



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

F E S A R A G Ó N

**LOS BENEFICIOS DE ORDEN Y EXCUSIÓN APLICADOS
COMO EXCEPCIONES Y DEFENSAS EN EL JUICIO
ORDINARIO CIVIL EN EL ESTADO
DE MÉXICO**

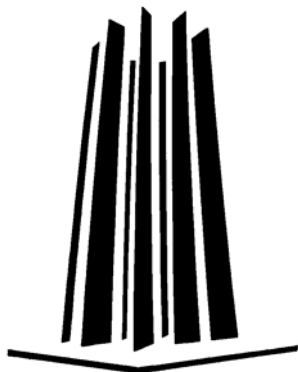
TESIS

**Que para obtener el Título de:
LICENCIADO EN DERECHO**

P r e s e n t a:

JOSÉ ISRAEL CAMPOS GONZÁLEZ

San Juan de Aragón Estado de México, Octubre 2007.





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AL DIOS CREADOR TODO PODEROSO
QUE MIS PADRES ME ENSEÑARON.

A MIS PADRES ROBERTO Y OLGA, POR TODA
SU COMPRENSIÓN Y APOYO EN TODOS LOS DÍAS
DE MÍ VIDA, COMO UN PEQUEÑO HOMENAJE
A SU ESFUERZO EN MÍ EDUCACIÓN.

A MIS HIJOS TONATIHU Y DANIEL, PARA QUE SIGAN
SIEMPRE EL CAMINO CORRECTO, Y APRENDAN O TOMAR
SUS DECISIONES DE LA MEJOR FORMA PARA SEGUIR EN EL
CAMINO DE LA VIDA.

A MIS HERMANOS, GUADALUPE QUE SIEMPRE TUVO
UNA PALABRA DE ALIENTO, RAYMUNDO Y MAY QUE SIEMPRE
CONFIÓ EN MI CAPACIDAD PARA TERMINAR EL
PRESENTE TRABAJO.

AL LICENCIADO JULIO CÉSAR PONCE QUITZAMÁN
MI ETERNA GRATITUD POR SU PACIENCIA, ORIENTACIÓN
Y COMENTARIOS AL DIRIGIRME A LO LARGO DE TODO
EL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN; Y POR SU CALIDAD HUMANA
EJEMPLO DE TENACIDAD Y VALENTÍA PARA VER LOS PROBLEMAS
QUE SE NOS PRESENTAN A DIARIO.

A TODOS LOS MAESTROS DE LA ENEP ARAGÓN,
SIN LOS CUALES NO HABRÍA SIDO POSIBLE ESTA
REALIDAD, LA CULMINACIÓN DE MÍ CARRERA
PROFESIONAL.

AL LICENCIADO ALFONSO PELCASTRE, POR TODO
SU APOYO, COMENTARIOS Y SOBRE TODO POR LEVANTARME
SIEMPRE EL ÁNIMO CUANDO MÁS LO NECESITABA...

**LOS BENEFICIOS DE ORDEN Y EXCUSIÓN APLICADOS
COMO EXCEPCIONES Y DEFENSAS EN EL JUICIO
ORDINARIO CIVIL EN EL ESTADO
DE MÉXICO**

ÍNDICE	A
---------------------	---

INTRODUCCIÓN	I
---------------------------	---

**CAPÍTULO I
ANTECEDENTES DEL JUICIO ORDINARIO CIVIL**

1.1 En el derecho romano	2
1.1.1 Las excepciones en el derecho romano	14
1.2 En el derecho español	18
1.3 En nuestro derecho positivo mexicano	26
1.3.1 El juicio ordinario civil en el Estado de México	37

**CAPÍTULO II
FASES PROCESALES DEL JUICIO ORDINARIO CIVIL
EN EL ESTADO DE MÉXICO**

2.1 Las fases procesales en el juicio ordinario civil	44
2.2 Demanda y requisitos	57
2.3 Admisión de la demanda y efectos	64
2.4 Contestación a la demanda	68
2.4.1 Momento procesal en que se hacen valer las excepciones y defensas	74
2.5 Fase probatoria	79
2.6 Sentencia	84

**CAPÍTULO III
LOS BENEFICIOS DE ORDEN Y EXCUSIÓN APLICADOS COMO EXCEPCIONES
Y DEFENSAS**

3.1 Diferenciación de las excepciones y defensas	90
3.1.1 Las excepciones en el proceso civil en el Estado de México	98
3.1.2 Las defensas en el proceso	104
3.2 Conceptualización de los beneficios de orden y excusión	109
3.2.1 Requisitos de procedibilidad	123
3.2.2 Momento procesal que se hacen valer	135
3.2.3 Elementos probatorios	141
3.3 Ubicación de los beneficios en las excepciones y defensas procesales	149
3.3.1 Diferencia entre el beneficio de orden y excusión	155

3.3.2	Consideración de excepciones contradictorias	159
3.3.3.	El fiador como sujeto activo de los beneficios	164

CAPÍTULO IV
LA INAPLICACIÓN DE LOS BENEFICIOS DE ORDEN Y EXCUSIÓN, POR
SU FALTA DE REGLAMENTACIÓN

4.1	Conceptualización errónea de los beneficios de orden y excusión	170
4.2	Desconocimiento de los beneficios	176
4.3	El beneficio de orden y excusión como excepción o defensa	182
4.4	Dificultad de su comprobación en juicio	185
4.5	Necesidad de reglamentarlos de una manera eficaz en los códigos sustantivo y procesal civil en el Estado de México	191

CONCLUSIONES	197
---------------------------	-----

ANEXO 1 Encuesta sobre los llamados beneficios de orden y excusión.....	204
--	-----

BIBLIOGRAFÍA	206
---------------------------	-----

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación se demuestra si los beneficios de orden y excusión pueden ser aplicados como excepciones y defensas en el juicio ordinario civil en el Estado de México, siendo esta entidad el espacio material sobre el cual se aplicó la investigación; ahora bien y como todas las instituciones de derecho vieron su nacimiento en el derecho Romano, nos obliga a realizar un análisis desde esta época, pasando por el devenir histórico por el derecho español que fue provincia romana y que fue el que trajo a nuestro país las figuras jurídicas materia de estudio y, también quien generó en primera instancia nuestro derecho procesal.

Precisa señalar que dentro de esta evolución histórica limitada a nuestro derecho mexicano el cual se desarrolla por tres grandes periodos a saber: el derecho Precortesiano, Colonial y por último el de México independiente; por lo que la presente investigación se encuentra delimitada en cuanto al tiempo al desarrollo histórico de las instituciones que en el se contienen; a la evolución procesal que existió en nuestro país antes y después de la llegada de los Españoles y sobre todo al derecho positivo que se aplica en el Estado de México antes y con las recientes reformas. Por lo que hace a la limitación del lugar de la investigación, se encuentra comprendida en el espacio territorial que comprende el Estado Libre y Soberano de México que es el lugar donde tiene fuero el Código Civil y Procesal Civil para esta entidad.

En cuanto al método que se utilizó a lo largo del presente trabajo de investigación fue la deducción, por lo que se partió de principios, cuestiones y reglas generales para que al restringirlas poder establecer la especie que nos ocupa; en este sentido el trato de los temas que contiene la investigación se realiza desde su connotación gramatical limitamos deductivamente su extensión al campo del derecho y, dentro de éste tasamos más aún la extensión de su significado encontrando así la especie, representada por el derecho que se aplica al Estado de México. También se utiliza como técnica de investigación el análisis y la confrontación, esto en virtud de las actuales reformas a los Código Civil y Procesal de la

entidad, que se encuentran aplicando positivamente en los tribunales, circunstancia que nos obligó al trato paralelo entre uno y otro cuerpo legal, pudiendo establecer sus analogías.

La investigación contiene una serie de figuras donde se pretende hacer más didáctica la investigación y comprender aún más el caso de algunas figuras, incluso hacer énfasis en sus contenidos que inmediatamente saltan a la vista y que dan al lector una mejor comprensión del tema.

La estructura del presente trabajo está dividida en cuatro capítulos; en el primero se analiza la evolución histórica del derecho procesal, teniendo como punto de partida el derecho romano, de ahí al derecho español que fue provincia romana y que se perfecciona con la invasión de los pueblos germánicos del norte, fundiéndose así por un lado los principios de derecho privado (derivado de los romanos) y derecho público (Derecho germánico) surgiendo así una nueva corriente ecléctica que fue traída por los conquistadores; estudiando por último el derecho positivo mexicano por sus tres etapas evolutivas, concluyendo en el caso particular del juicio ordinario civil que tiene lugar en el Estado de México lugar al cual se limitó la presente investigación.

En el segundo capítulo se estudian las fases procesales del juicio ordinario civil, partiendo al efecto de los conceptos generales que limitados en su especie nos determinan los requisitos y elementos que contiene este juicio en la entidad, incluso se practica un paralelismo entre los Códigos Civil y Procesal Civil del Estado de México, vigentes como abrogados, lo que pone de relieve que en sus contenidos se encuentran homologados pese a las recientes reformas, hecho que se realizó porque los artículos transitorios de ambos ordenamientos vigentes facultan la aplicación de código abrogado, a los juicios iniciados con antelación a las reformas y también cuando el litigio tenga su origen en derechos contraídos con los antiguos cuerpos de leyes.

El tercer capítulo forma la columna vertebral del presente trabajo de investigación, en él se analizarán las diferencias entre las excepciones y defensas, se conceptualizan los mal llamados beneficios de orden y excusión, sus requisitos y elementos probatorios; para que

una vez entendidas las figuras jurídicas y en base a su naturaleza ubicarlas si son defensas o bien excepciones, demostrando al efecto que existe un error en su denominación por parte del legislador, que tan solo los repitió de su origen romano soslayando su naturaleza jurídica, hablando por último del fiador sujeto activo del orden y la excusión cuando se hacen valer en juicio.

En el último capítulo se aborda el desconocimiento del orden y al excusión, hecho que se demuestra a la luz de un estudio de campo que se practico en tres diferentes distritos judiciales del Estado de México, concluyendo que este desconocimiento es producto de su falta de reglamentación, lo que nos cimienta a proponer su reglamentación de una manera eficaz en los Códigos Civil y Procesal para esta entidad.

Así podemos decir que la hipótesis general planteada en el presente trabajo de investigación es afirmativa y que los beneficios de orden y excusión pueden hacerse valer como defensas específicas del demandado llamadas excepciones, cuando este demandado es la persona del fiador.

CAPÍTULO PRIMERO ANTECEDENTES DEL JUICIO ORDINARIO CIVIL

Se entiende por juicio ordinario, al principio establecido en la generalidad de los Códigos de Procedimientos Civiles, que regula las contiendas entre las partes que no tengan señalada en la ley una tramitación especial

I.1 EN EL DERECHO ROMANO

La influencia de las instituciones del derecho romano en nuestro derecho positivo mexicano resultan evidentes, ya que son la fuente primaria de las mismas y es por ello que resulta necesario el análisis del proceso en este pueblo, haciendo desde este momento la aclaración que los romanos no determinaron propiamente los tipos de juicios que se ventilaban; y por lo tanto, partiendo de la premisa que por ordinario debemos entender lo que es común para varias especies; podemos inferir que el juicio ordinario civil para los romanos, era el que comúnmente se utilizaba para resolver controversias, el cual se establecerá en base al presente análisis.

El sistema procesal romano evolucionó dentro de su historia jurídica por tres etapas, las cuales a pesar de haber coexistido en ciertos momentos, muestran cada una de ellas rasgos específicos.

La romanística moderna agrupa dichos procedimientos de la siguiente manera:

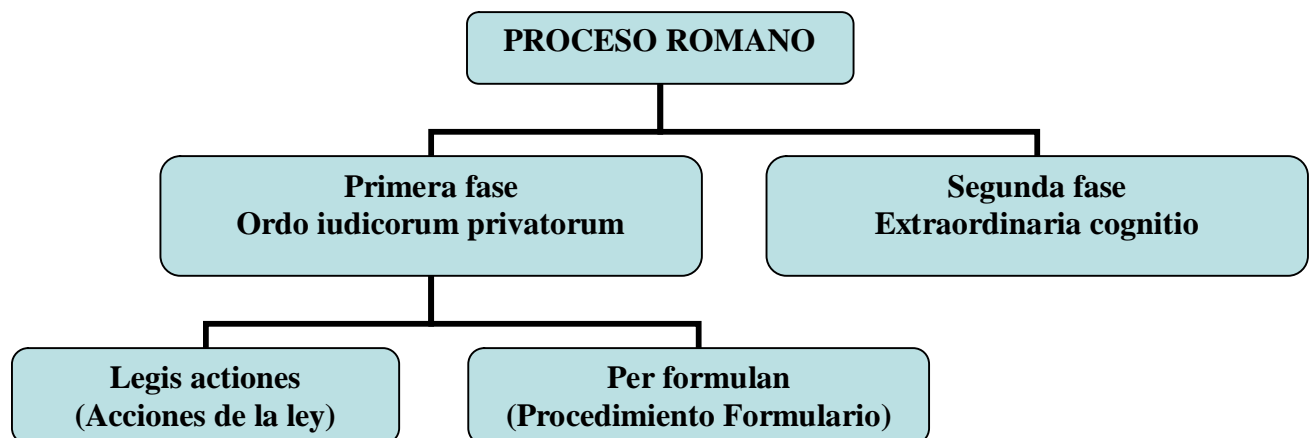


FIGURA 1. División del proceso romano.

Nótese que la historia de Roma pasó por tres etapas históricas y, a su vez el proceso judicial romano, también pasa por tres etapas:

HISTORIA DE ROMA

PROCESO ROMANO

- 1) La Monarquía..... *Ius civilis*
- 2) La República..... *Per formulam*
- 3) El Imperio *Extraordinario*

Realizando un análisis paralelo, se observa, sin que esta coincidencia sea exacta, que las tres etapas de desarrollo del proceso en Roma -de manera general- se pueden encuadrar, dentro de este mismo marco histórico general del pueblo romano. "Así, durante la monarquía que era una etapa primitiva de desarrollo en todos los sectores culturales y sociales, tenemos la etapa de las acciones de la ley. Durante la República tenemos la etapa llamada del proceso formulario; y, en el imperio, surge el llamado proceso extraordinario. Es decir, tenemos tres etapas de desarrollo histórico del proceso jurisdiccional romano, las dos primeras pertenecientes a lo que se llamó orden judicial privado, y la tercera y última etapa, perteneciente a los que se ha denominado el orden judicial público"¹

Como la metodología para el presente trabajo de investigación es la deducción y como se observa los dos primeros procedimientos son la especie del *ordo iudicorum privatorum* (orden jurídico privado), en tal virtud se estudiará esta primera fase.

En el *ordo iudicorum privatorum* el proceso se encontraba dividido en dos etapas o instancias, la primera se lleva a cabo ante el magistrado y se llamaba *in iure*, la segunda ante un tribunal de ciudadanos seleccionados o ante un juez privado y se llamaba *in iudicio*, o mejor *apud iudicem* (delante del juez).

En la primera instancia o etapa, se determinaba la constelación jurídica del caso, se denominaba *in iure*, se lleva a cabo delante del Magistrado, alto funcionario romano, quien tenía la *iuris dictio*, es decir, la facultad de conceder o negar la *actio*, recuérdese que en la

¹ GÓMEZ LARA, Cipriano. *Teoría General del Proceso*, 7ª edición, México 1987, Editorial UNAM, página 58.

antigua Roma no se tenía acceso al *iudex*, sin tener una autorización previa del magistrado.

"La *iuris dictio* quedaba sujeto a requisitos especiales en cuanto territorio, la materia (por ejemplo hubo pretores especiales para diversas clases de controversias), la cuantía (en el sistema extraordinario) y el grado (desde la introducción de la *apella tío*), requisitos por lo tanto que determinaron la competencia.

Además de la *iurisdictio*, el Magistrado, disponía del *imperium* que le otorgaba facultades discrecionales que le permitían denegar acciones o excepciones, imponer estipulaciones, a las partes conceder la posesión provisional del objeto litigioso a cualquiera de las partes etcétera."²

Las partes en el proceso eran por lo menos dos, citando al efecto lo que dice Gayo (I.478) citado por Sara Bialostosky: "Yo no puedo litigar contra mí mismo"(sic) uno asume el papel del demandante, el que actúa *qui agere*; el otro el demandado, el *reus*. A partir de la constitución Antoniniana todos los habitantes de Roma tiene capacidad procesal, anteriormente solo algunos."³

En esta primera instancia, del *ordo iudicorum privatorum* el actor invitaba a demandado a comparecer ante el Magistrado y aceptar el *iudex*.

En la fase *in iure* participaban los siguientes órganos jurisdiccionales, representados por los magistrados:

- a) Pretores urbanos y peregrinos
- b) Los ediles cúrules

La segunda etapa o instancia, se llevaba a cabo ante un tribunal de ciudadanos seleccionados, o ante un juez privado; esta segunda fase se llamaba "*in iudicio*", o mejor

² FLORIS MARGADANT, Guillermo. *El Derecho Privado Romano*, 14ª edición, México 1991, Editorial Esfinge, página. 65.

³ BIALOSTOSKY, Sara. *Panorama del Derecho Romano*, México 1982, Editorial UNAM Textos Universitarios, página 65.

"*apum iudicem*" (delante del juez).

Dentro de esta segunda fase, se ofrecían, admitían y desahogaban las pruebas; después de lo cual, cada una de las partes presentaban sus alegatos y el juez dictaba sentencia. Se observa que las etapas del *ordo iudicorum privatorum* en cuanto a sus secuelas procedimentales era muy parecido a nuestro proceso ordinario civil; por lo menos en cuanto a las etapas que lo integran.

En esta fase el *iudex* tenía la facultad de "*iudicatio*", dictar sentencia; pero el magistrado por su parte, tiene la "*cognitio*", emanada también del imperio, esta consistía en la facultad que tiene el magistrado de intervenir en la segunda fase del *ordo iudicorum privatorum*; con ésta facultad el pretor pudo crear las estipulaciones pretorianas; lo cual en su evolución y dentro del proceso formulario dió origen a las defensas.

En esta fase intervienen los siguientes órganos, ante los cuales se desarrollaba el litigio:

- a) El juez privado.
- b) Los árbitros (tres o cinco jueces)
- c) Los recuperadores, miembros de los tres colegios o jurados permanentes (*Decemviri, centumviri y tresviri* capitales).

"El período del *ordo iudicorum privatorum* comprendía por tanto, dos fases: La de las *legis actiones* y la del sistema formulario. En la época posclásica se inició una tercera fase, la del procedimiento extraordinario, en el cual la citada bipartición desapareció; ya no se recurría, sino excepcionalmente, a jueces privados; por regla general, el magistrado investiga los hechos y dictaba el mismo la sentencia"⁴

⁴ FLORIS MARGADANT, Guillermo. *Op. cit.* Página 142.

Tal era el desenvolvimiento general de la primera fase procesal del derecho romano, la *ordo iudicorum privatorum* la cual se dejó sentado absorbe el proceso de las *legis actiones* y el *per formulam*, las cuales a continuación se estudian en base a su aparición histórica y, por lo tanto se analiza primeramente las acciones de la ley.

LAS ACCIONES DE LA LEY

Estas acciones de la ley, son procedimientos rigurosos, enmarcados dentro de cierto ritualismo muy vecino a la religiosidad; su desarrollo como proceso era en base a lo expuesto por el *ordo iudicorum privatorum*; y parece encontrar su fundamento en la ley de las doce tablas; más que una clasificación de acciones o pretensiones constituían las formas autorizadas de procedimiento con características propias; por lo tanto hablar de *legis actio*, es el modo de proceder que se adapta a diversos derechos. Arangio Ruiz define estas *legis actiones* "Como declaraciones solemnes, acompañadas de gestos rituales, que el particular pronunciaba, generalmente ante el magistrado (afirmación que sufre una excepción, tratándose de la *pignoris capio*, como veremos), con el fin de proclamar un derecho que se le discutía (en caso a las tres *legis actiones* referentes a la determinación de derechos), o de realizar un derecho previamente reconocido (tratándose de las dos *legis actiones* referentes a la ejecución)." ⁵

"En el proceso de la *legis actiones* cada parte tenía que recitar toda una letanía, rigurosamente prefijada. En el teatro de la justicia, los papeles estaban exactamente prescritos, y el actor que representaba mal su papel en el fuero era sancionado con la pérdida del proceso y además del posible derecho cuya eficacia había tratado de obtener mediante su actuación procesal"⁶

Las acciones de la ley eran cinco formas de actuación; y los tratadistas nos han

⁵ V. ARANGIO RUIZ, *Las acciones en el derecho privado romano*, Madrid, 1945 página 45.

⁶ FLORIS MARGADANT, *Guillermo. Op. cit.* página 146.

enseñado que 3 de ellas eran declarativas y las 2 últimas eran de carácter ejecutivo, quedando este periodo esquematizado de la siguiente manera:

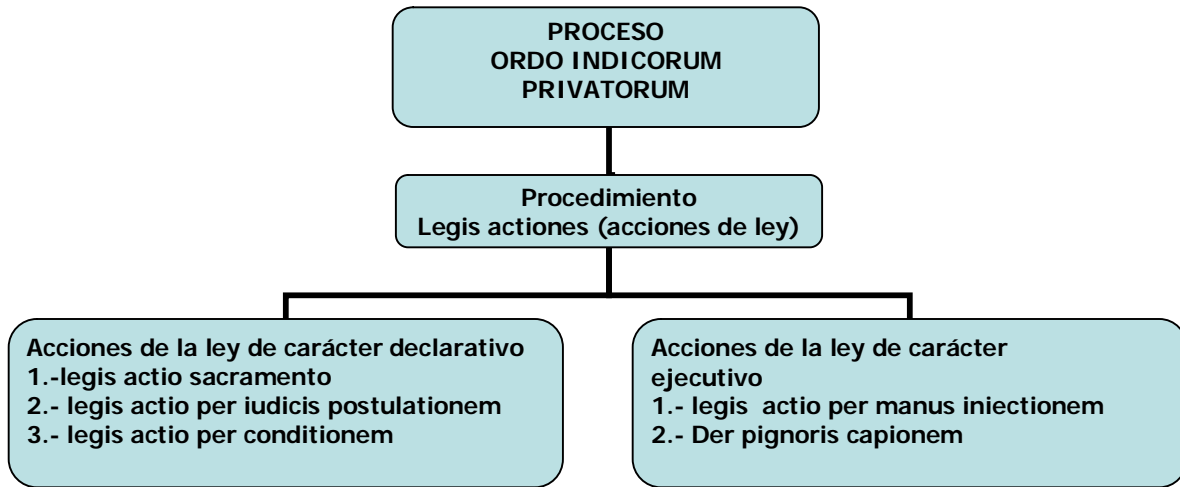


FIGURA 2. División de las acciones de la ley.

Como se observa para el caso de cualquiera de las *legis actiones*, el procedimiento era el mismo, es decir, su forma de proceder era por el *ordo iudicorum privatorum*, el cual fue motivo de análisis al inicio del presente tema, por lo tanto solo se hace mención al objetivo que se perseguía con cada *legis actiones*:

1.- *Legis actio sacramento*, las partes en litigio harán una especie de apuesta y, el perdedor debía pagarla. El monto de lo perdido se destinaba a los gastos del culto.

2.- *Legis actio per iudicis postulationem*; tenía por objeto principal que el pretor, previo el pedimento de las partes, nombrara un juez o un árbitro para resolver un litigio, procede para reclamar lo debido por una *estipulatio* o para deducir una herencia; o para dividir un bien común.

3.- *Legis actio per conditionem*; las partes también delante del pretor afirmaban sus pretensiones y resistencias y, si el demandado negaba la pretensión del actor, entonces este lo emplazaba para que dentro del término de 30 días comparecieran ambos ante el juez; se utilizó para hacer efectivos créditos de dinero, derivado de cosas determinadas.

4.- *Legis actio per manus iniectiorem*; era una acción ejecutiva que se ejercita sobre

personas, es decir el deudor era llevado ante el magistrado incluso a la fuerza, si este se resistía era sometido a pena corporal e incluso reducido a la esclavitud.

5.- *Per pignoris capionem*, era una acción ejecutiva, sobre las cosas, era una garantía del propio crédito por el deudor, hay antecedentes de la prenda y del propio embargo.

PROCEDIMIENTO FORMULARIO

Debido al riguroso formalismo del procedimiento de la ley que comprendía que un ligero error en sus formalidades traería como consecuencia la pérdida del juicio, a fines de la República y a principios del Imperio se limitó su aplicación creándose un nuevo procedimiento llamado formulario que era el sistema de la época clásica.

*"Este procedimiento que caracterizaba la segunda fase del desarrollo procesal en Roma, encuentra su origen, probablemente fuera de Roma, y fue adoptado por el pretor peregrino quien desde el 242 antes de Jesucristo, administraba justicia en litigios entre romanos y extranjeros y, pleitos de extranjeros entre si."*⁷

Se llama procedimiento formulario por que *"el Magistrado redactaba y entregaba a las partes una fórmula consistente en las guías o instrucciones, en las cuales se indicaba al juez la cuestión a resolver, otorgándole el poder al juzgador, también llamado PROCEDIMIENTO ORDINARIO, por que el magistrado no juzgaba por si mismo, salvo causas excepcionales"*⁸

Obsérvese que el procedimiento formulario, ya era considerado procedimiento ordinario; y como se ha dejado señalado en cuanto a su desarrollo, era dividido en dos fases; *in iure* e *in iudicium*, por lo que para poder hacer una analogía con nuestro actual juicio ordinario civil, se procede a realizar una exposición de sus rasgos característicos:

1.- Las partes exponían sus pretensiones verbalmente en palabras de su propia

⁷ *Ibíd. página 152.*

⁸ *OROPEZA A., Dioclesiano. Derecho Romano, México 1985, Editorial UNAM, 132 página.*

elección, por lo que disminuyó la dependencia rigorista del *ius civile*, sustituyéndose las solemnidades orales por un documento escrito "Formula *indictum*".

2.- El pretor deja de ser un mero espectador del proceso, ya no vigila que las partes actúen y reciten bien sus papeles, ahora de manera discrecional organiza cada litigio individual; señalando a cada parte sus derechos y deberes procesales, los cuales se consagran en la fórmula.

*"En vez de formas petrificadas, encontramos la viva autoridad del pretor. La historia nos enseña que este magistrado aprovechó de manera admirable sus nuevas facultades, creando inteligentemente nuevas acciones, excepciones y otras medidas procesales cuando las juzgaba convenientes, para obtener una más equitativa administración de justicia. Gracias a esta actividad creadora del pretor, surge, al lado del ius civile, el admirable edificio del ius honorarium con lo que se da lugar al famoso dualismo en el derecho romano."*⁹

3.- La litis *contestatio*, sigue dividiendo las dos fases pero adquiere un carácter novatorio y fijatorio de la litis.

Adviértase que la fórmula, presentaba un eslabón entre ambas fases; esto sobre la base de las siguientes funciones:

a) La fórmula integraba las instrucciones y autorizaciones que enviaba el magistrado al juez; contenía la pretensión exacta del actor, la defensa del demandado, la réplica y la dúplica.

Esto arroja la obligación al *iudex* de investigar, si estos argumentos eran fundados.

b) La fórmula era un contrato procesal; ya que las partes tenían que declarar que estaban conforme con ella.

Al efecto podía ocurrir *"que el caso concreto que se ventila se acomode al modelo abstracto de la fórmula que existía en la edicto del magistrado, o se redacte una nueva, la fórmula consiste en un documento doble, extendido en una doble tablilla de cera sellada por las partes y los testigos. Esta maravillosa creación técnico-jurídica, obra personal y original del pretor urbano y del peregrino, se plasman los términos del litigio que sirve de base para la litis contestatio y proporciona al juez la pauta a seguir, la fórmula es un silogismo que se*

⁹ FLORIS MARGADANT, Guillermo. *Op. cit.* Página 153.

presenta ante el juez para decidir la controversia."¹⁰

c) la fórmula escrita, sustituía con gran ventaja la memoria de los testigos, quienes debían de grabar en su mente toda la primera fase *in iure* hasta la *litis contestatio*.

4.- El poder de juzgar del *iudex*, juez o árbitro, estaba limitada por la fórmula, por lo que la segunda fase *in iudicium*, era llevada por el juez o árbitro nombrado, quien se limitaba:

- a) Presenciar y dirigir los alegatos de las partes;
- b) Aceptar y valorar las pruebas que las partes presenten y
- c) Dictar sentencia.

Por último y dado el gran parecido entre el proceso formulario romano y nuestro proceso ordinario civil, resulta comprometido hacer el análisis del contenido de la fórmula, la cual era el instrumento que se utilizaba en todo el proceso *ordo iudiciorum privatorum* en sus dos fases. Por lo que se trata de abordar este estudio de manera práctica, a partir del siguiente cuadro:

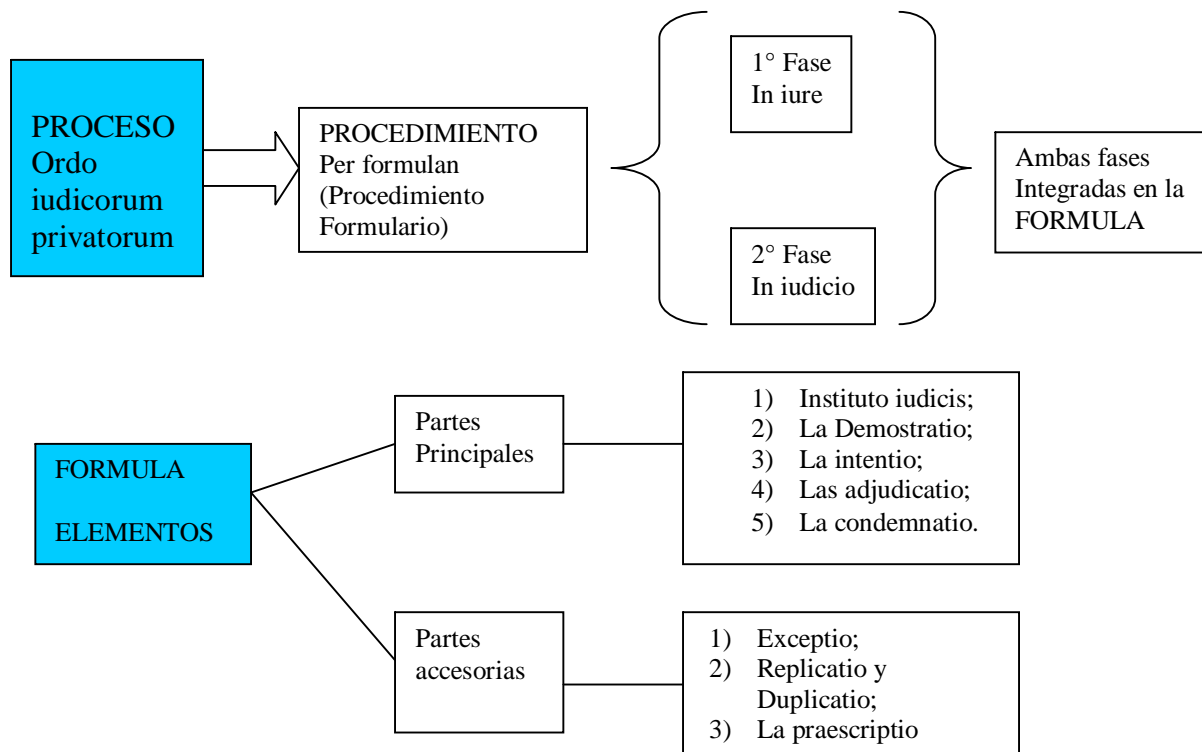


FIGURA 3. Proceso formulario y elementos de la fórmula

¹⁰ BIALOSTOSKY, Sara. Op. Cit., página 70.

Resta tan solo hacer el estudio de cada una de las partes que integran la fórmula:

PARTES PRINCIPALES:

- 1) *La instituto iudicis*: Contenia el nombramiento del *iudex*, es decir, se establecía el juez o el árbitro que decidiría el litigio.
- 2) *La demonstratio*: Era insertada al principio de la fórmula, la cual trataba de una breve indicación del asunto por el que se litiga. No era necesario anotarla en la fórmula cuando se trataba de acciones *in factum*, reales y en las condicionales (acciones personales con objeto cierto).
- 3) *La intentio*: "Elemento medular que nunca podía faltar. Su importancia era tal que las fuentes utilizan, a veces, la palabra *intentio*, en vez de *actio* o de "fórmula", la *intentio* contenía la pretensión del actor, de manera que el juez debía investigar siempre si estaba fundada o no. Tenía la forma gramatical de una frase condicional ("si resulta que...") (*sic*) y se ligaba con el siguiente elemento, la *condemnatio* ("Si resulta que... entonces condena...")."¹¹
- 4) *La adjudicatio*: Era la autorización que daba el magistrado al juez, para atribuir derechos de propiedad e impusiese obligaciones a las partes.
- 5) *La condemnatio*: A través de esta, el magistrado concedía la autorización al juez para condenar al demandado; teniendo el *iudex* la apreciación libre de todo lo aportado por las partes en el juicio; pudiendo condenar cuando la hipótesis de la *intentio* se producía, sin que naciera la *exceptio*.

Esta condena en el derecho romano siempre debía de constar en una cantidad de dinero.

PARTES ACCESORIAS

- 1) *La exceptio*: "Representaba la primera medida de defensa que tiene el demandado. En la fase *in iure*, sin negar la veracidad de los hechos afirmados por el actor, o el fundamento de

¹¹ FLORIS MARGADANT, Guillermo. *Op cit.* Página 155-156.

la cuestión jurídica, el demandado puede, basándose en otra circunstancia de hecho o situación de derecho, encontrar una medida que lo exima de la condena. la *exceptio* se coloca generalmente enseguida de la *intentio*, bajo la forma de una condición negativa"¹²

2) *La replicatio y duplicatio* Eran los derechos de réplica que tenía el actor sobre las oposiciones del demandado por medio de sus excepciones, y a su vez el demandado tenía la *duplicatio*; que era la forma de contestar del demandado a la *replicatio* del actor.

3) *La praescriptio*. Era una parte de la fórmula, la cual se insertaba al principio de ella y consistía en cuestiones de diversa índole, debido al carácter novatorio de la *litis contestatio*.

Nótese la gran similitud de este procedimiento con nuestro actual juicio ordinario civil; esta ya tiene la característica de ser escrito y contar con fases procesales, las cuales como fiel ejemplo de la historia han sido reproducidas en el juicio ordinario y de ahí la importancia de su análisis; es por lo anterior que, la última etapa del proceso romano solo se abordará de forma muy elemental en el presente trabajo de investigación y, en tal virtud; se limita a un breve estudio superficial.

EL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO

Este procedimiento se da en la época del *imperium*, siendo el último que reguló el derecho romano y este se aplicaba en casos de excepción -esto es de forma extraordinaria-, para resolver controversias que se suscitaban en relación con instituciones de nueva creación, y también se introdujo y fue aceptado en la práctica judicial de las provincias.

Este procedimiento, empieza a utilizarse en tiempos del formulario para resolver algunos juicios (*Tutela* "tutela", alimentos entre cónyuges, etcétera); en las cuales el magistrado resolvía en una sola instancia *in iure*, sin mandar el caso al *iudex*.

¹² BIALOSTOSKY, Sara. *Op cit.* página 72.

El procedimiento se va desarrollando paralelamente con el formulario, se afirma como única forma de proceso en todo el imperio romano. Las características de este proceso son:

- 1) La notificación que había sido un acto privado, se transforma en un acto público;
- 2) El demandado, si después de la notificación decidía defenderse, debía presentar un *libellus contradictionis* (sus contra argumentos), debiendo al efecto garantizar su comparecencia a juicio.
- 3) Todo el proceso se desarrolla ante un funcionario, el cual dictaba la sentencia sin necesidad del *iudex*.
- 4) Desaparecen las fases *in iure* y *apud iudicem*, así como la fórmula que era el puente entre las dos.
- 5) La *condemnatio* traía la orden de entregar el objeto del litigio.
- 6) A los recursos se anexa la *appellatio*; con un nuevo análisis de la situación jurídica, ésta suspendía el efecto de la sentencia, pero todo abuso en este recurso era castigado.
- 7) Se permite la contra demanda (reconvención).
- 8) Abandono del principio de congruencia; tomando en cuenta los argumentos del demandado, podía condenar por menos las pretensiones del actor.
- 9) La litis *contestatio* pierde su carácter novatorio, y en este sistema marca el comienzo de la audiencia, en donde las partes exponen sus argumentos.
- 10) Se consideran los juicios de interés público; esto en el sentido de que tengan un pronto fin.

1.1.1 LAS EXCEPCIONES EN EL DERECHO ROMANO

De vital importancia resulta el análisis del presente tema, ya que si bien se ha dejado señalado en el tema que antecede, los procesos que se llevaron a cabo en Roma y dentro de estos procesos se demostró que es el proceso formulario el que tiene mayor analogía con nuestro proceso ordinario civil, el cual en sus fases que lo integran tuvieron su fuente en los pasos que constituyen el proceso *per formulam*.

Más aún, como el presente trabajo de investigación tiene por fin medular ubicar los llamados beneficios de orden y excusión; los cuales son una especie del género defensas del demandado en juicio y, estas especies llamadas excepciones -como casi todas las instituciones de derecho-, vieron sus primeras luces en el derecho romano, lo que nos constrañe a realizar de manera particular el estudio de las excepciones en el derecho romano, para de esta forma ascender en su conceptualización y poder ubicarlas en nuestro derecho positivo mexicano.

Como curiosa coincidencia, las excepciones romanas tienen su origen en el proceso formulario, el cual es el más parecido al proceso ordinario civil.

"La excepción nació en el período formulario del derecho romano. Desempeñó en éste una gran función que consistió en atemperar los rigores y las injusticias del derecho civil, protegiendo al demandado contra las exigencias de sus alrededores, en muchos casos contrarias a la equidad, a la buena fe, y a los principios de lo que hoy llamamos derecho natural. Gracias a ella, los pretores realizaron una labor de humanización de la legislación romana, que se hizo patente en el llamado edicto perpetuo.

La excepción consistió en una cláusula que se insertaba en la fórmula que el magistrado concedía al actor. Mediante ella se autorizaba a los jueces o árbitros para absolver al demandado si éste lograba probar alguna circunstancia de hecho, por la cual sería

injusto condenarlo."¹³

Procedimentalmente, la *exceptio* romana surge como un elemento accesorio de la fórmula, y se hace consistir en que el demandado no negaba los hechos alegados por el actor, sino establecer que había circunstancias, omitidas por él actor, que destruían los efectos de las alegadas en la demanda.

"Por tanto si la condemnatio era una autorización condicional para condenar y, la intentio la condición positiva al respecto, la exceptio era una condición negativa, en relación a la condemnatio. En caso de comprobar los hechos en que se fundaba la exceptio, el juez ya no podía condenar.

*Concediendo tales excepciones, el pretor evitaba las consecuencias injustas que una actio pudiera tener, de acuerdo con el estricto ius civile. La mayoría de las excepciones eran de creación pretoria (sic), aunque conocemos algunos casos de excepciones civiles."*¹⁴

Así con la incorporación de las excepciones, la *condemnatio* se vio limitada por la *intentio*, condición positiva y la *exceptio*, condición negativa, la cual limitaba en todo caso al *iudex* a condenar en los siguientes casos:

1) Cuando lo alegado por el demandante (actor) en la *intentio*, había quedado probado.

2) Cuando lo alegado por el demandado, en la cláusula accesorio no es cierto.

Es de hacer notar en base a lo anterior -como la *condemnatio*- con la introducción de la *exceptio*, se convierte en una situación condicional dual: La *intentio* es una condición afirmativa "*Si paret*"; y la cláusula accesorio, es una condición negativa "*si nom, si nihit*".

¹³ PALLARES, Eduardo. *Derecho Procesal Civil*, 9ª edición, México 1991, Editorial Porrúa, página 286.

¹⁴ FLORIS MARGADANT, Guillermo. *Op. Cit.* Página 159.

Esta cláusula se llama excepción (*exceptio*), porque excluye para un caso dado lo que ha sido puesto en la *intentio*.

Resulta de sumo interés, anotar las definiciones que de la excepción nos legaron los propios jurisconsultos romanos.

En el libro IV título XIII fracción I de las Institutas, Justiniano definió la excepción como sigue: "*Nos resta tratar las excepciones. las excepciones son medios de defensa establecidos en favor de los demandados, porque sucede frecuentemente que una demanda ante los tribunales sea justa en sí misma y, sin embargo, injusta respecto de la persona contra quien se ejercita la acción*"¹⁵

En el fragmento VII dice que las excepciones "*derivan su eficacia de las leyes y de las ordenanzas que se incluyen en el numero de las leyes, o de la jurisdicción del pretor*"¹⁶.

Dentro de las defensas que operaban en el derecho romano, existe una distinción de suma importancia; por un lado existían circunstancias que obraban en favor del demandado por sí mismas, operaban *ope iure*, estas eran tomadas por el *iudex* de oficio; las otras en cambio, actuaban a petición del demandado eran *ope exceptio* y constituían para este un verdadero derecho.

En cuanto a la clasificación de las excepciones, que hiciera el derecho clásico romano, es como todas sus instituciones muy similar al derecho actual -incluso la división que sobre ese particular ha adoptado el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México- ya existía en tiempos de Roma por lo que abordaremos su estudio de las excepciones romanas, desde la siguiente figura:

¹⁵ V. ARANGIO RUIZ. *Op. Cit.* página 73.

¹⁶ *Ídem.*

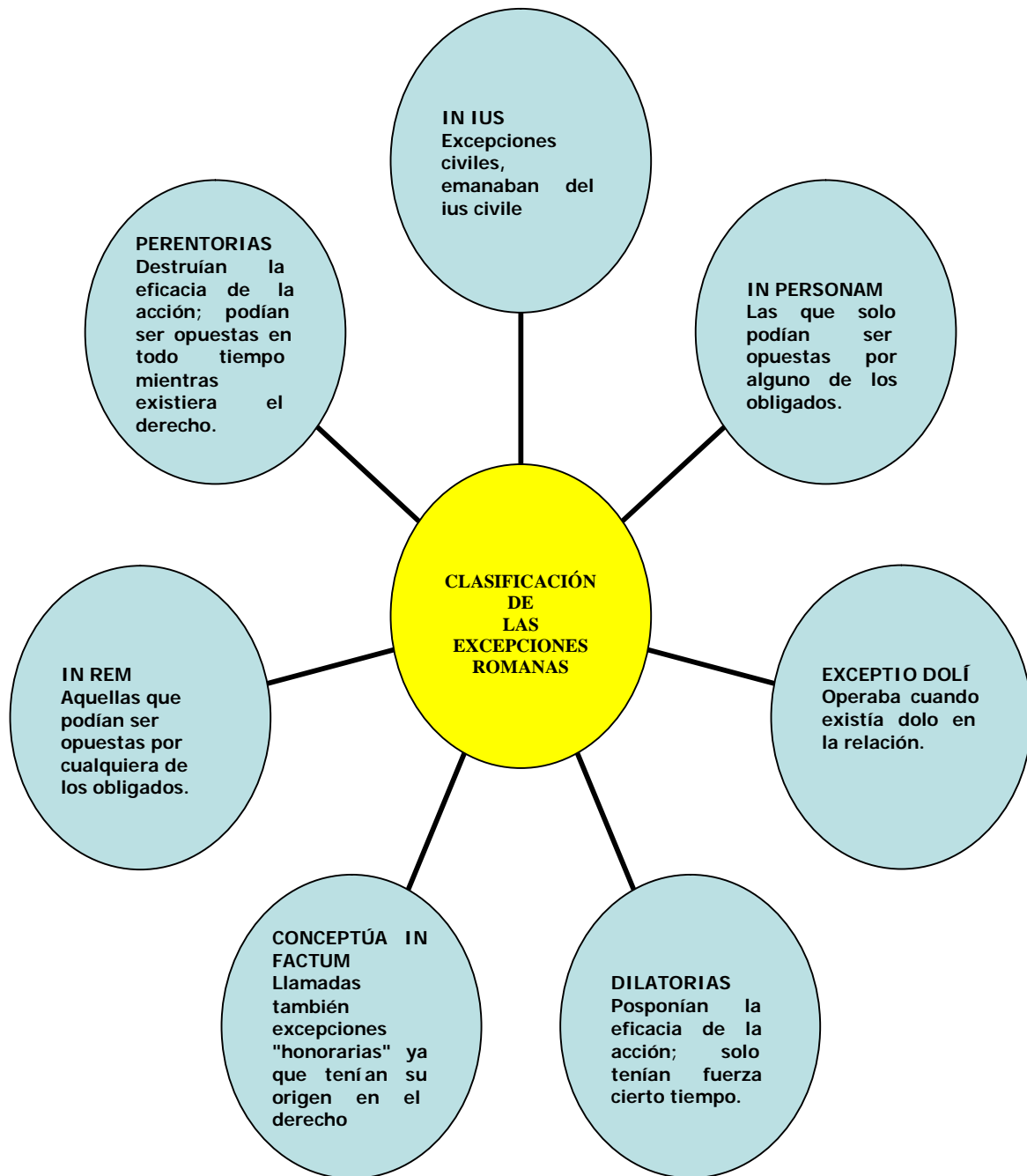


FIGURA 4. Las excepciones romanas

1.2 EN EL DERECHO ESPAÑOL

Para abordar el estudio del juicio ordinario civil -actual en el derecho mexicano- es necesario el conocimiento previo del derecho procesal español, ya que este se aplicó en nuestro país durante la colonia, teniendo gran influencia aún en nuestra época independiente.

*"Los elementos formativos del derecho español, se deben principalmente al derecho romano, ya que este tuvo vigencia en España cuando fue provincia de Roma; y al derecho Germánico que se incorpora al derecho español en la invasión de los pueblos del norte"*¹⁷

Ahora bien, nótese que hablar del derecho procesal español es remitirse a más de 1000 años de historia; lo cual no se pretende realizar en el presente trabajo de investigación; por lo que con el fin de delimitar el tema, primeramente, se analizará el origen del derecho español; posteriormente y dada la extensa legislación que al respecto se ha elaborado, se realizará un cuadro esquemático, donde se especifique el año y el contenido de cada ley y, por último comentaremos las leyes que marcaron una clara influencia en nuestro derecho antiguo.

*"Es indudablemente muy difícil hacer una referencia correcta que resuma las principales características del proceso antiguo español. Hay varias razones de esta dificultad, entre otras, la circunstancia que el proceso español se proyecta históricamente a través de diez siglos; y, además la historia misma de España, como es sabido, es una mezcla de influencias célticas, fenicias, griegas, visigodas y finalmente árabes. La organización judicial con aplicación exclusiva a los godos aparece en España consignada, más que en los cuerpos de legislación general, más o menos influidas por ideas romanas, en los fueros de las ciudades, donde el derecho se manifiesta con gran espontaneidad."*¹⁸

¹⁷ DE PINA RAFAEL Y JOSÉ CASTILLO LARRAÑAGA, *Derecho Procesal Civil*, 13ª edición, México 1979, Editorial Porrúa, página 41.

¹⁸ GÓMEZ LARA, Cipriano. *Op. Cit.* Página 67.

"Precisa no olvidar, en primer término; que el proceso romano, tuvo vigencia en España cuando esta fue provincia romana, y que además de ser un elemento de fusión durante la época visigoda, redaborado que fue por lo juristas medievales, tanto italianos como españoles, y penetrando por el derecho canónico, volvió nuevamente a España, pasando a ser el fondo esencial como derecho común de la legislación española." ¹⁹

Históricamente el pueblo español es producto de dos fuentes, por un lado los romanos, y por el otro el pueblo germano; con la invasión de los pueblos del norte.

Así tenemos que el derecho procesal español -que rigió incluso en nuestro país- antes de que se alcanzara nuestra independencia, se hace constar en las siguientes leyes y recopilaciones que se anotan en el siguiente cuadro, para poder tener un conocimiento más real y claro de la época en que tuvieron aplicación; se omite en el cuadro que se elabora los fueros municipales por considerar que no tuvieron influencia en la llamada Nueva España. (Consultar el cuadro en la página que sigue).

¹⁹ PRIETO CASTRO, *Exposición del Derecho Procesal Civil Español*, Madrid 1968, editorial Alfa, tomo I, página 21.

AÑO	CÓDIGOS	LIBROS	TÍTULOS	LEYES
643	Fuero juzgo	12	55	500
992	Fuero viejo de Castilla	35	33	229
1255	Fuero real y leyes nuevas	4	72	559
1280	Especulo	4	54	616
1282	Leyes de las adelantadas mayores	----	----	5
1265	Siete partidas	7	182	2479
1310	Leyes de estilo	----	----	259
1348	Ordenamiento de Alcalá	---	35	125
1485	Ordenamientos reales de Castilla	8	115	1145
1490	Ordenamiento real	8	115	1133
1505	Leyes de Toro	---	---	163
1567	Nueva recopilación	8	314	3391
1680	Leyes de Indias	9	330	6447
1745	Autos acordados	9	110	1134
1787	Autos acordados de Beleña	---	---	792
1805	Novísima recopilación	12	330	4036
1812	Constitución de Cádiz	---	---	----
1830	Ley de enjuiciamiento mercantil	---	---	---
1853	Institución del procedimiento civil respecto de la real jurisdicción ordinaria del Marques de Gerona	---	---	---
1855	Ley de enjuiciamiento civil	---	---	---
1881	Ley de enjuiciamiento civil	---	---	---

FIGURA 5. Evolución de las leyes Españolas.

Desde el año de 681 en que el XVI Concilio de Toledo aprueba el fuero juzgo hasta el año de 1805, en que surge la novísima recopilación hay un lapso de 1124 años, es decir, más de un milenio de derecho español. De los ordenamientos antes citados tienen especial importancia el Código de las Partidas del año de 1263, que representó un retorno al proceso

clásico romano, y que en su partida III tiene como antecedente de derecho procesal al Digesto se encuentra la fuente de mayor importancia de las legislaciones procesales de los pueblos de habla española, porque esa tercera partida se proyecta a través de toda la historia de España, para encontrarla de nuevo en su contenido en las leyes procesales españolas del siglo XIX; muy especialmente en la ley de enjuiciamiento civil del año de 1855; la cual va a ser la principal fuente de inspiración de la gran mayoría de los Códigos de Procedimientos Civiles de los países hispanoamericanos.

En este orden de ideas, se analizará en un primer término, el fuero juzgo, que da origen al derecho procesal español y por ende, en el que también encuentra sus más profundas raíces nuestro proceso, posteriormente se analizarán las Siete Partidas que fue la transición en el desarrollo español y, por último un breve esbozo de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

EL FUERO JUZGO

Éste surge como fruto de la fusión de dos pueblos o mundos antagónicos, dice Couture: *"El germano y el romano, se encuentran frente a frente y sin interferencia coexisten durante dos siglos pero al fundirse las dos razas, se creó una tercera sustancia separadora de las posibilidades de ambas, puesto que el estado visigótico organizado sobre principios de derecho público y no principios de derecho privado, como había sido la tradición romana, dió la posibilidad de que existieran relaciones jurídicas entre el rey, los señores y sus vasallos. Fue fruto de esta penetración, el fuero juzgo, que además de ser la fusión del espíritu germánico y el espíritu romano, tiene un sello de humanismo y una grandeza filosófica hecha de dignificación y de respeto para la condición del hombre."*²⁰

Para poder establecer la fuente de nuestro proceso y ver como el mismo tuvo evolución en el proceso civil español; resulta obligado realizar una puntualización de sus

²⁰ COUTURE J. Eduardo. *Trayectoria y Destino del Derecho Procesal Civil Hispanoamericano*, Córdoba 1940. página 16.

características; y una vez hecho esto, y en base a la delimitación que previamente se realizó del tema, se procederá a comparar las características arrojadas por las Siete Partidas; y de ahí inferir el resultado de la ley de enjuiciamiento civil.

Las características más sobresalientes del Fuero Juzgo son:

- 1.- Prohíben la aplicación del derecho romano, y sancionan a quienes lo aplican (Ley 8ª, título 1 del libro 2);
- 2.- No distinguen el proceso civil del penal;
- 3.- Establece la autoridad de la cosa juzgada, prohibición de iniciar un nuevo juicio, cuando ya hay sentencia sobre dicho asunto (Ley 12 mismo título);
- 4.- El juicio era oral, no se exigía ningún requisito formal de la escritura (En aquel entonces, pocas personas sabían leer y escribir);
- 5.- La rebeldía del demandado era considerada un delito, se castigaba con azotes y multa;
- 6.- Establecía la vía de asentamiento (arraigo), como una sanción al demandado rebelde (Ley 17 mismo título);
- 7.- La ley 18, castigaba al juez que cometía el delito de denegar justicia.
- 8.- Los Obispos tenían el control y vigilancia de la función judicial (Ley 22, mismo título);
- 9.- Declaraban nulo a todo pleito otorgado injustamente, contra derecho o mandato del Príncipe;
- 10.- No había segunda instancia;
- 11.- La prueba era tazada, como se deriva de las leyes que reglamentaban la de testigos y la documental (título 4, libro 2);
- 12.- Se procuraba la igualdad judicial (Ley 8, título 3, libro 2), y
- 13.- El juicio no estaba formado de períodos sucesivos, sujetos al principio de preclusión.

EL PROCESO EN LAS SIETE PARTIDAS

Con el correr del tiempo, los fueros municipales volvieron a las antiguas prácticas germánicas; las cuales ya habían sido superadas por el fuero juzgo, renaciendo entonces la justicia privada, la auto tutela, el desafío, el juicio de batalla y la consecuente decadencia del

poder público. En este sentido, el código de las partidas trató de poner remedio a esta situación.

*"Las siete partidas es la obra más célebre y reputada del rey don Alfonso el sabio, que acabó de observar con su autoridad la de los códigos por ser considerado como el momento más grandioso de la legislación del siglo XIII. Desde el siglo XIV tuvieron ese nombre, pues antes se llamaban el libro de las leyes y fueron redactadas de orden de don Alfonso el sabio, por los jurisconsultos Jácome o Jacobo Ruiz, llamado "el de las leyes", Fernando Martínez de Roldán, habiendo sido el primero, ayo del rey y autor de una suma de derecho llamada "Flor de las leyes". Comenzaron (las siete partidas) a escribirse el 23 de junio de 1256, y se terminaron el 28 de agosto de 1265, nueve años después de comenzadas, siendo opinión generalmente aceptada que se escribieron en Sevilla."*²¹

*"La partida tres gravita sobre España y sus colonias, entre ellas la Nueva España (seis siglos): Tanto en la recopilación como en las leyes de indias, en las reales cédulas dadas por la colonia, dominando por último en la vida del derecho procesal hasta el siglo XIX."*²².

Se puede resumir el proceso reglamentado en estas leyes de la siguiente manera:

- 1.- El proceso es de modo escrito principalmente;
- 2.- Estaba organizado en períodos preclusivos -al parecer-;
- 3.- Se proseguía según el principio dispositivo en gran parte;
- 4.- La prueba era tasada tanto lo relativo a los medios para producirla, como en su eficacia probatoria y su modo de rendirse ante los juzgados;
- 5.- Los juicios eran dilatados por los numerosos recursos que podían hacerse valer en ellos y, los incidentes y cuestiones previas. También los prolongaban mucho los numerosos fueros que entonces existían, los que daban lugar a conflictos de competencia, incluso con los tribunales eclesiásticos;
- 6.- El juez no estaba obligado a la aplicación estricta de la ley, ya que en las siete partidas abundaban las máximas morales y religiosas que guiaban su conducta;

²¹ PALLARES, Eduardo. Op. Cit. página 40.

²² COUTURE J. Eduardo. Op. Cit página 19.

- 7.- En muchos casos el juicio era biinstancial;
- 8.- La partida III estaba dedicada al derecho judicial, y
- 9.- Las leyes en él obedecen a la lógica en base al derecho romano, al derecho canónico y los jurisconsultos medievales, glosadores del digesto.

PROCESO ESPAÑOL EN EL SIGLO XIX

"La nueva recopilación no satisfizo el objeto para el que fue expedida, y continuo el caos legislativo con todas sus pésimas consecuencias en el orden judicial. La existencia de la recopilación fue efímera, y no merece ser analizada porque no se encuentra en ella ninguna ley importante relativa al proceso civil.

Tan pronto como se comenzó a aplicar, surgieron muchas dudas a su respecto, y los tribunales se vieron precisados a consultar casi diariamente con el rey, sobre multitud de puntos que se habían omitido en ella, o que no estaban claramente determinados. Como resultado de las consultas dadas por el monarca que fueron muy numerosas, y de los acuerdos que el propio rey y el consejo real dictaron para suplir las deficiencias de la nueva recopilación, nacieron los llamados "Autos acordados", a los cuales se otorgó fuerza de ley para que se aplicaran en los tribunales. Su numero fue tan grande, que formaron un volumen mayor que la nueva recopilación."²³

Como esto no llenara su objeto, hubo necesidad de expedir lo que llevó el nombre de novísima recopilación, en cuya elaboración surgieron dificultades e incidentes para su elaboración.

Se publicó en el año de 1805 como ley obligatoria en el reino de España, o sea un año después de haber visto luz el Código de Napoleón. No contiene ninguna innovación de importancia al derecho procesal tradicional.

²³ PALLARES, Eduardo. *Op. cit.* Página 42.

Los autores también citan como antecedente de nuestro derecho procesal la Constitución española, expedida en Cádiz en 1812, y algunas leyes procesales de esa época.

Por lo tanto *"El panorama del derecho español del siglo XIX va a ser ya distinto. Venía prevaleciendo una situación caótica en virtud de la cual se encontraban vigentes a finales del siglo XVIII todos los ordenamientos mencionados, desde el fuero juzgo, hasta la novísima recopilación. Así las cosas, se inicia la corriente moderna de codificación, con la constitución de Cádiz 1812, que dedica varios artículos a la administración de justicia. Como antecedentes procesales de importancia, se nos señalan, la ley de enjuiciamiento mercantil del 24 de Julio de 1830; reglamento provisional de al administración de justicia de 26 de septiembre de 1835; la instrucción de procedimiento civil, respecto de la real jurisdicción ordinaria del Marques de Gerona, de 30 de septiembre de 1853, ordenamiento éste de tan notables y adelantadas ventajas, que por ello fue combatido, lo que vino a determinar que su vigencia se redujera a un año; la ley de enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881."*²⁴

La ley de enjuiciamiento civil del 81 fue sometida por Beceña (XX magistratura de Justicia; Madrid 1929), a una crítica extremadamente rigurosa. Esta ley como la del 55 (Tan maravillosamente expuesta por Vicente y Cervantes en su clásico tratado), ha influido poderosamente, hasta época muy reciente, en los países americanos de ascendencia hispánica, y consiguientemente en México.

²⁴ GÓMEZ LARA, Cipriano. *Op. Cit.* página 68.

1.3 EN NUESTRO DERECHO POSITIVO MEXICANO

Se ha dejado señalado el origen de las instituciones de derecho procesal en el pueblo romano; de ahí pasan a España cuando ésta fue colonia del imperio romano; incluso se analizó que en España -con la invasión de los pueblos del norte (visigodos)- es que se funden en el campo del derecho dos procesos: por un lado el Romano en el cual predominaba el derecho privado y, los Germanos con predominio del derecho público, surgiendo así una nueva corriente filosófico-jurídica, que fue traída al nuevo continente por los conquistadores; y que en la medida que fue evolucionando en el viejo mundo, produjo como consecuencia inmediata la evolución de las instituciones procesales que hoy día han inspirado a los pueblos de habla hispana.

Pero, si bien es cierto que nuestro país fue producto de una transculturación resultado de la conquista; nuestra historia cuenta con profundas raíces históricas; e incluso de derecho. Es en base a lo anterior, que si pretendemos estudiar la evolución procesal en México, es necesario hacerlo en base al paralelismo histórico de nuestro país y, por lo tanto, la historia del proceso en México tendrá que ser en base a las tres esferas que la historia ha dejado bien definidas:

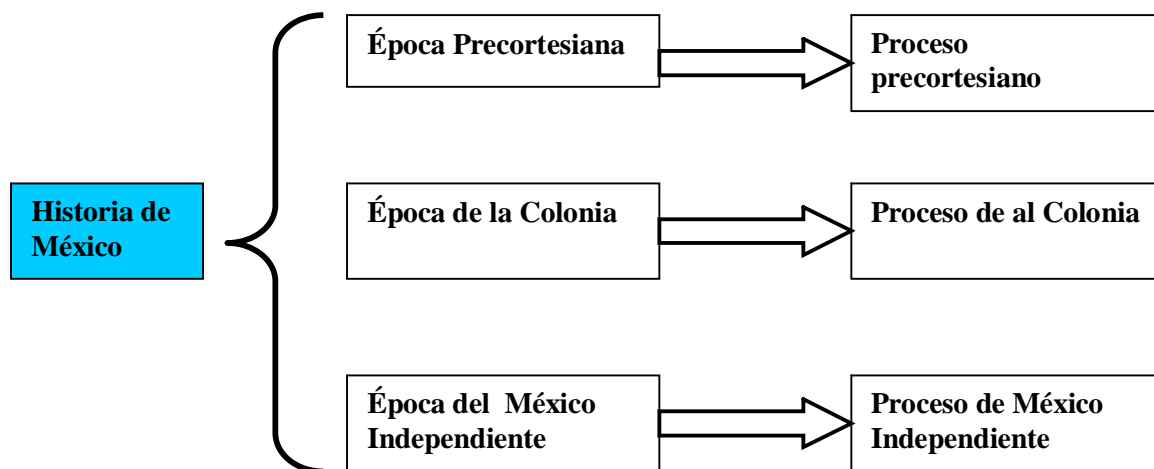


FIGURA 6. Comparación de la evolución histórica de México, con la Historia del proceso.

Hecha la anterior directriz en el presente tema, se analiza cada una de las etapas

señaladas, aplicándolas al campo del derecho pero en base a la dialéctica histórica.

PROCESO PRECORTESIANO:

Históricamente, los acontecimientos que sucedieron en esta época se deben ubicar a todos aquellos sucesos que se dieron antes de la llegada de los españoles, o mejor dicho antes de la conquista.

Contrario a la opinión de algunos tratadistas que manifiestan que el proceso precortesiano nada legó a nuestro actual proceso, e incluso manifiestan que la información al respecto es muy limitada, en vía de introducción señalaremos algunos pasajes históricos de los propios conquistadores, respecto de este particular.

A su llegada los españoles mostraron admiración por la justicia autóctona, de ello da fe Fray Bartolomé de las Casas: *"tan gran reino manifiesto es, aunque más prueba que trajésemos (sic), que debían tener prudencia y sabiduría para establecer leyes y constituir jueces y mandar ejecutar justicia, y no cualquiera, sino buena y recta justicia, cuando entre infieles que de cognocimiento (sic) de verdadero Dios carecía, podía y justicia hallarse"*²⁵; él mismo autor respecto de la persona individual de los jueces, nos ilustra en el siguiente sentido: *"Que los jueces de los mexicas ninguna cosa recibían, ni presentes ni dádivas, no eran aceptadores de personas, porque igualmente se habían en el juicio y justicia con él chico y con el grande. Si se halaba que algún juez recibía presentes o dones y por ellos o por algún otro respecto hacían contra justicia en agravio de alguna de las partes, o también si se sabía que alguna vez se emborrachaba, si estos defectos acaecían en cosas pequeñas, los otros jueces lo reprendían entre sí una, dos y tres veces apercadamente, y si no se enmendaba a la tercera vez, lo trasquilaban y con gran confusión lo privaban del oficio."*²⁶

Otro del los grandes historiadores que gozan de gran credibilidad por su contacto directo con nuestros antepasados es Fray Bernardino de Sahagún, quien al referirse al proceso precortesiano manifiesta: *"los jueces prehispánicos, no diferían los pleitos de la gente popular y procuraban terminarlos con celeridad, no recibían cohechos, no favorecían al inculpado, "sino hacían justicia derechamente". Y sí oía el señor que los jueces o senadores que tenían que juzgar, dilataban mucho, sin razón los pleitos de los populares, que pudieran acabar presto, y los terminaban por cohecho o paga, o por amor de los parentescos, luego el*

²⁵ FRAY BARTOLOMÉ DE LAS CASAS. *Los indios de México y de Nueva España*, México 1971, Editorial Fondo de Cultura Económica, página, 556.

²⁶ *Ibíd.* página 130.

señor mandaba que los echasen presos en unas jaulas grandes, hasta que fueran sentenciados a muerte; y por esto los senadores y jueces estaban muy recatados o avisados en su oficio."²⁷

Para terminar y poder hacer una comparación, se anota la referencia que hace el mismo autor respecto de la persona del juez. *'Elegían jueces, personas nobles y ricas, ejercitados en las cosas de la guerra y experimentados en los trabajos de las conquistas, personas de buenas costumbres, que fueran creados en el monasterio del calmécac, prudentes y sabios y también creados en el palacio. Mirabase (sic) mucho en estos tales que no fueran borrachos, ni amigos de tomar dádivas, ni fueran aceptadores de personas, ni apasionados, encargables (sic) mucho el señor que hicieran justicia.'* Agrega Sahagún sobre las cualidades de los jueces: *"averiguar bien los pleitos, ser respetado, grave, severo, espantable y tener presencia digna, de mucha gravedad y reverencia y ser temido por todos. El buen senador es recto juez y oye a entre ambas partes, y pondera bien la causa de unos y otros; da a cada uno lo suyo, y siempre hace justicia derecha; no es aceptador de personas y hace justicia sin pasión"* ²⁸

Respecto al proceso y su correspondiente regulación se puede decir que el pueblo mexica tenía escasas leyes; pero desde tiempo del emperador Izcoatl en que este pueblo se hizo independiente y comienza a extender su imperio sobre el Anáhuac, debieron surgir necesidades nuevas trayendo en consecuencia la necesidad de reglamentarlas y ordenarlas.

"Los mexicas se ocupaban demasiado en la guerra, y a este ramo consagraron toda su atención entera, de modo que sus leyes en esta materia predominaron por completo entre las demás naciones, las cuales seguían en todos sus puntos aquel código militar. Casi en el espacio de tiempo que reinaron los reyes conquistadores aztecas, ocuparon el trono del acolhuacan dos monarcas legisladores y filósofos, Nezahualcoyotl y Nezahualpilli; quienes cuidaron más de organizar que de ensanchar sus dominios. Ellos compilaron las antiguas costumbres, añadieron nuevas disposiciones, formaron, digamos así, los códigos civil y criminal, determinando la categoría y atribuciones de los jueces, reglamentando la administración de justicia, el número y la importancia de los tribunales. Tanto acertaron en esta materia, para su tiempo y sus usos bien entendidos, que las demás naciones gustaron de aquella legislación, tomándola para el orden de sus pueblos." ²⁹

²⁷ FRAY BERNARDINO DE SAHAGÚN, *Historia General de las Cosas de Nueva España*, México 1975, editorial Porrúa página 466.

²⁸ *Ibíd.* página 556.

²⁹ PALLARES, Eduardo. *Op. Cit.* página 43.

Se observa entre los pueblos del Anáhuac una analogía en sus procesos jurisdiccionales tomando como base el de los mexicas, el cual se aplicó de manera efectiva en las demás pueblos que ocuparon nuestro territorio, y por lo tanto; anotamos sus principales características, en base al siguiente diagrama de flujo:

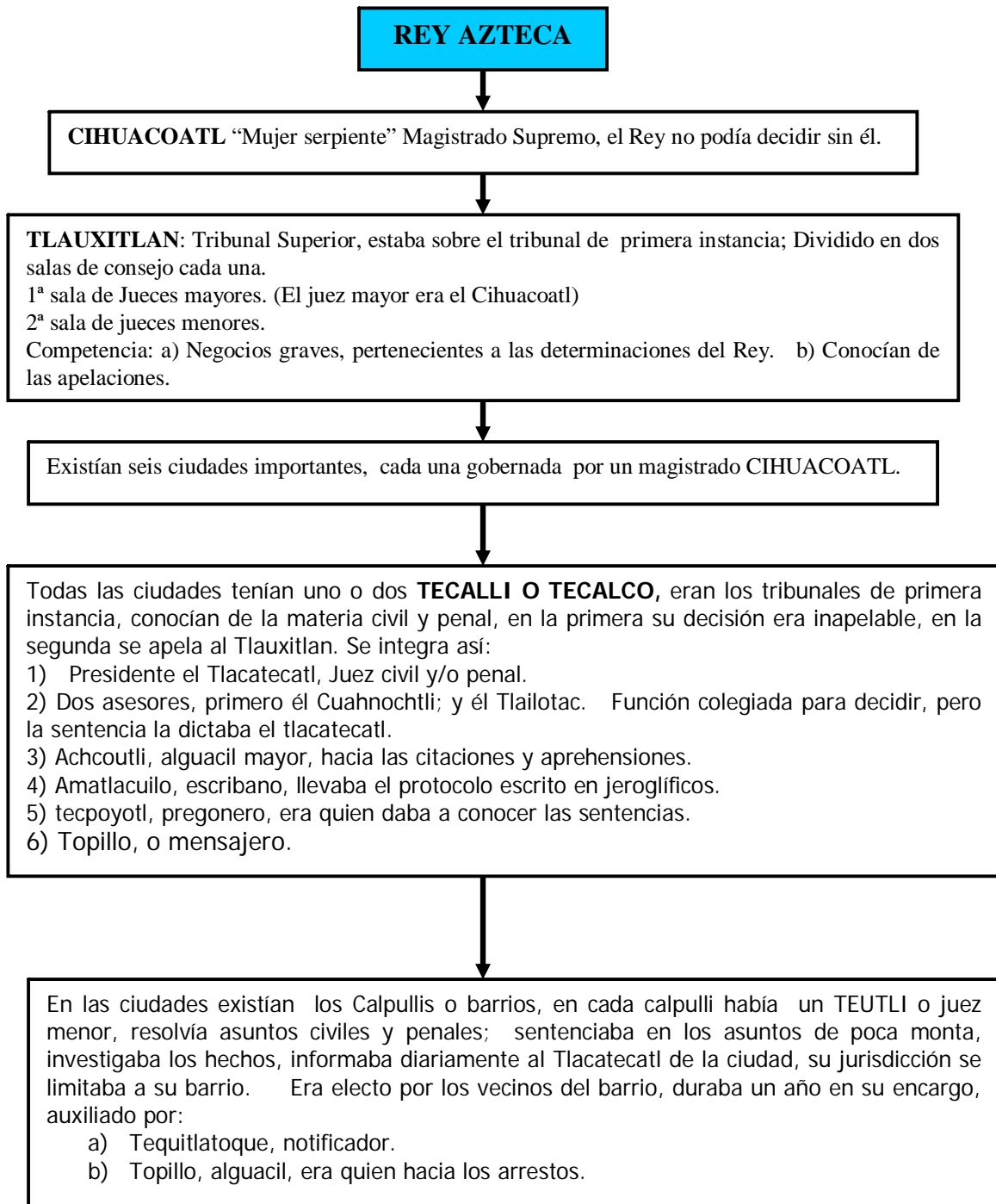


FIGURA 7. Organización del Poder Judicial Precortesiano.

"Cada Tribunal tenía su escribano (amatlacuilo), o sea pintores diestros que ponían en pinturas el motivo del litigio, los nombres de los contendientes y las sentencias pronunciadas. Cada diez días, o cuando más doce, los jueces de aquellos tribunales venían a conferenciar con el Rey los casos arduos, quedando las determinaciones como inapelables. Si por su mucha gravedad el negocio no fenecía en este plazo, terminaba irremediabilmente en los consejos que tenían lugar de ochenta en ochenta días, llamados por eso napoallatoli. Los jueces tenían el nombre de Teohtlatoque "señores que gobiernan el bien público y lo hablan." ³⁰

PROCESO EN LA COLONIA

"La organización judicial de la colonia, fue un trasunto de la España. El estado español dotó a la Nueva España de instituciones jurídicas semejantes a la metrópoli. Así es que, en materia procesal, como en los demás, la legislación española tuvo vigencia en México colonial, en los primeros tiempos, como fuente directa, y, posteriormente, con un carácter supletorio, para llenar las lagunas del derecho dictado para los territorios americanos sometidos a la corona española." ³¹

Siguiendo la secuela evolutiva de nuestro proceso y como se observa con la conquista y en consecuencia la colonia; existió una amplia gama de leyes, ordenanzas, cédulas, incluso la propia aplicación del proceso de los indios; por lo que resulta comprometido mencionar las fuentes formales del proceso en esa época:

- a) Legislación vigente en España, es decir, el conjunto de leyes españolas o castellanas, que se señalaron en la figura 5, de la página 20.
- b) Las leyes de indias, dadas especialmente para todas las colonias de América; y que por lo tanto también tuvieron aplicación en nuestro país.
- c) El derecho consuetudinario (derivado de la costumbre) de los indígenas siempre y cuando no fuere contrario a la religión, ni a las leyes españolas, derecho que se ha dejado señalado en el tema que antecede.
- d) Las expedidas exclusivamente por la Nueva España, y
- e) Las expedidas por la audiencia de México, que no obstante ser el tribunal supremo

³⁰ *Ibíd.* página 44.

³¹ DE PINA RAFAEL Y JOSÉ CASTILLO LARRAÑAGA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, 12ª edición, México 1978, Editorial Porrúa, página 46.

de la colonia, tenía facultades legislativas y políticas.

Dada la complejidad de hacer mención a todas las leyes que tuvieron vigencia en los dominios de la Nueva España; y como se han dejado señaladas sus fuentes no es posible hablar de su especie, por lo que con el fin de hacer práctico e ilustrativo el presente trabajo de investigación, y siguiendo el desarrollo histórico se hace mención a la recopilación de los ordenamientos que regían, en materia procesal, y que incluso fueron ordenadas por el propio Rey, por lo arduo en seguir todas las que al efecto se elaboraron.

El 4 de septiembre de 1560, el Rey Felipe II ordenó mediante cédula al Virrey Luis de Velasco, para que realizara una colección de cédulas y provisiones que hubiere, esta labor se la encomendó al oidor Vasco de Puga, surgiendo la primera recopilación normativa, con el nombre de cedulaario de Puga.

El 24 de Septiembre de 1571 son firmadas por él Rey Felipe II las ordenanzas de Ovando, que fue una compilación de las leyes registradas en el consejo de indias estaban formadas por 122 capítulos. En ellos se establece que el consejo de las indias, al cual debían obedecer las autoridades coloniales.

Dadas las deficiencias que tenía el cedulaario de Puga y, siendo que la compilación de Ovando era incompleta, el consejo de indias encargó a Diego de Encinas la realización de una compilación metódica de las leyes que regían a los indios. La obra se concluyó en doce años, pero hubo defectos de método al contener disposiciones derogadas y contradictorias.

El 18 de mayo de 1680 se publicó en virtud de la real cédula de Carlos II la recopilación de leyes de los reinos de las indias; consta de nueve libros. Para los efectos procesales, el libro más importante es el quinto, que trata de manera general de lo siguiente:

- * La división de las provincias o gobernaciones;
- * De los Gobernadores;
- * Alcaldes mayores;
- * Los Tenientes y Alguaciles;
- * Provinciales y Alcaldes de hermandad;
- * Alcaldes;
- * Alguaciles de las ciudades;
- * Escribanos, médicos y boticarios;
- * Competencia de las diversas autoridades;
- * Pleitos, Sentencias, recusaciones, apelaciones;

- * Primera y segunda súplica;
- * Ejecuciones y residencias.

Especial mención tienen las audiencias ya que fueron los principales organismos que dirimían las controversias *"para el despacho de los negocios había en el consejo tres relatores, encargados de informar, en corto resumen, de los puntos substanciales de cada negocio, debían informar si estaban en regla los poderes, si había defectos substanciales. También los escribanos daban cuenta al consejo de los asuntos de la competencia de éste, en los asuntos de justicia. Los escribanos por ley, eran los encargados del ramo de la justicia."*³²

Los pueblos de indios que estuvieron sujetos a encomienda estaban bajo la jurisdicción de los corregidores o alcaldes mayores. Una institución más antigua que las anteriores fue la de los alcaldes ordinarios electos por el pueblo. Por el aumento de poderío real se nombraron los corregidores que se sobre pusieron a aquellos. Se estableció que los alcaldes ordinarios una vez electos, entraban en sus funciones aún cuando existieran gobernadores, corregidores o alcaldes mayores.

La función judicial de los alcaldes se refería a la primera instancia en negocios de españoles; también conocían de litigios entre españoles e indios.

La audiencia dirimía las cuestiones de jurisdicción entre alcaldes. Las apelaciones de las sentencias pronunciadas por los alcaldes ordinarios eran de la competencia de los alcaldes mayores y, no habiéndolos, de la audiencia.

La primera audiencia se rigió por las ordenanzas del 20 de abril de 1528 que fueron muy reducidas, pero se ocupaban de lo relativo a la función judicial. Se señala la ciudad de México para residencia del presidente, de los oidores así como el lugar en donde habían de oírse los litigios. Todas las cartas, provisiones y ejecutorias habían de darse con el título y sello del Rey.

A la audiencia se le dió jurisdicción civil y criminal de primera instancia y se le proporciona como territorio cinco leguas a la redonda de la Ciudad de México; en la audiencia los asuntos se resolvían por mayoría de votos, ya que funcionaba como un cuerpo colegiado,

³² ARRELLANO GARCÍA, Carlos. *Derecho Procesal Civil*, 3ª edición, México 1993, Editorial Porrúa, página 60.

siendo necesario por lo menos dos para hacer sentencia.

Respecto de la organización de los tribunales en la época de la dominación colonial, se acude a la exposición que de ella hace el jurisconsulto Jacinto Pallares, en el libro Poder Judicial, del cual transcribimos lo siguiente:

"Durante la dominación española fueron estableciéndose sucesivamente multitud de tribunales especiales para la administración de justicia, muchos de ellos revestidos también de funciones gubernativas en el ramo que estaba bajo su inspección. A la época en que se publicaron las ordenanzas de intendentes (1786), cuyo objeto fue unificar y organizar bajo un plan menos monstruoso, todos los ramos de la administración pública, había en México los siguientes órganos de tribunales:

- 1.- Fuero común o justicia real ordinarias;
- 2.- Fuero juzgado de indios;
- 3.- Fuero de hacienda subdividido en muchos juzgados especiales;
- 4.- Fuero eclesiástico y monacal;
- 5.- Fuero de la bula de la santa cruzada;
- 6.- Fuero de diezmos y primicias;
- 7.- Fuero mercantil;
- 8.- Fuero de Mostrencos;
- 9.- Fuero de minería;
- 10- Fuero de la acordada;
- 11- Fuero de la Santa hermandad;
- 12- Fuero de la inquisición;
- 13- Fuero de residencias o de pesquisas o visitas;
- 14.-Cosas de corte y otros recursos al consejo de indias."³³

PROCESO EN MÉXICO INDEPENDIENTE

Históricamente, la independencia fue un fenómeno por medio del cual nos liberamos de nuestros colonizadores, pero este concepto fue tan solo en el campo físico, ya que si bien gracias a la independencia los españoles dejaron de gobernar, dominar, legislar, y en fin dejaron de dirigir los destinos de la nación, -en el área del derecho- fueron sus propias instituciones las que siguieron aplicándose objetivamente en todos los campos, no siendo para el caso específico que nos ocupa la excepción a la regla.

³³ Citado por PALLARES, Eduardo. Op. Cit. páginas 45 y 46.

"Como es sabido, la proclamación de la independencia no sufrió el efecto fulminante de acabar con la vigencia de las leyes españolas en México, siguieron rigiendo después de este trascendental acontecimiento político, la recopilación de castilla, el ordenamiento real, el fuero real, el fuero juzgo y el código de las partidas, aplicándose como leyes nacionales.

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

La influencia de la legislación española siguió, pues, haciéndose notar en la de México, y las diversas leyes dadas en la República aún cuando con las naturales adaptaciones, seguían en general la orientación de la península en materia de enjuiciamiento civil." ³⁴

Se observa en base a lo anterior, que el proceso ordinario civil de la época independiente fue también producto de un desarrollo meramente histórico, y que fue a través del tiempo que las instituciones de derecho fueron transformándose, a las nuevas necesidades y dificultades de un país que nacía a una nueva vida, es por lo tanto indispensable acceder a esta toma en base al desarrollo histórico del proceso civil del Distrito Federal; ya que fue aquí donde se centralizó desde la colonia no sólo el gobierno, sino también el poder judicial a guisa de ejemplo se recuerda, que el primer código fue vigente para el Distrito Federal y para todos los territorios, el 4 de mayo de 1857, 36 años después de la independencia de nuestro país, el presidente Ignacio Comonfort, promulgó la Ley de Procedimientos. Esta ley de 181 artículos, tomó como base de sus instituciones, el derecho procesal español, esta ley no constituyó un Código completo.

El 9 de diciembre de 1871 y publicado en el 72 se expidió el primer Código de Procedimientos con este carácter, este nuevo ordenamiento procesal fue completamente inspirado en la ley española de 1855, por lo que se nota aún la influencia del derecho español, pese a nuestra independencia.

El 15 de septiembre de 1880, surge el código que sustituye al anterior *"cuya exposición de motivos fue redactada por el jurista mexicano José María Lozano, de prestigio reconocido. Sin embargo, este código de 1880 se limitó a implantar el código anterior con algunas reformas, aclaraciones y adiciones, pues no hubo cambio de esencia, de manera que subsiste la influencia de la ley española de 1855."* ³⁵

³⁴ DE PINA, Rafael, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, página 40.

³⁵ ARRELLANO GARCÍA, Carlos. *Op. Cit.* página 62.

El 15 de mayo de 1884, tan solo cuatro años después del anterior se publicó un nuevo Código, el cual ha regido hasta nuestros días, aún después de derogado, como Código del Distrito y territorios Federales, en varias entidades federativas; huelga decir que este cuerpo legal fue el arquetipo de sus similares no solo en el Distrito federal, sino también de varias entidades, haciendo notar que esta ley conservó los rasgos fundamentales de la legislación procesal civil española.

Por último, especial mención merece el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, publicado del 1 al 21 de Septiembre de 1932, por el Presidente Pascual Ortiz Rubio; ordenamiento que a la fecha esta vigente con diversas modificaciones en el Distrito Federal.

Este código fue fruto de varios meses de trabajo en la formación de un nuevo proyecto, que fue concluido el 12 de abril de 1932. Sometido a la aprobación del Presidente de la República la otorgó habiendo ordenado que se pasara a la comisión jurídica del poder Ejecutivo Federal, que en la sesión ordinaria correspondiente al 12 de julio de 1932 lo rechazó, porque, a pesar de tener algunos aciertos, substancialmente no representaba una transformación del sistema procesal del código de 1884.

Entre los párrafos sobresalientes del dictamen se dice lo siguiente: Si se revisa el código nuevo y se lee su breve y desconsoladora exposición de nuestro antiguo procedimiento: ningún recurso se suprime, nada se concentra, los tramites no se abrevian.

Como consecuencia del dictamen referido nuevamente pasó el proyecto a la Secretaría de Gobernación y algunos de los abogados de la primera comisión, bajo la presidencia del licenciado Gabriel García Rojas y siendo secretarios los licenciados Castillo Larrañaga y Gual Vidal, procedieron a la formación del nuevo código, que es el hoy vigente (Para el Distrito Federal).

Las objeciones al nuevo código surgieron antes de que fuera promulgado. Objeto de estas impugnaciones fue precisamente, lo que el código tiene de más moderno y mejor orientado; no obstante, quienes lo atacaron no pudieron por menos que reconocer que representaba un avance muy estimable en la legislación procesal de la nación.

El Código Procesal Civil del año de 1932, se elaboró en un periodo de tres años, espacio de tiempo que si no es excesivo para una obra de esta naturaleza, no permite afirmar

que fue una improvisación, como se llegó a decir. Tampoco cabe afirmar se elaboró en secreto, pues se dieron los medios para que las personalidades y corporaciones que lo creyeran oportuno interviniesen, aportando sus opiniones e iniciativas.

*"En general, desde el capítulo de "acciones", que da una pauta a jueces y litigantes, hasta la justicia de paz, que es esencialmente simple y rápida, encontramos en el ordenamiento que el derecho procesal queda encuadrado dentro de las ramas del derecho público; que al juez se le dan amplísimas facultades para investigar la verdad, pero en el juicio se suprime, la oscuridad y la dilación, que se hace un ensayo del juicio oral; que se abrevian trámites, se fija la litis, los recursos se modifican, se establecen el juicio arbitral en forma práctica y, en una palabra, se trata de conseguir el anhelo de los procesalistas modernos, algo más que una simple especulación que permita percibir dentro de su conjunto en forma clara, los elementos que deben jugar el papel preponderante en la organización del sistema procesal y su consiguiente ponderación, el del Estado, el interés de la justicia y el de las partes, garantías de justicia y de economía para obtener la pacificación social."*³⁶

El Código Procesal del 32 como se le conoce en la práctica, fue como quedó señalado el primero de corte moderno para nuestro derecho mexicano; pero no solo eso, como se observa sus características han influido sobre los demás Códigos Procesales, los cuales han tenido su fuente de inspiración en los elementos antes señalados.

³⁶ DE PINA, Rafael, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, página 50.

1.3.1 EL JUICIO ORDINARIO CIVIL EN EL ESTADO DE MÉXICO

Para establecer el juicio ordinario civil en el caso del Estado de México, tendremos la obligación de determinar -en primer plano- el origen de esta entidad, ya que es el Congreso del Estado quien formuló en una iniciativa de ley el Código de Procedimientos Civiles y es en esta ley reglamentaria, donde encontramos la fundamentación de este tipo de procedimiento.

Históricamente, cuando Agustín de Iturbide, jefe realista decide combatir a Vicente Guerrero, una audaz acción de la guerrilla de Pedro Asensio fue quien lo derrotó en Tlatlaya. Por esta razón Iturbide se ve obligado a pactar con Vicente Guerrero y el 10 de febrero de 1821, en Acatempan, se acordaron las bases del Plan de Iguala que estableció la Independencia Nacional.

Finalmente, el 27 de septiembre de 1821 se consumó la independencia de nuestro país con la entrada del ejercito trigarante a la Ciudad de México, mismo que estaba integrado por insurgente y realistas.

*“Nuestra primera constitución de 1812 (Apatzingan) había iniciado una transformación de las instituciones, con la federalización del imperio español. Nueva España se dividió en cinco provincias que habían de elegir sus propios diputados provinciales. Todo esto despertó el interés político en muchos grupos de la sociedad. El modelo principal de la constitución de 1824, fue la constitución de 1812 ya que en ella se habían solucionado problemas específicamente hispanoamericanos, en cuanto a la forma en que estarían representados los Estados y los ciudadanos se optó por seguir el modelo norteamericano. El 4 de octubre de 1824, se inauguró la Republica Federal, con sus 19 Estados y 4 territorios. Resalto(sic) la autonomía de los Estados y se firmo la Constitución de corte conservador, siendo elegido Guadalupe Victoria como presidente de la Republica y Nicolás Bravo como vicepresidente”*³⁷

Con base a lo anterior, nuestra entidad surgió como Estado el 31 de enero de 1824, al

³⁷ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México marzo del 2002, Editorial Sista S.A. de CV., páginas XIII de los antecedentes.*

firmarse el pacto que dio origen a la República. Su territorio inicial era el que ocupaba la intendencia de México durante la Colonia. El 2 de marzo de 1824 se reunieron los diputados en un congreso constituyente, que ratificó el pacto federal el 4 de octubre del mismo año. Es por esto que el 2 de marzo se considera como la fecha oficial en que se creó el Estado de México.

Este fue, brevemente el origen de la entidad federativa llamada Estado de México; pero con el devenir histórico llegó la constitución de 1917, la cual establece que México es una República Representativa, Democrática Federal; compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una Federación establecida según los principios de la Constitución. Así, la soberanía se ejerce por medio de los poderes de la Unión y por los poderes de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos establecidos por la propia constitución general y por las constituciones locales de los Estados, las que por ningún caso podrán contravenir las disposiciones de la Constitución General de la República artículos 40 y 41 de la misma.

*"En tal virtud, cada Estado tiene su propia constitución subordinada siempre a la constitución general y por ello, frente a las autoridades de tipo federal existen, otras autoridades que tienen soberanía y que son llamadas autoridades locales. Los Estados deben pues adoptar los principios que emanan de la propia Constitución general, para su régimen interno. Como en cada Estado existe una Constitución., tenemos 31 constituciones locales, una por cada Estado. Cada una de esas constituciones en su parte orgánica, nos dan las reglas generales sobre la estructura, composición y funcionamiento del poder ejecutivo, del poder legislativo y poder judicial del orden local, de cada entidad"*³⁸

Siguiendo la lógica deductiva, se ha establecido el origen de nuestra Carta Magna, esta legítima en su artículo 41, que el ejercicio de la soberanía se ejerce, por un lado por los poderes de la unión y, limitado el concepto a los poderes de los estados; cuanto hace al régimen interno, mencionando como parte individual de la federación al Estado de México, en su artículo 43 de la propia Constitución.

Limitado el concepto de soberanía, caemos a la especie del régimen interno del Estado de México, siendo promulgada nuestra primera Constitución de la entidad el 14 de febrero de

³⁸ GÓMEZ LARA, Cipriano. *Derecho Procesal Civil*, página 186.

1827, en Texcoco, siendo entonces la capital del Estado, ahora bien, nuestra actual Constitución fue promulgada por el general Agustín Millán Gobernador del Estado de México (1917-1921), propuso a la legislatura local el texto de la nueva Constitución Política de la entidad, la cual fue promulgada el 31 de octubre de 1917; a partir de esta fecha, el gobierno estatal ha tenido como base de sus funciones la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México.

Ahora bien, respecto al régimen interno del Estado de México nos interesa primeramente el poder legislativo, y en segundo plano el poder judicial en nuestra Constitución local.

El poder legislativo del Estado tiene la facultad de iniciar leyes y decretos así como la derogación o abrogación de las ya existentes, esta facultad tiene su origen primario en la Constitución General en su artículo 71 fracción III; facultad que fuera acogida por lo numerales 51 y 77 de la Constitución local. Es con base a esta facultad que son creadas las legislaciones secundarias que son las que detallan y determinan la reglamentación específica, surgiendo así nuestro Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.

En segundo plano nos interesa el poder judicial, el cual emana de la Constitución local que establece las reglas generales para su integración, estructura y funcionamiento de dicho poder; solo que en las reglas dadas en los textos constitucionales contienen principios generales y amplios, que otra legislación secundaria tiene que venir a detallar y adecuar; para el caso concreto que nos ocupa, esta legislación esta compuesta por la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México, que es la que detalla y estructura la organización, integración y funcionamiento de los órganos del Poder Judicial. Artículos 1, 2 y 3 de la ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México.

De manera sumaria, se ha establecido el origen de nuestra Ley Procesal Civil y fundamentado la organización del Poder Judicial -quien es el encargado de aplicar la ley al caso concreto- y por ende el que de manera material aplica y vigila el desarrollo del proceso ordinario civil.

Resulta pertinente aclarar que, con las recientes reformas a nuestra ley secundaria -denominada Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México- de fecha 7 de mayo del 2002 y que entró en vigor el 16 de junio del mismo año, estableció dentro de su exposición de motivos:

“El plan de desarrollo 1999-2005 sustenta la tesis de que el Estado es la respuesta histórica que el hombre ha encontrado para hacer posible la convivencia política y social, ordenada y pacífica, por ello se propone edificar un gobierno en leyes, en el que la legalidad sea la base de la legitimidad.

Por este motivo, el Ejecutivo a mi cargo se ha propuesto modernizar el marco jurídico del Estado, haciendo una revisión integral del universo legislativo para adecuarlo a las necesidades del entorno y transformar la ley en un instrumento que, con sentido humano, permita alcanzar los fines de la sociedad.

La presente iniciativa de Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, tiene como propósito adecuar sus disposiciones con el ordenamiento sustantivo y mejorar la terminología y sistematización de las instituciones procesales.

La presente iniciativa de Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, es el resultado de una cuidadosa revisión y actualización de las disposiciones vigentes, realizada por distinguidos magistrados y jueces del Poder Judicial del Estado de México, prestigiados especialistas en derecho procesal civil, académicos e integrantes de asociaciones de profesionales del derecho, quienes aportaron su talento y esfuerzo para elaborar un nuevo ordenamiento concordante con las exigencia de una sociedad en permanente transformación.

Los 1046 artículos que formalmente integran el vigente Código de Procedimientos Civiles, se depuraron para reducirse a 864.

Se propone una nueva estructura del Código de Procedimientos Civiles, en la que se sistematiza libros, títulos y capítulos para simplificar su contenido y facilitar el manejo y comprensión de la ley adjetiva.

El proyecto del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México consta de cuatro libros denominados, respectivamente, Parte General; Función Jurisdiccional; Procedimientos Judiciales no Contenciosos; Concursos y Sucesiones.”³⁹

De los mencionados libros que integran el actual Código procesal, nos interesan de sobremanera, el libro primero parte general que consta de nueve títulos denominados:

I. Jurisdicción.

³⁹ Fragmentos tomados de la exposición de motivos, que realizara el Gobernador Constitucional del Estado de México Arturo Montiel Rojas, a los CC. Diputados de la H. LIV legislatura del Estado, de fecha 7 de mayo del 2002.

- II. Organización y competencia.
- III. Demás servidores públicos de la administración de justicia.
- IV. Competencia.
- V. Competencia subjetiva, excusas y recusaciones.
- VI. Partes.
- VII. Actos procesales en general.
- VIII. Prueba y
- IX. Recursos.

Asimismo, dentro del libro segundo, encontramos la legitimación del juicio ordinario civil, dentro de los títulos primero y tercero -y en especial el cuarto- capítulos uno al quinto, así como el séptimo y octavo; los cuales contienen:

- I.- Acciones y excepciones.
- III.- Litigio y presentación de documentos.
- IV.- Juicios.

Capítulo I. Del Juicio Ordinario.

Capítulo II. De la Notificación de la demanda o emplazamiento.

Capítulo III. De la contestación de la demanda.

Capítulo IV. De la fase conciliatoria y depuración del juicio.

Capítulo V. Del plazo probatorio.

Capítulo VII. De la fase de alegatos.

Capítulo VIII. De la sentencia.

De lo anterior podemos concluir, que las fases del juicio ordinario civil que se aplica positivamente en el Estado de México; pese a las reformas, sigue teniendo dentro de su desarrollo las siguientes etapas evolutivas, las cuales esquematizamos en la figura de la página siguiente.

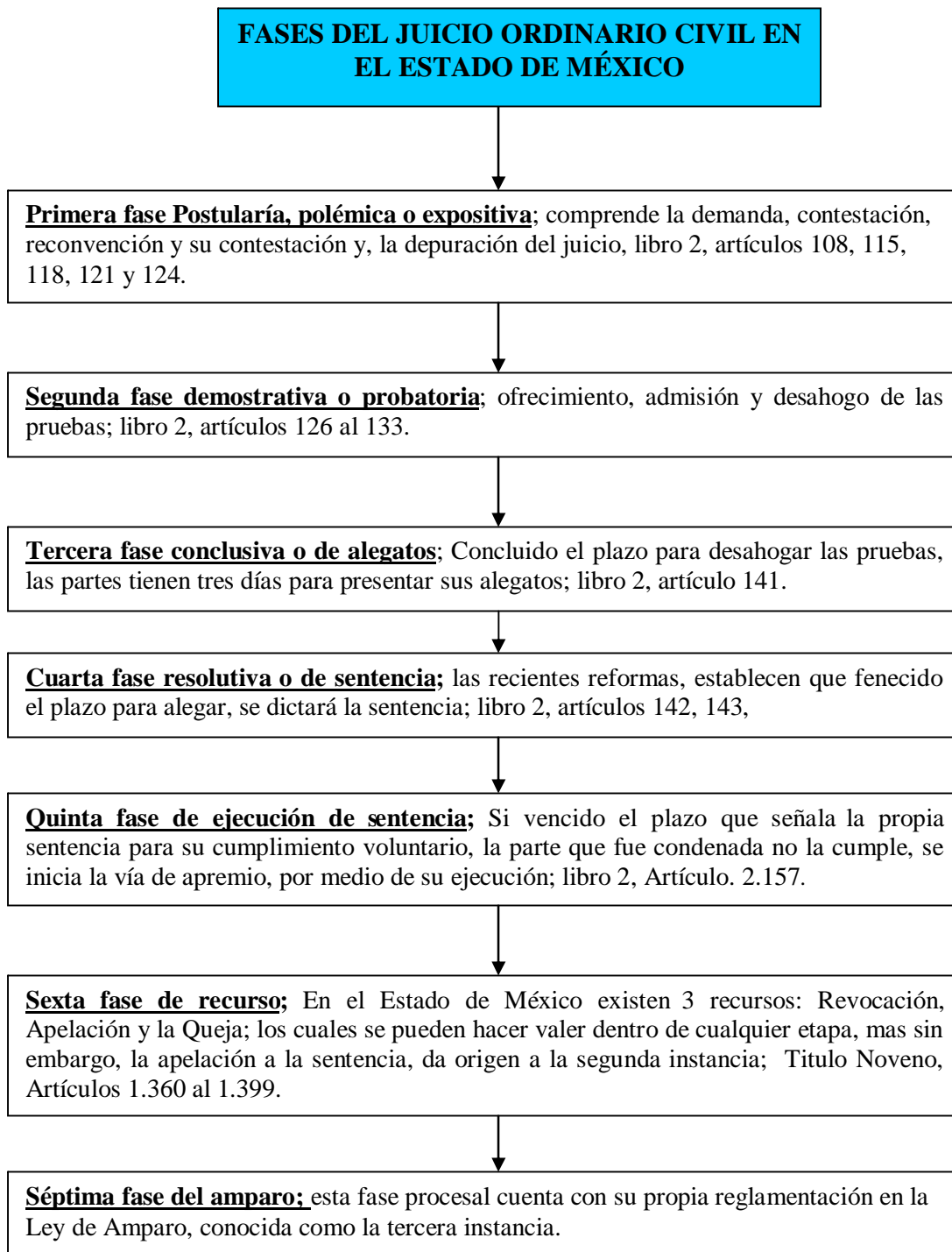


FIGURA 8. Fases del juicio ordinario civil en el Estado de México.

CAPÍTULO SEGUNDO FASES PROCESALES DEL JUICIO ORDINARIO CIVIL EN EL ESTADO DE MÉXICO

**“Todo proceso arranca de un presupuesto (litigio),
se desenvuelve a lo largo de un recorrido (procedimiento) y
persigue alcanzar una meta (sentencia) de la que cabe
derive un complemento (ejecución)”**

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.

2.1 LAS FASES PROCESALES EN EL JUICIO ORDINARIO CIVIL

Siguiendo el método deductivo para la elaboración del presente trabajo de investigación, llega el momento de establecer de manera general qué son las fases procesales, para después aterrizar al caso particular del juicio ordinario civil en el Estado de México.

Por fase debemos entender cada uno de los estados sucesivos de una cosa, acto o hecho. En física se entiende por fase cada una de las partes homogéneas y separables físicamente en un sistema formado por uno o varios componentes; situación que se hace una realidad en las fases del proceso jurisdiccional, como lo apunta la física; ya que si bien existe unidad en el proceso, de manera material pueden ser separadas algunas partes de este proceso, hecho que se analizará mas adelante.

Etimológicamente la palabra proceso proviene del latín "*Processus*" que significa acción de ir adelante; por su parte el diccionario enciclopédico Larousse ilustrado define al proceso como "*conjunto de fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial*"⁴⁰

En la ciencia del derecho es muy acertado el maestro Eduardo Pallares, al establecer el concepto genérico de proceso, para después especificar en que consiste el concepto jurídico de proceso y dentro de este precisar el proceso jurisdiccional; al respecto nos enfatiza el maestro Pallares, respecto de la palabra proceso "*Es un conjunto de fenómenos, de actos o acontecimientos que suceden en el tiempo y que mantienen entre sí determinadas relaciones de solidaridad o vinculación. Así entendido, el proceso es un concepto que emplea lo mismo la ciencia del derecho que las ciencias naturales. Existen por tanto, procesos químicos, físicos, biológicos, psíquicos etc., como existen procesos jurídicos*"⁴¹

⁴⁰ Pequeño Larousse Ilustrado, segunda edición, México 1997, Editorial Larousse., pagina 824.

⁴¹ PALLARES Eduardo. Op. Cit., pagina 603.

Considera que el proceso jurídico *"Es una serie de actos jurídicos que se suceden regularmente en el tiempo y se encuentran concatenados entre sí por el fin u objeto que se quiere realizar con ellos. Lo que da unidad al conjunto y vinculación a los actos es precisamente la finalidad que se persigue, lo que configura la institución de que se trata, en su acepción jurídica más general la palabra proceso, comprende a los procesos legislativos, administrativos, judiciales, penales, mercantiles etcétera"*⁴²

Carlos Arellano García, estima que entre los procesos jurídicos esta el proceso jurisdiccional al que considera proceso por antonomasia. Considera que el proceso jurisdiccional es *"El que se lleva a cabo entre los órganos jurisdiccionales, o sea los encargados de administrar justicia en sus diversas modalidades. Comprende igualmente los procesos que se tramitan ante los tribunales así como las juntas de conciliación y arbitraje, los tribunales administrativos, e incluso el senado, cuando asume funciones judiciales"*⁴³

Así encontramos que los procesos jurisdiccionales, dentro de la ciencia del derecho, poseen una dualidad en sus elementos, es decir cuentan con una parte formal y otra material, por lo tanto la parte material de cualquier proceso jurisdiccional serán las normas de derecho que regulan esa serie de pasos, períodos o bien etapas que se utilizan dentro de la jurisdicción (facultad de la autoridad para gobernar, en un lugar y tiempo determinado aplicando la ley a un caso concreto); precisamente este proceso jurisdiccional, desde su punto de vista material, es a lo que se llama juicio.

Por lo tanto, el proceso jurisdiccional desde su parte material es decir, como juicio lo entendemos como: *"El cúmulo de actos regulados normativamente, de los sujetos que intervienen ante un órgano del estado, o con un árbitro con facultades jurisdiccionales, para que se apliquen las normas jurídicas a la solución de la controversia o controversias planteadas"*.⁴⁴

⁴² *Ídem.*

⁴³ *Ídem.*

⁴⁴ ARELLANO GARCÍA Carlos., *Op. Cit.* página 66.

El juicio ordinario civil, es entonces un proceso jurisdiccional de manera material, y este proceso cuenta con una serie de fases, etapas o bien períodos por los que avanza para resolver una controversia.

La doctrina ha establecido las fases por las que atraviesa el juicio ordinario civil, el cual es la base general para cualquier tipo de juicio (en materia civil); por lo que la doctrina a señalado las etapas por las que recorre el juicio ordinario civil; haciendo notar al respecto que los doctrinarios toman este procedimiento en sus tres instancias; es decir prorrogan su eficacia a lo largo del juez *a quo* (primera instancia); contemplan el recurso de apelación que debe resolver la sala que corresponda *ad quem* y, por último consideran la tercera instancia que viene a ser el juicio de amparo, cuando la sentencia dictada por la sala no esta acorde a los intereses de alguna de las partes, o bien existe violación flagrante al procedimiento.

Demostramos la anterior hipótesis, en términos del cuadro con la opinión de tres doctrinarios que emiten su conocimiento sobre este particular (consultar el cuadro en la página que sigue)

EDUARDO PALLARES	NICETO ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO	CARLOS ARELLANO GARCÍA
Fuente: Diccionario de Derecho procesal 5ª ed. Porrúa, Página 55	Fuente: síntesis del derecho procesal UNAM Páginas 81-111	Fuente: Derecho procesal civil 3ª ed. Porrúa, páginas 88-89
Fases procesales desde el punto de vista lógico	Estudia el procedimiento del juicio ordinario, de una manera detallada, estableciendo la división de las fases del proceso de la siguiente forma:	Sobre la base del dinamismo del proceso, tiene la posibilidad de agrupamiento lógico y legal, quedando como sigue:
1. - <u>La inicial</u> : en la que las partes determinan las cuestiones litigiosas que ha de resolver al juez.	1.- <u>Fase expositiva o polémica</u> , demanda con documentos; contestación de demanda y excepciones.	1.- <u>Fase postulatoria</u> : Las partes invocan al juez los hechos y normas que les favorecen, demanda y contestación de demanda, posibilidad de ofrecimiento de pruebas.
2.- <u>Procedimientos relativos a las pruebas</u> y alegaciones que rinden y producen los litigantes para que el juez tenga materia para resolver.	2. - <u>Fase demostrativa o probatoria</u> , esta etapa se refiere a normas generales de prueba, medios y valor de los mismos, esta fase puede ser suprimida.	2.- <u>Fase probatoria</u> : en la que las partes ofrecen sus pruebas, el juzgador determina su admisión o rechazo, recepción de las pruebas y su desahogo material
3.- <u>La sentencia definitiva</u> , en las que se deciden las cuestiones litigiosas y en su caso la ejecución de la misma.	3.- <u>Fase conclusiva o de alegatos</u> , entrega de los autos a las partes para que aleguen lo que a su derecho les convenga. (actualmente en el Distrito Federal ha sido derogada, pero en el Estado de México Sigue vigente)	3.- <u>Fase conclusiva o de alegatos</u> : en la que las partes hacen referencia a los hechos, derecho y pruebas, con argumentos jurídicos.
El mismo autor manifestó que las fases procesales desde el punto de vista legal quedan como sigue:	4. - <u>Fase de sentencia e impugnación</u> , la sentencia se considera la conclusión del juicio incluyendo en todo caso la ejecución de sentencia, o bien la interpelación del recurso, con lo que se inicia la 2ª instancia.	4.- <u>Fase resolutive o de sentencia definitiva</u> : en la que el juzgador ejerce su función jurisdiccional, decidiendo sobre el fondo del asunto.
1.- <u>La inicial o introductiva</u> , en la cual se plantean, mediante los escritos de la demanda, contestación, replica y duplica las cuestiones de hechos y derechos	5.- <u>Fase de ejecución</u> en la que caben tres posibilidades la ejecución voluntaria por el deudor, la vía de apremio o ejecución forzosa y la vía ejecutiva.	5. - <u>Fase de ejecutorización de sentencia</u> ; la que se da en el supuesto que no se interponga algún recurso y se declare cosa juzgada.
2.- <u>El periodo de ofrecimiento de pruebas</u>		6.- <u>Fase de recurso</u> : en la que ante el superior jerárquico del juzgador se ventila el medio de impugnación interpuesta contra la sentencia.
3. - <u>El periodo de admisión y revisión de pruebas</u>		7. - <u>Fase de Amparo</u> , en la que en caso de que proceda el juicio de amparo no se habrá dicho la última palabra hasta que cause ejecutoria la sentencia definitiva del juicio de amparo
4.- <u>El periodo de alegatos y pronunciación de sentencia</u>		8. - <u>Fase de cumplimiento o de ejecución</u> cumplimiento voluntario o forzoso de la parte que haya perdido.
5.- <u>La vía de apremio</u> o sea la concerniente a la ejecución de la sentencia.		

FIGURA 9. Cuadro comparativo de las fases procesales.

Una vez establecidos los conceptos generales de las fases procesales, llega el momento de ordenar como se dan las etapas del juicio ordinario civil en el Estado de México, siguiendo al efecto una tendencia ecléctica, ya que en los anteriores puntos de vista, se observa que los doctrinarios hacen referencia de los pasos que lleva el juicio, tomando todos ellos como base el juicio ordinario civil, siendo este el que establece las reglas generales para cualquier proceso jurisdiccional de manera material, de ahí su importancia, siguiendo el Estado de México la misma tendencia; es decir, el proceso ordinario establece las reglas y principios que deberán seguir los demás juicios que regula de manera específica el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México.

Así que el Estado de México, con base a su legislación cuenta con las siguientes fases procesales:

1. -FASE POSTULATORIA, POLÉMICA O EXPOSITIVA

En la cual las partes acuden ante el órgano jurisdiccional a solicitar se resuelva una controversia, derivada de un conflicto de intereses; en esta etapa las partes contendientes, establecen los derechos y hechos que les favorecen, va desde la demanda, contestación, reconvencción su contestación, audiencia de conciliación y depuración procesal, termina en el momento que se fija la litis.

Es necesario aclarar que cuando se autorizó el presente trabajo de investigación, no se habían publicado las reformas al Código Civil y Procesal Civil del Estado de México, en base a la propia exposición de motivos que realizara el Gobernador Arturo Montiel Rojas, ante la LVI legislatura del Estado de México el 29 de abril del 2002 y que entrara en vigor el 22 de junio del 2002 por lo que se refiere al Código Civil vigente; y exposición de motivos ante la misma legislatura el día 7 de mayo del 2002 y que entrara en vigor el 16 de julio del 2002, con relación al Código de Procedimientos Civiles. Hecho que se aclara para efectos de las referencias en los artículos que se realicen en la presente investigación, y que se puntualizarán del código vigente y abrogado de que se trate respectivamente.

El Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, en su artículo 2.97, con relación al 572 abrogado, pero que se aplica a los juicios que se iniciaron con esa ley, ya que en su contenido se encuentran homologados, se establece:

Artículo 2.97 o 572. - Dos partes se encuentran en litigio cuando una pretende que el derecho apoya en su favor un interés en conflicto con el interés de otra y esta se opone a la pretensión, o, aun no oponiéndose, no cumple con la obligación que se le reclama.

De manera enunciativa, esta fase abarca los siguientes pasos:

- ✓ Demanda más documentos, hechos y derechos en que se apoya.
- ✓ Emplazamiento.
- ✓ Contestación de demanda más documentos, hechos y derechos que la apoyan.
- ✓ Posibilidad de reconvención.
- ✓ Contestación a la reconvención en su caso. y
- ✓ Audiencia de conciliación y depuración procesal.

2. - FASE DEMOSTRATIVA O PROBATORIA

En esta fase las partes contendientes ofrecen sus pruebas, con las cuales apoyan los hechos en que fundan sus respectivos intereses; el juzgador las recibe, para el caso que sean procedentes y estén ofrecidas conforme a las reglas del procedimiento, señalando día y hora para su desahogo.

El Estado de México sobre este particular, divide el período probatorio en dos momentos, analizando al efecto el término señalado en el código abrogado como el vigente:

- a) Código abrogado: 10 días para ofrecerlas y 20 días para su desahogo, artículo 608 Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México;
- b) Código vigente: 5 días para ofrecerlas y 15 días para su desahogo, artículo 2.126 de la ley en cita.

De tal manera que esta fase queda como sigue:

- ✓ Ofrecimiento de pruebas 10 días código antiguo y 5 vigente; comunes para ambas partes, se pueden ofrecer en uno o más escritos, en términos de la certificación que realice la secretaria de acuerdos.
- ✓ Admisión de pruebas, ordenando el juez abrir un cuaderno de pruebas, para cada una de las partes.
- ✓ Desahogo de las pruebas, en el día y hora que se señale para tal efecto.

3. - FASE CONCLUSIVA O DE ALEGATOS

En esta fase se ponen a disposición de las partes los autos originales, a efecto de que realicen una conclusión del juicio, con base a razonamientos lógico-jurídicos y en apoyo a las normas de derecho que les favorecen, así como a los criterios jurisprudenciales aplicables al caso concreto. Con el fin de hacer ver al juzgador que es uno quien a demostrado sus acciones o bien sus excepciones según sea el caso y, que por lo tanto el fallo definitivo debe ser dado a su favor.

Realizando una analogía, se nota que en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, esta fase si bien esta legitimada, en la práctica judicial no se lleva acabo, al efecto el artículo 393 de Código en cita establece:

Art. 393. - Concluida la recepción de las pruebas, el tribunal dispondrá que las partes aleguen por si o por sus abogados o apoderados, primero el actor y luego el demandado; el Ministerio Público alegara también en los casos en que intervenga, procurando la mayor brevedad y concisión. No se podrá hacer uso de la palabra por más de un cuarto de hora en primera instancia y de media hora en segunda instancia.

Lo anterior en la práctica no se da, ya que por costumbre una vez concluida la recepción de pruebas, solo se anota en la audiencia de ley que las partes alegaron lo que a su derecho convino; alegatos que de manera material no constan en autos.

En el Estado de México este período es llevado a cabo, siendo importante que las partes realicen sus razonamientos con base a la ley e incluso la jurisprudencia, ya que en la práctica son estos alegatos los que dan pie a que el juzgador dicte la sentencia.

Sobre el particular esta fase se encuentra regulado en el antiguo Código de Procedimientos Civiles del Estado de México en sus artículos 616 al 619; señalando incluso día y hora para que tenga verificativo la audiencia final del juicio o alegatos. Por su parte el Código vigente, hace referencia a esta fase en el numeral 2141; donde se faculta a las partes que una vez concluido el plazo para desahogar pruebas, deberán de presentar sus alegatos por escrito dentro de los tres días que le sigan al plazo para el desahogo de las pruebas. Quedando por lo tanto esta fase con los siguientes pasos:

- ✓ Desahogadas las pruebas el tribunal ordena se agreguen los cuadernos de pruebas al cuaderno principal.
- ✓ Cualquiera de las partes solicita se señale día y hora para la audiencia de alegatos (caso de los juicios tramitados en base al antiguo Código).
- ✓ Los autos quedan a disposición de las partes, para que tomen apuntes de alegatos, primero el actor y luego el demandado. (bis anterior)
- ✓ En la audiencia las partes alegan de viva voz, o bien por costumbre se presentes los escritos respectivos. (bis anterior)
- ✓ Las partes, concluido el plazo de desahogo de las pruebas exhiben dentro de los tres días siguientes sus alegatos por escrito (Juicios ventilados con el Código vigente)
- ✓ Terminada la audiencia, o en su caso concluido el plazo para alegar, se mandan poner los autos a la vista del juez para dictar la sentencia definitiva.

4. - FASE RESOLUTIVA O DE SENTENCIA DEFINITIVA

Esta etapa, es aquella *"en la que el juzgador ejercerá la esencia de su función jurisdiccional, decidiendo la controversia planteada, en cuanto al fondo"*⁴⁵

⁴⁵ *Ibíd.*, página 88.

En el Estado de México existe una íntima relación entre el periodo anterior y este, ya que la citación para la audiencia de alegatos, produce efectos de citación a sentencia, en la práctica una vez concluida o desahogada la audiencia de alegatos se manda poner a la vista del juez los autos originales para que se dicte la sentencia definitiva que sobre la base de derecho y los hechos alegados y probados por las partes se resuelva la controversia planteada; y se lleve a cabo la función jurisdiccional que ejerce el juez de manera fundada y motivada.

Al efecto los artículos 618 con relación al 623 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México abrogado nos establecen:

Art. 618. - Cualquiera de las partes tienen derecho de pedir que se señale día para la audiencia de alegatos, lo cual hará el juez, fijando una fecha que estime conveniente dentro de un plazo no mayor de quince días, y durante este plazo los autos estarán en la Secretaría a la vista de las partes para que tomen apuntes. La citación para la audiencia produce efectos de citación para sentencia.

Art. 623. - Si en la audiencia no pronunciase el juez su sentencia, en ella misma se citará para la sentencia, que se pronunciará dentro del término de diez días.

Por su parte, el vigente Código adjetivo Civil, al referirse a esta fase procesal lo hace en su artículo 2.141, con relación al 2.143, los cuales establecen:

Artículo 2.141. Concluido el plazo de desahogo de pruebas, dentro de los tres días siguientes, las partes pueden presentar sus alegatos por escrito.

Artículo 2.143. Concluido el plazo para alegar, se dictará sentencia.

Esta fase procesal, pone fin a lo que conocemos como primera instancia, situación que los doctrinarios no hacen hincapié como vemos en la figura 9, de la página 47 de este subtítulo; ahora bien para el caso que existiera la impugnación correspondiente a la sentencia definitiva por cualquiera de las partes, daría origen a la segunda instancia, con la correspondiente remisión de los autos ante el superior jerárquico al juez del conocimiento

del asunto, que para el caso del Estado de México será la sala regional a la que pertenezca el juzgador.

Así tenemos que previa la fase de recurso (como segunda instancia), resulta pertinente establecer como fase sucesiva a la que se comenta, el período de ejecutorización o ejecución, ya que existe la posibilidad de que las partes acepten el contenido de la sentencia; o bien por negligencia se caduque el tiempo para iniciar el recurso, incluso la práctica nos establece que los clientes (sea la parte que se represente) no cuentan con los recursos económicos para continuar con el litigio, así también la misma práctica ha establecido que después de un juicio largo las partes llegan a un arreglo, lo anterior nos da la pauta para establecer como siguiente fase procesal.

5. - FASE DE EJECUCIÓN O DE EJECUTORIZACIÓN

Siguiendo una tendencia ecléctica y aplicándola más aún al caso del Estado de México, previo el hecho de que hubiera existido un recurso o no; resulta que pueden darse tres supuestos una vez que la sentencia definitiva ha sido declarada debidamente ejecutoriada; es decir ha causado estado, es la verdad legal, es una cosa juzgada.

Sobre este particular el Estado de México en su pasado Código Procesal Civil, como en el vigente establecen:

Artículo 225. - Hay cosa juzgada cuando la sentencia ha causado ejecutoria.

Artículo 1.205. Hay cosa juzgada cuando la sentencia ha causado ejecutoria.

Artículo 226. - Causan ejecutoria las siguientes sentencias:

I.- Las que no admiten ningún recurso;

II.- Las que, admitiendo algún recurso, no fueren recurridas o, habiéndolo sido se haya declarado desierto o interpuesto se haya desistido la recurrente de él y,

III.- Las consentidas expresamente por las partes, sus representantes legítimos o sus mandatarios con poder bastante...

Artículo 1.210. Causan ejecutoria las siguientes sentencias:

I.- Las que no admiten ningún recurso;

II.- Las que, admitiendo algún recurso, no fueren recurridas, o habiéndolo sido no se expresen agravios o se desista el interesado del recurso;

III.- Las consentidas expresamente por las partes, sus representantes legítimos o sus mandatarios...

Una vez establecida la cosa juzgada, la parte que ha obtenido el fallo a su favor puede solicitar la ejecución de la sentencia, supuesto que también puede presentar las siguientes hipótesis:

1.- El cumplimiento voluntario por parte del deudor, en lo que haya sido condenado en la sentencia.

2.- El cumplimiento forzoso de la sentencia, mediante la vía de apremio correspondiente la cual se encuentra regulada por los artículos 696 al 719 del Código Procesal Civil del Estado de México abrogado; así como en los numerales 2.157 al 2.185 del Código Procesal vigente.

3.- La vía ejecutiva; en virtud de que la propia sentencia trae aparejada ejecución siendo optativo el juicio ejecutivo mercantil o bien el ejecutivo civil.

El Código de Comercio en su artículo 1391 establece;

Artículo 1391. - El procedimiento ejecutivo tiene lugar cuando la demanda se funda en documento que traiga aparejada ejecución.

Trae aparejada ejecución:

1.- La sentencia ejecutoriada...

6. - FASE DE RECURSO O IMPUGNACIÓN

Previo al análisis de esta fase, es importante hacer la siguiente aclaración: este período del proceso cuenta con una dualidad, ya que dentro del juicio ordinario, o bien de cualquier otro, el recurso puede ser utilizado, en cualquiera de las fases anteriormente analizadas, así también cuando el recurso se presenta como una forma de combatir la sentencia definitiva lo cual da pábulo a que se inicie la segunda instancia.

Por lo tanto el recurso como fase procesal la encontramos en dos momentos a saber:

RECURSO en cualquiera de las fases procesales porque la función jurisdiccional no se apega a las normas de derecho o bien existe abusos u omisiones.

RECURSO para combatir la sentencia definitiva, lo cual da inicio a la segunda instancia, remisión de los autos al superior jerárquico del juez.

Así el recurso aplicado en cualquier momento del proceso y antes de que se pronuncie la sentencia definitiva, tiene por fin atacar y combatir los defectos o vicios del juez en el desempeño de su función jurisdiccional; incluso existe la posibilidad de recurrir a cualquier integrante del juzgado cuando por negligencia o interés se interrumpe o pretende retardar el proceso, así tenemos que el Estado de México reglamenta los siguientes recursos:

RECURSO	CÓDIGO ABROGADO	CÓDIGO VIGENTE
a) Revocación	Artículos 419 al 422	Artículos 1.362 al 1.365
b) Apelación	Artículos 423 al 449	Artículos 1.366 al 1.392
c) Queja	Artículos 460 al 464	Artículos 1.393 al 1.399

FIGURA 10. Los recursos en los Códigos de Procedimientos Civiles para el Estado de México

El recurso de apelación interpuesto contra la sentencia definitiva, da inicio a la segunda instancia y tiene por fin que el superior jerárquico del juez, o sea la sala regional que corresponda modifique, confirme o revoque la sentencia emitida por el *a quo* (juez inferior), artículo 423 o 1.366 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, abrogado y vigente respectivamente; existiendo incluso dentro de la segunda instancia de nueva cuenta la fase probatoria y de sentencia definitiva.

Dentro de la Segunda Instancia existe también el pronunciamiento de una sentencia que pone fin al recurso y esta resolución a su vez puede ser combatida por la parte que se vea agraviada, dando origen a la siguiente fase la cual se considera la tercera instancia.

7. - FASE DE AMPARO

El juicio de amparo, como fase procesal cuenta con su propia reglamentación, la cual se encuentra legitimada en la Ley de Amparo.

"El juicio de Amparo Mexicano constituye en la actualidad la última instancia impugnativa de la mayor parte de los procedimientos judiciales, administrativos y aún de carácter legislativo y por lo que tutela el orden jurídico nacional contra las violaciones realizadas por cualquier autoridad, siempre que esas infracciones se traduzcan en una afectación actual, personal y directa a los derechos de una persona jurídica sea individual o colectiva.

Sin embargo, debe tomarse en consideración el propio juicio de amparo surgió con el propósito esencial de proteger los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, contra su violación por parte de las autoridades públicas"⁴⁶

Así el amparo como fase procesal, al igual que el recurso puede ser invocado en dos momentos diferentes; el primero contra cualquier resolución emitida por la autoridad dentro del procedimiento y, hasta antes de que se dicte la sentencia definitiva, cuando hay violación flagrante a las garantías constitucionales o al procedimiento, cuando su ejecución sea de imposible reparación artículo 114 Ley de Amparo. Así también procede esta fase procesal contra sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio; cuando contra los mismos no procede ningún recurso ordinario, por el que puedan ser revocados o modificados, artículo 158 de la misma ley.

⁴⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, *Diccionario Jurídico Mexicano*, segunda Edición, tomo I, México 1988, Editorial Porrúa, página 157.

2.2 DEMANDA Y REQUISITOS

Gramaticalmente la palabra demanda es: *"Solicitud, suplica, petición pregunta. Empresa, intento empeño. Petición que un litigante sustenta en un juicio. Acción que se interpone en justicia para, hacer reconocer un derecho solidario o exigir un hecho o un acto."*⁴⁷ Así tenemos que el vocablo hace referencia a una acción de pedir, solicitar o exigir un hecho o acto.

Etimológicamente, demanda proviene del latín "*demandare*" (de y mando), que tenía un significado distinto del actual: Confiar, poner a buen seguro, remitir.

El diccionario jurídico mexicano, nos define a la demanda como: *"El acto procesal por el cual una persona que se constituye por el mismo en parte actora o demandante, formula su pretensión, expresando la causa o causas en que intente fundarse ante el órgano jurisdiccional, y con el cual se inicia un proceso y solicita una sentencia favorable a su pretensión."*⁴⁸

Por su parte el diccionario de derecho del maestro Rafael de Pina nos define a la demanda como: *"Acto procesal -verbal o escrito- ordinariamente inicial del proceso en el que se plantea al juez una cuestión (o varias no incompatibles entre sí) para que los resuelva previos los tramites legales establecidos, dictando la sentencia que proceda, según lo alegado o probado"*.⁴⁹

Así también la doctrina nos da varias definiciones sobre este particular, anotando para tal efecto dos de ellas:

José Becerra Bautista define a la demanda como: *"El escrito inicial con que, el actor, basado en un interés legítimo, pide la intervención de los órganos jurisdiccionales para la*

⁴⁷ Pequeño Larousse Ilustrado, Op. Cit. página 345.

⁴⁸ Diccionario jurídico mexicano, tomo II, Op. Cit. página 389.

⁴⁹ DE PINA, Rafael, Diccionario de Derecho, México 1965, editorial Porrúa, página 98

*actuación de una norma sustantiva a un caso concreto."*⁵⁰

Así el maestro Francisco Córdoba Romero la define como "*El acto formal mediante el cual, el actor ejercita su acción en contra del demandado ante el poder jurisdiccional, a fin de que la ley proteja al derecho invocado.*"⁵¹

Como se ve la demanda desde el punto de vista práctico, la debemos entender como: El acto jurídico procesal inicial verbal o escrito por medio del cual, una persona de derecho, acude ante un órgano jurisdiccional, a ejercitar su acción y reclama por medio de sus prestaciones en contra de otra persona que le ha violado su derecho sustantivo.

Resulta necesario realizar las siguientes consideraciones sobre el concepto antes anotado.

En primer término la demanda es el acto inicial del proceso jurisdiccional, sin demanda no hay juicio, es pues la llave que abre la primera fase del juicio ordinario civil y de cualquier otro; y como acto jurídico produce consecuencias de hecho y de derecho como son:

- a) Interrumpen la prescripción;
- b) Señala el principio de la instancia;
- c) Determina el valor de las prestaciones.

Las consecuencias antes anotadas no han sido señaladas de manera expresa por el Código Procesal Civil del Estado de México, pero su similar del Distrito Federal en su artículo 258 de manera expresa si lo señala.

Respecto de la interrupción de la prescripción, el Código Civil del Estado de México, tanto en su vigente ley como en la abrogada, nos dicen en sus numerales 7.480 y 2068,

⁵⁰ BECERRA BAUTISTA, José, *El Proceso Civil en México*, octava edición, México 1980, Editorial Porrúa, página 28.

⁵¹ CÓRDOBA ROMERO, Francisco, *Derecho Procesal del Trabajo*, segunda edición, México 1991, Editorial Cardenas Editor y Distribuidor, página 65.

respectivamente:

Artículo 7.480. El plazo de la prescripción se interrumpe:

I Por la notificación de la demanda en la que se exija el pago de la obligación.

Se considera no interrumpido el plazo para la prescripción, si el actor desiste de la demanda o fuese desestimada.

II Porque la persona a cuyo favor corre la prescripción reconozca expresa o tácitamente, por hechos indudables el derecho de la persona contra quien prescribe...

Artículo 2068. - El término de la prescripción se interrumpe:

I.- Por la interposición de demanda o cualquier género de interpelación judicial hecha al deudor.

Se considera como no interrumpido el término para la prescripción por interpelación judicial, si el actor desiste de ella o fuese desestimada su demanda;

II Porque la persona a cuyo favor corre la prescripción reconozca expresa o tácitamente, por hechos indudables el derecho de la persona contra quien prescribe...

En cuanto al inicio de la instancia; el actor mediante su demanda ha ejercitado la acción, es decir; la facultad de poner en movimiento la maquina judicial y, por lo tanto da inicio a las fases procesales; en base al paralelismo que se está haciendo de los Códigos adjetivos de la entidad tanto en la ley vigente como en la abrogada, resulta pertinente realizar la siguiente aclaración; existe una clara homologación entre los artículos 2.1 y 475 con relación a los 2.108 y 589 de los Códigos de Procedimientos Civiles del Estado de México tanto el vigente como el abrogado, los cuales establecen:

Artículos 2.1 y 475. - La acción procede en juicio aun cuando no se exprese su nombre con tal de que se determine con claridad, la clase de prestación que se exija al demandado y el título o causa de la acción.

Artículo 2.108 y 589. - Todo juicio principiará por demanda en la cual se expresarán...

Resulta obligado señalar, que si bien el Código abrogado no señala de manera expresa el contenido del juicio ordinario civil, que es materia del presente trabajo de investigación, el vigente código señala:

Artículo 2.107. En el juicio ordinario se tramitarán todas las acciones que no tengan un procedimiento específico.

El juez como responsable de toda la función jurisdiccional (Por lo que hace a la primera instancia); tiene que actuar sobre la base de las disposiciones legales y cuidar que los términos sean cumplidos para el desarrollo del proceso; circunstancia que previno el legislador en el artículo 1.134 del Código vigente en cita, así como en el 149 del Código abrogado mismos que postulan:

Artículo 1.134. En la substanciación de todas las instancias, los jueces guardarán y harán guardar con la mayor exactitud los trámites y plazos marcados por la ley, cualesquiera que sean las disposiciones anteriores, doctrinas, prácticas y opiniones en contrario.

Art. 149. - En la substanciación de todas las instancias, los jueces y el tribunal guardarán y harán guardar con la mayor exactitud los trámites y términos marcados por la ley, cualquiera que sean las leyes anteriores, doctrinas, prácticas y opiniones en contrario.

Por último el valor de las prestaciones; da origen a la cuantía del negocio, siendo el caso del Estado de México de dos formas:

A) Juzgados de cuantía menor, cuando el monto de las prestaciones no excedan de 1000 veces el salario mínimo vigente en el lugar de la ubicación, artículos 1.11 fracción I del Código de Procedimientos Civiles vigente.

Para el caso del antiguo código 500 veces el salario mínimo en la región de que se trate artículos 6 fracción a) del Código de Procedimientos Civiles abrogado.

B) Juzgados de primera instancia; aquellos que por exclusión excedan de 1000 Y 500 veces el salario mínimo vigente en el área geográfica que corresponda, conforme al Código vigente o bien al abrogado, respectivamente, o cuando por su naturaleza no sean susceptibles de cuantificarse Artículos 1.9 fracción I y 9 fracción I de las leyes en cita.

En segundo término el concepto anotado, hace referencia a una persona de derecho; entendiendo como tal a las personas físicas, las cuales son perfectamente bien definidas en el actual Código Civil, en su artículo 2.1., señalando el Código abrogado en su artículo 22 tan

solo la capacidad de este tipo de personas; o persona moral (artículo 25 del Código Civil abrogado), o su similar que en cuanto a denominación a cambiado en nuestra vigente ley que las considera como personas jurídicas colectivas (artículo 2.9 del Código Civil vigente); personas que en ambos casos cuentan con capacidad de comparecer a juicio; he incluso dentro de las personas físicas lo pueden hacer aquellas que no cuentan con capacidad de ejercicio (menores de edad e incapacitados), esto por medio de sus representantes legales; así también esta persona de derecho puede ser una Institución; a este cúmulo de personas en la terminología jurídica se les da el nombre de actor o actores, quienes son los que inician una demanda, con el fin de que el juez declare o condene al cumplimiento de sus pretensiones a la persona del demandado, que de la misma forma puede ser un ente físico, jurídico colectivo y/o moral o bien una institución.

En tercer lugar, anotamos en el concepto la posibilidad de que la demanda sea planteada de manera escrita o verbal; siendo el caso concreto del Estado de México un vivo ejemplo de lo que es el juicio verbal; este procedimiento puede ser utilizado para tramitar cualquier proceso que no tenga señalado en la ley una tramitación especial, y por lo tanto suple al juicio ordinario civil, pero con la novedad de ser verbal; el abrogado Código Adjetivo Civil del Estado de México regula este juicio en su Libro segundo, título IV, capítulo VIII, artículos 646 al 666; anotando tan solo a manera de ejemplo el contenido del artículo 646.

Art. 646. - En los juicios verbales ante los jueces de primera instancia se observaran las disposiciones que rigen para el juicio escrito, con las modificaciones que se contienen en este capítulo.

Sin embargo, este juicio que desde mi punto de vista muy particular, abreviaba muchos trámites, y producía un juicio más sumario, ha sido completamente abrogado del vigente Código Procesal, en términos de la exposición de motivos que al efecto se turno a la legislatura del Estado y que a continuación se anota:

“Se suprime el juicio verbal, en atención a que la experiencia judicial ha demostrado que, en su tramitación, no se ha alcanzado la pretendida celeridad que motivo su

establecimiento” ⁵²

Por su parte el juicio escrito, materia de este trabajo de investigación, se encuentra regulado a su vez en los Códigos de Procedimientos de la siguiente forma:

- a) Código vigente: El Libro Segundo, Título Primero, Capítulos I Y II; Título Cuarto, Capítulos I al V, VII y VIII.
- b) Código abrogado: El Libro Segundo, Título Primero, Capítulos I Y II; Título Cuarto, Capítulos I al VI.

En cuarto lugar, la definición hace alusión a un órgano jurisdiccional, entendiendo como tal a cualquier autoridad que posee la facultad de decir el derecho, es decir, puede aplicar la norma jurídica a un caso concreto y así resolver una controversia; dando en consecuencia la posibilidad de hablar de un juzgado civil, familiar, concursal etcétera; o bien una junta de conciliación y arbitraje, una sala del contencioso administrativo y en fin de cualquier autoridad revestida de jurisdicción y competencia para resolver conflictos.

“La jurisdicción tiene en nuestro tiempo un carácter estatal, público. La jurisdicción privada -de los señores, de las universidades, de la iglesia, de las ciudades- repugna en el concepto que el estado moderno tiene de la administración de justicia.

La función jurisdiccional dispone, pues, en la actualidad, de órganos específicos que ejercitan una actividad determinada, con propia autonomía, emanada de la constitución. Estos órganos son los juzgados y tribunales, que en su total significado, comprenden no solo los de jurisdicción ordinaria, si no también los de las especiales” ⁵³

Establecidos los puntos anteriores y, aplicados al caso del Estado de México, llega el momento de establecer los requisitos que se exigen al momento de interponer una demanda, exponiendo el siguiente cuadro sinóptico:

⁵² Fragmento tomado de la exposición de motivos, que realizara el Gobernador Constitucional del Estado de México Arturo Montiel Rojas, a los CC. Diputados de la H. LIV legislatura del Estado, de fecha 7 de mayo del 2002.

⁵³ DE PINA, Rafael., *Derecho Procesal Civil*, páginas 102 y 103.

Formales: Art. 2.108 y 589, Código Procesal Civil	I.- Tribunal o juzgado ante el cual se promueve	---Competencia: Territorial, Materia (Civil, familiar) Grado y cuantía.
	II.- Nombre del actor y domicilio para oír y recibir notificaciones	---Por su propio derecho o por apoderado o representante legal; señalamiento del domicilio.
	III.- Nombre del demandado y su domicilio	---Como ya analizamos el demandado puede ser una persona física o moral (Jurídica Colectiva nuevo Código Civil); su domicilio debe ser puntualizado; ya que de esto depende el emplazamiento y en caso de no estar en la jurisdicción del juzgado, solicitar el exhorto.
	IV.- Lo que se pide, es decir las prestaciones reclamadas, designándose con toda exactitud, en términos claros.	---Señalamiento del capítulo de prestaciones, que acciones se ejercitan con la demanda, las cuales se numeran en el proemio de la demanda.
	V.- Los hechos en que el actor funde su petición, numerándolos y narrándolos sucintamente con claridad y precisión.	---Los hechos son la columna vertebral de la demanda, de su correcta elaboración y fundamentación depende el futuro del juicio.
	VI.- El valor de lo demandado, o reclamado, si de ello depende la competencia del juez.	---En el Estado de México más de 500 o 1000 veces el Salario mínimo en la zona, primera instancia, según se trámite con el Código abrogado o el vigente; menor de estas cantidades cuantía menor.
	VII.- Los fundamentos de derecho y la clase de acción.	---Éstos serán de fondo, regulados por lo general en el Código Civil; y de forma en cuanto a la regulación del procedimiento, regulado por el Código de Procedimientos Civiles por costumbre el tipo de acción se anota en el proemio de la demanda.
	VIII.- El término de prueba que estime necesario el actor para demostrar su acción	---Por práctica esto no se estila, la regla general es la que establece el artículo 606 con relación al 608 del Código de Procedimientos Civiles; 10 días para ofrecerlas y 20 para el desahogo, del Código abrogado. La ley Procesal vigente regula las pruebas en su artículo 2.126, concediendo al efecto 5 días para ofrecerlas y 15 para su desahogo.
De fondo artículos 2.100 y 2.103; 580 y 581, misma ley	IX.- El poder que acredite la personalidad del que comparece a nombre de otro.	---Sin este documento el actor carece de personalidad, puede incluso ser desechada la demanda. El poder es válido para el caso de personas físicas y morales.
	X.- El documento o documentos que acrediten el carácter con que el litigante se presente a juicio.	---De nuevo se insiste en acreditar la personalidad del que promueve; cuando esto no dependa de un poder, si no de la legitimación activa y procesal para promover.
	XI.- El documento o documentos con que el actor funda su derecho	---Relación de los documentos, con los cuales se pretende demostrar los extremos de la acción.
Requisitos de praxis		XII.-En caso de no contar con los documentos, señalar el archivo o lugar donde están.
		XIII.- Señalamiento del rubro, esto si bien no es requisito sine cuanon por parte del código procesal, e incluso del propio juzgador; hace posible la pronta identificación del juicio que se ventile.
		XIV.- La firma del actor, o bien de su representante.
		XV.- Para el caso de presentar documento en otro idioma deben ser acompañados de la traducción correspondiente artículo 1.100 y 127 de los Códigos de Procedimientos Civiles vigente y abrogado.
		XVI.- La firma del abogado patrono, este requisito también es indispensable para dar trámite a los ocurso. Artículos 119 y 1.94 Código de Procedimientos Civiles, abrogado y vigente.

FIGURA 11. Requisitos para presentar la demanda.

2.3 ADMISIÓN DE LA DEMANDA Y EFECTOS

Una vez reunidos los requisitos y elementos señalados en el subtítulo que antecede; el litigante deberá presentar su demanda en el distrito judicial que se encuentre el órgano jurisdiccional competente; ya que así se establece expresamente en el artículos 1.1 y 1 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México vigente y abrogado; así también el artículo 1.2 y 3 de las leyes en los términos señalados, establecen la necesidad de que la función jurisdiccional se inicia mediante la acción o bien de instancia de parte interesada; resulta obligado transcribir el contenido de los artículos 1.28 y 36 del Código Adjetivo Civil vigente y abrogado que establecen, que la función jurisdiccional se da ante autoridad competente:

Artículo 1.28. El ejercicio de la jurisdicción que la ley encomienda a los tribunales judiciales solo debe reclamarse de la autoridad competente.

Artículo 36. - El ejercicio de la jurisdicción que la ley encomienda a los funcionarios del Poder Judicial solo debe reclamarse de la autoridad competente.

Establecido así el juzgador competente para conocer, deberá presentar su escrito inicial de demanda ante la oficialía de partes común, para que sea esta quien remita la demanda al juzgador que en turno le corresponda conocer del negocio (artículos 1.119 y 139 párrafo III, del Código de Procedimientos Civiles, vigente y abrogado); una vez que llega la demanda ante el juez; el secretario de acuerdo tiene la obligación de dar cuenta de los escritos que se presenten a más tardar dentro de las 24 horas de su presentación, bajo pena de multa de 3 días de salario mínimo en la zona; huelga decir que esta disposición que reglamenta el párrafo I del artículo 139 del Código Adjetivo Civil abrogado, circunstancia que el Código vigente abrogó tan solo en cuanto a la multa hacia la autoridad para el caso de no proveer dentro de las 24 horas, hecho que se consignó en el artículo 1.118 del Código Procesal vigente; más sin embargo es un hecho en la práctica judicial, ya que los juzgados siempre respetan los términos que señala el Código de Procedimientos Civiles; principalmente en el sentido de acordar los recursos en los términos señalados.

Así tenemos que el primer auto que dicta el juzgador, con relación a un escrito inicial

de demanda, podrá ser en tres sentidos:

- I.- Auto de desechamiento de demanda.
- II.- Auto de prevención de demanda.
- III.- Auto de admisión de demanda.

El auto de desechamiento, se funda básicamente en la falta de competencia del órgano jurisdiccional ante el cual se entabla la demanda, ya sea por grado, cuantía, materia o territorio, ningún tribunal puede negarse a conocer de un asunto sino por considerarse incompetente (artículos 1.32 y 39 del Código de Procedimientos Civiles vigente y abrogado); otra de las causas principales de desechamiento la constituye el hecho de que el litigante omita acompañar a la demanda el documento base de la acción, siendo aquel en el cual funda su principal pretensión; por ejemplo, si se demanda la rescisión de un contrato de compraventa de un inmueble, y no se acompaña el contrato de compraventa respectivo; también se puede desechar la demanda porque sea inoperante la vía o juicio elegido por el actor para ejercitar su acción.

Por su parte el auto de prevención procede, cuando la demanda es obscura o irregular; se entiende que una demanda es obscura, cuando alguno a algunos de sus elementos de que se compone ya sea de fondo o forma, no es claro, no se entiende, o bien se presta a confusión. Por otro lado la demanda será irregular cuando vaya en contra de los requisitos de fondo y forma, es decir, no va de acuerdo al cause que de manera general a establecido la ley.

De tal manera que cuando el juzgador detecta alguna anomalía de las anotadas con antelación, dicta un auto de prevención con fundamento en lo dispuesto por los artículos 2.109 o 591 de la ley adjetiva Civil vigente o abrogada, previniendo al actor, para efectos de que en un término perentorio aclare, corrija o complete su escrito inicial de demanda; hecho lo anterior podrá el juzgador dar curso o bien desechar definitivamente la demanda.

Por último, tenemos el auto admisorio de la demanda, el cual procede cuando el actor a reunido todos y cada uno de los requisitos exigidos para la demanda, por lo cual el juez le

da curso; la acepta para que inicie la secuela procesal, mandándola registrar en el libro de gobierno y, correr traslado de ella a la parte demandada (persona física o jurídica colectiva moral- en el Código abrogado, contra quien se entabla la demanda); ordena el emplazamiento para que la conteste dentro del término que fije (artículo 2.111 y 594 Códigos de Procedimientos Civiles Estado de México vigente y abrogado), es necesario aclarar que el artículo 594 de la ley abrogada, propone un término hasta de 9 días y, faculta al juez para que dentro de ese lapso de tiempo señale el término que considere pertinente, según la naturaleza del negocio; lo cual en la práctica no se estila, ya que sea cual sea la naturaleza del negocio o juicio que se plantee, siempre se señalan 9 días para producir la contestación.

Por lo que toca a los efectos de la demanda, el Código Adjetivo del Estado de México no ha sido expreso; pero si se derivan algunos efectos que produce y que si están reglamentados; pero doctrinalmente se han señalado los primeros tres efectos de la presentación de la demanda:

"a) Interrumpe la prescripción negativa o sea aquella que tiende a liberar al deudor de sus obligaciones mediante el transcurso del tiempo.

b) Señala el principio de la instancia en cuanto a que, mediante la demanda, el actor a realizado el correspondiente ejercicio de la acción o acciones que se tengan contra el demandado, lo que da pábulo a que el juzgador tenga el deber de iniciar el desarrollo del proceso en el que desarrollará la función jurisdiccional a su cargo.

c) Determina el valor de las prestaciones exigidas pero, se establece la salvedad, en el artículo 258 Código de Procedimientos Civiles (del Distrito Federal), de que el valor pueda referirse a otro tiempo."⁵³

En este orden de ideas, encontramos otros efectos derivados de la interpretación de la

⁵³ ARRELLANO GARCÍA, Carlos. Op. Cit. página 168

ley, como son:

a) La presentación de la demanda da inicio al principio de congruencia; ya que junto con la contestación, demarca el campo de acción del órgano jurisdiccional, limitándolo a resolver en la sentencia definitiva sobre la base de las pretensiones reclamadas artículos 1.137 y 209 del Código de Procedimientos Civiles vigente y abrogado.

b) *"Otro efecto más de la presentación de demanda consiste en que el demandado, para su contestación se sujetará a los hechos narrados por el actor, y procede a contestarlos uno a uno"* ⁵⁴ artículos 2.115 y 599 de las leyes en cita.

c) La demanda que es el canal por el cual el actor ejercita la acción, lo limita a probar los elementos de sus pretensiones; y por lo tanto las pruebas deben ser sobre la base de la demanda entablada, ya que así lo establecen los artículos 1.252 y 269 del Código de Procedimientos Civiles vigente y abrogado. El actor deberá de probar los hechos constitutivos de su acción y el reo de sus defensas y excepciones.

d) Una vez admitida la demanda, esta le impone la obligación al juzgador de correr traslado a la persona contra quien se proponga y por lo tanto el emplazamiento al demandado es una carga para el juzgado de conocimiento; anotando al efecto su reglamentación en ambos Códigos:

I. Ley Procesal vigente: artículo 2.11 con relación al 1.175.

II. Ley abrogada: artículo 594 con relación al 189 párrafo II.

⁵⁴ *Ibíd., pagina 170*

2.4 CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Siguiendo el orden de las fases procesales y estando dentro de la etapa polémica o expositiva; encontramos que una vez realizado el emplazamiento de ley y se ha corrido físicamente el traslado al demandado por medio de un instructivo, una copia simple de la demanda, así como de los documentos que fueron acompañados debidamente sellados y cotejados con la demanda original, se le conceden nueve días para que produzca su contestación de demanda.

Se observa que el término "Contestar la demanda", está compuesto por dos elementos: Contestar y demanda; en el apartado que antecede se dejó asentado lo referente al término "demanda", por lo que siguiendo el método deductivo resulta obligado establecer el concepto genérico de contestar.

Gramaticalmente la palabra contestar proviene del latín *contestari*; de com, con y *testari*, atestiguar. El diccionario enciclopédico Larousse ilustrado, nos define contestar como: *"Responder a lo que se pregunta se habla o se escribe, o a una acción o comportamiento. Replicar, poner objeciones a una orden o indicación. Adoptar una actitud de rechazo, protesta o duda contra instituciones, ideas o normativas establecidas y contra quienes las dirigen."*⁵⁵

Por su parte el Maestro Rafael de Pina en su diccionario de derecho nos dice: *"La contestación es el escrito en que el demandado formula su contestación a la demanda, en los términos prevenidos por esta."*⁵⁶

Carlos Arrellano García nos define a la contestación como: *"El acto jurídico del demandado por medio del cual da respuesta a la demanda de la parte actora, dentro del proceso y, en caso de reconvención, es el acto jurídico, dentro del proceso, en el que la parte*

⁵⁵ *Pequeño Larousse Ilustrado, Op. Cit., página 280.*

⁵⁶ *DE PINA, Rafael. Diccionario de derecho. página 65.*

actora da respuesta a la contra demanda de la parte demandada."⁵⁷

Tenemos que la contestación es la respuesta verbal o escrita que realiza la parte que se le notificó la demanda dentro de un proceso jurisdiccional, con base a las normas que regulan el procedimiento. Si limitamos la contestación al caso particular del Estado de México, tenemos dos posibilidades, en cuanto a la forma de hacerlo, ya que el actual Código Procesal Civil, ha abrogado todo lo referente al juicio verbal; por lo que la contestación puede ser:

- a) Código Procesal vigente: Contestación siempre por escrito, incluso se legitima la situación que deben escribirse con material indeleble, artículo 1.96.
- b) Código abrogado: Establece la posibilidad de que la contestación se produzca de manera verbal o escrita. Señala el artículo 647 del Código adjetivo Civil: En dichos juicios verbales, cualquier promoción incluso la demanda y contestación pueden ser hechos oralmente o por escrito a elección del interesado.

Para el caso de que las promociones, incluyendo la contestación a la demanda se formulen por escrito, deberán de apegarse a las reglas que señala el propio código tanto vigente como abrogado, las cuales se encuentran homologadas bajo la sanción de ser nulas; por lo que la regla general es la siguiente:

Artículo 1.100. Las actuaciones judiciales y promociones deben escribirse en idioma español. Los documentos que se presenten redactados en otro idioma o lengua, salvo los aforismos en latín que podrán ser traducidos, se acompañarán de la correspondiente traducción.

Artículo 127. - Las actuaciones judiciales y promociones deben escribirse en lengua española. Lo que se presente escrito en idioma extranjero, se acompañará de la correspondiente traducción al castellano.

Las fechas y cantidades se escriben con letra.

Artículo 1.102 y 128. - En las actuaciones judiciales no se emplearán abreviaturas ni se rasparán las frases equivocadas, sobre las que sólo se podrá una línea delgada,

⁵⁷ ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Op. Cit* pagina 182.

salvándose, al fin, con toda precisión, el error cometido. Igualmente se salvarán las frases escritas entre renglones.

Por lo que hace a los requisitos que debe reunir la contestación a la demanda, el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México tanto vigente como el abrogado, han sido omisos en señalarlos de manera expresa los requisitos; por lo que sobre la base del paralelismo y a la practica judicial, así como los que señala la ley, se infieren los siguientes:

a) El artículo 260 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, reformado en mayo de 1996 señala:

Artículo 260. - El demandado formulará su contestación a la demanda en los siguientes términos:

I.- Señalará el tribunal ante quien conteste;

II.- Indicará su nombre y apellidos, el domicilio que señala para oír notificaciones y, en su caso, las personas autorizadas para oír notificaciones y recibir documentos y valores;

III.- Se referirá a cada uno de los hechos en que el actor funde su petición, en los cuales precisará los documentos públicos o privados que tengan relación con cada hecho, así como si los tiene o no a su disposición. De igual manera proporcionará los nombres y apellidos de los testigos que hayan presenciado los hechos relativos;

IV.- Se asentará de puño y letra del demandado, o su representante legítimo. Si estos no supieren o no pudieren firmar, lo hará un tercero a su nombre y a su ruego, indicando estas circunstancias, poniendo los primeros la huella digital;

V.- Todas las excepciones que se tengan, cualquiera que sea su naturaleza, se harán valer simultáneamente en la contestación y nunca después, a no ser que fueren supervenientes.

De las excepciones procesales se le dará vista al actor para que las conteste y rinda las pruebas que considere oportunas en los términos de este ordenamiento.

VI.- Dentro del término para contestar la demanda, se podrá proponer la reconvencción en los casos en que proceda, la que tiene que ajustarse a lo prevenido por el artículo 255 de este ordenamiento, y

VII.- Se deberán acompañar las copias simples de la contestación de demanda y de todos los documentos anexos a ella para cada una de las demás partes.

Como se observa el artículo transcrito viene a ser una réplica de su correlativo del Estado de México en sus numerales 2.108 y 589 de la ley procesal vigente y abrogada; por lo que se concluye que la contestación a la demanda para el caso que nos ocupa, ha de realizarse en los términos planteados por el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal; hecho que en la práctica judicial se ha vuelto una costumbre.

En este orden de ideas y, sobre la base del contenido de los artículos 2.115 y 599 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México vigente y abrogado que establecen:

Artículo 2.115. El demandado deberá contestar cada uno de los hechos Aducidos por el actor, confesándolos o negándolos, si son propios, o expresando los que ignore, o refiriéndose como crea que tuvieron lugar. El silencio y las evasivas harán que se tengan por admitidos los hechos sobre los que no se suscitó controversia.

Artículo 599. - El demandado deberá formular su contestación refiriéndose a cada uno de los hechos aducidos por el actor, confesándolos o negándolos si son propios, o expresando los que ignore, por no serlo, o refiriéndose como crea que tuvieron lugar. El silencio y las evasivas harán que se tengan por confesados o admitidos los hechos los que no se suscitó controversia.

Por lo tanto, la forma que ha de reunir el escrito donde se conteste la demanda, ya sea de manera oral o escrita, deberá de ser en términos de contestar los requisitos que para la demanda dejamos señalados en el figura 11, visible en la página 63 de la presente investigación; y en términos de la forma que al efecto a quedado debidamente legitimada en el Código Adjetivo del Distrito Federal.

b) Otro requisito que deberá de cuidar el demandado y que forma la columna vertebral del presente trabajo de investigación, es el referente a que en el escrito de contestación de demanda se deberán de hacer valer las excepciones y defensas que se tengan; lo cual será el motivo del tema que sigue; por lo que solo se anota el contenido de los artículos 2.116, 2.117 y 600 de la ley procesal, vigente y abrogada:

Artículo 2.116. Las defensas y excepciones, que tenga el demandado, cualquiera que sea

su naturaleza, se harán valer al contestar la demanda.

Artículo 2.117. Solo se admitirán las excepciones supervenientes a la contestación de demanda, lo mismo aquéllas de las que no haya tenido conocimiento, y deberán hacerse valer hasta antes del fenecimiento de la fase probatoria, no admitiéndose después de tres días de que haya tenido conocimiento de los hechos en que se fundan.

Artículo 600. - Las excepciones y defensas que tenga el demandado, cualquiera que sea su naturaleza, se harán valer al contestar la demanda; solo las supervenientes y aquéllas de que no haya tenido conocimiento podrán oponerse hasta antes de la conclusión, del término probatorio, pero no serán admitidas después de cinco días que haya tenido conocimiento de los hechos en que se funda. En ese caso se probarán dentro de dicho término probatorio si lo que de él quedare fuere menor de diez días. En caso contrario, se complementara dicho término con los días que faltare.

c) Así también si el demandado dadas las circunstancias del caso, tiene la intención de contra demandar a la parte actora, ha de hacerlo en la propia contestación; ya que así lo exige el artículo 2.118 y 601 del Código Procesal vigente y abrogado; el demandado que oponga reconvención o compensación, lo hará precisamente al contestar la demanda y nunca después; por lo tanto la reconvención siempre será parte integrante de la contestación de la demanda.

d) Otros requisitos, son los que imponen los artículos 2.100, 2.103, 580 y 581 de la ley procesal vigente y abrogada; lo anterior en el sentido que se acompañen los documentos en los cuales el demandado funda sus excepciones o sus acciones en caso de reconvención; así como los documentos con los cuales acredita su personalidad y por último, en los que funda su derecho.

Resulta obligado comentar la carga que pesa entre ambas partes: actor y demandado con relación a la presentación de los documentos; ya que para el caso de no ser exhibidos en los escritos de demanda y contestación respectivamente, no se les admitirá ningún otro; con

excepción de los que sean supervenientes, por lo que el litigante deberá de ser muy diligente en este aspecto; para el caso de no cumplir con esta carga procesal, la sanción será la que imponen los artículos 2.104 y 583 de los códigos en cita, según se trámite el juicio con el código vigente o bien el abrogado:

Artículo 2.104. Después de la demanda, o contestación no se admitirán al actor ni al demandado, respectivamente otros documentos que los que se hallen en algunos de los casos siguientes:

I.- Ser de fecha posterior de dichos escritos;

II.- Los anteriores respecto de los cuales, protestando decir verdad, asevere la parte que los presente no haber tenido conocimiento antes de su existencia; salvo prueba en contrario. En estos casos los documentos deberán ofrecerse dentro de los tres días siguientes al en que tuvo conocimiento de su existencia.

III.- Los que no haya sido posible adquirir con anterioridad, por causas no imputables a la parte interesada, y siempre que haya hecho oportunamente la solicitud al archivo o lugar en que se encuentren los originales, antes de la demanda o contestación, en su caso.

Artículo 583. Después de la demanda, o contestación no se admitirán al actor ni al demandado, respectivamente otros documentos que los que se hallen en algunos de los casos siguientes:

I.- Ser de fecha posterior de dichos escritos;

II.- Los anteriores respecto de los cuales, protestando decir verdad, asevere la parte que los presente no haber tenido antes conocimiento de su existencia; salvo prueba en contrario por parte contraria.

III.- Los que no haya sido posible adquirir con anterioridad por causas que no sean imputables a la parte interesada, y siempre que haya hecho oportunamente la designación expresada en el párrafo segundo del artículo 581.

2.4.1 MOMENTO PROCESAL EN QUE SE HACEN VALER LAS EXCEPCIONES Y DEFENSAS

Una vez establecida la fase polémica o expositiva, la cual consta básicamente de la demanda y su contestación y, dentro de la contestación se observa en términos del tema que antecede que el capítulo de excepciones y defensas es parte integrante de esta; ahora bien siendo las excepciones y defensas la fuente del presente trabajo de investigación, ya que es aquí donde se realiza la *"oposición que el demandado formula frente a la demanda, bien como obstáculo definitivo o provisional a la actividad provocada mediante el ejercicio de la acción, en el órgano jurisdiccional, bien para contradecir el derecho material que el actor pretende hacer valer, con objeto de que la sentencia que ha de poner término a la relación procesal lo absuelva totalmente o de un modo parcial (No reconociendo la justicia de la pretensión en toda la extensión en que el demandante la haya formulado)"*⁵⁸ Por lo tanto la acción es al actor como las excepciones y defensas son al demandado.

La doctrina ha sido omisa sobre este particular; ya que los autores sólo hacen mención a la definición de excepción, su clasificación y la diferenciación entre ésta y la defensa pero para el caso, podemos tomar como base lo que establece Carbs Arrellano García en su práctica forense civil y familiar; sobre el tiempo en que han de hacerse valer las excepciones y defensas:

"Es indispensable, que en el escrito de contestación, el demandado indique las excepciones y defensas que tengan (artículo 260 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal). Si incurren en omisión se producirá la preclusión y habrá perdido el derecho para oponer las excepciones que hubiera omitido. Sólo esta en posibilidad de hacer valer, con posterioridad a su escrito de contestación, a aquellas excepciones que tengan el carácter de supervenientes..."

⁵⁸ DE PINA Rafael. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, páginas 171-172.

El demandado, al contestar debe de abstenerse de oponer excepciones o defensas contradictorias, aun cuando sea con el carácter de subsidiarias, pues de ser así, desechará éstas el juez y el desechamiento será pleno, según lo determina el 275 del Código de Procedimientos Civiles ⁵⁹

Adecuando el siguiente criterio, al caso del Estado de México, tenemos que los artículos 2.116, 2.117 y 600 del Código de Procedimientos Civiles vigente como el abrogado en la entidad, legitiman los mismos momentos a que hace referencia el maestro Arellano García, al establecer:

Artículo 2.116. Las defensas y excepciones, que tenga el demandado, cualquiera que sea su naturaleza, se harán valer al contestar la demanda.

Artículo 2.117. Sólo se admitirán las excepciones supervenientes a la contestación de demanda, lo mismo aquellas de las que no haya tenido conocimiento, y deberán hacerse valer hasta antes del fenecimiento de la fase probatoria, no admitiéndose después de tres días de que haya tenido conocimiento de los hechos en que se fundan.

Artículo 600. Las excepciones y defensas que tenga el demandado, cualquiera que sea su naturaleza, se harán valer al contestar la demanda; sólo las supervenientes y aquéllas de que no haya tenido conocimiento podrán oponerse hasta antes de la conclusión, del término probatorio, pero no serán admitidas después de cinco días de que haya tenido conocimiento de los hechos en que se funda. En ese caso se probarán dentro de dicho término probatorio si lo que de él quedare fuere menor de diez días. En caso contrario, se completará dicho término con los días que faltaren.

De lo anterior se concluye, que el momento procesal en que se hace valer las excepciones y defensas en el Estado de México, será en dos momentos:

I) En la fase polémica o expositiva, cuando materialmente se produce la contestación de demanda, ya sea verbal o escrita.

⁵⁹ ARRELLANO GARCÍA, Carlos. *Practica Forense Civil y Familiar*, vigésima primera edición, México 1993, Editorial Porrúa, páginas 200-201.

II) En la fase polémica o expositiva y en la fase probatoria; aquellos que con el carácter de supervenientes tenga conocimiento el demandado.

Se observa que los anteriores momentos van acordes a lo que la doctrina ha establecido; así mismo son apegados al contenido de los artículos transcritos, por lo que resulta necesario el análisis de cada momento:

a) Dentro de la fase polémica o expositiva y una vez realizado el emplazamiento de ley y, físicamente se ha corrido el traslado al demandado; se le conceden nueve días para que produzca su contestación.

Esos nueve días serán computados desde el día siguiente a aquella fecha en que se le haya notificado, sobre la base de lo que disponen los artículos 1.148, 1.153 y 166 de los Códigos procesales vigente y abrogado, y por lo tanto, el primer término para que el demandado interponga sus excepciones y defensas será el comprendido entre el día siguiente a la fecha en que se haya corrido el traslado respectivo y, hasta los nueve días que le sigan; haciendo notar que estas excepciones deberán ser parte integrante de la contestación de demanda.

La práctica indica que no es correcto realizar la contestación de manera precipitada, en los primeros días que le sigan a la notificación; por lo que previamente, es necesario hacer el análisis de las posibles opciones, de hecho y de derecho que se apliquen más al caso concreto que se pretenda debatir; y en todo caso, presentar la contestación de la demanda los últimos días del término concedido para hacerlo.

b) El segundo momento se encuentra también en la fase polémica o expositiva, así como dentro de la fase demostrativa o probatoria; considerando bajo este rubro a todas aquellas excepciones que el demandado puede oponer después de su contestación de demanda y que se denominan de dos formas: Las supervenientes y aquella de las cuales no se tenía conocimiento.

La palabra superveniente viene del latín *supervenire*, de súper sobre y, *venire* venir; que sobrevino; por lo tanto el demandado podrá oponer después de su contestación aquellas excepciones que sobrevengan, posteriormente de haber presentado la contestación respectiva; por ejemplo en la excepción de excusión, puede ocurrir que el deudor principal le sobrevengan bienes de fortuna, estando entonces el fiador en posibilidad de pedir se haga primero la excusión de esos bienes, es decir, que primeramente se cubra la obligación con la liquidación de esos bienes y, posteriormente y de nos ser suficientes con los bienes del fiador.

Así también podrá el demandado hacer valer aquellas excepciones de las cuales no haya tenido conocimiento antes de la contestación. Gramaticalmente la generalidad de los diccionarios nos definen al conocimiento como la acción y efecto de conocer; a su vez conocer se define como: "*Averiguar, tener noción, por el ejercicio de las facultades intelectuales, de la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas. Entender, advertir, saber*"⁶⁰

Así el demandado podrá también hacer valer todas aquellas excepciones de las cuales no haya tenido noción de su existencia antes de la contestación; el ejemplo sería que el deudor principal oculte bienes para no cumplir con su obligación, pero una vez que el fiador como persona demandada de manera solidaria se entere podrá invocar la excepción de orden.

Es de hacer notar que las excepciones supervenientes, o bien aquellas de las cuales no se tenía conocimiento, para el caso del Estado de México pueden ser alegadas por el demandado, después de producida la contestación de demanda y hasta antes de que se termine el segundo periodo probatorio, es decir, antes de que concluya el desahogo de las pruebas, que en esta entidad federativa será de 15 y 20 días según se trate del Código Procesal vigente o el abrogado.

⁶⁰ *Pequeño Larousse Ilustrado, Op. Cit., página 277.*

Para el caso que después de producida la contestación, quiera o pretenda él demandado exhibir más excepciones, podrá hacerlo en los dos supuestos señalados; pero tendrá que hacerlo sobre las siguientes bases:

a) Tendrá que hacerlo dentro de los tres y cinco días que le sigan, según sea que el juicio se ventile con el Código vigente o el abrogado; después del conocimiento de los hechos, actos o documentos en los que se funde;

b) No podrán hacerse valer si ya se declaró cerrada la instrucción;

c) Al hacer su escrito de ofrecimiento, tendrá que hacerlo bajo protesta de decir verdad, en términos del 1.103 y 129 del Código de Procedimientos Civiles, vigente y abrogado del Estado de México;

d) Si al momento de exhibir sus nuevas excepciones, lo hace después de pasados los primeros cinco días (Código vigente) o diez días (Código abrogado) de desahogo de pruebas, tendrá que solicitar se amplíe el término de prueba extraordinario, el cual será:

1.- Código Procesal vigente: Cinco días, artículo 2.133.

2.- Código Procesal abrogado: Superior de 10 días, contando los que le sobren al periodo probatorio y anexando los que le falten; artículo 600.

c) Exhibir las pruebas con las cuales pretende demostrarlas.

2.5 FASE PROBATORIA

En las páginas anteriores se estableció que en todo proceso existe una secuencia u orden de etapas desde el inicio del procedimiento, hasta el fin del mismo; incluso que en ocasiones algunas de estas etapas puede ser omitida, por ejemplo, cuando existe el allanamiento por parte del demandado, lo cual es aceptado por los Códigos de Procedimientos Civiles, tanto el vigente como el abrogado en sus artículos 2.142 y 620 respectivamente.

Alcalá Zamora y Castillo nos dice: *"todo proceso arranca de un presupuesto (litigio), se desenvuelve a lo largo de un recorrido (procedimiento) y persigue alcanzar una meta (sentencia) de la que cabe derive un complemento (ejecución)"*⁶¹; nótese que dentro de ese procedimiento se encuentra la fase probatoria, de la cual deriva el resultado o consecuencia y por lo tanto, dentro de la ciencia del derecho, el tema de la prueba es uno de los de mayor interés, esto desde el punto de vista práctico como teórico; por lo que abordaremos esta fase sobre la base de la deducción.

Gramaticalmente la palabra prueba se define como: *"Acción y efecto de probar, periodo de prueba; ensayo que se hace de una cosa"*⁶²; a su vez probar significa: *"Examinar las cualidades de una persona o cosa; demostrar, evidenciar la verdad de cierta cosa"*⁶³.

"La palabra prueba corresponde a la acción de probar. A su vez, la expresión probar deriva del Latín probare que en el significado forense se refiere a justificar la veracidad de los hechos en que se funda un derecho de alguna de las partes en un proceso.

Por tanto, prueba es la justificación de la veracidad de los hechos en que se fundan las pretensiones y los derechos de las partes en un proceso instaurado ante un órgano que desempeñará una función jurisdiccional desde el punto de vista material.

⁶¹ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO Niceto, *Derecho Procesal Mexicano*, México 1976, editorial Porrúa, página 124.

⁶² *Pequeño Larousse Ilustrado*, Op. Cit. página 831.

⁶³ *Ibíd.* página 824.

A través de la prueba se pretende la demostración de algo, la comprobación de la veracidad de lo sostenido."⁶⁴

Así tenemos que la prueba de manera general hace referencia a la necesidad de demostrar la veracidad o conformidad de los hechos, o actos con la realidad, con la cosa misma del conocimiento; en la ciencia del derecho se ha limitado el campo de la prueba reduciéndola a la necesidad de demostrar la procedencia de las acciones o bien de las excepciones, *"el trabajo del juez, estriba en conocer como sucedieron los hechos, reconstrucción y valoración; las pruebas son los instrumentos de reconstrucción, las normas son los de valoración.*"⁶⁵

Limitado el concepto de prueba al campo del derecho y más aún al proceso, se define como: *"El conjunto de los elementos de conocimiento que se aportan en el proceso y que tienden a la demostración de los hechos o derechos aducidos por las partes, con sujeción a las normas jurídicas vigentes.*"⁶⁶

La prueba es la actividad procesal encaminada a la demostración de la existencia de un hecho o acto o de su inexistencia.

La fase probatoria es la etapa en la cual las partes contendientes tienen la posibilidad de demostrar al órgano jurisdiccional del conocimiento del asunto; los elementos que demuestran la verdad de sus hechos, motivando así a que el fallo o sentencia se pronuncie a su favor, por estar más apegado a la realidad.

La doctrina igual que la práctica, han establecido que esta fase probatoria abarca cuatro momentos en su desarrollo:

1. - Ofrecimiento de la prueba
2. - Admisión de la prueba

⁶⁴ ARELLANO GARCÍA Carlos, *Derecho Procesal Civil*, página 317.

⁶⁵ CARNELUTTI Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, décima edición, México 1995, editorial Episa página 82.

⁶⁶ ARELLANO GARCÍA Carlos, *Derecho Procesal Civil*, página 220.

3. - Preparación de la prueba

4. - Desahogo de la prueba

"El ofrecimiento es un acto de las partes; son las partes las que ofrecen al tribunal los diversos medios de prueba; documentos, testigos, confesional de la contra parte, etcétera. Este ofrecimiento, por regla general, la parte relaciona la prueba con los hechos y las pretensiones o defensas que haya aducido.

La admisión, es un acto del tribunal, a través del que esta aceptando o se esta declarando procedente la recepción del medio de prueba que se ha considerado idóneo para acreditar el hecho o para verificar la afirmación o negativa de la parte con dicho hecho. El tribunal generalmente puede rechazar o no admitir los medios de prueba, en varios supuestos: si dichas pruebas se ofrecen fuera de los plazos legales, o bien cuando no son idóneos para probar lo que la parte pretende.

La preparación consiste en el conjunto de actos que debe realizar el tribunal, con la colaboración muchas veces de las propias partes y de los auxiliares del propio tribunal. Así por ejemplo, citar a las partes o a los testigos o peritos para el desahogo de determinada prueba; fijar fecha y hora para determinada diligencia etcétera.

Finalmente, el desahogo de la prueba es el desarrollo o desconocimiento mismo de esta. Así si se trata de la prueba confesional, el desahogo consiste en el desarrollo y desenvolvimiento de las preguntas y repuestas respectivas, frente al tribunal que las debe ir calificando. Existen pruebas, que por su naturaleza, tienen un desahogo automático, o que se desahogan por si mismas, como las documentales, las cuales basta, en la mayoría de los casos, exhibir"⁶⁷

Aplicando lo anterior al caso del Estado de México, se pueden establecer los pasos que abarca esta fase, pero dada la comparación que se ha realizado de la legislación vigente así como la abrogada en materia procesal, se considera oportuno realizar un cuadro por cada ley, quedando como siguen:

⁶⁷ GÓMEZ LARA Cipriano, *Teoría General del Proceso*, página 124.

<p style="writing-mode: vertical-rl; transform: rotate(180deg);">ARTÍCULO</p>	<p>1. - Contestada la demanda o bien la reconvencción el juez señala día y hora para la celebración de la audiencia de conciliación y depuración procesal, en la cual se abrirá a prueba el juicio por un término de 20 días, artículo 2.126 Código de Procedimientos Civiles Estado de México, tiempo que se divide así: -El término anterior se divide en dos períodos: 5 días para el ofrecimiento y 15 para el desahogo,</p> <p>2. - El auto que manda abrir las pruebas no es recurrible artículo 2.128 misma Ley.</p> <p>3. - Se pueden ofrecer pruebas en uno o varios escritos, pero siempre dentro de los primeros cinco días de ofrecimiento.</p>
<p style="writing-mode: vertical-rl; transform: rotate(180deg);">ARTÍCULO</p>	<p>1. - Se abre un cuaderno de pruebas para cada una de las partes artículo 2.129 Código en cita.</p> <p>2. - El juez deberá proveer cada escrito; señalando en todo caso el día y hora para su desahogo; si la prueba es acorde y se ofreció en términos de ley.</p> <p>3. - Las reglas más importantes sobre admisión son las siguientes:</p> <p>a) Documentos exhibidos con la demanda y la contestación excepción de los supervenientes artículo 2.100, 2.103 y 2.104 Ley procesal.</p> <p>b) Confesional, no se procede a la citación y en consecuencia no se señala el desahogo si no se exhibe el pliego de posiciones artículo 1.272 misma Ley.</p> <p>c) Pericial, al ofrecerse se debe acompañar las preguntas sobre las cuales versa la prueba artículo 1.307 Ley en cita, La contraparte cuenta con tres días para adicionar las preguntas y nombrar su perito artículo 1.308; Al admitir la prueba el perito tendrá cinco días para protestar el cargo.</p> <p>d) Testimonial, al momento de ofrecerse deberá hacerse mención de su nombre y domicilio, Los puntos sobre los cuales testificara, la relación con los hechos controvertidos, acompañarse el interrogatorio respectivo, con una copia simple para el traslado Artículo 1.334.</p>
<p style="writing-mode: vertical-rl; transform: rotate(180deg);">ARTÍCULO</p>	<p>Como lo ha establecido la doctrina así como la práctica, la preparación de las pruebas es un acto en el que interviene no solo el juzgador también sus auxiliares, he incluso las propias partes; al efecto las pruebas se preparan de la siguiente forma:</p> <p>a) Documentos: cuando se exhibieron copias simples de los documentos públicos, dentro del período probatorio habrá que acompañar el que reúna los requisitos para hacer prueba, artículo 1.359 con relación al 2.104 Código de Procedimientos Civiles. Aquellos documentos que la parte no tiene en su poder, pero ha manifestado su existencia, tendrá que solicitar al juez requiera su remisión o copia al juzgado, artículo 2.102</p> <p>b) Confesional: El absolvente deberá ser notificado personalmente a más tardar un día antes del día señalado para la diligencia artículo 1.273 código en cita. Para el caso de que no comparezca el absolvente sin justa causa, la declaración de confeso se realizará a petición de parte y siempre dentro del término probatorio artículo 1.291.</p> <p>c) Pericial: Una vez aceptada la prueba, se le dará vista a la parte contraria por tres días, para que adicione el interrogatorio y en su caso proponga perito de su parte Artículo 1.308. El perito designado después de ser aceptado por el tribunal, tendrá cinco días para que la parte que la ofreció, lo presente al juzgado a protestar su cargo; con la sanción que de no presentarse se declarará desierta la prueba artículo 1.310. Protestado el cargo, el juez señalará un término prudente al perito para que presente su dictamen artículo 1.312.</p> <p>d) Testimonial: Cuando la parte oferente manifiesta la imposibilidad de presentar al testigo, lo hará el juzgador artículo 1.329; notificándolo al efecto en términos de los artículos 1.169 y 1.174. de la ley en cita. Para el caso de que la prueba deba ser desahogada por un funcionario público; lo realizarán por medio de oficio o personalmente si lo desean; para el caso del oficio se insertarán las preguntas que previa su calificación de legal, responderá el funcionario; respuestas que de la misma forma se remitirán por oficio al juzgado que lo hubiera requerido artículo 1.133.</p>
<p style="writing-mode: vertical-rl; transform: rotate(180deg);">ARTÍCULO</p>	<p>El desahogo se practicará el día y hora que previamente haya señalado el juzgador; la práctica y la costumbre judicial han establecido que dicho desahogo se realiza con base a las reglas que señala al efecto el Código de Procedimientos Civiles; así mismo, primeramente se desenvuelven las pruebas del actor, posteriormente las de la parte demandada.</p>

FIGURA 12. Fase probatoria en el Estado de México, en base al Código Procesal Civil vigente

<p>1</p>	<p>1.- Contestada la demanda o bien la reconvencción el juez abre el juicio a prueba por un término que no exceda de 30 días, artículo 606 código de procedimientos civiles Estado de México, tiempo que se divide así: -El término anterior se divide en dos periodos una tercera parte para el ofrecimiento y dos terceras para el desahogo, artículo 606. 2. - El auto que manda abrir las pruebas no es recurrible. 3. - Se pueden ofrecer pruebas en uno o varios escritos, pero siempre dentro de los primeros diez días de ofrecimiento.</p>
<p>2</p>	<p>1. - Se abre un cuaderno de pruebas para cada una de las partes artículo 609. 2. - El Juez deberá proveer cada escrito; señalando en todo caso el día y hora para su desahogo artículo 610; si esta es acorde y se ofreció en términos de ley. 3. - Las reglas más importantes sobre admisión son las siguientes: a) Documentos exhibidos con la demanda y la contestación excepción de los supervenientes artículo 583; b) Confesional, no se procede a la citación y en consecuencia no se señala el desahogo si no se exhibe el pliego de posiciones artículo 289; c) Pericial, deberá ofrecerse dentro de las primeras 48 horas de que se reciba el juicio a prueba, con las preguntas sobre las cuales versa la prueba artículo 333; d) Testimonial, al momento de ofrecerse deberá acompañarse el interrogatorio respectivo, con una copia simple para el traslado Artículo 359.</p>
<p>3</p>	<p>Como lo ha establecido la doctrina así como la práctica, la preparación de las pruebas es un acto en el que interviene no solo el juzgador, también sus auxiliares, he incluso las propias partes; al efecto las pruebas se preparan de la siguiente forma: a) Documentos: cuando se exhibieron copias simples de los documentos públicos, dentro del período probatorio habrá que acompañar el que reúna los requisitos para hacer prueba, artículo 582 con relación al 316 y 391 código de procedimientos civiles. Aquellos documentos que la parte no tiene en su poder, pero ha manifestado su existencia, tendrá que solicitar al juez requiera su remisión o copia al juzgado, artículo 581 con relación al 278 y 324 de la misma ley. b) Confesional: El absolvente deberá ser notificado personalmente a más tardar un día antes del día señalado para la diligencia Artículo 290 código en cita. Para el caso de que no comparezca el absolvente sin justa causa, la declaración de confeso se realizará a petición de parte y siempre dentro del término probatorio artículo 315. c) Pericial: Una vez aceptada la prueba, se le dará vista a la parte contraria por tres días, para que adicione el interrogatorio y, en su caso proponga perito de su parte Artículo 333 párrafo II. El perito designado, después de ser nombrado por el tribunal, tendrá 48 horas para que la parte que la ofreció lo presente al juzgado a protestar su cargo; con la sanción que de no presentarse, nombrara uno el juzgado artículo 334. Protestado el cargo, el juez señalará un término prudente al perito para que presente su dictamen artículo 335. d) Testimonial: Cuando la parte oferente manifiesta la imposibilidad de presentar al testigo, lo hará el juzgador artículo 354 y 278; notificándolo al efecto en términos del 182 y 183. Para el caso que la prueba deba ser desahogada por un funcionario público de los señalados por le Artículo 130 de al Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México; lo realizarán por medio de oficio, en el cual se insertarán las preguntas que previa su calificación de legal, responderá el funcionario; respuestas que de la misma forma se remitirán por oficio al juzgado que lo hubiera requerido artículo 358.</p>
<p>4</p>	<p>El desahogo se practicará el día y hora que previamente haya señalado el juzgador; la práctica y la costumbre judicial han establecido que dicho desahogo se realiza con base a las reglas que señala al efecto el CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES; así mismo, primeramente se desenvuelven las pruebas del actor, posteriormente las de la parte demandada.</p>

FIGURA 13. Fase probatoria en el Estado de México, en base al Código Procesal Civil abrogado

2.6 SENTENCIA

Desarrolladas las fases anteriores llega el momento de abordar la etapa resolutoria o de sentencia definitiva; en la cual el órgano que está conociendo ejercerá la esencia de su función jurisdiccional, resolviendo el conflicto de intereses que se le ha planteado por las partes.

Como fase procesal la sentencia pone fin a lo que conocemos como primera instancia; pero la propia sentencia es una resolución judicial, por lo tanto, resulta necesario establecer su concepto a la luz de lo que son las resoluciones y dentro de estas la sentencia.

El concepto "resolución judicial", está compuesto por dos términos; el primero resolución se define como: *"Acción y efecto de resolverse Solución de un problema. Decisión, cosa que resulta o se decide"*⁶⁸; el anterior concepto es ambiguo, ya que nos remite a otro término "resolver"; por lo que resulta obligado esgrimir otra definición al respecto; resolución es el: *"Estado final del proceso volitivo en el que aceptamos uno solo de varios motivos sometidos a juicio y deliberación y, se toma una determinación fija y decisiva. La resolución requiere de unidad del pensamiento y de la acción, que lo pensado como bueno se convierta en hecho"*.⁶⁹

Por judicial se entiende: *"Relativo a la organización, ejercicio o administración de justicia."*⁷⁰

Limitando el anterior concepto al campo del derecho y haciendo la conjunción de ambos términos, se entiende por resoluciones judiciales a: *"La actividad de los órganos jurisdiccionales en el proceso se manifiesta en una serie de actos regulados por la ley. Las resoluciones judiciales son la exteriorización de estos actos procesales de los jueces y*

⁶⁸ *Pequeño Larousse Ilustrado. Op. Cit., página 877.*

⁶⁹ *Enciclopedia Ilustrada Cumbre. Tomo 11, editorial Cumbre S.A., México 1973, página 170.*

⁷⁰ *Pequeño Larousse Ilustrado, Op. Cit., página 583.*

tribunales, mediante los cuales atienden a las necesidades del desarrollo del proceso a su decisión. Estas resoluciones no tienen todas el mismo objeto ni idéntica trascendencia.”⁷¹

Así la resolución judicial es aquella determinación, producto del proceso volitivo que realiza el órgano jurisdiccional, para resolver y proveer lo que en derecho proceda, respecto de las peticiones que realizan las partes en un litigio o controversia; es así como la actividad del juez, dentro del juicio ordinario civil, se manifiesta en una serie de actos, determinaciones; resoluciones que reguladas por la ley van atendiendo el correcto desarrollo del proceso en todas sus fases para llegar a la decisión final; ésta se encuentra determinada en la sentencia.

Se observa que las resoluciones judiciales son de diferente índole; pero nuestro Código de Procedimientos Civiles ha seguido la corriente de su similar pero en materia Federal, el cual establece en su artículo 220:

Art. 220. Las resoluciones judiciales son decretos, autos o sentencias, decretos, si se refieren a simples determinaciones de trámite; autos, cuando deciden cualquier punto dentro del negocio, y sentencias, cuando deciden el fondo del negocio.

Por su parte los Códigos Procesales vigente y abrogado del Estado de México han trazado de la misma forma a las resoluciones judiciales, en sus numerales 1.192 y 203:

Artículo 1.192. Las resoluciones son:

I.- Decretos, cuando sean simples determinaciones de trámite;

II.- Autos, son decisiones que tienden al impulso y desarrollo del procedimiento;

III.- Sentencias o autos interlocutorios, cuando deciden un incidente promovido antes o después de la sentencia definitiva, o bien decidan alguna cuestión procesal entre partes.

IV.- Sentencias definitivas, cuando deciden el fondo del litigio en lo principal.

Art. 203. - Las resoluciones son:

I.- Simples determinaciones de trámite, y entonces se llamarán decretos;

⁷¹ DE PINA, Rafael., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, página 319.

II.- Decisiones que no sean de puro trámite, y entonces se llamarán autos, debiendo contener los fundamentos legales en que se apoyen;

III.- Sentencias definitivas e interlocutorias.

Esta fase procesal tiene su inicio en la conclusión o alegatos; tal y como se estableció en el punto 2.1 visible en la página 50 de la presente investigación, por lo que esta fase se desarrolla en el Estado de México de la siguiente manera:

1) Terminado el plazo para alegar, en caso del Código Procesal vigente; o bien, la audiencia final del juicio (de alegatos), mismo Código abrogado; puede en ella el juzgador pronunciar la sentencia, cuando la naturaleza del negocio así lo permita, artículos 2.143 y 622 Código de Procedimientos Civiles; esto en la practica nunca se hace, toda vez que el secretario de acuerdos al finalizar el término para alegar, o la citada audiencia, manda poner a la vista del juez los autos, para dictar la sentencia que en derecho proceda.

2) Terminado el plazo para alegar, o la audiencia final del juicio y, el juez no pronuncio la sentencia, se citará a las partes para oír resolución que en derecho proceda; resulta pertinente aclarar que el Código Procesal vigente, cuenta con una laguna ya que no menciona el término que en todo caso cuenta el juzgador para dictar la sentencia; lapso de tiempo que se infiere del artículo 2.143, por lo que el juzgador contará con tres días para dictar la sentencia. El Código Procesal abrogado, señala que la sentencia deberá dictarse dentro del termino de 10 días; esta es la regla en la práctica judicial (Art. 623 código en cita).

3) Cuando la parte demandada confiesa expresamente la demanda; es decir, se allana a todas y cada una de las partes que la integran, caso en el cual se omiten todas las fases que siguen a la contestación de demanda y, se pasa a la sentencia, artículos 2.142 y 620 de la misma ley, tanto vigente como abrogada

"Puede deducirse ya que la sentencia es un tipo de resolución judicial, posiblemente la más importante, y que pone fin al proceso. Si dicha sentencia, al poner fin al proceso, entra al estudio del fondo del asunto y resuelve la controversia mediante la aplicación de la ley

general al caso concreto, entonces puede afirmarse que se ha producido una sentencia en sentido material. Por el contrario, si la resolución que pone fin al proceso no entra al fondo del asunto, ni dirime la controversia, sino que, por ejemplo, aplaza la solución del litigio para otra ocasión, y contiene declaraciones de significado y trascendencia exclusiva y meramente procesal, entonces estaremos frente a una sentencia formal, pero no material" ⁷².

La sentencia es, de las resoluciones judiciales la más importante, pues es en ella donde el juez ejerce plenamente su autoridad como órgano jurisdiccional; y como fase procedimental, se inicia cuando se ordena que pase a resolución que le corresponda al juicio que se ventila, siendo al efecto cualquiera de los tres supuestos planteados.

La sentencia en sentido gramatical es: *"Dicho o frase corta que encierra o contiene un principio moral o un consejo de sabiduría popular. Dictamen, parecer. Resolución judicial en que se decide definitivamente en un juicio o en un proceso; sentencia de muerte. Proposición enunciado"*. ⁷³

La palabra sentencia tiene su origen en el vocablo latino *sententia* que significa dictamen o parecer, decisión del juez o del árbitro; en su acepción forense. En efecto, la sentencia en el derecho romano constituía la fase culminante del proceso que se realizaba delante del juez. La misión del juez estribaba en examinar el asunto, comprobar los hechos, relacionados con el y en hacer una sentencia en la que aplicaba los principios del derecho puestos en juego.

Por último, la estructura material de la sentencia, no ha sido debidamente señalada por el código procesal del Estado de México; pero la costumbre, así como la necesidad de que la misma sea apegada a los principios de congruencia, fundamentación, motivación y exhaustividad; a orillado a que toda sentencia tenga los siguientes cuatro puntos:

⁷² GÓMEZ LARA, Cipriano. *Teoría General del Proceso*, página 325.

⁷³ *Pequeño Larousse Ilustrado, Op. Cit., página 913.*

- I.- Preámbulo;
- II.- Resultados;
- III.- Considerandos y,
- IV.- Puntos resolutivos.

A continuación, analizamos brevemente cada uno de los puntos anteriores:

I.- Preámbulo de toda sentencia, deben señalarse, además del lugar fecha, el tribunal del que emana la resolución, los nombres de las partes, y la identificación del tipo de proceso en que se esta dando la sentencia. Es decir, en el preámbulo deben vaciarse todos aquellos datos que sirvan para identificar plenamente el asunto.

II.- Resultados, son simples consideraciones de tipo histórico descriptivo. En ellos, se relatan los antecedentes de todo el asunto, refiriendo la posición de cada una de las partes, sus afirmaciones, los argumentos que han esgrimido, así como la serie de pruebas que las partes han ofrecido y su mecánica de desenvolvimiento. Debe tenerse mucho cuidado en precisar que en esta parte de los resultados, el tribunal no debe hacer ninguna consideración de tipo estimativo o valorativo.

III.- Considerandos, son sin lugar a dudas, la parte medular de la sentencia. Es aquí donde después de haber relatado en la parte de resultados toda la historia y todos los antecedentes del asunto, se llega a las conclusiones y opiniones del tribunal, resultado de la confrontación entre las pretensiones y las resistencias y, también a través de la luz que las pruebas hayan arrojado sobre la materia de la controversia.

IV.- Puntos resolutivos de toda sentencia, son la parte final de la misma, en donde se precisa en forma muy concreta si el sentido de la resolución es favorable al actor o al reo; si existe condena y a cuanto monta ésta, se precisan los plazos para que se cumpla la propia sentencia y, en resumen, se resuelve el asunto.

CAPÍTULO TERCERO LOS BENEFICIOS DE ORDEN Y EXCUSIÓN APLICADOS COMO EXCEPCIONES Y DEFENSAS

**“EL abogado que no conoce la técnica del proceso
y se limita al estudio del derecho sustantivo, carece
de una arma definitiva en el ejercicio de la profesión,
pues no sabrá pedir justicia”**

José Becerra Bautista

3.1. DIFERENCIACIÓN DE LAS EXCEPCIONES Y DEFENSAS

Antes de establecer la diferencia entre las excepciones y defensas resulta obligado definir su conceptualización gramatical; para que -una vez entendido el concepto- se pueda deducir sus diferencias, de tal suerte que como lo ha establecido la doctrina: La defensa es el género, y la excepción la especie; de ahí que se diga que toda excepción es defensa, pero no toda defensa es excepción.

En base a lo anterior y, como el presente trabajo de investigación parte de premisas y principios generales; para establecer premisas y principios particulares, que resulta comprometido analizar primeramente el género y después la especie; por lo tanto se estudia primeramente el género defensa.

Etimológicamente la palabra defensa proviene del Latín *defenderé*, conceder resguardo.

Gramaticalmente el concepto defensa se define como: "*Acción y efecto de defender. Petición socorro, acudir en defensa de alguien.*"⁷⁵ Por su parte el diccionario hispánico universal, nos define el concepto como: "*Acción y efecto de defenderse. Arma, instrumento u otra cosa con que uno se defiende de un riesgo. Amparo, protección socorro. Razón o motivo que se alega en un juicio para contradecir o desvirtuar la acción del demandante.*"⁷⁶

Las dos definiciones antes señaladas resultan oscuras, al remitirnos a otro concepto "defender o defenderse"; por lo que resulta comprometido analizar esta otra definición por ser la defensa su derivado; pasando por consiguiente a el análisis de defender: "*Amparar, proteger mantener, conservar, sostener una afirmación contra el dictamen ajeno: defender sus ideas.*"⁷⁷ Asimismo se anota otro concepto: "*Amparar, librar proteger. Mantener,*

⁷⁵ *Pequeño Larousse Ilustrado, Op. Cit., página 317.*

⁷⁶ *Diccionario Hispánico Universal, tomos I, vigésimo cuarta edición, México 1981, Editorial W. M. Jackson Inc. Editores, página 451.*

⁷⁷ *Pequeño Larousse Ilustrado, Op. Cit., página 317*

conservar, sostener una cosa contra el dictamen ajeno."⁷⁸

Del análisis anterior se infiere que la defensa es la actividad de rechazo frente a una agresión inminente en contra de nuestra persona, ideas, bienes, derechos y, en fin es la reacción que realiza un sujeto ya sea por él o por tercera persona cuando se ve amenazado por un ataque de cualquier naturaleza.

Por otro lado, la excepción etimológicamente proviene del Latín *exemptionem*, que dentro de la conjugación corresponde al acusativo de *exceptio*, exclusión, algo que se aparta de las reglas o principios generales.

Gramaticalmente la excepción se define como: "*Acción y efecto de excluir a una persona o cosa de la generalidad de lo que se trata, o de la regla común. Cosa que se aparta de una ley general que vale para los de su especie: la excepción de la regla.*"⁷⁹

Para estar en posibilidad de realizar una inferencia lógica resulta obligado establecer otro concepto que forme la segunda premisa; por lo que establecemos el concepto de excepción que nos da el diccionario hispánico universal, el cual establece: "*Es la acción y efecto de excluir a una persona o cosa de la regla común. Cosa que se aparta de la regla o condición general de los demás de su especie.*"⁸⁰

Como se ve, los dos conceptos son idénticos y, por lo tanto se entiende por excepción a toda aquella cosa, persona, hecho o acto que se aparta de la regla o condición general, de lo que es común a su especie.

De lo antes expuesto y, previo al análisis de estos dos conceptos en el campo del derecho, es importante hacer notar que si bien es cierto la doctrina sobre este particular, no se ha puesto de acuerdo sobre las diferencias entre defensa y excepción; incluso

⁷⁸ *Diccionario Hispánico Universal. Op. cit. tomo I, página 451.*

⁷⁹ *Pequeño Larousse Ilustrado, Op. Cit., página 431.*

⁸⁰ *Diccionario Hispánico Universal Op. cit. tomo I, página 632*

considerándolos como conceptos sinónimos (dentro de la práctica e incluso la doctrina); pero del estudio anterior se puede ver que ambas definiciones no son sinónimos, por el contrario son conceptos completamente distintos; siendo en todo caso la defensa, la actitud de rechazo a un a agresión o ataque inminente; mientras que la excepción es la exclusión de una cosa o persona a la regla común. Por lo tanto en el lenguaje común nunca podremos afirmar que "Toda excepción es una defensa"; toda vez que si algo se aparta a la regla de su especie, no siempre es porque sea parte de un ataque inminente al cual tengamos que repeler. Así la defensa y la excepción son conceptos que son distintos, ya que su función y efectos son completamente diversos.

La ciencia del derecho positivo mexicano no ha sido muy clara -bajo este problema de conceptualización- incluso nuestros Códigos Sustantivo y Adjetivo Civiles del Estado de México, no establecen esta diferencia; la cual se aborda a continuación en base al concepto que los doctrinarios han establecido bajo este respecto, partiendo de la premisa general que hemos dejado asentada al inicio del estudio: La defensa es el género y la excepción la especie, hecho que tomamos de la hipótesis aceptada por nuestros doctrinarios, así como nuestra ley y que reza así: "Toda excepción es defensa, pero no toda defensa es excepción".

Así tenemos que la ciencia del derecho, no ha sido muy prolífica, en el sentido de definir lo que es la defensa, dentro del proceso jurisdiccional, pero resulta necesario establecer algunos conceptos:

Eduardo Pallares la define: *"Se entiende por defensa los hechos o argumentos que hace valer en juicio el demandado para destruir la acción o impedir su ejercicio"*⁸¹

Siguiendo esta misma lógica, se observa que en este campo se hace muy árida la definición de defensa por parte de los tratadistas; en tal virtud a continuación inferimos otro concepto de defensa a que hace alusión otro doctrinario.

⁸¹ PALLARES, Eduardo. *Diccionario de Derecho*, vigésimo primera edición, México 1994, Editorial Porrúa, página 207.

Castillo Larrañaga y Rafael de Pina hacen referencia a este concepto desde la óptica de la excepción en sentido amplio de la siguiente forma: *"En sentido amplio, se denomina excepción a la oposición que el demandado formule frente a la demanda, bien como obstáculo definitivo o provisional a la actividad provocada, mediante el ejercicio de la acción, en el órgano jurisdiccional, bien para contradecir el derecho material que el actor pretende hacer valer, con el fin de que la sentencia que ha de poner término a la relación procesal, lo absuelva totalmente o de un modo parcial (No reconociendo la justicia de la pretensión en toda la extensión en que el demandado la haya formulado)"*⁸²

La anterior definición hace referencia a todas las formas que el demandado tiene para contradecir la demanda inicial del actor; ahora bien -y en base al derecho comparado- se observa que el derecho francés vigente, y específicamente el procesal civil cuenta con una terminología especial, la cual no cuenta nuestro derecho positivo y, aún más el derecho español que es la fuente del nuestro; en efecto el derecho francés no comete la omisión en establecer la diferencia entre la excepción y la defensa, definiendo al segundo como: la defensa es una oposición no a la actividad del órgano jurisdiccional, sino al reconocimiento del derecho material pretendido en la demanda, es la denegación que el demandado formula frente al derecho alegado por el demandante.

Así tenemos que la defensa es el derecho de contradicción por medio del cual se realiza todo acto de oposición o rechazo por parte del demandado frente a una demanda y, este puede ser ejercido en cualquier etapa del procedimiento.

Ahora se analiza la especie de la defensa, es decir la excepción; la cual ha sido definida por Eugene Petit, en relación a su origen de la siguiente manera: *"Las excepciones no se conocían bajo el sistema de las acciones de la ley. Estas nacen y se desarrollan bajo el procedimiento formulario, gracias a la iniciativa e influencia del pretor para atenuar ciertas consecuencias demasiado rigurosas del derecho civil"*⁸³; definiendo por lo tanto a la excepción como: *"No es más que un modo de defensa muy especial que el demandado puede hacer*

⁸² DE PIÑA, Rafael, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, página 183.

⁸³ PORTE PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*, México 1991, Editorial Nacional, página 680.

valer en el curso del proceso" ⁸⁴.

Más aún, la excepción, surge en el derecho romano clásico, como una función especial del pretor, con relación a las lagunas del *ius civile*, así tenemos que la *tuitio pretoris*, en cuanto al demandado actuaba mediante la *exceptio*, la cual era una adición a la formula, por medio del la cual el juez tenía que tomar en cuenta ciertas circunstancias de las cuales según el criterio *ius civile*, no habría debido ocuparse, pero que, estimándolas existentes, debía de absolver al demandado; por lo que en el derecho formulario romano "se utilizaban las excepciones, cuando existiendo la acción, según derecho estricto y debiendo concederse al actor, alegaba el demandado cualquier circunstancia de tal naturaleza que, de ser cierta, hacia injusta la condena" ⁸⁵

Por su parte el diccionario jurídico mexicano en su tomo II nos establece dos significados de la excepción: "En primer termino con la expresión excepción se designa, con un sentido abstracto, el poder que tiene el demandado para oponer, frente a la pretensión del actor, aquellas cuestiones que afecten la validez de la relación procesal e impidan un pronunciamiento de fondo sobre dicha pretensión (Cuestiones procesales), o aquellas cuestiones que, por contradecir el fundamento de la pretensión, procuran un pronunciamiento de fondo absoluto (Cuestiones substanciales)." ⁸⁶

Es en base al análisis anterior que se pueden establecer las diferencias existentes entre la defensa y la excepción, siendo pertinente hacer mención a la diferenciación establecida por la Suprema Corte de Justicia de al Nación, y que proviene del derecho romano, y que a sido expuesta por Chiovenda, en la cual se distingue entre excepciones en sentido propio y excepciones en sentido impropio o defensas. Es así como nuestro máximo tribunal ha establecido: "las excepciones en sentido propio descansan en hechos que por si mismos no excluyen la acción, pero dan al demandado la oportunidad de destruirla mediante oportuna alegación y demostración de los hechos. En cambio, las defensas o excepciones impropias se

⁸⁴ *Ibíd.* página 681

⁸⁵ DE PINA, Rafael. *Instituciones de Derecho Procesal Civil.* página 172.

⁸⁶ *Diccionario Jurídico Mexicano.* tomo II, *Op. cit.*, página 1376.

apoyan en hechos que por sí mismos excluyen la acción, de modo que una vez comprobadas por cualquier medio, el juez está en el deber de estimarlas de oficio, invóquelas o no el demandado. Son ejemplo de excepciones en sentido propio, la compensación, la prescripción etcétera. Son ejemplo de excepciones impropias o defensas, el pago, la novación, la condonación del adeudo etcétera." Apéndice al SJF 1917-1975, tercera sala, cuarta parte página 543.

Como se ve, la diferencia que ha establecido nuestro máximo tribunal nos deja muchas lagunas al momento de establecer de manera práctica estas diferencias, por lo que resulta obligado el estudio desde otros puntos de vista; iniciando desde la hipótesis aceptada por los doctrinarios, y que incluso, ha sido así enseñada en las aulas de clase y que reza así: "Toda excepción es defensa, pero no toda defensa es excepción". De esta premisa inferimos que la defensa es el género y la excepción la especie, hecho que se demuestra -a la luz de la relación jurídica procesal-, ya que frente al derecho de acción que tiene el actor para pedir de los órganos jurisdiccionales del Estado, la aplicación del derecho objetivo a casos concretos, y el Estado con la interposición de la demanda se ve en la obligación de iniciar el proceso; así el demandado tiene a su vez el derecho a repeler el contenido de la demanda, es decir tiene el derecho a defenderse de la acción, impulsada por la pretensión del actor; he incluso puede exigir que el propio Estado aplique también el derecho objetivo al caso concreto.

Por lo tanto la relación jurídica procesal se ve reducida a tres factores:

A) La acción, esgrimida por el actor en la demanda, y que se sigue manifestando en todo el proceso por la actividad del propio actor.

B) la defensa, que es una potestad del demandado, y que de la misma forma se manifiesta en toda la secuela procesal, por los actos que ejercita el propio demandado.

C) La sentencia, actividad propia del Estado mediante sus órganos jurisdiccionales, y que también se va desarrollando en cada momento del proceso, como la última fase procesal, producto de las anteriores.

"Tanto la demanda como la contestación o defensa tienden a un mismo fin: la emisión de la sentencia o, lo que es igual, la aplicación del derecho objetivo al caso singular, para el

esclarecimiento de una situación jurídica incierta o controvertida. Desde este punto de vista, actor y demandado persiguen dentro del proceso, exactamente el mismo propósito...

...La relación entre el demandante y el juez es generalmente conocida con el nombre de RELACIÓN JURÍDICA DE ACCIÓN. La que existe entre los órganos jurisdiccionales y el demandado se llama CONTRADICCIÓN O DEFENSA." ⁸⁷ Así todo acto que el demandado realice dentro del proceso como relación procesal será considerado defensa; y por lo tanto cualquier excepción que se plantee dentro del proceso será siempre una especie de defensa.

Otra diferencia sustancial es que la excepción trata de destruir la acción cuando esta ya se ha conformado, o bien trata de diferir el ejercicio de la misma, en tanto no se cumplan con ciertos presupuestos objetivos o sustantivos. La defensa no siempre trata de destruir la acción o de detenerla, sino que se dirige en contra de los elementos o presupuestos integrantes de la misma acción; lo anterior a sido demostrado por Francesco Carneluti; al establecer que tanto la defensa como la excepción, giran en torno a un silogismo lógico jurídico; establecido de la siguiente manera: *"Es sabido que la demanda del actor tienden a un silogismo, en el cual la premisa mayor está representada por la hipótesis legal y, la premisa menor por un hecho real, que corresponde a ella; puesto que la conformidad de hecho con la hipótesis legal, deriva el efecto jurídico, se habla en tal caso, de hecho constitutivo. Por tanto, si el actor afirma en su demanda la existencia del hecho constitutivo de su derecho, la negación del demandado puede constituir en negar tal existencia, es decir la existencia de la hipótesis legal o la conformidad del hecho a la hipótesis legal. En tal caso, la respuesta del demandado a la demanda del actor se llama defensa.*

*Pero puede ocurrir también, que el demandado, sin negar, o además de negar la existencia del hecho constitutivo aducido por el actor, afirme la existencia de un hecho extintivo o invalidativo, el cual se resuelve con la afirmación de otro hecho, conforme a una hipótesis legal, que excluye la eficacia del hecho constitutivo; el ejemplo clásico es el del demandado para el pago de una suma prestada, si él no niega haberla recibido sino que afirma haberla restituido, o bien haberla recibido *ob turpem causam*. En este caso se dice*

⁸⁷ GARCÍA MAYNES, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*, Trigésima novena edición, México 1988, Editorial Porrúa, página 248.

*que el demandado pide justicia no tanto apoyándose en una defensa cuanto en una excepción: la palabra que trae su origen del mecanismo del proceso privado romano, quiere significar que aún cuando según la regla la pretensión puede ser formada, hay una razón que sustrae el caso al ámbito de la regla y por tanto, constituye una excepción,"*⁸⁸

Así expuesto, la diferencia entre excepción y defensa deriva del silogismo lógico jurídico, el cual se establece sobre la base del silogismo simple integrado así:

Si A es igual a B, y B es igual a C, entonces C y A son iguales.

O bien, se puede establecer su expresión logarítmica:

$A=B, B=C, \dots C=A$. En donde:

A= Premisa mayor; Hipótesis señalada por la ley.

B= Premisa menor; hecho real.

C= Consecuencia o Sentencia.

Explicado así, el silogismo lógico jurídico de la defensa no se integra la consecuencia, porque los elementos constitutivos no se dan, es decir, no hay conformidad entre las dos premisas; quedando su expresión de la siguiente forma:

$A \neq B, B=C \dots C \neq A$ (A no es igual a B, B es igual a C, por lo tanto C no es igual a A)

Así cuando el demandado en su contestación de demanda niega los hechos constitutivos del hecho real; estaremos en presencia de una defensa; nótese que en este caso se atacan los elementos integrantes de la acción, antes de que se forme, y en consecuencia tiende a su destrucción de fondo.

De la misma forma la estructura silogística de la excepción, la cual se integra de la siguiente manera:

$A=B, B \neq C \dots C \neq A$ (A es igual a B, B no es igual a C, por lo tanto C no es igual a A).

Nótese que en la excepción no existe la negación del hecho constitutivo, por el contrario este se acepta; pero la consecuencia no puede ser producida, porque existe una razón que sustrae la regla, y por lo tanto la consecuencia no se puede dar, hay una excepción a la regla.

⁸⁸ *CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., página 114-115.*

3.1.1. LAS EXCEPCIONES EN EL PROCESO CIVIL EN EL ESTADO DE MÉXICO

Se ha dejado sentada la diferencia entre las excepciones y las defensas; incluso, quedó demostrado que la excepción es una especie del género defensa, resta ahora establecer como se dan estas excepciones dentro del proceso civil de manera general; para aterrizar al caso particular del Estado de México.

La doctrina jurídica ha sido muy fecunda en la clasificación de las excepciones, por lo que sería abrumador hacer referencia a todas ellas, *"pero las más corrientes son las substanciales o de fondo y procesales o de forma; y las de perentorias que producen la ineficacia de la acción, y dilatorias, que solo suspenden temporalmente sus efectos; en absolutas, que pueden ser alegadas por cualquiera, y relativas, que solo pueden serlo por determinada persona; y en simples y reconventionales, según no amplíen o amplíen los términos en que la cuestión ha sido planteada en la demanda."*⁸⁹

Otra de las clasificaciones clásicas es la elaborada por el procesalista mexicano Eduardo Pallares; quien menciona la existencia de las siguientes excepciones:

"Dilatorias: Son las que solamente dilatan el ejercicio de la acción o el curso del proceso;

Perentorias: Se obtiene mediante ellas una sentencia que absuelve al demandado, no solo de la instancia sino también de la acción, porque destruye ésta;

Mixtas: Los jurisconsultos clásicos consideran como tales a las que podían oponerse sea dilatorias o perentorias, e incluían en este grupo la de cosa juzgada y la transacción;

Personales: las que solo pueden ser opuestas por determinadas personas, de las que figuran en una misma relación jurídica como demandados. Por ejemplo, se demanda a varios deudores mancomunados y uno de ellos opone la excepción de incapacidad, o de perdón de la deuda hecha a él exclusivamente;

⁸⁹ DE PINA, Rafael. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. página 174.

Reales: las contrarias a las anteriores, porque pueden oponerse por todos los obligados. Por ejemplo: pago, nulidad de la obligación, causa ilícita de la misma, etcétera;

Procesales: las que se fundan en un vicio del proceso. Ejemplos: Incompetencia, falta de capacidad del actor o demandado, etcétera;

Materiales: Las que conciernen a los derechos controvertidos;

De previo y especial pronunciamiento: las que paralizan el curso del juicio, porque este no puede seguir adelante mientras no se resuelva, sobre la procedencia de aquellas"⁹⁰

Se podría seguir citando clasificaciones de las excepciones -las cuales giran en torno a su función- dentro del proceso jurisdiccional, y de ahí su importancia para resolver este tema; pero para hacer esta labor más práctica, y como las clasificaciones realizadas, giran en un mismo sentido; por lo que se pretende hacer una recopilación de todas -y siguiendo una corriente ecléctica- las englobamos en el cuadro que aparece en la siguiente página:

⁹⁰ PALLARES, Eduardo, *Op. cit.*, página 219 y 220.

FUNCIÓN DE LA EXCEPCIÓN	TIPOS DE EXCEPCIÓN
Excepciones basadas en una disposición de fondo o de forma.	<p>Adjetivas o procesales: De forma, basadas en las irregularidades del procedimiento o de los presupuestos procesales, ejemplo: Incompetencia, Litispendencia, conexidad.</p> <p>Sustantivas o de fondo: No admiten clasificación legal, son tantas como contra derechos puedan existir, por lo cual la situación de hecho o de derecho plantada por el actor en su demanda, lo cual puede dar lugar a tantas excepciones de fondo como posibles impugnaciones a esos puntos de hecho o de derecho puedan existir.</p>
Excepciones, que pueden paralizar o no el curso del procedimiento.	<p>Comunes o normales: Que se resuelven con el pronunciamiento de la sentencia definitiva, y que no afectan el curso del proceso.</p> <p>De previo y especial pronunciamiento: Aquellas que paralizan el curso normal del procedimiento, una vez admitidas y, deben ser resueltas para que el proceso continúe.</p>
La excepción esta determinada o no, previamente por el legislador	<p>Nominadas: Aquellas que aparecen en el Código, ya sea Civil o Procesal, y que cuentan con un nombre específico.</p> <p>Innominadas: Aquellos que de la misma forma aparecen en los códigos, pero el legislador ha omitido ponerles un nombre.</p>
Excepciones, desde el punto de vista del momento procesal que se hagan valer.	<p>Excepciones que se interponen antes de concluir el plazo para contestar la demanda.</p> <p>Excepciones que deben interponerse simultáneamente, con el escrito de contestación de demanda.</p> <p>Excepciones supervenientes: aquellas que se hacen valer después de la contestación de la demanda, y de las cuales el demandado no haya tenido conocimiento, o bien surjan con posterioridad al momento de la contestación.</p>
Excepciones en atención a las personas que la hacen valer.	<p>Personales o relativas: aquellas que solo pueden ser interpuestas por determinada persona, y cuyo presupuesto es que figure en la relación jurídica como demandados.</p> <p>Impersonales, reales o absolutas: aquellas que pueden ser opuestas por cualquier persona que se encuentre obligada.</p>
Excepciones con relación a su eficacia procesal.	<p>Procedentes: Aquellas que se promueven, conforme a las normas que rigen el proceso, y por lo tanto son validamente admitidas por el juzgador.</p> <p>Improcedentes: Aquellas que se hacen valer con infracción de las normas procesales, o bien fuera de tiempo y, que son desechadas por el juez.</p>
Excepciones con relación a su eficacia jurídica legal.	<p>Fundadas: Aquellas que son promovidas en base a la lógica jurídica y a las constancias de autos y con apego a las normas jurídicas aplicables.</p> <p>Infundadas: Aquellas que por oposición a las anteriores se exhiben sin base a al lógica, constancias de autos y las normas jurídicas aplicables.</p>
Excepciones según el fin que pretenden.	<p>Dilatorias: Son aquellas que solo dilatan el ejercicio de al acción o el curso del proceso, solo excluyen la acción como actualmente se plantea.</p> <p>Perentorias: Destruyen de raíz la acción del demandante, mediante ellas se obtiene una sentencia, que absuelve al demandado, no solo de la instancia sino también de la acción.</p>

FIGURA 14. Clasificación de las excepciones, atendiendo a la función que cumplen en el proceso.

Se observa que a la anterior clasificación no escapa el Código Procesal Federal y, mucho menos su similar del Distrito Federal; los cuales han inspirado los correlativos de las demás entidades federativas, no siendo la excepción nuestro Código Procesal Civil del Estado

de México; el cual tendrá que ser analizado bajo la luz del Código Adjetivo Civil del Distrito Federal.

El Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal anterior al vigente de 1884, definía a las excepciones en dilatorias y perentorias, después de declarar que se llaman excepciones todas las defensas que puede emplear el reo para impedir el curso de la acción o para destruir ésta, diciendo que las primeras se llaman dilatorias y las segundas perentorias, artículos 27 y 28.

*Esta "clasificación de las excepciones es remota pues, data del derecho romano. En este derecho, las excepciones, según se originen en el derecho quirritario o en las normas emergidas de la actuación de los pretorianos, eran civiles o pretorianas. Las excepciones podían fundarse en la equidad o en la utilidad general (lo que hoy llamamos bien común); la excepción de dolo estaba fundada en al equidad, mientras la excepción de rei judicatae (cosa juzgada) estaba apoyada en la utilidad general."*⁹¹

Lo interesante de esta breve incursión en el derecho romano estriba en que, la más socorrida clasificación de las excepciones que se refiere a la división de ellas en dilatorias y perentorias, ya existía, sobre el particular anota Eugene Petit *"Se distinguen también las excepciones perpetuas o perentorias y las excepciones temporales o dilatorias. Las excepciones perentorias y dilatorias no se relacionan como en nuestro derecho, con el efecto de la excepción. Este efecto en el derecho Romano es siempre el de impedir o por lo menos modificar la condena"*⁹²

Por lo tanto, nuestro código adjetivo civil del Estado tanto vigente como el abrogado, han seguido la corriente clásica y han aceptado que las excepciones son tan solo de dos vertientes, dilatorias y perentorias; es de hacer notar que la clasificación que se ha realizado en la figura 14 de las páginas que anteceden, cualquier excepción pueden ser considerada

⁹¹ ARRELLANO GARCÍA, Carlos. *Teoría General del Proceso*, cuarta edición, México 1994, Editorial Porrúa, páginas 311-312.

⁹² PORTE PETIT, Eugene. *Op. Cit.* página 49.

en estas dos vertientes, es decir sea cual fuere la excepción planteada siempre tendrá a retardar o paralizar el ejercicio de la acción, o bien intenta atacar el fondo de la misma, y en tal virtud es aceptada la clasificación por nuestro código.

En cuanto a las excepciones dilatorias el capítulo II, título I, libro segundo, artículo 513 del Código Procesal abrogado establece de manera expresa este tipo de excepciones, anotando al efecto el contenido del citado artículo.

Artículo 513. Son excepciones dilatorias las siguientes:

I La incompetencia del juez

II La litispendencia

III La conexidad de la causa;

IV La falta de personalidad o de capacidad del actor;

V La falta de cumplimiento del plazo o de la condición a que esté sujeta la acción intentada;

V La división;

VII La excusión;

VIII Las demás a que dieren ese carácter las leyes.

El vigente Código Procesal, respecto de las excepciones que solo retardan el ejercicio de la acción, ha dividido tan solo el artículo anterior dándole el carácter a las cuatro primeras como excepciones procesales, y a las siguientes como dilatorias; aunque procedimentalmente tienen el mismo efecto: Retardar el ejercicio de la acción. Anotamos a continuación lo que establece el Código Adjetivo vigente sobre este tipo de excepciones:

Artículo 2.31. Son excepciones de carácter procesal:

I La incompetencia del juez;

II La litispendencia;

III La conexidad de la causa;

IV La falta de personalidad o de capacidad del actor.

Artículo 2.37 Son excepciones dilatorias o que no destruyen la acción:

I La falta de cumplimiento del plazo o de la condición a que esté sujeta la acción intentada;

II La división;

III La excusión;

VI Las demás a que dieren ese carácter las leyes.

Por lo que hace a las excepciones perentorias nuestro Código de Procedimientos Civiles del Estado de México omite hacer mención a las mismas, pero, cuantas y cuales son las excepciones perentorias. Los tratadistas sostienen que estas excepciones son tantas como las causas en virtud de las cuales se extinguen las obligaciones, no es sin embargo, este criterio suficiente para comprenderlas todas. *"Una enumeración que pretendiera comprender las principales excepciones perentorias debería mencionar el pago, la dación en pago, la compensación, la confusión de derechos, la remisión de la deuda, la novación, la revocación, la pérdida de la cosa, la prescripción, el término extintivo, la transacción, el pacto o promesa de no pedir, la renuncia del derecho del reclamante, la nulidad o rescisión del contrato, la excepción non numerata pecunia, la falta de acción, la plus petitio, el compromiso de someter la cuestión en árbitros o amigables componedores, la simulación o inexistencia, la falsedad del título y la cosa juzgada."*⁹³

⁹³ DE PINA, Rafael. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, página 175.

3.1.2 LAS DEFENSAS EN EL PROCESO

En el subtítulo 3.1 página 90 del presente trabajo se estableció el significado gramatical del concepto defensa, como presupuesto de la conotación jurídica y consecuentemente deberemos entender gramaticalmente por defensa a la acción de oposición o rechazo, sobre cualquier acto ejecutado por otra persona en su contra.

Gramaticalmente tal será la significación del vocablo defensa, pero al limitar la extensión de su significado estaremos en presencia de una especie, y si reducimos más el área de su desenvolvimiento y la limitamos a lo jurídico, entonces podremos establecer, sin temor a la equivocación el concepto de la siguiente manera:

Defensa es todo acto de oposición o rechazo, por parte del demandado, frente a una demanda.

Para ascender al manejo de la creación del concepto defensa en la aplicación del derecho mexicano, en su aspecto constitucional se tiene la obligación -aún cuando sea de manera sumaria- hacer referencia al origen en el derecho romano.

"El derecho civil sólo estimaba la forma externa de los actos y no consideraba los vicios de la voluntad, así fuera el error, dolo, violencia o mala fe; y las defensas se fundaban en la negación del derecho invocado en la demanda.

Más allá del manejo del concepto de la defensa nacen las excepciones, desde luego que no bajo la significación que actualmente tienen, que no existieron, propiamente en el tiempo de las acciones de la ley, esto es, se condenaba excepto que se probarán los vicios del consentimiento, o sea una condición para la sentencia de condena"⁹⁴

⁹⁴ GUIZA FUENTES, Ignacio. *Excepciones y Defensas del Demandado*, México 1997, Editorial Librería Yussim S.A. de CV., páginas 2 y 3.

En este orden de ideas hemos dejado sentado primero en términos gramaticales, el significado de la defensa, en su evolución adquiere carácter lógico y más tarde se convierte en una norma de derecho, que es fundamentalmente el concepto jurídico y, de este concepto -limitando la extensión de su significado- se desemboca en la determinación del origen de las excepciones, que son propiamente la especie del género defensa.

Pero cuál es el origen del género defensa como la actitud de rechazar por parte del demandado cuando se le presenta una demanda, o bien cuál es el fundamento positivo de ese derecho a defenderse; adviértase que nuestro derecho es el resultado de una evolución histórica y, que por lo tanto el origen de nuestras instituciones de derecho positivo mexicano, tanto en su aspecto constitucional como en su ramas del derecho civil, tanto en el aspecto sustantivo como adjetivo han evolucionado del derecho romano, de ahí al español, como consecuencia nuestro derecho.

Es así como en nuestro derecho la ley suprema esta representada por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es ésta la fuente de las defensas y en consecuencia de la especie, las excepciones.

Encontramos el origen de las defensas en el principio del debido proceso legal, y este origen lo tenemos en las normas primarias existentes en nuestro derecho constitucional, o sea en el capítulo "De las garantías individuales" y en particular en base a las normas 14 y 16 Constitucional y, que acorde al principio del debido proceso legal se puede resumir así:

Artículo 14.- A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trate.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a la falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Estas dos garantías básicamente consisten en el derecho de ser oído y vencido en juicio y, si seguimos la doctrina de Burgoa contenida en su obra "Las garantías individuales" es simplemente, las garantías de seguridad jurídica.

Siguiendo lo vertido en los párrafos anteriores ha quedado demostrado que nuestra Carta fundamental es el origen primario de las defensas y de ahí derivan las concretas que pasando por la Constitución Política de la Entidad Federativa como ley secundaria, concluyen en las reglamentarias; de donde emanan el Código Civil y el Código Procesal Civil de la misma entidad, puesto que ésta es la limitación del derecho positivo del que nos ocuparemos, y es evidente que es otro de los conceptos de donde debe derivarse la aplicación de la extensión de la defensa, es limitada exclusivamente al área del derecho civil.

En resumen podemos decir que el ordenamiento jurídico mexicano -en cuanto al derecho a la defensa- deriva del segundo párrafo del artículo 14 y 16 Constitucional; los cuales se han dejado señalados líneas arriba.

"De la misma manera como se ha reconocido que existe un derecho de acción, como un derecho abstracto para promover la actividad del órgano jurisdiccional con el objeto de que resuelva sobre una pretensión litigiosa, también se ha estimado que hay un derecho genérico de defensa en juicio, como el derecho del demandado de ser oído en defensa en juicio, para que tenga la oportunidad de contradecir las pretensiones del accionante y de ofrecer y practicar pruebas que respalden su defensa. Ambos derechos, de acción y de defensa, los cuales se encuentran reconocidos constitucionalmente, no son considerados como opuestos, en el sentido que uno excluye al otro, sino como aspectos complementarios,

*pues el derecho de acción implica el derecho de defensa."*⁹⁵

Couture ha señalado, con gran atino, que *"con este derecho genérico de defensa, lo que se da al demandado es la eventualidad de la defensa. Esta defensa, en cuanto a su contenido, podrá ser fundada o infundada; podrá ejercerse o no ejercerse; podrá ser acogida o rechazada en la sentencia. El orden jurídico no pregunta si él demandado tiene o no buenas razones para oponerse. Solo quiere dar a quien es llamado a juicio, la oportunidad de hacer valer las razones que tuviere. De esta manera, el derecho de defensa en juicio no es el derecho substancial de las defensas; sino el puro derecho procesal de defenderse."*⁹⁶

Por último y, con relación a una clasificación de las defensas en el proceso es aplicable la clasificación realizada a las excepciones; esto en virtud de que toda excepción es defensa. Ahora bien, el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México hace mención a las defensas propiamente dichas, en la figura de la página siguiente:

⁹⁵ OVALLE FABELA, José. *Derecho Procesal Civil*, tercera edición, México 1980, Editorial Harla, página 74.

⁹⁶ COUTURE J., Eduardo. *Op. Cit.* página 174.

DEFENSAS EN EL CÓDIGO PROCESAL ABROGADO:	DEFENSAS EN EL CÓDIGO PROCESAL VIGENTE:
Artículo 589 Fracción V. Los hechos en que el actor funde su petición numerándolos y narrándolos sucintamente con claridad y precisión de tal manera que el demandado pueda preparar y producir su contestación y defensa.	Artículo 2.108 Fracción V. Los hechos en que funde su petición, numerándolos y narrándolos sucintamente, con claridad y precisión, de tal manera que el demandado pueda preparar y producir su contestación.
Artículo 797 Fracción III. Continuar su acción y defensa aun cuando el principal desistiere.	Artículo 2.263 Fracción II. Continuar la acción o defensa aún cuando la parte con al que coadyuve se desistiere.
Artículo 656. Producida la contestación, tanto a la demanda como a la reconvencción, en su caso, o dados por contestados afirmativamente los hechos o negada la demanda y la reconvencción, en el mismo acto el Juez (sic) mandará abrir una dilación probatoria por un término no mayor de quince días, término durante el cual las parte se limitarán a proponer u ofrecer las pruebas de sus respectivos derechos o defensas.	Artículo 1.113. Las actuaciones serán nulas cuando carezcan de alguna de las formalidades establecidas por la ley, y que por esta falta quedare sin defensa cualquiera de las partes.
Artículo 961. Si fueren dos o más los aspirantes a la herencia y no estuvieren conformes con sus pretensiones, los impugnadores harán de demandantes y los impugnados de demandados, debiendo los que hagan causa común formular sus pretensiones y defensas en un mismo escrito y bajo representante común.	Artículo 1.252. El actor debe probar los hechos constitutivos de su acción y el demandado los de sus defensas y excepciones.
Artículo 600. Las excepciones y defensas que tenga el demandado, cualquiera que sea su naturaleza, se harán valer al contestar la demanda.	Artículo 2.116 Las defensa y excepciones, que tenga el demandado, cualquiera que sea su naturaleza, se harán valer al contestar la demanda.

FIGURA 15. Las defensas en los códigos procesales, abrogado y Vigente del Estado de México

3.2. CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS BENEFICIOS DE ORDEN Y EXCUSIÓN

Una vez establecidos los antecedentes del juicio ordinario civil y limitada su extensión al proceso que materialmente se aplica en los juzgados del Estado de México, se observa que dentro de la etapa polémica o postulatoria es cuando el demandado de manera general ofrece sus defensas y excepciones, las cuales en páginas anteriores se han inducido de su género limitado su aplicación al campo del derecho e incluso se ha dejado sentada su especie para el caso concreto del territorio que comprende el Estado de México.

En este orden de ideas, a continuación abordamos la conceptualización de los llamados beneficios de orden y excusión, elementos que para el presente trabajo de investigación forman la columna vertebral.

Es en base al método deductivo -aplicado al campo del derecho el cual es genéricamente una de las reglas elementales de la interpretación del derecho, atendiendo a su acepción gramatical y, de ahí limitar su extensión de su significado, para en la especie ubicarnos en el campo del derecho positivo del Estado de México.

Siguiendo este principio deductivo, es de hacer notar que la connotación beneficio de orden o bien beneficio de excusión son términos compuestos; en tal virtud resulta necesario ascender al concepto que absorbe a ambos; es decir, se estudia primero el término beneficio.

Etimológicamente esta palabra proviene del latín *Beneficium*; integrado por el compuesto *bene*, bien y *ficium*, hacer; por lo que se puede traducir en hacer el bien.

El diccionario Larousse ilustrado define este concepto, aplicándolo a diversas ramas del hacer del hombre, quedando como sigue: "*Bien que se hace o se recibe. 2. Utilidad, provecho, ganancia: Obtener beneficios. 3. Función de teatro o (sic) otro espectáculo público cuyo producto se concede a una persona o institución. 4. Derecho que compete a uno por*

ley o privilegio" ⁹⁷

Por su parte, el diccionario hispánico universal lo define: *"Bien que se hace o se recibe. Utilidad provecho. Labor o cultivo que se da a los campos, árboles, etétera. Acción de beneficiar minas y minerales. Conjunto de derechos y emolumentos que obtiene un eclesiástico inherente o no a un oficio..."*⁹⁸

Se observa que la constante de estos conceptos están dados por su locución latina, y en tal virtud debemos entender por beneficio a cualquier hecho, o acto que nos trae o nos hace un bien en cualquier actividad humana.

La palabra orden tiene su origen en el latín *Ordo*; que a su vez proviene de la tercera declinación genitiva singular *dinis* orden; palabra que ya se conocía desde esa época con la misma significación que hoy tiene; por lo tanto, se anota -para poder hacer la inferencia- dos conceptos del término orden:

"Organización y disposición armoniosa de las cosas. 2. Reglas, leyes o estructuras que constituyen una sociedad: perturbar el orden social. 3. Cualidad de las personas que saben organizar u organizarse. 4. categoría, rango, clase..." esta misma fuente, en su punto 7, hace referencia al orden en al rama del derecho, en los siguientes términos: *"7. Graduación de los diferentes acreedores de un deudor para hacerles pago con los bienes de éste, según la prelación de créditos."*⁹⁹

Otro concepto es el siguiente: *"Distribución jerárquica de las cosas y coordinación de sus funciones. Colocación de las cosas en el lugar que les corresponde. Concierto de las cosas entre sí. Regla o modo para hacer las cosas. Serie o sucesión de las cosas. Relación de una cosa a otra..."*¹⁰⁰

⁹⁷ Pequeño Larousse Ilustrado, Op. cit., página 153.

⁹⁸ Diccionario Hispánico Universal. Op. cit., tomo I, página 212.

⁹⁹ Pequeño Larousse Ilustrado. Op. cit., página 735.

¹⁰⁰ Diccionario Hispánico Universal. tomo II, .Op. cit., página 1041.

Antes de hacer la conjunción entre ambos conceptos beneficio y orden, resulta pertinente establecer el concepto excusión.

Etimológicamente proviene del latín *excussio onis*, de separar y acción, que se traduce como acción de separar.

El diccionario hispánico universal define este término: "*Procedimiento judicial contra los bienes del deudor principal, antes de proceder contra los del fiador.*"¹⁰¹

Nótese que la anterior definición ya limita el concepto al campo del derecho, pero definitivamente la excusión no es un procedimiento, sino una posible especie del género defensa que tiene el demandado; cuando éste es el fiador dentro de un proceso.

Pero "*la significación usual correspondiente a excusión es implicativa, en cuanto al sustrato de desplazar, de relevar de alguna obligación, por no competir directamente; sino que antes haya mediado requerimiento de cumplimiento, por parte del acreedor, al deudor*"¹⁰²

Por tanto; debemos entender por excusión de manera usual a la acción y efecto de separar o desplazar algo, cuando no se es directamente el obligado.

Sentados los términos individuales de los conceptos beneficio, orden y excusión se esta en la posibilidad de ascender a su conjunción en el campo meramente gramatical, y por lo tanto se debe entender por beneficio de orden al bien que recibe una persona, en virtud de la disposición gradual, armoniosa o bien numérica, del hecho o acto de que se trate.

Por otro lado, se entiende por beneficio de excusión al bien que se recibe en virtud de la separación o desplazamiento que se hace del universo de un hecho o acto; que limita la obligación en orden progresivo.

¹⁰¹ *Ibíd.* Tomo I, página 633.

¹⁰² *GUIZA FUENTES, Ignacio. Op. cit., página 102.*

Establecido el concepto gramatical pasamos al campo del derecho, el cual tiene su origen en el Derecho Romano del cual provienen estas instituciones, así que será necesario establecer el origen de estas figuras jurídicas, en el derecho clásico romano.

La deducción lógica jurídica de esta figura se encuentra en el género de los contratos nominados, reconocidos por el *ius civile* de la última época republicana -de los cuales es necesario hacer su distinción de los innominados añadidos tiempo después-. Hecha la aclaración, dentro de los contratos nominados existió el verbis "*los cuales constituyen las formas de contratos más antiguas que conocieron los romanos, son esencialmente formales, y las palabras solemnes que los perfeccionan se forman por el ius civile (D.45,1; C. 8,39)*"¹⁰³

Con el fin de hacer más práctico el presente trabajo de investigación se presenta un cuadro sinóptico de los contratos.

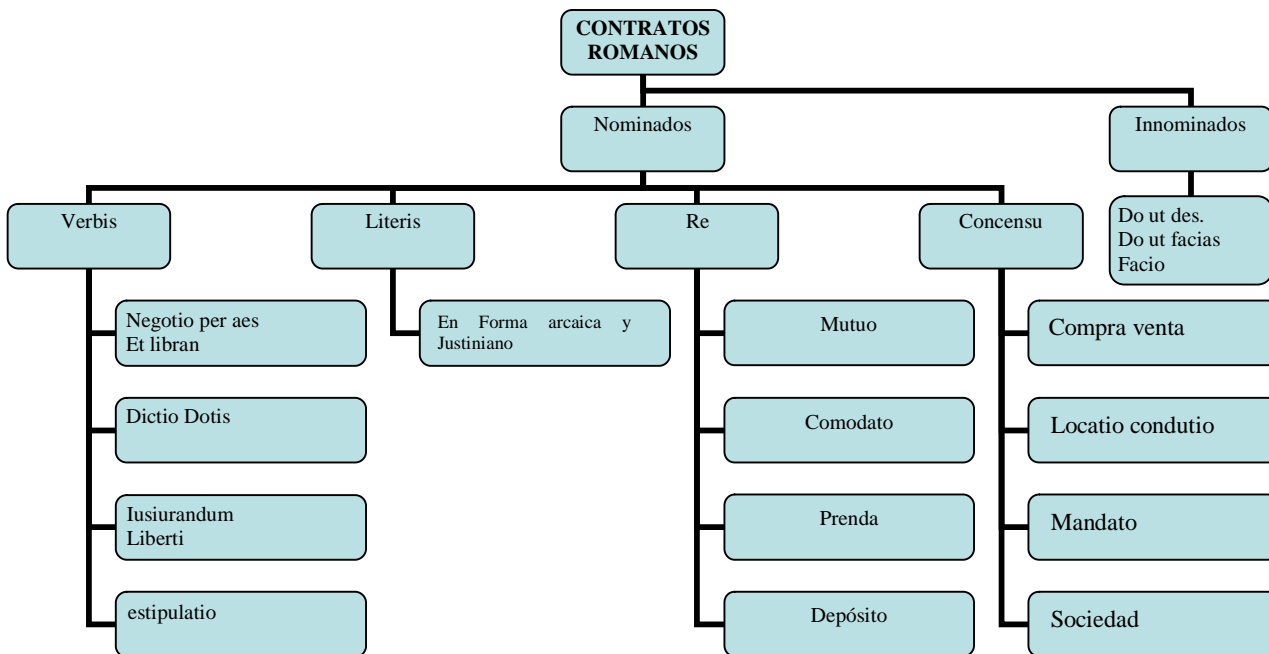


FIGURA 16. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ROMANOS

¹⁰³ BIALOSTOSKY, Sara, *Op. cit.*, página 160.

Se observa que este universo de contratos se limita al campo de los llamados contratos nominados -así dentro del mundo de estos encontramos al contrato *verbis*, el cual no consistía en un mero arreglo verbal en presencia del testigo; ya que, para que este pudiera producir acción, era necesario que el acuerdo de voluntades se produjera bajo cierta forma observada por la tradición jurídica; así el romano de antaño quería bajo esta especie de contratos, se supiera cuando una declaración de la voluntad pertenecía al campo jurídico, y cuando pertenecía a un mero convenio entre las partes de manera judicial.

"El contrato verbis se perfeccionaba por el uso de determinadas formulas verbales. Si las partes se apartaban de tales fórmulas, aunque constará claramente su voluntad de obligarse, el negocio no se podía considerar como contrato verbis. En algunos casos podría tener validez como alguna otra forma de contrato, en otras, sería un pacto vestido, pero con frecuencia, no será mas que un pacto nudo" ¹⁰⁴

Descendiendo aún más en esta especie de contratos, nótese que existen cuatro subespecies del mismo; los cuales son:

a) *El negatio per aes libram*, este contrato era el común denominador de las formas contractuales, en el participaban, las personas que se iban a obligar y cinco testigos y una persona que sostenía la balanza y pesaba el *libripens*, el negocio se perfeccionaba ante la balanza *libia*, y en presencia de los cinco testigos se pronunciaban ciertas formulas prescritas por la tradición, tocando después la balanza, con un pedazo de bronce *aes*.

b) *La diction dotis*, era un contrato por medio del cual la mujer, o quien tenga la patria potestad sobre ella, se obliga antes o después del matrimonio a aligerar las cargas económicas del matrimonio.

Este acto se celebraba mediante determinadas palabras solemnes *dicto dotis* por parte del obligado, ya que era un contrato unilateral del constituyente. El silencio del futuro

¹⁰⁴ *Ibíd., página 383.*

marido se consideraba como una aceptación tácita.

c) *La iusiurandum liberti*: Este contrato también se conoció como *promissio iurata liberti*; este tipo de acto se celebraba mediante el uso de ciertas fórmulas, por medio de las cuales el esclavo o liberto se obligaba a prestar ciertos servicios (*operae*), después de su *manumissio*, como un agradecimiento.

d) "La *estipulatio*: Esta figura más que un contrato, era un rito para poder contratar; ya que debido a su carácter abstracto, sirve para tutelar múltiples negocios. Este contrato consiste "en una pregunta solemne hecha por el estipulante: *dari espondes* (con la indicación de la cantidad de dinero o cosas) seguida de una respuesta congruente dada por el promitente: *spondeo*. De esta sencilla fórmula verbal se deriva una *actio iuris civile*, que tenía el acreedor en contra del deudor en caso de incumplimiento."¹⁰⁵

Siguiendo con esta deducción, es esta última figura la *stipulatio*; que si bien es una fórmula para contratar entre los romanos, sus formas más comunes y socorridas fueron a su vez:

- 1) El préstamo estipulatorio;
- 2) la fianza estipulatoria;
- 3) La *stipulatio poenae* y,
- 4) La estipulación de intereses.

De esta cuatro formas de *stipulatio*, es en las dos primeras donde surgen los llamados beneficios: el primero de división, y posteriormente el de orden, este último absorbía en su función al de excusión tal y como ocurre hoy en día (artículos 7.1020 y 2666 del Código Civil vigente y abrogado del Estado de México); es así como para poder cerrar esta incursión en el derecho romano y, poder llegar a la especie "beneficios de orden y

¹⁰⁵ Ibíd. página 163.

excusión", resulta necesario para poder establecer su analogía, el análisis de las dos primeras formas de *stipulatio*.

El préstamo estipulatorio se realizaba mediante la pregunta y la contestación en la cual el deudor se obligaba a pagar en determinada fecha, sin causa alguna, cierta cantidad de dinero; esta especie de contrato se celebraba en presencia de testigos y, se levantaba un acta *la cautio*; la cual no se consideraba el contrato mismo sino sólo un medio probatorio.

Esta figura se vió viciada por los usureros, quienes no prestaban la cantidad, entregando una cantidad inferior a la pactada, creando así los supuestos en los cuales el deudor hubiera recibido menos o, simplemente no haber recibido nada.

Bajo esta circunstancia, en el imperio de Cæcilia, se concedió a los deudores dos defensas: La *actio doli* y sobre todo la *exceptio pecunia non numerata*, la cual imponía al acreedor actor la necesidad de comprobar, no solo la existencia de la *stipulatio*, sino también el hecho de que se hubiera entregado la cantidad pactada como préstamo.

Justiniano utilizó después estas instituciones procesales para llenar una laguna en el esquema general de los contratos, cuando el contrato *litteris* había caído en desuso. Son estas figuras las que dieron la fuente de los llamados beneficios, las cuales cobran vida con la siguiente figura.

La fianza estipulatoria, era un contrato *verbis stipulatorio* "por el cual una persona (fiador) se obligaba a cumplir en caso de que otra persona (fiado), sujeto pasivo de una obligación garantizada por la fianza no cumpla"¹⁰⁶ Nótese el paralelismo que existe entre esta figura y la que reglamenta el Código Civil del Estado de México en sus artículos 7.1000 y 2646 de la ley vigente y abrogada:

Artículo 7.1000 La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el

¹⁰⁶ FLORIS MARGADANT, Guillermo. *Op. cit.*, página 385.

acreedor a pagar por el deudor si éste no lo hace. Siempre deberá constar por escrito.

Artículo 2646. La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor si éste no lo hace.

Este contrato es accesorio, es decir, requería una obligación válida principal en que apoyarse para su existencia, tal y como lo establecen los artículos 7.1003 y 2649 de los Códigos en cita y que a pesar de las reformas se encuentran homologados:

Artículos 7.1003 o 2649. La fianza no puede existir si n una obligación válida. Puede no obstante, recaer sobre una obligación cuya nulidad pude ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado.

Incluso esta obligación para los romanos podría ser futura, tal y como la fecha se legitima en el derecho positivo del Estado de México, en sus numerales 7.1004 y 2650 de la ley Sustantiva:

Artículos 7.1004 o 2650. Pueden también otorgarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido, pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea liquida.

Resulta imperioso aclarar que la fianza romana, no se formaba necesariamente de una *stipulatio*, también podía ser:

- *Mandatum pecunia credentae* (Un mandato especial, para pagar una suma de dinero)
- *Constitutum debiti alieni* (Se utiliza para formalizar la proroga de un contrato existente)

A pesar de las opciones anteriores, la fianza *stipulatoria*, fue la forma de garantía personal más importante -incluso que la real-; sin embargo, la típica fianza romana tuvo su cuna en la *stipulatio*, que según el verbo utilizado en la pregunta y en la consecuente contestación, podía ser:

- a) Una *sponcio*: Se utilizaba el verbo *spondere*, era una fianza que utilizaban los

ciudadanos romanos para garantizar contratos verbales, era una promesa de carácter religioso, por lo cual no podían participar de ella los extranjeros; por lo que esta figura jurídica evolucionó a;

b) *Fideipromissio*: "Al igual que la *sponcio*, debido a que el fiador promete lo mismo que prometió el deudor principal, solo sirve para garantizar deudas nacidas de promesas estipulatorias, la obligación, contraída a través de la *fideipromissio*, es intransmisible a su heredero. Para obligarse, ciudadanos y peregrinos, deben utilizar el verbo *fideipromitto*. A través de esta fianza surge una obligación solidaria, es decir, que el acreedor tiene 2 (sic) deudores alternativos y puede cobrarles directamente si así lo decide el fiador"¹⁰⁷

Es en esta institución donde tiene su nacimiento los beneficios materia de estudio, siendo su fuente directa la costumbre romana, esta en el sentido de que: El romano consideraba un deber de honor salir fiador de sus amigos y "clientes". Para no castigar con demasiada severidad la observancia de las buenas tradiciones, los juristas romanos introdujeron poco a poco varias medidas para suavizar la suerte de los fiadores; tal es el fundamento de los llamados beneficios, es decir traer un bien a la persona del fiador.

Estas intervenciones por parte de los juristas en bien del fiador trajo como consecuencia que el legislador paulatinamente interviniera para hacer más ligera la responsabilidad de los *sponsores* y de los *fideipromisores*, esto a través de las siguientes leyes:

1) La ley *appuleia*, de fecha incierta, pero posterior al año 240 antes de Cristo, esta ley permitió al fiador exigir al acreedor-actor que repartiera la responsabilidad entre los cofiadores solventes, medida lógica y que a la fecha se ha acogido por nuestro Código Sustantivo, tanto vigente como el abrogado en sus artículos:

Artículo 7.1043. Cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que

¹⁰⁷ BIALOSTOSKY, Sara. *Op. cit.*, página 165.

proporcionalmente les corresponda.

Artículo 2679. Si son varios los fiadores de un deudor por una sola deuda, responderá cada uno de ellos por la totalidad de aquélla, no habiendo convenio en contrario; pero si solo uno de los fiadores es demandado, podrá hacer citar a los demás para que se defiendan juntamente, y en la proporción debida estén a las resultas del juicio.

2) La *lex furia*, también de fecha incierta pero posterior a la *appuleia* estableció una especie de sociedad para dividirse la responsabilidad entre los cofiadores, solventes o no, por medio de la cual el acreedor sólo podía exigir de cada *sponsor* o *fideipromissor* su parte proporcional, e incluso limita su responsabilidad a dos años. A esta figura se le conoció como **benefisium divisionis**, figura que como fiel ejemplo de la historia práctica, siendo acogida por nuestro derecho positivo, surgiendo así el llamado beneficio de división, en el cual el legislador ha regulado en el Código Civil abrogado, y que se acogió en los mismos términos en el vigente, esto en los artículos 2692 y 7.1048 respectivamente:

Artículos 2692 o 7.1048. El fiador que pide el beneficio de división, solo responde por la parte del fiador o fiadores insolventes, si la insolvencia es anterior a la petición; ni aún por esa misma insolvencia, si el acreedor voluntariamente hace el cobro a prorrata sin que el fiador lo reclame.

3) La *lex cicereia*, al igual que las anteriores de fecha incierta, la cual imponía al deudor principal la obligación de declarar a cada uno de los fiadores la cuantía de la deuda y en número de fiadores ya obligados por ella, también obligaba al acreedor a comunicarle a cada fiador quienes eran sus cofiadores.

4) La *lex cornelia*, del año 81 antes de Cristo, esta limita la responsabilidad del fiador o fiadores, con relación al mismo acreedor, durante un año al máximo de 20 mil sestercios. De esta limitación, se ven excluidas en la época clásica las fianzas de dote, legado, las de herencia y las judiciales.

Las leyes antes señaladas, produjeron el desuso de estas figuras: la *sponcio* y la

Fideipromissio; con el paso del tiempo las medidas antes anotadas, obligaron a surgir una nueva figura la *fideiussio*, figura que produjo un avance sistemático en las garantías reales.

Es por lo tanto el derecho justiniano, el que suplanta la *sponcio* y la *fideipromissio* por la *fideiussio*, otorgándole las características siguientes; y que no son otra cosa que los beneficios que hoy son materia del presente trabajo de investigación y que son:

1) **El beneficio de división**, ya establecido por Adriano la *lex furia* -pero con un nuevo enfoque-, ya que Justiniano permitió que por este beneficio el fiador o fiadores, rechazaran la reclamación del acreedor-actor de la parte que excediera de la deuda correspondiente a la división de la misma entre todos los obligados, fiadores solventes, al momento de la sentencia. Circunstancia que hoy día -y a pesar de la actual reforma del Código Civil- sigue siendo regulada de la misma forma que en la roma antigua (artículo 7.1048 con relación al 7.1044 de la ley Civil vigente y, 2689 y 2692 de la misma ley abrogada).

2) **El beneficio de cesión de acciones**; gracias al cual el fiador dispone de la misma acción que tenía contra el acreedor como acción de recuperación contra el deudor principal, sin necesidad de que le ceda expresamente dicha acción; figura que también ha pasado a nuestro derecho positivo en su artículo 7.1036 y 2682 de la Ley Civil vigente y abrogada que son similares:

Artículo 7.1036 o 2682. El fiador que paga, se subroga en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor.

3) **El beneficio de excusión**; *"llamado también de orden del año 539; el cual consistía en que el fiador podía exigir al acreedor-actor persiguiera primero al deudor, antes de dirigirse a él. Sólo en caso de ser evidente de ante mano, que la ejecución en el patrimonio del deudor no daría ningún resultado; el juez podía negar este beneficio al fiador ya que en este caso, lo más probable era que lo hubiera solicitado únicamente para ganar*

tiempo.

*Este nuevo beneficio, concedido al fiador, añadió al carácter accesorio de la fianza, un carácter subsidiario. Toda fianza se convirtió por él en una **fideiussio indemnitatis** (o sea, fianza por el saldo del daño); primero el acreedor trata de cobrar al deudor mismo, judicialmente si es necesario; y luego, al fiador le indemniza por el faltante eventual."*¹⁰⁸

Tal es la naturaleza jurídica de las figuras llamadas beneficios de orden y excusión, las cuales han sido definidas por la doctrina en los mismos términos que el derecho romano y por lo tanto a guisa de ejemplo se señalan algunos conceptos vertidos hoy en día por la doctrina.

*"Beneficio de orden consiste en que el fiador no puede ser demandado por el acreedor sin que previamente, sea reconvenido, (demandado) el deudor"*¹⁰⁹

*"Beneficios de orden llámese así, al concedido al fiador consistente en la imposibilidad legal de que sea demandado eficazmente por el acreedor, sin que antes lo sea el deudor principal."*¹¹⁰

*"Beneficio de orden, el beneficio que la ley concede al fiador de no poder ser demandado por el acreedor sin que antes sea reconvenido por el deudor"*¹¹¹

*"Beneficio de orden consiste en que el fiador no puede ser obligado a pagar al acreedor si previamente no ha sido reconvenido el deudor y se haya hecho la excusión de sus bienes."*¹¹²

¹⁰⁸ FLORIS MARGADANT, Guillermo. *Op. cit.*, página 388.

¹⁰⁹ TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. *Contratos civiles y sus Generalidades*, tomo II, cuarta edición, México 1982, Editorial Font S.A., página 633.

¹¹⁰ DE PINA, Rafael. *Diccionario de Derecho*, página 45.

¹¹¹ GUIZA FUENTES, Ignacio. *Op. cit.*, página 105.

¹¹² Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, tomo I, *Op. cit.*, página 334.

*"Beneficio de excusión; es el derecho que se le concede al fiador para eludir el pago, mientras no se acredite la insolvencia del deudor. Este beneficio se funda más que en el carácter accesorio de la fianza en consideraciones de equidad."*¹¹³

*"Beneficio de excusión, beneficio otorgado al fiador en virtud del cual no puede ser compelido al pago de la obligación por el afianzado, sin que previamente sea reconvenido el deudor y se haga la excusión de sus bienes, consistiendo ésta en aplicar todo el valor libre de ellos al pago de la deuda, que quedará reducida a la parte que no se ha cubierto, se dice que quedara extinguida o reducida a la parte que no se ha cubierto"*¹¹⁴

*"Beneficio de excusión consiste en aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación de tal suerte que el fiador sólo responde con sus bienes en caso de que el deudor no pueda cumplir con todo o parte de la obligación"*¹¹⁵

Se puede observar que las anteriores definiciones son análogas, y por lo tanto no podemos realizar alguna inferencia de las mismas, ya que el hacerlo, sería redundar en el mismo punto; por tal motivo nos acogemos a cualquier concepto en vía de definición.

Por otro lado y, con el fin de ubicar los beneficios de orden y excusión; como especie dentro del proceso civil del Estado de México, resulta obligado hacer referencia a la ubicación que hace el legislador en la ley positiva para esta entidad federativa.

Estos beneficios son legitimados en los artículos 7.1020 y 2666 del Código Civil vigente, como en el abrogado, artículos que en lo material son iguales:

Artículo 7.1020 o 2666. El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente lo sea el deudor y se haga la excusión de sus bienes.

¹¹³ DE PINA, Rafael. *Instituciones de Derecho Procesal Civil.*, página 179.

¹¹⁴ DE PINA, Rafael. *Diccionario de Derecho*, página 45.

¹¹⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. *tomo II, Op. cit.*, página 334.

Nótese que la primera parte del artículo citado define claramente el beneficio de orden, e incluso notamos que este absorbe al de excusión, ya que la consecuencia del orden será la excusión de los bienes del deudor principal.

Por otro lado el artículo 7.1021 o bien el 2667 de las mismas leyes, establecen en los mismos términos el concepto de excusión en los siguientes términos:

Artículo.- 7.1021 o 2667. La excusión consiste en aplicar el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación, que quedara extinguida o reducida a la parte que no se ha cubierto.

Por su parte el Código Adjetivo Civil vigente en su libro segundo, título primero, capítulo II denominado de las excepciones, se limita únicamente a mencionarlo en su artículo 2.37 fracción III, el beneficio de excusión, pero como excepción dilatoria lo cual es un acierto dada la naturaleza jurídica de la figura analizada; anotando al efecto el contenido textual del citado artículo:

Artículo 2.37. Son excepciones dilatorias o que no destruyen la acción:

I La falta de cumplimiento del plazo o de la condición a que está sujeta la acción intentada;

II La división;

III La excusión;

IV Las demás que señale la ley.

Pero es de hacer notar que en todos los capítulos del Código Procesal nunca se legitiman estas figuras.

Por su parte el Código de Procedimientos abrogado establece la excusión también como excepción dilatoria, en los términos del vigente en el capítulo II artículo 513, fracción VII.

Artículo 513. Son excepciones dilatorias las siguientes:

I...

VII La excusión...

3.2.1 REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

Se ha dejado señalado los conceptos de beneficio de orden y excusión, por lo que continuando con el presente trabajo de investigación y, toda vez que el tema se encuentra limitado a la especie de estas figuras jurídicas dentro del proceso ordinario civil que tiene lugar en el Estado de México, se analizan los requisitos de estas figuras.

Gramaticalmente, se nota que el término requisitos de procedibilidad está compuesto por dos conceptos distintos, entendiéndose por requisito a la *Condición o circunstancia necesaria para una cosa*¹¹⁶; por su parte el concepto procedibilidad es una palabra derivada por "proceder" y el sufijo "bilidad"; entendiéndose por proceder *(Del Latín procedere, adelantar). Tener una cosa su principio en lo que se expresa u obtenerse de ello. 2. Tener su origen, provenir de un determinado lugar. 3. Actuar, comportarse de una forma determinada: proceder irreflexivamente. 4. Iniciar una acción después de algunos preparativos: Se procedió al reparto. 5. Ser oportuno, necesario, conforme a unas normas de derecho, mandato o conveniencia en general.*¹¹⁷ Por su parte el sufijo "bilidad" que se traduce en calidad de; por lo que se puede inferir el término procedibilidad como la calidad de proceder, es decir que reúne las cualidades, elementos y tiempo oportuno, necesarios para llegar a un determinado fin o cosa.

Limitando los conceptos antes anotados al campo del derecho, debemos entender por requisitos de procedibilidad, a todos los elementos necesarios que requiere una figura jurídica, los cuales se hacen valer en tiempo y forma para proceder en juicio.

Ahora bien para deducir los requisitos que presentan estas figuras -las cuales se han ubicado dentro de la especie de las defensas que tiene el demandado dentro del proceso-, resulta obligado establecer los requisitos que tienen de manera general las excepciones dentro del proceso ordinario civil.

¹¹⁶ Pequeño Larousse Ilustrado, Op. cit. página 875.

¹¹⁷ *Ibíd.* página 824.

Las excepciones al igual que cualquier otra institución de derecho que se pretenda hacerse valer en juicio, con el fin de producir un impacto en el juzgador al momento de dictar la resolución que ponga fin a la secuela procedimental, tendrán que reunir los requisitos siguientes:

- a) **Tiempo:** Consistente en la necesidad imperioso de que se hagan valer en el momento procesal oportuno, lo anterior en virtud de que no existen derechos vitalicios, y por lo tanto todos cuentan con una caducidad y en tal virtud fenecen con el transcurso del tiempo.
- b) **Fondo:** Reunir todos y cada uno de los requisitos que la ley, la costumbre o bien la jurisprudencia señala para cada una de las figuras de derecho. Incluso, se puede incluir dentro de este rubro a los documentos o vestigios materiales que integran la figura.
- c) **Forma:** la combinación de los dos anteriores, que señala la ley adjetiva de la materia en un caso concreto, y que deben ser tomados en cuenta para que el órgano jurisdiccional pueda considerarlos como válidos, dentro de un proceso.

Hecha la directriz anterior, podemos limitar los anteriores requisitos al campo de las excepciones civiles; para así dentro de la especie, establecer el caso particular de los requisitos que requieren los beneficios de orden y excusión en el derecho positivo del Estado de México.

Para poder ascender a la ubicación de estos puntos en los llamados beneficios de orden y excusión; resulta comprometido el ubicarlos dentro del espectro de las excepciones, lo cual se realiza en base al cuadro presentado en la figura catorce, página 100, del presente trabajo, quedando encuadrados los beneficios como sigue:

TIPO DE EXCEPCIÓN	BENEFICIO DE ORDEN	BENEFICIO DE EXCUSIÓN
<u>Adjetivas o procesales</u>	NO	NO
<u>Sustantivas o de fondo</u>	Si, porque esta fundamentada en el Código Civil, impugna el derecho del actor.	Si, en los mismos términos que la anterior.
<u>Comunes o normales.</u>	Si, se resuelve en la sentencia definitiva.	Si, también se decide en la sentencia definitiva.
<u>De previo y especial pronunciamiento</u>	NO	NO
<u>Nominadas</u>	Si, cuenta con nombre en el Código Civil.	Si, cuenta con nombre en el Código Civil, y Procesal Civil.
<u>Innominadas</u>	NO	NO
<u>Excepciones que se hacen valer antes del plazo para contestar la demanda.</u>	NO	NO
<u>Excepciones que se hacen valer simultáneamente al contestar la demanda.</u>	Si, sigue la regla común.	Si, sigue también la regla común.
<u>Excepciones supervenientes.</u>	NO	Si, porque el deudor principal puede tener mejor fortuna, o bien descubrir bienes ocultos por éste, para librarse de la obligación.
<u>Personales y relativas</u>	Si, porque solo puede ser invocada por el fiador del deudor y demandado principal.	Si, en los mismos términos que la anterior.
<u>Impersonales, reales o absolutas</u>	NO	NO
<u>Procedentes y fundadas.</u>	Si, cuando se ofrezcan en tiempo, fondo y la forma señalada por la ley.	Si, igual que la anterior.
<u>Improcedentes he infundadas.</u>	Si, cuando se ofrezcan en contravención al tiempo, fondo y forma señalada en la ley.	Si, cuando se ofrezcan en contravención al tiempo, fondo y forma señalada en la ley.
<u>Dilatorias.</u>	Si, solo retardan el ejercicio de la acción.	Si, también retarda el ejercicio de la acción.
<u>Perentorias.</u>	NO	Si, cuando la exclusión de los bienes sea suficiente para cumplir con el total de la obligación.

FIGURA 17. Ubicación de los beneficios de orden y excusión dentro de las excepciones civiles.

Como se puede observar los llamados beneficios de orden y excusión entran en los supuestos hipotéticos que plantean la naturaleza de diversos tipos de excepciones civiles; siendo pertinente hacer notar que entre ambos beneficios casi existe un parecido similar en cuanto a su naturaleza; teniendo la diferencia que la excusión puede plantearse como excepción superveniente, he incluso puede ser perentoria, mientras que el orden no.

Por lo tanto, y en virtud de que los llamados beneficios de orden y excusión, siguen el curso de la naturaleza de las excepciones generales que han quedado señaladas, podemos concluir en sus requisitos de procedibilidad serán:

TIEMPO: Se hace notar que dada la importancia de este rubro será motivo de análisis en el subtítulo que sigue, por lo que se limita tan solo a realizar la directriz que siguen los beneficios. El orden siempre seguirá la regla general señalada para cualquier excepción; es decir, deberá de ser hecha valer en la fase polémica o expositiva, particularmente al momento de contestar la demanda; hecho que recogió el legislador en el artículo 2.116 y 600 del Código Procesal Civil vigente como abrogado, mismos que establecen:

Artículo 2.116. Las defensas y excepciones, que tenga el demandado, cualquiera que sea su naturaleza, se harán valer al contestar la demanda.

Artículo 600. . Las excepciones y defensas que tenga el demandado, cualquiera que sea su naturaleza, se harán valer al contestar la demanda; solo las supervenientes y aquellas de que no haya tenido conocimiento podrán oponerse hasta antes de la conclusión, del término probatorio, pero no serán admitidas después de cinco días de que haya tenido conocimiento de los hechos en que se funda. En este caso se probarán dentro de dicho término probatorio si lo que de él quedare fuere menor de diez días. En caso contrario, se completará dicho término con los días que faltaren.

Por su parte el beneficio de excusión cuenta con una dualidad; esto al poder ser hecho valer bajo la regla antes señalada, o bien como excepción superveniente; por lo que este beneficio puede ser invocado en la fase polémica o expositiva, o también dentro de la fase demostrativa o probatoria, lo anterior con fundamento en lo dispuesto por el artículo 600 señalado en líneas arriba, y 2.117 de la ley Procesal Civil vigente; el cual establece:

Artículo 2.117. Sólo se admitirán las excepciones supervenientes a la contestación de demanda, lo mismo aquéllas de los que no se haya tenido conocimiento, y deberán hacerse valer hasta antes del fenecimiento de la fase probatoria, no admitiéndose después de tres días que haya tenido conocimiento de los hechos en que se funden.

La anterior dualidad adolece a la naturaleza de la excusión, ya que el deudor principal puede pasar a mejor fortuna, o bien pueden descubrirse bienes que haya ocultado para no cumplir con su obligación.

FONDO: Para inferir los elementos de estas figuras jurídicas, resulta comprometido hacer referencia a cómo se dan estos elementos en cualquier figura, lo cual se realiza en base a la práctica jurídica; re efecto los abogados litigantes han reconocido, procedimentalmente que el fondo de la naturaleza jurídica de los figuras de derecho que se hacen valer en juicio, deben tener fundamento en el Código Sustantivo de la materia, que para el caso concreto que nos ocupa será el Código Civil; o bien en base a la jurisprudencia, que llena las lagunas de la ley. La anterior afirmación tiene su sustento en que: *"no hay consecuencias de derecho sin supuestos jurídicos. Toda consecuencia de derecho hállase condicionada por una hipótesis que, al realizarse, la produce"*¹¹⁸; y por lo tanto *"las consecuencias de derecho refiéranse siempre a las acciones del hombre, ya que no tendría sentido dictar normas a la naturaleza. Esta es una diferencia esencial entre leyes naturales y normas. En el orden físico un hecho puede tener como efecto otro absolutamente independiente de la actividad humana (la caída de un cuerpo por ejemplo); en la esfera jurídica, en cambio, la realización de un supuesto sólo puede tener como resultado el nacimiento, la transmisión, la modificación o la extinción de derechos y deberes"*¹¹⁹.

Es por lo anterior que en un juicio lo que se pretende es que el órgano jurisdiccional determine el nacimiento de la consecuencia, e incluso ordene su cumplimiento de manera coercitiva; así en conclusión se puede establecer que los requisitos de fondo serán la serie de supuestos jurídicos señalados en la ley o la jurisprudencia para que en caso de que la conducta desplegada se adecue produzca la consecuencia.

Por lo que limitando los supuestos jurídicos a los beneficio de orden y excusión, lo tendremos que hace en base a los requisitos que señala el Código Civil vigente para el Estado

¹¹⁸ GARCÍA MAYNES, Eduardo. *Op. Cit.*, página 186.

¹¹⁹ *Ídem.*

de México, así también con los requisitos que señala la jurisprudencia, se pueden señalar los siguientes requisitos de fondo:

a) LA PERSONA. Se ha ubicado a los beneficios dentro de las excepciones personales; por lo que resulta necesario que la persona que los haga valer dentro del juicio sea el fiador, que figura dentro de la relación jurídica, artículos 7.1000 y 2646 del Código Civil vigente y abrogado para la entidad. Ahora bien, la persona que funge como fiador puede ser física o bien jurídica colectiva (antiguamente moral), artículos 2.1 y 2.9 del ordenamiento vigente, así como el 22 y 25 del abrogado.

b) DE LA OBLIGACIÓN. La fianza debe haber sido otorgada para garantizar una obligación de dar o de hacer. Para el primer caso será de dar cuando la obligación tenga por objeto:

- I. la traslación de dominio de bien cierto.
- II. La transmisión temporal del uso y goce de bien cierto.
- III. la restitución de un bien ajeno, y
- IV. El pago de bien debido.

La obligación de hacer la podemos concebir como la obligación de prestar o realizar un hecho; situación que no ha sido acogida por nuestro legislativo en la ley sustantiva civil tanto vigente como el abrogado, pero que se puede interpretar a contrario sensu de los artículos 7.272 o el 1856 de la Ley en cita; que son similares en su contenido.

Por lo que los beneficios tendrán efecto cuando el fiador garantiza una obligación válida; que siempre será una obligación personal, de dar o bien de hacer, lo anterior encuentra también su fundamento en los siguientes artículos del Código Civil (vigente y abrogado):

Artículo 7.1006 o 2652. Puede también obligarse el fiador a pagar una cantidad en dinero, si el deudor principal no presta un bien o un hecho determinado.

Por último, tiene vital importancia analizar el contenido de la obligación por parte del fiador sujeto activo de los beneficios y, al ser esta principal obligación personal la del pago; sobre este girarán los elementos que han sido acogidos por el legislador; para que ésta

proceda en juicio. Por lo tanto el fiador tiene derecho a oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación, es decir, contrarestar el pago. Lo anterior tiene fundamento en los artículos 7.1017 y 1018 del Código Civil vigente, así como el 2663 y 2664 de la misma ley abrogada, ambas del Estado de México.

c) DE LA JURISPRUDENCIA. Nuestro máximo tribunal ha interpretado no solo los requisitos de estas figuras jurídicas, sino que ha fundamentado su existencia desde el derecho romano, y su diferencia. Al llenar la jurisprudencia las lagunas de la ley, esta ha inspirado al legislador a tomar los elementos arrojados por esta; por lo que resulta comprometido verter algunas tesis jurisprudenciales bajo este rubro:

BENEFICIOS DE ORDEN Y EXCUSIÓN.

Aunque el fiador se haya obligado en los mismos términos que el fiado, si no renuncio de modo expreso los beneficios de orden y excusión, no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor y se haga la excusión de sus bienes. El fiador debe pagar o cumplir si no lo hace el deudor, pero si tiene el beneficio de orden, el acreedor no puede obligar al fiador, a hacer el pago, sin antes haberlo exigido del deudor principal y, si el fiador, al ser demandado, opone la excepción de orden, el juzgador esta en la obligación de estudiar esa excepción previamente.

Quinta época.

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Tomo: XXXIV.

Pagina. 365.

FIADOR.

Si no ha renunciado a los beneficios de orden y excusión, es innegable que no puede demandársele el cumplimiento de la obligación, mientras no se demuestre que los deudores carecen de bienes para hacer el pago; pero si la demanda se entabló, el fiador debe de oponer las excepciones de orden y excusión, sin que sea obstáculo lo mandado en el artículo 1403 del Código de Comercio, porque no siendo prohibitivas sus disposiciones, no puede considerarse impertinente el que se pongan las excepciones dichas; y si para

demostrarlas el fiador solicita un término de prueba y no se le concede, con ello se viola substancialmente el procedimiento.

Quinta época.

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Tomo: XXV.

Página. 1958.

Como se observa, las anteriores tesis legitiman su valor en juicio e incluso las señalan ya bajo el término excepciones a los mal llamados beneficios de orden y excusión; ahora bien para complementar este espectro de requisitos procesales, se anota otra tesis jurisprudencial, que contiene los elementos que ha acogido el legislador para que procedan en juicio.

FIANZA. BENEFICIO DE EXCUSIÓN. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ).

La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si este no lo hace, (artículo 2624 del Código Civil del Estado de San Luis Potosí). En el Derecho Romano, el acreedor podía exigir al fiador el cumplimiento de la obligación sin ocurrir previamente al deudor principal, pero luego se modificó esta severidad, teniendo en cuenta que los fiadores se obligan por un sentido de beneficencia y generosidad, y se estableció a favor de ellos, el beneficio llamado de excusión, cuyo efecto es obligar al acreedor a proceder contra el deudor principal, antes que contra el fiador. Este beneficio es llamado también de orden y excusión, por el deber que tiene el acreedor de gestionar ordenadamente el cumplimiento de la obligación, exigiéndolo primero al deudor, consiste en aplicar todo el valor libre de los bienes de éste al pago de la obligación, que quedará extinguida o reducida a la parte que no sea cubierta. Todos los autores sostienen que la existencia legal del beneficio de excusión no importa la necesidad para el acreedor de proceder a ella en los bienes del deudor antes de dirigirse en contra del fiador, porque no sería opuesto a la naturaleza del contrato, que solo exige que el deudor principal no cumpla la obligación para que el fiador quede obligado a satisfacerla. En otros términos, es un beneficio y no un derecho que impida el ejercicio de la acción del acreedor. Para que la excusión aproveche al fiador son indispensables los

requisitos siguientes: I. Que el fiador alegue el beneficio luego que se le requiera de pago; II. Que designe bienes del deudor que basten para cubrir el crédito y que se hallen en el distrito judicial en que deba hacerse el pago; III. Que anticipe o asegure competentemente los gastos de excusión. El segundo requisito se funda en la naturaleza misma de la fianza y consideraciones de equidad y justicia. En efecto: Por el contrato de fianza está obligado el fiador a satisfacer la obligación del deudor principal, si este no la cumple; sin embargo, la ley ha moderado este efecto necesario del contrato, estableciendo, por consideraciones especiales, el beneficio de excusión a favor de aquel, pero a condición de que nunca le sirva para alargar indebidamente el cumplimiento del deber que contrajo. Si el fiador tiene que satisfacer la obligación del deudor, solo se le concede el beneficio de excusión como una gracia especial, difiriendo el cumplimiento de ella, en virtud de que el principal obligado es solvente. Por lo tanto, para que el beneficio de excusión que consigan el artículo 2645 del citado Código aproveche a la parte fiadora, debió ésta no solo invocarlo al ser requerida de pago, sino designar bienes del deudor que bastarán para cubrir el crédito y que se hallaran dentro del distrito Judicial en que procede hacer el pago, debiendo además asegurar competentemente los gastos de excusión, según lo dispone el artículo 2647.

Quinta época.

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Tomo: CXXVII.

Página. 244.

Nótese que las anteriores tesis han motivado las reformas que el legislador ha tomado para la ley que positivamente se aplica en el Estado de México; ya que el Código Civil vigente para esta entidad retoma los mismos requisitos para que esta figura jurídica proceda en juicio. Lo cual analizamos a continuación.

d) DE LA LEY. Por último, analizamos el contenido de los requisitos que la ley señala, para que los beneficios procedan en juicio. Ahora bien, es bien sabido que todo juicio civil se encuentra legitimado por dos tipos de normas, por un lado las sustantivas, que son las que conforman el fondo del asunto, es decir, aquellas que conceden derechos e imponen

obligaciones (excepto las relacionadas con el proceso), y que se encuentran ubicadas dentro del Código Civil. Y por las normas Adjetivas, reconocidas como aquellas que regulan la utilización de los aparatos del Estado, que aplican el derecho a los casos concretos; se piensa en el derecho procesal como el que contiene las normas adjetivas, las cuales cobran vida en el Código de Procedimientos Civiles.

Se analiza primeramente los requisitos sustantivos, derivados del Código Civil vigente y adjetivo que se exigen para que los beneficios procedan en juicio.

Los artículos 7.1023 y 2669 de las citadas leyes regulan de manera explícita los requisitos que el fiador debe reunir para que este beneficio le aproveche; requisitos que en líneas anteriores se había apuntado tienen su fuente en las ejecutorias resueltas por nuestro máximo tribunal; Artículos que textualmente establecen:

Artículo 7.1023. Para que el beneficio de excusión aproveche al fiador, son indispensables los requisitos siguientes, que:

I Alegue el beneficio luego que se le requiera de pago;

II Designe bienes del deudor que basten para cubrir el crédito y que se hallen dentro del Estado de México;

III Anticipe o asegure los gastos de excusión; (sic)

Artículo 2669. Para que el beneficio de excusión aproveche al fiador, son indispensables los requisitos siguientes:

I.- Que el fiador alegue el beneficio luego que se le requiera de pago;

II.- Que designe bienes del deudor que basten para cubrir el crédito y que se hallen dentro del distrito Judicial en que deba hacerse el pago;

III.- Que anticipe o asegure competentemente los gastos de excusión.

Nótese que la única diferencia entre los dos artículos anotados, estriba en que los bienes que se señalen para la excusión era obligatorio estuvieran dentro del distrito judicial caso de la ley abrogada, hecho que amplió el legislador en la vigente ley al territorio del Estado de México.

Pero, estos no son los únicos requisitos que se pueden interpretar del Código Civil, por lo que se anotan otros, que se infieren de la interpretación a contrario sensu de los

artículos 7.1022 y 2668 (Ley vigente y abrogada) lo cual realizamos en base a la siguiente interpretación en sentido inverso:

Artículos 7.1022 o 2668. Casos en que no opera la excusión	Interpretación contrario sensu
La excusión no tendrá lugar cuando:	La excusión tendrá lugar cuando:
I El fiador renunció expresamente a ella;	I El fiador no renunció expresamente a ella;
II Haya concurso o insolvencia probada del deudor;	II No haya concurso o insolvencia probada del deudor;
III El deudor no pueda ser judicialmente demandado dentro del Estado de México;	III El deudor pueda ser judicialmente demandado dentro del Estado de México;
IV El negocio para el que se presto la fianza sea propio del fiador;	IV El negocio para el que se presto la fianza no sea propio del fiador;
V Se ignore el paradero del deudor, siempre que llamado este por edictos, no comparezca, ni tenga bienes embargables en el lugar donde debe cumplirse la obligación.	V Se conozca el paradero del deudor, tenga bienes embargables en el lugar donde deba cumplirse la obligación.

FIGURA 18. Comparación a contrario sensu de los artículos 7.1022 y 2668 del Código Civil vigente y abrogado del Estado de México

Por último, se analizan los requisitos que exige el vigente y el abrogado Código Procesal Civil del Estado de México; siendo oportuno hacer la aclaración de que estos ordenamientos en toda su extensión no hacen referencia al beneficio de orden; más sin embargo si se refieren al beneficio de excusión aplicándole el sustantivo de excepción dilatoria, lo que ya es un atino por parte del legislador; ahora bien, en cuanto a los requisitos legales para que estas figuras jurídicas procedan en juicio, no existe disposición expresa, lo que nos conduce a deducir sus requisitos de las reglas generales, quedando como requisitos los siguientes:

I.- Que el fiador lo haga valer, se requiere la instancia de parte, artículos 1.2 y 3 de la ley Procesal Civil.

II.- Que el fiador tenga la capacidad legal, artículos 1.78 así como 98 y 99 de las mismas leyes.

III.- Que el beneficio se alegue dentro del plazo legal; siendo este dentro de los nueve días concedidos para contestar la demanda, o bien dentro de la fase probatoria, dentro de los tres días que le sigan al conocimiento de los hechos en que se funda. Artículos 1.148, 1.149, con

relación al 2.116 y 2.117 del mismo ordenamiento vigente. Y artículos 166 con relación al 600 ley abrogada.

IV.- Los documentos con los que se pretenda acreditar los elementos analizados en cuanto al fondo, artículos 2.100 y 2.103 código en vigor y, 580, 581 y 583 del Código abrogado.

3.2.2 MOMENTO PROCESAL EN QUE SE HACEN VALER

Para poder establecer el momento procesal que se hacen valer los llamados beneficios de orden y excusión, resulta necesario en base al método deductivo que se ha venido utilizando a lo largo del presente trabajo; establecer su acepción general dentro del campo del derecho, y de ahí en la especie ubicarlos tiempos que positivamente deben de hacerse valer estas figuras jurídicas para el caso del Estado de México.

Se ha establecido en este trabajo de investigación, que cualquier proceso, incluso el judicial, se desarrolla dentro de ciertos tiempos que se suceden entre sí para llegar a un resultado; de tal manera que no existen procesos instantáneos, ya que rompería con su propia naturaleza de suceso de pasos. Por lo tanto debemos de entender de manera general por momento procesal al lapso de tiempo que se requiere para cada uno de los pasos de un proceso determinado.

Ahora bien, en el campo del derecho, en el capítulo 2.1 de la presente tesis, se dejó señalado, que para el caso del proceso judicial, y en particular el juicio ordinario civil, pasa dentro de su desarrollo por siete fases de desarrollo; más aun, quedan señalados que las primeras cuatro etapas forman lo que se conoce como primera instancia, la cual se desarrolla delante de un juez instructor; y como es lógico pensar el proceso judicial no escapa a la regla de que al ser un proceso (serie de pasos) no es posible que los pasos que lo componen coexistan en el mismo tiempo, y por lo tanto si en la especie que nos ocupa se pretende establecer el momento procesal que se deben de hacer valer los llamados beneficios, debemos forzosamente establecer el tiempo en que se suceden los actos procesales.

"El proceso es un fenómeno fundamentalmente dinámico y que se proyecta y desenvuelve en el tiempo. El dinamismo radica en que esta destinado a fluir y, además, por naturaleza, es un fenómeno transitorio aunque existan procesos que se antojan de existencia

*permanente y tal transitoriedad la encontramos en la circunstancia de que su antecedente y razón de ser es siempre un litigio y su finalidad y destino es la solución de ese litigio."*¹²⁰

Así analizada, la relación procesal es una relación en movimiento, corre a través del tiempo, y este es un factor que no se puede dejar de tomar en cuenta, ya que su influencia es decisiva en el desarrollo de las actividades judiciales, factor cuya administración constituye uno de los aspectos más delicados que debe de cuidar cualquier abogado litigante dentro del proceso jurisdiccional.

*"El impulso procesal está dado en una relación de tiempo y no de espacio. Cuando hablamos de que el proceso se desenvuelve avanzando desde la demanda hasta la sentencia, utilizamos tan sólo una metáfora, pues la relación es de carácter puramente temporal: Una relación de pasado, presente, futuro. Avanzar significa ir realizando etapas que se van desplazando hacia lo pasado y preparar otras que se anuncian en lo porvenir. El proceso no es una cosa hecha, un camino que deba recorrerse, sino una cosa que deba hacerse a lo largo del tiempo. Los plazos son pues, los lapsos dados para la realización de los actos procesales. Durante ellos deben de satisfacerse las cargas si no se desea soportar las consecuencias enojosas del incumplimiento. El tiempo crea, modifica y extingue también los derechos procesales concretos."*¹²¹

Ya podemos inferir que las actuaciones judiciales, dentro del proceso ordinario civil se deben desarrollar dentro de ciertos términos o plazos, y que incluso este espacio de tiempo debe ser producido dentro de los días y horas hábiles.

En cuanto a los vocablos de término y plazo, existe gran confusión al respecto y, muchos Códigos y autores emplean mal estos vocablos. Así se habla en muchos casos de términos, queriendo en realidad la ley y los autores referirse al plazo, por lo que se considera pertinente la aclaración que bajo este tenor realiza el maestro Briceño Sierra: *"Término es el momento en que debe realizarse un determinado acto procesal; plazo es el espacio de tiempo*

¹²⁰ GÓMEZ LARA, Cipriano. *Teoría General del Proceso*, página 255.

¹²¹ COUTURE J., Eduardo. *Op. Cit.* página 174.

*en que debe realizarse. Lo importante en el concepto del término, es que haya conexión, que su unidad conceptual produzca instantaneidad jurídica, el término es algo más que la coincidencia entre el tiempo astronómico y el acto, todo plazo tiene pues, un momento a quo y otro ad quem, uno que marca el principio y otro que señala la meta."*¹²²

En la especie que se analiza, el proceso ordinario civil que tiene lugar en el Estado de México, se compone de una serie de actos o hechos que se suceden en el tiempo; y que el legislador ha recogido y regulado su desarrollo en la ley Procesal Civil; la cual para no ser caótica y que estos se sucedan con cierto orden se han fijado plazos para su desarrollo, y que surgen del binomio actuaciones y términos judiciales; por lo tanto para que cualquier actuación judicial en el Estado de México sea válida, se requiere:

- ✓ Las actuaciones judiciales deberán practicarse en días y horas hábiles (artículos 1.105 y 136 del Código de Procedimientos Civiles, vigente y abrogado). Se entiende por días hábiles todos los del año, con excepción de los sábados y los domingos, así como los que señale el consejo de la judicatura artículo 1.106 y 136 mismas leyes. Son horas hábiles las que median entre las 8:00 y las 19:00 horas, salvo excepciones artículo 1.107 y 136 mismos ordenamientos.
- ✓ Las promociones de las partes deberán de presentarse dentro del horario laborable, señalado por el consejo de la judicatura artículo 1.116 y 139 mismas leyes.
- ✓ Los plazos judiciales, empezaran a correr al día siguiente de su notificación artículo 1.149 y 166; tomando en cuenta que los plazos judiciales son prorrogables, improrrogables, ordinarios y extraordinarios. Artículo 1.154 o 171; 1.148 o 166; 1.156 o 173 y, 1.159 o 176, todos del Código Procesal vigente y abrogado respectivamente.
- ✓ En ningún plazo judicial se toman en cuenta los días que no tengan lugar las actuaciones judiciales; anotadas en el punto primero.
- ✓ Por regla general, cuando la ley no señale plazo para la práctica de algún acto judicial, se tiene por señalado el de tres días artículo 1.164 misma ley vigente.

¹²² BRICEÑO SIERRA, Humberto. *El Juicio Ordinario Civil*, México 1977, Editorial Trillas, tomo I, página 159.

- ✓ Para el caso del Código abrogado diez días para pruebas y tres para cualquier otro, artículo 181.

Sentadas las bases generales y limitadas al caso concreto del Estado de México, ahora se puede analizar el requisito tiempo, para los llamados beneficios. La doctrina ha sostenido tradicionalmente dos momentos para hacer valer las excepciones; el primero de ellos, al momento de formular la contestación de demanda. El segundo, en cualquier parte del procedimiento, siempre y cuando el asunto no haya pasado a sentencia y con la condición de que se realice dentro de los tres días que le sigan al hecho o acto que los motivaron.

“De acuerdo al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el demandado formulará la contestación de la demanda en los términos prevenidos para ésta. Las excepciones que se tengan, cualquiera que sea su naturaleza, se harán valer simultáneamente en la contestación y nunca después, a no ser que fuesen supervenientes, en cuyo caso (Art. 273 del código citado) se harán valer antes de la sentencia y dentro del tercer día que tenga conocimiento la parte, sustanciándose incidentalmente y reservándose su resolución para la definitiva.”¹²³ Lo anterior nos fundamenta en primer término la laguna que existe en la ley positiva del Estado de México, que no menciona de que forma debe realizarse la contestación de demanda; y por otro lado fundamenta los dos momentos en los cuales se hacen valer las excepciones.

En cuanto al momento en que se hacen valer las excepciones, en el capítulo segundo, subtítulo 2.4.1., página 74 de la presente investigación, se estableció el momento en que se hacen valer para el caso particular del Estado de México; por lo que tan solo resta individualizar el momento, al caso de cada uno de los beneficios materia de estudio.

El beneficio de orden, tendrá que ser hecho valer simultáneamente con la contestación de demanda, y dentro del plazo de los nueve días que le sigan al momento en que se notifique al fiador; lo anterior se deduce de la simple naturaleza de esta excepción, que es personal y dilatoria, anotando al efecto la definición del citado beneficio que realiza el

¹²³ DE PIÑA Rafael. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, página 384-385.

maestro Rafael de Pina en su diccionario de derecho: *“Beneficio de Orden.- Llámese así al concedido al fiador consistente en al imposibilidad legal de que sea demandado eficazmente por el acreedor, sin que antes lo sea el deudor principal.”*¹²⁴ Más aun el beneficio de orden es el que la ley positiva del Estado de México concede al fiador de no ser demandado por el acreedor sin que antes sea requerido de pago el deudor principal, hecho que se consigan en el artículo 7.1020 y 2666 del Código Civil vigente y abrogado para esta entidad, los cuales establecen:

Artículo 7.1020 o 2666. El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente lo sea el deudor y se haga la excusión de sus bienes.

Por lo tanto, al ser la demanda junto con el emplazamiento, el momento en el cual se le hace saber al demandado, él juez que lo emplaza, así como el monto y prestaciones reclamadas, es la contestación a la misma el momento procesal oportuno para hacer valer este beneficio, ya que de no ser así no tendría razón de ser la citada especie de defensa.

El beneficio de excusión, puede ser invocado en dos momentos distintos a saber; el primero de ellos al contestar la demanda, teniendo el mismo fundamento que el beneficio anterior y que ha quedado señalado.

El segundo momento como excepción superveniente, las cuales para el caso particular que nos ocupa, tendrá que ser antes del término del segundo periodo probatorio, es decir dentro de los 15 o 20 días concedidos para el desahogo de las pruebas; y también dentro de los tres o cinco días (tratase del Código Procesal Civil vigente o el abrogado respectivamente), que sigan al conocimiento de la existencia de bienes, derechos o valores propiedad del deudor principal, que puedan servir para garantizar el cumplimiento de la obligación.

Tiene fundamento lo anterior en lo dispuesto por los artículos 2.117 con relación al 2.126 de la Ley Procesal Civil vigente. Por otra parte el Código abrogado legitima lo anterior en su numeral 599 con relación al 608.

¹²⁴ DE PINA, Rafael. *Diccionario de Derecho*, página 87.

Artículo 2.117. Sólo se admitirán las excepciones supervenientes a la contestación de la demanda, lo mismo aquellas de las cuales no haya tenido conocimiento, y deberán hacerse valer hasta antes del fenecimiento de la fase probatoria, no admitiéndose después de tres días de que haya tenido conocimiento de los hechos en que se funda.

Artículo 2.126. En la audiencia conciliatoria, si no se logra avenir a las partes o no asisten, y el negocio exige prueba, el juez concederá un plazo común de cinco días para ofrecerlas y de quince para su desahogo, contados a partir del día siguiente si asisten las partes, o de que se notifique el auto.

Artículo 600. Las excepciones y defensas que tenga el demandado, cualquiera que sea su naturaleza, se harán valer al contestar la demanda; solo las supervenientes y aquellas de que no haya tenido conocimiento podrán oponerse hasta antes de la conclusión, del término probatorio, pero no serán admitidas después de cinco días de que haya tenido conocimiento de los hechos en que se funda. En ese caso se probarán dentro de dicho término probatorio si lo que de él quedare fuere menor de diez días. En caso contrario, se complementará dicho término con los días que faltaren.

Artículo 608. El término de prueba fijado por el Juez se dividirá en dos períodos comunes a las partes e improrrogables cada uno de ellos.

El primer período que será el de una tercera parte del término de prueba servirá para que cada parte proponga en uno o varios escritos la prueba que le interese.

El segundo período que comprenderá las dos terceras partes restantes del término probatorio, se utilizarán para desahogar las pruebas que hubiesen propuesto las partes...

Lo anterior lo inferimos del contenido de la ley procesal, con el contenido de la ley Sustantiva Civil tanto vigente como abrogada, las cuales en sus artículos 7.1024 y 2670 facultan al fiador a pedir la excusión, incluso después de haber sido requerido de pago, esto cuando se descubran bienes del deudor principal, ya sea que los haya ocultado, o bien los hubiera adquirido; y por lo tanto podemos ubicar a la excepción de excusión como superveniente, anotando al efecto el contenido de la ley.

Artículo 7.1024 o 2670. Si el deudor adquiere bienes después del requerimiento o si se descubren los que hubiere ocultado, el fiador puede pedir la excusión aunque antes no al haya pedido.

3.2.3 ELEMENTOS PROBATORIOS

Establecer los elementos que sirven para demostrar el orden y la excusión, obliga a considerar aunque de manera por demás sumaria la doctrina que respecto a la prueba existe; y como este tema es comentado por todos los autores procesalistas de forma por demás amplia, se intentará formular las principales directrices que de forma práctica se requieren dentro de un proceso jurisdiccional; por lo que el presente trabajo no pretende hacer un estudio de las diversas pruebas que existen en nuestro derecho positivo mexicano.

Hecha la anterior aclaración y, siguiendo la dialéctica deductiva que se ha seguido a lo largo de la presente investigación, es de hacer notar que el género del presente tema, lo encontramos en la prueba; palabra que tiene dos derivados etimológicos a saber:

Algunos lo consideran un derivado del adverbio *probe*, que significa honradamente, por consideración que obra con honradez el que prueba lo que pretende. Según otros deriva de la palabra *probandum*, que significa recomendar, probar, experimentar, patentizar hacer fe.

Gramaticalmente se entiende por prueba a la *"acción y efecto de probar: período de prueba. 2. Ensayo que se hace de una cosa: hacer una prueba a un motor, a un coche. 3. señal, muestra o indicio que permite demostrar una cosa: presentar pruebas fidedignas. 4. Examen para demostrar determinadas cualidades o habilidades: pruebas teóricas. 5. Competición deportiva. 6. Primera muestra de una composición tipográfica, que se saca para corregirla..."* esta misma fuente hace referencia a la prueba en el campo del derecho: *"...7. Der. Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley. 8. Der. Actividad realizada por las partes y el tribunal para determinar la verdad o falsedad de una afirmación a efectos del curso del proceso y la justicia de la sentencia."*¹²⁵

¹²⁵ Pequeño Larousse Ilustrado. Op. Cit. página 831.

Nótese que el anterior concepto hace referencia a la prueba en diversas actividades humanas, por lo que podemos inferir que la prueba es la acción y efecto de probar y, también es la razón, argumento, instrumento u otro medio con el que se pretende mostrar o hacer patente la verdad o falsedad de una cosa.

Limitando el concepto al campo del derecho, se observa que este término ya tenía la misma connotación en el derecho romano, según la define la ley I, título XIV de la partida tercera, de la Ley de las Partidas en los siguientes términos:

Ley I. Partida III. La prueba es la averiguación que se hace en juicio de alguna cosa dudosa, o bien la producción de los actos o elementos de convicción que somete el litigante, en la forma que la ley previene, ante el juez del litigio, y que son propios, según derecho, para justificar la verdad de los hechos alegados en el pleito.

Por lo tanto en el campo del derecho procesal debemos entender por prueba al conjunto de elementos de conocimiento que se aportan en el proceso jurisdiccional y, que tienden a la demostración de los hechos o derechos alegados por las partes, con sujeción a las normas jurídicas vigentes.

Como se observa, el fin de la prueba es formar convicción en el juzgador, para que éste, llegado el momento decida cual de las partes tiene la verdad o falsedad de las acciones o defensas planteadas en el juicio; *"por eso se ha podido decir, exactamente, que quién tiene un derecho y carece de los medios probatorios para hacerlo valer ante los tribunales en caso necesario, no tiene más que la sombra de un derecho"*¹²⁶; lo que nos orilla a establecer cuáles son los criterios que utiliza el juzgador para valorar y apreciar los medios de prueba aportados materialmente dentro de un juicio; la doctrina ha establecido tres sistemas por medio de los cuales el juzgador valora las pruebas presentadas por las partes para establecer su juicio final, representado por la sentencia, fase culminante de lo que se ha definido como la primera instancia del juicio ordinario civil; por lo que vista la amplitud de información bajo este rubro, se propone el siguiente cuadro comparativo de la opinión de tres doctrinarios, de

¹²⁶ DE PINA, Rafael. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, página 264.

las cuales no se puede realizar inferencia inmediata alguna; por girar todas en el mismo sentido, sirviendo cualquiera de ellas en vía de concepto.

CARLOS ARELLANO GARCÍA	EDUARDO PALLARES	RAFAEL DE PINA Y OTRO
Fuente: <u>Derecho Procesal Civil</u> , tercera edición, México 1993, Editorial Porrúa, 700 páginas.	Fuente: <u>Derecho Procesal Civil</u> , novena edición, México 1991, Editorial Porrúa, 706 páginas.	Fuente: <u>Instituciones de Derecho Procesal Civil</u> , duodécimo edición, México 1997, Editorial Porrúa, 554 páginas.
PRUEBA LIBRE: El juez y las partes gozan de la amplia posibilidad de utilizar ilimitadamente todos los elementos a su alcance para intentar el conocimiento de los datos relativos a los puntos en controversia dentro del proceso.	PRUEBA LIBRE: Consiste en dejar en libertad a los tribunales, tanto para determinar cuales son los medios de prueba como respecto de la eficacia probatoria de los mismos así como la manera de producirlos.	PRUEBA LIBRE: Es aquel en que la convicción del juez no está ligada a un criterio legal, formándose por tanto, respecto de la eficacia de la misma, según una valoración personal, racional, de conciencia, sin impedimento alguno de carácter positivo.
PRUEBA LEGAL O TASADA: Las normas jurídicas del derecho vigente se ocupan ampliamente de las pruebas para establecer los causes por los que las partes y el juez deben conducirse en materia probatoria.	PRUEBA LEGAL O TASADA: Que es el contrario del anterior. En él, la ley fija los únicos medios de pruebas que pueden hacer valer las partes y la eficacia misma de ellos.	PRUEBA LEGAL O TASADA: La valorización de las pruebas no depende del criterio del juez. La valorización de cada uno de los medios de prueba se encuentran previamente regulados por la ley y el juez ha de aplicarla rigurosamente, sea cual fuere su criterio personal.
SISTEMA MIXTO: Es un sistema ecléctico en el que algunos aspectos de la prueba están previstos y regulados detalladamente por el legislador, mientras que otros se dejan al albedrío razonable del juzgador.	SISTEMA MIXTO: En este sistema, que participa parcialmente de las caracteres de los dos anteriores, y que es seguido por el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.	SISTEMA MIXTO: Que es el admitido en la legislación mexicana, con tendencia a la libertad, pretende paliar los inconvenientes de la aplicación tajante de cualquiera de los otros dos sistemas.

FIGURA 19. Cuadro comparativo de los Sistemas probatorios

Podemos concluir, que los sistemas procesales mexicanos sobre valoración de la prueba, se inclinan hacia el sistema mixto; en realidad no se puede hablar, desde el punto de vista legal de un sistema de prueba libre o tasada, rigurosamente implantados. Se cree que la combinación de los principios de la prueba legal y la prueba libre, tienden a resolver el contraste tradicional entre la necesidad de la justicia y de la certeza, lo cual se logra con la imposición de reglas y principios que sobre la prueba señala la ley; pero que coloca al juzgador en la posibilidad de apreciar el resultado según la lógica, la experiencia y su prudente arbitrio.

Si individualizamos lo anterior al caso del Estado de México, podemos concluir estableciendo, que esta entidad también adopta el sistema mixto; lo cual ha sido acogido por el legislador al tasar la prueba a lo que la ley señala como tal, pero también dándole la facultad al juez de su libre apreciación; hechos que han sido consignados en los artículos 1.250 y 1.359 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México:

Artículo 1.250. para conocer la verdad, puede el juzgador valerse de cualquier persona, cosa o documento, con tal de que las pruebas estén reconocidas por la ley y tengan relación inmediata con los hechos controvertidos.

Artículo 1.359. El juez goza de libertad para valorar las pruebas, con excepción de los documentos públicos que siempre harán prueba plena. Lo hará tanto en lo individual como en su conjunto, atendiendo las reglas de la lógica y la experiencia. Explicará detalladamente los fundamentos de su valoración y su decisión.

O Bien sus correlativos el artículo 267 y 386, de la misma ley abrogada.

Ahora bien, siguiendo con los principios deductivos, dentro del caso particular del Estado de México, la Ley Procesal vigente y abrogada, acepta como medios de prueba los señalados en sus numerales 1.265 y 281 respectivamente, los cuales establecen:

Artículo 1.265. Se reconocen como medios de prueba:

- I. la confesión;*
- II. Documentos público y privados;*
- III. Dictámenes periciales;*
- IV. Inspección Judicial;*
- V. Testigos;*
- VI. Fotografías, copias fotostáticas, registros dactiloscópicos, cualquier grabación de imágenes y sonidos y, en general, todos aquellos elementos aportados por la ciencia y la tecnología;*
- VII. Reconocimiento de contenido y firma de documento privado;*
- VIII. Informes de autoridades;*
- IX. Presunciones.*

Artículo 281. La ley reconoce como medios de prueba:

- I. la confesión;*

- II. *Documentos público;*
- III. *Documentos privados;*
- IV. *Dictámenes periciales;*
- V. *Reconocimiento o inspección Judicial;*
- VI. *Testigos;*
- VII. *Fotografías, copias fotostáticas, registros dactiloscópicos, y, en general, todos aquellos elementos aportados por la ciencia y la tecnología;*
- VIII. *Derogada; (gaceta del Gobierno. 12 de diciembre de 1986)*
- IX. *Presunciones*

Solo resta individualizar los principios rectores que sobre la carga probatoria señala el Código Procesal del Estado de México; para de esta forma, poder individualizar los elementos probatorios de las excepciones que se denominan orden y excusión.

"La carga de la prueba (onus probandi) representa el gravamen que recae sobre las partes de facilitar el material probatorio necesario al juez para formar su convicción sobre los hechos alegados por las mismas."¹²⁷

El Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, contiene disposiciones precisas sobre la distribución de la carga probatoria, las cuales se condensan en el siguiente cuadro (consultarlo en la página que sigue):

¹²⁷ DE PINA, Rafael, *Derecho Procesal Civil*, página 281.

ARTÍCULOS	CONCEPTO	FUNCIÓN
1.252 y 269	Carga de la Prueba	El actor debe de probar los hechos constitutivos de su acción y, el demandado de sus defensas y excepciones.
1.253	El que afirma, esta obligado a probar.	El que afirma tendrá la carga de la prueba, de sus respectivas proposiciones de hecho, y los hechos sobre los que la contraparte tenga a su favor una presunción legal.
1.254 y 270	Prueba de los hechos negativos	El que niega sólo esta obligado a probar cuando: <ul style="list-style-type: none"> • la negativa envuelva la afirmación de un hecho; • Se contraiga la presunción legal que tenga en su favor el colitigante. • Se desconozca la capacidad, y • La negativa fuere elemento constitutivo de al acción o de la excepción.
1.255 y 271	Relevo de la carga de la prueba	El que funda su derecho en una regla general, no necesita probar que su caso siguió ésta, pero quien alegue que está en al excepción, debe probarlo.
1.257, 1.258 y 274, 275	Necesidad y objeto de la prueba	Sólo los hechos dudosos o controvertidos serán objeto de prueba; el derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras, usos y costumbres. El tribunal debe de recibir las pruebas que presenten las partes, siempre que tengan relación directa o inmediata con los hechos controvertidos y no sean contrarias a la ley, a la moral o las buenas costumbres.

FIGURA 20. Cargas de la prueba en el Estado de México.

Es en base a lo anterior, que individualizando los anteriores puntos a los mal llamados beneficios de orden y excusión, y en base a su naturaleza jurídica, podemos deducir que sus elementos probatorios dentro del juicio ordinario civil para el caso del Estado de México serán:

Para el orden, que es una excepción sustantiva, común, nominada, se hace valer al contestar la demanda, personal, y sobre todo dilatoria; tendrá los siguientes elementos de convicción:

- a) **La Confesional**, del acreedor actor, donde confiese que existe el fiador o deudor principal, y que este no ha sido requerido de pago, y mucho menos se le ha emplazado en su caso a juicio, es necesario en base a los requisitos de procedibilidad que también confiese que no hubo renuncia a los beneficios. Puede invocarse también la confesional del propio deudor principal, para que declare ante la presencia judicial que no ha sido requerido de pago, y orillar a que de ser un litisconsorcio pasivo voluntario, planteado por el actor, dilate el juicio y se establezca el

litisconsorcio pasivo necesario, y no se pueda dictar sentencia sin oírlos a todas ellas (artículo 1.87 de la Ley procesal con relación al 7.1021 del Código Civil vigente del Estado de México); es de hacer notar que el código abrogado no hacía referencia a la litisconsorcio.

- b) **Documental privada**, la cual se hace consistir en el propio documento en el cual conste la fianza, por la cual el fiador se obligó por el deudor principal, pero que no existió la renuncia al mal llamado beneficio, y por lo tanto hace procedente sea primero esté requerido de pago antes que al fiador. Más aún al ser este documento el exhibido como fundatorio de derecho, debe de constar forzosamente glosado en autos.
- c) **Informes de autoridades**, dada la naturaleza de la dilación, principal objeto de esta excepción, y para el caso de que el actor replique en desconocer el paradero del deudor principal, se puede solicitar que sean las autoridades como son: Policía Judicial o bien Seguridad Pública Estatal o municipal, se aboquen a la búsqueda y localización de su paradero; y motivar en todo caso la notificación por edictos (artículo 1.181 o 194 del Código Procesal vigente y abrogado)
- d) **Presuncionales**, en su doble aspecto legal y humana, misma que realice el juzgador de los hechos conocidos se infieren otros desconocidos, como es el caso concreto, de que por el simple hecho de no haber requerido de pago al deudor principal, y no haber renuncia al beneficio, procede se le requiera previamente ha este de pago y se haga la excusión de sus bienes.

Por su parte la excepción de excusión, que cuenta con la misma naturaleza que el orden, con la amplitud que esta puede ser una excepción superveniente y llegado el caso perentoria, cuenta con los siguientes medios de convicción; aclarando al efecto que por técnica jurídica y en base a las reglas del procedimiento, de hacerse valer como excepción superveniente, en dicho curso deberán de acompañarse las pruebas respectivas, dependiendo del estado procesal que guarden los autos; pero si se ofrece dentro de la segunda etapa probatoria; es conveniente ofrecerlo de forma incidental para que se admitan y desahoguen las pruebas que se acompañen (artículo 1.216 al 1.222 o bien 229 al 236 de la Ley Adjetiva Civil vigente y abrogada); más sin embargo en uno y otro caso los medios probatorios serán los mismos que

el orden, lo anterior en virtud de que la consecuencia del orden es la excusión; pero resulta necesario cumplir con la cuota procesal, y por lo tanto esta afirmación obliga al fiador a demostrar la existencia de los bienes sobre los cuales se deba practicar dicha excusión, por lo que tan solo resta hacer referencia a los medios que prueban lo anterior y que podrán ser:

- a) **La Confesional**, del propio deudor principal, para que declare ante la presencia judicial que es el legítimo propietario de los bienes que señale el fiador como inventario para hacer la excusión.
- b) **Documental privada**, la cual puede consistir en los documentos que acrediten la propiedad de los bienes muebles, que sean materia del inventario de excusión. Resulta oportuno aclarar, que esta exhibición puede hacerse señalando el lugar en donde se encuentre el documento original (artículos 1.298 y 1.299 del Código de Procedimientos Civiles vigente, así como los artículos 581 y 583 fracción III del abrogado)
- c) **Documental pública**, la cual podrá ser en todo caso las escrituras públicas que amparen la propiedad de bienes inmuebles que sean propiedad del deudor principal; incluso podemos incluir bajo este rubro a las acciones que le pertenezcan por ser socio de una persona jurídica colectiva, o moral Código civil abrogado.
- d) **Presuncionales**, en su doble aspecto legal y humana, misma que realice el juzgador de los hechos conocidos se infieren otros desconocidos.

3.3. UBICACIÓN DE LOS BENEFICIOS EN LAS EXCEPCIONES Y DEFENSAS PROCESALES

En el punto 3.1 página 90 del presente trabajo de investigación, deducimos a partir del concepto gramatical la excepción y la defensa, de ahí limitamos el concepto al campo del derecho haciendo notar que sobre este particular la doctrina no ha establecido claramente su diferencia; más sin embargo se estableció que en el campo del derecho positivo mexicano se entiende por defensa al derecho de contradicción por medio del cual se realiza todo acto de oposición o rechazo por parte del demandado, frente a una demanda, y este puede ser ejercido en cualquier etapa del procedimiento.

En este orden de ideas, también se concluyó que la expresión excepción designa en primer termino -con un sentido abstracto- el poder que tiene el demandado para oponer, frente a la pretensión del actor aquellas cuestiones que afecten la validez de la relación procesal e impidan un pronunciamiento de fondo sobre dicha pretensión (cuestiones procesales), o aquellas cuestiones que, por contradecir el fundamento de la pretensión, procuran un pronunciamiento de fondo absoluto (cuestiones substanciales).

Se pudo establecer así que la defensa es el género y la excepción la especie, hecho que se tomo de la hipótesis aceptada por nuestros doctrinarios, así como nuestra ley y que reza así: "Toda excepción es defensa, pero no toda defensa es excepción". Así todo acto que el demandado realice dentro del proceso como relación procesal será considerado defensa; y por lo tanto cualquier excepción, recurso, etcétera que se plantee dentro del proceso será siempre una especie de defensa; lo cual esquematizamos en la figura de la siguiente página:



FIGURA 21. *Toda excepción es defensa, pero no toda defensa es excepción*

Establecidas las raíces anteriores -las cuales son la base que representa la premisa mayor- para poder ubicar a las figuras jurídicas denominadas orden y excusión; cuando éstas son hechas valer por el fiador dentro del proceso ordinario civil que tiene vigencia en el Estado de México.

Para poder pasar a ubicar las figuras jurídicas materia de estudio en el campo anterior, -es decir dentro de las excepciones o defensas- implica forzosamente establecer su definición limitada al campo del derecho, haciendo al efecto la aclaración de que en la página 120 y 121 del presente capítulo, se precisó su deducción del campo gramatical al campo del derecho, por lo que resulta ociosa su repetición. Por lo que se anota el concepto ya limitado.

Se entiende por "orden" como beneficio, o mejor dicho como excepción, en el campo del derecho procesal civil, al concedido al fiador consistente en la imposibilidad legal de que sea demandado eficazmente por el acreedor actor, sin que antes lo sea el deudor principal.

Por otro lado se entiende por Beneficio o excepción de excusión a la que consiste en aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor principal al pago de la obligación requerida

en juicio, de tal suerte que el fiador sólo responde con sus bienes en caso de que el deudor no pueda cumplir con todo o parte de la obligación. Esta especie de defensa en sentido restringido -ya es considerada como excepción dilatoria con gran atino por el legislador- en nuestro reciente Código Procesal Civil vigente en el Estado de México (artículo 2.37 fracción III o su correlativo 513 fracción VII del abrogado).

Tomando entonces como primera premisa que toda excepción es una defensa, pero que no toda defensa es una excepción se puede inmediatamente inferir que las dos figuras jurídicas denominadas orden y excusión al ser hechas valer en juicio pasan a ser una defensa, es el derecho de contradicción del demandado en juicio, cuando este ente es el fiador; esto se demuestra a la óptica de la teoría del proceso como relación jurídica.

“la acción es la facultad de pedir a los órganos jurisdiccionales del Estado la aplicación del derecho objetivo a casos concretos, ya sea con el propósito de establecer una situación jurídica dudosa, ya con el de que se declare la existencia de una determinada obligación y, en caso necesario, se haga efectiva, aun contra la voluntad del obligado. Como toda facultad jurídica, el derecho de que hablamos supone la existencia de la obligación correlativa. Esta obligación constituye el contenido de la función jurisdiccional. Hay consecuentemente, una relación jurídica procesal que en su aspecto activo está representada por las facultades legales de las partes frente a los órganos encargados de la jurisdicción y, en su aspecto pasivo, por el deber jurisdiccional de tales órganos...”

...Tanto la demanda como la contestación o defensa tienden a un mismo fin: la emisión de la sentencia o, lo que es igual, la aplicación del derecho objetivo al caso singular para el esclarecimiento de una situación jurídica incierta o controvertida.”¹²⁸

Por lo tanto, la relación jurídica procesal surge entre tres partes: Actor, demandado y juez. La relación que se establece entre el actor y el juez es conocida con el nombre de relación jurídica de acción; consecuentemente la que existe entre los órganos jurisdiccionales y el demandado se le llama de contradicción o bien como defensa.

¹²⁸ GARCÍA MAYNES, Eduardo. *Op. Cit.* página 247.

De lo anterior queda demostrado que cualquier acto que desarrolle el demandado dentro del proceso jurisdiccional, siempre será en su derecho a la defensa, y en consecuencia el orden o la excusión esgrimida en juicio siempre será una defensa del demandado.

Resta tan solo establecer el orden y la excusión como excepciones; pero como el legislador para el caso del Estado de México en nuestra vigente Código Procesal, ha señalado ya a la excusión como una excepción dilatoria; lo anterior en el libro segundo, capítulo II denominado de las excepciones y, en particular en el artículo 2.37 fracción III.

Artículo 2.37. Son excepciones dilatorias o que no destruyen la acción:

I La falta de cumplimiento de plazo o de la condición a que esta sujeta la acción intentada;

II La División.

III La excusión.

IV Las demás que señale la ley.

Por su parte el Código Procesal abrogado también señala la excusión como una excepción dilatoria; esto en el Capítulo II del Libro Segundo, denominado de las excepciones, artículo 513 fracción VII.

Es por lo anterior que no se requiere fundamentar el origen del mal llamado beneficio de excusión como la excepción que en realidad es; pero si bien el legislador la legitimó como tal en los artículos en comento con gran acierto, se cree pertinente aclarar que la excusión puede ser una excepción perentoria; cuando los bienes pertenecientes al deudor principal, basten para cubrir el total del adeudo materia de la fianza, esta afirmación tiene su fundamento en el Código Sustantivo Civil, en efecto el artículo 7.1050 o 2694 (Ley vigente o abrogada) establecen que la fianza se extingue por las mismas causas que las demás obligaciones; mientras que el artículo 7.1020 o 2667 respectivamente, establecen que en la excusión se aplican los bienes al pago de la obligación la cual queda reducida o extinguida según se cubra o no todo el crédito. En tal virtud si *"el pago es el cumplimiento de la obligación, cualquiera que sea el objeto de ésta. Se paga dando una cosa, prestando un*

servicio u observando la abstención objeto de la obligación, trátese de obligaciones de dar, hacer o no hacer.

*El pago es el efecto normal de toda obligación y, además, la forma natural de extinguirla: la relación jurídica fenece y se agota con su cumplimiento. El vocablo pagar proviene del verbo latino *pacare*, que significa aplacar: el pago aplaca al acreedor al satisfacer su interés.”¹²⁹*

Y por lo tanto, cuando los bienes materia de la excusión satisfagan el total del adeudo, definitivamente perece la acción; y en consecuencia la excusión puede ser una excepción de las llamadas perentorias.

Por su parte el orden es también una especie de defensa, llamada excepción, al momento de que la hace valer el fiador en juicio, esto en virtud de que no existe la negación del hecho constitutivo, por el contrario este se acepta; pero la consecuencia no puede ser producida, porque existe una razón que sustrae la regla, y por lo tanto la consecuencia no se puede dar, existe una excepción a la regla.

Esto lo demostramos en base al silogismo lógico jurídico que expusimos en el punto 3.1 del presente capítulo, el cual nos sirve para ubicar cuando se está en presencia de una defensa o una excepción, y que se aplica para comprobar su naturaleza del orden como excepción:

Se estableció la estructura silogística de la excepción, de la siguiente manera:

$A=B, B\neq C\dots C\neq A$ (A es igual a B, B no es igual a C, por lo tanto C no es igual a A).

En donde:

A= Premisa mayor; Hipótesis señalada por la ley.

B= Premisa menor; hecho real.

C= Consecuencia o Sentencia.

¹²⁹ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Obligaciones Civiles*, tercera edición, México 1980, Editorial Harla, página 310.

De la simple aplicación del anterior silogismo se concluye que el orden es una excepción; no se puede condenar al pago al fiador por que existe una excepción (Cosa que se aparta de una ley general que vale para los de su especie: la excepción de la regla) lo que haría injusta y violatoria de garantías a la sentencia. Por lo que se establece el citado silogismo:

Premisa mayor	Premisa menor	Consecuencia
Hipótesis señalada por la ley	Hecho real	Sentencia
Artículo 7.1020 o 2666 El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente lo sea el deudor y se haga la excusión de sus bienes	Un sujeto "X" se constituye como fiador del deudor principal, al contestar la demanda, hace valer el orden, y por lo tanto no se puede seguir en su contra el juicio si no se denuncia el pleito al deudor principal.	No puede haber un pronunciamiento de fondo; como se ve no se niega la existencia de la fianza, solo se alega que existen excepciones; es decir se aparta de la regla.

FIGURA 22. Comprobación silogística del orden Como excepción procesal

3.3.1 DIFERENCIA ENTRE EL BENEFICIO DE ORDEN Y EXCUSIÓN

A lo largo del presente capítulo se ha hablado de las diferencias entre las excepciones y las defensas; incluso se estableció cómo es que proceden una y otra en el proceso, que tiene lugar en el Estado de México. Posteriormente se descendió desde el género gramatical del orden y la excusión y, en la especie individual los definimos en el campo del derecho, hecho lo anterior y siempre en base a la deducción se establecieron sus requisitos de procedibilidad, el momento procesal en que se hacen valer, sus elementos probatorios; incluso en el capítulo que antecede se ubicaron dentro de las defensas y excepciones procesales.

En este orden de ideas, en todos los subtemas anteriores la constante esta formada por el trato individual de cada una de estas figuras jurídicas; las cuales cuentan con requisitos y elementos diferentes, por lo que se puede concluir desde este momento que son

completamente distintos; pero el trato que les dió nuestro legislador no estableció sus diferencias, incluso el orden es subsidiario de la excusión; ya que este último implica forzosamente aquel, por lo que se pretende establecer sus diferencias en base a la confrontación entre una y otra figura.

a) Confrontación gramatical:

Orden:

Distribución jerárquica de las cosas y coordinación de sus funciones. Colocación de las cosas en el lugar que les corresponde. Concierne de las cosas entre sí. Regla o modo para hacer las cosas.

Excusión:

De manera usual la acción y efecto de separar o desplazar algo, cuando no se es directamente el obligado

b) Confrontación como beneficios:

Beneficio de orden:

Bien que recibe una persona, en virtud de la disposición gradual, armoniosa o bien numérica, del hecho o acto de que se trate.

Beneficio de Excusión:

Bien que se recibe en virtud de la separación o desplazamiento que se hace del universo de un hecho o acto; que limita la obligación en orden progresivo

c) Confrontación de los beneficios en el derecho romano:

Beneficio de orden:

El cual consistía en que el fiador podía exigir al acreedor-actor persiguiera primero al deudor, antes de dirigirse a él.

Beneficio de Excusión:

Es el derecho que se le concede al fiado para eludir el pago, mientras no se acredite la insolvencia del deudor.

d) Confrontación de sus requisitos de procedibilidad:

Tiempo en el orden:

Regla general, al momento de contestar la demanda.

Tiempo en la Excusión:

Se hace valer al contestar la demanda, pero también como excepción superveniente.

Fondo en el orden

- a) Siempre lo tendrá que hacer valer el fiador, es una excepción personal.
- b) La garantía de la fianza, debe de ser por una obligación de dar o de hacer.
- c) No haber sido renunciado el beneficio.
- d) Denunciar el pleito al deudor principal, tan luego se le requiera de pago

Fondo en la excusión

- a) Siempre lo hace valer el fiador.
- b) También garantiza una obligación de dar o de hacer.
- c) No haber sido motivo de renuncia.
- d) Señalar bienes dentro del Estado de México.
- e) Asegurar los gastos de la excusión.
- f) Que no haya concurso o insolvencia del deudor principal.

e) Confrontación de los elementos Probatorios:

Pruebas en el orden:

- * La confesional del deudor principal.
- * La documental privada, donde aparezca la fianza.
- * Los informes de autoridades.
- * La presuncional en su doble aspecto.

Pruebas en la excusión:

- * La confesional del deudor y acreedor.
- * La documental privada, la fianza.
- * La documental pública, escrituras de bienes o acciones.
- * La presuncional, en ambos sentidos.

Como se observa de la anterior confrontación; el orden y la excusión no son iguales, en cuanto a su naturaleza, lo que se advierte de los fines que persiguen; el orden solo tiende a retardar el ejercicio de la acción, mientras que la excusión puede incluso extinguir la acción por el pago total del adeudo, y por lo tanto su primera diferencia se anota en que el orden es una excepción, procesal, personal y dilatoria; por otro lado la excusión será una excepción procesal, personal, dilatoria, pero por sus efectos extintivos puede ser perentoria.

Otra diferencia se encuentra en el momento procesal que se hacen valer estas figuras jurídicas. El orden siempre será hecho valer bajo la regla general, es decir, dentro de los

nueve días concedidos para contestar la demanda, esto en términos de la Ley Procesal vigente y abrogada:

Artículo 2.116. Las defensas y excepciones, que tenga el demandado, cualquiera que sea su naturaleza, se harán valer al contestar la demanda.

Artículo 600. Las excepciones y defensas que tenga el demandado, cualquiera que sea su naturaleza, se harán valer al contestar la demanda...

La excusión a diferencia del orden, se podrá hacer valer también como excepción superveniente; esto cuando se descubran los bienes que hayan sido ocultados por el deudor principal, o bien pase a mejor fortuna.

Otra diferencia que se infiere de la confrontación anterior, estriba en que para que proceda el orden en vía de juicio se requiere, por un lado hacerla valer al tiempo de ser requerido de pago; mientras que la excusión precisa de manera necesaria el señalar bienes, y garantizar los gastos de la excusión.

Por último al confrontar el material probatorio, se percibe casi una analogía completa; con la salvedad de que la excusión cabe ofrecer documentales públicas, que acrediten el inventario de excusión.

Otra diferencia que no se abarcó en la confrontación, se encuentra en la cuna que vio nacer estas figuras jurídicas, toda vez que desde su creación en el derecho romano, la excusión siempre ha absorbido al beneficio de orden; ya que la excusión implica el orden, pero el orden nunca implica excusión; *“el beneficio de excusión; llamado también de orden del año 539; el cual consistía en que el fiador podía exigir al acreedor-actor persiguiera primero al deudor, antes de dirigirse a él. Sólo en caso de ser evidente de ante mano, que la ejecución en el patrimonio del deudor no daría ningún resultado; el juez podía negar este beneficio al fiador ya que en este caso, lo más probable era que lo hubiera solicitado únicamente para ganar tiempo.*

*Este nuevo beneficio, concedido al fiador, añadió al carácter accesorio de la fianza, un carácter subsidiario. Toda fianza se convirtió por el en una **fideiussio indemnitatis** (o sea, fianza por el saldo del daño; primero el acreedor trata de cobrar al deudor mismo, judicialmente si es necesario; y luego, al fiador le indemniza por el faltante eventual"*¹³⁰

¹³⁰ FLORIS MARGADANT, Guillermo, *Op. Cit.* página 388.

3.3.2 CONSIDERACIÓN DE EXCEPCIONES CONTRADICTORIAS

Para poder ubicar si el orden y la excusión son contradictorias, precisa primeramente entender el concepto excepciones contradictorias, por representar estas el género, dentro del método deductivo que se ha seguido en el presente trabajo; para de ahí limitar su extensión y dentro de la especie establecer si las figuras jurídicas orden y excusión pueden ser consideradas como excepciones contradictorias.

Realizada la directriz anterior; se observa que el término excepciones contradictorias, es un concepto compuesto, por lo que en el presente capítulo se ha hablado de la excepción, desde su connotación gramatical, su etimología y, se ha limitado su extensión al campo del derecho que tiene vigencia en el Estado de México, por lo que resultaría por demás reiterativo hablar del término excepción¹³¹ por lo tanto para poder realizar el binomio excepciones contradictorias, resta tan solo definir el segundo término.

Nótese que el concepto "contradictorias" es un derivado de contradictoria (o), que se define como "*Adj. Que esta en contradicción con otra cosa. Proposiciones contradictorias (lóg.), proposiciones opuestas tales que la falsedad de una de ellas implica la verdad de la otra.*"¹³²

Por su parte el diccionario hispánico Universal nos define este concepto como: "*Lóg. Cualquiera de dos proposiciones, de las cuales una afirma lo que otra niega, y no pueden ser a un mismo tiempo verdaderas ni a un mismo tiempo falsas*"¹³³

Como se infiere este término nos limita al campo de la lógica, por lo que para entender su género resulta comprometido hacer una breve incursión en esta ciencia; por lo que en lógica se entiende por proposición a la expresión verbal del juicio, y el juicio a su vez es la segunda y más perfecta operación de la mente; al efecto la lógica tradicional o Aristotélica,

¹³¹ Cfr. Subtítulos 1.1.1 Las excepciones en el derecho romano, página 14; 3.1. Diferenciación de las excepciones y defensas, página 90 y, 3.1.1. Las excepciones en el proceso civil en el Estado de México, página 98; de esta investigación.

¹³² *Pequeño Larousse Ilustrado, Op. Cit. página 282.*

¹³³ *Diccionario Hispánico Universal Op. Cit. página 381.*

conocida hoy como lógica formal, se ha limitado a tres elementos: La idea, el juicio y, el raciocinio.

Gramaticalmente hablando, se entiende por proposición a toda oración o conjunto de palabras que tengan sentido completo. Pero en lógica se entiende por proposición únicamente a la enunciativa, es decir, la que afirma o niega algo de alguna cosa.

Se acaba de considerar a las proposiciones en si mismas; ahora vamos a examinarlas según sus relaciones. Si comparamos una proposición con otra, encontramos que pueden tener tres tipos de relación: pueden oponerse entre sí "oposición"; pueden ser iguales "equivalencia"; o pueden convertirse una en otra "conversión".

Al ubicar las proposiciones contradictorias, se observa que su relación es de oposición la cual se define como: *"la oposición de las proposiciones consiste en que, teniendo los mismos sujetos y predicados (materia), con igual o diferente cantidad o extensión, la una sea afirmativa y la otra negativa. Hay diversas especies de oposición, según las cuales las proposiciones toman diferentes nombres: Contradictorias, contrarias, subcontrarias y subalternas."*¹³⁴

Así se puede ubicar la especie de las contradictorias *"Son dos proposiciones opuestas en que una afirma o niega tanto cuando es necesario para que la otra sea falsa. Estas proposiciones difieren en cantidad y cualidad. Entre ellas no hay medio."*¹³⁵

Para terminar esta incursión en el campo de la lógica y, entender este concepto se anota la ley de las proposiciones contradictorias:

"Las contradictorias no pueden ser ambas verdaderas ni ambas falsas. Porque lo que una requiere para ser verdadera o falsa, basta para hacer verdadera o falsa la otra. Luego en dos contradictorias siempre hay una verdadera y otra falsa. Si A es verdadera, O es falsa;

¹³⁴ MONTES DE OCA, Francisco. *Lógica*, vigésimo segunda edición, México 1999, editorial Porrúa, página 109.

¹³⁵ *Ídem.*

*si O es falsa, A es verdadera; de la verdad de una se arguye la falsedad de la otra, o viceversa."*¹³⁶

Al hacer la conjunción de estos términos en el campo gramatical, se debe de entender por excepciones contradictorias; cuando oponemos dos cosas objetos o ideas, que se apartan a lo que es común a los de su especie y, al poner una frente de la otra, una es verdadera y la otra es falsa, es decir la verdad de una conduce a la falsedad de la otra.

Ahora bien en el campo del derecho, el cual adolece a una lógica jurídica, no resulta aislado a esta ley lógica; por lo que también se ha atacado ampliamente el término excepción, por lo que solo resta establecer las contradictorias en el campo del derecho; el cual procede exactamente en los mismos términos que en el campo de la lógica; tómesese en cuenta que el derecho esta cimentado siempre por una norma jurídica, la cual siempre sustenta un supuesto jurídico concreto; cuando existe otra norma que establece un mismo supuesto pero en sentido contrario, se dice que son contradictorios, la verdad de uno arroja la falsedad del otro; más aún tómesese en cuenta que las fuentes formales del derecho son la ley, la jurisprudencia y la costumbre. La jurisprudencia al llenar las lagunas de la ley, es la que de manera práctica se utiliza en juicio y es obligatoria en términos del artículo 192 de la Ley de Amparo:

Artículo 192. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funciona en Pleno o en Salas, es obligatoria para estas en tratándose de la que decreta el pleno, y además para los tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito; los Juzgados de Distrito, los Tribunales Militares y Judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y Tribunales Administrativos y del Trabajo, locales o federales...

En efecto la jurisprudencia también cuando contiene casos contradictorios debe ser denunciada, ya que en la práctica no puede haber supuestos contrarios válidos entre sí, la aceptación de uno implica la negación del otro; por lo que incluso no puede haber tesis contradictorias, en términos de lo que dispone el numeral 197 de la ley en cita:

¹³⁶ *Ídem.*

Artículo 197. Cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, cualquiera de dichas Salas o los Ministros que las integran, el Procurador General de la República o las partes que intervinieron en que tales tesis hubieren sido sustentadas, podrán denunciar ante la misma Suprema Corte de Justicia, la que decidirá funcionando en pleno cual es la tesis que debe prevalecer...

De lo anterior se puede inferir que existen contradictorias en el campo del derecho, cuando la ley o la jurisprudencia señalan supuestos jurídicos que resuelvan la misma situación jurídica, en sentidos opuestos, y que por lo tanto no pueden ser las dos invocadas en un mismo procedimiento jurisdiccional.

Limitado el concepto se puede abordar el término excepciones contradictorias para el caso particular del Estado de México, el cual nada señala sobre este particular, pero que si se puede inferir de su equivalencia con la acción como relación jurídica; al efecto el Código de Procedimientos Civiles vigente y abrogado para esta entidad señalan:

Artículo 2.27. No pueden acumularse en al misma demanda las acciones contrarias o contradictorias, ni las posesorias con las petitorias, ni cuando una dependa del resultado de al otra. Tampoco son acumulables acciones que por su cuantía o naturaleza correspondan a jurisdicciones diferentes.

Artículo 504. Cuando haya varias acciones contra una misma persona, respecto de una misma cosa y provengan de una misma causa, deben intentarse en una misma demanda. Por el ejercicio de una o más quedan extinguidas las otras.

No pueden acumularse en al misma demanda las acciones contrarias o contradictorias, ni las posesorias con las petitorias, ni cuando una dependa del resultado de al otra. Tampoco son acumulables acciones que por su cuantía o naturaleza correspondan a jurisdicciones diferentes...

Realizando la equivalencia, tómesese en cuenta que la acción es el derecho de actuar en juicio del actor y, por otro lado la defensa es también el derecho que tiene el demandado para pedir a los órganos jurisdiccionales apliquen la norma al caso concreto; por lo que en

equivalencia se puede interpretar el artículo anterior desde la óptica de la defensa, quedando como sigue: No pueden acumularse en la misma defensa las excepciones contrarias o contradictorias, ni las posesorias con las petitorias, ni cuando una dependa del resultado de la otra. Tampoco son acumulables defensas que por su cuantía o naturaleza correspondan a jurisdicciones diferentes.

Por último, particularizando estos conceptos al orden y la excusión hechas valer como defensas en el juicio ordinario civil que tiene lugar en el Estado de México, se puede decir que no son excepciones contradictorias, ya que la afirmación o existencia de cualquiera de ellas no implica la falsedad o inexistencia de la otra, por lo que nunca podrán ser declaradas como contradictorias.

Mas aún y en base a lo estudiado hasta este momento se puede establecer que lejos de ser contradictorias son subsidiarias, ya que la excusión implica forzosamente el orden, pero el orden no siempre tiene como consecuencia la excusión, lo cual ya esta debidamente legitimado por el propio legislador en el artículo 7.1020 o 2666 con relación al 7.1028 o 2674 del Código Civil vigente y abrogado respectivamente para el Estado de México.

Artículo 7.1020. El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente lo sea el deudor y se haga la excusión de sus bienes.

Artículo 2666. El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente lo sea reconvenido el deudor y se haga la excusión de sus bienes.

Artículo 7.1028 o 2674. Cuando el fiador haya renunciado al beneficio de orden, pero no al de excusión, el acreedor puede perseguir en un mismo juicio al deudor principal y al fiador; más este conservará el beneficio de excusión, aún cuando se dicte sentencia contra los dos.

3.3.3 EL FIADOR COMO SUJETO ACTIVO DE LOS BENEFICIOS

Se ha dejado señalado que el orden y la excusión aplicados como excepciones son de carácter personal y, por lo tanto solo pueden ser hechos valer por el fiador, término que gramaticalmente se define como: *"Der. Persona que se compromete, con respecto del acreedor de una obligación, a satisfacerla el mismo si no lo hiciere el deudor. 2. Pieza o dispositivo que sirve para asegurar algo: Fiador de la escopeta; fiador de un broche; fiador de una puerta."*¹³⁷ Por su parte el diccionario hispánico Universal lo define como: *"Persona que fía a otra para la seguridad de aquello a que ésta obligada.// Pieza con que se afirma una cosa para que no se mueva.// pasador de hierro para afianzar las puertas por dentro."*¹³⁸

Se observa que el concepto antes anotado ya se encuentra limitado al campo del derecho; por lo que se hará una breve referencia a la evolución de esta figura para poder limitarla al caso concreto del Estado de México; ahora bien siguiendo la dialéctica deductiva, la fianza es el concepto general que absorbe al fiado, no existe fiador sin fianza, lo que nos traza la directriz para poder hacer esta breve incursión en el derecho romano.

Por lo que se anota tan solo una definición arrojada por la doctrina referente a la fianza: *"Contrato accesorio, por el cual una persona se compromete con el acreedor, a pagar por el deudor, la misma prestación o una equivalente o inferior, en igual o distinta especie, si éste no lo hace"*¹³⁹

Como es bien sabido, casi todas nuestras figuras jurídicas tienen su cuna en el derecho romano, no siendo la fianza la excepción a esta regla. El origen de este contrato se encuentra en los contratos *verbis*, que representan el género, a su vez dentro de estos se encuentra la *estipulatio* -la cual más que un contrato propiamente dicho- era un rito para contratar, de tal suerte que sirvió para tutelar diversas clases de contratos debido a su carácter abstracto. La

¹³⁷ Pequeño Larousse Ilustrado, Op. Cit. página 448.

¹³⁸ Diccionario Hispánico Universal, Op. Cit, página 656.

¹³⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano (contratos)*, México 1961, Editorial Antigua Librería Robredo, tomo sexto, volumen II, página 525.

estipulatio es un contrato que consiste "en una pregunta solemne hecha por el estipulante: *dari esponde* (con la indicación de la cantidad de dinero o cosas) seguida de una respuesta congruente dada por el promitente: *spondeo*. De esta sencilla fórmula verbal se deriva una *actio iuris civile*, que tenía el acreedor en contra del deudor en caso de incumplimiento."¹⁴⁰

Dentro de la *estipulatio*, existió la fianza estipulatoria que era un contrato *verbis stipulatorio* "por el cual una persona (fiador) se obligaba a cumplir en caso de que otra persona (fiado), sujeto pasivo de una obligación garantizada por la fianza no cumpla"¹⁴¹ Nótese el paralelismo que existe entre esta figura y la que reglamenta el Código Civil vigente y abrogado del Estado de México en sus artículos:

Artículo 7.1000 La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor si éste no lo hace. Siempre deberá constar por escrito.

Artículo 2646. La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor si éste no lo hace.

Esquematisando la anterior deducción, quedaría en los siguientes términos:

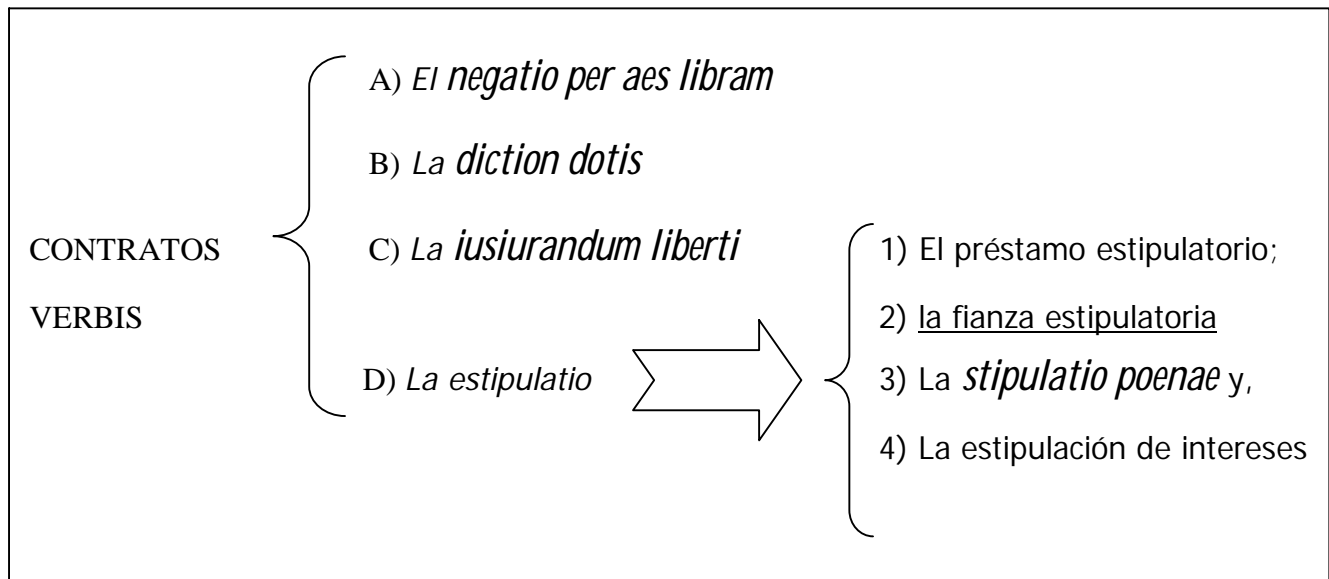


FIGURA 23. Deducción de la fianza estipulatoria romana

¹⁴⁰ BIALOSTOSKY, Sara, *Op. Cit.*, página 163

¹⁴¹ FLORIS MARGADANT, Guillermo. *Op. cit.*, página 385.

La fianza *stipulatoria* fue la forma de garantía personal más importante -incluso que la real- sin embargo, la típica fianza romana tuvo su cuna en la *stipulatio*, que según el verbo utilizado en la pregunta y en la consecuente contestación, podía ser:

a) Una *sponcio*: Se utilizaba el verbo *spondere*, era una fianza que utilizaban los ciudadanos romanos para garantizar contratos verbales, era una promesa de carácter religioso, por lo cual no podían participar de ella los extranjeros; por lo que esta figura jurídica evolucionó a;

b) *Fideipromissio*: "Al igual que la *sponcio*, debido a que el fiador promete lo mismo que prometió el deudor principal, sob sirve para garantizar deudas nacidas de promesas estipulatorias, la obligación, contraída a través de la *fideipromissio*, es intransmisible a su heredero. Para obligarse, ciudadanos y peregrinos, deben utilizar el verbo *fideipromitto*. A través de esta fianza surge una obligación solidaria, es decir, que el acreedor tiene 2 (sic) deudores alternativos y puede cobrarles directamente si así lo decide el acreedor." ¹⁴²

Nótese la gran similitud que existe entre la fianza romana y la actual; por lo que si se pretende hablar del fiador como sujeto activo de los mal llamados beneficios de orden y excusión -para el caso particular del Estado de México- resulta obligado hablar del contrato accesorio llamada fianza, y de ahí en la especie particular inferir porque es el fiador quien de manera material puede hacer valer en juicio el orden y la excusión como excepciones.

En primer término, la fianza es un contrato accesorio, la palabra viene del bajo latín *fidare*, de *fidere*, fe, seguridad. Es un contrato accesorio, porque no existe por sí mismo, sino que depende de una relación preexistente entre el deudor y el acreedor.

La obligación del fiador, podrá entonces consistir en:

- a) Pagar la deuda del fiado.
- b) Una suma menor.
- c) Una cantidad de dinero si el deudor no presta una cosa o un hecho determinado.

Este contrato puede ser unilateral y gratuito; pero si existe pacto expreso puede ser

¹⁴² BIALOSTOSKY, Sara. *Op. cit.*, página 165.

bilateral y oneroso; así también podrá ser legal, judicial o convencional (artículo 7.1001 o 2647 del Código Civil vigente y abrogado para el Estado de México); será convencional cuando sea producto de la voluntad de las partes. Legal y judicial cuando tengan su origen en la ley. La judicial difiere de la legal en que la primera es impuesta por una autoridad judicial, cuando se dan los supuestos hipotéticos que condicionan su exigibilidad.

Es importante también realizar la diferencia entre la fianza civil y la mercantil. Será mercantil la que se da con motivo de una operación de comercio o de operaciones entre comerciantes (artículo 75 fracciones XX y XXI del Código de Comercio); también son mercantiles las otorgadas por una institución de fianza (artículo 2 de la ley de Instituciones de Fianza).

Son fianzas civiles las que expresamente señala el artículo 7.1017 o 2663 del Código Civil vigente como abrogado, el cual limita la amplitud de las mismas en los siguientes términos:

Artículo 7.1017 o 2663 Quedan sujetas a las disposiciones de este título, las fianzas otorgadas por individuos o compañías que accidentalmente a favor de determinadas personas siempre que no las extiendan en forma de póliza; que no las anuncien públicamente por la prensa o por cualquier otro medio, y que no empleen agentes que las ofrezcan.

Por lo anterior, ya se puede establecer que el orden y la excusión hechos valer en el juicio ordinario civil tendrán que ser hechos valer por el fiador, siempre y cuando sean derivadas de una fianza civil, lo que se demuestra en base al siguiente criterio jurisprudencial:

FIADORES.

El carácter de fiador de la obligación mercantil, en títulos a la orden, es diverso al que tiene el garante de una obligación civil, pues mientras este goza, en principio, de los beneficios de orden y excusión, aquel queda obligado de un modo absoluto, a cumplir con la obligación principal, sin que pueda invocarse fiador quien simplemente firma el documento a la orden, pues el Código de Comercio distingue al fiador de las personas que intervienen en una letra de cambio y considerada que lo es, por causa de aval, la persona que sin haber sido girador, girado, o tomador de la letra ni endosante, garantiza

su pago, y tratándose de un pagare, el fiador que interviene, haciendo contar su obligación en el mismo documento y no expresando limitación alguna, contrae todas las obligaciones de un endosante, y, por lo mismo, queda solidariamente obligado con los demás que en el pagare intervienen, para con el portador de este documento. Por otra parte, quien recibe una suma de dinero, y en un pagare mercantil se obliga a pagarlo mancomunadamente con otra persona, no es propiamente fiador sino un deudor principal, aun cuando pretenda darle al acto jurídico, una denominación distinta de al que le corresponde.

Quinta Época

Instancia Pleno.

Fuente Semanario judicial de la Federación

Tomo XXI

Página 720.

Sólo resta establecer los requisitos que hacen que en materia civil proceda la fianza; y en consecuencia sea el fiador debidamente legitimado quien haga valer las excepciones de orden o bien de excusión.

Los elementos principales del contrato de fianza deberán ser:

CONSENTIMIENTO	OBJETO
1.- Sigue las reglas generales, relativas a su formación. 2.- El acuerdo de voluntades se presenta entre el acreedor y el fiador, cuando este se muestra conforme en pagar por el deudor si el mismo no lo hace, y el acreedor esta de acuerdo con dicha manifestación. 3.- No se requiere que el deudor manifieste su voluntad, pues el Código Civil de la entidad permite que la fianza se constituya, aun en contra de la voluntad del mismo (Artículo 7.1034 o 2680 Código Civil vigente y abrogado). 4.- Debe de manifestarse expresamente, no de manera tácita (artículo 7.1000 misma ley, el Código abrogado nada menciona al respecto)	En la fianza se puede hablar de un objeto directo y uno indirecto. 1.- El directo, que es la obligación subsidiaria que contrae el fiador, a cual consiste en pagar por el deudor, si este no o hace. 2.- El indirecto consiste en la obligación de dar que asume el fiador, relativa al pago de cosa debida. Recuerdese que el fiador se puede obligar a menos, pero no a más que el deudor principal (artículo 7.1005 o 2651 ley Sustantiva vigente y abrogado)

FIGURA 24. Elementos esenciales de la Fianza.

Por último, se requiere la capacidad general, es decir, ser mayor de edad y estar en pleno uso de sus facultades mentales y contar con bienes artículos 7.1008 o 2654 del Código Civil vigente y abrogado.

CAPÍTULO

CUARTO

LA INAPLICACIÓN DE LOS

BENEFICIOS DE ORDEN Y

EXCUSIÓN, POR SU FALTA

DE REGLAMENTACIÓN

“El *beneficium excussionis* fue una innovación

**Justiniana que autorizaba al fiador para rechazar la demanda
si el acreedor no había agotado las posibilidades
de actuar contra el deudor principal”**

Diccionario Jurídico Mexicano

4.1 CONCEPTUALIZACIÓN ERRÓNEA DE LOS BENEFICIOS DE ORDEN Y EXCUSIÓN

Se ha desarrollado a lo largo del presente trabajo el juicio ordinario civil; se establecieron las excepciones que posee el demandado dentro del derecho de contradicción, es decir se equipararon las actividades que desarrolla el actor en juicio como derecho de acción y, por el otro lado se ha demostrado que las actividades que realiza el demandado será el derecho a la defensa. Lo interesante de lo anterior, estriba en el sentido de que los puntos anteriores han girado en torno a dos figuras jurídicas nominadas de manera errónea beneficios de orden y excusión, hecho que se ha dejado señalado en el desarrollo del presente trabajo; por lo que en este subtítulo se demostrará porque existe un error de conceptualización, tan solo en la denominación de "beneficios".

En primer término es de hacer notar la clara contradicción que sobre este error de conceptualización existe, no solo en la doctrina, sino también dentro de los Códigos Sustantivo y Adjetivo vigentes para el Estado de México, que siguen la misma corriente que los abrogados. Por lo que se considera, dadas las recientes reformas, hacer un análisis tan solo de las leyes vigentes; toda vez que las abrogadas están como se ha venido señalando homologadas en sus contenidos, además de ser las vigentes las que positivamente se aplican en el Estado de México, entidad a la cual se limitó el presente trabajo de investigación.

En efecto el Código Civil, que fue reformado según la exposición de motivos de fecha 29 de abril del 2002, en la cual se señala: "*Se modifican títulos, capítulos, artículos, cambios de secuencia y relación, para una mejor congruencia y claridad, la creación del epígrafe correspondiente a cada uno de los artículos...*"¹⁴³. Asimismo el Código Procesal, también señala la creación del epígrafe en los siguientes términos: "*Epígrafes. Con el propósito de facilitar la difusión y manejo de las instituciones procesales, así como el conocimiento de los*

¹⁴³ *Exposición de Motivos al Código Civil, que realizará el Gobernador Arturo Montiel Rojas, ante la LVI legislatura del Estado de México el 29 de abril del 2002 y, que entrara en vigor el 22 de junio del 2002.*

diversos actos que integran el proceso civil, se incorpora al texto de cada uno de los artículos, el epígrafe respectivo.”¹⁴⁴

Asiendo una confrontación de los epígrafes de ambos ordenamientos, que hacen referencia al orden y la excusión en sus artículos respectivos, se nota la contradicción que se contiene, toda vez que el Código Civil los denomina bajo el rubro de “beneficios”; y por otro lado el Código Procesal tutela a la “excusión” (que absorbe al orden) como “excepción dilatoria”, evidenciamos este hecho con la confrontación respectiva:

CÓDIGO CIVIL	CÓDIGO PROCESAL CIVIL
<p>Epígrafe: Beneficios de orden y excusión. Artículo 7.1020.</p> <p>Epígrafe: Renuncia al beneficio de orden, pero no al de excusión Artículo 7.1028.</p> <p>Epígrafe: Fiadores que no gozan de los beneficios de orden y excusión Artículo 7.1065.</p>	<p>Epígrafe: Excepciones dilatorias Artículo 2.37. Fracción III. (La excusión)</p> <p>Epígrafe: Llamamiento de terceros a juicio Artículo 2.274. Fracción III.</p>

FIGURA 25. Confrontación del Código Civil y Procesal Civil con relación al orden y la excusión.

Nótese que el anterior error de contradicción en estas figuras, es producto del mismo legislador ya que las recientes reformas en ambos códigos son establecidas por la misma legislatura del Estado; ahora bien con esto queda también demostrado que el error en su definición es generalizado, toda vez que en las reformas participaron no solo el legislador, sino una serie de profesionales en el derecho; lo cual quedo consignado en la propia exposición de motivos de ambos ordenamientos:

“La presente iniciativa del Código de Procedimientos Civiles del estado de México, es el resultado de una cuidadosa revisión y actualización de las disposiciones vigentes, realizada por distinguidos magistrados y jueces del Poder Judicial del Estado de México, prestigiados especialistas en derecho procesal civil, académicos e integrantes de asociaciones de profesionales del derecho, quienes aportaron su talento y esfuerzo para elaborar un nuevo

¹⁴⁴ *Exposición de Motivos al Código de Procedimientos Civiles, que realizará el Gobernador Arturo Montiel Rojas, ante la LVI legislatura del Estado de México el 7 de mayo del 2002 y, que entrara en vigor el 16 de julio del 2002.*

ordenamiento concordante con las exigencias de una sociedad en permanente transformación."¹⁴⁵

*"La presente iniciativa del Código Civil del Estado de México, es uno de los esfuerzos más notables en materia legislativa se ha llevado a cabo en los últimos años en nuestra Entidad, por el tiempo que se dedicó a esta labor, por la diversidad en especialistas en derecho civil y de asociaciones de profesionales que participaron, por las fuentes de investigación y de información consultadas, que comprendieron la asistencia de los magistrados del Poder Judicial del Estado, la consulta a la legislación comparada y la exposición de eminentes tratadistas nacionales de derecho civil."*¹⁴⁶

En segundo término, precisa ubicar en donde se encuentra el anterior error de conceptualización; el cual podemos establecer en base a la inducción de estas figuras, ya que es necesario partir de lo individual a lo general, lo que se aclara porque a lo largo del trabajo se ha realizado en base a la deducción; lo que no es posible para el caso concreto que nos ocupa.

Encontramos que los beneficios de orden y excusión surgen en el periodo clásico romano, particularmente con la estipulación *Fideipromissio*: "Al igual que la *sponcio*, debido a que el fiador promete lo mismo que prometió el deudor principal, solo sirve para garantizar deudas nacidas de promesas estipulatorias, la obligación, contraída a través de la *fideipromissio*, es intransmisible a su heredero. Para obligarse, ciudadanos y peregrinos, deben utilizar el verbo *fideipromitto*. A través de esta fianza surge una obligación solidaria, es decir, que el acreedor tiene 2 (sic) deudores alternativos y puede cobrarles directamente si así lo decide el acreedor."¹⁴⁷ Ahora bien el concepto beneficios surge con motivo de la costumbre romana; esto en el sentido de que: El romano consideraba un deber de honor salir fiador de sus amigos y "clientes". Para no castigar con demasiada severidad la observancia de las buenas tradiciones, los juristas romanos introdujeron poco a poco varias medidas para

¹⁴⁵ *Ídem*.

¹⁴⁶ *Exposición de Motivos del Código Civil, que realizará el Gobernador Arturo Montiel Rojas, ante la LVI legislatura del Estado de México el 29 de abril del 2002 y, que entrara en vigor el 22 de junio del 2002.*

¹⁴⁷ BIALOSTOSKY, Sara. *Op. cit.*, página 165.

suavizar la suerte de los fiadores; tal es el fundamento de los llamados beneficios.

Ascendiendo por la inducción, los romanos consideran al beneficio como un bien, es decir, traer un beneficio a la persona del fiador; etimológicamente esta palabra proviene del latín *Beneficium*; integrado por el compuesto *bene*, bien y, *ficium*, hacer; por lo que se puede traducir en hacer el bien. De lo anterior inducimos que cuando se creó esta figura jurídica, el jurista romano pretendió conceder un beneficio en la persona del fiador creando así con la ley los beneficios.

Es por lo tanto el derecho justinianeo, el que suplanta la figura de la *sponcio* y la de *fideipromissio* por la *fideiussio*, otorgándole ciertas características; y que no son otra cosa que los beneficios que hoy son materia de error en su conceptualización:

El beneficio de excusión; *"llamado también de orden del año 539; el cual consistía en que el fiador podía exigir al acreedor-actor persiguiera primero al deudor, antes de dirigirse a él. Sólo en caso de ser evidente de ante mano, que la ejecución en el patrimonio del deudor no daría ningún resultado; el juez podía negar este beneficio al fiador ya que en este caso, lo más probable era que lo hubiera solicitado únicamente para ganar tiempo.*

*Este nuevo beneficio, concedido al fiador, añadió al carácter accesorio de la fianza, un carácter subsidiario. Toda fianza se convirtió por en una *fideiussio indemnitatis* (o sea, fianza por el saldo del daño); primero el acreedor trata de cobrar al deudor mismo, judicialmente si es necesario; y luego, el fiador le indemniza por el faltante eventual."¹⁴⁸*

De lo anterior se induce que éstos si eran beneficios en tiempos de los romanos, ya que su objeto era siempre producir un bien en la persona del fiador, quien tenía la obligación moral de serlo; más aún estos beneficios no se podían renunciar por su propia naturaleza; pero en caso de insolvencia probada del deudor, eran denegados.

¹⁴⁸ FLORIS MARGADANT, Guillermo. *Op. cit.*, página 388.

Nótese que las anteriores figuras jurídicas, no evolucionaron en cuanto a su denominación; ya que son acogidas por el legislador con el mismo nombre, pero con diversa naturaleza. En efecto como figuras jurídicas gozan de un orden gradual para realizar el pago o bien la ejecución en los bienes del fiador; pero definitivamente ya no son beneficios, ya que al ser producto de una renuncia expresa, en nada beneficiarían al fiador, lo que no acontecía en el derecho romano; además es la propia ley y la jurisprudencia la que señala los requisitos para su procedencia, lo que también rompe el principio natural de beneficio romano, ya que siempre procedía cuando había una *fideiussio*; lo que hoy sería una fianza, por su carácter subsidiario que hoy es accesorio; lo que nos hace concluir en que si existe un error en su denominación por parte del Código Civil vigente para el caso del Estado de México, que tan solo copió el nombre dado en tiempos romanos.

En tercer término, la doctrina considera estas figuras como beneficios y no como excepciones; siendo el principal fundamento de casi todos los autores que los beneficios no significan que precisamente el acreedor deba de agotar los bienes del deudor principal o bien emplazarlo antes que dirigirse contra el fiador, lo anterior en virtud de que sería opuesto a la naturaleza del contrato de fianza (no hay fiador sin fianza), contrato por el cual se obliga por el deudor principal a satisfacer la obligación si este no lo hace y, por lo tanto los beneficios sólo tiene por objeto acreditar que el deudor no puede cumplir ni cumplirá con la obligación; y en tal virtud es un beneficio y no una excepción que impida el ejercicio de la acción del acreedor.

Adviértase que el primer error en que incurre la doctrina es en considerar que la excepción destruye la acción, ya que en el presente trabajo de investigación en el tema 3.1 se estableció la diferencia entre las excepciones y las defensas; y son las defensas propiamente dichas las que tienen por fin destruir el contenido de la acción, esta no se integra; mientras la excepción no niega la existencia de esa acción, solo establece que existen circunstancias de hecho y de derecho que impiden que la consecuencia se de, es decir, existe algo que hace que la consecuencia se aparte a lo que es común a su especie, no esta de acuerdo a la regla; hecho que en su momento se demostró a la luz del silogismo jurídico entre la defensa y la excepción.

Así cuando el demandado en su contestación de demanda niega los hechos constitutivos del hecho real; estaremos en presencia de una defensa; nótese que en este caso se atacan los elementos integrantes de la acción, antes de que se forme, y en consecuencia tiende a su destrucción de fondo.

De la misma forma la estructura silogística de la excepción, la cual se integra de la siguiente manera: $A=B$, $B \neq C \dots C \neq A$ (A es igual a B, B no es igual a C, por lo tanto C no es igual a A).

Nótese que en la excepción no existe la negación del hecho constitutivo, por el contrario este se acepta; pero la consecuencia no puede ser producida, porque existe una razón que sustrae la regla y, por lo tanto la consecuencia no se puede dar, existe una excepción a la regla. Por lo tanto al ser el orden y la excusión figuras jurídica que no niegan la existencia de la relación de la ley con el hecho real, pero que si sustrae la consecuencia y, por lo tanto, podemos decir que cuando son esgrimidas en juicio serán una excepción, dados las consecuencias que estas producen.

Por último, se exhibe una tesis jurisprudencial que fundamenta lo anterior:

FIADOR. *Si no se ha renunciado los beneficios de orden y exclusión (sic), es innegable que no puede demandársele el cumplimiento de la obligación, mientras no se demuestre que los deudores carecen de bienes para hacer el pago; pero si la demanda se entabló, el fiador debe oponer las excepciones de orden y excusión, sin que sea obstáculo lo mandado en el artículo 1403 del Código de Comercio, porque no siendo prohibitivas sus disposiciones, no puede considerarse impertinente el que se opongan las excepciones dichas; y si para demostrarlas el fiador solicita un término de prueba y no se le concede, con ello se viola substancialmente el procedimiento.*

Quinta Época

Instancia Tercera Sala

Fuente Semanario Judicial de la Federación.

Tomo XXV

Página 1958.

4.2 DESCONOCIMIENTO DE LOS BENEFICIOS

Se ha desarrollado a lo largo del presente trabajo de investigación lo referente a los mal llamados beneficios de orden y excusión, incluso se ha demostrado que hoy en día no son beneficios sino excepciones que puede hacer valer la persona del fiador; se puntualizó sobre su naturaleza jurídica y de ahí se infirió sus requisitos que señala la ley y la jurisprudencia para hacerlos valer en juicio; también se establecieron los elementos probatorios que pueden demostrar el contenido de estas figuras jurídicas; por lo que en el presente subtítulo, se pretende demostrar que el orden y la excusión son desconocidos, y por lo tanto no se aplican dentro del juicio ordinario civil que tiene lugar en el Estado de México.

Se pretende demostrar lo anterior en base a un pequeño estudio de campo, en el cual se practicaron sesenta encuestas, con veinte reactivos cada una; encuesta que se agrega y puede ser consultada en el anexo primero.

La encuesta se practicó en tres diferentes distritos judiciales del Estado de México, para que el resultado sea más significativo, practicando al efecto veinte encuestas en cada distrito los cuales a continuación se señalan:

1. Distrito Judicial de Ecatepec;
2. Distrito Judicial de Nezahualcoyotl y
3. Distrito Judicial de Texcoco.

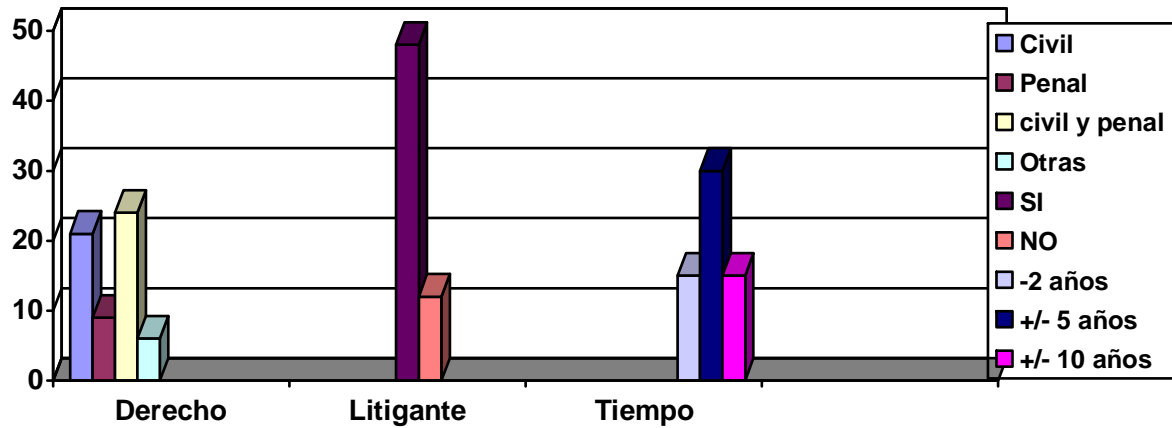
Establecidas las directrices que rigieron la investigación de campo; se analizan los resultados:

ANÁLISIS DE VARIABLES

Los primeros tres reactivos (preguntas 1, 2 y 3), nos arrojan la variable del encuestado por el área de derecho de su preferencia; nos determina si su práctica profesional es en los juzgados y, por último el tiempo que tiene ejerciendo la carrera de manera práctica en los

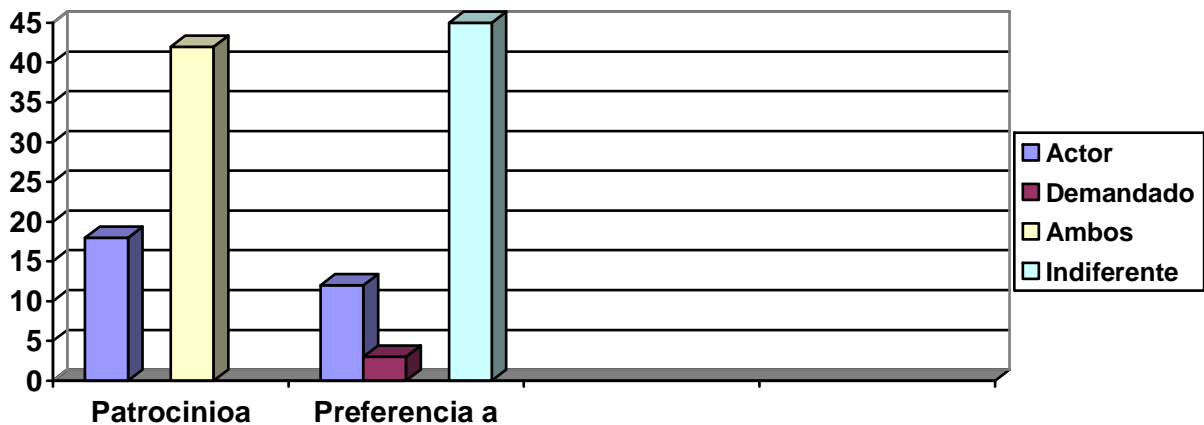
tribunales; variables que en su conjunto nos determinarían si el encuestado es conocedor de manera teórica y práctica del derecho procesal civil.

El resultado de este rubro, en la investigación de campo realizado es el siguiente:



La muestra seleccionada es determinante para la presente investigación, ya que de los encuestados, todos son profesionales en el derecho y, del total de la muestra el 75% practican la rama civil, lo que se obtiene de la suma de la barra de civil con civil y penal. Así también el 80% son abogados litigantes y, por último el 50% tienen +/- 5 años en el ejercicio de la práctica profesional, mientras los restantes 50% tienen +/- 2 y +/-10 años de práctica profesional, por lo que se infiere son conocedores del derecho civil y procesal civil y por lo tanto la muestra elegida si es determinante para la presente investigación.

Los reactivos marcados como 4 y 5, determinan si de la muestra seleccionada han patrocinado de mayor manera al actor o bien al demandado y además la preferencia en la parte que se representa; teniendo el siguiente resultado:

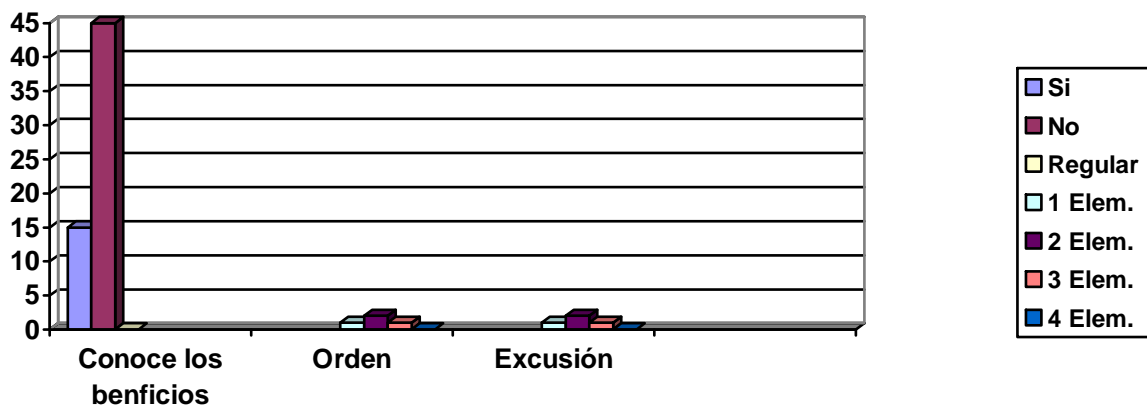


Se puede decir que de la muestra seleccionada, un 70% de los encuestados han patrocinado a ambas partes (ador y demandado) en juicio; así también un 75% le es indiferente patrocinar a una y otra parte. Singular fenómeno se presenta en la muestra que arroja que un 20% han defendido al actor únicamente y tan solo un 5% prefiere asesorar al demandado en juicio. Por lo que se infiere que un 70-75% han esgrimido defensas y excepciones del demandado en juicio y, por lo tanto su opinión cuenta para el orden y la excusión que hace valer el fiador cuando es demandado.

Los reactivos 6, 7 y 8; determinan si el encuestado conoce los mal llamados beneficios de orden y excusión. Asimismo se pide que realicen una definición de los mismos, o en caso de desconocimiento omitan reactivos 7 y 8; en todo caso la definición se valora en base a los elementos que debe contener cada figura:

ORDEN	EXCUSIÓN
* Lo hace valer el Fiador; * No puede ser demandado, si antes no se demanda al deudor principal, y * Se hace valer al momento que se requiere de pago.	* Lo hace valer el fiador; * Orden gradual en los bienes; * El fiador satisface la obligación con el remanente faltante, y * Se hace valer cuando se conocen bienes ocultados o adquiridos por el deudor.

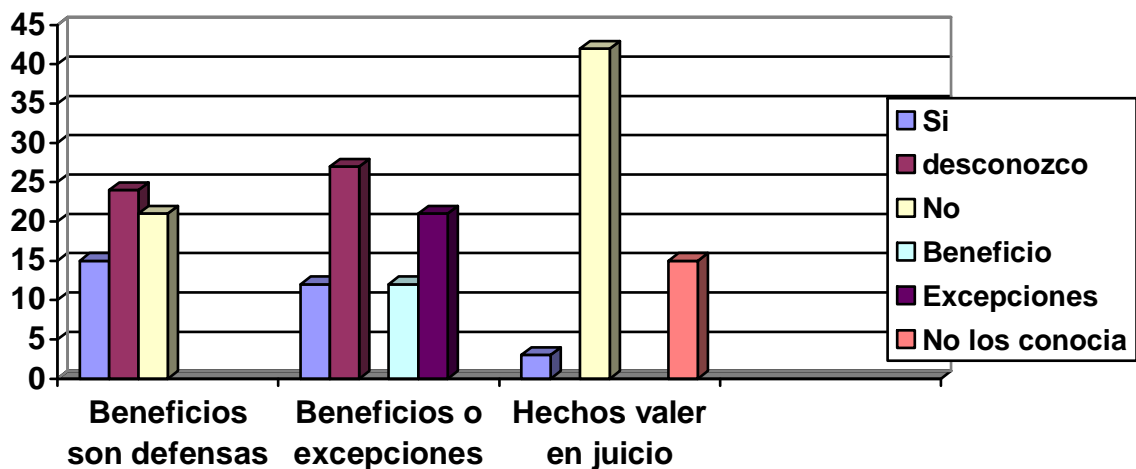
Estos son lo parámetros que se utilizaron para valorar el contenido de las definiciones, y poder apreciar el conocimiento de los mismos; obteniendo los siguientes resultados:



La anterior gráfica nos reporta que un 75% de la muestra no conoce los llamados beneficios y un 25% refiere conocerlos. De lo anterior se puede decir que es más generalizado el desconocimiento, por lo que la hipótesis plantada puede ser cierta. Por lo

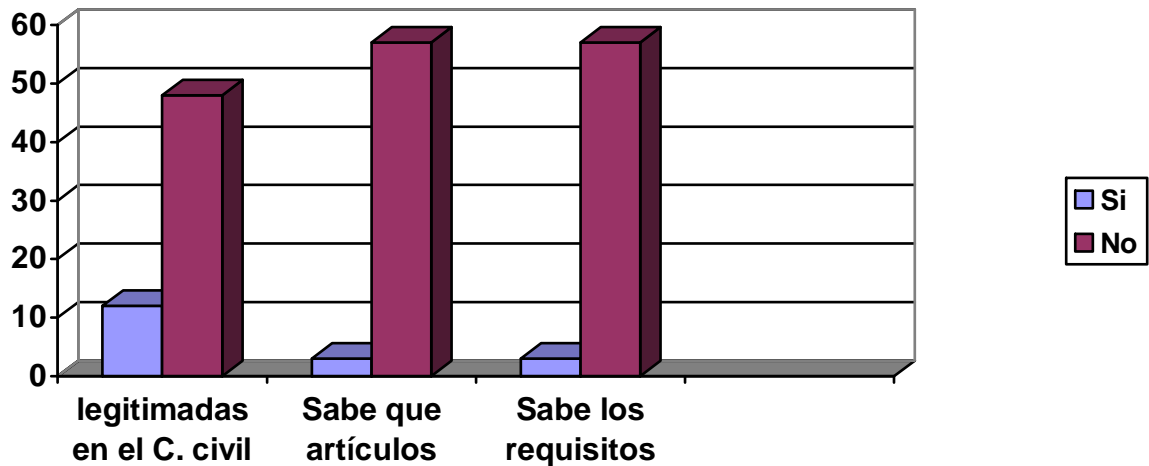
que hace a las definiciones esgrimidas por quienes conocen los beneficios, tan solo un 6.66% obtuvo dos elementos de la definición y en ninguna encuesta se obtuvo una definición completa.

Los reactivos marcados como 9, 10 y 11 respectivamente, determinan si el orden y la excusión son defensas, establecen si son beneficios o excepciones y, por último si el encuestado alguna vez los ha hecho valer en juicio, lo que arrojó los siguientes datos:



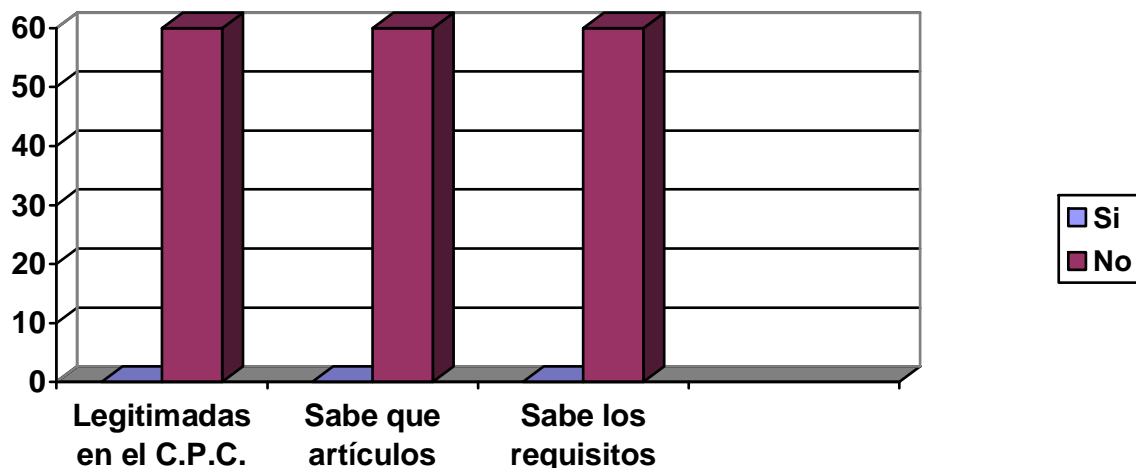
El primer parámetro nos demuestra que es más generalizada la opinión de que desconocen si son defensas, ya que un 40% dice desconocer, más un 35% que opinaron no son defensas nos da un total del 75% del total de la muestra, es decir más de un 50% consideran que no son defensas, lo que rompe a todas luces con su naturaleza y que este resultado es producto de su desconocimiento. Por otro lado un 45% de la muestra refiere desconocer si son beneficios o excepciones; pero un 35% considera que son excepciones. Por último un 95% no los ha hecho valer en juicio, lo que resulta de la sumatoria de los que no los han esgrimido más los que no los conocían; resultados que confirman aún más la hipótesis de su desconocimiento por falta de reglamentación.

Las preguntas de la encuesta números 12, 13 y 14; se refieren a la ubicación de los beneficios materia de estudio en el Código Sustantivo Civil; si el entrevistado sabe en que artículos se encuentran legitimadas estas figuras; y en base a lo anterior cuales son los requisitos que señala este Código, siendo arrojados los siguientes datos:



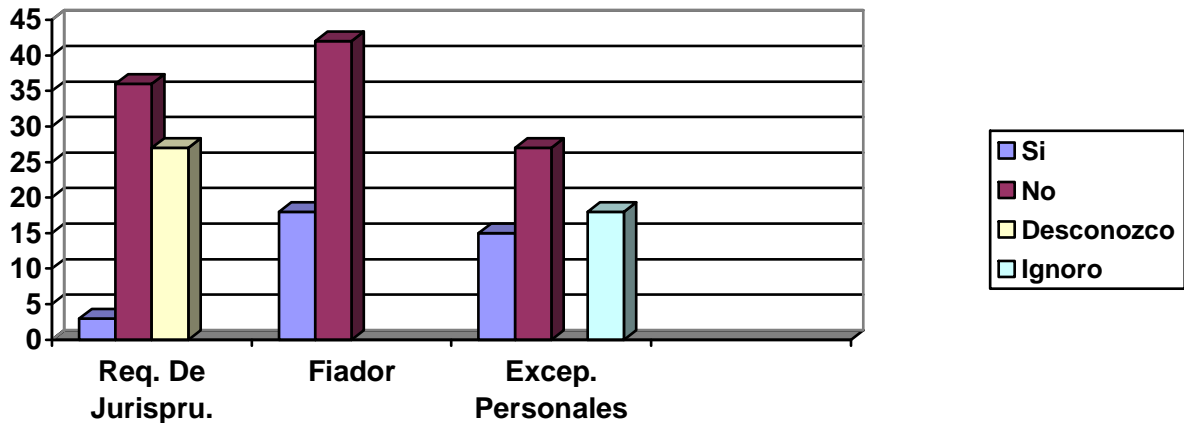
La anterior gráfica, confirma que la hipótesis planteada puede ser afirmativa; ya que el 90% de la muestra, manifestó no saber si están legitimados, por otro lado un 95% ignoran en que artículos se encuentran estas figuras y, por último un 95% no saben sus requisitos señalados por el Código Civil del Estado de México.

Las interrogantes marcadas con los números 15, 16 y 17, siguen la misma corriente que las variables anteriores, con la única diferencia de ser del Código Procesal Civil, por lo que se pasa a su resultado:



La anterior gráfica, confirma que la hipótesis planteada puede ser afirmativa; ya que el 100% de la muestra, manifestó no saber si están legitimados, un 100% no saben en que artículos se encuentran estas figuras y, también por último un 100% no saben sus requisitos señalados por el Código Procesal Civil del Estado de México.

Por último las variables 18, 19 y 20; nos determinan si el encuestado conoce los requisitos de procedibilidad que señala la jurisprudencia y, finalmente si en alguna ocasión el encuestado ha defendido al fiador, sujeto activo de los mal llamados beneficios de orden y excusión y si esto solo pueden ser hechos valer por este ente jurídico, quedando como sigue:



Este último parámetro de variables, debe ser considerado desde el punto de vista de su conocimiento, por lo que se observa que de la muestra obtenida solo un 5% conoce los requisitos que ha señalado la jurisprudencia para la procedencia del orden y la excusión; así mismo un 30% ha defendido al fiador y, por último solo un 25% las considera como excepciones personales.

En conclusión general, se puede afirmar que el orden y la excusión son desconocidas en la practica judicial, que no son legitimadas sus figuras en los Códigos tanto Procesal como Civil y que por lo tanto no se aplican por su falta de conocimiento y reglamentación, por lo que se puede establecer que la hipótesis plantada es afirmativa, en base al análisis de campo que se sustenta en el presente subtítulo.

4.3 EL BENEFICIO DE ORDEN Y EXCUSIÓN COMO EXCEPCIÓN O DEFENSA

Se ha señalado en el desarrollo del presente trabajo de investigación, e incluso se demostró que el orden y la excusión hechas valer en juicio, siempre serán una defensa en sentido amplio del demandado; la anterior afirmación se demostró en base a la teoría de la relación jurídica.

En efecto las actividades que se desarrollan en juicio siempre serán entre los entes:

- Juez;
- Actor, y
- Demandado.

Incluso cuando son llamados a juicio terceras personas, siempre tendrán que asumir el carácter de actor o bien demandado. Se equiparó la actividad del primero como derecho de acción, mientras que las actividades del segundo siempre son de defensa; por lo que el orden y la excusión hechas valer en juicio siempre serán defensas en sentido amplio.

Se ha establecido que el orden y la excusión siempre serán una defensa en sentido amplio el problema resulta al limitarlo y poder ubicarlos si en sentido estricto son una defensa, es decir, aquellas que destruyen la acción propiamente ejercitada, en base a la propia definición esgrimida por el maestro Eduardo Pallares *"Se entiende por defensa los hechos o argumentos que hace valer en juicio el demandado para destruir la acción o impedir su ejercicio."*¹⁴⁹ O bien se ubican en la especie llamada excepción que es definida en cuanto sus dos efectos por el diccionario jurídico mexicano en los siguientes términos *"En primer término con la expresión excepción se designa, con un sentido abstracto, el poder que tiene el demandado para oponer, frente a la pretensión del actor, aquellas cuestiones que afecten la validez de la relación procesal e impidan un pronunciamiento de fondo sobre dicha pretensión (Cuestiones procesales), o aquellas cuestiones que, por contradecir el fundamento de la pretensión, procuran un pronunciamiento de fondo absoluto (Cuestiones*

¹⁴⁹ PALLARES, Eduardo. *Diccionario de Derecho*, página 207.

substanciales).”¹⁵⁰

Se aclara que la anterior diferenciación entre la defensa y la excepción es tratada en el tema del capítulo tres, subtítulo primero del presente trabajo de investigación; por lo que solo resta ubicarlos al caso concreto del orden y la excusión.

Atendiendo al silogismo jurídico que sirve para ubicar la diferencia entre la defensa y la excepción en sentido restringido y aplicándolas a estas dos figuras jurídicas, podemos establecer que no son defensas; ya que ninguna de las dos ataca la integración de la acción, es decir no se niega la existencia del hecho constitutivo con la hipótesis legal, en otros términos el orden y la excusión no niegan la existencia de la fianza; ni tampoco el cumplimiento de la obligación contraída, caso en el cual se estaría en presencia de la defensa.

Siguiendo la lógica jurídica, se observa que el silogismo jurídico de la excepción se adecua a los efectos del orden y la excusión; ya que estas figuras solo establecen que la consecuencia (representada por la sentencia) no se puede establecer por que existen dos supuestos que se apartan a la regla:

Orden: No se pueden requerir de pago al fiador, ni demandarlo, hasta en tanto no se reconvenga al deudor principal.

Excusión: No se pueden liquidar los bienes del fiador para el pago de la obligación, hasta en tanto no se acredite que el deudor carece de bienes.

Nótese que el efecto de ambas figuras no radica en la negación del derecho del acreedor actor, (A es igual a B, en donde A es la hipótesis legal y B el hecho real), más sin embargo se establece que existe una cuestión que sustrae la consecuencia, he impide que no se de, incluso esta excepción es sustantiva nace en el Código Civil, (B no es igual a C, hecho real no puede producir la consecuencia “sentencia” por que existe algo que aparta la regla).

¹⁵⁰ *Diccionario Jurídico Mexicano Op. cit., tomo II, página 1376.*

Por lo anterior se puede ubicar al orden y la excusión como excepciones que tiene el demandado cuando este es el fiador.

Se cita la opinión de un doctinario que ejemplifica lo anterior: *"Es sabido que la demanda del actor tienden a un silogismo, en el cual la premisa mayor está representada por la hipótesis legal y, la premisa menor por un hecho real, que corresponde a ella; puesto que la conformidad de hecho con la hipótesis legal, deriva el efecto jurídico, se habla en tal caso, de hecho constitutivo. Por tanto, si el actor afirma en su demanda la existencia del hecho constitutivo de su derecho, la negación del demandado puede constituir en negar tal existencia, es decir la existencia de la hipótesis legal o la conformidad del hecho a la hipótesis legal. En tal caso, la respuesta del demandado a la demanda del actor se llama defensa.*

*Pero puede ocurrir también, que el demandado, sin negar, o además de negar la existencia del hecho constitutivo aducido por el actor, afirme la existencia de un hecho extintivo o invalidativo, el cual se resuelve con la afirmación de otro hecho, conforme a una hipótesis legal, que excluye la eficacia del hecho constitutivo; el ejemplo clásico es el del demandado para el pago de una suma prestada, si él no niega haberla recibido sino que afirma haberla restituido, o bien haberla recibido ob turpem causam. En este caso se dice que el demandado pide justicia no tanto apoyándose en una defensa cuanto en una excepción: la palabra que trae su origen del mecanismo del proceso privado romano, quiere significar que aún cuando según la regla la pretensión puede ser formada, hay una razón que sustrae el caso al ámbito de la regla y por tanto, constituye una excepción,"*¹⁵¹

¹⁵¹ CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, página 114-115.

4.4 DIFICULTAD DE SU COMPROBACIÓN EN JUICIO

Se ha tratado en la presente investigación, a las figuras jurídicas nominadas erróneamente beneficios de orden y excusión, se demostró al efecto que no son beneficios sino excepciones personales que puede hacer valer el fiador cuando es demandado dentro de un proceso jurisdiccional, se señalaron sus requisitos de procedibilidad, que combinados con los elementos probatorios tendrían su procedencia en juicio; por desgracia también quedó demostrado con la investigación de campo (Subtítulo 4.2) del presente trabajo, que estas figuras son desconocidas y, por lo tanto no se aplican de manera positiva en el juicio ordinario civil que se ventila en el Estado de México.

Se considera que paralelamente a su desconocimiento del orden y la excusión, existe su dificultad en la comprobación en juicio, reacuérdese que es muy diferente saber los elementos probatorios de cualquier figura jurídica, a producir esos elementos ante el órgano jurisdiccional.

En el subtítulo 3.2.3 página 141 de esta investigación, quedó señalado que la prueba es un elemento esencial en el proceso jurisdiccional y al hablar de su comprobación en juicio nos orilla a establecer como directriz que la carga de la prueba no es una obligación sino una necesidad para el que pretenda obtener sentencia favorable; efectivamente en los juicios es necesario demostrar, por una parte, la existencia de los hechos en que los litigantes fundan sus pretensiones y por otra, la verdad de las afirmaciones y razonamientos formulados por las partes: actor o demandado.

Como se observa, el fin de la prueba es formar convicción en el juzgador para que éste, llegado el momento decida cual de las partes tiene la verdad o falsedad de las acciones o defensas planteadas en el juicio; *“por eso se ha podido decir, exactamente, que quien tiene*

un derecho y carece de los medios probatorios para hacerlo valer ante los tribunales en caso necesario, no tiene más que la sombra de un derecho” ¹⁵²

Ahora se pretende demostrar cómo el orden y la excusión tienen mucha dificultad para ser comprobados en juicio; y como a lo largo de todo el trabajo se ha hecho el trato particular de estas figuras, se encuentra comprometido el análisis por separado, por lo que bajo este tenor se aborda primeramente el estudio del orden.

Para demostrar la hipótesis que en este momento nos ocupa, precisa antes que nada establecer los requisitos de procedibilidad junto a los elementos probatorios del orden, lo cual se realiza en la siguiente figura:

ORDEN	
REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD	ELEMENTOS PROBATORIOS
<ol style="list-style-type: none"> 1. Se hace valer al momento de contestar la demanda; 2. Lo hace valer el fiador (es una excepción personal); 3. La fianza debió de haber sido otorgada para garantizar una obligación de dar o de hacer; 4. La fianza debe constar por escrito; 5. La fianza debe ser de naturaleza civil y no mercantil. 6. Alegar el orden cuando se le requiera de pago; 7. No haber sido objeto de renuncia. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. La confesional del acreedor actor; 2. La documental privada, el propio documento en donde conste la fianza. 3. Informes de autoridades; 4. Presuncionales en su doble aspecto legal y humana.

FIGURA 26. Requisitos y elementos probatorios del orden.

Nótese que si el orden no ha sido motivo de renuncia, su comprobación en juicio no es difícil, lo anterior afirmación la deducimos del hecho de que la fianza debe constar forzosamente por escrito (artículo 7.1000 del Código Civil vigente para el Estado de México) y como el Código de Procedimientos Civiles tanto vigente como el abrogado de la misma entidad, obliga en sus artículos 2.100, 2.101 o 581 respectivamente, a exhibir los documentos fundatorios de derecho a la demanda o bien la contestación, inferimos que siempre deberá constar anexada a los autos la fianza por la cual se obligo el fiador, es el documento base de

¹⁵² DE PINA, Rafael., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, página 264.

la acción; y si en ésta no se renunció al mal llamado beneficio de orden, éste puede alegarlo aún cuando no cuente físicamente con el citado documento. En este sentido los requisitos marcados con los números 2, lo hace valer el Fiador (es una excepción personal); 3 La fianza debió de haber sido otorgada para garantizar una obligación de dar o de hacer; 4 la fianza debe constar por escrito; 5 la fianza debe ser de naturaleza civil y no mercantil; y 7 no haber sido objeto de renuncia, circunstancias que son demostrados con la propia fianza y que se marca como prueba documental privada y, que forzosamente deberá constar anexada en los autos.

Analizado desde esta óptica, a confesional del acreedor-actor, solo servirá para perfeccionar los elementos que debe contener la fianza; dados los efectos del orden; por otro lado los informes de autoridades deberán ser rendidos y tramitados por el acreedor-actor, ya que de no demandar primeramente al deudor principal no podría dictarse sentencia contra el fiador.

En base a lo anterior se puede afirmar que no es difícil comprobar el orden en el proceso jurisdiccional que tiene lugar en el Estado de México y, por lo tanto la hipótesis planteada en este subtítulo limitada al orden resulta falsa.

A continuación se analiza la excusión, hecho que se realiza en los mismos términos que el orden; esgrimiendo al efecto los requisitos que han sido acogidos por el Diccionario Jurídico Mexicano y que de manera determinante deben ser comprobados para su procedencia *"La excusión consiste en aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación de tal suerte que el fiador sólo responde con su bienes en caso de que el deudor no pueda cumplir con todo o en parte de la obligación (a. 2815 CC).*

Son excepciones dilatorias que el fiador debe hacer valer al momento de contestar la demanda. Tratándose de la excusión es necesario, además, que el fiador designe bienes del deudor que basten para cubrir el crédito y que se encuentren dentro del distrito judicial en que deba hacerse el pago, y que anticipe o asegure los gastos de la excusión (a. 2817 CC).

Este beneficio puede presentarse como excepción superveniente cuando el deudor adquiere bienes después del requerimiento o si se descubren los que hubiere ocultado (a.2818 CC)."¹⁵³

Por lo que en la siguiente figura se establecen sus requisitos de procedibilidad y sus elementos probatorios:

EXCUSIÓN	
REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD	ELEMENTOS PROBATORIOS
<ol style="list-style-type: none"> 1. Se hace valer al momento de contestar la demanda, pero también como excepción superveniente; 2. La hace valer el Fiador (es una excepción personal); 3. La fianza debió de haber sido otorgada para garantizar una obligación de dar o de hacer; 4. La fianza debe constar por escrito; 5. La fianza debe ser de naturaleza civil y no mercantil. 6. Al momento de alegarla, señalar el inventario de excusión; 7. Que el deudor pueda ser demandado judicialmente en el Estado de México. Se conozca el paradero del deudor; 8. Que no haya concurso ni insolvencia probada del deudor; 9. El deudor tenga bienes embargables en el lugar donde deba cumplirse la obligación; (dentro del Estado de México) 10. No haber sido objeto de renuncia, y 11. Asegurar los gastos de la excusión. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. La confesional del acreedor actor; 2. La confesional del deudor principal; 3. La documental privada, el propio documento en donde conste la fianza; 4. La documental pública, que puede consistir en la copia debidamente certificada de la escritura de los bienes inmuebles, o bien de acciones de que sea dueño el deudor principal; 5. La documental privada, que puede versar sobre las facturas de los bienes muebles de que sea propietario el fiado; 6. Presuncionales en su doble aspecto legal y humana.

FIGURA 27. Requisitos y elementos probatorios de la excusión.

Como es de verse la excusión es una figura jurídica que cuenta con más elementos que el orden y por ende requiere mayores elementos probatorios; por lo que se analizará para comprobar o desaprobar la hipótesis que nos ocupa cada uno de los elementos y su correspondiente medio probatorio.

La legitimación pasiva la tiene el fiador, por lo que este elemento queda comprobado con la propia fianza, en la cual se obligó el fiador por el deudor principal, siendo en todo caso

¹⁵³ *Diccionario Jurídico Mexicano, tomo I., Op. Cit. página 334.*

procedente lo manifestado para el orden, esto en el sentido de que la fianza debe constar agregada (es el documento base de la acción).

En este orden de ideas, los elementos 3 la fianza debió de haber sido otorgada para garantizar una obligación de dar o de hacer; 4 la fianza debe constar por escrito; 5 la fianza debe ser de naturaleza civil y no mercantil; y 10 no haber sido objeto de renuncia, hechos que son demostrados con la propia fianza y en tal virtud con la documental privada (consistente en la propia fianza) quedan demostrados estos requisitos.

El sexto elemento, consistente en la obligación de señalar el inventario de excusión, implica forzosamente que el fiador conozca los bienes muebles, inmuebles o bien derechos que sean propiedad de su fiado, pero no basta que estos bienes sean señalados en el inventario respectivo, precisa demostrar que son propiedad del deudor principal. En efecto podemos inferir que de manera general el fiador conoce de manera personal a su fiado, e incluso que se compromete por él por razones íntimas o bien de parentesco, incluso se puede afirmar también que el fiador sabe de los bienes con los cuales se ostenta su fiado; pero el comprobar que esos bienes efectivamente son de su propiedad en juicio requiere exhibir las documentales públicas o bien privadas que así lo acrediten; esto nos orilla a establecer que el fiador que haga valer la excusión tendrá que realizar previamente una investigación para indagar sobre la fuente de estos documentos. Si suponemos que la excusión se haga valer al momento de contestar la demanda, el fiador cuenta con un lapso de 10 días hábiles para conseguir dichos documentos, 5 días para señalar la audiencia de conciliación, más 5 para ofrecer pruebas (artículos 2.121 y 2.126 del Código de Procedimientos Civiles vigente). Para el caso de que el juicio se este tramitando en base al Código abrogado el fiador contará también con 10 días hábiles (artículos 606 y 608 misma ley pero abrogada); por lo que podemos afirmar que resultaría muy difícil conseguir en tan poco tiempo la documentación requerida; lo que haría improcedente la excusión por la simple y sencilla razón de no acreditar la propiedad de los bienes en los cuales se practique la excusión.

Otro elemento es conocer el paradero del deudor y que éste se encuentre en el territorio que comprende el Estado de México, lo que se demostraría con la simple

presuncional legal, que se infiere del hecho de que se le notifique al deudor principal en el domicilio que el fiador proporcione para tal efecto.

Por lo que hace al requisito marcado como 8 (Que el deudor no esté en insolvencia); elemento que derivamos de la interpretación en contrario sensu de los artículos 7.1022 y 2668 del Código Civil vigente y abrogado del Estado de México (figura 18 página 133 de la investigación), resulta un elemento negativo que no es necesario probar y que en todo caso tendrá que demostrar el acreedor-actor, el que afirma esta obligado a probar artículos 1.253 o 270 ambos de la Ley Procesal vigente y abrogada.

El requisito noveno tiene íntima relación con el elemento sexto (inventario de excusión), por lo que resta tan sólo con relación a este rubro comentar, que no basta señalar el inventario y en todo caso acreditar la propiedad, sino que se requiere que los bienes señalados se encuentren dentro del Estado de México, para el caso del Código Civil vigente; pero aun más limitativo resultaba el abrogado que requería que los bienes se encuentren dentro del distrito judicial donde deba realizarse el pago, lo que de manera practica hacen aún más complicada su comprobación en juicio.

Por último tenemos la obligación que por ministerio de la Ley se le impone al fiador, esto en el sentido de que una vez reunidos los elementos anteriores, debe garantizar los gastos de excusión, los cuales no se encuentran establecidos las bases para su cuantificación en la ley civil o procesal, ni vigentes ni mucho menos abrogadas; por lo que este requisito quedará limitado al prudente arbitrio del juzgador.

Es en base a lo anterior que se puede concluir que la excusión hecha valer en juicio es difícil de comprobar y que incluso el tiempo real para hacerlo se encuentra limitado, más aún de contar con todos y cada uno de los elementos precisa garantizar sus gastos, lo que comprueba que la hipótesis planteada es afirmativa para esta figura.

4.5 NECESIDAD DE REGLAMENTARLOS DE UNA MANERA EFICAZ EN LOS CÓDIGOS SUSTANTIVO Y PROCESAL CIVIL EN EL ESTADO DE MÉXICO.

Se ha demostrado en el presente trabajo de investigación que los mal llamados beneficios de orden y excusión, están erróneamente definidos por el legislador que en su momento creó la ley del Estado de México, lo anterior dadas las recientes reformas al Código Civil y Procesal Civil de esta entidad; más aún, se puso de relieve que este mismo error es cometido por la actual legislatura del Estado de México, quienes homologan el contenido de los artículos que se refieren al orden y la excusión, tanto en el código sustantivo como adjetivo.

En efecto, se puede decir que en nuestros actuales cuerpos de leyes la única diferencia substancial con relación a los Códigos abrogados, limitados a estas dos figuras jurídicas, radicó única y exclusivamente en la figura de la excusión, en la cual se amplió el territorio en donde el fiador sujeto activo del orden y la excusión debe señalar los bienes del deudor principal para la excusión; toda vez que el Código Civil abrogado, señalaba tan solo para este efecto el territorio en el cual tenía competencia el distrito judicial donde debía realizarse el pago. Este hecho fue ampliado por el vigente Código Civil al territorio que comprende el Estado de México; siendo lo anterior la única reforma arrojada por la LIV Legislatura del Estado. Sobre esta base, se considera pertinente para fundamentar una propuesta de reforma al contenido de los artículos que sancionan lo anterior, anotar la diferencia de los artículos sobre este tenor:

CÓDIGO CIVIL ABROGADO	CÓDIGO CIVIL VIGENTE
Artículo 2669. Para que el beneficio de excusión aproveche al fiador, son indispensables los requisitos siguientes: I Que el fiador alegue el beneficio luego que se le requiera de pago; II <u>Que designe bienes del deudor que basten para cubrir el crédito y que se hallen dentro del distrito judicial en que deba hacerse el pago;</u> III Que anticipe o asegure competentemente los gastos de excusión.	Artículo 7.1023. Para que el beneficio de excusión aproveche al fiador, son indispensables los requisitos siguientes, que: I Alegue el beneficio luego que se le requiera de pago; II <u>Designe bienes del deudor que basten para cubrir el crédito y que se hallen dentro del Estado de México;</u> III Anticipe o asegure los gastos de excusión.

FIGURA 28. Comparación de la única reforma del orden y La excusión

Ahora bien y siguiendo esta lógica de ideas, nótese que el vigente Código de Procedimientos Civiles, en comparación al abrogado en la misma materia tampoco tuvo alguna reforma substancial con relación a las figuras materia de estudio; más sin embargo y dada la comparación anterior resulta obligado su paralelismo.

El Código de Procedimientos Civiles abrogado del Estado de México, hace mención única y exclusivamente de estas figuras en los artículos 427 fracción III y 513 fracción VII (caso de la excusión). Por su parte el vigente Código Procesal Civil hace a lución a estas mismas figuras en sus numerales 2.274 fracción III (caso del orden), 2.37 fracción III (caso de la excusión), por lo que se puede establecer su paralelismo de la siguiente forma:

CÓDIGO PROCESAL CIVIL ABROGADO	CÓDIGO PROCESAL CIVIL VIGENTE
<p>Artículo 427. Para ejecutar la sentencia, definitiva o interlocutoria, en el caso del artículo anterior, se otorgará previamente caución que podrá consistir:</p> <p>I En hipoteca sobre bienes bastantes, a juicio del Juez, ubicados dentro de su territorio jurisdiccional.</p> <p>II En deposito de dinero en efectivo, o constituido en Institución de Crédito facultada para ello, y</p> <p>III En fianza con renuncia de los beneficios de orden y excusión...</p> <p>Artículo 513. Son excepciones dilatorias las siguientes:</p> <p>I La incompetencia del Juez;</p> <p>II la litispendencia;</p> <p>III La conexidad de la causa;</p> <p>IV La falta de personalidad o de capacidad en el actor;</p> <p>V La falta de cumplimiento en el plazo o de la condición a que este sujeta la acción intentada;</p> <p>VI la División ;</p> <p>VII La excusión;</p> <p>VIII Las demás a que dieren esos carácter las leyes.</p>	<p>Artículo 2.37. Son excepciones dilatorias o que no destruyen la acción:</p> <p>I La falta de cumplimiento del plazo o de la condición a que este sujeta la acción intentada;</p> <p>II la División ;</p> <p>III La excusión;</p> <p>IV Las demás que señale la ley.</p> <p>2.274. Las partes podrán pedir que un tercero sea llamado a juicio para que le pare perjuicio la sentencia en los siguientes casos:</p> <p>I Cuando de trate de codeudores de obligación indivisible, siempre y cuando el cumplimiento de la obligación sea de tal naturaleza que no pueda satisfacerse sólo por el demandado;</p> <p>II Cuando se trate de tercero obligado a la evicción. En este caso, el tercero, una vez emplazado, se convertirá en demandado principal;</p> <p>III El fiador respecto del deudor principal y los cofiadores, siempre que en este último caso no se haya renunciado al beneficio de orden y de división;</p> <p>IV En los demás casos señalados por la ley.</p>

FIGURA 29. Comparación del Código Procesal Civil vigente y abrogado, con relación al orden y la excusión.

Como se puede observar entre ambos Códigos no existe diferencia alguna, por lo que la única reforma con relación a las figuras de estudio radica que el vigente Código tan sólo se limita a dividir el contenido del artículo 513 de la ley abogada, dejando las demás excepciones en su artículo 2.31 de le ley vigente, por lo que en base al paralelismo anterior podemos concluir que no existió reforma limitada a estas figuras el orden y la excusión.

Para poder hacer una inferencia inmediata, se puede establecer los dos anteriores paralelismos como primer premisa, esto en virtud de estar elaboradas en el mismo sentido y con idéntico resultado. La segunda premisa la podemos abstraer del punto 4.2 visible en la página 176, en la cual concluimos en base al estudio de campo elaborado en tres diferentes distritos judiciales del Estado de México, que se puede afirmar que “el orden y la excusión son desconocidas en la practica judicial, que no son legitimadas sus figuras en los Códigos tanto Procesal como Civil y, que por lo tanto no se aplican por su falta de conocimiento y reglamentación, por lo que se puede establecer que la hipótesis plantada es afirmativa, en base al análisis de campo que se sustenta en el presente subtítulo”.¹⁵⁴

Con base a lo anterior podemos ya inferir la consecuencia lógica jurídica de las dos anteriores premisas; y que por lo tanto, al no haber habido reforma substancial en los Códigos, por un lado Civil y por el otro Procesal Civil del Estado de México, con relación al orden y la excusión (primer premisa) y, que dicha falta de reglamentación ha producido su desconocimiento eh inaplicación en los tribunales del Estado de México, se concluye en la necesidad de reglamentarlos de una manera eficaz en los Códigos sustantivo y procesal civil de esta Entidad Federativa.

Es en base a todo lo expuesto y fundamentado a lo largo del presente trabajo de investigación que se puede pedir dicha reglamentación en base a la siguiente propuesta, la cual se sugiere en ambos ordenamientos, por lo que primeramente se aborda el caso del código sustantivo civil y posteriormente el procesal, por formar la materia adjetiva.

a) PROPUESTA DE REGLAMENTACIÓN AL CÓDIGO CIVIL

PRIMERA: El cambio del epígrafe del artículo 7.1020 que establece: “**Beneficios de orden y excusión**” para quedar como “El orden y la excusión”; lo anterior por que se demostró que el legislador tan solo repitió estas figuras del derecho romano, época en la cual si eran un beneficio, dada la costumbre y religión romana, esto en el sentido del deber de honor de salir fiador de sus clientes y familiares, lo que origino la creación de los llamados beneficios de orden y excusión; los cuales tenían que ser hechos valer *ipso iure*, es decir, por el mismo

¹⁵⁴ Confrontar el capítulo 4, subtítulo 4.2, páginas 176 a la 181, resultado de variables de la encuesta de campo realizada.

derecho, sin la intervención de la voluntad, lo que les daba su calidad de beneficios traer un bien a alguien; esta circunstancia difiere completamente en nuestro derecho positivo del Estado de México, ya que en primer término el fiador se obliga por una relación contractual y no por el honor o la tradición, asimismo si fueran beneficios (traer un bien a la persona del fiador) operarían de pleno derecho, los hiciera valer o no el fiador sujeto activo de los mal llamados beneficios de orden y excusión, circunstancia que a todas luces no opera, por lo que el termino "beneficios" dada la naturaleza actual del orden y la excusión no es correcto. Por lo que el artículo con su epígrafe correspondiente quedaría así:

El orden y la excusión

Artículo 7.1020. El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente lo sea el deudor y se haga la excusión de sus bienes.

SEGUNDO: Se proponen las siguientes reformas en el contenido del artículo 7.1022:

- a) La derogación de la fracción I que establece "El fiador renuncio expresamente a ella", esta derogación tiene íntima relación con la propuesta primera, ya que al ser un beneficio si era posible su renuncia por parte del beneficiario del mismo, pero al ser tan sólo una excepción su renuncia implica una violación al principio de debido proceso consagrada en los artículos 14 y 16 Constitucionales ya que el sujeto activo del orden y la excusión representado por el fiador, al renunciar antes del posible juicio a estas figuras, estaría siendo vencido antes de ser oído y, más aun estaría renunciando a su derecho de defensa.
- b) La derogación de la fracción III del artículo que se comenta; lo anterior en virtud de que independientemente del paradero del deudor principal, no se puede limitar la excusión a que éste pueda ser demandado dentro del territorio que comprende el Estado de México. Nótese que la fracción III del artículo 7.1023 de la misma ley requiere para la procedencia de esta excepción que el fiador anticipe y asegure los gastos de la excusión, por lo que en todo caso es él quien en su momento tendrá que absolver los gastos y las costas que genere la excusión, lo que deja sin objeto de ser la citada fracción que se propone se derogue, ya que llegado el momento de aplicar al pago de la deuda los bienes del deudor principal y estar garantizados sus gastos, poco

importa para el acreedor la ubicación del demandado principal y más aún de los bienes que se apliquen al pago del adeudo contraído.

Por lo anterior el contenido del citado artículo quedaría en los siguientes términos:

Casos en que no opera la excusión

Artículo 7.1022. La excusión no tendrá lugar cuando:

I Derogada;

II Haya concurso o insolvencia probada del deudor;

III Derogada;

IV El negocio para el que se prestó la fianza sea propio del fiador;

V Se ignore el paradero del deudor, siempre que llamado este pro edictos, no comparezca, ni tenga bienes embargables en el lugar donde deba cumplirse la obligación.

TERCERO: La creación del artículo 7.1021 bis. El cual deberá de establecer el concepto del orden, lo anterior porque en el presente trabajo de investigación quedo demostrado que la excusión implica al orden, pero el orden no implica la excusión, amen de que en todo el actual cuerpo legal jamás se legitima esta figura y por lo tanto resulta necesaria su conceptualización y reglamentación en el Código Civil, por lo que el citado artículo quedaría como sigue:

Concepto del orden

Artículo 7.1021. Bis El orden consiste en la imposibilidad legal de que sea demandado el fiador, eficazmente por el acreedor, sin que antes lo sea el deudor principal.

CUARTO: Por último se propone la reforma al artículo 7.1023 en su fracción II parte final, la cual limita el lugar en el que se encuentren los bienes al territorio que comprende el Estado de México; huelga decir que este hecho era a un más limitado en el antiguo código abrogado, que limitaba aún más este hecho al territorio del distrito judicial donde debía hacerse el pago; lo que pone en primer término la voluntad del legislador de ampliar esta posibilidad, la cual creemos no debería ser óbice a que no se limitará, ya que como se señalo en el punto segundo inciso a), es el propio fiador quien no solo garantiza los gastos de la excusión, sino que los asegura competentemente, por lo que los gastos que se generarán para cubrir el pago del adeudo motivado por la excusión, por lo que si existen bienes del deudor principal

fuera del Estado de México y el fiador ha demostrado su existencia no debería ser obstáculo para que la excusión le beneficiará, amen de omitir por los motivos antes expuestos el sustantivo beneficios, en tal virtud el citado artículo se integraría de la siguiente forma:

Requisitos para que la excusión proceda

Artículo 7.1023. Para que la excusión aproveche al fiador, son indispensables los requisitos siguientes, que:

- I. Alegue la excusión luego que se le requiera de pago;*
- II. Designe bienes del deudor que basten para cubrir el crédito;*
- III. Anticipe o asegure los gastos de excusión.*

Por su parte el Código de Procedimiento Civiles vigente para el Estado de México, como ha quedado señalado esta muy limitado en la legitimación de estas figuras; sin embargo también quedo demostrado que para su tramitación existen las reglas y procedimientos generales; es decir, se pueden hacer valer al contestar la demanda, o bien como excepción superveniente (solo el caso de la excusión); y como esta tramitación si esta legitimada en el vigente Código procesal, nos limitamos al contenido de los artículos que hablan de estas figuras jurídicas, para que sean acordes a los comentarios vertidos para el código sustantivo, por lo que solo podemos proponer lo siguiente:

PRIMERO: Se reforme el contenido del artículo 2.37, para que contemple específicamente al orden, anotando al efecto otra fracción en el citado artículo, ya que como ha quedado señalado el orden difiere a la excusión,¹⁵⁵ y por lo tanto es procedente anotar una fracción específica para esta excepción, quedando en consecuencia el citado artículo de la siguiente forma:

Excepciones dilatorias

Artículo 2.37. Son excepciones dilatorias o que no destruyen a la acción:

- I La falta de cumplimiento del plazo o de la condición a que este sujeta la acción intentada;*
- II la División;*
- III La excusión;*
- IV El orden;*
- V Las demás que señale la ley.*

¹⁵⁵ Confrontar el subtítulo 3.3.1. página 155 y siguientes del presente trabajo de investigación.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Las excepciones surgen en el segundo período del derecho romano, es decir en el proceso formulario, con la introducción de la *exceptio* (excepciones) en el contenido de la formula, por medio de la cual de comprobar su existencia, haría injusta la condena. También encontramos en este período el nacimiento de las figuras jurídicas materia de estudio: el orden y la excusión; figuras que en la época de los romanos si eran beneficios, dada la costumbre romana, esto en el sentido de que era considerado un deber de honor salir fiador de sus amigos y clientes, lo que motivo la creación de estas figuras, pero que en la actualidad no opera dada su naturaleza; en efecto la fianza hoy en día es un contrato accesorio que tiene por finalidad garantizar una obligación de dar o de hacer, pero el fiador como obligado secundario se compromete por obligación contractual y no por el honor; de tal suerte que en tiempos romanos existía un rigorismo religioso y de costumbre muy estricto en su observancia, por lo que la única forma de amortizar la obligación del fiador (Obligado por el honor) era la creación de beneficios a su favor.

SEGUNDA: El proceso precortesiano, si bien nada heredó a nuestro juicio ordinario civil del Estado de México y mucho menos al orden y la excusión, se considera necesario establecer que el proceso jurisdiccional de los Aztecas, que fue adoptado por los demás grupos étnicos que formaron nuestra nación, puede ser considerado el proceso más limpio y recto que ha existido en nuestro País, ejemplo de ética profesional en el ejercicio de la carrera, esto en base a las propias opiniones vertidas por los conquistadores y que fueron acogidas en las crónicas de Fray Bernardino de Sahagun y Bartolomé de las Casas y, que hoy en día deberían ser un reto a alcanzar por todos los que practican la carrera de derecho en el ejercicio profesional, ya sea como autoridad, o bien como parte en cualquier proceso jurisdiccional.

TERCERA: En base a la confrontación realizada entre el Código Civil vigente como el abrogado del Estado de México, fundamentalmente en lo que se refiere a las figuras jurídicas materia del presente trabajo, se puede establecer que nada varió con relación a los artículos

que legitiman al orden y la excusión y, que dichas figuras jurídicas cuentan con la misma naturaleza jurídica ya que en nada cambió su reglamentación; con la única excepción que el vigente cuerpo legal, exige que la fianza en donde se obligó el fiador y que es la cuna del orden y la excusión, siempre conste por escrito, circunstancia que no se requería en el Código abrogado; así también para el caso de la excusión, se amplía el lugar donde se encuentren los bienes señalados para tal fin, al territorio que abarca esta entidad federativa y no sólo al Distrito Judicial donde deba hacerse el pago. Hecho que se dejó claramente demostrado al realizar a lo largo de todo el trabajo la confrontación de ambos cuerpos normativos; y sobre todo que los artículos que se refieren específicamente al orden y la excusión se encuentran homologados en sus contenidos, por lo que para el caso del Código Civil vigente para el Estado de México no existe modificación sustancial para las figuras materia de investigación.

CUARTA: Es también en base a la confrontación, del Código Procesal Civil vigente frente al abrogado del Estado de México, que el proceso ordinario civil sigue teniendo las mismas fases de desarrollo y, que lo único que es motivo de reforma fue la fase probatoria; en la cual el término probatorio se vió reducido, de 30 a 20 días, de los cuales 5 son de ofrecimiento y 15 para el desahogo; así también las reglas para el desahogo de algunas pruebas fue motivo de cambio; verbigracia al momento de ofrecer la testimonial se necesita citar el nombre y el domicilio del testigo, los puntos sobre los cuales declarará; la pericial puede ofrecerse en cualquier tiempo del plazo para ofrecer las pruebas y, por último, se crea la audiencia conciliatoria y depuración procesal. Hechos que también se pusieron de relieve con la confrontación de ambos Códigos, estableciendo al efecto cuadros para uno y otro cuerpo legal, esto en virtud de que en la práctica se siguen utilizando ambos ordenamientos lo que orilló al trato paralelo.

QUINTA: Las fases procesales que tiene el juicio ordinario civil que se lleva a cabo en el Estado de México, sea que el juicio se ventile con base al vigente Código Procesal Civil o el abrogado siempre serán:

1. Fase postularia, polémica o expositiva.
2. Fase demostrativa o probatoria.
3. Fase conclusiva o de alegatos.

4. Fase resolutive.
5. Fase de ejecución.
6. Fase de recurso.
7. Fase de amparo.

Así también quedó demostrado, que la fase de recurso del proceso ordinario civil, cuenta con una dualidad, por un lado como inicio de la segunda instancia, cuando el promovente se inconforma con el contenido de la sentencia definitiva que puso fin al juicio, porque ésta le causa un agravio. En segundo lugar como medio de impugnación en cualquier etapa del procedimiento, cuando el órgano jurisdiccional no se apega a las reglas del procedimiento, o bien por errores u omisiones en el actuar de la autoridad.

SEXTA: El problema existente en la doctrina como en la ley, en el sentido de diferenciar la defensa con la excepción propiamente dichas, no dentro del derecho de contradicción o de defensa, sino en la especie particular; se resolvió en base al sílogismo lógico jurídico planteado por Francesco Carnelutti, el cual se aplicó al caso limitado del Estado de México y por lo tanto en esta entidad se estará en presencia de una defensa, cuando en la contestación a la demanda se ataquen los presupuestos que integran la acción, es decir no existe la conformidad de la ley con el hecho real. Por otro lado se estará en presencia de una excepción cuando en la demanda se aleguen no los hechos que integran la acción, sino que los hechos que lo constituyen no pueden producir la consecuencia por que existe otra circunstancia que lo aparta de la regla, es decir no se atacan los presupuestos que integran a la acción, sino que existen otros que invalidan o bien impiden la consecuencia representada por la sentencia.

SÉPTIMA: En base a la teoría de la relación jurídica, se demostró que toda excepción es defensa, pero no toda defensa es excepción; en efecto en base a la citada teoría se estableció que en todo juicio ordinario civil existen tres entes, representados por el juez, el actor y el demandado, incluso cuando existen terceras personas llamadas al juicio, siempre tendrán el carácter de actor o bien de demandado. Así en base a esta lógica se equiparó dentro del proceso jurisdiccional que los actos que realiza la parte actora serán en base a su derecho de acción, por otro lado los actos que realiza la parte demandada siempre serán en

base a su derecho a la defensa, la cual se derivó desde las garantías individuales que marca nuestra Carta Magna como garantía de audiencia: ser oído y vencido en juicio artículos 14 y 16 Constitucionales. Es así como al limitar este concepto del derecho a la defensa al caso particular del Estado de México y más aún cuando este demandado es un fiador, que se demostró que el orden y la excusión hechas valer en juicio siempre serán una defensa en sentido amplio, por pertenecer a ese derecho de contradicción de que goza el demandado y que se definió como derecho a la defensa.

OCTAVA: Al conceptuar a los llamados beneficios de orden y excusión y hacer su deducción jurídica desde el derecho romano, se estableció que existe un error en su definición y que dicho error es cometido por el legislador del Estado de México por considerar estas figuras de acuerdo a la naturaleza, al efecto se observó que en tiempos romanos existía un estricto apego a las costumbres y principios morales religiosos y, que en todo caso el ciudadano romano tenía el deber de honor de salir fiador de sus amigos y clientes, lo que motivo la creación de los beneficios, toda vez que su fin era traer un bien a la persona del fiador y que estos siempre procedían, con la única excepción de la insolvencia del deudor principal, caso en el cual eran denegados. Al comparar esta naturaleza con la que cuentan los beneficios de orden y excusión que regula el Código Civil vigente y abrogado para el Estado de México, cuentan con una naturaleza totalmente distinta la que los limita única y exclusivamente a un orden gradual en la prelación del pago para el caso del orden y que la excusión se da al aplicar al pago de la obligación el valor libre de los bienes del deudor, por lo que el fiador sólo responde por el saldo faltante; por lo tanto en la actualidad no son beneficios sino excepciones dilatorias -incluso perentorias cuando los bienes en la excusión cubren el total del adeudo personales y sustantivas que posee el fiador cuando es demandado. Y en base a esto se propone que el Código Civil vigente para el Estado de México se cambie el epígrafe correspondiente y en todo caso se legitimen de manera correcta las figuras jurídicas materia de la investigación quedando como orden y excusión suprimiendo el sustantivo beneficios.

NOVENA: Para establecer la naturaleza jurídica del orden y la excusión como excepciones civiles, se practico un análisis de las diversas especies de defensas que existen

concluyendo que no existe una clasificación que las comprenda a todas y, que la regla general para establecerlas era de acuerdo a la función que desempeñan en el proceso; lo que nos orilló a realizar un cuadro comparativo, lo que nos demostró que una misma excepción puede tener uno o más efectos y, que este singular efecto no escapa al orden y la excusión; por lo que al momento de limitar el cuadro a la especie de las figuras jurídicas materia de estudio se pudo establecer por un lado que el orden es una excepción sustantiva, común, nominada, personal, simultánea, procedente y sobre todo dilatoria; y la excusión es sustantiva, común, nominada, personal, simultánea, pero también superveniente, procedente, sobre todo dilatoria, pero por sus efectos extintivos puede llegar a ser perentoria.

DÉCIMA: Se demostró que el momento procesal oportuno para hacer valer el orden y la excusión, será en dos fases del procedimiento ordinario civil: en la fase polémica o expositiva y también en la fase probatoria o demostrativa. Es necesario aclarar que el orden sólo se puede hacer valer al contestar la demanda, al ser este el momento en que judicialmente se le requiere de pago; por lo tanto esta figura sigue la regla general para las excepciones, tendrán que hacerse valer al contestar la demanda (artículo 2.116 del Código de Procedimientos Civiles vigente para el Estado de México). La excusión aparte de seguir esta regla general, cuanta con la posibilidad de hacerse valer como excepción superveniente, hecho que deducimos de su naturaleza jurídica, en efecto el artículo 7.1024 del Código Civil vigente para la misma Entidad, señala que se puede pedir la excusión cuando el deudor después del requerimiento de pago adquiere bienes, o se descubran los que haya ocultado, lo que nos condujo a poder ubicar la excusión dentro de las hipótesis que señala el artículo 2.117 de la ley Procesal, por lo tanto la excusión podrá hacerse valer como excepción superveniente.

DÉCIMA PRIMERA: Se estableció la hipótesis de que el orden y la excusión son difíciles de comprobar en juicio; para demostrar lo anterior primeramente se establecieron los requisitos con los que cuenta cada figura lo que formó nuestra primer premisa; lo cual comparamos con sus elementos probatorios que integraron la segunda premisa y, la consecuencia deductiva nos demostró que: El orden no es difícil de comprobar en el juicio

ordinario civil que tiene lugar en el Estado de México, en virtud de que los efectos de esta excepción se derivan de la propia fianza, y que al no haber sido objeto de renuncia y constar por escrito en la demanda por ser documento fundatorio de derecho, consta en autos y que por lo tanto la hipótesis para el orden resultó falsa. Pero al aplicar la misma lógica a la excusión se estableció que esta si es difícil de probar, en virtud de que no basta señalar los bienes para la excusión, sino que precisa demostrar su propiedad y por ministerio de ley que dichos bienes se encuentren físicamente en el territorio que comprende el Estado de México, así como asegurar los gastos que la excusión genere, lo que nos fundamentó la hipótesis que resultó afirmativa para esta figura jurídica.

DÉCIMA SEGUNDA: Demostramos que el orden y la excusión son unas figuras jurídicas que no se aplican en el Estado de México; hecho que se realizó en base a una investigación de campo, sobre la base de 60 encuestas realizadas a profesionales del derecho que de manera práctica ejercen la carrera ante los tribunales; comprobando al efecto que su falta de aplicación es por el desconocimiento que se tiene del orden y la excusión y, que este desconocimiento es producto de su falta de reglamentación, lo que nos motiva a proponer en primer término que se reforme el epígrafe respectivo que el Código Civil hace mención al orden y la excusión, omitiendo en sustantivo de "beneficios"; y que se legitime de manera correcta a cada un de estas figuras.

DÉCIMA TERCERA: Se propone en el último subtítulo del capítulo cuarto, los cambios al Código Civil, en los siguientes términos; primero omitir el sustantivo "beneficios" lo cual se fundamenta en la actual naturaleza de estas figuras, con su origen romano; segundo derogación de dos fracciones del artículo 7.1022; la primera que hace mención a la renuncia de los beneficios que actualmente no lo son dada su naturaleza, por lo tanto al haber demostrado que son excepciones su renuncia es violatoria de debido proceso legal consagrado en los artículos 14 y 16 Constitucionales y; segunda que no se limite la excusión a que el deudor principal se encuentre dentro del territorio que abarca el Estado de México, teniendo lo anterior su fundamento en el sentido de que es el propio fiador quien absorbe los gastos de la excusión, los cuales incluso deben ser garantizados competentemente, y por lo tanto poco importa al acreedor la ubicación del demandado principal y más aún de los bienes

que se apliquen al pago del adeudo contraído. Asimismo se propone la creación del artículo 7.1021 Bis, en el cual se establezca el concepto del orden, toda vez que este difiere a la excusión, proponiendo el artículo en los siguientes términos:

Concepto del orden

Artículo 7.1021. Bis El orden consiste en la imposibilidad legal de que sea demandado el fiador, eficazmente por el acreedor, sin que antes lo sea el deudor principal.

Por último se sugiere la abrogación de la parte última de la fracción II del artículo 7.1023, esto en el sentido de que no se limite el lugar donde se encuentren los bienes para aplicar la excusión al territorio del Estado de México, lo anterior sobre la base de que los gastos para este concepto corren a cargo del fiador y por lo tanto no son óbice para el acreedor y mucho menos para el órgano jurisdiccional.

DÉCIMA CUARTA: Para terminar se estableció que si bien el Código Procesal Civil del Estado de México está muy limitado en la legitimación de estas figuras; sin embargo también quedó demostrado que para su tramitación existen las reglas y procedimientos generales; es decir, se pueden hacer valer al contestar la demanda, o bien como excepción superveniente (solo el caso de la excusión); y como esta tramitación si está legitimada en el vigente Código procesal nos limitamos al contenido de los artículos que hablan de estas figuras jurídicas, para que sean acordes a los comentarios vertidos para el código sustantivo, por lo que solo se propuso la inclusión del orden como fracción dentro del artículo 2.37, que habla de las excepciones dilatorias.

ANEXO 1**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ARAGÓN****ENCUESTA SOBRE LOS LLAMADOS BENEFICIOS DE ORDEN Y EXCUSIÓN**

TITULADO: _____ PASANTE: _____

1.- Que área del derecho es la que practica:

- a) Civil b) Penal c) Civil y penal d) Otras especifique: _____

2.- Su actividad preponderante, dentro del derecho es el litigio:

- a) Si b) No

3.- Cuanto tiempo lleva litigando ante los juzgados:

Meses _____ años _____

4.- Dentro de su actividad profesional, ha patrocinado más al:

- a) Actor b) Demandado c) Ambos

5.- Dentro de su actividad profesional, prefiere patrocinar al:

- a) Actor b) Demandado c) Le es indiferente

6.- Conoce los beneficios de orden y excusión:

- a) Si b) No (pase a la pregunta 9) c) Regular

7.- Defina al orden: _____**8.- Defina la excusión:** _____**9.- Considera que las figuras jurídicas denominadas orden y excusión, puedan ser hechas valer como defensas por el demandado**

- a) Si b) Desconozco c) No

10.- Atendiendo a su naturaleza jurídica del orden y la excusión; considera que son beneficios o excepciones:

- a) Beneficios b) Excepciones c) desconozco

11.- Alguna vez ha hecho valer en juicio como defensa del demandado, al orden o la excusión:

- a) Si b) No c) No los conocía

12.- Sabe si estas figuras jurídicas (orden y excusión), están legitimadas en el Código Civil vigente para el Estado de México.

- a) Si b) No c) Ignoro

13.- Sabe en que parte del Código Civil se encuentran los artículos que hablan de estas figuras:

- a) Si b) No

14.- Conoce cuales son los requisitos que señala el código civil para su procedencia:

- a) Si b) No

BIBLIOGRAFÍA

1. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO Niceto. Derecho Procesal Mexicano, México 1976, Editorial Porrúa, tomos I y II, 634 páginas.
2. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO Niceto. Derecho Procesal Mexicano, novena edición, México 1991, Editorial Porrúa, 756 páginas.
3. ARRELLANO GARCÍA, Carlos. Derecho Procesal Civil, tercera edición, México 1993, Editorial Porrúa, 700 páginas.
4. ARRELLANO GARCÍA, Carlos. Practica Forense Mercantil, segunda edición, México 1980, Editorial Porrúa, 800 páginas.
5. ARRELLANO GARCÍA, Carlos. Practica Forense Civil y Familiar, vigésima primera edición, México 1993, Editorial Porrúa, 887 páginas.
6. ARRELLANO GARCÍA, Carlos. Teoría General del Proceso, cuarta edición, México 1994, Editorial Porrúa, 472 páginas.
7. ALEGRÍA, Héctor. El aval, Buenos Aires 1975, Editorial Astrea, 472 páginas.
8. ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de derecho Procesal Civil y Mercantil, segunda edición, Argentina 1936, Editorial Editores B, tomo V, actualizado por el doctor Cuadras Ediar Jesús, 870 páginas.
9. AGÜERO AGUIRRE, Saturnino. El Papel del Abogado, segunda edición, México 1993, Editorial Porrúa, 98 páginas.
10. BECERRA BAUTISTA, José. El Proceso Civil en México, octava edición, México 1980, Editorial Porrúa, 825 páginas.
11. BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles, tercera edición, México 1980, Editorial Harla, 621 páginas.
12. BIALOSTOSKY, Sara. Panorama del Derecho Romano, México 1982, Editorial UNAM Textos Universitarios, 350 páginas.
13. BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de las Obligaciones, decimosegunda edición, México 1991, Editorial Porrúa, 732 páginas.
14. BRICEÑO SIERRA, Humberto. El Juicio Ordinario Civil, México 1977, Editorial Trillas, tomos I y II, 974 páginas.
15. CAMPILLO SAINZ, José. Derecho Proceso Civil, cuarta edición, México 1993, Editorial Porrúa, 64 páginas.
16. CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal, décima edición, México 1995, Editorial Episa S.A. de C.V., traducción y compilación Figueroa Alfonso Enrique, 491 páginas.
17. COUTURE J., Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, octava edición, Buenos Aires 1974, Editorial Depalma, 425 páginas.
18. CÓRDOBA ROMERO, Francisco. Derecho Procesal del Trabajo, segunda edición, México 1991, Editorial Cárdenas y editores, 472 páginas.
19. DE PINA RAFAEL Y JOSÉ CASTILLO LARRAÑAGA, Derecho Procesal Civil, decimotercera edición, México 1979, Editorial Porrúa, 546 páginas.
20. DE PINA RAFAEL Y JOSÉ CASTILLO LARRAÑAGA, Instituciones de Derecho Procesal Civil, duodécimo edición, México 1978, Editorial Porrúa, 554 páginas.
21. FLORIS MARGADANT, Guillermo. El Derecho Privado Romano, decimocuarta edición, México 1991, Editorial Esfinge, 567 páginas.
22. GARCÍA MAYNES, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, Trigésima novena edición, México 1988, Editorial Porrúa, 444 páginas.
23. GÓMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso, séptima edición, México 1987, Editorial UNAM, 373 páginas.
24. GÓMEZ LARA, Cipriano. Derecho Procesal Civil, México 1984, Editorial Trillas, 421 páginas.
25. GUIZA FUENTES, Ignacio. Excepciones y Defensas del Demandado, México 1997, Editorial Librería Yussim S.A. de C.V., 187 páginas.
26. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones, quinta edición, México 1984, Editorial Cajica, 946 páginas.
27. OVALLE FABELA, José. Derecho Procesal Civil, tercera edición, México 1980, Editorial Harla, 459 páginas.
28. PALLARES, Eduardo. Derecho Procesal Civil, novena edición, México 1991, Editorial Porrúa, 706 páginas.
29. PORTE PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano, México 1991, Editorial Nacional, 679 páginas.
30. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. Estudios de Derecho Procesal, Barcelona 1969, Editorial Ariel, 420 páginas.
31. TENA RAMÍREZ, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano, vigésimo tercera edición, México 1989, Editorial Porrúa, 651 páginas.
32. TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. Contratos civiles y sus Generalidades, cuarta edición, México 1982, Editorial Font S.A., tomos I y II, 546 páginas.

- 32 BIS OROPEZA A., Diocesiano. Derecho Romano, México 1985, Editorial UNAM, 732 páginas.
- 33 V. ARANGIO RUIZ, Las acciones en el derecho privado romano, Madrid, 1945 Pág. 45.
- 34 PRIETO CASTRO, Exposición del derecho procesal civil español, Madrid 1968, editorial Alfa, tomo I, página 21
- 35 CONTURE J. Eduardo. trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano, Córdoba 1940. Pág. 16
- 36 FRAY BARTOLOMÉ DE LAS CASAS. Los indios de México y de Nueva España, México 1971, Editorial fondo de cultura económica, página, 556.
- 37 FRAY BERNARDINO DE SAHAGÚN, Historia general de las cosas de nueva España, México 1975, editorial Porrúa S.A., página 466

LEGISLACIÓN

33. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Marzo del 2002, Editorial Sista S.A. de C.V., 130 páginas.
34. Código de Comercio.
Enero del 2002, Editorial Sista S.A. de C.V., 130 páginas.
35. Código Civil para el Distrito Federal.
Mayo del 2002, Editorial Sista S.A. de C.V., 130 páginas.
36. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
Mayo del 2002, Editorial Sista S.A. de C.V., 130 páginas.
37. Código Civil para el Estado de México.
Julio del 2002, Editorial Sista S.A. de C.V., 130 páginas.
38. Código de Procedimientos Civiles.
Julio del 2002, Editorial Sista S.A. de C.V., 130 páginas.

DICCIONARIOS DE DERECHO

39. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Diccionario Jurídico Mexicano, segunda edición, México 1988, Editorial Porrúa, tomos I al IV 2350 páginas.
40. PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho, vigésimo primera edición, México 1994, Editorial Porrúa, 875 páginas.
41. DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho, México 1965, Editorial Porrúa, 651 páginas.

DICCIONARIOS GENERALES

42. Pequeño Larousse Ilustrado, segunda edición, México 1997, Editorial Larousse S.A. de C.V., 824 páginas.
43. Diccionario Hispánico Universal, vigésimo cuarta edición, México 1981, Editorial W. M. Jackson Inc. Editores, tomos I y II, 1320 páginas.
44. Diccionario Práctico sinónimos y antónimos, México 1997, Editorial Larousse S.A. de C.V., 506 páginas.
45. Enciclopedia Ilustrada Cumbre, editorial Cumbre S.A., México 1973, tomo I al 14, páginas 170.