sino que ha llegado ya a despertar viva preocupación en los especialistas de manera que ya se habla y se emplea doctrinalmente la llamada teoría general del proceso con innegable acierto.

B) Conceptos de jurisdicción, acción y excepción

Jurisdicción. Dentro del proceso de estabilización y socialización del mundo contemporáneo la jurisdicción se ha afirmado más que nunca, como un monopolio del Estado, a pesar de las posibles delegaciones que a través de la ley puedan llevarse a efecto. Por lo tanto el problema de la titularidad de la jurisdicción ha venido a solidificarse pues como es de apreciarse en la época post clásica del derecho romano ya se afirma este fenómeno.

La jurisdicción en cuanto a su substancia ha venido considerándose como una facultad que debe ser entendida sin embargo a nuestro parecer como una facultad de ejercicio obligatorio pues los órganos del Estado no tienen disponibilidad que verse sobre el ejercicio de la misma para resolver con fuerza vinculante para las partes una situación jurídica controvertida.

La competencia considerada como el límite de la jurisdicción no ha transformado su realidad conceptual pues como límite lógico al concepto de jurisdicción ya fue entendida así por el derecho romano.

Debe puntualizarse como lo hace Alcalá Zamora⁵⁴ que la competencia o capacidad objetiva del juzgador puede ser concebida como la medida de la jurisdicción o si se prefiere como la porción de poder jurisdiccional detenida por cada juzgado o tribunal.

Acción. Después de la tormenta doctrinal que en Italia, Alemania y el resto del mundo occidental desencadenó en el siglo pasado la preocupación por determinar la naturaleza de este concepto, podemos afirmar como una de las conquistas más firmes del derecho procesal moderno, la aseveración de la autonomía lógica y jurídica de la acción respecto a los derechos subjetivos individuales.

Así pues no ha habido duda sobre el carácter de derecho subjetivo público y autónomo que peculiariza a la noción precedente de acción.

Por más que algunos cuerpos legislativos hagan palpable su preocupación por la clasificación de las acciones, no cabe duda que el carácter público del proceso, y cuyo antecedente remoto se localiza en el sistema romano de la "cognitio extraordinaria" debiera hacer pensar en una solución distinta, máxima en esta época en que el trabajo abstracto y el proceso de concep-

⁵⁴ Niceto ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO. *Síntesis del Derecho Procesal*, México, 1965, p. 210.

tualización de la doctrina, han logrado ya una verdadera teoría general del proceso.⁵⁵

El concepto jurídico de acción lleva no sólo en su etimología en su substancia jurídica la idea de movimiento, la noción de lo dinámico; es pues desde la misma concepción romana de épocas antiguas el principio impulsor de la actividad procesal, esto no significa que no se hayan operado transformaciones substanciales en el concepto; lo que pretendemos afirmar es que lo necesario para poner en la maquinaria jurisdiccional es una fuerza elemental que los han expresado con la voz sustantivada de "agere".

Excepción. La excepción actualmente es una emanación que proviene del procedimiento romano post clásico en cuanto a su mecánica, ya que su concepción en la época del procedimiento formulario, se reducía a una condición negativa resolutoria del poder de condenar, es decir, de la "condemnatio".

La excepción ha sido considerada pues como la pretensión jurídica individual de quien asume la calidad de demandado o la prestación de la pretensión misma, es por esto indudable expresión del derecho de contradicción.⁵⁶

Véase pues cómo la expresión formularia de excepción al poder judicial de condenar ha pasado a través del procedimiento extraordinario⁵⁷ a nuestro sistema con la misma denominación y con función análoga pero con un mecanismo y con una substancia doctrinaria diversa.

C) Relaciones que se precisan entre las partes y entre éstas y el tribunal

Dada la naturaleza pública de los derechos de acción y de contradicción o defensa, se puede aseverar que ambos constituyen diversos aspectos de la misma situación que resulta de la posición diferente que en el proceso asumen los sujetos activos de la relación procesal. Es cierto que existe una situación antitética entre la calidad de ambas pretensiones, sin embargo existe un principio de unificación en cuanto a la igualdad que debe estar presente en la secuencia del proceso mismo, y es por esto que la relación procesal que se precisa entre actor y demandado es sin duda alguna de derecho público, informado por el principio de igualdad y que geoméricamente puede representarse como la base de un triángulo cuyo vértice representa al tribunal: dicha relación es en los procesos realmente contenciosos verdaderamente de las que se califican de oposición; puede inclusive ser de carácter recíproco en tratándose de la reconvencción.

D) Secuela del proceso

⁵⁵ ALCALÁ ZAMORA. *Opus Cit.* p. 215.

⁵⁶ JOSÉ BECERRA BAUTISTA. *Introducción al Estudio del Decreto Procesal Civil*, México, 1957, p. 134.

⁵⁷ Mucho más próximo al nuestro como veremos en la parte III.

La secuela del proceso puede representarse sintéticamente del siguiente modo:

1. Planteamiento del problema
2. Fijación de la litis
3. Período probatorio
4. Alegaciones
5. Resolución.

Éstos son los diversos peldaños comunes a todo proceso normal, sin que los elementos accesorios como los recursos, incidentes, resoluciones interlocutoras, etc., sean indispensables para la genuina configuración del fenómeno.

No vamos a ocuparnos de la ubicación y múltiples peculiaridades de estos elementos procesales, pues cada uno de ellos reclama por su concepto mismo un lugar propio y adecuado en la secuela que le permita ser el eslabón que continúa la cadena y permite proseguirla con los elementos subsecuentes.⁵⁸

No olvidemos que el carácter inquisitivo o dispositivo del proceso según que se tienda a la obtención de la verdad real o de la formal (procesal, penal o civil, respectivamente, por ejemplo) matizan e individualizan a estos dos grupos de procesos engendrando una serie de peculiaridades que quedan sin embargo al margen de los elementos comunes e imprescindibles a todo proceso, es decir, de aquellos componentes antes enunciados que han permitido a los tratadistas elaborar en estos últimos tiempos la multicitada teoría general del proceso.

E) Sentencia y medios de ejecución

La palabra sentencia significa como es notorio la resolución del órgano jurisdiccional que resuelve una controversia entre las partes con fuerza vinculante para éstas.

Dentro de la lógica silogística del proceso la sentencia ocupa el lugar de la conclusión, es racionalmente hablando la causa final de toda actividad inteligente que la antecede.

Destacamos pues el sentido teológico de la cuestión; y en este terreno no ha aportado nada la evolución conceptual y no podía haberlo hecho, pues lo dicho en líneas superiores creemos que encierra una verdad constante que escapa a toda posible evolución. Por ejemplo recordemos la resolución que se dictaba con motivo de la "actio sacramentum in rem", para remontrarnos lo más posible; apreciaremos que si bien es cierto que dicha sentencia versaba sobre la apuesta misma, hacia ello tendían todos los esfuerzos y

⁵⁸ De este carácter de encadenamiento de los actos procesales, se deriva el régimen peculiar de nulidades en la materia. Véase Paolo D'ONOFRIO en sus *Lecciones de Derecho Procesal Civil*.

actividades de las partes, pues resultaba ser la forma de solución del debate. Esto no quiere decir que el contenido patrimonial, y característico de la sentencia del procedimiento formulario sea radicalmente opuesto a concepciones más recientes⁵⁹ pero de cualquier manera el sentido humano y etiológico de la actividad procesal persiste él mismo.

F) Recursos

La posibilidad del error en las resoluciones plantea la necesidad de estructurar un sistema de revisión de las mismas aun en los casos en que no exista dolo o culpa del juzgador, sino simplemente inexacta apreciación de la situación jurídica controvertida frente a la solución que el orden jurídico en cuestión prevé para el caso. Es por esto que se establecen exámenes subsiguientes del problema jurídico y en ocasiones de oficio.⁶⁰

Alfredo Rocco⁶¹ distingue la impugnabilidad de la rerretractabilidad o revocabilidad, la primera pertenece al caso típico del recurso y la segunda abre contra una resolución la posibilidad que el mismo órgano jurisdiccional la reconsidere a constancia de interesado o de oficio.

A pesar de que en el derecho romano en su época clásica y post clásica encontramos recursos directos e indirectos para impugnar las resoluciones, creemos que es conquista del derecho moderno la estructuración orgánica y sistemática del aparato de los recursos de que se dispone hoy en día en las diferentes legislaciones.

2. INFLUENCIA EJERCIDA POR EL PROCEDIMIENTO CIVIL ROMANO EN EL PROCEDIMIENTO EN GENERAL Y MEXICANO EN PARTICULAR

“Si consideramos el Corpus Iuris no como la finalidad degenerada del derecho romano sino como punto de partida de una nueva vida”⁶² se podrían resolver muchas de las interrogantes, sobre todo en materia procesal.

El problema sobre la influencia del derecho romano y del derecho germánico en la formación del derecho moderno, ha sido objeto en los últimos 40 años de fecundos estudios históricos, que casi siempre se han inclinado por la supremacía de uno u otro, más por razones sentimentales o nacionales que por efecto de una serena indagación científica; y esto se debe creemos nosotros, a que la investigación romanística contemporánea ha puesto su

⁵⁹ Por más que la “cláusula arbitraria” limitara tales inconvenientes.

⁶⁰ Sobre todo con referencia a algunas resoluciones que afectan el estado y capacidad de las personas.

⁶¹ Alfredo Rocco *La sentencia civil*, México, 1944, p. 244.

⁶² Biondo BIONDI *Intorno alla romanità del proceso civile moderno*. 1955. Milano p. 371.

atención en el derecho clásico, olvidando, sino despreciando las más de las veces al derecho justiniano.⁶³

Si por proceso romano entendemos el procedimiento de los juristas clásicos, que todavía se refleja, aunque sólo sea normalmente en el *Corpus Iuris* la ascendencia del proceso romano en el proceso moderno no puede ser más que negativa.

No podemos negar sin embargo que del proceso formulario surgieron o nacieron concepciones que han pasado plenamente al derecho moderno como por ejemplo la estructura de la excepción, creación indudablemente producto del funcionamiento latino y también los medios para obtener la competencia del juez y del pretor subjetivamente hablando, es decir las excusas y los medios de recusación.

Los albores del proceso moderno deben buscarse en la "cognitio extraordinaria", esto es, en la etapa final de mayor madurez de la evolución procesal, que como vemos es aquella en la cual el simbolismo y el ritualismo vienen a ser sustituidos por un formalismo ya de tipo netamente jurídico.

A) Carácter del proceso

Biondo Biondi, en su obra tantas veces citada, combate vivamente la idea de que el carácter público de la jurisdicción y de la organización judicial, derive de las concepciones germánicas.

El ilustre romanista encuentra ya en el *Corpus Iuris*, un acopio de elementos que permiten asegurar que ha desaparecido toda huella del carácter privado del proceso antiguo para dejar el lugar a la jurisdicción como una función propia y exclusiva del Estado.

El juez del que se habla tan frecuentemente en los textos de la compilación no es ya el juez privado, constreñido a juzgar por la fórmula redactada por el magistrado.

En el *Corpus Iuris* el proceso aparece en consecuencia con un carácter indudablemente público, esto no debe ser considerado como una novedad atribuible a Justiniano, sino como un reflejo del carácter ya imperante en época bastante anterior cuando abandonado el sistema de fórmulas surge el de la "extraordinaria cognitio"; por esto afirma el autor que venimos citando, al referirse al carácter público de este sistema, que estamos ante una concepción que tanto se aleja del sistema formulario como se acerca al sistema moderno.

De aquí que la estabilidad del proceso aparece espontánea en la magna compilación y a la vez se afirma con tanta energía que por primera vez

⁶³ Entre las tendencias adversas a la consideración del *Corpus Iuris* como la culminación histórica jurídica del proceso del Derecho Romano encontramos a los humanistas uno de ellos Antonio FABRI *De cosoribus pragmat* en la p. 344 dice de Tribuniano "non modo a ratione iuris profus et alienum, vercen etian et absurdum" P. Koschaker-Europa y el Derecho Romano pp. 101 y ss.

en la historia del derecho encontramos la concepción del derecho público y de su atribución al Estado.

B) Conceptos de jurisdicción, acción y excepción

Jurisdicción. De lo dicho precedentemente se aprecia que la jurisdicción es entendida como el poder conferido del Estado y exclusivamente por éste a sus órganos con clara delimitación en su medida, es decir, en su competencia.⁶⁴ A todas luces se encuentra ya configurado en este momento histórico el monopolio de la función como puede apreciarse del examen cuidadoso de las fuentes, por ello una nueva concepción informa a este sistema a diferencia de aquél de las fórmulas. En efecto Justiniano habla muy a menudo de “*comptens iudex*”.

Las consideraciones que hemos venido haciendo sirven de apoyo a Biondi para aseverar que nada común se precisa entre la jurisdicción formularia y la justiniana, si acaso el nombre. En la época formularia la “*iurisdictio*” era la potestad del magistrado de instituir el juicio, de expedir la fórmula nombrando al juez, sencillamente se puede decir que era el poder jurídico de llevar a cabo todos los actos necesarios o tendientes a la administración de justicia. En el proceso justiniano todo esto desaparece, no existe ya aquel órgano que daba acciones y organizaba procesos, el juez ofrece desde el inicio en contacto directo con las partes y de este modo la jurisdicción implica ahora la aplicación de la ley al caso examinado por el juez. (Nov. 25-3-pr.)

La competencia debemos entenderla como el límite de la jurisdicción, desde un punto de vista moderno no puede ser referida en el mismo contexto a todos los períodos en Roma. En efecto en la etapa de estabilidad del proceso, la función jurisdiccional como hemos visto se escinde y los poderes aparecen divididos; en época posterior el concepto adquiere mayor importancia y esto se comprueba con la minuciosa reglamentación que encontramos en los textos.⁶⁵

Si hemos visto una transformación substancial del concepto de jurisdicción es patente que también se opere dicha transformación en el concepto de competencia ya que ésta es aquélla la limitación lógica y jurídica.

Acción. El análisis cuidadoso y detenido de las rúbricas contenidas en el Edicto Perpetuo nos permiten comprender que entre acción y derecho subjetivo en la época clásica del derecho romano, la conexión si no era de

⁶⁴ BIONDI afirma *Opus Cit.* p. 378 lo que sigue: “Este concepto se encuentra claramente esculpido en numerosos testimonios justinianos. Recuerdo por ejem. C, 14, C3,1 (531) *sancimus omnes indices qui in administrationibus posit sunt... sive c3, C, 2, 46 (531) “sancimus... apud eos indices, guos angusta dedint maestas out nostrae republicae administratores”, Nov. 112, 3, pr. (541) “omnibus indicibus qui per impenalemen iussionem causas examinant”.*

⁶⁵ D. 5, 1 “*de iudicis...*” C, 3, 13, “*de iurisdictione...*” D3, 13, 35 proc. 2 “*tribunal comptens*”.

similitud sí lo era de gran intimidad; no era pensable la existencia de un derecho sin la existencia contemporánea de una acción.⁶⁶ De aquí el estudiado principio de la especialidad de la acción que explica y condecora la dinámica y el mecanismo del sistema formulario.

En cambio en el sistema de la *cognitio* el derecho subjetivo aparece como un *prius* respecto del problema procesal, y de este modo se rompe el principio señalado de la especialidad de la acción.

La relación entre derecho y proceso aparece pues disuelta y en esto nos acercamos palpablemente a la concepción actual del derecho subjetivo considerado como autónomo; esto que afirmamos en escasas líneas deben ser históricamente apreciado no sólo como el largo proceso de evolución del fenómeno de derecho sino también como una transformación del carácter empiriológico del pueblo romano quizás explicable, por influencias procedentes de la hélade. Esto explica también la unificación de la pluralidad de ordenamientos (*ius civile*, *ius imperiale*, *ius extra ordinem*) bajo el perfil de la voluntad imperial.⁶⁷

El derecho subjetivo considerado como poder de acción o de omisión dimanado del ordenamiento jurídico fue concebido originalmente por la mentalidad romana como adherido al fenómeno procesal; la transformación que antes venimos apuntando, se concretiza en la decisiva separación entre los dos conceptos y en consecuencia en la obtención de la autonomía del poder jurídico como derecho y por ello afirma Biondi que el proceso tiene a partir de este momento una función francamente declarativa. Es una verdadera conquista en el ámbito de la doctrina procesal.⁶⁸

De esta manera la multiplicidad de acciones deja de tener sentido, toda vez que se va configurando la noción de "actio" como medio general de tutela jurídica.

He aquí el influjo profundo ejercido por el evolutivo proceso de formación de la concepción autónoma del derecho subjetivo sobre nuestro sistema jurídico contemporáneo y es que del mecanismo inductivo característico de los romanos de la época clásica se ha pasado a la fase abstracta de construcción de conceptos generales.

Este proceso sin embargo arranca de la misma fase clásica.⁶⁹

Como se ha visto precedentemente la acción del procedimiento justiniano ha servido de base para formular nuestro sistema procesal contemporáneo, con independencia de otro tipo de influencias; nos referimos especialmente a la exclusión en este aspecto del sistema germánico, tan es verdad que

⁶⁶ Esto quizá deriva del carácter inductivo y empírico del pensamiento latino.

⁶⁷ BIONDI *Opus Cit.* p. 380.

⁶⁸ BIONDI *Opus Cit.* p. 381.

⁶⁹ De esta manera BIONDI condena, p. 382, que aunque Justiniano presenta la definición de acción como "ius persecuendi iudicio quod cibi debetur" (*Inst.* 4, 6, pr., D44-7-51) es posible que no sea sino obra de los clásicos. Sobre la clasicidad de esta definición, ver F. SCHULZ *Derecho Romano Clásico*.

Biondi afirma que “la doctrina del proceso no es otra que la doctrina de las acciones, aseveración que en el derecho germánico no es muy contundente, ya que lo que domina en ese sistema es el concepto de ofensa y reparación del daño” (debido a ello se ignora las más de las veces la separación de proceso civil y criminal).⁷⁰

Excepción. Sabemos, y en esto la doctrina entera no discrepa, que la excepción fue una de las geniales creaciones logradas por los romanos a través del mecanismo del sistema formulario, sin embargo sería grave error pensar que nuestra actual concepción de la excepción corresponda a la que tuvieron los clásicos; no negamos ni con mucho que su nacimiento, como antes se dice, sea de origen clásico, insistimos en que la paternidad de su creación debe atribuirse sin duda al pretor pero debemos apreciar con atención que en esta materia ha acaecido lo propio que con la acción. De la pluralidad de excepciones utilizables rigurosamente en la época de su nacimiento encontramos en la compilación justiniana la noción de “exceptio” como figura ya conceptualizada y es precisamente esta figura post clásica la que ha informado a nuestros sistemas presentes. Sería injusto no obstante el dejar de reconocer que el mecanismo de la excepción como medio de oposición activa a la conducta del demandante es de origen clásico, solamente que los clásicos no lograron formular la noción y por esto en sus obras se habla tantas veces de “exceptionis” y nunca de “exemptio”.

Jacobi,⁷¹ considera que nada que se parezca a la excepción del derecho canónico es bien diversa en cuanto se trata de una contra acción más que una defensa.

C) Relaciones que se precisan entre las partes y entre éstas y el tribunal

La iniciación del proceso no era posible aun en el sistema por fórmulas sin la intervención del demandado, de aquí que la “in ius vocatio” fuera acompañada en ocasiones de una “stipulatio” con el objeto de fijar una pena pecuniaria para el caso de la no comparecencia.⁷²

Si analizamos por otra parte el efecto principal de la “litis contestatio”, es decir, la producción de aquella novación nos percataremos que en el procedimiento formulario la relación existente entre el actor y demandado se caracteriza por un vínculo cuando menos de tipo cuasi contractual, por esto un juicio en contumacia correspondiente a este período es absurdo. En cambio en el proceso extraordinario no encontramos que la piedra angular del mismo sea el acuerdo entre las partes y por lo tanto no se requería for-

⁷⁰ No se quiere con esto indicar, que negamos las modernas concepciones sobre perfilar sobre una misma base procedimiento civil, penal, etc., para lograr la teoría general del proceso.

⁷¹ JACOBI (citado por BIONDI, Z.S.S. Kan. xxx, pp. 225 y ss.

⁷² Recuérdese el “vadimonium” y todos los medios de apremio así como el otorgamiento del “vindex”, véase de ÁVILA MARTELL *Opus Cit.* p. 42.

zosamente su presencia por lo que se abre la posibilidad del proceso en contumacia; aquí apreciamos la transformación radical sufrida en este terreno.

Ya Antonino Pío prescribe que no siempre el juez debe condenar al ausente C. 7, 43, 1.⁷³

También Caracalla se refiere a una "cognitio" sumaria hacia el contumaz. C. 7, 65, 1.

Justiniano presupone ya el instituto elaborado y así afirma la ausencia de una parte C. 3, 1. 13, 4.

Podemos concluir por consecuencia que el proceso contumacial aceptado y regulado fue sólo posible en la "cognitio extraordinem" que es la que en este aspecto proyecta su influencia hacia el futuro.

Son de excluirse en esta materia tanto influencias canónicas, germánicas, como estatutarias⁷⁴ ya que en estos sistemas la contumacia tiene otras consecuencias.

Relaciones entre las partes y el tribunal.

Se ha dejado asentado arriba que el procedimiento formulario no puede ponerse en marcha, sino con la presencia de ambas partes frente al pretor y ya sabemos que para lograr esto, existían diversas vías de buena efectividad. Debemos hacer notar que a diferencia de lo sucedido en la época de las acciones de la ley, ya se permitía la representación procesal a través del "cognitor" o bien de la extensión de la procura al campo procesal, y en esto encontramos el más remoto antecedente de nuestro instituto de la representación procesal.

Las actividades que llevan a cabo las partes frente al tribunal en la primera etapa del procedimiento son altamente religiosas y rituales, en el primer período y solamente formales en el segundo a diferencia de lo que sucedía en el sistema de la "cognitio extraordinem" con su carácter "monofásico", en el cual se aprecia una desformalización mucho más aproximada a nuestro sistema procesal civil contemporáneo. Pero volvamos al procedimiento formulario para apuntar que la actitud defensiva del "reus" o demandado era necesaria tanto así, que su carencia impedía la secuencia del proceso, diversamente a lo que ocurría en el caso del proceso de contumacia en época posterior.

que el formalismo procesal de nuestra época procede del germánico; como por ejemplo Chiovenda, refiriéndose a la oralidad del proceso moderno lo

D) Secuela del proceso

Bajo este rubro los autores se refieren con frecuencia al formalismo germánico contraponiéndolo a la libertad del proceso romano y concluyendo

⁷³ Así como en el sistema moderno, el rebelde puede ser absuelto.

⁷⁴ Ver JACOBI *Opus Cit.* p. 285.

⁷⁵ GuiseppE CHIOVENDA. *Saggi de Diritto Processale Civile*, Roma, 1930, pp. 210 y ss.

atribuye a la tradición romana.⁷⁵ No obstante la confusión entre las diversas etapas históricas y los diferentes sistemas procesales romanos obligan a tomar con reserva la ambiciosa conclusión antes expresada.

Enseña Biondi que superada la fase formal de las acciones de la ley a través de la "lex Aebutia" se llega a un proceso efectivamente carente de formas, de formal no tenía sino la fórmula, la precisa y rigurosa redacción de la fórmula no debe maravillarnos si se tiene presente que participa de la ley y del arbitraje y por esto debía tener la clara y precisa formulación. El proceso era estrictamente oral porque no es formal y porque los latinos eran contrarios a la escritura; de escrito solamente la fórmula⁷⁶ por ello ninguna formalidad ni para la iniciación del juicio ni para el desahogo de las pruebas ni para el pronunciamiento de la sentencia o su ejecución, y claro no podía ser de otro modo, porque el lector tendrá presente ciertamente que el proceso formulario es siempre "un negocio privado" y en esto no ha proyectado su sombra sobre nuestros sistemas presentes. En cambio el proceso prejustiniano y justiniano en el cual la defensa del derecho es una función pública, el juicio es ya formal con marcado predominio de la escritura.⁷⁷

¿En qué sentido deben ser valoradas las formas del proceso de la "cognitio Extraordinem"? Desde luego que con base en exigencias impuestas por el legislador imperial en cuanto eran concedidas garantías de recta aplicación la ley, esto es, buscando la actualización de seguridad jurídica en el campo procesal.

El denso formalismo del proceso germánico era diverso, como era diverso el formalismo del proceso formulario, uno y otro han desaparecido. Las exigencias de una forma del proceso en el sentido contemporáneo de la palabra perfilan solamente en el sistema "extraordinem".⁷⁸

El sistema formulario por cuanto se refiere a la iniciación del proceso se explica en una serie de actos ajenos a nuestro sistema moderno⁷⁹ aun cuando se encuentren otros que en el fondo les sean comunes⁸⁰ más nos interesa el sistema extraordinario por cuanto se refiere a esta materia en efecto la "in ius vocatio" deja de ser una cuestión privada que deba realizar el actor y pasa a transformarse en una citación ante el tribunal realizada por un oficial el "excecutor" que comunica al demandado el "libellus conventionis" que debe ser contestado por éste por un "libellus contradictionis". Tenía

⁷⁶ Kübler, Trampedech y Schlossman dudan que la fórmula se redactara por escrito. Ver V. ÁLVAREZ SUÁREZ *Opus Cit.* p. 302.

⁷⁷ BIONDI p. 392 se refiere a las obras de Bethman Hollweg y de Collinet para localizar las minuciosas y numerosas formas procesales.

⁷⁸ Ver BIONDI p. 933.

⁷⁹ Como son la editio actionis, el vodimonium, etc.

⁸⁰ La *in ius vocatio* aun cuando sea un acto privado obedece a la razón común de hacer sabedor al "reus" de la demanda entablada en su contra para que acuda al tribunal.

el demandado un plazo de 10 días, elevado por Justiniano a 20 en su Novela 53, para comparecer ante el tribunal.⁸¹

Ya hemos hablado del juicio contumacial y hemos de agregar que también el "reus" puede hacer citar al actor rebelde tres veces consecutivas, lo mismo ocurre si el reus no comparece después de la "litis contestatio".⁸²

En cualquiera de los casos de rebeldía la sentencia puede ser favorable o contraria al rebelde.⁸³

Ante el tribunal actor y demandado producen la "narratio" y la "contradictio" fijándose la "litis contestatio" ningún formulismo ni efectos novatorios, las partes pueden modificar posteriormente los términos del debate. El efecto de la "contestatio litis" se reducía a establecer el momento a partir del cual empieza a correr el lapso de 3 años en que la instancia queda desierta por falta de tramitación. He aquí un lejano pero claro antecedente de los modernos sistemas de caducidad de la instancia.

Después de la "narratio" y la "replicatio" las partes realizaban el juramento de calumnia es decir, que no seguían el juicio con mucha fe, sino convencidos de derechos que les asiste. Dentro de nuestro moderno fenómeno de laicización del derecho localizamos en este punto un remoto antecedente de las protestas de decir verdad.

La Prueba. En esta materia como nos dice Biondi, es donde se considera que el derecho germánico ha desplazado al romano, pero a esta conclusión se ha llegado a través de una gran confusión entre las distintas fases del proceso romano. El principio de la prueba irrestricta llega hasta el sistema formulario. La situación cambia radicalmente cuando el proceso es de base pública ya que incumbiendo también al Estado, éste se ve constreñido a regular el sistema probatorio y de este modo en el Corpus Iuris encontramos una precisa reglamentación de la prueba.

La prueba escrita aparece la normal y ordinaria, muchas veces sustituye a los testigos.⁸⁴ Faltando tanto en derecho romano como en germánico el principio de la prueba escrita, aquél reconoce sin embargo la preeminencia de la escritura a diferencia del proceso germánico que admite la superioridad de la prueba testimonial y en esto encontramos que como en otros tantos aspectos la influencia romana es más decisiva que la germánica; tengamos presente que Justiniano somete el testimonio a una reglamentación rigurosa para que pueda constituir prueba. Ya Adriano decía del testimonio "nulo cierto modo satis definire potest" D. 22-5, 3, 2.

⁸¹ Casi parece inútil parangonar esta dinámica de la iniciación del proceso con nuestro sistema actual de demanda, emplazamiento, traslado de la documentación al demandado y contestación a la demanda. No ha pasado al derecho moderno esa caución "iudicio sistio", debida para ambas partes.

⁸² Novela 112 - pr. 1 y 2.

⁸³ Así se dispone en C7-65-1. Antecedente de la concepción moderna.

⁸⁴ Nos remitimos a los siguientes textos: C, 9, 22, 22 y 23. N.73, 7 y C2, 42, 3, 3.

En materia de confesión, en el sistema clásico tenía eficacia absoluta sólo la desahogada "in iure" y es considerada explícitamente como tal por Justiniano.

Otra de las más geniales aportaciones del derecho romano en materia de prueba la constituyen el régimen de las presunciones que demuestra al paso del sistema libre de prueba al sistema tasado por el citado emperador.⁸⁵

E) Sentencia y medios de ejecución

Al acercarnos a la sentencia del procedimiento formulario encontramos un grave obstáculo para considerarla antecedente de nuestro instituto contemporáneo: el sistema de la condena pecuniaria, aun pensando en la posibilidad de las cláusulas arbitrarias; por otra parte la sentencia en su etimología misma entraña una idea de subjetividad congruente con la concepción del proceso como fenómeno privado y la citada resolución aparece antes de la "cognitio extraordinem" como una proyección del efecto convencional de la "litis contestatio"; todo esto es substancialmente diverso cuando tramonta el sistema por fórmulas, dando lugar al uninstancial. La necesidad de la condena pecuniaria desaparece y el contenido de la sentencia se adecúa al derecho aducido en juicio. Desaparecida la "litis contestatio" la sentencia tiene fuerza por sí misma como expresión de la nueva idea o noción de jurisdicción entendida dentro del contexto de lo público del nuevo proceso y de esta manera la fuente de las transformaciones jurídicas substanciales que cristalizan en el proceso es la sentencia misma y no ya la "contestatio litis", es por esto que si de fuente de las obligaciones debemos hablar precisa hacer un distinguo, lo es la "litis contestatio" en la época clásica y la sentencia en la post clásica.

La cosa juzgada característica del nuevo proceso público es pues propio de la época de la "cognitio", la famosa máxima "res iudicata proventate accipitur" no puede referirse a la fase precedente.

Medios de ejecución. En este campo ha sido declarado sin reservas la rotunda victoria del derecho germánico; no obstante tengamos presente el abolengo secular que encarnan esas dos acciones de la ley de tipo ejecutivo.

Chiovenda refiriéndose a lo dicho por Gierke de que el proceso ejecutivo moderno tiene raíz exclusivamente germánica encuentra exagerada tal afirmación, expresando que la misma sólo se refiere al derecho romano clásico, en realidad la ejecución formularia es privada la autoridad pública tiene una función meramente pasiva de control. Pública plenamente es la

⁸⁵ La más reciente doctrina considera que el actual sistema probatorio procede del sistema de Justiniano con exclusión del canónico y del germánico que han llegado hasta nosotros sólo en cierta medida.

ejecución justiniana; se configura de este modo la "actio iudicati";⁸⁶ existe ahora un "ordo executionis" regulado cuidadosamente.⁸⁷

F) Recursos

La decisión, el sentir del juez privado formulario no admite revisión alguna, era esto imposible por la falta de jerarquía característica de lo privado del sistema y toda vez que la sentencia derivaba de una situación jurídica perfectamente definida: la "litis contestatio"; sin embargo el creciente poder del emperador sobrepasando estas razones hizo posible que de hecho se abriera la revisión del sentir del "iudex privatus", de manera que no encontramos en este punto antecedente directo de nuestro sistema de recursos. Por lo contrario en el proceso extraordinario, todo es opuesto pues la jurisdicción admite variedad de niveles jerárquicos y el Estado con su propia autoridad disciplina y resuelve la controversia, ofreciendo así la apelación, no como poder del príncipe sino como un instituto inmanente al proceso.

La apelación no es el único medio de impugnación disponible, sino que coexiste durante largo tiempo con una serie de institutos que como la "in integrum restitutionis" que pueden ser considerados como precedentes de nuestros medios indirectos de impugnación, tal como la nulidad de las actuaciones.

Lo que nos preocupa destacar es que el sistema de impugnación de la sentencia es un instituto lógico y jurídicamente inmanente a la consideración del procedimiento como fenómeno de derecho público.

CONCLUSIONES

Primera:

Como puede verse en el presente trabajo no nos hemos ocupado de investigar cuáles han sido los elementos culturales que han ejercido influencias sobre el sistema procesal moderno, sino sólo hemos tratado de aquilatar la ascendencia del procedimiento civil romano en el mexicano.

Segunda:

Siguiendo el devenir histórico del proceso civil en Roma desde los albores de esa civilización hasta sus postrimerías, hemos podido encontrar que ya en la época post clásica correspondiente al sistema de la cognitio extraordinem se localizan una serie de notas que han servido de núcleo común a los modernos sistemas que en el mundo de occidente se refieren al proceso.

⁸⁶ D.6, 1, 68.

⁸⁷ Por razones de síntesis no entramos a analizar cada uno de los institutos específicos existentes al respecto.

Tercera:

La actual certeza científica del carácter público del fenómeno procesal, ya se encuentra en las concepciones justinianeas, si bien es cierto que no todavía ubicadas en los terrenos de una elegante y depurada doctrina si cuando menos en la estructura vertebral que unifica y coordina los ingredientes mismos del proceso. Así por ejemplo el concepto de "iurisdictio" contenía ya sus cinco elementos componentes, como lo han notado recientemente los especialistas.⁸⁸

Una de las enseñanzas más fructíferas que se alcanzan cuando se practica el análisis evolutivo del proceso romano se centra en torno a la acción. Hemos palpado como de ser un componente del derecho subjetivo mismo deviene un "ius publicum" independiente aun cuando no reina todavía la suma de notas que le caracterizan hoy en día. La sistematización del fenómeno jurídico dinámico que engendra la acción es ya en el derecho tardío de Roma una realidad susceptible de ser estudiada⁸⁹ tanto a la luz de lo procesal como de lo procedimental⁹⁰ lo cual denota la madurez que se desprende de su propia secuela.

Cuarta:

Aun cuando el sentido lógico y jurídico de la sentencia ha persistido él mismo, algo nuevo en esta materia ha aportado la doctrina reciente, no tanto en lo que se refiere a la "res iudicata"⁹¹ sino a las posibilidades de impugnación, es decir al sistema de los recursos que como tal ha adicionado institutos propios y organicidad genuina al legado de aquella cultura que en los estratos materiales de su capital, ardía furiosamente la noche de julio de 64.

Quinta:

De la herencia jurídica que el pueblo romano en su milenaria historia dejó a la posteridad disfrutamos todavía y es elemento actuante y vivo de nuestro modo de concebir el fenómeno procesal.

Lo recibido no nos llegó directamente, sino a través de la fusión de las culturas romana, ibérica y visigótica que fundiéndose siglos hace con otras autóctonas, originaron nuestro procedimiento como elemento componente y actualizador de nuestro derecho mexicano.

⁸⁸ Ideas expuestas por Alcalá Zamora en la cátedra del Doctorado del año 1967. Dichos elementos *notio, vocatio, coertitio iudictum* y *sanetio*.

⁸⁹ Como desde luego lo es el fenómeno actual, y así se ha hecho.

⁹⁰ Alcalá Zamora citado en el *Diccionario de Derecho Procesal Civil* de Eduardo PALLARES, Porrúa, 1960, p. 564, considera qué procedimiento denota el orden con que se llevan a efecto los actos que componen el litigio y que el proceso equivale a la suma de los actos realizados.

⁹¹ Noción que al lado de la excepción debe ser considerada como una de las grandes aportaciones de Roma.

FUENTES

1. Cicerón, Verres.
2. Gelio, Aulio, Noches Aticas.
3. Gayo, Instituciones.
4. Livio, Tito, Desde la fundación de Roma.
5. Corpus Iuris Civilis.
6. XII Tablas.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Síntesis del Derecho Procesal*, 1965.
- ÁLVAREZ SUÁREZ, U. *Curso de Derecho Romano*, Madrid, 1955.
- ÁVILA MARTEL, A. *Derecho Romano*, Chile, 1957.
- BEGERRA BAUTISTA, José. *Introducción al estudio del Derecho Procesal Civil*, México, 1957.
- BIONDI, Biondo. *Intorno alla romanità del processo civile moderno*, Milano, 1957.
- BONFANTE, Pietro. *Historia del Derecho Romano*, Madrid, 1944.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930.
- GIRARD, P.R., Z.S.S. xxxiv.
- IHERING, Rudolf von. *Espíritu del Derecho Romano*, Madrid, 1904.
- KELLER, Federico. *Il processo civile romano e le azioni*, Nápoles, 1872.
- KOSCHAKER, P. *Europa y el Derecho Romano*, Madrid, 1955.
- LAURIA, D. *Studi in onore de Pietro Bonfante*, Milano, 1930.
- MAYR, Robert von. *Historia del Derecho Romano*, Buenos Aires, 1941.
- PALLARES PORTILLO, E. *Historia del Derecho Procesal Mexicano*, México, 1957.
- PAULLY - WISSOWA. *Realnzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft*.
- RICCOBONO, Salvatore. Z.S.S. xlvii.
- ROCCO, Alfredo. *La Sentencia Civil*, México, 1944.
- RUIZ-ARANGIO, V. *Las acciones en el Derecho Romano*, México, 1967.
- SCHULZ, F. *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, 1945.
- WLASSAK, M. Z.S.S. xxxiii.
- WENGER, L. *Institutions of the Roman Law of Civil Procedure*, N. Y., 1955.