

**UNA PERSPECTIVA HISTORICA DEL  
PROCESO: LA "LITIS CONTESTATIO"  
Y SUS CONSECUENCIAS**

**POR**

**VICTOR FAIREN GUILLEN**

## SUMARIO

- 1.—Consideraciones preliminares. El mito jurídico y la *litis contestatio*.
- 2.—La *litis contestatio* y la aparición de los juicios plenarios rápidos en el Derecho Canónico y Estatutario.
- 3.—Valor de la *l. c.* en el derecho procesal histórico español. Examen de las Partidas y de los Fueros y Observancias de Aragón.
- 4.—Los juicios plenarios rápidos en España. Su aparición y evolución histórica. La falta de *l. c.* en ellos.
- 5.—Impostación del problema de la *l. c.* y su decadencia histórica: la evolución del concepto de Jurisdicción.
- 6.—La desaparición de la *l. c.* como base del proceso y la persistencia de su expresión formalista. Causas de este fenómeno. La *l. c.* elevada a la calidad de mito jurídico.
- 7.—Consecuencias actuales del arrastre histórico de la *l. c.* en su expresión formal con respecto al Ordenamiento procesal español: el juicio de mayor cuantía y los demás juicios declarativos plenarios.
- 8.—La aparición de Jurisdicciones especiales con su base en la necesidad de nuevos procedimientos.
- 9.—La doctrina en torno a la demanda.
- 10.—El defectuoso encuadramiento sistemático del juicio sumario ejecutivo en la LEC. vigente: posible influencia de las ideas en torno a la *l. c.* en relación con dicho encuadramiento.

## SIGLAS

LEC.=Ley de Enjuiciamiento civil.—LH.=Ley Hipotecaria.—LAU.=Ley de Arrendamientos Urbanos. — LBJM. = Ley de Bases de Justicia Municipal.—RGLJ. = Revista General de Legislación y Jurisprudencia. — RDP. = Revista de Derecho Privado. — RDPr. = Revista de Derecho Procesal. — AHDE. = Anuario de Historia del Derecho Español. — ADA. = Anuario de Derecho Aragonés. — Riv. St. Dir. It. = Rivista di Storia del Diritto Italiano. — Ann. Dir. Comp. = Anuario di Diritto Comparato. — Riv. Dir. Pubbl. = Rivista di Diritto Pubblico. — Riv. It. per le Sc. Giur. = Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche. — Arch. Giur. = Archivio Giuridico Serafini. — Arch. civ. Pr. = Archiv für die civilistische Praxis.

*Nota.*—Este trabajo fué presentado como comunicación al *I Congreso Internazionale di Diritto Processuale civile* celebrado en Florencia en los meses de septiembre y octubre de 1950. Era y es, adelanto de una obra monográfica comenzada por mí en Italia, en dicho año, y que se publicará en breve en España. (Cfr. "El juicio ordinario y los plenarios rápidos". Ed. Bosch, Barcelona. En prensa). Se han de tener algunas de las conclusiones a que aquí se llega, como provisionales por serlo de un ensayo.

1. Es el estudio de la Historia el que permite una completa penetración en la intimidad del dinamismo de un fenómeno jurídico (1) determinado; así como también permite determinar el «compás» con que hay que medir a las figuras jurídicas que la realidad actual nos muestra, a tenor de sus perspectivas en el tiempo pasado, y, con cierta probabilidad, en el futuro.

Es también el estudio histórico el que permite al jurista moderno una traslación de antiguos fenómenos, desde la esfera de lo mítico en que están reclusos, a la de lo arqueológico o de lo jurídico actual. Con esta traslación se satisface el espíritu científico y se calman las inquietudes provocadas por la persistencia del mito (2).

Al hablar de «mito» —mito jurídico, se entiende— me refiero aquí a la *litis contestatio*, que, habiendo desempeñado un preeminente papel en el proceso romano clásico, fué y ha sido conservada en su esqueleto formalístico con posterioridad y por espacio de muchos siglos, con los caracteres de nebulosidad cada vez más acentuados del mito jurídico (3) (siendo éste, en no poca parte, culpable —causante— del retraso de los trabajos científicos procesales, y de abundante cantidad de errores de calidad).

La persistencia del fenómeno formal (4) a pesar de no subsistir ya el marco de condiciones políticas —jurídico-políticas—, sociales y procesales

(1) Cfr. CECCHINI: *L'unità fondamentale della Storia del Diritto italiano*, en «Riv. st. dir. it.», 22, pág. 8.

(2) En la bibliografía antigua que se citará, pueden contemplarse las verdaderas «angustias jurídicas» por que pasaban los autores de las Edades Media y Moderna para exponer y explicar el fenómeno —cada vez más difuso, etéreo y extracientífico— de la *litis contestatio* en el proceso civil.

(3) Sobre el mito jurídico, cfr. el sugerente estudio de SANTI ROMANO: *Mitologia giuridica*, en «Frammenti di un dizionario giuridico», Milano, 1947, pág. 126 y ss.

(4) Cfr. SANTI ROMANO, arg. ob. cit., pág. 127.

estrictamente adecuado al mismo; su subsistencia a pesar de las fundamentales confutaciones que se le han hecho (5), comenzando por los golpes que recibía del legislador en épocas en que el tema era un buen catalizador de ideas a lo «piedra filosofal» y productor de no escasa verborrea jurídica; todo ello hace pensar en si, efectivamente, cuando se hablaba —y desgraciadamente puede decirse, «cuando se habla» (6)— de *litis contestatio*, se hace realmente una referencia a la figura romana —o renacentista— o a «otra» esencia que se cubre con tal nombre (7).

Si acudimos a las fuentes doctrinales del derecho procesal medieval y de la Edad Moderna, veremos con claridad que, si bien los juristas suelen referirse al contenido romano clásico de la *litis contestatio*, en su pensamiento existe una confusión que sólo una idea mítica puede provocar. Y si contrastamos este pensamiento con la realidad legislativa de la época veremos como también allí la *litis contestatio* está en ruinas, ruinas que diligentes y avisados legisladores canónicos y laicos se aprestan a barrer; pena es que por diversas causas, este barrido conduzca a los escombros de la antigua base del proceso civil, no a un museo de arqueología, sino a los centros en que se hace doctrina jurídica, produciendo en ellos más confusión.

La *litis contestatio*, vista a la realidad de la *res iuridica* a partir de la Edad Media —y aún mucho antes, pero esto se verá por su orden—, no tiene otro significado que exceda de los límites del formalismo, en su sentido de rito casi religioso que tan adecuadamente rodea al mito jurídico (8).

Una de las causas de este fenómeno tan extraño lo fué, evidentemente —la lectura de una obra doctrinal de la época lo hace ver apenas comenzada—, la falta de un buen método de investigación histórica; como en otro dominio, también, la falta de método provocó la aparición de mitos en donde sólo debiera haber habido historia o arqueología. Mentes avezadas, como lo eran las de los juristas medievales, debieran de haber

(5) Cfr. bibliografía sobre las mismas en mi trabajo *El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia (contra la doctrina de la litis contestatio)*, Barcelona, 1950, pág. 41 y ss.

(6) Cfr. bibliografía actual —por la fecha— en mi obra cit., pág. 29, notas 14 y ss.

(7) Cfr. citada de una vez para siempre, la magnífica *Storia della procedura civile e criminale*, de SALVIOLI (en la *Storia del Diritto italiano*, de DEL GIUDICE), vol. III, parte II (Milano, 1927), pág. 296 y ss., con bibl. allí cit.; y CALDERÓN —un caso que confirma, a principios del siglo XX, nuestra idea—, *Litis contestatio*, en «RGLJ», 107 (1905).

(8) Cfr. SANTI ROMANO, ob cit.

llegado a conclusiones acertadas en este último sentido —histórico, no mítico—, ya que a su vista se ofrecía en la realidad jurídica lo contrario a lo que ellos se obstinaban en asegurar (la comparación de un estatuto del siglo XIV con una obra doctrinal coetánea hace ver en este punto la contradicción).

Y, naturalmente, creado el mito jurídico, comienza a fallar el método que cuente con él; es preciso, ante todo, aplicarse a interpretarlo y con ello a destruirlo o a recogerlo hecho historia. Con el fallo de un método que no se apreste ante todo a esta labor de destrucción del mito, se produce a su vez un círculo vicioso; el mito, examinado, se reconduce a sí mismo; gira incansablemente recluso, arrastrando por su propia inercia y oscuro prestigio que el tiempo le va dando, cada vez más adhesiones.

Cierto es que los juristas medievales, al acometer el estudio del significado de la *litis contestatio* se hubieron de ver obstaculizados por la existencia de muchos vacíos histórico-jurídicos hoy día ya colmados, y ello puede representar una apreciable concausa de la persistencia en sus erróneas posiciones. Pero también es cierto que hubieran podido obviar bastantes errores aplicándose al examen de los perfiles constitucionales del proceso, de su verdadera función en el ordenamiento jurídico en relación con factores de Derecho civil y mercantil, y, en especial, con los aspectos jurídicos del tráfico en aquella época. Es decir, a pesar de tropezar con vacíos históricos, un buen método les hubiera permitido trazar un cuadro con perspectivas de las cuales se hubiera podido deducir por sí sola la falta de valor actual de la *litis contestatio*. Pero este valioso trabajo, cupo a los legisladores y no a los teóricos el llevarlo a cabo. A los segundos correspondió obstinación contumaz frente a los indudables aciertos de los primeros.

Pero este discurso preliminar se alarga y quizá incurrimos ya en el error que denunciamos como ajeno. Vayamos pues al fondo de la cuestión en detalle histórico y crítico (9).

2. Los autores, tanto historiadores (10) como historiadores del pro-

(9) La escasez de tiempo y dificultades —por razón de residencia— referentes a la bibliografía antigua española, me han impedido desarrollar este trabajo extensamente, con utilización de los abundantes materiales que ya tengo reunidos. Doy, pues, sólo un resumen de lo hasta ahora trabajado y me prometo el publicar en el futuro, completo, el resultado de mi investigación completa, que habrá de abarcar otros puntos de importancia actual en conexión con el tema que aquí se trata.

(10) Cfr., p. ej., SALVIOLI, ob. cit., II, loc. cit.

ceso (11), nos hablan claramente de la confusión que en los diversos ordenamientos jurídicos medievales existía con respecto a la *litis contestatio*, su producción, forma y efectos (12) en relación con la sumariedad. En general, y a salvo las importantísimas contradicciones que son constante de las fuentes doctrinales, los autores antiguos (13) y modernos (14) nos dicen que no era sino la entrada de las partes en el proceso; el momento solemne en que se fijaban los términos de la controversia y aparecía para el juez la obligación de juzgar. Se la ha equiparado a la declaración de guerra entre las partes (15).

Pero ya en el alto medievo se sentía por parte de los canonistas un evidente deseo de liberar al proceso de formalismos inútiles que lo hacían costoso y largo (16). Varios pontífices (Alejandro III, Inocencio III, Gregorio IX, Inocencio IV) se hubieron de percatar de que el *solemnis ordo iudiciorum* no surtía resultados proporcionados a las fuerzas en él invertidas. Se hacía precisa una reforma simplificatoria del proceso, dirigiéndolo preeminentemente a la obtención de la verdad (*pure factum ipsum et rei veritatem secundum formam canonum et sanctorum Patrum instituta investigari curetis*), C. 6, X, 2, 1). A tal objeto propendían disposiciones como las contenidas en C. 6, X *De judiciis*, 2, 1; C. 13 ídem; C. 27, X, *De sponsalibus*, 4, 1; C. 8, X, 3, 35; C. 26, X, *De accusationibus*, 5, 1; C. 20 (VI), 5, 2; C. 43 (VI), 1, 6, tendiendo a obtener una mayor sumariedad de los juicios (17):

Esta sumarización de los juicios representaba un triunfo de la economía procesal; las crecientes necesidades de rapidez impuestas por la entidad del tráfico mercantil que se desarrollaba en torno al Mediterráneo, impusieron también en lo civil la sumarización del proceso.

(11) Cfr. BRIEGLER: *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*, Leipzig, 1859, pág. 16 y ss. Es especialmente interesante su interpretación de los textos canónicos de la época con referencia a la *litis contestatio*, en pág. 23 y ss.

(12) Cfr. BRIEGLER, ob. cit., loc. cit., en nota anterior.

(13) Cfr., p. ej., SPECKHAN: *Everardi Speckhan, Jurisconsulti Germaniae Celebratissimi Opera Omnia*, ed. Frankfurt, 1695, vol. I, fol. 260, col. 2.<sup>a</sup>

(14) Cfr. VON BAYER: *Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprocess*, München, 1858, pág. 581 y ss.; BRIEGLER, ob. cit., pág. 35; GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlín, 1925, pág. 91; SALVIOLI, ob. cit., loc. cit., pág. 296 y s.

(15) La *Kriegsbefestigung*, de SPECKHAN.

(16) El Derecho Canónico, recogiendo los últimos resultados de los errores cometidos por los juristas justinianeos, imponía como necesaria una *litis contestatio*, como declaración expresa y formalista de ambas partes, tenida por absolutamente necesaria.

(17) Las razones de tal movimiento, cfr. en SALVIOLI, ob. cit., loc. cit., pág. 331 y ss.

## UNA PERSPECTIVA HISTORICA DEL PROCESO: LA "LITIS CONTESTATIO"

A las dudas que suscitaba la aplicación de las disposiciones canónicas mencionadas, respondió Clemente V con su famosa «*Sæpe contingit*», una de cuyas primeras medidas era la supresión de la *litis contestatio* (18).

Por su parte, los juristas laicos italianos, aún con anterioridad a este famoso acontecimiento, previnieron nuevos tipos de juicio declarativo en los cuales se prescindía de la *litis contestatio*. Así se ve en el *Breve Pisani Communis* (Estatutos de Pisa, revisados en 1286), libro I, cap. 202 (19); su ejemplo fué extensamente seguido en Italia (20), y, como veremos, también en España (21).

(18) Cfr. C. 2, Clem., V, II; y la *Dispensiosam* de 1311 (C. 2, Clem. II, II).

(19) Cfr. el fragmento que interesa en *El desistimiento y su bilateralidad en 1.ª instancia*, cit., pág. 53.

(20) P. ej., cfr. su temprana recepción en Módena:

«Et predicte autem questione omni tempore cognoscantur, ventillentur et terminentur absque libelli oblatione et litis contestatione et omni solemnitate juris ordine pretermisissis, summatim et sine strepitu...» (Reformas municipales de Módena, 1306-7 —Die decimo octavo martii—, en *Corpus Statutorum*, Milano, 1929, *Respublica Mutinensis*.)

Véase otra versión posterior, siempre a título de ejemplo:

«...teneantur eorum causas audire et terminare summarie, simpliciter et de plano, absque iuditorum strepitu et figura, omnibus malitiosis et cavillosis exceptionibus, dilationibus et appellationibus prorsus exclusis.» (Estatuto de Forlì, 1369, lib. II, cap. VIII «De iustitia summaria fatienda religiosis».)

Y con respecto a los juicios civiles:

«...tractare et diffinire sive expedire summarie, simpliciter et de plano, absque iuditorum strepitu et figura, sine libello, litis contestatione et aliis solempnitatibus et ordinibus iuditorum etiam substantialibus, sive reus comparuerit sive non...» (Estatuto de Forlì cit., lib. II, cap. VIII, «De modo procedendi in civilibus causis non excedentibus summam trium librarum ravennatim».)

Por el contrario, en las causas de mayor entidad, subsistía la *litis contestatio* (Statuto cit. de Forlì, lib. II, cap. XXIII. «De modo procedendi super causis civilibus excedentibus summam trium librarum et de tenutis dandis et assignandis».)

Se trata del estadio originario de los juicios rápidos, que, poco a poco, fueron extendiendo su ámbito, como veremos al comparar los Estatutos italianos con la correspondiente legislación española.

(21) Como se sabe, los principios informantes del juicio de la Clementina *Sæpe contingit* y derivados de la misma, eran los siguientes:

- 1.º Liberación de la *litis contestatio*.
  - 2.º Limitación de las apelaciones interlocutorias.
  - 3.º Liberación del orden legal de los actos impuesto con gran amplitud anteriormente en el *solemnis ordo iudiciarius*.
  - 4.º Acortamiento de los plazos.
  - 5.º Concesión al Juez de la dirección del proceso para poder repeler actuaciones procesales superfluas.
  - 6.º Concesión al mismo del poder de cerrar la audiencia y dictar sentencia cuando hallare al proceso suficientemente instruido.
  - 7.º Supresión de formalidades superfluas.
- Sobre todo ello, cfr. BRIGLEB, ob. cit., págs. 34 a 78.

La importancia de estos nuevos juicios, con un ámbito de aplicación cada vez mayor (22), es fundamental para el proceso moderno (23); de una parte, suponen un largo paso hacia el derrumbamiento de la doctrina contractualista o cuasicontractualista del proceso; y de otra, su evolución ha culminado en la aparición de los modernos procedimientos ordinarios (24). Con respecto a España, aunque examinemos sus consecuencias en relación con la persistencia de un juicio ordinario solemne basado en la *litis contestatio*, *prima facie* puede decirse que tuvieron gran trascendencia sobre nuestro procedimiento declarativo (25); si bien el ordinario —antecedente del actual juicio de mayor cuantía (26)— no logró despegarse de los principios que informaban al *solemnis ordo iudiciorum*, cierto es que aparecieron otros juicios, derivados de los estatutarios italianos (o de la *Sæpe contingit*) que, evolucionando, dieron lugar a nuestros actua-

(22) Compárense con el fragmento del Estatuto de Forlì del 1369, cit. en tercer lugar en la nota núm. 20, los siguientes:

«Quod in omnibus causis in quibus de iure potest procedi summarie, et de fictis et de decimis et de saximentis et sequestris et in causa qui fuerit librarum quinque et ab inde infra et de ficti trium annorum proxima preteritorum a die petitionis retro et ubi agitur de mercede et cibo et hospitem et pro mercantiis factis in die sabbati in terra Pallantie sive Intri, de quibus mercantiis non sit carta sive instrumentum, et de alimentis, et de legatis et specialiter relictis ad pias causas et de dotibus, que petuntur causa maritandi mulieres, non detur libellus, nec petitio in scriptis seu aliquatis declaratio in actis scripta, nec sit necessaria litis contestatio, nec alius ordo iuris servetur...» Cfr. Estatuto de Intra, Pallanza y Vallintrasca, de 1393, lib. III, cap. XIV, *De causis in quibus non datur libellus*.

También, con extensión muy amplia (cuestiones referentes a pobres, huérfanos, cuestiones inferiores a diez libras, de ventas de grano, vino, aceite, etc.), cfr. el Estatuto de Perugia de 1342, lib. II, cap. XXV: «Se proceda sommariamente, senza porgimento de libello e contestatione de lite, e senza figura e strepito de giuditio.»

Y esta evolución culmina en Estatutos muy posteriores, como los de Lucca (1539) y Génova (1597).

«In omnibus causis civilibus procedatur et terminetur summarie et de plano, sine strepitu et figura iudicii et nulla iuris communis solemnitate servata, sed sola veritate facti inspecta quae tamen veritas debeat ex actis et probationibus apparere.» (Estatuto de Lucca de 1539, lib. I, cap. XIV.)

Cfr. sobre este punto, abundantes fuentes cit. por SALVIOLI, ob cit., II, pág. 335.

(23) Cfr. *El desistimiento*, cit., pág. 52 y ss.

(24) Cfr. BRIEGLEB, ob. cit., pág. 105 y ss.; arg. SALVIOLI, ob. cit., II, pág. 330 y ss.

(25) El choque de los principios informantes de la *Sæpe* con los anteriormente dominantes en los Reinos españoles produjo graves confusiones en cuanto al valor y contenido de las demandas judiciales (Cfr. nuestra monografía *La transformación de la demanda en el proceso civil*, Santiago, 1949, pág. 45 y ss., y 60 y ss.).

(26) Para asuntos de entidad económica superior a las 20.000 pesetas, y carentes de cuantía económica.

les juicios de menor (27), pequeña (28) y, en parte, al de mínima cuantía (29). Este proceso histórico, en parte es desconocido y en parte ha sido olvidado en España; pero en muchos casos en que el legislador ha querido innovar, en realidad lo que ha hecho es seguir el camino que se emprendió en la Edad Media por los canonistas y juristas pisanos.

Pero la mentalidad de los juristas teóricos no se vió demasiado turbada por la aparición de juicios ordinarios carentes de *litis contestatio*; a nadie cupo la idea de que se había revolucionado la concepción del proceso, o al menos, de que era la supresión de la *litis contestatio* el camino a tomar para investigar su verdadera naturaleza jurídica. Por ello, sobre la base de material romanístico y canónico, con método defectuoso (en más de una ocasión, sin método alguno) (30) (31), se siguió construyendo en la literatura jurídica a la *litis contestatio*, ya como contrato (32), ya como cuasicontrato (33). Repitiéndose siempre la Historia, surgen dudas sobre el momento y actuación procesal de su conclusión, arrastradas del Derecho Justiniano (34).

(27) Para asuntos de 5.000 a 20.000 pesetas de cuantía económica.

(28) Para asuntos de 1.000 a 5.000 pesetas de cuantía y referentes a arrendamientos urbanos. (Cfr. para los juristas italianos mi trabajo *Innovazioni nel Diritto processuale spagnuolo*, en «Ann. Dir. Comp.», 1950.)

(29) Para asuntos de un máximo de 1.000 pesetas de cuantía económica.

(30) Estoy de acuerdo con LIEBMAN en su explicación al prolongado triunfo histórico de determinadas figuras procesales. El se refiere a la acción, pero sus ideas son fácilmente transferibles a la *litis contestatio*. (Cfr. LIEBMAN: *L'azione nella teoria del processo civile*, en «Riv. Trim. Dir. Civ. Proc.», 4 (1950), I, pág. 58, nota núm. 55.)

(31) No sólo es en este punto en el que cabe hacer reproches a los juristas medievales de los siglos XVI al XVIII; cfr. con respecto a la rebeldía —figura ciertamente ligada a la *litis contestatio*— CURIS: *Il processo civile contumaciale nel suo svolgimento storico in Italia*, Roma, 1925, pág. 168 y ss.

(32) Así, PICHARDO: *Practicae institutiones sive manuductiones Iuris Civilis Romanorum et Regii Hispani ad praxim, sive manualis advocatorum, et tyronum Iudicium promptuarii*, Valladolid, 1630, pág. 38, col. 2.<sup>a</sup>.

(33) Cfr. EVERTS: *Centum moddi Argumentandi. Nicolai Euerardi di Midelburgo Louaniensis Academiae I. V. Doct. at sacratiss. Ro Imperatoris Caroli Consularis Presidis Topicorum, etc.*, Venecia, 1544, fol. 78 vto.; también SPECKHAN, ob. cit., fol. 262, col. 2.<sup>a</sup>; CRISTÓBAL DE PAZ: *Scholia ad Leges Regias Styli*, Madrid, 1608, página 36.

(34) Cfr. opiniones de nuestro JACOBO DE LAS LEYES (jurista del Rey Alfonso X el Sabio de Castilla), PAZ, GALGANETTI, KAHL, PICHARDO, WESENBECKIO, BRANDT, SPECKHAN y BARBOÇA sobre la conclusión de la *litis contestatio* en *El desistimiento*, cit.; pág. 56 y s.

En cuanto a los Estatutos de la *litis contestatio* se concertaba en unos por la concurrencia de la "responso" del demandado; cfr. el del Vargante, Lesa y Meina (año 1389), cap. XXV. (*De oblatione libelli et succumbentibus in causis*); ídem en Estatuto de Pallanza, de 1393, libro III, cap. XVI (*De ordine causarum*

3. En la legislación procesal medieval española aparece la *litis contestatio* en una serie de monumentos jurídicos (35), pero en donde su examen tiene más valor es en las Partidas, prescindiendo del problema del valor legal de este cuerpo jurídico en las diversas épocas (36). Sus conceptos han servido de base a nuestra legislación de 1881, actualmente vigente; y el Tribunal Supremo ha acudido a ellos en ocasiones para elaborar el concepto de proceso civil (naturalmente, sobre la base de la *litis contestatio*) (37).

En las Partidas, es la ley III, título I de la Partida III (que recoge una gran parte de la materia procesal), la que mejor que otras (38) expone la idea de la *litis contestatio*: «Começamiento e rays de todo pleyto... es quando entran en el, por demanda e por respuesta, delande del judgador... que dizen en latin contestatio» (39). Si ésta no se concierta, según la regulación de las Partidas, no se puede continuar la cognición,

*civilium in quibus datur libellus*); y tanto si el demandado contestaba como si no en otros (Estatuto de Vallassina de 1343, libro I, cap. 2; de Mandello, del siglo XIV, cap. VIII. *De modo procedendi in causis que sunt a libris decem supra*). Naturalmente, esto sucedía con respecto a los procesos que conservaban la *litis contestatio*, pero no en los sumarios (en el mismo Estatuto de Vallassina de 1343, I, 1, se ve un juicio sumario sin *litis contestatio*).

Estudio moderno sobre el punto, cfr. LIEBMAN: *Sul riconoscimento della domanda*, en «Studi Chioverda», pág. 449 y ss.

Cfr. diversas contradicciones examinadas en nuestra obra *El desistimiento*, cit., pág. 57 y notas.

(35) LÓPEZ ORTIZ la halla en diversas fuentes legales medievales; cfr. nuestra obra *El desistimiento* cit., esp. pág. 107 y ss., en donde oponemos la posibilidad de que no se tratase de una *litis contestatio*, sino que en determinados casos se le haya de encontrar entronque con la idea germánica de la vinculación al proceso (*Klagegebundenheit*); sobre ella, cfr. también *El desistimiento* cit., pág. 111 y ss. y bibl. allí cit.

(36) Problema que desflora el colega LIEBMAN, siempre tan interesado en estudios procesales históricos, que también afectan a los antiguos reinos españoles, en *Instituti del Diritto comune nel processo civile brasiliano*, «Studi Redenti», I, Milano, 1950, pág. 584.

(37) Se trata de jurisprudencia antigua; fundamentalmente de una sentencia de 5 de diciembre de 1891.

(38) En igual sentido que la ley cit., la I de las del Estilo; y en las Partidas, una larga serie (cit. en *El desistimiento* cit., pág. 59, nota núm. 95); también pueden verse en el «Repertorio» del texto y leyes de las Partidas elaborado por el jurista GREGORIO LÓPEZ DE TOVAR, autor y comentarista de las más preciadas ediciones. (Cfr. *Repertorio muy copioso del texto y leyes de las siete Partidas, agora en esta última impresión, hecho por el Licenciado Gregorio López de Touar, Oydor de la Real Audiencia de Galicia, va por su abecedario*, Madrid, imprenta de Juan Haefrey, 1611.)

(39) Confróntese este fragmento con los estatutarios cit. en nota núm. 34, párrafo 2.º, a. p., en el *Corpus Statutorum Italicorum*.

sino que se hace necesario seguir la «via de asentamiento» (proemio y ley I del título VIII y Partida III) (40).

Pero en el mismo Cuerpo de las Partidas en que tan solemnes enunciaciones se ven sobre la existencia de la *litis contestatio*, aparecen graves brechas que el mismo autor hubo de considerar como abiertas a dicha figura. Al igual que en otros ordenamientos coetáneos, se observan también en las Partidas no menos solemnes enunciaciones del efecto consuntivo que se produce en la *litis contestatio* (41), pero también se ven portillos que permiten asegurar no sea más que un producto de arrastre no depurado de materiales históricos.

Pues en diversos puntos de las Partidas, como decimos, aparecen textos nada dudosos —aunque en este punto el legislador más bien se muestra oscuro y prolijo, como si no quisiera admitir un ataque directo al «tabú» del efecto consuntivo de la *l. c.*— y contrarios al referido efecto (42).

Merece especial atención (43) la ley IX, título XXII y Partida III, en donde aparece con claridad la posibilidad del actor de desistir del proceso después de concertarse la *litis contestatio*, sin que por ello se obstaculice una reiteración posterior del mismo (44), cosa que la existencia del efecto consuntivo hubiera hecho imposible.

(40) De origen evidentemente romano transmitido por el Derecho Canónico. Cfr. en relación con nuestra «via de asentamiento», de la que, como se verá infra, queda algún pequeño vestigio en nuestra ley procesal vigente, CURIS, ob. cit., pág. 144 y ss. y 146 y ss.

(41) Ley II, título X, partida III; las respuestas de las partes hechas antes de la *litis contestatio*, son revocables; no así lo que ocurra después de dicho momento procesal. Cfr. la relación de esta ley con la XXIV de las Nuevas, de Alfonso el Sabio en *El desistimiento* cit., pág. 89 y ss.

(42) En nuestra obra *El desistimiento* cit., relacionamos algunos de estos textos en pág. 94 y ss., debidamente comentados.

Y con motivo del examen de la ley XIX, tít. V, Partida III (en que se habla de la «quita de la demanda»), y que es de clara inspiración canónica (capítulo 4, X, 1, 19) con alguna interpolación, tengo por muy útil labor para el futuro la de elaborar un repertorio de fuentes de las Partidas, con investigación, asimismo, de las interpolaciones que las primitivas fuentes hayan sufrido y, de ser posible, la proveniencia de tales interpolaciones. La importancia del cit. cuerpo jurídico, como instrumento el más poderoso de la recepción romano-canónica en España, bien lo merece.

(43) Esta ley es un pivote crucial en la estructura de nuestra monografía cit. *El desistimiento*; allí, especialmente en pág. 91 y ss., se la puede ver desarrollada y comentada de acuerdo con la bibliografía antigua y actual.

(44) La doctrina, comunmente, admitía el desistimiento solamente cuando se producía con anterioridad a la *litis contestatio* (cosa parecida a la que hemos visto ya en las Partidas). Cfr., p. ej., ALCIATO: *D. Andreae Alciati Mediolanensis Iuris*

El examen del ordenamiento jurídico aragonés medieval y de la doctrina elaborada a su alrededor, nos muestra también la existencia de la *l. c.*, que se concertaba por la concurrencia de la narración del actor ante el juez, seguida de la contestación del demandado (45). Pero ocurre también aquí un fenómeno análogo al que se produce tanto en la doctrina italiana (46) como en las Partidas; esto es, después de formularse la existencia de una *litis contestatio*, se la ataca duramente y su más importante efecto, el consuntivo, desaparece.

Importante es a este respecto ver como una de las mismas disposiciones que a la *litis contestatio* se refiere (47) hace posible el proceso en rebeldía del demandado (Fuero «*De litis contestatione*», libro III de la Recopilación aragonesa de Huesca de 1242) (48). Para que elló ocurriera, era preciso dar por contestada a la litis, pero esto justamente nos demostrará que la *l. c.* estaba reducida a la categoría de una ficción (49), de un adorno legal y procedimental, pero en desaparición con respecto a sus consecuencias, ya que había pasado a considerarse poco a poco como indiferente que no existiese o se la presumiese conclusa (50).

En el Fuero «*De litibus abbreviandis*» (Zaragoza, 1381), se tenía como allanado al demandado que no contestaba a la litis (51); pero poco después, en el citado Fuero «*De litis contestatione*» de Monzón (1390), se aminoró la importancia de este efecto de tal modo que, si el demandado no comparecía, se tenía a la litis por contestada en sentido de oposición al actor (52) (53).

*consulti clariss, commentarium in aliquot juris, civilis et Pontificii titulos, communi Interpretum more praelectorum*, tomsus quartus, col. 387; WESENBECCIO, ob. cit., t. II, pág. 160; SPECKHAN, ob. cit., fol. 261, col. 2.<sup>a</sup> y 637 y s.

(45) Cfr., p. ej., IBANDO DE BARDAXI: *Comentarii in quator aragonensium fororum libros*, Zaragoza, imprenta de Laurencio Robles, 1592, fol. 288 vto. col. 1.<sup>a</sup>.

(46) Cfr. SALVIOLI, en ob. cit., loc. cit.

(47) Además del Fuero cit. en el texto, *infra*, estas disposiciones eran el Fuero *De litis contestatione*, libro III, de Tarazona (1395); las Observancias (de la Recopilación de 1435) 17 y 18 *De generalibus privilegiis*, la 1.<sup>a</sup> *De litis contestatione* y la 3.<sup>a</sup> *De satisfando*.

(48) Concuerda parcialmente con el Estatuto de Roma (siglo XIV), libro II, rubr. 18.

(49) Cfr. SALVIOLI, ob. cit., loc. cit., pág. 300 y ss.

(50) Con respecto al derecho estatutario, cfr. CURIS, ob. cit., pág. 185 y ss., con abundantes fuentes.

(51) Cfr. material de derecho estatutario en CURIS, ob. cit., pág. 193 y ss.

(52) El Estatuto de Roma (ed. 1567) da opción al actor entre la *missio in possessionem* o tener la litis como contestada (ed. de ANTONIO BLADEM, lib. II, cap. 57).

(53) Esta doctrina perduró en la práctica procesal española; la vemos, p. ej., siglos más tarde, en DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, en su *Ilustración y continuación a la*

La diferenciación que la doctrina aragonesa hizo entre *litispendencia* y *litis contestatio*; constituye también una muestra de cómo se habían debilitado los efectos antaño ligados a ésta; se trata de un fenómeno de reconstrucción histórica más bien intuitiva que científica, del derecho romano postclásico (54).

La doctrina aragonesa (55), en efecto —al igual que la italiana— (56), nos indica que el juicio comenzaba, no en el momento de concertarse la *litis contestatio*, sino cuando el demandado recibía la citación. Por su parte, CRISTÓBAL DE PAZ, aunque no acepta la idea de ACCURSIO de que el juicio comience con la citación notificada (57), dice que ésta produce la perpetuidad de la jurisdicción del Tribunal, no pudiendo ya promover el litigio ante otro juez (*litispendencia*) (58). Está claro el origen romano de esta doctrina (siglo v d. J.) (59).

Se oponía en Aragón al efecto consuntivo que hubiera sido natural consecuencia de la *l. c.*, la posibilidad de reiterar el proceso una vez desistido por el actor (60) (61) (62).

*Curia Philippica* (del famoso procesalista del siglo XVI, HEVIA DE BOLAÑOS), y *corrección de las citas que en ella se hallan erradas* (2.<sup>a</sup> ed., Valencia, imprenta de Francisco Berton, 1770, t. I, pág. 79). Dice que «también por la rebeldía se causa quasi *litis contestation*». Aquí sí que aparece no un simple carácter ficticio de la *l. c.*, sino su carácter mítico.

(54) En dicha época, los antiguos efectos ligados a la conclusión del contrato procesal de *litis contestatio* se habían distribuido por otros momentos del proceso en cuanto a su aparición; así, p. ej., la interrupción de la prescripción pasó a ligarse con la notificación de la citación escrita; el efecto consuntivo se ligó a la sentencia dictada por el magistrado o funcionario delegado. Cofr. sobre ello, por ejemplo, WENGER: *Istituzioni di Diritto processuale civile romano* (trad. it. Orestano), Milano, 1938, pág. 288; ALBERTARIO: *Lis contestata e controversia mota*, en «Studi di Diritto romano», Milano, 1946, pág. 269 y ss.; SANTI DI PAOLA: *La litis contestatio nella cognitio extra ordinem dell'età classica*, en «Annali del Seminario Giuridico della Università de Catania», N. S., 2 (1947-48), pág. 252 y ss. al final.

(55) Cfr. SESSE: *Decissionum Sacri Senatus Regii Aragonum, et Curiae Domini Iustitiae aragonum causarum civilium*, t. III (Zaragoza, Juan de Larumbre, 1624), decisión núm. 354.

(56) Cfr. SALVIOLI, ob. cit., (vol. III, parte II de DEL GIUDICE), pág. 263 y ss.;

(57) Cfr. PAZ, *Scholia ad Leges Regias Styli*, Madrid, 1608, pág. 32.

ZANÍ, *Il momento costitutivo del processo*, en «Studi Senesi», 47 (1933), pág. 8.

(58) Cfr. PAZ, ob. cit., pág. 33.

(59) Cfr. WENGER, ob. cit., pág. 288.

(60) Cfr. *El desistimiento* cit., pág. 96 y ss., con bibl. allí cit.

(61) La doctrina del desistimiento se hacía general entre los juristas, según puede verse en las cit. hechas en *El desistimiento* cit., pág. 97 y ss.

Pero la doctrina aragonesa tiene matices de gran interés, allí reseñados y comentados.

(62) Por todo lo dicho, se haría preciso que los juristas extranjeros, al examinar los ordenamientos procesales históricos de España, no se limitasen a hacerlo con

4. El pertinaz tradicionalismo de los juristas teóricos, manteniendo contra viento y marea legislativos la idea de estar basado —o al menos ser un fuerte sostén— el proceso en la *litis contestatio* ha tenido consecuencias muy graves en España, consecuencias que es preciso examinar en su evolución histórica ordenada antes de inducir su significado actual.

Ante los inconvenientes que derivaban de la lentitud del proceso ordinario, ocurrió en España un fenómeno paralelo al canónico e italiano ya examinados; esto es, se procedió a crear nuevos tipos de proceso pleuario rápido, extirpando, en méritos de la economía procesal, entre otras actuaciones y figuras, a la *litis contestatio*, con lo que también se alejaba de los textos legales españoles a los restos de la vieja concepción contractual del proceso.

Se había comprendido ya por los legisladores —que dejaban la discusión a los juristas, pero que no podían detenerse por escrúpulos de la glosa o del comentario ante las necesidades del tráfico (63)— que la *litis contestatio* era una actividad inútil por falta de significado, que necesariamente había que relacionar con el concepto de jurisdicción (64). Había pasado a ser un «divertimento», que permitía a la doctrina extensas y

el castellano, desconociendo la existencia de otros, al menos, tan importantes como aquél, a los que no es posible siempre atraer bajo los principios de las Partidas (cuya extensión por España fué muy posterior). El hecho de que, por diversas causas, haya decaído el ordenamiento procesal aragonés (cfr. parte de la historia de dicha decadencia en mi trabajo *El Derecho aragonés, desde el Decreto de Nueva Planta hasta el Código civil*, en «R. D. P.», 1945), no le quita importancia a su historia, pletórica de originalidad. Sólo el proemio a la Recopilación de 1247, con sus alusiones a la equidad como fuente del Derecho, y la trascendencia procesal que a la misma le da el autor de la Recopilación, don VIDAL DE CANELLAS, suministrarían abundante materia de meditación a los juristas extranjeros. Su desconocimiento de este ordenamiento se hace ahora menos disculpable, por existir, aparte de numerosa bibliografía publicada en varias revistas, una dedicada especialmente al estudio del Derecho aragonés («Anuario de Derecho Aragonés», Zaragoza).

Más adelante habremos de citar alguna trascendental publicación contenida en dicho *Anuario*; ahora, y con respecto a la equidad, problema que liga a las funciones legislativa y judicial, y que no ha escapado en su trascendencia procesal a los juristas italianos, se ha de poner de manifiesto que aparece tempranamente, con bastante anterioridad al texto aportado por CALAMANDREI (Cfr. *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, Firenze, 1920, pág. 25 y nota 35, y *Studi*, vol. II); y que las confusiones que sufría WOHLHAUPTER (Cfr. *Die Entfaltung des aragonesischen Landrechts bis zum Código de Huesca*, en «Studi Calisse», Milano, 1940, t. I, pág. 404 y ss., han sido aclaradas por LACRUZ BERDEJO, al descubrir, en el Ms. 7.391 de la Biblioteca Nacional, un prólogo a la propia obra de comentarios de don VIDAL DE CANELLAS. (Cfr. *Dos textos interesantes para la historia de la Compilación de Huesca*, en «AHDE», 18 (1947), pág. 531 y ss.

(63) Cfr. SALVIOLI, ob. cit., II, pág. 239.

(64) Cfr. infra, con bibl. cit.

confusas exposiciones, comentarios y abundantes citas, todo ello plagado en no pocas ocasiones de contradicciones (65). La diversidad de opiniones —con su base primigénita en el Derecho Justiniano— en cuanto a su configuración y efectos, hace pensar en un fantasma, en un mito. Pero todo ello era barrido por el legislador en vista de que el tráfico pedía «más» al proceso. Y no es que se tratase de simples casos esporádicos de defectuosa técnica legislativa; el campo de aplicación progresivo y la evolución perfeccionada de los nuevos juicios sin *litis contestatio* (66) nos hacen ver que en realidad se trataba de un nuevo camino abierto al proceso, seguido con todas sus consecuencias por estimarlo fecundo, como así lo era y lo es (67).

Los juicios plenarios rápidos (nos place, como a BRIEGLEB, más esta denominación que la de «sumarios indeterminados») (68), por lo que hasta ahora hemos investigado (69), aparecen en España con el Consulado del Mar, es decir, en materias de tipo mercantil que precisaban de rapidez. El Cap. XXXVI de las Ordenanzas de la antigua forma judicial del Consulado, decía:

«Los Cónsules por Cédula del Señor Rey tienen autoridad de oír los pleitos y cuestiones que ante ellos se introducen, y de decidirlos definitivamente, breve, sumaria y llanamente, sin estrépito y figura de juicio, sola veritati atenta, es decir, atendida sola la verdad del hecho, según se ha acostumbrado hacer a uso y estilo, de mar» (70).

(65) KAHL (*Lexicon Iuridicum: Iuris Caesarei Simul, et Canonici, Feudalis item, Civiles, Criminalis*, Hannover, Typis Wecheliani, 1619, pág. 518, col. 2.<sup>a</sup>, nos da muestra en el siglo XVII de esta confusión, incluyendo textos contradictorios).

(66) Cfr. SALVIOLI, ob. cit., loc. cit., pág. 333 y ss.; DEL GIUDICE, *Storia della procedura*, en «Storia del Diritto italiano» de PERTILE, 2.<sup>a</sup> ed., Roma-Napoli-Milano, 1902, vol. VI, parte II, pág. 121 y ss.

(67) Enfrente de esta concepción, la actuación de una gran parte de los juristas teóricos merece un juicio severo, como el de SAN TI ROMANO (Cfr. *Giurisprudenza scolastica*, en «Frammenti di un dizionario giuridico», cit., pág. 112).

(68) Cfr. BRIEGLEB, ob. cit., pág. 80, 108 y ss., y 169 y ss.

(69) Una parte de esta investigación está publicada ya, si bien en su mayor parte se halla en curso de trabajo. Indirectamente, la llevé a cabo al examinar el contenido de los libelos de demanda en la historia de nuestro proceso civil (Cfr. *La transformación de la demanda en el proceso civil*, Santiago, 1949, pág. 27 y ss.) y la reiterabilidad del proceso (Cfr. *El desistimiento* cit., pág. 61 y ss.); más directamente, trabajando sobre el origen en España del juicio sumario ejecutivo. [Cfr. *Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo en España; el Ordenamiento procesal sevillano de 1360*, en RDP. VI, II (1950) y ed. sep., así como también en Actas del III Congreso de Derecho Comparado (Londres, 1950)].

(70) La imposibilidad de aportar todo mi fichero, ha causado que por el momento sólo tenga a mano el texto incluido en la edición del Consulado del Mar, de CAPMANY

La relación de este texto con las italianas y canónicas es notoria; el lenguaje jurídico hablado en él, es fundamentalmente idéntico (71).

Interesa consignar, a efectos de determinar el posible vehículo de expansión de los nuevos juicios, que tempranamente fueron adoptados por diversos estados con el fin de regular los litigios entre sus respectivos súbditos, como p. ej., puede verse en el acuerdo celebrado en 1381 entre el gobierno de Venecia y el rey Carlos III de Nápoles (72). El paso de aquéllos a través del Consulado del Mar, obra de gran extensión territorial (marítima, mejor dicho) en el Mediterráneo, completa el cuadro (comercio-comercio internacional).

Más tarde, en 1494, los Reyes Católicos dictaron en Medina del Campo una ley, dando al prior y cónsules de Burgos (73) jurisdicción para conocer de los debates entre mercaderes (74), con amplio marco de competencia objetiva (75). El procedimiento era plenario (76), se desarrollaba «breve y sumariamente... sin dar lugar a largas ni dilaciones ni plazos de abogados» (77), con un sistema completo de medios de impugnación (78). Es decir, se trataba de un procedimiento breve, inspirado en los

(Madrid, 1791); pero recuerdo que el examen comparado de los diversos textos examinados en España, no daba ningún resultado fundamentalmente dispar.

(71) CLEM. *Sæpe*: «...simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura judici.» Cfr. los textos cit. en las notas núms. 20 y 22, y demás cit. como nuevos procesos sin l. c. en el *Corpus statutorum Italicorum*.

(72) Cfr. DEL GIUDICE, *Storia*, cit. de PERTILE, ob. cit., pág. 117, parte II.

(73) Consulado era el Tribunal de Prior y Cónsules, diputado para el conocimiento de las causas de mercaderes tocantes a su mercadería (Ley única, tít. XIII, libro I de la Nueva Recopilación de 1567). Esta legislación se extendió prontamente a Bilbao, centro mercantil de importancia creciente y centro, también, de producción de importantísima legislación de tal carácter.

Sobre la organización del Tribunal de Consulado, cfr. HEVIA BOLAÑOS, *Curia philipica* (nueva impresión, Madrid, casa de Juan García Infanzón, 1747), libro II, *Comercio terrestre*, pág. 432 y ss.

(74) «...entre mercaderes y sus compañeros, y factores...» (Ley cit. de 1494).

(75) Entendían sobre litigios de dación de cuentas, fraude, dolo, compraventa, concursos, sobre efectos comerciales, seguros, fletes, averías y «todas las causas que se ofrecieren... sobre todas las cosas tocantes y pertenecientes al trato de mercaderías» (Cfr. HEVIA BOLAÑOS, ob. cit., loc. cit., pág. 434 y ss.)

Confróntese esta amplitud con la de los Estatutos de Forlì de 1369, lib. II, cap. IX (nota 20); de los de Intra, Pallanza y Vallintrasca de 1393 (lib. III, cap. XIV); de Perugia de 1342, lib. II, tít. XXV (nota 22); de Lucca de 1539 (lib. I, cap. XIV) y Génova de 1597.

(76) No se admitía ninguna cognición posterior más amplia.

(77) Ley cit. de 1494, párrafo primero, al final.

(78) HEVIA DE BOLAÑOS acude, en más de una ocasión, a citas de la Clementina *Sæpe contingit* al comentar el juicio a que me refiero (Cfr. ob. cit., pág. 439 y ss., n. 39 y ss.)

principios dimanantes de los estatutos italianos —y del Consulado del Mar— (79).

A decir de HEVIA DE BOLAÑOS, se trataba de un juicio de equidad. Esto, en principio, no es extraño si se recuerda el papel que tradicionalmente ha jugado la jurisdicción de equidad en lo mercantil, y especialmente en España [—Reino de Aragón— (80) en general, desde antes de la promulgación de la Compilación de Huesca de 1247 (81)]; pero poco a poco, se fué transformando en un juicio ordinario (82).

El referido juicio fué recogido en la Nueva Recopilación de 1567 (leyes I y II, tít. XIII, libro III) y en la Novísima, de 1805 (leyes I y II, tít. II, libro IX; por otra parte, en nuestras célebres Ordenanzas de Bilbao alcanzó igualmente desarrollo, como juicio rápido presidido por la oralidad (83). De allí entendemos que descienden las regulaciones contenidas en el Código de Comercio de 1829 y en la Ley de Enjuiciamiento Mercantil de 1830. Posteriormente, el progresivo acercamiento —hasta su fusión— de los procesos civiles y mercantiles aporta a nuestra legislación una importante masa de material histórico, que sigue teniendo influencia (84).

Otro procedimiento rápido fué creado para cuestiones civiles por una ley (dada por D.<sup>a</sup> Juana y D. Carlos en Madrid, en 1534). Por élla se ordenaba que «en los pleytos civiles, y sobre deudas que fueren de cantidad de mil maravedís, y de ahí abaxo, porque en los tales haya toda

(79) Vid. E. GARCÍA DE QUEVEDO, *Ordenanzas del Consulado de Burgos de 1538*. Burgos, 1905.

(80) Recuérdese la vigencia del Consulado del Mar por todas las costas de los dominios aragoneses en la Edad Media.

(81) El famoso «ad naturalem sensum recurratur» del Prólogo a la Compilación, tan discutido, y hoy aclarado por el descubrimiento de la obra del compilador, D. VIDAL DE CANELLAS, *In excelsis Dei thesauris* (parcialmente contenida —prólogos— en el ms. 739r de la Biblioteca Nacional, como antes dijimos, por LACRUZ BERDEJO. La trascendencia histórica, a efectos actuales, de la jurisdicción de equidad en España no está determinada; aquí se harán algunas breves consideraciones, quedando para otro lugar el tratamiento extenso del tema.

(82) Cfr. arg. en HEVIA DE BOLAÑOS, ob. cit., ed. de 1797, pág. 445 y ss.

(83) Cap. I de *La jurisdicción del Consulado, sus reales privilegios y orden de proceder en primera, segunda y tercera instancia*, n. 6.

(84) Llevo ya muy avanzado el trabajo de demostración de esta hipótesis, con respecto al actual juicio de menor cuantía y verbal; el primero sería el producto de una combinación de elementos de los juicios rápidos históricos con otros pertenecientes al juicio ordinario. Esta tesis la formula genéricamente, p. ej., SALVIOLI, ob. cit., parte II, pág. 334 y ss.; yo he enunciado incidentalmente la hipótesis específica en *El desistimiento* cit., pág. 69, y extraído algunas consecuencias en *Innovaciones*, cit. en «Ann. Dir. Comp.», 1950, parágrafo VI.

brevidad, no haya orden ni forma de proceso, ni tela de juicio, ni solemnidad alguna; salvo que sabida la verdad somariamente, la Justicia proceda en pagar lo que se debiere...». Aquí también es patente el influjo de la doctrina de la *Sæpe* y estatutos italianos (85).

Este juicio fué también recogido en la Nueva (leyes XIX y XXIV, tít. IX, libro III) y Novísima Recopilación (ley VIII, tít. III, libro XI). Su ámbito de aplicación creció (86), siguiendo en esto el proceso histórico general de ampliación del campo de los juicios rápidos (87); y entendemos que los resultados de esta evolución histórica, no sólo se plasmaron en nuestro actual juicio verbal (88), sino también en el de menor cuantía (89) y en el intermedio, modernamente aparecido, de pequeña cuantía (90), como resultado de «transacciones» entre ambos citados tipos procedimentales.

Los dos juicios de cuya evolución histórica hemos hablado, fueron calificados por la doctrina de «sumarios». Si se hubiera conocido bien el alcance de la distinción entre «juicio plenario» y «sumario», todo hubiera marchado mejor (91); pero la doctrina los contrapuso al procedimiento ordinario declarativo plenario (y en realidad, tal como hemos presentado a éstos juicios, también eran plenarios), con los resultados que después se harán patentes.

Pero lo que está claro es el hecho de que los referidos juicios rápidos, al igual de sus hermanos italianos, carecían de *litis contestatio*. «*Litis contestatio non requiritur in causis civilibus in regno*», decía MARANTA refiriéndose a tales procesos (92); y HEVIA DE BOLAÑOS: son juicios su-

(85) Cfr. arg. PÉREZ, *Ordenanzas Reales de Castilla recopiladas y compuestas por el Doctor Alonso Díez de Montalvo*, Madrid, Josef Doblado, 1779, t. I, pág. 436. Cfr. con el Estatuto de Perugia de 1342, antes cit.; con el de Forlì de 1369, etc.

(86) Cfr. PÉREZ, ob. cit., pág. 496, t. I.

(87) Cfr. arg. en DEL GIUDICE, ob. cit., parte II (vol. VI), pág. 121 y ss. esp. 126, y SALVIOLI, ob. cit., loc. cit., pág. 335 y ss., con fuentes allí cit.

(88) Cfr. arg., también, en VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, 1856, t. II, pág. 418 y ss.

El juicio verbal está regulado en los art. 715 y ss. de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil de 1881.

(89) Cfr. los arts. 680 y ss. de la Lec. vigente.

(90) Cfr. la base 10 de la «LBJM» de 1944, expuesta en *Innovazioni nella legislazione processuale spagnola*, en «Ann. Dir. Comp.», cit.

(91) Cfr. SALVIOLI, ob. cit., loc. cit., pág. 332 y s. Por ello he preferido la expresión «proceso plenario rápido» (cfr. *El desistimiento*, cit., pág. 55, nota n. 74 con alusión al tratamiento de la terminología, cit. que hace BRIEGLER, en ob. cit., pág. 80).

(92) Cfr. MARANTA, *Praxis, sive de Ordine Iudiciorum*, Coloniae Agrippinae, Ioannem Gymnicum, 1608, fol. 59, col. 2.<sup>a</sup>.

marios cuando «se procede sumaria y simplemente, de plano, sin estrépito ni figura de juicio, en los casos particulares que ha lugar» (93). Ya hemos visto antes como para HEVIA, el proceso comercial de la ley de 1494 era sumario, e igualmente opinaba PÉREZ del civil de 1534 (94), aseverando que carecía de *litis contestatio* [(95) cosa que, por otra parte, una simple comparación del texto con los estatutos italianos y con los demás textos españoles, hace resaltar a primera vista].

Otros autores se van también percatando de que no es preciso buscar complicaciones en torno al juicio rápido, y simplemente dicen que «*hodie tamen sine contestatione valet processus nec est necessarium cogere ut lis contestetur*» (96); es decir, se mostraban de acuerdo con la desaparición total de la misma como formalismo inútil y dilatorio en los juicios que ellos llamaban sumarios.

Pero ello no obstante, la mayor parte de la doctrina, apoyada en la confusa masa legislativa, realmente caótica, y en el prestigio de las Partidas, continuaba en general refiriéndose a la *litis contestatio*; y así, por un simple fenómeno de arrastre de materiales históricos defectuosamente estudiados, se produjo la casi íntegra recepción de nuestro antiguo juicio ordinario en el actual de menor cuantía de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855 —y en su sucesora, la vigente de 1881— sin que se pensase sobre si, el basarlo sobre dicha figura (*l. c.*), o mejor dicho, sobre sus restos formales, era lógico o no.

La idea de que se la concertase por la demanda y contestación, proveniente de las Partidas principalmente, predominó durante los siglos XVIII y XIX (97), siendo considerada por la doctrina, predominantemente, como

(93) Cfr. HEVIA DE BOLAÑOS, ob. cit., pág. 432 y ss., esp. la 439.

(94) Cfr. PÉREZ, ob. cit.: «Tandem scire oportet, quod dicatur iudicium summarie? Dicendum est, quod summarie tractatur, non præcedente libello, nec litis contestatione...», t. I, pág. 436.

(95) Las mismas ideas que predominaban en el resto de la doctrina se hacen notar también en PÉREZ, que intenta determinar el «momento» en que se haya de tener por concertada la *l. c.* en los procesos sumarios en que no existe. Cfr. ob. cit., loc. cit., pág. 499 y s.; ACEVEDO, *Commentarii Iuris Civilis in Hispaniæ Regis Constitutiones*, Lugduni, 1737, t. II, pág. 107; MARANTA, ob. cit., fol. 59, col. 2.<sup>a</sup>

(96) Cfr., p. ej., AVENDAÑO, *De Exequendis mandatis Regum Hispaniæ, quæ rectoribus civitatum dantur*, Salmanticæ, Ioannem de Cauoua, 1554, fol. 116, col. 2.<sup>a</sup>; SPECKHAN, ob. cit., t. I, fol. 262, col. 2.<sup>a</sup>; CRISTÓBAL DE PAZ, ob. cit., pág. 43.

(97) Cfr., p. ej., HEVIA DE BOLAÑOS, ob. cit. (ed. 1767, Madrid, Juan de San Martín), pág. 72; ORTÍZ DE ZUÑIGA (que intervino en la elaboración de la Lec. de 1855), *Elementos de práctica forense*, Granada, 1841, pág. 261; VICENTE Y CARAVANTES, ob. cit., t. II, pág. 119. Como autores de fines del siglo XIX y de nuestros días, españoles y extranjeros, que hacen referencias a la *l. c.*, cfr. *El desistimiento*, cit., pág. 29 y s.

un cuasicontrato. Y en este estado de cosas se llegó a la legislación vigente (98).

En la Ley vigente, sería absurdo buscar el efecto consuntivo, como cualquier otro efecto ligado a la *litis contestatio* (aunque por mucho tiempo la Jurisprudencia se ha mantenido fiel a ella, por incapacidad constructiva); pero no se evitó que aparecieran en sus artículos, reliquias históricas de la misma.

Por último, si pasamos al examen que los autores hacían de la *litis contestatio* casi en nuestros tiempos, pero cuando aún no se había recibido en España la moderna doctrina germánica, veremos en sus mismas declaraciones cómo ellos mismos destruyen en realidad la idea de la *l. c.*, y remiten el nombre —que es lo único que conservan con celo digno de mejor causa— a construcciones, que aun siendo a veces rudimentarias, muestran cuán grande era el anhelo de escapar del antiguo concepto.

Pongamos como ejemplo a CALDERÓN (99): para él, la *litis contestatio* actual (escribe en 1905) no es la romana, por las diferencias existentes entre ambos tipos de proceso; no es un contrato ni un cuasicontrato, por no existir en la actualidad un compromiso judicial, y recibir el juez el poder de decidir en litigio, no de los litigantes, sino del Estado (100); cuasicontrato no lo es tampoco, pues no se produce novación alguna (101); se refiere a la distribución actual de los antiguos efectos ligados a la *l. c.* por diversos momentos del proceso, y termina diciendo que «en cuanto a los efectos jurídicos (de la demanda y contestación), no puede haber duda; el actor con su demanda introduce para la decisión del juez

(98) Es preciso recoger un intento de total renovación del proceso civil español, llevado a cabo por el Ministro de Justicia en 1853, D. JOSÉ MARÍA CASTRO Y OROZCO, MARQUÉS DE GERONA; de haber triunfado en su labor, es probable que fuera otro el estado actual de nuestra legislación procesal civil. Su *Instrucción del procedimiento civil con respecto a la Real Jurisdicción ordinaria* iniciaba un camino en la técnica semejante al que condujera en otros países a sus innovadoras producciones legislativas (cfr. someramente sus principios en PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, Zaragoza, 1946, (3.ª reimpresión, t. I, pág. 36 y s.). Pero ni el terreno, ni la Abogacía, ni los Tribunales estaban preparados para esta súbita transformación, en forma de espolazo dado al cansino proceso común, y no la sufrieron de modo pacífico; así, la *Instrucción* cayó entre grandes protestas de los juristas españoles (cfr. *Observaciones sobre la Instrucción del procedimiento civil de 30 de Septiembre de 1853*, dictámen elaborado por MONREAL, ACEVEDO, DÍAZ PÉREZ, GÓMEZ DE LA SERNA, SILVELA, en «RGLJ», vol. III, pág. 13 y ss.)

(99) Cfr. CALDERÓN, *Litis contestatio*, en «RGLJ», 1905, t. 107, pág. 260 y ss.

(100) Cfr. ob. cit., pág. 262.

(101) Cfr. ob. cit., pág. 263.

la declaración de un derecho, y desde este momento tiene un derecho adquirido a que la decisión recaiga en su día previos los trámites correspondientes, como el demandado con la contestación adquiere otro derecho para que en su día se decida si es o no arreglado a justicia lo que solicita. Importa poco para el caso de que por la contestación se forme un contrato, cuasicontrato o sea un acto especial del procedimiento. Lo que no cabe duda es que hay un acto jurídico, una pretensión que interpuesta en forma, el juez no puede sustraerse a la decisión, como no puede sustraerse a decidir un recurso de reforma o de apelación. De esto se deduce que por la demanda el actor adquiere un derecho a la sentencia, como por la contestación lo adquiere el demandado» (102).

En resumen: CALDERÓN nos dice que la *litis contestatio* actual nada tiene que ver con la romana o medieval, o incluso con la arrastrada hasta el siglo XIX. Por el contrario, sus ideas nos hacen pensar en que ya intuía alguna moderna doctrina sobre la naturaleza jurídica del proceso. A través de su pensamiento se ve que no está hablando de la *litis contestatio*, aunque todo su trabajo vaya presidido por tal etiqueta (103).

Estas ideas aparecen oscurecidas por su empeño de conservar el nombre de la figura; falta de valor para arremeter contra el mito, CALDERÓN ve que la «moderna» *litis contestatio* no es ni contrato ni cuasicontrato; y en consecuencia dice poco más o menos que «sea lo que sea lo que suceda, aquello que se produce con la demanda y contestación es la *litis contestatio*». Repetimos: intuyendo oscuramente lo que ocurre, no puede abstenerse, probablemente por causa de un asombroso tradicionalismo, de colocar sobre sus ideas la etiqueta «*litis contestatio*», cuando en realidad, lo que ha hecho con ellas es plantarle encima una lápida —que, por otra parte, había sido esculpida ha siglos— (104).

5. Para examinar las causas de la desaparición de todo el significado procesal de la *litis contestatio*, se pueden trasladar a un ámbito de aplicación universal ciertas consideraciones hechas en torno al sistema procesal

(102) Cfr. ob. cit., pág. 264.

(103) Cfr. más extensamente, crítica a este trabajo en *El desistimiento*, cit., pág. 70 y ss.

(104) Como puede verse en otro lugar (*El desistimiento*; cit., pág. 50 y ss.), CALDERÓN llegaba a una conclusión que podría enunciarse diciendo que existe un efecto consuntivo «abstracto», con independencia de cuál fuere su causa. Esto es inadmisibile, y tiene caracteres aún más míticos que la propia construcción de la *l. c.*

romano, su evolución y las causas de la misma (105), concibiéndolo en el seno de un sistema social completo, en evolución a su vez (106).

El paso progresivo desde el *ordo privatorum iudiciorum* a la *cognitio extra ordinem* (107), tiene su base en la gran transformación experimentada por Roma en su misma constitución; en su paso del estadio de Estado-ciudad, al de Estado ecuménico (108). Este fenómeno, lógicamente, había de tener hondas repercusiones en lo jurídico (109) a través de sus diferentes momentos y vicisitudes (110).

Partiendo de un momento histórico en que claramente se aprecie el primado de la formulación judicial del derecho, vemos que, sobre la base de su *imperium* (111), el Pretor declaraba *in jure* el derecho aplicable (112) por razón del cual podía ser concedida la *actio*. Es decir, en aquellos casos en que, haciendo uso de su poder discrecional, el Pretor denegaba una *actio* fundada en el *jus civile*, o la concedía aunque éste no lo previniera, ejercitaba una *juris dictio* (en un sentido que, como vemos, poco tiene que ver con el concepto actual) (113), creando normas

(105) Cfr. arg. en MAIORANA, *L'evoluzione storica dei rapporti fra legislazione e giurisdizione*, en «Arch. Giur.», 43 (1889), pág. 573 y s.

(106) Cfr. las ideas de DE FRANCISCI, *Punti di orientamento per lo studio del Diritto*, en «Riv. It. Sc. Giur.» 55 (1949), pág. 72.

(107) A los efectos que perseguimos, no es de esencial importancia el examen de la actividad pretoria en los tiempos antiguos, del problema del primado en Roma, de la legislación o de la creación judicial del derecho en sus primeros tiempos.

(108) Recuérdese la evolución de Roma, desde su existencia como Estado-ciudad, aristocrático —las aristocracias, por su propia índole, han sido siempre las depositarias del derecho escrito (MAIORANA, ob. cit., pág. 572, y con referencia específicamente a Roma, DE MARTINO, *La giurisdizione nel Diritto romano*, Padova, 1937, pág. 24 y ss.)— a Estado de caracteres bien diferentes, a cuyas necesidades (provocadas por la expansión romana por el Mediterráneo, por la adquisición de una mayor importancia por el comercio frente de la agricultura, a cuya constitución respondía más bien, el viejo derecho, etc.) no podía proveer evidentemente el antiguo ordenamiento jurídico gentilicio.

(109) Cfr. arg. RICCOBONO, *Cognitio extra ordinem. Nozione e caratteri del jus novum* en «Revue Internationale des Droits de l'Antiquité», 2 (1949), (= *Mélanges De Visscher*, II, 281 y ss.); DE MARTINO, ob. cit., pág. 5 y ss.

(110) Marcadas, en lo procesal, por el aumento de importancia de la fórmula, primero, y luego, por su decadencia.

(111) Cfr. LAURIA, *Iurisdictio*, en «Studi Bonfante», II, pág. 481 y ss.; BETTI, *La creazione del diritto nella iurisdictio del pretore romano*, en «Studi Chiovenda», pág. 77 y ss.; DE MARTINO, ob. cit., pág. 255.

(112) Sobre la formulación judicial del Derecho desde el punto de vista actual, cfr., p. ej., el mismo BETTI, ob. cit. en nota anterior, pág. 69 y ss.; CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, Firenze, 1921 (y *Studi*, t. II), pág. 11 y ss. y bibl. que se citará infra.

(113) Cfr., especialmente, DE MARTINO, ob. cit., pág. 133 y ss.; LAURIA, ob. cit., pág. 481 y ss.

jurídicas y rebasando así los poderes del juez moderno en general (114).

En su constitución primitiva, el Estado comenzó por imponer su autoridad, simplemente a fin de evitar que una violación de los derechos del particular tuviera consecuencias violentas. Esta moderada intervención tuvo los caracteres de una transacción entre la Soberanía popular y el *imperium* (115). Pero más tarde, la primitiva idea del *jus dicere* como declaración *in jure* del derecho aplicable, se fué extendiendo a toda la actividad del magistrado (aún en un sistema de proceso bipartito, en el período *in jure*) (116), lo cual indica que se iba abriendo camino la idea de la unidad de todo el proceso, paralela al incremento de la intervención estatal, por verse en la actividad de juzgar, no ya una simple regulación de actividades privadas, sino un interés público (117). La *juris dictio* se transfirió así paulatinamente a toda la *cognitio*, así como la función de especializar el derecho se iba transfiriendo a otros órganos, por razón de principios constitucionales; la base y el principio, radicando en el poder de mando del Emperador (118).

Según ORESTANO (119), la novedad del transformado sistema procesal estribaba más en el significado que tenía como un nuevo modo de concebir y tratar la posición y relaciones del Estado con los ciudadanos por motivos civiles, que en sus características formales (120). [Pero es preciso

Es evidente que habiendo pasado el primado constitucional a la función legislativa, las relaciones de ésta con la jurisdiccional se invierten; de ahí lo inadecuado del nombre actual de ésta si se hace referencia a su origen en el *ius dicere* romano; de ahí también, posiblemente, la confusión y gran cantidad de doctrinas existentes en torno al significado y alcance de la expresión en la actualidad (cfr. sobre ello, p. ej., REDENTI, *In torno al concetto di giurisdizione*, en «Studi Simoncelli», 1917, pág. 504 y ss.; GALLI, *Il concetto di giurisdizione*, en «Studi D'Amelio», t. II, pág. 166.

(114) El *pretor*, como se ve, frente al derecho de la *civitas* ejercitaba una actividad que actualmente corresponde al legislador, ya que es éste el competente para suspender la aplicabilidad de una norma sobre la base de la valoración de un caso concreto diversa de la que inspiraba a la norma, así como el dar relevancia jurídica a una situación de hecho, creando así una norma para el caso particular (cfr. BETTI, ob. cit., pág. 68 y ss.)

(115) Cfr. ORESTANO, *Augusto e la "cognitio extra ordinem"*, en «Studi Economico-giuridici della R. Università di Cagliari», 26 (1938), pág. 187 y ss.; arg. DE MARTINO, ob. cit., pág. 127 y ss.

(116) Cfr. DE MARTINO, ob. cit., pág. 127 y ss.

(117) Cfr. ORESTANO, ob. cit., pág. 189; DE MARTINO, arg., pág. 355.

(118) Cfr. DE MARTINO, ob. cit., pág. 259 y ss., y 294 y ss.

(119) Cfr. ORESTANO, ob. cit., pág. 187.

(120) Se trata de un fundamental punto de conexión del Derecho Procesal con el Político.

no desconectar ambos fenómenos (121)]. Bajo el influjo de las ideas políticas que paulatinamente se entronizaban en Roma, el proceso se tornó público; la voluntad del funcionario imperial sustituyó como protagonista a la del particular. Triunfaba el sistema de *cognitiones* (122), más ágil, progresivo y adecuado al espíritu del régimen imperial (123).

Se trataba, pues, de una evolución del campo de acción del Estado. En la época del pleno apogeo de la *cognitio extra ordinem*, había pasado ya a la historia el estadio gentilicio-confederal de la antigua *civitas*, en que la organización estatal veía alzarse ante ella, no a individuos aislados, sino a poderosos grupos y familias, lo que le daba un carácter marcadamente aristocrático (al menos en los primeros tiempos de la República) (124), con los consiguientes efectos respecto a las relaciones entre legislación y jurisdicción (125). El Estado se fué ingiriendo paulatinamente en el seno de estas agrupaciones, ejercitando su *imperium*; ingerencia progresiva, según Roma, en su evolución, caminaba hacia la monarquía en sentido absoluto.

Por causa de la publicación del proceso, desapareció el contractualismo entre los ciudadanos a fin de confiar la resolución de sus litigios a una persona escogida en primer grado por la comunidad; esta fase

(121) Precisa, en efecto, no olvidar la trascendencia formal de la reforma, ya que el efecto de la dispersión de la antigua *jurisdictio* del Magistrado (ahora, en el período de la *cognitio extra ordinem* ya no se debería hablar de *jurisdictio*; DE MARTINO, ob. cit., pág. 314 y s., y 323 y s.), es el de la decadencia del proceso bipartito, basado, fundamentalmente, a tal efecto, en la conclusión de la *litis contestatio*.

Añade DE MARTINO (ob. cit., pág. 64 y s.) que la disparidad de criterios en torno al actual concepto de Jurisdicción radica en la ruptura —operada en la evolución del proceso romano, como vemos— de la armonía entre la concepción originaria del *ius dicere* y la actividad real del Magistrado. Idea muy interesante. Justamente estudiamos aquí otra ruptura de equilibrio (entre la fundamental desaparición del concepto contractual de proceso y sus efectos, arrastrado a lo largo de siglos de Historia). Y la Historia no bromea. Esta ruptura de equilibrio, plasmada en el Derecho romano postclásico, ha dado lugar a un enorme retardo en el estudio de la naturaleza del proceso; y obstaculizado el desarrollo de esta disciplina como ciencia autónoma.

(122) Sobre la *juris dictio* y la *cognitio* y sus relaciones en las diversas épocas, cfr. también DE MARTINO, ob. cit., pág. 294 y ss.

(123) Cfr. DE MARTINO, ob. cit., pág. 354 y ss.; ORESTANO, ob. cit., pág. 132.

(124) Cfr. DE MARTINO, ob. cit., pág. 5 y ss.

(125) Atribuye MAIORANA (cfr. ob. cit., pág. 572) la transformación del antiguo *ius civile* por obra del *Pretor*, a una progresiva influencia de la plebe (posterior a una etapa de equilibrio con los patricios, influyendo ambos bandos en destacar a la jurisdicción con respecto a la legislación, a fin de evitar su reunión en unas solas manos que fuera peligrosa por su predominio). DE MARTINO no difiere sensiblemente de esta explicación (ob. cit., pág. úl. cit.).

fué superada por aquella en que predominaba el *imperium* estatal ejercitado por el príncipe o por sus funcionarios delegados. Ello, naturalmente, tornó a separar históricamente a las funciones legislativa y jurisdiccional (en sentido moderno esta última), lo cual se plasmó en la decadencia de la primitiva *juris dictio* pretoria. El sistema de fórmulas decayó por hundirse su razón de ser, esto es, la necesidad de concertar la *litis contestatio* en un sistema en que la voluntad de las partes desempeñaba un eminente papel; el aumento de los poderes del magistrado, la nueva idea de la jurisdicción (distribuída por todo el proceso, desde su inicio hasta la sentencia) y en especial, su facultad de resolverlo por sí mismo, sin necesidad de una etapa «*apud judicem*», todo ello constituía un golpe mortal para el contrato procesal, ya que la *l. c.* y el *judicium* eran inseparables, de tal modo que la primera servía al segundo. Y una vez que el proceso pasó a desarrollarse íntegramente ante el magistrado, o bien ante un juez designado, no por acuerdo de las partes, sino por delegación de su *imperium* (basado en el del Príncipe), es evidente que holgaba el contrato procesal (126).

Hay que destacar, pues, que la evolución histórica que culminó con la generalización por el Imperio Romano de la *cognitio extra ordinem*, marcó un paso de importancia con respecto al concepto de jurisdicción, ya que ésta, como vemos, más que una simple transformación, experimentó un cambio de impostación conceptual; del anterior *jus dicere* del magistrado (declaración *in jure* del derecho aplicable) se pasó a considerarla como simple y total administración de justicia por el magistrado (127) en el nuevo proceso unitario, sin bipartición. Se trata, pues, también, y fundamentalmente, de una nueva impostación del principio constitucional de la certeza del derecho (128); se vislumbraba la nota de legalidad de la jurisdicción, que se hace esencial en la actualidad (129) (a salvo los casos especiales de las jurisdicciones de equidad).

Consecuencia procesal inmediata: desaparición de la importancia de

(126) Cfr. arg. en LAURIA, *Iurisdictio* cit., loc. cit., pág. 479 y ss.; ORESTANO, ob. cit., pág. 181 y ss.; DE MARTINO, ob. cit., pág. 340 y ss.; *El desistimiento*, cit., pág. 41 y ss., y 79 y ss.

(127) Cfr. DE MARTINO, ob. cit., pág. 314 y ss.

(128) Cfr. sobre esto, MICHELI, *Profili o presupposti costituzionali del diritto processuale?* en «Stato e Diritto», 1941, pág. 446.

(129) Cfr., p. ej., SABATINI, *Diritto Processuale e Diritto Pubblico*, en «La Giustizia Penale», 1947, parte III, col. 176.

la *litis contestatio* (130). «¿Qué motivo había —se pregunta DE MARTINO (131)— para salvar su carácter rígidamente privado, cuando ahora el poder de juzgar del *judex datus* no se fundaba ya en un acuerdo de las partes, sino en una delegación de poderes del funcionario superior, o cuando es éste mismo el que juzgaba?».

El intento de los juristas de Justiniano de salvar a la antigua figura no surtió sino el efecto de provocar confusiones (arrastradas a lo largo de los siglos con rigor «histórico» digno de mejor causa) con respecto al momento de su conclusión (132) (C. 3, 9, 1 y 3, 1, 14, 1); se salvó a la «palabra», pero el momento procesal dejó de ser indispensable (133). De sus efectos, el más importante, el consuntivo, desapareció en su vínculo con ella y el proceso se hizo claramente reiterable (134); otros efectos —nótese aquí el paralelismo en la evolución de procedimiento y jurisdicción (135)— se repartieron por diversos momentos del mismo (136).

Es, pues, la estatalización del proceso la causa de la desaparición real de la *litis contestatio* como base del mismo; la intervención de los Tribunales en su momento constitutivo adquiere un nuevo valor a la luz de las transmutadas ideas sobre la jurisdicción. Todo ello hace inútil la conclusión de un contrato procesal para someterse a aquéllos y su fallo correspondiente. Y en resumen, pues, todo sucede en virtud de la evolución del concepto de jurisdicción, que se amplía y publica; la actividad de los particulares y su valor, son sustituidos por las de los órganos estatales; renunciando poco a poco los ciudadanos a la defensa privada (y la necesidad de contratar para fundar un proceso era aún muestra o

(130) Cfr. sobre todo ello en general WENGER, *Istituzioni* cit., pág. 252 y ss.; ORESTANO, ob. cit., pág. 181 a 189.

(131) Cfr. DE MARTINO, ob. cit., pág. 340.

(132) Cfr. WENGER, ob. cit., pág. 287.

(133) Cfr. SANTI DI PAOLA, *La litis contestatio nella cognitio extra ordinem dell'età classica*, en «Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania», 2 (1947-48), pág. 252 y ss. y esp. desde la 294 al final.

(134) En mi monografía *El desistimiento*, cit. (pág. 84 y ss.), he analizado desde este punto de vista dos fragmentos: D. 5, 1, 10 (Ulpiano) y D. 38, 2, 16, 3 (Ulpiano ad ed.), así como C. 2, 3, 4, y sus interpolaciones (al primer fr. BIONDI, L'ENEL, *Index Interpolationum* s. lege; al segundo, ROTONDI, *Scritti giuridici*, Milano, 1922, t. III, pág. 473 y ss.).

(135) La jurisdicción, pasando a abarcar toda la *cognitio*; los efectos, concentrados en torno a la antigua *litis contestatio*, repartiéndose por diversos momentos del nuevo proceso.

(136) Cfr. WENGER, ob. cit., pág. 288; ALBERTARIO, *Lis contestata e controversia mota*, en «Studi di Diritto Romano», Milano, 1946, t. IV, pág. 269 y ss.

vestigio de perduración de dicha defensa en estadio de desaparición) el Estado interviene siempre con más vigor en la resolución de los litigios que entre ellos surjan (137).

Esta reconstrucción histórica se puede aplicar a la definitiva desvalorización de la *litis contestatio* del campo de lo procesal, desaparición que un «romanticismo» (138) reiterado retardó considerablemente.

El proceso lógico y cronológico romano «jurisdicción-legislación» derivado de la actuación pretoria, se invierte a través de la historia posterior (139) y la jurisdicción pasa a ser una «continuación» de la actividad legislativa (140) con su origen en el ordenamiento jurídico (141). La compenetración «jurisdicción-legislación» del Derecho Romano clásico, se hace mucho menos intensa (142), hasta el punto de que, salvo excepciones, el especial modo de ser de un Estado constitucional es intolerante con una identidad material y formal de ambas funciones (143).

La jurisdicción pasó, pues, a manos del Estado, con su origen en la legislación. Y, naturalmente, se hizo preciso, debido a las especiales características de la función jurisdiccional, organizar un especial servicio estatal para atenderla y desarrollarla, con órganos situados en posición diferente de los destinados a proveer a otras funciones (144). El nombramiento y garantías de estos órganos directos de la actividad del Estado, muestra una vez más la inversión histórico-lógica de ambas funciones.

(137) Cfr. GALLI, ob. cit., pág. 171; REDENTI, ob. cit., pág. 498-99.

(138) Cfr. WENGER, citando a ERMAN, ob. cit., pág. 287.

(139) Cfr. arg. CALAMANDREI, *Il significato*, cit., pág. 11 y ss.; SALLIS, *La funzione giurisdizionale*, Cagliari, 1942, pág. 5; REDENTI, ob. cit., pág. 500 y ss.; DE VALLES, *Il concetto di giurisdizione in senso materiale*, en «Riv. Dir. Pubbl.», 1918, pág. 301 y ss.; RANELLETTI, *Le garantigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, pág. 15.

(140) Cfr. SALLIS, ob. cit., loc. cit.; CORSINI, *La giurisdizione*, Milano, 1936, pág. 158 y ss.

(141) Cfr. autores cit., en notas anteriores.

(142) Esta compenetración aparece hoy mucho menos intensa, pero no hasta el punto de que puedan trazarse límites rígidos entre ambas funciones (DE VALLES, ob. cit., pág. 301 y ss.) El puente de paso lo forma la jurisdicción de equidad (cfr. CALAMANDREI, ob. ult. cit., pág. 11 y ss.; XIRAU, *La funzione giurisdizionale e l'equità*, en «Studi Chioevenda», pág. 840; RANELLETTI, ob. cit., pág. 17; LUGO, *La funzione del giudice e l'equità (in tema di rapporti fra diritto costituzionale e diritto processuale)*, en «Stato e Diritto», 1941, pág. 227.

(143) Cfr. bibl. en notas anteriores, esp. la n. 142.

(144) Pues las demás actividades del Estado están presididas, por su misma naturaleza, en todas sus determinaciones concretas, por valoraciones y juicios contingentes y mutables de oportunidad política, que no dejan de ser tales porque deban de ser orientados a una finalidad remota de bien público (cfr. REDENTI, ob. cit., pág. 500).

El Estado instituye así órganos a los que entrega la potestad de aplicar las normas jurídicas a los casos litigiosos concretos. Y, naturalmente, la base que estabiliza a tales órganos y su ámbito de actuación (competencia) no es la voluntad de las partes expresada contractualmente (o cuasicontractualmente), sino el ordenamiento jurídico. Por ello deja de ser necesaria la *litis contestatio*.

Y aún en la Edad Media, desde el momento en que apareció una organización de la magistratura como organismo público de la administración de la justicia, emanando del Soberano (del poder de *imperium* del Príncipe) (145), el proceso también estaba ya liberado de la idea contractual o cuasicontractual que gravitaba en torno a la «palabra» *litis contestatio*.

Actualmente, existen excepciones a favor del proceso contractual (más bien para-proceso): parte de las correspondientes a las jurisdicciones de equidad, elementos supérstites del primitivo estadio de elaboración judicial del Derecho y muestras de la permeabilidad de los tres clásicos poderes del Estado (146), así como en el arbitraje voluntario (147); estos casos son excepcionales.

6. La desaparición de la *litis contestatio* de la realidad jurídica (recuérdese la contundencia de los procesos rápidos en cuanto a la misma); la búsqueda del «momento ideal»; los reiterados intentos de aplicarla a ordenaciones resueltas a prescindir de ella (intentos de aplicarla a los referidos juicios rápidos); su pérdida de significado (pérdida del efecto consuntivo, desaparición del proceso bipartito); su retraso y consecuente parada al margen de la realidad; todo esto hace pensar en que, durante la época a que hemos aludido, la *litis contestatio* podría ser incluida entre los mitos jurídicos.

«El mito jurídico —dice SANTI ROMANO (148)— es una no verdad, una inopia, pero también una imaginación fabulosa, que frecuentemente ha podido ser ligada a la poesía; es un "universal fantástico". Tiene también un sentido místico, y una creencia con carácter de fe, y por lo tanto asume un cierto tono religioso, incluso cuando no afecta a la religión propiamente dicha.»

(145) Cfr. SALVIOLI, ob. cit., vol. III, parte I, sección I (sobre la jurisdicción), arg. en diversos lugares; y también esp. parte II, pág. 167 y ss., y 299 y ss.

(146) Cfr. XIRAU, ob. cit., pág. 840.

(147) Y la amigable composición de la LEC. española vigente.

(148) Cfr. SANTI ROMANO, ob. cit., pág. 127.

Recuérdese cómo eran faltas de actualidad y de realidad las definiciones que de la *l. c.* se hacían en las edades media y moderna, respetando (relativamente, pues que también confundiendo) los fragmentos romanos. Apenas enunciado con solemnidad casi de rito religioso el efecto consuntivo de la misma, aparecía su destrucción (real y legal). Sin tener en cuenta la incompatibilidad genérica del contractualismo judicial con las ideas políticas de estos tiempos.

Esta fe en la *l. c.*, derivada de la fe en un Derecho romano deficientemente estudiado; esta falta de concreción de la figura, que de puro sutil se escapa contradicha por todos en su perfil y esencia (recordemos las contradicciones en su torno); este deseo de aplicarla en todas partes, incluso en la realidad jurídica; todo esto nos la hace considerar —a efectos de la Edad Media (al menos a partir del siglo XIII) y Moderna— como un mito jurídico.

Las majestuosas declaraciones de los teóricos sobre su existencia y encuadramiento apenas se había producido —por obra de los prácticos, de los legisladores— un ataque contra ella, pretendiendo hacer surgir como por arte de magia el punto exacto en que se la «tuviese por concertada» (149), tienen algo de religioso, de reclamación de un tributo para una divinidad inconcreta. Pero, por debajo de estas consideraciones, también otras obran en favor de la exaltación del mito.

«Otras veces —sigue SANTI ROMANO (150)— el mito tiene su origen en necesidades prácticas de las que no siempre se tiene una conciencia clara, de intuiciones nebulosas que, sin embargo, contienen elementos de realidad, de instintos oscuros pero profundos.» Aquí nos viene a las manos, casi como un ejemplar de colección, con toda la sintomatología del mito jurídico, el pensamiento de CALDERÓN y sus oscuras intuiciones (151) alrededor de la palabra más que de la figura de la *litis contestatio*,

(149) Véase un ejemplo típico (PÉREZ, ob. cit., loc. cit., pág. 499 y s.): «In causis sumariis quomodo inducatur litis contestatio? Respon. quod si forte in Curia Mercatorum apud consules eorum (o sea, en el juicio de la Ley de Medina del Campo de 1494)», vel in aliis causis sumariis lis non contestetur, non refert, quis id operatur actus, qui in causis ordinariis solet sequi litis contest.» Y continúa: «Nam regula est quod id quod operatur litis contestatio in causis ordinariis, in quibus lis contestatur, operatur in causis, in quibus lis non contestatur, actus qui solet sequi litis contestationem, puta, dilatio ad probandum, et fortius citatio ad sententiam diffinitivam.»

(150) Cfr. SANTI ROMANO, ob. cit., pág. 134.

(151) Naturalmente, en 1905 —fecha del escrito de CALDERÓN— existía abundante literatura, sobre todo germánica, que había puesto en claro muchos puntos de nuestra disciplina; pero nuestro autor no la conocía.

intentando rellenar de otro contenido más adecuado a su herrumbroso costillaje, en vista de la necesidad de investigar la naturaleza jurídica del proceso. No sería CALDERÓN el único aludido si quisiéramos alargar esta exposición.

7. Los efectos del largo arrastre histórico de ideas en torno a la *litis contestatio*, se han sentido en las normas vigentes actualmente en España, así como en la Jurisprudencia (152).

En cualquiera de los lugares de la LEC. vigente puede observarse claramente cómo no existe ningún efecto consuntivo ligado al «momento procesal» en que pudiera tenerse por concertada la *litis contestatio*; valga como ejemplo la clara y lógica admisión del proceso en ausencia del demandado (art. 527 y sigs., y 762 y sigs.), aunque no hubiera comparecido. Pero no se ha evitado por el legislador que aparezcan vestigios de tal figura histórica (153).

El trámite previsto en el art. 525 de la LEC. de «personación en forma en los autos» para que «se tenga al demandado por parte», que existe tan sólo en el juicio de mayor cuantía (el descendiente del *solemnis ordo judicarius*, el llamado por antonomasia juicio declarativo ordinario) es un resto de la antigua necesidad de que el demandado compareciera para concertar la *litis contestatio* (154). Se podría, pues, pensar que ésta, como actividad formal, es aún necesaria en tal juicio y aún en todos los de la LEC. si obedecen a un sistema coherente. Pero ya hemos visto cómo la simple y amplia existencia del proceso en rebeldía anula el posible valor de la citada regla, que así ha pasado a ser un trámite sin valor intrínseco con referencia a la *l. c.* (155). Además, en el desarrollo de los demás jui-

(152) Cfr., p. ej., S. del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1948, de 8 de julio de 1933, de 9 de abril de 1932, de 21 de diciembre de 1927, de 5 de diciembre de 1891, inspiradora de otra de 4 de noviembre de 1948. El Tribunal Supremo se coloca, en estas ocasiones, en abierta contradicción con su propia doctrina, dimanante de sentencias más acertadas, como la de 21 de abril de 1942, en que se refiere a la «relación jurídica procesal».

(153) El Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de febrero de 1922, incurría en el error de confundir litispendencia y *litis contestatio*, atribuyendo a la contestación del demandado el efecto de tenerla por iniciada (cfr. PRIETO CASTRO, ob. cit., t. I, pág. 264; y *El desistimiento*, cit., pág. 119 y ss.).

(154) Cfr. PRIETO CASTRO, ob. cit., t. I, pág. 257; PLAZA, *Derecho procesal civil español*, Madrid, 1945, t. I, pág. 380 y ss.

(155) Se ha dicho, en el I Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en Madrid en la primavera de 1950, que el trámite de «emplazamiento» del juicio de mayor cuantía (art. 525) tiene la ventaja práctica de ser una verdadera ampliación del plazo para contestar a la demanda, con lo que se equilibran más las posiciones del actor (que posiblemente ha invertido largo tiempo en hacer preparar su

cios declarativos ordinarios se echa de ver inmediatamente la falta de dicho trámite, a pesar de pertenecer a la misma familia procedimental que el juicio de mayor cuantía (juicios plenarios declarativos).

Tratemos específicamente de uno de estos juicios: del de menor cuantía. En él no existe el trámite de «personación» en los autos; simplemente, una vez admitida la demanda, se concede al demandado, al serle notificada, un sólo plazo para que la conteste, sin que sea preciso que se «constituya como parte», previamente, ante el Tribunal. La LEC. ha seguido en este punto el mismo camino que siguieron los autores de los juicios plenarios rápidos históricos; esto es, el de suprimir trámites inútiles en beneficio de la celeridad, y entre ellos, el que expresa la conclusión de la *litis contestatio* o preparativo para la misma (156).

Con respecto a las líneas generales de la dinámica procedimental, el indebido arrastre de la *l. c.* ha tenido importantes consecuencias.

Ya vimos cómo los juicios estatutarios rápidos italianos, el de la *Sæpe contingit* (y también el del Consulado del Mar) prescindían de ella a efectos de simplificar sus tramitaciones, ya que el proceso exageradamente formal no era compatible con una sociedad de tráfico jurídico extenso. También se ha visto cómo, ello no obstante, los autores se esforzaron en introducirla en dichos tipos de juicio. De una parte, el error o confusión debida a haberseles denominado «juicios sumarios indeterminados», y de otra, el de intentar aplicarles la tradicional doctrina de la *litis contestatio*, han podido concurrir a formar el actual estado de cosas en el proceso declarativo español.

En efecto, de la primera consideración habría de haberse deducido lógicamente que tales juicios, como «sumarios», eran la «excepción» a un «principio»; la excepción al procedimiento ordinario, basado en la *litis contestatio* o al menos llevándola siempre como necesaria. Y de la segunda se deduce una tendencia doctrinal a arrastrar a estos juicios rápidos, doctrinalmente, junto con el *solemnis ordo iudiciarius* y derivados; por ello, la que se elaboraba en torno al mismo —siempre contando con la *l. c.*— se aplicaba a los demás, aún a costa de forzar su estructura.

demanda) y del demandado (que tiene menos tiempo para contestarla). Conformes en principio; pero si se quiere arbitrar un expediente a este efecto de equilibrio entre las partes, no hay por qué ocultarlo bajo la capa histórica de la *litis contestatio*.

(156) Si se hubiese querido forzar a este tipo de juicio introduciendo en él la *l. c.*, como PÉREZ y otros intentaron hacer con sus ascendientes (cfr. supra), es indudable que hubiera surgido la misma confusión en cuanto al momento y modo de concertarla.

La doctrina, como pusimos en evidencia, siguió centrando su pensamiento en el juicio declarativo ordinario y reunió a él a los nuevos juicios plenarios rápidos.

Habida cuenta de que el juicio de la *Sæpe contingit* y demás —que se difundieron rápidamente por Europa— tenía fundamentalmente posibilidades de extender su objeto a los mismos límites que el *solemnis ordo judicarius*, es evidente que uno de ellos debía de vencer en la partida. Ello fué lo que ocurrió en otros países europeos, en que la técnica procedimental —aunque también sufriendo regresiones históricas de gran extensión— ha progresado sobre la base de un tipo procedimental cuyos principios en poco se diferencian de la *Sæpe* y Estatutos italianos: la influencia y ventajas de tal juicio desbancaron al *solemnis ordo judicarius*, pesado y falto de agilidad. Hay que entender que las modernas concepciones y creaciones legislativas en materia de procedimiento declarativo (recordemos las ZPO alemana y austríaca) mejor tienen su base en los principios que informaban a la *Sæpe que al solemnis ordo* (157).

Pero este camino no fué pacífico, sino que hubo de atravesar un largo y confuso período de «clarificación de las ideas».

En España, la recepción de los juicios plenarios rápidos, primero para materias mercantiles y posteriormente para las civiles, ampliando progresivamente su ámbito de aplicación hasta pasar a ser casi realmente «indeterminados», no tuvo, desgraciadamente, estas consecuencias, sino que se les aplicó la doctrina, cada vez más desarrollada, que se elaboraba sobre el juicio ordinario de larga extensión. El resultado ha sido que, a pesar de su evolución y ampliación de su campo de aplicabilidad (una ojeada a la evolución del juicio civil de 1534, pasando por la legislación de los siglos XVII y XVIII hasta llegar a la ley de 1838 sobre el juicio de menor cuantía, lo demuestra) los juicios plenarios rápidos quedaron oscurecidos y en segundo término con relación al más solemne, hoy juicio de mayor cuantía. Este abandono es la causa de que nuestra LEC. en vez de girar en torno al juicio de menor cuantía, lo haga en torno al primeramente citado.

En fin, se desaprovechó la ocasión de aplicar con caracteres de generalidad los principios del juicio de la *Sæpe* y este defecto selló para largo tiempo la suerte del proceso declarativo ordinario español, en tanto que otros países elaboraban sus construcciones legislativas en torno a un tipo

(157) Cfr. arg. BRIEGLER, ob. cit., pág. 82 y ss.

de juicio plenario más acelerado, obteniendo resultados diferentes, a los que hoy no deja de aspirarse en nuestro país (158).

Ya dijimos anteriormente que, para nosotros, los juicios de menor y mínima cuantía de la LEC., son consecuencias mediatas de los plenarios rápidos medievales; el primero, producto de una aproximación al juicio de mayor cuantía efectuada por el legislador en el siglo XIX (159), sin que por ello pueda desconocerse su filiación (160).

Se nota en su dinámica y principios más cercanía a los de la *Sæpe*; y aún más en el nuevo juicio creado por la LBJM de 1944 (161). Se trata, como hemos dicho en otra ocasión, de una especie de «arrepentimiento» del legislador por no haber seguido anteriormente los estudios doctrinales y preparatorios en torno a los juicios plenarios rápidos.

Pero aún hay más datos externos en favor de esta tesis:

De una parte, el de la aplicabilidad, cada vez más amplia, del juicio de menor cuantía; se trata con ello de un simple medio por el cual el legislador disminuye la prolijidad de la tramitación en beneficio de la celeridad. Téngase en cuenta que los límites de cuantía económica de dicho juicio han pasado, desde 250 a 1.500 pesetas en 1881, a 5.000 y 20.000 respectivamente, y que cuando esto se escribe existe un proyecto de ley para aumentar el límite del mismo a 100.000 pesetas. Ello, en parte, puede atribuirse a la devaluación de la moneda; pero, aún así, no se puede desconocer el imperativo de la necesidad de acelerar el proceso sin mengua de garantías para las partes.

De otra parte, la creación de nuevos tipos de juicio plenario rápido (p. ej., del de arrendamientos rústicos de la Ley de 15 de marzo de 1935; del de «pequeña cuantía» de la LBJM de 1944; la misma remisión continuada que el legislador hace en otras ocasiones al procedimiento inci-

(158) Cfr. p. ej., la «LBJM» de 1944, los nuevos tipos de procedimientos y las constantes remisiones del legislador español al incidental de los arts. 741 y ss. de la LEC., en *Innovazioni* cit.

(159) Cfr. la nota núm. 84.

(160) Las alegaciones se evacuan en los escritos de demanda y contestación; la fase probatoria se abre por el Juez cuando no haya conformidad total sobre los hechos, y es más corta en el tiempo que la del juicio de mayor cuantía; después, se pasa a una vista oral final obligatoria (no electiva, como en el otro juicio citado) y se dicta la sentencia. La oposición de falta de presupuestos procesales se ha de acumular, eventualmenté, con la contestación a la demanda sin que se produzca efecto dilatorio; no se concede apelación independiente contra las resoluciones ordinatorias (art. 680 y ss. de la LEC.).

(161) Cfr. *Innovazioni* cit., en «Ann. Dir. Comp.», 1950, § III.

dental de la LEC. (162), no son sino lógicas continuaciones y adaptaciones del juicio de menor cuantía, producto de la falta de desarrollo doctrinal del mismo, el cual hubiera podido dar lugar a una aplicación directa de sus resultados (163).

Todo ello ha dado lugar a una verdadera hipertrofia procedimental; a una saturación legislativa de nuevos procedimientos especiales, que en el fondo son producto del descontento por la falta de un buen procedimiento declarativo-arquetipo al que acogerse (164); cuando las nuevas leyes no crean «sus» procedimientos, suelen acogerse al incidental (165), relativamente acelerado, y parecido en su dinámica al juicio de menor cuantía; por su parte, el nuevo juicio de la LBJM es una consecuencia histórica tardía de la *Sæpe contingit* y Estatutos italianos.

Y a la vez, la influencia del principio oficial en estos juicios, bastante mayor que en el de mayor cuantía, indica que se ha desechado de ellos la idea de la *litis contestatio*. A ésta culpamos —mejor dicho, a sus mantenedores— de parte de la actual y abigarrada situación del proceso civil español; a su indebida, anormal (y solamente formal) persistencia, a la defectuosa interpretación que, obsesionados por la misma, hicieron los antiguos juristas de los juicios rápidos; al arrastre forzado de los mismos bajo la doctrina del *solemnis ordo judicarius*. Todo ello dió lugar a que el procedimiento declarativo-tipo español no respondiese a un buen estudio previo, sino a una mal entendida tradición. No por ello dejamos de reconocer los elementos apreciables que nuestro juicio de mayor cuantía posee; pero si volvemos los ojos a los países que a su debido tiempo comprendieron el valor general de los principios sentados en los juicios plenarios rápidos (166) habremos de reconocer también los inconvenientes de haber renunciado a ellos en nuestro proceso arquetipo.

8. Extendiendo más la vista por el panorama del actual proceso civil español, se puede pensar también en una influencia mediata del sis-

(162) Cfr., sobre todo ello, los dif. loc. de *Innovazioni* cit.

(163) En algunos casos no se entiende demasiado bien por qué el legislador se ha remitido al procedimiento incidental y no al de menor cuantía, de mayor desarrollo en la LEC. (y para nosotros, técnicamente, más perfecto).

(164) Cfr. *Innovazioni* cit., *passim*. De la creación de nuevos tipos de procedimiento para proveer a suplir los defectos del ordinario, por causas varias (y no siempre de tipo jurídico) se ha pasado, en ocasiones, a crear Jurisdicciones especiales.

(165) Cfr., p. ej., la «LAU», para los casos en que sea competente el Juez de primera instancia y no se trate de un retracto; el art. 41 de la «LH», la Ley sobre el proceso «arbitral» de seguro.

(166) Cfr. nota núm. 21, con ref. a BRIGLEB.

tema basado en la *litis contestatio* sobre la creación de jurisdicciones especiales (167). Siempre que, a efectos de instaurarlas, se pretenda tener una base firme sobre motivos de pura técnica procedimental —sobre todo, la extensión y dificultad del juicio ordinario (168)— no se podrá por menos de evocar una doctrina centrada en los juicios plenarios rápidos, de modo que los resultados actuales girasen en torno a un tipo genérico de procedimiento. Las diferencias de rito procesal, además, no deben promover el desgajamiento de jurisdicciones especiales, sino que deben insertarse en la ordinaria; la idea progresiva científicamente es la de la unidad de la jurisdicción (169). Aparte quedan, naturalmente, las razones políticas o de otra índole que puedan basar tales jurisdicciones especiales (170) (171); y aparte también el examen del caso en que, bajo capa y amparo de modificaciones de carácter técnico, en realidad lo que se altere sean las premisas políticas del proceso.

9. Con respecto a la doctrina de la demanda en el proceso civil, la persistencia de la idea de la *litis contestatio* ha tenido consecuencias de interés. El alcance de algunas de ellas con respecto al proceso español, está aún por determinar.

Una de ellas podría haber sido la defectuosa comprensión por nuestros juristas de la regla «*libello non exigit*» de la *Sæpe contingit*; si bien en la evolución histórica de nuestro ordenamiento procesal se plasma hasta los siglos XIII y XIV la idea de la sustanciación de las demandas, y así

(167) Sobre la aparición de jurisdicciones especiales —mal aflictivo en España— véanse las bellas y aleccionadoras palabras de CALAMANDREI, *Il significato* cit., página 5 y ss.

(168) Tienen especial relieve para los juristas italianos, en un caso específico, los trabajos del Mag. CABRERA CLAVER: *El vigente Derecho procesal de trabajo (notas para su estudio)*, en «RGLJ», 1942, y *El procedimiento de trabajo en la nueva ley procesal italiana*, en «RGLJ», 1943.

(169) Cfr. FURNO: *Dei procedimenti speciali secondo il nuovo codice di procedura civile*, Firenze, 1942, pág. 13 y s.

(170) Cfr. esp. CALAMANDREI, ob. ult. cit., pág. 5 y ss., y bibl. cit. en nota 1, esp. el párrafo de VASSALLI que se repr. en nota núm. 2.

(171) Es evidente que la discusión de tales argumentos (que, de otra parte, sería muy interesante) rebasa los límites estrictamente técnicos de este trabajo.

Problema que pudiera llamarse «límite» del Derecho Procesal y del Constitucional, es el de la persistencia del principio dispositivo, relacionado con la concepción de la *litis contestatio*; los relieves políticos de ambos, son notorios. (Cfr. arg. en CRISAFULLI, *Profili costituzionali del Diritto processuale?*, en «Stato e Diritto» cit., pág. 445 y ss.; NIESE: *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen*, Göttingen, 1950, pág. 15 y ss.); pero es preciso en este peligrosísimo punto, pasar de las ideas o principios genéricos a los específicos a fin de evitar una «politificación» excesiva del proceso civil.

se ve en las normas de las Partidas (172), en la práctica judicial de la época este principio se oscurece, de modo que incluso en algún formulario aportado por las mismas Partidas (173) y en las obras del jurista alfonsino JACOBO RUIZ (174) se nos muestra la idea de la individualización (175) con caracteres que denotan la recepción de la coetánea práctica italiana (176).

Esta confusión se ha de atribuir, al menos en parte, al choque de las ideas sobre la sustanciación de las demandas anteriormente predominantes en España, con las de los comentaristas de la *Sæpe*, que hacían posible una gran simplificación de las mismas para evitar que sus defectos formales contribuyeran a alargar el proceso (177).

Por otra parte, es aún un problema a dilucidar el del alcance de la relación entre *litis contestatio* y eventualidad (178), principio que se va imponiendo progresivamente, aún antes en España que en algunos otros países europeos (179). Hemos hallado un nexo (indirecto) a través del estudio de la transformación de la demanda y las causas de su prohibición en nuestros Ordenamientos procesales históricos. Pero es evidente que el nexo ha de ser directo, y a él no será ajena, ya por defecto, ya por exceso, la extensión por Europa de la práctica de las «demandas sumarias».

De lo que no hay duda es de la influencia de la idea de la *litis contes-*

(172) Cfr. Partidas, Leyes XXV y XL del tít. II, Partida III. En la última cit. se incluye en el mismo texto un formulario de demanda simplemente individualizada; pero en la Ley XXV se exige que se muestre en la demanda «la razón» por la cual el actor obtuvo el señorío de la cosa (dominio). El ejemplo de la «compra o donadío» indica que con «razón» se quiere indicar la conclusión en la demanda del origen y título del derecho real por razón del cual se pide en juicio. (Cfr. *La transformación de la demanda* cit., pág. 37 y ss.)

(173) Formulario incluido en ob. cit. (pág. 42), cfr. con modelos alemanes e italianos de BASSIANUS y TENGLER, respectivamente.

(174) *Flores de Derecho*, de JACOBO RUIZ, lib. II, tít. I, ley I (transcripción de UREÑA Y BONILLA, Madrid, 1924), Códices «q», E-1, E-2, E-3, V, A, TP; *Dotrinal* del mismo autor, párrafos transcriptos en *La transformación* cit., pág. 43 y ss.

(175) En estos formularios no se expresa el título del derecho real, que aparece como violado.

(176) Cfr. formulario cit. de BASSIANUS, en loc. cit.

(177) Cfr. la Ley XI, tít. I, lib. III, de las Ordenanzas Reales de Castilla, que pasó al Ordenamiento de Alcalá (Ley I, tít. XII) y a la Nueva Recopilación (Ley II, tít. XVI, lib. XIV). Glosándola DIEGO PÉREZ (ob. cit., t. I, pág. 468), dice: «Poterit tamen temitti a partibus hujusmodi solemnitas, dum tamen sit qualisqualis petitio super qua iudex possit fundare suam sententiam» (a la palabra «necesario» de la *Sæpe*).

(178) Cfr. sobre este problema *La transformación de la demanda* cit., pág. 46 y ss. y III y ss.

(179) Cfr. ob. ult. cit., pág. 47 y ss.

tatio sobre el problema de la transformación de la demanda, obrando en sentido, naturalmente, de oponerse a ella; si se produjere con posterioridad a la l. c., se haría posible reiterar en otro proceso la pretensión retirada, cosa contraria al efecto consuntivo (180); esta es la llamada tradicionalmente «doctrina italiana» (181).

Nuestras Partidas (ley II, tít. X, Partida III), autorizaban al actor a arrepentirse de lo que alegó antes de estar comenzado el pleito por demanda y contestación, pero una vez concertada la l. c. mediante el curso de ambos actos (ley VIII del mismo tít. y Partida) ya no se podía revocar ninguna afirmación. La observancia aragonesa «*De Mutuis petitionibus*» de las de 1437, decía que la petición se podía mudar, explicar, ampliar y restringir hasta la *litis contestatio* (libro II de la Recopilación). La base de todo era la consunción de la acción derivada de aquélla (182).

Esta concepción, a través de diversos Cuerpos legales históricos (183) ha perdurado hasta nuestros días, y así puede verse en el art. 548 de la LEC. vigente (184), y en alguna Jurisprudencia del Tribunal Supremo (185).

10. Otra posible consecuencia de las confusiones en torno a la *litis*

(180) Cfr. RUMELIN: *Klagänderung und Rechtskraft*, en «Arch. civ. Pr.», 61 (1878), pág. 93 y ss.; BOLLINGER: *Zur Revision der Lehre von der Klagänderung*, Zurich, 1886, pág. 44; FERRARA: *Mutamento di domanda e conversione di negozio processuale*, en «Luci ed ombre sul Diritto nuovo», Milano, 1942, pág. 119 y ss.

(181) «Est enim juris expeditissimi licere actori libellum suum mutare usque ad *litis contestationem*, post *litem contestatam* non item: 1. non potest, 23 ss. de *judiciis*, ubi Gothofred quia per *litis contestationem* quasi *contrahitur* in *judicio* et *litigantes instantiae obligantur*» [CARPZOVIVS: *Definitones forense* «ad const. elect. Sax.» (habitualmente cit. *Jurisprudencia «romana-Saxonica»*), parte I, const. XI, fed. I]; arg. CURTIO («Pauli Castrensis in *pandectarum Justinianeique Codicis titulus commentaria...*»), cit., t. III, fol. 44; ZASIO: *Vdalrici Zasii iurisconsulti clarissimi et II. narrationes luculentissimae*, Lugduni, 1584, t. I, fol. 51 y 51 vto.; HEFFTER: *System des römischen und deutschen Civil-Processrechts*, Bonn, 1843, § 356, núm. 124.

(182) Cfr. OLEA: *Tractatus de cessione jurium et actionem*, d. c. 8. núm. 22.

(183) Cfr. sobre ello *La transformación de la demanda* cit., pág. 114 y ss.

(184) «En los escritos de réplica y dúplica, tanto el actor como el demandado fijarán concreta y definitivamente, en párrafos numerados, los puntos de hecho y de derecho objeto del debate, pudiendo modificar o adicionar los que hayan conseguido en la demanda y contestación.

»También podrán ampliar, adicionar o modificar las pretensiones y excepciones que hayan formulado en la demanda y contestación, pero sin que puedan alterar las que sean objeto principal del pleito.»

(185) Sentencia de 11 de noviembre de 1907, manteniendo que es el cuasi contrato de *litis contestatio* la base de la prohibición de transformar la demanda.

También y con respecto a la Lec. de 1885, directa ascendiente de la actual, cfr. MANRESA-MIQUEL-REUS: *Ley de Enjuiciamiento civil comentada y explicada*, Madrid, 1856, t. II, pág. 47.

*contestatio*, y que por el momento exponemos a título de hipótesis (pues se trata de una materia con bastantes «vacíos» históricos que sólo hace poco ha sido posible comenzar a rellenar con respecto al Derecho español), es la del defectuoso encuadramiento que nuestra L.E.C. hace del juicio sumario ejecutivo, tratándolo reunido con la ejecución forzosa de las sentencias (186).

PIETRO CASTRO (187) ha explicado lógicamente este error, haciéndolo partir de la asimilación de los títulos ejecutivos a las sentencias (188); el error comenzó a cometerse en la *Lex Toletana* de 1480, que extendió a toda España la regulación dada por la de 1396 al juicio ejecutivo, para Sevilla solamente.

Pero la regulación a partir de la cual apareció dicho error (1360) ha sido determinada gracias al descubrimiento de una fuente legal más antigua del juicio ejecutivo en España: la Ley XVI del Ordenamiento procesal dado también a Sevilla en 1360 por el rey Pedro I (189), en el cual, el

(186) En el título XV, libro II de la citada ley, se estudia el procedimiento ejecutivo (Sección I); el procedimiento de apremio (Sección II), y las tercerías (Sección III). Es decir, se estudian como si fueran figuras necesariamente relacionadas e independientes de otras materias, el juicio ejecutivo, la ejecución forzosa (en general) y la oposición a la misma.

(187) Cfr. PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal civil* cit., t. II, pág. 183 y ss.

(188) «Qui debitor dedit potestatem omnibus iudicibus, coram quibus hoc instrumentum fuerit ostensum, ut faciant pro contentis in eo executionem in eius persona et bonis, tamquam si contra cum esse lata sententia transacta in rem iudicatam» (SUÁREZ: *Opera omnia*, Frankfurt, 1594, pág. 518); cfr. igualmente, YAÑEZ PARLADORIO: *Opera jurídica*, Colonia, 1761, lib. II, cap. XXII, parte, I, parágrafo 11, pág. 126; SESSE: *Decissionum Sacri Senatus Regni Aragonum*, Zaragoza, 1615, tomo II, Dec. CXXIII, núm. 7, fol. 137, col. 1.<sup>a</sup> a. f. y 2.<sup>a</sup> a. p.; HEVIA BOLAÑOS: *Curia philipica* cit., Madrid, 1747, pág. 109, col. 1.<sup>a</sup>, etc.

(189) Hasta hace poco se creía que la aparición del juicio sumario ejecutivo en España databa de la cit. ley de 1396. En efecto, la *Lex Toletana* de 1480, extendiendo la regulación de tal figura a toda España (extensión legal en parte superflua por existir en Aragón el juicio ejecutivo desde, al menos, 1361, fecha de la colección de Observancias llevada a cabo por HOSPITAL según ha demostrado DE GREGORIO ROCASOLANO en *El juicio sumario ejecutivo en los Fueros y Observancias del Reino de Aragón*, en «ADA», 1946 y sep.), se refería tan sólo a la ley de 1396 como antecedente. El descubrimiento en el manuscrito núm. 716 de la Biblioteca Nacional, en 1947, de una ley regulando el juicio ejecutivo, ha echado por tierra parte del valor originario de la ley de 1396. Cfr. nuestro trabajo *Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo en España; el Ordenamiento procesal sevillano del 1360*, en «RD Pr.», 1950 (VI), núm. 2, passim. Con ello creo haber superado la investigación de BRIEGLER (*Geschichte des Executiv-Processes*, Stuttgart, 1845), y alterado las bases de que para tal estudio han partido autores posteriores, p. ej., PRIETO CASTRO (ob. cit., loc. ult. cit.) y LIEBMAN (cfr., p. ej., *Sobre el juicio ejecutivo*, en «Estudios en honor de Hugo Alsina, Buenos Aires, 1946, pág. 387 y ss., e *Istituti del Diritto comune nel processo civile brasiliano*, en «Redenti», I, Milano, 1950, página 605).

tratamiento procedimental de los títulos ejecutivos contractuales difiere sensiblemente de la ejecución de sentencias propiamente dichas (190); esta diferencia desapareció con la regulación más ambigua de las excepciones, hecha por la Ley de 1396 (191). Como, naturalmente, también la ejecución de las sentencias era contradictoria y con posibilidad de interponer excepciones (192), se confundió posteriormente al juicio ejecutivo con el procedimiento de apremio.

Y de ahí la defectuosa impostación sistemática llevada a cabo por el legislador, abrumado por la tradición una vez más.

Pero a esta causa (en el fondo, confusión de un proceso declarativo sumario con uno solamente ejecutivo) se pudiera unir quizás otra. Ya hemos visto la obstinación de los juristas teóricos sobre todo, en calificar a los procedimientos declarativos por medio de la *litis contestatio*. Pues bien, en el proceso sumario ejecutivo, no la había (193). Con lo cual es evidente que se facilitaba el error de confundirlo con la ejecución de las sentencias. Por el momento, se trata sólo de una hipótesis, a la que es preciso hallar confirmación en las fuentes de la época en que el histórico error fué cometido.

(190) Cfr. *Un nuevo descubrimiento* cit., pág. 27 y ss. La diferencia radicaba en que el número de excepciones posibles de interponer en el juicio ejecutivo, no estaba exhaustivamente determinado, en tanto que la Ley IX del mismo Ordenamiento de 1360, enumera exhaustivamente las oponibles en el procedimiento de ejecución de sentencias.

(191) Eran éstas en la Ley IX de 1360: quita de la deuda u objeto, pago y avenencia. (Cfr. *Un nuevo descubrimiento* cit., pág. 28. En la ley de 1396, invade al juicio ejecutivo una verdadera «degeneración» en materia de excepciones, y deja de verse clara su diferencia de la ejecución de las sentencias.

(192) Cfr. *Un nuevo descubrimiento* cit. en diversos lugares.

(193) Cfr., p. ej., el *Estatuto de Perugia* de 1342, lib. II, cap. XXV, en el que se aplica el mismo procedimiento rápido a diversas cuestiones; entre ellas «en tutte gl'altre estromente confessionate, conditionagle overo non liquide». Cfr. SALVIOLI, ob. cit., parte II, pág. 660 y ss.; con rel. a la ley sevillana del 1360, cfr. *Un nuevo descubrimiento* cit., pág. 32 esp.