

§ 44 bis

El procedimiento (1).

I. *De los diversos tipos de procedimiento* (2). Los procesos de las diferentes épocas, y aun los distintos procesos de una misma época y de un mismo lugar, distingúense entre sí por la diversidad de los principios que los informan. Esto lo veremos más claramente en los capítulos que siguen. Pero si los consideramos en su *fisonomía* general, vemos que sus diferencias fundamentales, las que constituyen los diferentes *tipos* de proceso, se reducen a estos puntos principales:

a) Predominio de la *oralidad* o de la *escritura*; con las diferencias antes explicadas que suelen acompañar a esta primera diferencia fundamental (concentración de las actividades procesales en una audiencia o dispersión en varias audiencias o varios términos; ingerencia del juez en el pleito, o pasividad; prueba formal o legal o apreciación libre):

b) Tanto en los procesos orales como en los escritos, puede haber un estadio autónomo consagrado a la resolución de las cuestiones nacidas *durante la tramitación del proceso*, y más especialmente de las cuestiones concernientes a la existencia de la relación procesal (nulidad de citación, competencia, etc.) o también pueden llevarse a una decisión única todas las cuestiones. El estadio autónomo, como hemos recordado (§ 3) encuéntrase en el proceso romano, en el germánico y alemán medioeval y en el proceso italiano medioeval.

(1) El estudioso debe tener presente el *análisis del procedimiento* expuesto antes, § 3, y el caso práctico expuesto más abajo en nota.

(2) MANFREDINI, *Il procedimento civile e le riforme*, 1885; WACH, I, página 25 y sigs.; pág. 40 y sigs.

c) En los procesos, especialmente en los escritos, puede dominar el principio de la *preclusión* o el de la *libertad* (1). El principio de la preclusión consiste en que para cada actividad procesal destinada a un determinado objeto, se establece un período en el proceso, transcurrido el cual la actividad ya no puede realizarse; según el principio opuesto, cualquier actividad puede realizarse en cualquiera de los períodos procesales. El principio de preclusión hállese, por ej. en el proceso común italiano (§ Introd.) y en el proceso común alemán (§ Int.). Cuando el principio de preclusión se entendió en el sentido de que en un estadio posterior no pudiesen deducirse *nuevas* circunstancias y pruebas, sino para combatir las deducciones hechas en el estadio precedente por el adversario, ocurrió que cada uno de los litigantes encontrarse obligado a producir en el primer estadio todas las deducciones y las excepciones que le pudiesen asegurar la victoria, aunque fuesen contradictorias entre sí, y esto «*in omnem eventum*» es decir, para el caso en que una u otra de las deducciones no fuese acogida (principio *eventual*, (§ Introd.). Lo cual solo puede explicarse si se considera papel *pasivo* del juez en el proceso escrito.

d) Formas especiales de preclusión nos presenta el proceso escrito cuando no sólo está dividido en períodos, sino que éstos se agrupan en dos grandes estadios, de manera que en un primer estadio deben hacerse, aun eventualmente, todas las *deducciones* y las *demandas de pruebas* para cada afirmación de hecho y en un segundo estadio se deben realizar o *cumplir las pruebas* admitidas en la sentencia con que termina el primer período y que decide virtualmente el pleito, (sentencia probatoria). Este sistema encuéntrase en el proceso común alemán, que lo trajo de la sentencia probatoria del antiguo proceso germánico (§ Introd.) y se conservó en alguna ley germánica hasta entrado el siglo XIX. O bien la división puede hacerse de manera que en un primer período preclusivo se atiende a la instrucción del pleito, y en un segundo período a la discusión sobre los resultados de la instrucción; así que la discusión en lugar de presentársenos solamente como el término o clausura natural de la tramitación estudio del pleito, aparece como una fase autónoma y lejana de la instrucción.

Hemos visto en las referencias históricas, cómo se han forma-

(1) V. SCHMIDT, 2.^a ed., págs. 634 y 635.

do los distintos procesos, basados precisamente en la diversidad de estos principios (1) y como en todos los lugares al lado del

(1) Marcha de un proceso ordinario según la *Summa Notariæ* de JUAN DE BOLONIA, (a. 1.281).

A) Antes de la contestación de la litis:

1.º Demanda de citación del reo.

2.º Comparecencia de las partes o sus procuradores; presentación de los poderes.

3.º *Terminus (utrique parti datus), ad dicendum et dandum in scriptis tam contra mandata quam contra personas procuratorum, nec non ipsi reo contra commissionem impetratam.*

4.º *Terminus ad dandum et recipiendum libellum.*

5.º *Terminus (reo d.) ad deliberandum utrum velit cedere vel contendere.*

6.º *Peremptorius terminus (reo d.) ad omnes dilatorias vel declinatorias proponendas (si habet et nominet aliquam efficacem).*

7.º *Terminus (actori d.) ad replicandum.*

8.º *Terminus ad audiendum interlicui super ipsis exceptionibus et allegationibus.*

B) *Reus litem contestari compellitur et jurare de calumnia (la contestación del pleito no es necesaria si el demandado declaró no tener excepciones dilatorias; entrase entonces sin más en el fondo).*

C) Después de la contestación de la litis (estudio (tratado) del fondo, menos de las excepciones dilatorias de fondo ya examinadas antes de la *litis contest.*, pero comprendidas las excepciones de forma descubiertas después de la contestación de la litis).

9.º *Terminus ad ponendum.*

10. *Terminus peremptorius ad proponendum (si magnum sit negotium).*

11. *Terminus ad respondendum ad positiones.*

12. *Terminus ad dandum artículos (para el examen de los testigos).*

13. *Terminus ad probandum (examen).*

14. *Terminus (partibus d.) ad dandum interrogatoria (si los testigos son lejanos).*

15. *Terminus ad recipiendum (attestationum) copiam et dicendum contra personas et dicta ipsorum testium.*

16. *Terminus peremptorius ad producendum omnia instrumenta, acta et munimenta.*

17. *Conclusio in causa (renuncia a deducciones posteriores).*

18. *Terminus ad sententiam audiendam.*

Estos términos pueden variar de número según las excepciones presentadas y las pruebas pedidas.

principio *ordinario* se vino formando un proceso *sumario*, fundado precisamente en principios distintos del ordinario (oralidad, concentración de las actividades, intervención del juez en el pleito etc., etc.)

Pero cuanto hasta ahora hemos dicho, sirve para explicar cómo también entre los procesos modernos, basados en el principio fundamental de la oralidad y de la concentración, cómo el germánico y el austriaco se dan notables diferencias.

El tipo austriaco, según hemos observado, difiere notablemente del germánico. Difiere por la mayor suma de poderes conferidos al juez y por muchos particulares. Pero la diferencia más interesante para nosotros, porque se refiere propiamente a la estructura del proceso, es la del modo de aplicar estas dos leyes el *principio de la concentración*.

En el proceso germánico, la audiencia es conceptualmente única para todos los efectos incluso ante los jueces colegiados. Esta audiencia única, se desarrolla ante el Colegio y sirve tanto para proponer cuestiones preliminares como cuestiones de fondo; para los pleitos en rebeldía como para los en contradictorio; para los casos en que el demandado reconozca la demanda, como para aquellos en que la contradiga. Y como la ley germánica permite al demandado que propone una excepción comprendida entre las *litis ingressum impeditentes*, abstenerse de la conclusión en el fondo y pedir una tramitación y una decisión separada sobre este punto preliminar, ocurre que en la audiencia decídese a menudo un incidente en estas condiciones, esto es, antes de que el demandado haya conclusionado en el fondo. En este caso, el demandado propone sus defensas en el fondo y sus pruebas por primera vez en la audiencia inmediatamente después de decidido el incidente, pero esto de ordinario hace precisa la fijación de una nueva audiencia para tratar del fondo.

En cambio, en el proceso austriaco, antes de la audiencia o debate, tiene lugar una *audiencia preliminar* destinada ante todo a preparar el material del pleito. La audiencia preliminar se verifica ante el presidente o el juez delegado. En esta audiencia el demandado puede proponer las excepciones *litis ingressum impeditentes*, y *debe* proponer so pena de caducidad las que tienen carácter *relativos*. o sea remitida, a la iniciativa del demandado. Propuesta una de estas excepciones preliminares, el presidente o el juez de-

legado, según la importancia que descubre en la cuestión, puede disponer que sea tratada ante el Colegio independientemente del fondo o que sea también concentrada en el debate destinado al fondo; en este segundo caso, se ordenará al demandado que en el escrito preparatorio que debe presentarse dentro de un cierto plazo de la audiencia, concluya también en el fondo.

Pero la audiencia preliminar del proceso austriaco sirve también para extinguir en su propio nacimiento pleitos que sería inútil traer al debate. Puede tener lugar ante el presidente, o un juez delegado, la amigable composición o transacción judicial. Si el actor declara renunciar a la acción, si el demandado declara reconocer la demanda, el presidente o el juez delegado, como juez único, certifica esto con sentencia. Por último, el presidente, o juez delegado, como juez único, decide también con sentencia, los pleitos en rebeldía. De este modo, mientras el proceso escrito confía al juez delegado actividades que lógicamente corresponderían al Colegio (como la asunción de pruebas), el proceso oral austriaco, en cambio, confía al juez delegado solo aquellas actividades, incluso la producción de sentencias, en las cuales la pluralidad de los jueces sería inútil (1).

(1) Para ofrecer al mismo tiempo una idea del desarrollo de un proceso y de las diferencias entre el nuestro y los que señalamos como dignos de ser imitados, exponemos aquí un caso práctico tramitado según los procedimientos italiano (práctica de Roma), germánico y austriaco.

CASO.—Ticio cita ante el tribunal civil de Roma (respectivamente de Berlín, de Viena), a Cayo, heredero de Sempronio, y pide su condena al pago de mil pesetas y accesorias, debidas desde el día 1.º Enero 1907, en restitución de igual cantidad prestada a Sempronio por escritura de 25 Enero 1906. Cayo excepciona, ante todo, la incompetencia territorial, refiriéndose al lugar de su domicilio y residencia, que es Bolonia (respectivamente Munich, Praga), (§ 30); y en el fondo responde que la obligación fué contraída en relación y dependencia a una deuda de juego, lo cual ofrece probar con testigos; pide por consecuencia la desestimación de la demanda como fundada en causa no reconocida por la ley. Ticio replica que el tribunal elegido es competente porque el demandado fué citado ante la autoridad judicial del lugar en el cual debía cumplirse la obligación, (el actor italiano añadirá la mención de la citación «en persona» realizada en aquel lugar, (§ 30); el actor austriaco añadirá que el lugar de la ejecución resulta de la escritura misma, (§ 30); en el fondo contesta el hecho adu-

Procedimiento formal y sumario en el Código italiano.—Según el art. 105 del Cód. proc. civ., el procedimiento es formal o

cido por el demandado (el actor italiano podrá también provocar la cuestión de la admisibilidad de la prueba testifical, § 63, y la de la novación de la obligación).

PROCESO ITALIANO

14 Enero 1911; citación pedida directamente al oficial judicial, notificada en Roma para la audiencia del 28 Enero 1911 (§ 41).

22 Enero 1911; depósito de los documentos del actor, notificado al demandado (§ 52).

26 Enero 1911; inmatriculación (§ 52).

27 Enero 1911; llámase el pleito a la audiencia ante el presidente; constitución del procurador del actor; se presenta el procurador del demandado, el cual rehusa constituirse, y con la amenaza de volver a abrir los términos con la comparecencia tardía, obtiene que el pleito sea aplazado hasta el 15 Febrero, en cuya audiencia promete constituirse (§§ 43, 50 y 52).

15 Febrero 1911; constitución del procurador del demandado; aplazamiento hasta el 3 de Marzo para la presentación de los escritos conclusionales (§ 52).

3 Marzo 1911; cambio de éstos; el actor reproduce las conclusiones del acto de citación, el demandado pide que el juez se declare incompetente por razón de territorio; en segundo lugar pide ser admitido a probar con testigos la causa de la obligación. Aplazamiento hasta el 20 Marzo para la presentación de los nuevos escritos.

20 Marzo 1911; audiencia ante el Colegio; cambio de escritos adjuntos en los que cada una de las partes desarrolla sus conclusiones propias y combate las del adversario, (las citaciones adjuntas pueden haber sido depositadas fuera de audiencia, en el término establecido por el presidente; así los documentos no depositados anteriormente); las partes renuncian a discutir oralmente y se limitan a leer sobre los escritos las conclusiones. Se cierra el tratado (estudio) del pleito. En este § núm. II.

19 Abril 1911; publicación de la sentencia, que rechaza la excepción de incompetencia (§§ 58 y 68); admite el examen testifical delegando en un juez para su ejecución (§ 63), ordena la ejecución provisional (§ 8 bis).

8 Mayo 1911; notificación de la sentencia a instancia de parte; comienza el término de treinta días para el examen testifical (§§ 68 y 63).

13 Mayo 1911; el juez delegado, a instancia de parte, dispone que el examen tenga lugar el 27 de Mayo.

15 Mayo 1911; a instancia de parte notificase dicho decreto al procurador del adversario.

21 Mayo 1911; los procuradores de las partes se notifican recíproca-

sumario; el formal se observa ante los tribunales civiles, los de comercio y las cortes de apelación; el sumario ante los pretores y conciliadores, y además ante los jueces colegiados *en los casos establecidos por la ley* (el procedimiento ante la casación está regu-

mente, por medio del oficial judicial; el nombre y demás indicaciones relativas a los testigos, que cada cual quiere presentar.

24 Mayo 1911; citación de los testigos, a instancia de parte.

27 Mayo 1911; comienza el examen ante el juez delegado; y se aplaza al 6 de Junio.

6 Junio 1911; continúa el examen; prórroga del término; aplazamiento al 20 de Junio.

20 Junio 1911; continúa el examen en prueba y contraprueba, y se termina.

28 Junio 1911; el canciller expide a las partes la copia del acta del examen, que deberá acompañarse al pleito.

30 Junio 1911; citación de reproducción del pleito, a instancia de la parte más diligente, para la audiencia del 5 de Julio (§ 51).

4 Julio 1911; nueva inmatriculación.

5 Julio 1911; audiencia ante el presidente. Teniendo en cuenta la proximidad del período de vacaciones, se aplaza el pleito al 9 Agosto.

9 Agosto 1911; nuevo aplazamiento al 27 Septiembre, por no ser urgente el pleito.

27 Septiembre 1911; nuevos escritos conclusionales en los que las partes examinan los resultados de la prueba y tratan las cuestiones de fondo; aplazamiento al 15 Noviembre.

15 Noviembre 1911; audiencia ante el Colegio, que puede estar constituido de un modo totalmente distinto del que tuvo el 20 de Marzo de 1911, escritos adicionados; lectura de conclusiones. Ciérrase el debate del pleito.

20 Diciembre 1911; publicación de la sentencia definitiva; se desestima la demanda.

PROCESO GERMÁNICO

14 Enero 1911; el actor presenta en la cancillería del tribunal el acto escrito de citación (§ 261).

16 Enero 1911; decreto del presidente que señala la audiencia del 11 de Febrero para la discusión oral.

19 Enero 1911; notificación de la citación al demandado por el oficial judicial, mediante el correo, a petición del actor (§§ 166, 167, 170 y 192).

27 Enero 1911; escrito preparatorio del demandado, que anuncia la excepción de incompetencia por razón de territorio, y por lo mismo declara

lado por normas especiales). Hoy el procedimiento *ordinario* es un nuevo procedimiento regulado por la Ley 31 Marzo 1901, y

no querer discutir el fondo (lo cual hará necesaria una decisión aparte sobre la cuestión de competencia, (§§ 274 y 275).

11 Febrero 1911; audiencia ante el Colegio, las partes reproducen oralmente sus respectivas demandas; el actor presenta la obligación; discútese la excepción de incompetencia; el tribunal resuelve en la misma audiencia sobre la cuestión, rechazando la excepción, la sentencia publíquese mediante la lectura de la parte dispositiva.

Continúa la audiencia; el actor pide que se proceda, sin más, a la discusión del fondo, y el tribunal así lo ordena (§ 275). El demandado propone oralmente su excepción de falta de acción; discusión sobre la misma, y decreto del tribunal que admite la prueba testifical pedida por el demandado y aplaza el debate, para el examen de la prueba y para la posterior discusión, al 15 de Marzo. El nombre de los testigos ha sido dado por el requirente y se contiene en el decreto.

13 Febrero 1911; la citación de los testigos tiene lugar de oficio (§ 377), el canciller la manda hacer a un oficial judicial o también por medio del correo (§ 208 y sigs.)

15 Marzo 1911; audiencia ante el Colegio; se examinan los testigos, levantándose acta de sus declaraciones; discusión sobre los resultados de la prueba; el tribunal pronuncia en la misma audiencia la sentencia definitiva que rechaza la demanda. Si la cuestión es más complicada, el tribunal fija la audiencia del 22 Marzo (o sea, no más tarde de una semana), para la publicación de la sentencia. En este caso:

22 Marzo 1911; publicación de la sentencia (§ 310).

PROCESO AUSTRIACO

14 Enero 1911; presentación de la demanda en la cancillería del tribunal, con una copia para el magistrado y otra para el demandado; son adjuntas a la demanda dos ejemplares de la obligación, una para el magistrado y otra para el demandado.

16 Enero 1911; el presidente del tribunal dicta el *primer decreto*, mediante el cual cita al actor y al demandado para la *primera audiencia*, que señala para el 4 de Febrero.

18 Enero 1911; el *primer decreto* es notificado por la cancillería a las partes mediante el oficial judicial. La relación de la notificación únese al rollo del proceso que tiene el canciller.

4 Febrero 1911; *primera audiencia* ante el presidente o un juez delegado (en esta audiencia puede tener lugar una transacción entre las partes; en caso de rebeldía de una de las partes, el presidente o el juez delegado, me-

Real decreto 31 Agosto 1901, sobre las normas del antiguo procedimiento *sumario*. El formal ha quedado como *excepción*; no obstante, el conocimiento de los principios que lo informan, aunque de rara aplicación, es importante, sobre todo para mejor comprender el proceso actual.

A) El *procedimiento formal* tomó sus elementos en parte de las últimas derivaciones del proceso común italiano que se halla-

diante sentencia, define el pleito a base de la rebeldía; de un modo análogo, en caso de renuncia a la demanda o de reconocimiento de la misma, el presidente o juez delegado provee con sentencia.

El demandado excepciona la incompetencia por territorio (§ 240); por decreto pronunciado en la misma audiencia, el presidente o juez delegado ordena al demandado que presente antes del 25 de Febrero su escrito preparatorio, en el cual responderá también en fondo (§ 243).

24 Febrero 1911; el demandado presenta en cancillería su respuesta en dos ejemplares, una para el tribunal y la otra para el actor; en ella el demandado expone las circunstancias en que funda la excepción de incompetencia y hace sus deducciones de hecho sobre el fondo, indicando los testigos que podrán declarar sobre las mismas.

25 Febrero 1911; el presidente señala para la discusión pública la audiencia del 8 de Marzo, y da noticia de ello, mediante los oficiales judiciales, al actor y al demandado, trasladando al primero la copia del escrito de contestación del demandado, y al mismo tiempo advirtiéndolo al actor de la necesidad de llevar consigo a la discusión el original de la obligación. Para la misma audiencia hace citar también, por medio del correo o de los oficiales judiciales a los testigos indicados por el demandado, cuya declaración estime importante.

8 Marzo 1911; discusión pública en la audiencia ante el tribunal. El actor expone oralmente la demanda y presenta el original de la obligación. El demandado desarrolla la excepción de incompetencia. El presidente ordena a las partes la discusión, en vía subordinada, de la cuestión de fondo (si el caso es más complicado, el presidente puede disponer que la discusión se limite a la cuestión de competencia).

Las partes tratan el fondo. El tribunal decide en la misma audiencia sobre la competencia, desestimando la excepción del demandado (§ 261); al mismo tiempo decreta la admisión de la prueba testifical. Se oye a los testigos; discútese el resultado de las pruebas, y siempre en la misma audiencia, pronúnciase la sentencia definitiva, que rechaza la demanda. A lo más, el tribunal puede reservarse pronunciar la sentencia dentro de ocho días (§ 415).

ban aplicadas en Italia en la primera mitad del siglo XIX, especialmente el proceso escrito austriaco (§ Introd.) y el proceso ordinario de constituciones piamontesas (§ Introd.), y en parte del proceso ordinario francés. De ahí derivó un proceso *mixto* escrito y oral, cuyas características son las siguientes:

1.º El procedimiento formal se informa en los principios del proceso *escrito* en cuanto admite que una serie de actividades procesales se realice fuera de la Audiencia, es decir, sin la intervención, el control y la acción moderadora del magistrado, así:

a) La citación no señala, como hemos visto, una audiencia para comparecer, sino un término *dentro del cual* se ha de comparecer y la comparecencia tiene lugar, mediante la entrega *en Cancillería* del mandato, si las partes están representadas por procuradores (arts. 158 y 159) o mediante una determinada actividad de la parte (entrega de documentos, notificación de una contestación), cuando las partes pueden comparecer personalmente (artículos 393 y 394).

b) Las demandas, las contestaciones y todos los actos relativos a la instrucción hácense por *escrito (compare)* y su comunicación entre parte y parte tiene lugar mediante *notificación* (artículos 162 y 163), dentro de términos sucesivos, no perentorios y reducibles, de quince días (o de cinco en asuntos mercantiles) cuyo primer término comienza a transcurrir desde que empieza el término para comparecer (arts. 164, 165, 398 y 192). Estos escritos no están *limitados* (como en el proceso francés), y, por tanto, los términos pueden sucederse indefinidamente, salvo las sanciones legales encaminadas a abreviar el proceso (arts. 61, 170, 177, 180 y 376). Estos términos, además, no son preclusivos, no sólo en el sentido de que su vencimiento es siempre subsanable, sino en el que las deducciones de una parte no están necesariamente determinadas (como en el proceso austriaco de 1781 y piamontés) por las precedentes deducciones del adversario. El traslado de documentos tiene lugar mediante la entrega en cancillería (art. 167); siendo necesar o realizar pruebas de otra naturaleza, éstas se pedirán y serán admitidas por el procedimiento de los incidentes de que nos ocupamos seguidamente.

2.º El procedimiento formal admite, no obstante, la *discusión oral* (audiencia). A este fin, debiendo llevarse el pleito a la audiencia, se inscribe en el «ruolo» *general de expedición* por el canci-

ller, a petición por la parte que tenga interés en ello; la petición puede hacerse después de transcurrido el término para contestar por escrito y aun antes por la parte que no quiere contestar (artículo 173) (1). La inmatriculación (*iscrizione a ruolo*) notificase dentro de los dos días siguientes de la fecha, por medio del billete al adversario (Reglamento gen. jud. art. 216); éste tiene un término *perentorio* de quince días (o de cinco) para notificar, si quiere, un nuevo escrito, en este caso la otra parte puede, a su vez, contestar, y esto deja sin efecto la inmatriculación; si no se ha modificado ningún escrito o la parte notificada no responde, la inscripción queda firme (arts. 174 y 398), después de lo cual las partes se comunican, dentro del término no perentorio de quince días (o cinco), desde la fecha en que la inmatriculación ha quedado firme un escrito en que resumen el hecho las conclusiones, los motivos (*escrito conclusional*) (2). Los actos se depositan en cancillería y se presentan al presidente que dispone quien debe hacer (juez delegado o parte) la *relación* sobre el pleito. *Tráese* éste de la matrícula y se eleva a la audiencia. (arts. 176, 177, 178, 179 y 398) (3).

(1) El sistema de la inmatriculación (*ruolo*) derivase del Código francés; en Francia vencido el término para comparecer y constituido el demandado, el actor (o en su negligencia el demandado), promueve la asignación del pleito a una sección determinada, y cita al adversario mediante notificación de un acto (*avenir*), para una audiencia de esta sección con el sólo fin de presentar las *conclusiones* escritas. Después de esto se inmatricula el pleito y así permanece hasta que, llegado su turno, se lleva a la audiencia para la discusión.

(2) Corresponde este al «sumario» de las constituciones piemontesas que era un acto-resumen, compilado por el actor y comunicado al demandado para hacer en él sus apostillas u observaciones, hasta que fuese *concordado* (Lib. III, tít. XXII, art. 1 y sigs).

(3) La discusión en audiencia pública fué también admitida en las constituciones piemontesas (lib. III, tít. XXII, art. 9). En otros lugares admitióse la oralidad bajo la forma de *informaciones* al juez; la información era pública y privada; v. por ej, el regl. del orden y disciplina de los tribunales de Toscana, arts. 39 y 4). En Nápoles la pragmática de 1738 permitía también la discusión en rueda y después las informaciones privadas (§ 1, nú.n. 30). Del mismo modo interviene la oralidad en el proceso de la rota romana mediante las informaciones; v. MENESTRINA, *Processo civile nello Stato Pontificio*, cit., pág. 25 del extracto.

3.º La tramitación escrita y la discusión oral son estadios separados no solo cronológicamente, sino *preclusivamente*. El momento en que la inscripción en el *ruolo* queda firme, marca el momento desde el cual se prohíbe la producción de *nuevas* instancias, de *nuevas* excepciones y de *nuevos* documentos. Por esto, la discusión oral, no suele servir más que para ilustrar el material de conocimiento ya adquirido. Son excepción de esta regla las instancias o actos que pueden hacerse en cualquier *estado* del pleito, como la declinatoria del iuro (art. 188), la excepción de incompetencia absoluta (art. 187), la denuncia del juramento decisorio (artículos 220 y 178), la querrela por falsedad (art. 297). El momento en que queda firme la inmatriculación, marca, por tanto, la fijación de los términos de la contienda; en este sentido presenta alguna analogía con la *contestación de la litis*, aunque nada tenga que ver con ésta, ya porque no contiene ningún elemento contractual o consensual, ya porque la *contestación* de la litis, tanto en Roma como en el derecho común, tiene lugar antes de que la instrucción haya terminado, ya porque los efectos propios de la contestación de la litis se remontan hoy, en su mayor parte al momento de la demanda (§§ 5, 42). Con mayor exactitud nuestra ley dice: que con la firme inmatriculación el pleito queda *en estado de ser juzgado* (art. 335). Así la inmatriculación firme nos recuerda la *conclusio in causa* del proceso común y sus derivados, que señalaba el fin de la instrucción, el término de la preparación del material de conocimiento (1). Aquel momento produce también otros efectos, por ejemplo, excluye el derecho de intervención (art. 201.)

4.º El procedimiento formal nos ofrece la posibilidad de un estadio autónomo que *permite resolver durante el pleito cuestiones incidentales, independientemente del fondo* (llamado procedimiento de los incidentes (2). Tales cuestiones pueden ser diversas:

(1) MOSCATELIO, *Praxis*, lib. I, pars. 7: Cumque fuerit praedictis omnibus satisfactum remanet firma conclusio. V. también Const. moden. lib. I, tit. VI, art. 7.

(2) TRIANI, *L'art. 181, Cod. proc. civ.* (en los *Studdi di dir. civile giudiziario*), 1883; BOLAFFIO, *Sugli incidenti in materia civile* (*Monitore*

a) Ante todo cuestiones sobre los presupuestos procesales (incompetencia, litispendencia, arts. 187, 188 y 189; nulidad de citación, arts. 190 y 192).

b) Cuestiones sobre medidas provisionales o de cautela que deban adoptarse durante un pleito (arts. 927 y 938).

c) Cuestiones sobre la admisibilidad de pruebas a realizar, incluso el contraste de la autenticidad de documentos (art. 206).

d) Cuestiones sobre la unión de pleitos nuevos al pleito pendiente (llamamiento en garantía, art. 199; intervención principal, artículo 204), y sobre la admisibilidad de una intervención adhesiva o forzosa (art. 204).

La posibilidad de la *decisión* separada y preliminar de estas cuestiones supone que se hayan llevado a la audiencia antes e independientemente de la cuestión de fondo, antes, por tanto, de que *sea firme* la *inmatriculación*. A este fin citase al adversario con el escrito con que se propone la demanda de una resolución incidental o mediante citación por billete, para comparecer ante el presidente (o el juez delegado para los incidentes); el término para comparecer es, por lo menos, de tres meses, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario, y salvo que, en caso de urgencia, sea autorizada la citación para un término más breve y aun para horas (art. 185). El presidente, si las partes se hallan de acuerdo sobre la resolución a tomar, provee para la ejecución, sino remite las partes a audiencia fija para la resolución del incidente, mediante ordenanza (arts. 181 y 184). En caso de urgencia, el presidente puede resolver el incidente y declarar ejecutiva la ordenanza, no obstante reclamación, con fianza o sin ella. A esta ordenanza puede hacerse oposición dentro de los tres días siguientes a su pronunciamiento (o a la notificación en caso de rebeldía), con citación ante el Colegio para audiencia señalada por el presidente (arts. 182 y 183). Si el incidente tuvo por objeto la admisibilidad de un medio de prueba, y si éste fué admitido por acuerdo de las partes o por sentencia, se realiza; y la ley dice que puede ser realizado en la audiencia; pero claro está que en el proceso formal esto no tendría importancia, porque en él no es posi-

giudiziario, Venecia 1873); TUCCIO, *Studi sulla dottrina degli incidenti* (En la *Enciclopedia giuridica italiana*); CUZZERI, *art. 181 e segg. del Cód. proc. civile*.

ble la decisión del pleito en la audiencia misma inmediatamente después de realizado el medio instructorio. En efecto, las partes deben conclusionar por escrito sobre la instructoria que ya ha tenido lugar, y pueden tener otros medios instructorios que proponer. Por consecuencia el pleito continúa hasta su inmatriculación y decisión de fondo.

El procedimiento de los incidentes es una derivación del proceso común, si bien modelado en parte sobre el Código francés; pero mientras en el proceso común la autonomía y separación del estadio destinado a un incidente era absoluta, nuestro procedimiento formal admite una excepción a esta autonomía en cuanto que el presidente puede mandar a las partes a una audiencia fija para la resolución del incidente o *incluso del fondo* (art. 181). Esta *unión del incidente al fondo* hace que el Colegio, con una sola sentencia pueda pronunciar sobre ambos, por ejemplo: si desestima una excepción de incompetencia podrá en la misma sentencia resolver sobre el fondo; lo mismo si declara inadmisibile una prueba etc., etc. Nos parece conforme a los principios del procedimiento formal que esta unión no pueda tener lugar si no mediante acuerdo de las partes (1); como tampoco nos ofrece duda que si la unión tiene lugar, el pleito en la audiencia no deja de ser formal (2).

5.º Falta el *rollo de cancelleria*. Cada parte recoge sus actos sus documentos y las copias de los actos adversarios en un propio rollo que sólo presenta del juez cuando le pide una resolución. Hasta las actas, y las resoluciones tomadas por el juez (ordenan-

(1) La opinión dominante es la contraria.

(2) Cuestión muy debatida. V. ampliamente resumida en CUZZERI, artículo 181, núm. 10. Nos parece que la cuestión ha surgido por consecuencia de una equivocada equiparación del procedimiento de los incidentes al procedimiento sumario. El procedimiento de los incidentes no es un procedimiento autónomo y mucho menos puede llamarse sumario, sólo por que en él tiene lugar la remisión a audiencia fija (una fijación de audiencia tiene lugar también en el procedimiento formal). Si en la audiencia fijada para el incidente no hay preclusión de deducciones, como en el procedimiento sumario, no quiere decir que la forma incidental sea sumaria, sino que depende de que en el pleito a que pertenece el incidente (llamado inexactamente pleito *principal*) no ha tenido lugar aún la preclusión prevista en el art. 176.

zas, decretos, sentencias interlocutorias), deben copiarse por la parte interesada, insertándolas en el propio rollo (art. 211). El juez no tiene noticia del desarrollo del pleito hasta que debe decidirlo.

B) El procedimiento sumario. Dentro del sistema de la ley, como dentro de los sistemas históricos que la precedieron (§ Introducción), éste fué un procedimiento excepcional, destinado para pleitos de menor importancia (apelaciones de sentencias pretoriales art. 387 n.º 2) o urgentes (resoluciones cautelares art. 389 n.º 1, pleitos durante la ejecución, art. 573) o de rápida expedición (artículo 154). En sus principios fundamentales se oponía al procedimiento formal como un procedimiento *oral*, y por ende llevado a la *audiencia* inmediatamente; la inmatriculación no tiene la misma importancia que en el procedimiento formal, sino que es únicamente el medio técnico de llevar el pleito a la audiencia y hacer posible su *llamamiento* en la misma. La audiencia destínase en principio al desarrollo de todas las actividades procesales (excepciones, instrucción, pruebas, discusión (1); es única, en la hipótesis normal admitida por la ley, ni hay ahí preclusión posible como en el procedimiento formal, sino que la instrucción *está siempre abierta* en la audiencia. No obstante, las demandas y los motivos que las sostienen *deben* presentarse por escrito (escrito conclusional).

Ya al mismo tiempo que el Código, una ley especial (L. 20 Marzo 1865, ap. E., art. 10) extendía el procedimiento sumario a un grupo de pleitos importantísimos, las contiendas entre el Estado y las administraciones públicas. Otra ley especial (30 Octubre 1859, sobre privilegios industriales) lo extendía a los pleitos por nulidad de un certificado de privilegio. El procedimiento formal, de este modo, decaía por obra de la ley misma, y esto aun más cuando el Cód. de com. de 1882 extendió el procedimiento

(1) La denominación de *discusión oral* empleada por la ley (art. 348 y sigs.) es ciertamente impropia, y ha contribuido a oscurecer en la práctica el concepto de la concentración procesal. Pero que en la terminología de nuestras leyes, *discusión* comprende todas las actividades a que se destina la audiencia, que es sinónimo de *debate*, resulta de los arts. 362 y 416, Cód. proc. pen. (En la discusión se observa aún las normas de los artículos 281, 282 y 283, *menos el examen de los testigos y peritos*).

sumario a todos los pleitos mercantiles (art. 876). Por otra parte, el procedimiento formal, por su misma estructura, presentábase como causa de dilaciones y gastos; el procedimiento sumario cauti- vaba con una apariencia de brevedad y economía. Ocurrió que, en mayor o menor medida, en las diversas regiones de Italia la ma- yor parte de los pleitos por particulares autorizaciones de los pre- sidentes (art. 154) se desarrolló por el procedimiento sumario (1).

De ahí derivóse una serie de inconvenientes; la esencia del pro- cedimiento sumario no ha sido bien entendida, tratábase de adap- tar a *todos* los pleitos un tipo de procedimiento creado para *algu- nos* pleitos, y pareció natural que se llevasen al procedimiento su- mario principios propios del procedimiento formal, dando lugar a un tipo intermedio e híbrido favorecido por la referencia gené- rica del art. 392 a las normas del proceso formal. Proceso oral en teoría y escrito en la realidad: *a)* porque toda o casi toda su impor- tancia *estriba en los escritos (obligatorios)* conclusionales, en perjuicio de la discusión oral, reduciendo la audiencia al modesto oficio de una reunión para comunicarse estos escritos *b)* porque la *concentración de las actividades en una audiencia desaparece*, ya porque los pleitos graves llevados directamente a la audiencia, no llegaban aptos para la discusión y por lo mismo exigían numero- sos *aplazamientos* ya porque, en cuanto a los medios instructorios, dada la necesidad de las conclusiones escritas sobre su resultado y

(1) Trasladamos de la Relación de OSTERMANN, *Sul movimento della litigiosità nel quinquennio, 1898-1902*, los siguientes datos. De los pleitos fallados han sido tramitados:

POR PROCEDIMIENTO FORMAL		POR PROCEDIMIENTO SUMARIO	
1898	3'75 por 100	96'25	por 100
1899	3'63 » »	96'37	» »
1900	3'44 » »	96'56	» »
1901	3'16 » »	96'84	» »
1902	1'50 » »	98'50	» »

La mayor aplicación del procedimiento formal tuvo lugar en Italia Sep- tentrional (desde el 12'76 por 100 en los pleitos civiles en 1898 al 5'01 por 100 en 1902); la menor en Nápoles (de 0'41 por 100 en 1898 a 0'23 por 100 en 1902).

debiendo aplicarse las normas del proceso formal, se desarrollaban normalmente *fuera de audiencia* y de aquí que a menudo tuviesen lugar sin participación alguna del juez llamado a juzgar de ella al final. En lugar de la concentración dáse, pues, una disgregación del proceso sin duda peor que en el procedimiento formal, tanto más cuanto que no pareciendo aplicable el procedimiento incidental que permitía proveer mediante *simple ordenanza* a las demandas de medios instructorios concordadas entre las partes, creyóse por lo general, necesario proveer también sobre estas demandas *por medio de sentencias*. Las dilaciones y los gastos no fueron, por tanto, disminuídos en cuanto al procedimiento formal, a la vez que por otra parte se disminuían las garantías de los litigantes, *que estaban expuestos a las sorpresas* imprevistas de la audiencia. c). Por último, en un proceso sumario así reglamentado, el juez permanecía como en el formal, inerte y pasivo.

III. *La reforma procesal de la Ley 31 Marzo 1901 (Real decreto 31 Agosto 1901)* (1). La reforma realizada después de treinta años de lamentaciones contra este estado de cosas, y después de numerosos proyectos, tuvo como vicio de origen, quererse limitar a sancionar este mismo sistema, suprimiéndole el carácter excepcional, pero sin poder suprimirle el carácter híbrido antes notado, aunque atenuándolo en muchas partes. El R. D. de 31 Agosto 1901 ha tratado de mejorar algunos principios del sistema antiguo pero no podía dar a la ley 31 Marzo 1901 la organicidad de que carecía. La reforma tuvo por fin legitimar la extensión del procedimiento sumario, aumentar la acción directiva del magistrado en el desarrollo del pleito, asegurar un período instructorio adaptable a las exigencias de cada caso, aumentar las garantías de los litigantes.

Ya nos hemos ocupado de la marcha de este procedimiento (§ 3) y con más detalle al hablar de la audiencia (§ 43). El caso antes expuesto en nota reproduce su desarrollo aunque prescindiendo de las variadísimas complicaciones posibles. Ahora vol-

(1) V. GALANTE, *La riforma del processo civile*, Nápoles, 1903; MORTARA, *Comm.*, III, núm. 325 y sigs; CUZZERI, vol. IX, apéndice; LA ROSA, *Il proced. sommario*, Catania, 1902; CAPONEITI, *Il nuovo rito sommario*, en la *Legge*, 1902; GARBASSO, *La legge 31 Marzo 1901*, Casal, 1902; APICELLA, *Il procedimento civile sommario*, Milán, 1908.

viendo sobre él, con el precedente de cuanto aquí va dicho, podemos hacer las observaciones siguientes:

1.^a El nuevo procedimiento (proced. ordinario) ha conservado los conceptos fundamentales del procedimiento sumario. Es, tanto, en *teoría* un proceso *oral*, aparenta dominar en él la *audiencia* destinada a la *concentración* de todas las actividades procesales, sin ningún estadio preparatorio escrito, y por consiguiente *sin p eclusiones* (lo cual se llama venir a audiencia *con instrucción abierta*). Hay también en él un momento en que la ley considera el pleito como *en estado de ser juzgado*, y es el momento en que comienza la relación del pleito en la audiencia (art. 20335); y este momento produce algunos efectos análogos a la firma inmatriculación en los pleitos formales (exclusión de la intervención, de la necesidad de volver a asumir el pleito por muerte de parte etc.), pero esto no tiene en sí mismo preclusión alguna, cual no tiene lugar mientras dura la audiencia (1). Sobre estas bases se han venido aplicando después algunas insituciones del proceso formal, y esto ha alejado cada vez más de la aplicación lógica del principio de la oralidad y de las características que la acompañan.

a) La comparecencia de las partes se hace en la audiencia. Por tanto la inmatriculación del pleito en el registro (*ruolo*) de expedición no tiene más importancia que la de llevar el pleito a la audiencia y mostrar a la otra parte la intención de dar curso a la litis. Por esto debe hacerse por lo menos un día antes de la audiencia, a no ser que el presidente permita, o la abreviación de los términos imponga, que se haga en el mismo día de la audiencia; siempre que sea antes de la hora señalada para la apertura (ley 31 Marzo 1901, art. 3).

b) Las instancias de las partes, las contestaciones, los actos relativos al pleito se proponen por medio de escritos (*comparse*) que las partes se comunican en la audiencia; al escrito conclusional del procedimiento sumario se han añadido, pues, otros ya «de simple instrucción» (R. D. 31 Agosto 1901, art. 5 y 29) ya para las deducciones de fondo. Estos escritos no tienen, como en el mo-

(1) También este momento en que el pleito se halla en estado de ser juzgado en el procedimiento sumario ordinario, llámase vulgarmente «debate del pleito» pero inútil será observar la impropiedad de esta frase.

dero proceso germánico, importancia de simples *escritos preparatorios*, que se comunican antes de la audiencia, con el solo fin de informar al adversario de lo que se piensa deducir oralmente, de modo que sirvan después como simple guía de la tramitación y examen oral, y como consagración escrita rigurosa de las propias demandas. Los escritos en cambio son la *forma* en que deben proponerse las *demandas*; constituyen en su integridad el material de conocimiento sobre el cual ha de formarse la decisión del tribunal. La *discusión oral puede faltar por completo*. La nueva ley ha acrecido también la importancia del *pliego de audiencia*, que corresponde al acta o protocolo, inevitable en los pleitos verdaderamente orales por que en él deben reunirse por escrito las deducciones orales de las partes, en particular en cuanto se separen del contenido de los escritos preparatorios. Pero, de hecho, son escasas las deducciones *orales*, que *tengan importancia para el conocimiento del pleito*, y que, por tanto vayan anotadas en el pliego de audiencia (tal puede ser la adhesión oral a una instancia escrita del adversario). La mayor parte de los asuntos contenidos en el pliego de audiencia se refieren a la marcha exterior del pleito o a los actos realizados *por el juez* en la audiencia. El proceso ordinario italiano es pues, *de hecho predominante escrito*.

c) No es más que un fenómeno ligado a este carácter la *dismembración* del proceso en un número indefinido de audiencias. A las demandas escritas requiérese contestar por escrito, por esto a la pluralidad de los términos del procedimiento formal, sustitúyese aquí la pluralidad de las audiencias. Es necesario y *debe ser* concedido un primer aplazamiento; los sucesivos pueden concederse hasta cinco (L. 31 Marzo 1901, art. 6), como ya hemos visto. Pero como en todas las audiencias sucesivas la instrucción está siempre *abierta* y son admisibles nuevas demandas, nuevas excepciones, nuevos documentos, así también después del quinto aplazamiento puede hacerse necesario uno nuevo (art. 9.)

El reglamento germánico, aún no conociendo una verdadera preclusión de las deducciones, admite que el magistrado, a instancia de una de las partes, pueda no tener en cuenta deducciones y producciones de la otra parte que resulten fuera de tiempo (1).

(1) Es verdad que esta norma no tiene aplicación en la práctica por la consideración que el abogado suele tener al colega; WEISMANN, pág. 202;

Pero en nuestra ley no existe esta aplicación del principio de la soberanía del magistrado. Este podrá reprimir las dilaciones cancelando la inscripción en el *ruolo*, pero no existiendo en nuestra ley el principio de la ley austriaca conforme al cual un pleito, después de desierta la audiencia, no puede volver a tomarse durante un cierto tiempo, las partes pueden en la misma fecha reinscribir el pleito (volver a inmatricularlo). Audiencia *única* podría tenerse solo en los casos en que el pleito se funde exclusivamente en documentos, y estos hayan sido depositados preventivamente cuatro días hábiles antes de la audiencia, o en un término más breve en los pleitos comerciales o de plazos abreviados (1), pero aún en estos casos el colegio puede aplazar el acto por motivos importantes (L. 31 Marzo 1901, art. 5.)

d) Entre las diversas audiencias posibles en un pleito no existe diversidad conceptual. La ley austriaca distingue, como hemos visto, una primera audiencia preparatoria y una audiencia para el debate. En nuestro sistema toda audiencia puede servir indiferentemente para la producción de una excepción procesal, o de una excepción de fondo, para la instrucción del pleito o para la discusión del mismo, para la presentación de un escrito o para la producción de una providencia. La separación (o elección) hácese de hecho, caso por caso (2).

e) No hay un estadio autónomo consagrado al conocimiento de las cuestiones sobre los presupuestos procesales, o de otras cuestiones incidentales. El incidente propónese también con demanda autónoma ante el presidente (a veces incluso en la segun-

SCHMIDT, 2.^a ed., pág. 637, núm.; WACH, *Civilprozessualische Enquete*, 1887, pág. 107. Con mejor criterio el regl. austriaco, §§ 179 y 275 concede al efecto un poder de oficio al juez, del cual hace frecuente uso.

(1) Esta norma induce a algunos a descubrir en nuestra ley un *tercer* procedimiento, el sumarísimo.

(2) Hay en esto una exuberancia de actividad procesal, contraria al principio de la economía de los juicios, porque si es indiscutible que antes de la discusión del pleito es necesario que las partes se hayan cambiado sus deducciones, parece excesivo que para la simple comunicación de un acto escrito se emplee una *audiencia*, que requiere una cantidad nada indiferente de actividades jurisdiccionales. El cambio de escritos preparatorios *antes* de la audiencia, del regl. germ., es más sencillo.

da fase, ante el colegio, lo cual puede dar lugar a una remisión ante el presidente (R. D. 31 Agosto 1901, art. 48); pero cuando el incidente viene al colegio para la decisión es natural que a él venga también el fondo, tan sólo puede admitirse que las partes de *acuerdo* limiten la discusión del incidente (§ 3).

2.^a Es de gran importancia la innovación introducida por la nueva ley, de que las partes puedan proveerse, para todas las instancias que daban lugar a la forma incidental en el procedimiento formal, en una primera fase de la audiencia desarrollada ante el Presidente solo; de manera que las resoluciones pedidas por acuerdo de las partes, puedan tenerse pronta y rápidamente. Y también si media acuerdo sobre una excepción de incompetencia por territorio o por litispendencia o por conexión de pleito, el presidente resuelve con ordenanza (no a la *declaración* de incompetencia, sino a homologar el acuerdo de las partes, haciendo cesar el juicio, y en caso de litispendencia o conexión remitiendo al juez que deba conocer; R. D. 31 Agosto 1901, art. 34). Pero si con esto se han acrecido los poderes del presidente en el procedimiento no debe creerse que se haya reconocido la debida ingerencia del magistrado en la dirección del pleito o en la formación del material de conocimiento; esto, en efecto, es incompatible con la pluralidad de las audiencias, puesto que el presidente, cuya persona física puede cambiar de audiencia a audiencia, no tiene conocimiento alguno de cada pleito en concreto; y (tanto más en las audiencias con numerosos pleitos) no puede ejercer una seria acción directora del litigio; por lo tanto tiene una parte aún más pasiva de la que tendría en el procedimiento incidental formal, y se limita, de ordinario a homologar los acuerdos de las partes. Para tomar una resolución con algún conocimiento del pleito se encontraría en la necesidad de ordenar que las partes comparezcan ante él particularmente, como a ello le faculta el art. 30 del R. D. 31 Agosto (no más tarde del día siguiente).

3.^a La desmembración del proceso es más grave cuando se debe proveer a la ejecución de una prueba diferente de la documental. En este caso el Código no regulaba específicamente, sino que remitía a las normas sobre ejecución de las pruebas dictadas para el procedimiento formal (art. 392). Había en esto una contradicción evidente porque las pruebas en el procedimiento formal, por la misma naturaleza de éste, debían realizarse fuera de audien-

cia (aunque la ley en teoría considerase el caso de realizarse en la audiencia, art. 208); mientras que el procedimiento sumario por su naturaleza requeriría la ejecución de las pruebas en audiencia, a ser posible en audiencia única (1). En la reforma moderna se ha

(1) Es lo que ocurre en el moderno procedimiento austriaco, como resulta del caso expuesto más arriba, y en nuestra *discusión* penal. Los efectos de la oralidad y de la concentración de las actividades procesales en una audiencia única, en el proceso austriaco, pueden ponerse de manifiesto con datos estadísticos.

De la estadística judicial correspondiente al año 1908 (Viena, 1910, página XVI), reproducimos este cuadro de la duración de los pleitos atribuidos a tribunal en Austria (excluidos los procedimientos cambiarios y otros brevísimos procedimientos especiales):

AÑOS	PORCENTUAL DE PLEITOS TERMINADOS DENTRO DE				
	1 mes.	1 a 3 meses.	3 a 6 meses.	1 año.	más.
1901	48'2	38'3	10'5	2'5	0'5
1902	49'0	38'1	09'9	2'6	0'4
1903	48'5	38'5	90'1	2'5	0'4
1904	47'6	37'9	11'5	2'6	0'4
1905	47'6	36'9	11'7	3'3	0'5
1906	47'1	36'3	12'3	3'7	0'6
1907	44'3	36'0	14'4	4'7	0'6
1908	42'6	35'0	15'6	5'8	1'0

También en otros procesos modernos la oralidad y la concentración de las actividades procesales son entendidas y aplicadas lógicamente. En el Código de procedimiento del Cantón de Vaud, por ej., se reconoce un estadio preparatorio (instrucción anterior a la audiencia); en este estadio el demandado puede proponer excepciones *dilatorias* (esto es, que excluyen tratar el fondo, art. 157) y pedir que sean resueltas *separadamente* del fondo (art. 158, art. 161). Luego responde en el fondo. Existe una primera audiencia ante el presidente destinada a la producción de los documentos (art. 194), a establecer los hechos litigiosos (art. 173 y sigs.), a preparar las pruebas practicables ante el Tribunal (art. 181), etc. Sigue la audiencia ante el Tribunal (debate), en la que se realizan las pruebas, se presta el juramento decisorio (si las partes no han convenido prestarlo ante el presidente), se oye a los testigos, y las declaraciones de las partes sobre sus dictámenes escritos, y se pasa después *sin interrupción* a la discusión y a la sentencia (arts. 188, 189, 225 y 235). Se admite el aplazamiento del pleito si es necesario.

tratado también de hacer de modo que algunas actividades instructorias (contestación al interrogatorio, prestación de juramento) tuviesen lugar siempre en la audiencia (art. 35 R. D.); pero esto poco importa cuando la audiencia no es *única*, y cuando el examen de testigos se desarrolla fuera de audiencia; de manera que el juez que sentencia puede ser persona distinta de hecho de la que ha ido a la parte y a los testigos, y juzga las declaraciones y disposiciones de éstos a través de las actas que de ellas se han redactado. Ante el juez delegado es difícil que no surjan incidentes que llevan a las partes ante el colegio. Y no es raro el caso de varios incidentes en el mismo examen: uno para decidir si el término ha sido o no válidamente prorrogado, otro para hacer declarar si una cierta pregunta puede dirigirse o no a un testigo, un tercero para admitir o no el examen de un testigo determinado. Cada incidente es un pleito autónomo, con inmatriculación, escritos, sentencia, apelación; cada uno requiere meses, cuando no años, pasados los cuales vuelve el juez delegado, que en el ínterin, por lo regular, ha dejado de pertenecer al Colegio y debe ser sustituido. Y terminado el examen, pasa aún mucho tiempo antes de que el Colegio, compuesto ordinariamente de personas nuevas para el pleito, sea llamado a apreciar sus resultados a base de las actas. Lo mismo para el interrogatorio, dictámenes periciales etc. (1) Estos datos se agravan por la falta constante de un *rollo de cancelleria*, y por la subsistencia de la disposición fiscal mencionada que quiere que el magistrado no resuelva a base de las actas *originales*, sino que la parte interesada, en el procedimiento ordinario, se proviste de una copia del acta y la presente en el pleito (art. 211, último párr. Código pro. civ.) (2). Así deben presentarse por *copia* las sentencias surgidas antes en el mismo pleito y las ordenanzas de instrucción (art. 44 R. D.). Con mayor razón, el magistrado de apelación no juzga nunca a base de los *originales* de las actas existentes en la cancellería del primer juez; la transmisión de estos actos al juez superior sólo puede tener lugar en los juicios de dis-

(1) También en Francia se lamenta la desmembración del proceso y la prueba testifical hecha fuera de audiencia, reconociéndose que el examen en la audiencia daría lugar a menos formalidades y nulidades (GLASSON, *Precis*, 2.^a ed., I, pág. 858).

(2) Otra cosa es en los juicios pretoriales (art. 435).

tribución, subasta y graduación (Reg. gen. jud. art. 239) y ahora también en los de quiebra, rendición de cuentas y división (Real decreto 31 Agosto 1901, art. 52).

4.º La cancelación del pleito en el registro de expedición (§ 43) o su caducidad en él, cuando haya sido expedido y no sentenciado definitivamente, hace que el pleito no se encuentre ya señalado para audiencia, pero no lo hace cesar ni suprime los efectos de la pendencia de la litis. Queriendo reconducirla a audiencia (reproducir el pleito) la parte más diligente debe notificar al procurador adversario una citación *por billete* con tres días, por lo menos, de anticipación a la audiencia. Pero también en el período en que el pleito no se halla aún o no se halla ya señalado para audiencia, o entre una y otra audiencia, puede hacerse necesaria una resolución incidental urgente; en este caso, en lugar de llevar, si es posible, el pleito a la audiencia, puede citarse directamente al adversario ante el presidente por los trámites del procedimiento incidental (art. 181 y sgs.). V. art. 12, L. 31 Marzo, art. 31 39, 53, R. D. 31 Agosto 1901.

5.º Aunque hoy *todos* los pleitos se llevan directamente a la audiencia, el procedimiento formal no ha sido completamente preconizado; en la audiencia, el presidente por acuerdo de las partes puede ordenar el procedimiento formal; así también el colegio, a instancia de una parte o incluso de oficio, mediante ordenanza no sujeta a apelación (L. 31 Marzo, art. 2). En estos casos, en lugar del término para comparecer que transcurre desde la citación, comienza a correr un término de cinco días desde la fecha de la resolución, y desde el vencimiento de este plazo comienza el transcurso de los términos para la notificación de los escritos (art. 2, L. 31 Marzo; artículo 8, 9, 10, 11, 12, R. D. 31 Agosto). Si fuere preciso hacer otras citaciones durante el procedimiento devenido formal (por ejemplo para reasumir el pleito después de la muerte de una parte, para llamar un tercero en garantía etc.), estas citaciones no se harán naturalmente para audiencia fija sino que se concederá un término *dentro del cual* comparecer (1).

(1) Según el proyecto de reformas procesales presentado a la Cámara de los Diputados el 16 Marzo 1908 (núm. 968), art. 7, el procedimiento formal quedaba totalmente abolido. Pero esto tiene poquísima importancia. El proyecto contenía justas normas de detalle, pero no respondía a las

IV. Tipos extremos de procedimiento en Italia.—Además del procedimiento ordinario formal, aplicanse en Italia en algunos casos procedimientos diferentes, ya por ser completamente escritos, ya por ser completamente, o casi del todo, orales.

a) Procedimientos escritos.—Hay materias en las cuales no sólo las demandas y contestaciones deben formularse por escrito sino que se halla en ellas excluída la discusión oral (debate en cámara de Consejo). Tal es el procedimiento de recusación de los jueces, p. 577 (art. 125, 130). Tal el procedimiento de apelación contra la autorización judicial a la mujer casada (art. 802). El procedimiento para la determinación de la casación competente (Real decreto 23 Diciembre 1875, art. 6). El procedimiento de apelación sobre la competencia del conciliador en los asuntos de valor inferior a 50 liras (art. 457).

b) Procedimientos orales. En los mismos juicios ante los jueces superiores (tribunales, cortes) puede haber un procedimiento totalmente oral en caso de oposición al mandato de pago en el proceso monitorio (art. 379). En este caso la oposición puede hacerse por la parte sin intervención del procurador; y «las partes exponen oralmente en la audiencia sus respectivos derechos o razones que se trasladan en forma de proceso verbal en el pliego de audiencia» (Reg. gen. jud., art. 260). Pero estamos tan desacostumbrados a la oralidad, que tampoco en este caso se practica.

Procedimiento ante los pretores. Acto de citación o comparecencia voluntaria de las partes (art. 57). Comparecencia *personal* de la parte facultativa (art. 156). Las instancias y las defensas pueden formularse oralmente o por escrito (art. 415, 418); se si proponen oralmente se refieren de un modo sumario en el proceso verbal del pleito (art. 415). Los interrogatorios, la fórmula del juramento, la prueba testifical pueden proponerse o deducirse oralmente o por escrito (art. 424, 425, 426); corresponde en estos casos al pretor determinar por escrito en el proceso verbal los hechos acerca de los cuales se debe responder o que deben probarse, art. cit.)

exigencias de una reforma radical y orgánica. No ha triunfado, por ser objeto de graves críticas, precisamente por aquel carácter, y por el defecto de puntos de vista generales (v. nuestras publicaciones y las de BIANCHI, citadas antes).

Considérase también por la ley la posibilidad de la concentración del proceso en una audiencia, incluso los actos de instrucción (1). Esto hállase facilitado por el hecho de que el pretor debe juzgar basándose en las actas *originales* del pleito (art. 435). De estas normas se deriva la posibilidad de una mayor ingerencia del pretor en la dirección del litis y en la formación del material del pleito; puede ordenar, por ejemplo, de oficio la comparecencia personal de las partes para interrogarlas (art. 446), y debe intentar conciliarlas (art. 417). Cuando esté enterado *de cualquier manera* de que demandado no ha podido tener noticia de la citación, ordena de oficio una nueva citación, y lo mismo si el demandado no pudo comparecer por fuerza mayor evidente (artículo 442). Cuando estime el pleito suficientemente instruído, puede sentenciar (art. 421). Debe entenderse también que en la tramitación del pleito tiene el poder discrecional de regular los términos y los aplazamientos, cuando, por ejemplo, sean aplicables a los juicios pretoriales los términos rigurosos para el examen testifical. Todo esto se armoniza con la importancia social del procedimiento ante los pretores, en el cual el magistrado se encuentra más fácilmente en contacto con personas menos aptas por su cultura y condición social para defenderse en juicio. Pero estos principios están muy poco determinados en la ley; ésta remite, en todo lo que de un modo expreso no esté regulado, a las normas del procedimiento ordinario (art. 447). Esta remisión y el hecho de que la escritura no está excluída del procedimiento pretorial, hacen que en la práctica, también en éste como en el ordinario, domine la escritura y la desmembración de las actividades procesales.

Procedimiento ante los conciliadores. Ante los conciliadores los juicios se tramitan *sin formalidades*. Las demandas y las defensas son expuestas verbalmente (art. 448). A los interrogatorios dirigidos por una parte a otra se responde *inmediatamente*, caso de ser admisibles (art. 451). No se levanta acta en los pleitos de valor inferior a 50 liras, sino para la prestación de juramento y la impugnación de falsedad de un documento (art. 455); en los de valor superior redáctase siempre acta de la instruc-

(1) Art. 420 «cuando haya lugar a algún acto de instrucción *por el cual el pleito sea aplazado*»; la hipótesis del aplazamiento no excluye la ejecución inmediata del acto instructorio.

ción (L. 16 de Junio 1892, art. 18). El procedimiento ante los conciliadores, en cuanto no esté regulado expresamente, sigue las normas del de los pretores (art. 464).

Procedimiento ante los probiviri. Sigue las normas del de los conciliadores, para todo lo que no se halle expresamente regulado por la ley o por el reglamento sobre *probiviri* (Regl. art. 55). Las facultades del magistrado son mayores (L. art. 38); puede llamar testigos de oficio, tomar declaración a quien crea necesario etcétera. La ley ha tratado de obtener un proceso verdaderamente *oral* con la consiguiente concentración de actividades; a tal fin ha prohibido las memorias *escritas* (art. 32 de la ley) y los *aplazamientos* pedidos por las partes; el presidente puede ordenar de oficio, en *casos enteramente excepcionales*, un solo aplazamiento a corto término, utilizando el intervalo para concluir las indagaciones precisas, como un acceso (*sopraluogo*) del colegio íntegro o del presidente con un juez industrial y un obrero (Ley, art. 38, Regl. art. 58).

Otros procedimientos especiales. Sería demasiado extenso y fuera de lugar, examinar todos y cada uno de los procedimientos regulados por las leyes que establecen jueces especiales (§ 20). Ordinariamente en ellos, concédese amplio campo a la oralidad porque, como hemos observado (§ 28), ordinariamente la institución del juez especial tiende, sobre todo, a sustraer algunas relaciones jurídicas al *procedimiento* ordinario. Sin embargo, muchos de estos procedimientos han degenerado en la práctica, bajo la influencia del proceso ordinario. Un caso típico de esta degeneración nos ofrece el procedimiento ante la Junta de las elecciones: oral y concentrado en el reglamento especial (artículo 11 y 14), es, en la práctica, un retorno al proceso inquisitorio secreto y escrito («comités inquirientes» art. 25 Regl. de la Cámara de los Diputados).

APENDICE AL § 44 BIS

Derecho español.

No es preciso profundizar en nuestras leyes procesales para enterarse de que en España domina el sistema escrito en el procedimiento. Este aplícase a todos los juicios, entendida esta palabra en su más amplio sentido procesal, con las únicas excepciones, dentro de la jurisdicción ordinaria a que nos referimos, de los llamados juicios verbales y, con ciertas reservas, de los juicios de desahucio, y aún aquéllos en la práctica han venido a degenerar en juicios escritos por la costumbre demasiado arraigada de sustituir el acta de la sesión oral por una reproducción fiel de las manifestaciones y alegatos de los litigantes.

Es cierto que en el procedimiento escrito sancionado por nuestras leyes civiles de enjuiciar, establécese de ordinario una fase oral momentánea, la de *vista*, pero que en nada altera la condición del procedimiento, porque viene al final del proceso; y además en muchos de los casos en que se consiente, tradúcese en la práctica del foro, en la presentación de notas escritas que sustituyen al discurso oral.

Modernamente, en algunos procedimientos especiales, se advierten orientaciones hacia la oralidad. De un modo pleno, autónomo, y con verdadera jurisdicción, en el que se desarrolla ante los tribunales industriales.

* * *

La división fundamental del procedimiento civil en *sumario* y *formal* del derecho italiano, no existe en nuestras leyes, aunque de hecho los juicios puedan agruparse en órdenes parecidos según las solemnidades preceptivas en su tramitación.

La ley marca para cada juicio un procedimiento especial y aplica a ciertos órdenes de litigios el que es característico de tal o cual juicio.

§ 45.

PUBLICIDAD (1)

I. *Concepto.*—La publicidad de las actividades procesales es un principio que puede entenderse de dos maneras distintas: como admisión de los *terceros* (público) a asistir a las actividades procesales o como necesidad entre las *partes* de que toda actividad procesal puede ser presenciada por ambas. En los dos sentidos la publicidad ha sido admitida en los procesos más antiguos (romano, germánico), excluyóse, al menos en parte, en muchos procesos intermedios.

II. *Publicidad en cuanto a terceros.*—La importancia preferentemente política de este principio échase ya de ver del hecho de estar proclamado en la Constitución (art. 72). El art 52 del Código confirma que las *audiencias* de la autoridad judicial son públicas *bajo pena de nulidad*. Cuando la publicidad pueda resultar peligrosa para el buen orden o las buenas costumbres por la naturaleza del pleito, y en los demás casos señalados por la ley, la autoridad judicial a ruego del ministerio público o de oficio, ordena que la discusión tenga lugar a *puertas cerradas* (§ 19). La resolución se pronuncia en audiencia pública y se incluye con los motivos en las actas de audiencia (art. 52. Regl. gen. jud. artículo 248).

Pero esta publicidad se limita a la audiencia, no se extiende, por tanto, a todas las actividades procesales que se verifican fuera de la audiencia (como las pruebas ante el juez delegado). De las actas del proceso, son accesibles al público las resoluciones del magistrado, que son actas *públicas* por su naturaleza, no las actas y documentos de las partes.

(1) SCHMIDT, 2.^a ed., § 101; HELLWIG, § 108; *System*, § 64; WEIS-MANN, § 66; SKEDL, pág. 51; POLLAK, § 86.

III. *Publicidad entre las partes.*—Las actividades, a través de las cuales se desarrolla la relación procesal, deben hacerse patentes necesariamente a *todos* los sujetos de la relación. Por consecuencia, cada parte tiene derecho a examinar las producciones del adversario, y este derecho extiéndese también a los que son admitidos o llamados a asistir al proceso (*causæ adesse*) sin llegar a ser partes en él (§ 36 y sigs.). Las partes y sus procuradores aun antes de la audiencia y de la constitución con la simple exhibición de la citación, y el procurador personado exhibiendo el mandato, son admitidos a examinar los documentos depositados en cancillería, a hacer de ellos copias o extractos en papel simple o hacer que se expidan a su costa copias autorizadas por la cancillería (L. 31 Marzo 1901, art. 5, § 1, art. 14. R. D. 31 Agosto 1901, arts. 22 y 23). Además, durante la discusión, cada parte tiene la obligación de exhibir a la otra sus documentos (R. D. 31 Agosto, art. 22), § 49.

Las resoluciones del juez tómanse ante las partes, siempre que la ley no disponga lo contrario, como para la sentencia, que se delibera *en secreto* (art. 358) y después se *publica* en la audiencia (artículo 366). La deliberación de las resoluciones *colegiadas* durante la audiencia, se hace también en audiencia; pero los jueces manifiestan *en voz baja* su voto al presidente (Reg. gen. jud. art. 261).

También el examen de los testigos tiene lugar a presencia de las partes (arts. 243 y 247, n.º 10). Puede excluirse, por razones especiales, la persona de la parte (art. 840), pero no de un procurador (1).

(1) Un sistema distinto prevaleció (de modo contrario al derecho romano y canónico) en el proceso común y derivados; proceso francés (PISANELLI, MANCINI, SCIALOJA, III, pág. 147); Constituc. piem. III, 18, § 23. Temiéndose que la presencia de las partes pudiese influir en los testigos éstos eran examinados en secreto.

APENDICE AL § 45

Derecho español.

Arts. 313 y 314 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Las diligencias de prueba y las vistas de los pleitos y demás negocios judiciales se practicarán en audiencia pública.

Del mismo modo se hará el despacho ordinario de sustanciación de los negocios en que lo hubiere solicitado alguna de las partes.

Esto no obstante, los jueces y tribunales podrán disponer, de oficio o a instancia de parte, que se haga a puerta cerrada el despacho y vista de aquellos negocios en que lo exijan la moral y el decoro.

*
* *

Para la publicidad en las relaciones entre las partes, véanse las reglas especiales de cada juicio.

§ 46.

«**Mediatezza e inmediatezza.**»

I. *Concepto.*—El principio de la *inmediatezza* de las actividades procesales consiste, en que las partes se comunican directamente entre sí y con el juez que debe proveer y el juez se comunica directamente con las partes y con las demás personas que intervienen en el proceso (testigos etc); mientras que según el principio opuesto, esta comunicación es indirecta. El principio de la *inmediatezza* tiene una estrecha relación con el principio de la oralidad, puesto que en la aplicación más consecuente de la oralidad la relación entre las partes, y entre las partes y el juez es precisamente directo e inmediato; pero no existe ahí coincidencia absoluta entre los dos principios, y puede tenerse *inmediatezza* en proceso escrito y *mediatezza* en proceso oral.

II. *Actividad de las partes.*—Las partes se comunican inmediatamente entre sí, a partir de la citación que, como hemos visto, no se presenta al juez antes de la notificación, aunque tenga lugar por medio de un órgano público. Ya nos hemos ocupado de las ventajas y peligros de la *inmediatezza* en este acto (§ 41). Durante el pleito las partes se comunican entre sí inmediatamente, cam-

(1) MENGES, *System*, pág. 388 y sigs.; SCHMIDT, 2.^a ed., pág. 442; WEISMANN, § 43^a; SKEDL, pág. 51; POLLAK, § 113; GUTTMANN, *Unmittelbarkeit und freie Beweiswürdigung (Inmediatezza y libre apreciación de pruebas)*, 1897, y sobre esto SCHNEIDER, en la *Rivista per proc. civ. tedesco*, volumen 37, (1908), pág. 307.

(2) El nombramiento del juez delegado puede hacerse en este caso por el presidente del Tribunal solicitado. Corresponde al Colegio determinar si un medio instructorio debe realizarse con intervención del Colegio (lo cual en un medio que haya de realizarse en otra jurisdicción sería inútil) o por juez delegado; pero una vez establecido que deba realizarse por

biándose directamente los escritos en la audiencia o mediante notificación. Puede suceder excepcionalmente que una resolución se pida directamente al juez (*recurso*) sin comunicar la petición al adversario, pero notificándole la resolución obtenida (art. 233, 379, 931, etc).

III. *Actividad del juez.* El ideal sería que el juez se comunicase directamente con las personas (partes o terceros), cuyas declaraciones debe apreciar en el pleito, y el procedimiento oral trata de realizar este ideal, aunque también en los procedimientos rigurosamente orales se den desviaciones de este principio como cuando *a)* se oiga a determinadas personas por *medio* de intérprete; *b)* se oiga a determinadas personas en su domicilio *mediante* juez delegado; *c)* se deban realizar actos de instrucción fuera de la jurisdicción de la autoridad judicial o en el extranjero *d)* se nombre un relator en los tribunales colegiados. En todos estos casos existe alguien que *refiere* al juez lo que ha visto, lo que ha oído, lo que ha leído en los actos del pleito. En nuestro sistema el principio de la *inmediatezza* tiene escasa aplicación a las actividades del juez, por la naturaleza de nuestro procedimiento, y en particular:

a) Porque de ordinario los medios instructorios se realizan fuera de audiencia, por medio de juez delegado. Esto es, particularmente importante para el examen testifical. (1).

b) Porque, dada la desmembración del proceso en numerosas audiencias, y la gran duración de los pleitos, ocurre de ordinario que las personas que conocen últimamente del pleito no son las mismas que han seguido su desarrollo, y con frecuencia el colegio que resuelve no tiene siquiera en su seno a quien ha recogido las pruebas como juez delegado.

juez delegado, el nombramiento de éste no requiere una resolución colegiada (argum. ex., art. 210, Cód. proc. civ.). Ya hemos observado antes (§ 19.), que la frase «autoridad judicial», empleada por el artículo 208, comprende también al presidente. En contra LESSONA, en *Rivista di dir. civ.*, 1912, pág. 393. V. también CASATI, *ibid* pág. 555

(1) Hemos visto (Introd.), que la institución del *interrogator* ha surgido en el derecho intermedio. V. Prag. Napol., 1547; Const. parmens., 1594. Sobre el examen testifical extrajudicial (*per tabulam*) en derecho romano, véase BRASSLOFT, en la *Rivista della fondaz. SAVIGNY*, vol. 27, pág. 210 y siguientes. (*Revista de proc. civ. alemán*, 39, pág. 141.

c) El inconveniente agrávase por el hecho de que las pruebas no se recogen inmediatamente después de ser admitidas. Por ejemplo, la sentencia que admite el examen testifical debe ser redactada antes en *minuta*, después en *original*, después *publicada*, después enviada al examen del encargado del *registro*, después *copiada* en el número de ejemplares necesario, después *notificada*; cuando ha adquirido calidad de cosa juzgada, es por último, *ejecutada*.
