

**ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA**

**VOL. XXVI - CURSO 1952-53**

**CUADERNO III - DERECHO**

**VICTOR FAIREN GUILLEN**

**Catedrático de Derecho Procesal**

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

**ISMAEL PEIDRO PASTOR**

**Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho**

**CONCEPTO DE LA REPRODUCCION O REPETICION  
DEL NEGOCIO JURIDICO EN LA DOCTRINA ITALIANA**

**JOSE M.<sup>a</sup> FONT RIUS**

**Catedrático de Historia del Derecho Español**

**LAS INSTITUCIONES ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES  
DE LAS CIUDADES EN LA ESPAÑA MEDIEVAL**

**NOTAS Y COMENTARIOS**

**CONSECUENCIAS DE LA INEXISTENCIA DE LA ACCION PENAL EN  
EL TRATAMIENTO DE LA CRIMINALIDAD INFANTIL Y JUVENIL, por**

**FRANCISCO VIVES VILLAMAZARES**

**Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho**



**SECRETARIADO DE PUBLICACIONES**

**INTERCAMBIO CIENTIFICO Y EXTENSION UNIVERSITARIA  
(UNIVERSIDAD DE VALENCIA)**

## ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

Se publican a través del curso académico, a base de un cuaderno o fascículo para cada una de las Facultades universitarias, completado por uno de Crónica, en el que se recoge la actividad general de la Universidad, durante el respectivo curso y de sus distintas Facultades, instituciones y servicios.

La publicación de *Anales*, puesta bajo la alta dirección del Magnífico y Excmo. Sr. Rector de la Universidad y de los Iltres. Sres. Decanos de las cuatro Facultades, se halla confiada a una Comisión de Redacción, integrada por los siguientes señores: Director, Ilustrísimo Sr. D. José Santa Cruz Teijeiro, Decano de la Facultad de Derecho y Director del Secretariado de Publicaciones. Vocales: don Antonio Llombart Rodríguez, Catedrático y Vicedecano de la Facultad de Medicina; don Pablo Alvarez Rubiano, Catedrático de la Facultad de Filosofía y Letras, y don Enrique Costa Novella, Catedrático de la Facultad de Ciencias; Secretario, don José María Font Rius, Catedrático de la Facultad de Derecho y Secretario del Secretariado de Publicaciones.

El Secretariado de Publicaciones, Intercambio Científico y Extensión Universitaria, desea que *Anales de la Universidad de Valencia* pueda servir, a su vez, de instrumento de relación con otras Universidades y organismos científicos de España y del extranjero, y a este fin organiza su distribución, principalmente, por el sistema de intercambio, con las publicaciones de estos centros, bien de la totalidad de sus fascículos, bien de sólo aquellos que interesen en cada caso en función de la respectiva especialidad. Asimismo, para otros organismos, particulares, etc., tiene establecido el régimen de venta por cuadernos independientes.

\* \* \*

Toda clase de correspondencia dirigirla al Secretariado de Publicaciones, Intercambio Científico y Extensión Universitaria. Universidad de Valencia (España).

ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

VOL. XXVI - CURSO 1952-53

CUADERNO III - DERECHO

VICTOR FAIREN GUILLEN

Catedrático de Derecho Procesal

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

ISMAEL PEIDRO PASTOR

Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho

CONCEPTO DE LA REPRODUCCION O REPETICION  
DEL NEGOCIO JURIDICO EN LA DOCTRINA ITALIANA

JOSE M.<sup>a</sup> FONT RIUS

Catedrático de Historia del Derecho Español

LAS INSTITUCIONES ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES  
DE LAS CIUDADES EN LA ESPAÑA MEDIEVAL

NOTAS Y COMENTARIOS

CONSECUENCIAS DE LA INEXISTENCIA DE LA ACCION PENAL EN  
EL TRATAMIENTO DE LA CRIMINALIDAD INFANTIL Y JUVENIL, por

FRANCISCO VIVES VILLAMAZARES

Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho



SECRETARIADO DE PUBLICACIONES

INTERCAMBIO CIENTIFICO Y EXTENSION UNIVERSITARIA  
(UNIVERSIDAD DE VALENCIA)

**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 comenada 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*, Munchen, 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 solemnitatibus 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 desprenderse 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 "responsio" 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 ello 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*, tomus quartus, col. 387; WESENBECIO, 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 BRIEGLER, 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 Caesaris 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 SANTE ROMANO (Cfr. *Giurisprudenza scolastica*, en «Frammenti di un dizionario giuridico», cit., pág. 112).

(68) Cfr. BRIEGLER, 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.

brevedad, 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. sómeramente 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 enfrente 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. RICOBONO, *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 judicarius* 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 exigat*» 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; *Doctrinal* del mismo autor, párrafos transcritos 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.

**CONCEPTO DE LA REPRODUCCION O  
REPETICION DEL NEGOCIO JURIDICO  
EN LA DOCTRINA ITALIANA**

**POR**

**ISMAEL PEIDRO PASTOR**

## S U M A R I O

### *Introducción.*

- I.—La declaración jurídica y sus clases.
- II.—La declaración sucesiva o doble.
- III.—Naturaleza de la segunda declaración :
  - a) No es un duplicado.
  - b) No es declaración de ciencia o conocimiento.
  - c) ¿Trátase de un acto jurídico?
    - a') Posición negativa : CARNELUTTI.
    - b') Posición afirmativa.
- IV.—¿Qué clase de acto jurídico?
  - a) Acto neutro : GORLA.
  - b) Acto intencional : DEL BONO.
- V.—¿Valen ambas declaraciones?
- VI.—Fines que persigue la reproducción.
- VII.—Caracteres típicos de la repetición.
- VIII.—Eficacia de la repetición o reproducción.
- IX.—Concepto de la repetición del negocio.

## INTRODUCCION

Cuando el profesor NICOLÓ (1), de la Universidad de Messina, escribió hacia 1933 su monografía «Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione», al referirse al problema de la coexistencia de dos o más declaraciones de voluntad sucesiva —como luego veremos, plano de la reproducción del negocio— declaraba ya que su estudio no era cosa reciente. Posteriormente, y hasta nuestros días, se ha seguido tratando este problema que, aunque primeramente estudiado en Alemania con los trabajos de DEGENKOLB (2), ha sido en Italia donde mayor desenvolvimiento doctrinal ha obtenido. Lo demuestra así la numerosa bibliografía sobre el tema (3). Esta es la razón de que al intentar —quizás por vez primera en España, ya que no tenemos noticia de otro trabajo sobre el tema— dar un concepto sintético del problema que nos ocupa, nos limitemos a la doctrina jurídica italiana.

Más recientemente, otro profesor, MIGUEL GIORGIANNI, calificaba

(1) Publicada en «Annali», Università de Messina, vol. II, año 1932-1933, página 377 y ss.

(2) DEGENKOLB: *Die Vertragsvollziehung als Vertragsreproduktion*, «Arch. civ. Praxis», vol. II, año 1887, pág. 157 y ss.

(3) Véase: CLAPS, en *L'indole giuridica del c. d. contratto riproduttivo*, «Giur. it.», año 1898, t. I, 2.<sup>a</sup> col, pág. 449 y ss.; COVIELLO, en *Contratti preliminari*, «Enc. giur.», núm. 38; MOSSA, en *Sulla posteriore documentazione di un contratto*, «Rev. dir. com.», 1919, t. I, pág. 414 y ss.; CANDIAN, en *Documento e negozio giuridico*. Parma, 1925, pág. 85 y ss.; *Nuove riflessioni sulle dichiarazioni riproduttive dei negozi giuridici*, en «Saggi di diritto», Padova, 1931 t. I, pág. 201 y ss. del propio CANDIAN; SEGRÉ, en *Ricognizione, riproduzione e rinnovazione del negozio giuridico*. «Riv. div. civ.», 1926; CARNELUTTI, en *Documento e negozio giuridico*, en «Riv. proc. civ.», 1926, t. I. FOÁ, en *Sulla natura giuridica delle dichiarazioni riproduttive*, «Temi Emiliana», 1928. t. II, pág. 5 y ss.; LIEBMAN, en *Risoluzione convenzionale del processo*, en «Riv. proc. civ.», 1932, t. I, pág. 277 y ss.

en 1939 el estudio de la reproducción como del más alto interés teórico y práctico (4). Y prueba de ello es que después de aquella fecha han visto la luz, en Italia, una serie de monografías y de artículos sobre el mismo tema, entre los cuales destaca la monografía de FABRIZIO DEL BONO titulada «Dichiarazione riproduttiva», publicada en 1948 (5). Asimismo, y en relación con el llamado «negozio giuridico d'accertamento», se ocupan de la reproducción otras dos importantes monografías: «Il negozio d'accertamento», del ya citado GIORGIANNI, y la de RENATO CORRADO, titulada *Il negozio di accertamento* (6).

Es más, demuestra que el tema ha obtenido carta de naturaleza entre las instituciones del Derecho privado por el hecho de que un autor como AURELIO CANDIÁN —que ya había tratado en particular el tema muchos años antes— lo incluya en su obra publicada en 1946: «Nozioni istituzionali di Diritto Privato» (7).

Los datos que acabamos de aducir son más que suficientes para demostrar que el tema de la reproducción o repetición del negocio jurídico constituye uno de los temas de más actualidad en el pensamiento jurídico italiano. Y si la doctrina de Italia en todo tiempo ha ejercido honda influencia sobre la española, no cabe duda de que en los actuales, tanto por su altura científica, como por su afinidad con nuestro modo de ser, como por el, en gran parte, común origen y desenvolvimiento del Derecho en ambos países, está llamada a influir decisivamente en España, lo mismo en la doctrina que en la legislación. No son otras las razones que nos inclinaron a realizar el presente estudio sintético sobre el concepto de reproducción.

Somos conscientes de que no es tarea fácil abordar ese estudio: 1.º, por la dificultad propia de toda síntesis; 2.º, por el hecho de que todavía no se ha llegado al estudio perfecto del tema. Intentaremos, pues, señalar los distintos puntos de vista comunes en los autores y doctrinas que citemos, a la vez que pongamos de manifiesto las diferencias que les separan. Y todo ello, dentro de un esquema racional que, aunque personal, nos lo ha sugerido el mismo estudio de aquellos autores y sus respectivas doctrinas. Creemos facilitar de este modo al lector español el conocimiento del tema abordado

(4) *Il negozio d'accertamento*, Milano, 1939, pág. 171.

(5) Editada en Milán.

(6) Editada en Torino, 1942.

(7) Editada en Milán, 1946.

I

LA DECLARACION JURIDICA Y SUS CLASES

Como ha dicho DEL BONO, «lo que se repite o reproduce es siempre la declaración; de ahí que la exactitud de consideración del problema deba dirigirse hacia la valoración de la declaración de voluntad desde el doble punto de vista formal (contenido objetivo) e intencional (aspecto subjetivo o psicológico)» (8). De ahí que considere la reproducción como «un fenómeno inherente a la declaración» (9). Y añade: «Se presenta siempre en su aspecto externo como una repetición formal de la declaración verbal o escrita...» (10).

CANDIAN, al estudiar la declaración jurídica distingue fundamentalmente tres clases: 1.<sup>a</sup>, la enunciativa o representativa, caracterizada por «modificar el mundo exterior en sentido formal»; 2.<sup>a</sup>, la constitutiva o dispositiva, caracterizada por modificarlo «en sentido sustancial»; 3.<sup>a</sup>, la que él llama «prowedimenti», y que se caracteriza por ser emitida por el titular de un oficio en el ejercicio de éste y tiene por contenido un autorizado reglamento de intereses. En realidad, esta última clase de declaración pertenece a las declaraciones constitutivas, por lo cual el citado autor las sitúa dentro de estas últimas, formando grupo con las declaraciones genéricas y las negociales (11). El mismo CANDIAN cita como ejemplos de la declaración enunciativa, entre otros, los siguientes: mi declaración de voto a favor o en contra en el seno de una asamblea general de accionistas; mi declaración, como cesionario del crédito de Tizio contra Caio, notificando a éste la cesión realizada a mi favor, para que siga realizando o realice la prestación. Como ejemplos de la declaración constitutiva cita, entre otros, éstos: la intimación al acreedor, de parte del deudor, para recibir el objeto de la prestación que el primero reclama; la declaración que intenta evitar el comienzo del lapso de tiempo para usucapir la cosa poseída.

(8) Ob. cit., pág. 9.

(9) Ob. cit., pág. 5.

(10) Ob. cit., pág. 6.

(11) *Nozioni istituzionali...*, pág. 85 y ss.

Observaremos, más adelante, la importancia que tiene reconocer una u otra naturaleza a la declaración de voluntad que se repite o reproduce, toda vez que en estrecho contacto con la naturaleza que se le atribuya, esta repetición o reproducción alcanza una eficacia u otra, y, en definitiva, se le atribuye o no valor de negocio jurídico. Es sobre este punto, y asimismo sobre la consideración meramente formal o también sustancial de la reproducción, sobre lo que aún discute la doctrina italiana.

Muchas veces la imprecisión de los términos favorece la confusión de ideas y la misma incertidumbre en el concepto que se pretende dar como más seguro. Por eso GINO GORLA nos advierte desde el principio: «Es necesario la precisión de términos en el estudio de tema tan arduo e incierto» (12). Y dándonos el ejemplo, aclara: «La palabra reproducción puede tomarse en dos sentidos: a) En el sentido de nueva producción de un acto o de un hecho por parte de las mismas personas o las mismas fuerzas que concurrieron en la formación del acto o hecho primario. En este sentido es clara la voz "reproducción". b) En el sentido de operación representativa de un hecho que viene realizado por fuerzas diversas de aquellas que concurrieron a la formación del hecho representado: por ejemplo, la reproducción fotográfica o fonográfica.» GORLA toma la palabra en el primer sentido, es decir, en el sentido de repetición de la declaración jurídica anteriormente ya manifestada (13).

Sin embargo, a GIORGIANNI le parece erróneo seguir hablando de reproducción, tanto más cuanto que «según una tendencia manifestada sobre todo por los escritores italianos más recientes, se sustituye el término reproducción del negocio por el de "declaración reproductiva". En el campo jurídico, toda declaración (la cual puede manifestarse en voces, en signos escriturales, en gestos), en tanto viene tomada en consideración en cuanto representa o reproduce una determinación psíquica del sujeto destinada a obrar en el mundo del Derecho» (14). Y añade: «En este sentido puede decirse que una declaración es reproductiva en cuanto reproduce un querer (actual) que declara. Mas no puede reproducir una cosa que se ha querido en el pasado. Por lo demás es evidente que también los mecanismos que tienden a reproducir hechos, fenómenos o declaraciones (la máquina fotográfica, el disco radiofónico) no pueden obrar sino en el momento en el cual el hecho se produce, el fenómeno aparece o la

(12) *La riproduzione del negozio giuridico*. Ed. Coedman Padova, 1933, pág. 5.

(13) Ob. cit., pág. 6.

(14) Ob. cit., pág. 175.



declaración se emite.» «Por estas consideraciones —concluye— creemos es oportuno sustituir el término reproducción del negocio, o el de declaración reproductiva, por el de repetición del negocio, o mejor aún, por el de repetición de la declaración (negocial o no)» (15).

No debe extrañar la insistencia de los autores cuya doctrina constituye nuestro estudio acerca de la declaración y sus clases como base de sus respectivas construcciones, toda vez que, como se desprende de lo dicho anteriormente, lo que se repite o reproduce es siempre la declaración. Quien más insiste sobre este punto es DEL BONO. Este autor resume la serie de representaciones que se dan en el sujeto antes de formular su voluntad, de este modo: 1.º, representación de la hipótesis. 2.º, examen de fines y medios; análisis y síntesis. 3.º, decisión, eliminando medios y fines no escogidos. 4.º, ejecución de la voluntad (16).

Lo que se declara, eso constituye para DEL BONO la voluntad de declaración. Por tanto, la determinación del sujeto de emitir la declaración es un acto efectivo de voluntad, porque se traduce en el acto material inmediatamente querido (declaración), mientras que la de obtener los efectos del negocio (voluntad interna o voluntad negocial), no es sino una intención, esto es, una aspiración a obtener los efectos de la declaración (17).

La declaración de voluntad como acto material del mundo externo debe considerarse un resultado inmediato de la voluntad del declarante; la declaración es el efecto, y la voluntad de declarar es la causa. La declaración es inseparable de su contenido expresivo (no es lo dicho y su expresión, o lo escrito y su significado), y así la declaración, en su unidad de medio material y de contenido expresivo, debe ser considerada un efecto de la voluntad de declarar y no de la intención negocial («Geschäftswille» en la doctrina germana) la cual, en el caso de verdadera y propia declaración de voluntad, obra como causa remota (18).

Mas como la declaración existe como resultado autónomo de la voluntad de declarar, de ahí (contra lo que cree SCIALOJA) que resulte peligroso afirmar que la declaración es la manifestación de la voluntad negocial, y por ello la distinción entre voluntad e intención no resuelve simplemente una cuestión psicológica, y tiene su trascendencia en la actividad del

(15) Ob. cit., págs. 175-6.

(16) Ob. cit., pág. 23 del cap. I.

(17) Ob. cit., págs. 24-6.

(18) Ob. cit., pág. 26.

sujeto, en aquella fase de la representación psíquica que precede a la declaración de voluntad (19).

La declaración de voluntad puede designar: a) El acto expresivo del querer. b) La declaración en sentido material, es decir, el contenido volitivo, pero no correspondiente a la intención del declarante (acto simulado, acto aparente). c) La declaración de contenido dispositivo en contraposición a la del contenido representativo o de reconocimiento (20).

La manifestación de voluntad puede considerarse en dos sentidos: Primero, pasivo, esto es, como acto manifestado de la voluntad; segundo, en sentido activo, como acto que manifiesta. En el primer sentido, cualquier acto jurídico es manifestación de voluntad, porque proviene de ésta, que lo ha determinado; pero, al propio tiempo, manifiesta esta voluntad como un efecto manifiesta su causa. En sentido activo, manifestación de voluntad es aquel acto que significa un querer que debe aún realizarse, una intención proyectada hacia el futuro, una íntima aspiración del declarante hacia efectos que aún no se han realizado (21).

Tras de distinguir la declaración expresa de la táctica, y para fundar mejor su pensamiento, DEL BONO aborda la clasificación de la declaración haciéndolo desde el punto de vista de la forma (verbal o escrita); y desde el punto de vista del contenido (declaración de voluntad y declaración de verdad o ciencia). Distingue pues: a) La declaración efectiva, que expresa una intención real y actual del declarante, y la dispositiva, ya simplemente representativa o declarativa («attestativa»). b) La declaración aparente, que sólo tiene contenido de voluntad o de verdad desde el punto de vista lingüístico; declaración que es sólo acto material, no correspondiente a la intención. Tiene eficacia de orden probatorio en el sentido de una presunción, salvo que se pruebe, a su vez, que son otros los motivos de la declaración (por ejemplo, si se prueba la simulación). Respecto al punto de vista cronológico distingue la declaración primaria (en documento original) de las secundarias (copias). Por último hace una distinción del lado de la exigencia formal, distinguiendo el documento y la escritura esencial, según lo sea por ley o por voluntad de las partes (22).

Y concluye: 1.º, todo documento es una declaración escrita constituyente de una prueba; 2.º, el documento constitutivo, es decir, la declara-

(19) Ob. cit., pág. 27.

(20) Ob. cit., pág. 39.

(21) Ob. cit., págs. 40-42.

(22) Ob. cit., págs. 45-50.

## CONCEPTO DE LA REPRODUCCION O REPETICION DEL NEGOCIO JURIDICO

ción de voluntad efectiva escrita, es prueba así de la declaración como del negocio; 3.º, el documento reproductivo prueba el hecho material de la declaración, pero no es prueba de la efectividad de la declaración; es prueba representativa (de 2.º grado) de otra precedente declaración; 4.º, una declaración dispositiva es, por presunción, constitutiva, esto es, de efectiva voluntad, en cuanto responde al normal uso del lenguaje, y corresponde al contenido de la declaración a un efectivo intento del declarante; 5.º, hipótesis anormal, en cambio, es la declaración aparente, esto es, de un contenido que no corresponde a la intención del declarante (23).

Este último caso —advierde DEL BONO— puede admitir dos situaciones: la de la reproducción y la de la simulación. En el primer caso, la declaración actual reproduce otra anterior. Falta la intención negocial. El segundo se da cuando la declaración no se corresponde con la anterior precedente, la cual falta, y tiene por objeto la creación de la apariencia de un negocio jurídico (24).

## II

### LA DECLARACION SUCESIVA O DOBLE

Todos los autores están conformes en considerar la declaración sucesiva o doble como el plano sobre el cual descansa el concepto de repetición del negocio jurídico. «El problema de la reproducción —ha dicho DEL BONO— se refiere al aspecto externo de la declaración y, necesariamente, se limita al examen de la relación entre dos o más declaraciones de contenido igual o equivalente» (25).

«El problema de la reproducción del negocio —afirma GIORGIANNI— se restringe así al caso en el cual la declaración de voluntad venga a ser repetida, reproduciendo exactamente el esquema con el cual se habría emitido la primera vez» (26).

(23) Ob. cit., págs. 50-1.

(24) Ob. cit., pág. 51 y s.; párrafos 29 y 30.

(25) Ob. cit., pág. 55.

(26) Ob. cit., págs. 172-3.

«Objeto de nuestra observación —advierte GORLA— es, por tanto, la reproducción del negocio jurídico, definida como repetición de la relativa declaración de voluntad, por obra del mismo o de los mismos sujetos que emitieron la declaración primaria» (27).

«Para que pueda hablarse de repetición del negocio jurídico —señala CORRADO— es necesario que una declaración negocial preexista, y que otra, idéntica a la primera, subsiga» (28).

«La doctrina —nos advierte NICOLÓ— se ha fijado en el fenómeno, comunísimo en la práctica, de la documentación que sucede a un contrato verbal, pero no se trata tanto de relación entre negocio jurídico y documento cuanto de sucesivas declaraciones, de las cuales la segunda reproduce por lo general la primera mediante una forma (casi siempre documental) diversa» (29).

Asimismo suponen la doble declaración CANDIAN (30) y GINO SEGRÉ (31); como la supone también CARNELUTTI, aun desde el ángulo de la documentación de la primera, cuando dice: «Aun supuesta la existencia de dos declaraciones, la clave del problema está en resolver la naturaleza jurídica de la segunda» (32). En la misma dirección podemos citar a LORENZO MOSSA (33).

Bien se ve a través de lo transcrito la unanimidad en el punto de partida: la existencia de dos declaraciones. Sin embargo, el pensamiento de los autores citados no es el mismo, ni respecto a la naturaleza de la segunda declaración, ni respecto a sus relaciones con la primera. De ahí que el problema de la repetición del negocio jurídico tenga distinto alcance en cada uno de aquéllos, como posteriormente, y a lo largo del desenvolvimiento de este trabajo, tendremos ocasión de apreciar.

Es evidente el que sean los propios sujetos que intervinieron en la primera declaración quienes hayan de emitir la segunda; e incluso que ésta verse sobre el mismo objeto que la primera, ya con un contenido

(27) Ob. cit., pág. 7.

(28) Ob. cit., pág. 200 y s.

(29) *Il riconoscimento*, Univ. Messina, vol. II, 1932-3; págs. 370-1.

(30) *Documento et negozio giuridico*, Parma, 1925, cap. VII, pág. 67 y s.; pág. 90 y s.; págs. 104 y III.

(31) *Ricognizione, riproduzione e rinnovazione del negozio giuridico*, en la «Riv. Dir. Civile», 1926, pág. 47 y s.

(32) *Documento e negozio giuridico*, en «Riv. Dcho. Processale civile», 1926, cap. VI, pág. 193 y s.

(33) *La documentazione del contenuto contrattuale*, en «Riv. Dir. común», 1919, vol. VI, pág. 183 y s.

igual o equivalente, ya con un contenido exacto al de la primera declaración, mas con forma generalmente distinta.

¿Pero qué es la segunda declaración? ¿Qué relación la une a la primera y, sobre todo, qué naturaleza jurídica tiene?

Creemos con CARNELUTTI que la clave del problema está, precisamente, en resolver la naturaleza jurídica de la segunda declaración. De ella depende la eficacia asignada a la repetición e incluso su mismo concepto.

### III

## NATURALEZA DE LA SEGUNDA DECLARACION

Si la segunda declaración ha de ser idéntica en el contenido y en la forma, cabría pensar que se trata simplemente de una duplicación. Mas esto poca o ninguna trascendencia jurídica puede tener. Como dice GORLA (34): La repetición del negocio jurídico presupone dos declaraciones. No es tal, por tanto, la emisión de una única declaración con varios medios, particularmente el fenómeno que, técnicamente, con referencia a la declaración escrita se denomina «duplicado». Y añade: «En el duplicado no se trata de un negocio único con varias formas de declaración, sino que se trata de un negocio con varias declaraciones» (35). «La forma es medio de la declaración, y ésta es medio del negocio. Se debe, por tanto, distinguir el fenómeno de la duplicación de la forma de la declaración, del fenómeno de la reproducción o repetición de la declaración misma» (36).

#### a) No es un duplicado

«No significa repetición del negocio —ha dicho CORRADO— el duplicado formal. La opinión contraria se atribuye a CARNELUTTI, pero no sabemos con qué exactitud» (37). Esta duda de CORRADO nos parece injusta

(34) Ob. cit., pág. 15.

(35) Ob. cit., pág. 16.

(36) Ob. cit., pág. 16.

(37) Ob. cit., pág. 202.

tificada, puesto que CARNELUTTI, claramente, manifiesta su opinión cuando dice que «en un negocio no puede haber más que una voluntad y una causa, pero que puede haber más de una forma». «Ello responde al carácter instrumental que tiene la forma. El negocio puede funcionar a placer con una u otra forma; pero no con la una y con la otra. Trátase de una precaución, o también de un lujo, que las partes se toman para garantizar mejor al negocio su función» (38). Y añade: «La sucesiva declaración puede, pues, constituir la forma del negocio ya existente, mas también la de un nuevo negocio. Puede ser así, y puede no ser así. ¿Cómo saberlo? Se trata de saber si a la nueva forma corresponde o no una nueva causa. Si no le corresponde, el negocio es uno y las formas dos. Si se corresponde, a las dos formas han de corresponder dos negocios» (39). Y continúa más adelante: «El que la fijación temporal asigne a la segunda declaración una causa propia y, por tanto, no le atribuya el oficio de una pura forma (duplicado) de una voluntad ya manifestada, no quiere decir que esta causa determine necesariamente la extinción del negocio precedente» (40).

Creemos, pues, que resulta clara la opinión de CARNELUTTI acerca de la posibilidad de una repetición simplemente formal, pues que admite la posibilidad de un sólo negocio y doble forma de expresión del mismo, esto es, admite el llamado «negocio pluriformal».

«Si es verdad —dice CORRADO— que puede admitirse jurídicamente una voluntad declarada con varias formas, debe excluirse a priori que tal fenómeno pueda incluirse en el concepto de repetición.» «La emisión de una misma voluntad con varias formas, indica la contemporaneidad de las declaraciones.» «La sucesión en el tiempo impone necesariamente atribuir las varias formas a voluntad distinta, en cuanto forma y sustancia son inseparables, y toda forma viene a la existencia contemporáneamente, a la vez, con la materia informada, y nunca sucesivamente a ésta. Sostener lo contrario implicaría concebir como jurídicamente relevante una forma sin contenido, lo cual, lógicamente, no podría ni siquiera ser referido a sucesos concretos» (41).

Nos parecen terminantes las razones aducidas por CORRADO para excluir del concepto de duplicado la repetición del negocio. Quizás el error de CARNELUTTI estribe en su punto de vista excesivamente formal y aun pro-

(38) Art. cit., pág. 195.

(39) Art. cit., págs. 197-8.

(40) Art. cit., pág. 200.

(41) Ob. cit., pág. 203.

cesal. En efecto, ya hemos advertido que también el gran procesalista italiano admite la sucesión de declaraciones como el plano de la repetición, pero afirma que entre ambas existe una relación histórica, pero no lógica. «Lógica y jurídicamente cada una persiste por sí. El documento, en el cual la segunda se expresa, prueba la misma declaración y nada más. La segunda no sirve de prueba a la primera. Son dos declaraciones de la misma especie y sobre el mismo plano. El régimen de su coexistencia pertenece al derecho material» (42).

La diferencia entre duplicado y declaración reproductiva, fué precisada por CANDIAN en estos términos: «No tiene nunca eficacia en la duplicación la investigación sobre el error eventual de donde procede, porque la simple divergencia del modelo de la realidad objetiva del negocio implica, por sí, la ineficacia del duplicado. En cambio, no obstante tal divergencia, la declaración reproductiva conserva su eficacia, que no viene a menos si no se demuestra el error del declarante. Como se ve, la posible impugnación es, en los dos casos, profundamente diversa» (43).

## b) No es declaración de ciencia

¿Trátase —la segunda declaración— de un acto de reconocimiento de un hecho? ¿Es una simple declaración de ciencia? A esta pregunta contesta NICOLÓ: «La declaración que tiene por contenido el reconocimiento de un hecho, aunque muestre la existencia y el contenido de un negocio jurídico, no puede ser sino una declaración de ciencia o verdad. Por ejemplo, la confirmación por escrito de un contrato acordado por teléfono o telégrafo» (44). En ningún caso constituye, propiamente hablando, reproducción. La misma opinión sustenta GIORGIANNI al oponerse a CARNELUTTI, a CANDIAN y, en general, a la corriente doctrinal que intenta estudiar nuestro tema desde el punto de vista de la relación entre la declaración y el documento. He aquí el razonamiento de GIORGIANNI: «Mas procedamos con orden. Puesto que el problema debe considerarse, no ya en relación entre documento y la precedente declaración, sino sobre la relación entre la precedente declaración y el acto que el documento

(42) Art. cit., págs. 190-1.

(43) Véase: *Nuove riflessioni sulle dichiarazioni riproduttive dei negozi giuridici*, en «Saggi di Diritto», I. Padova, 1931, pág. 191.

(44) Art. cit., pág. 404.

contiene, es necesario la búsqueda de la naturaleza de este acto. ¿Trátase de un acto jurídico en sentido estricto o de una declaración? Y en el segundo caso, ¿es una declaración de voluntad o de ciencia?» Y es entonces cuando arremete contra la ya indicada tesis de CARNELUTTI, de la posibilidad de un mismo negocio, una misma voluntad y una misma causa, pero con varias formas, con estas palabras: «Verdaderamente, si por forma debe entenderse la manifestación, la exteriorización de la voluntad, es obvio que aquélla es inseparable de la voluntad misma, siendo, por así decirlo, el medio de su transmisión.» «Mas justo es, pues, discernir en la repetición del negocio, en todo caso, una nueva declaración» (45). Y si esto es así, es lógico pensar que esa nueva declaración de voluntad jurídica no sea una simple declaración de ciencia. Así lo proclama GIORGIANNI, excluyendo el concepto de repetición de aquella noción (46).

Ahora bien, si se trata de una nueva declaración jurídica, ¿quiere decirse que sea un acto jurídico? Tampoco aquí existe unanimidad en la doctrina italiana. Existen posiciones negativas, como la de CARNELUTTI, y existen posiciones afirmativas, más tampoco entre éstas cabe apreciar la unanimidad de criterio, como vamos a observar a continuación.

### c) ¿Trátase de un acto jurídico?

#### a') *Posición negativa:* CARNELUTTI

Para comprender la posición de CARNELUTTI es necesario recordar su punto de vista general —ya indicado— y su idea de la repetición, como el hecho de dos declaraciones de la misma especie, con un mismo negocio, una misma voluntad y una misma causa, aunque con varias formas. Si, además, tenemos presentes las cuatro hipótesis en que el mencionado procesalista italiano resume los casos de la declaración sucesiva o doble, aparecerá claro su pensamiento y hasta relativamente lógico. En efecto, para CARNELUTTI la segunda declaración puede emitirse: 1.º, como prueba de la primera; 2.º, para fijar en el tiempo el momento del contrato; 3.º, para interpretar la declaración precedente; 4.º, para modificar la anterior declaración. Es de advertir que sólo los dos primeros casos significan la reproducción, y aun sólo el primero es estrictamente reproduc-

(45) Ob. cit., pág. 183.

(46) Ob. cit., págs. 183-4.



## CONCEPTO DE LA REPRODUCCION O REPETICION DEL NEGOCIO JURIDICO

ción, puesto que en el segundo caso cabe el duplicado de formas o el negocio «d'ascertamento». El que sea una u otra cosa, es una «quaestio voluntatis», como el propio procesalista proclama. En este caso, si no se trata de un negocio «d'ascertamento», ni tampoco de una novación, lo que también significaría el ser nuevo negocio la segunda declaración, es lógico pensar que no se trate de ningún negocio la declaración que fija en el tiempo el momento del contrato; como tampoco es negocio el primer caso, reducido a prueba de la primera declaración. Asimismo, niega que sea siempre verdadero negocio el tercer caso, y tan sólo admite la posibilidad de que el cuarto caso signifique un nuevo contrato cuando existe verdadera novación, lo cual no siempre ocurre. También aquí depende de la «quaestio voluntatis» (47). Y por lo que respecta al tercer caso, es decir, la declaración interpretativa, conviene aclarar su posición, citando aquí las propias palabras de CARNELUTTI: «La declaración interpretativa es, pues, para mí, otro ejemplo de aquel singular fenómeno de "negocio pluriformal", cuya manifestación típica, pero no única, he mostrado a propósito del duplicado de la declaración» (48).

### b') *Posición afirmativa*

Posición claramente afirmativa es la de CANDIAN en la más reciente de sus citadas obras: «Es importante en este punto —dice— saber que puede ejercerse una operación de documentación cuyo resultado tenga naturaleza intrínsecamente distinta de ésta: precisamente la documentación llamada "ricognitiva" o reproductiva de la declaración, la cual actúa (por lo general con la finalidad de certeza jurídica, es decir, de prueba) cuando una declaración —ya perfecta como acto, esto es, ya productiva de los efectos reconocidos por el ordenamiento— viene a ser repetida en otra forma más idónea para eliminar eventuales dudas y contrastes en el futuro. Por ejemplo: un contrato concluído ante testigos en el mercado o por teléfono, que se reproduce en una escritura, con el propio objeto (49).

«En estos casos —continúa el propio autor—, la declaración es, primeramente y al margen de la documentación, un acto jurídico en sí mismo perfecto y eficiente. El acto de repetir la declaración en esta otra forma tiene por fin la certeza jurídica, y tiende, normalmente, a cualificar como

(47) Art. cit., págs. 190-I, 198, 199, 203 y s., y 211 y s.

(48) Art. cit., pág. 203.

(49) *Nozioni istituzionali*, pág. 155.

reconocimiento una confesión que emite el sujeto declarante, o el destinatario, o ambos...» (50).

El mismo CANDIAN observa la posibilidad de confundir la declaración reproductiva, considerada como acto jurídico, con el negocio que la doctrina italiana llama «d'accertamento», cuya finalidad es precisamente la certeza jurídica entre las partes respecto de un vínculo anterior, y por ello trata de aclarar su posición, afirmando que, en este último caso, tratase de una declaración «constitutiva» y no «probatoria», como en el primero (51).

#### IV

### ¿QUE CLASE DE ACTO JURIDICO?

Mas si la segunda declaración constituye en la repetición del negocio un acto jurídico, ¿qué clase de acto es? ¿Es un acto intencional, como cree DEL BONO? ¿Es un acto neutro, como cree GORLA?

GORLA parte de que el vínculo jurídico nacido en la primera declaración esté aun vigente entre las partes cuando éstas procedan a emitir la segunda declaración. «Un presupuesto lógico —nos dice— sobre el cual me parece que los autores no se han fijado, es que el vínculo jurídico propio del negocio, que se quiere repetir, no se haya agotado; presupuesto lógico en cuanto, en su defecto, la repetición del negocio no tiene sentido, ni como nuevo acto autónomo, ni como simple expresión o representación del primero» (52). Y más adelante dice: «Repito, si la relación jurídica derivante del negocio está agotada, el problema —como hemos dicho— no tiene razón de ser; se tratará, según las circunstancias, de simulación o de representación mímica, de una pantomima, esto es, de cosa poco sensata» (53).

(50) Ob. cit., pág. 155.

(51) Ob. cit., pág. 156.

(52) Ob. cit., pág. 16.

(53) Ob. cit., pág. 18.

a) *Acto neutro*: GORLA

Tras de exponer este punto de partida, GORLA proclama categóricamente: «La reproducción es un acto neutro: por sí mismo no expresa con qué intención se realiza. Para alcanzar este sentido debemos referirnos a una regla mediante la cual el sujeto extraño (el tercero) y el juez puedan atribuir a la reproducción determinado sentido.» Por otra parte, «la repetición del propio hecho de parte de un sujeto inteligente, como hecho neutro, puede prestarse a dos interpretaciones: a), como producción de un nuevo hecho autónomo, si bien igual al primero; b), como representación del primero. Debemos ver cuál de las dos soluciones debe adaptarse como regla de experiencia para la reproducción del negocio jurídico» (54).

«Al efecto —dice GORLA— conviene aclarar en cuál de aquellos sentidos y con qué efecto la repetición del negocio jurídico puede realizarse como representación del mismo, ya que algunos autores (55) han acogido la primera solución bajo la reflexión de que el segundo acto no puede tener valor probatorio del primero. Mas esto significa encerrarse en el campo limitado de la prueba, a la cual no se limita el fenómeno de la representación (56). Precisamente esta consideración es la que ha originado en buen número de autores italianos (57) la idea de la repetición como representación. Es necesario precisar este punto. La representación es, ante todo, un acto interno psicológico. Puede ocurrir: a) Que el acto interno sea manifestado; b) Que no sea manifestado, mas sirva de motivo (interno) para la formación de otro acto que no tenga capacidad representativa. El primero puede tener valor representativo siempre que exista capacidad representativa en él; el segundo, no teniendo esta capacidad, no puede tener valor probatorio» (58).

Ahora bien, supuesta la hipótesis de que la reproducción tiende a la directa representación del negocio mismo. ¿cabe encuadrarla entre los

(54) Ob. cit., págs. 19 y 20.

(55) Véase: DEGENKOLB, en *Vertragsvollziehung als Vertragsreproduktion*; WINDSCHEID, en *Pandekten*, 6.<sup>a</sup> ed. § 312; BELZKER, en *Pandekten*, II ed. § 93; REGELSBERGER, en *Pandekten*, § 137; DERNBURG, en *Pandekten*, II ed. § 10, nota 4; y COVIELLO, en *Contratto preliminare*.

(56) Ob. cit., *Gorla*, pág. 20.

(57) Véase: SEGRÉ, en *Sulla posteriore documentazione del contratto*, en «Riv. di Dir. común», 1920, II, pág. 197, y en *Ricognizione riprod.*, ob. cit., pág. 417 y s.; CANDIAN, en *Documento e negozio giuridico*. «Temi Emiliana», 1930; FOÀ, en «Temi Emiliana», 1928, II, pág. 5 y s., II y s., 63 y s.; CLAPS, en *Líndole giuridica del c. s. riproduttivo*, en «Giuri it.», 1898, I, II, pág. 449.

(58) Ob. cit., GORLA, pág. 21.

actos de la clase a), o los de la clase b)? Y GORLA afirma: «En los de la clase b), la repetición de un acto no es la manifestación de la idea que se tenga del acto mismo; no se trata de una declaración representativa; este acto representativo es interno y no se manifiesta» (59).

«Como reproducción, la repetición del negocio es una representación que no se proyecta sobre otra esfera que la de las partes, pero queda circunscrita a las partes que intervienen en el negocio, o limitada al destinatario de la declaración..., y esto, aunque sea una representación externa, pues trátase de una representación externa limitada.» E insiste sobre este mismo carácter, a propósito de la diferencia con la confesión. «La repetición —nos dice—, como representación, se distingue de la confesión: a) Porque ésta es una representación narrativa y no una reproducción; b) Porque aquélla, aun considerada como reproducción, trátase de una representación limitada y no probatoria, a diferencia de la confesión, que, como representación, se proyecta también respecto de terceros y tiene, por tanto, valor probatorio; c) Porque, en sustancia, la confesión es una declaración, mientras la repetición, como reproducción, es simplemente un hecho» (60).

No atinamos cómo puede conciliarse esta última razón con las repetidas afirmaciones de GORLA (págs. 7, 9 y 15) de que la reproducción es una declaración y, sobre todo, cuando destaca la necesidad de identidad subjetiva para que exista verdadera repetición (pág. 12), pues si no existe —al menos jurídicamente, ya que admite la representación— identidad subjetiva entre «ambas declaraciones», no existe propia reproducción.

GORLA sigue su razonamiento del siguiente modo: «Es regla común de experiencia que el hombre normal no repite los propios actos con el simple fin de imitar o referir cuanto ha realizado. El hombre tiene capacidad imitativa, pero imita a los otros, no a sí mismo. Por tanto, si una persona repite un propio acto, debe excluirse, por norma, la intención de imitar o de representar a sí mismo, o a otros, el propio acto.» Y tras de la referencia al artículo 1.340 del antiguo Código italiano, el cual no resuelve el problema de si la repetición debe interpretarse como reproducción o como nuevo acto autónomo, GORLA concluye: «Por regla general, la repetición del negocio jurídico ha de tener otro fin distinto a la referencia del hecho del negocio, esto es, ha de tener el fin de la declaración

(59) Ob. cit., pág. 23.

(60) Ob. cit., pág. 24.

jurídica.» Y por lo que respecta a si esta segunda declaración es o no un acto jurídico, he aquí su definitiva conclusión: - «Debe admitirse como regla el que la repetición es la producción de un nuevo acto autónomo» (61).

b) *Acto intencional*: DEL BONO

Un nuevo acto autónomo y neutro (en el sentido de no expresar por sí mismo intención alguna), es para GORLA, pues, la reproducción. En cambio, para DEL BONO trátase de un acto intencional.

Ya nos referimos antes a la opinión de este autor respecto a la serie de representaciones que preceden a la declaración de voluntad. Recordemos que entre aquéllas (la número 2, concretamente) señalaba el examen de fines y medios. Pues bien, DEL BONO distingue la finalidad perseguida por el profano —siempre un fin práctico— de la finalidad abstracta del negocio jurídico, en la que piensa el jurista. En el proceso formativo del negocio jurídico, la fase última es siempre una voluntad de determinado contenido. Este contenido corresponde, o debe corresponder normalmente, con la voluntad del intento práctico. La posibilidad de que no se corresponda demuestra que, en realidad, el intento de obtener los efectos del negocio no es voluntad como es, en cambio, voluntad la actividad del sujeto que se dirige a emitir la declaración (62).

Lo que se declara, eso constituye la voluntad de declaración. Por tanto, la determinación del sujeto de emitir la declaración es un acto efectivo de voluntad, porque se traduce en el acto material inmediatamente querido (declaración), mientras que la de obtener los efectos del negocio (voluntad interna o voluntad negocial) no es sino una intención; esto es, una aspiración a obtener los efectos de la declaración» (63).

«La reproducción puede perseguir distintos fines: la prueba, el aseguramiento, el reconocimiento, etc. Trátase —continúa DEL BONO— de la reproducción en sentido genérico.» «En sentido exacto, la reproducción abraza sólo los casos de repetición formal, persiguiendo un fin de prueba, y excluye aquellas repeticiones que tienen por objeto renovar, confirmar, asegurar o interpretar el negocio jurídico, todas las cuales resultan efecto de una declaración constitutiva. En estos últimos casos la reproducción

(61) Ob. cit., pág. 28.

(62) Ob. cit., págs. 23 y 24.

(63) Ob. cit., págs. 25 y 26.

es sólo aparente.» Debe distinguirse la reproducción verdadera y propia, que es intencional, de la reproducción casual, que no presenta interés a la tesis argumental del autor (64).

«En otros términos —afirma DEL BONO— la reproducción que estudiamos es un acto intencional y se realiza mediante la repetición de la declaración con finalidad representativa» (65). Y aclara más su pensamiento con estas palabras: «El problema de la reproducción está en conexión con una relación de equivalencia formal entre dos o más declaraciones. Debe distinguirse las situaciones diversas, aunque aparentemente presentan esa misma equivalencia, pues pueden no ser intencionales (ejemplo, el negocio distinto e independiente, pero de contenido fortuitamente equivalente); o dirigirse directa o intencionalmente a otros fines (repetición a fin de renovar, o confirmar, o asegurar un vínculo anterior)» (66).

Otras opiniones podemos citar en el sentido de que la segunda declaración o declaración reproductiva sea un acto jurídico. Así Lorenzo Mossa dice: «La conclusión es que el acto de renovación o completación del contrato (primero) significa siempre un contrato, el cual debe tener efecto y ser interpretado por sí mismo» (67). Y confirma esta conclusión más adelante, a propósito de las diferencias entre la reproducción y el negocio «d'acertamento»: «No se puede tratar del mismo modo la reproducción y el negocio "d'acertamento"; digo esto porque en el primer caso es un contrato enteramente nuevo, que, como tal, tiene independencia jurídica plena respecto del contrato precedente...» (68).

Por su parte, GIORGIANNI considera la declaración reproductiva como un negocio cuya función consiste en «la fijación de la precedente declaración». Tal naturaleza de la nueva declaración sirve, asimismo, para desenvolver la reacción que el antiguo negocio despliega sobre aquélla (sobre todo mediante la impugnación por error), reacción que no podría desplegar por completo, asignando a la primera, función exclusivamente probatoria (69).

CORRADO, asimismo, confirma la idea de que la segunda declaración es un negocio, y aunque no se adhiere a la construcción de GORLA de la repetición negocial, admite que la reproducción sea un negocio a propó-

(64) Ob. cit., págs. 55 y 56.

(65) Ob. cit., pág. 71.

(66) Ob. cit., pág. 71.

(67) Art. cit., pág. 438.

(68) Art. cit., pág. 444.

(69) Ob. cit., pág. 187.

sito de los caracteres de la repetición, y concretamente, en el tercero, cuando dice: «c) Se intuye que el negocio reproductivo no puede tener la misma cualificación temporal del negocio reproducido...» (70).

El propio CORRADO nos advierte, a continuación de haber fijado los caracteres de la reproducción, que ésta existe «sólo cuando las dos voluntades sucesivas deban operar en la misma dirección; esto es, sean emitidas para la producción de los mismos efectos jurídicos; en los otros casos se puede hablar de reproducción sólo en el sentido de sucesión histórica de las declaraciones de voluntad con análogo contenido» (71). Pero si han de operar los mismos efectos, surge el problema de si han de valer ambas, pues o son iguales, y en este caso basta que valga la segunda, o son diferentes, y en este caso parece que los efectos deben regirse por la segunda declaración. ¿Qué opina la doctrina italiana sobre este problema?

## V

### ¿VALEN AMBAS DECLARACIONES?

He aquí cómo lo plantea CARNELUTTI: «O las dos declaraciones son idénticas o diversas. En el primer caso el conflicto se extingue por definición. Si son diversas, o la declaración posterior suprime, o no suprime la declaración anterior. Aun en el primero de estos dos casos ningún conflicto resulta posible.» «El conflicto puede darse, en consecuencia, en tanto en cuanto teniendo en sí las dos declaraciones algo distinto, la eficacia de la una no excluye la eficacia de la otra. Este conflicto lo mismo puede afectar al Derecho sustancial que al Procesal.» Y en lo que concierne al primero —único aspecto que aquí interesa—, CARNELUTTI dice: «a) Por lo que respecta al Derecho sustancial conviene distinguir los casos en los cuales se da o no se da la prueba de que, para la existencia de lo diverso, la segunda declaración sea hecha con la voluntad de confirmar o de modificar la primera.» «Si esta prueba se realiza, no hay dificultad para reconocer que la segunda declaración prevalece. Prevalece, naturalmente, en el límite de su eficacia» (72).

(70) Ob. cit., pág. 206.

(71) Ob. cit., pág. 207.

(72) Art. cit., *Documento e negozio*, pág. 212.

CANDIAN, en su obra «Documento e negozio giuridico», considera el caso normal, en el cual se mantienen vigentes los dos contratos, el primario y el reproductivo, del caso anormal, en que las partes quieren con el nuevo contrato anular el precedente. Y en resumen, entiende que el reconocimiento documental extingue o no el contrato según la modificación recaiga sobre los elementos esenciales del negocio; de otro modo no lo extingue, al menos si las partes no tienen intención de realizar un negocio nuevo, pues en otro caso no se trata sino de un reconocimiento documental (73). Sin embargo, como observa en su obra posterior «Nozioni istituzionali di Diritto privato», ese reconocimiento documental en el que es frecuente introducir cualquier cláusula que no figuraba en el precedente negocio, equivale a una confesión, y como tal vale, aunque no sea verdadera, pues que significa una prueba plena contra las partes. Esta es la primera observación que hace CANDIAN a la posible divergencia entre las dos sucesivas declaraciones. Añade además una segunda observación: no necesita confundirse la hipótesis, así descrita, del documento recognoscitivo, con otra hipótesis que es intrínsecamente distinta, y que origina el llamado negocio de «accertamento», ya que aquí se trata no de una declaración probatoria, como en el caso anterior, sino de declaración constitutiva (74).

Comentando la primera de las obras citadas, GINO SEGRÉ emite este juicio sobre la idea de CANDIAN: «Yo dudo que este resultado sea muy tranquilizador. Si el reconocimiento documental es verdaderamente querido como reconocimiento (la forma no cuenta), ¿no será cambiada la naturaleza de la especie, o el centro de gravedad de la modificación conscientemente introducida?» (75).

GORLA parte en la consideración de este problema de la siguiente pregunta: «¿Se puede querer dos veces la misma cosa?» Y a continuación se refiere al famoso aforismo de DONELLO —«non potest convenire ut fiat in posterum quod iam perfectum est»— y a la doctrina jurídica que afirma la imposibilidad lógica de volver a estipular un contrato perfecto ya, para oponerse y proclamar rotundamente: «Se cae en un error». «Una voluntad ejecutada no puede repetirse; pero una voluntad no ejecutada, ¿qué imposibilidad lógica se opone a la repetición de lo querido? Ninguna. Ocurre a veces así. La segunda vez que se manifiesta la voluntad se manifiesta jurídicamente. ¿Cabe pensar que no tiene causa?»

(73) Ob. cit., pág. 90 y s., 104 y s., III y s.

(74) Ob. cit., págs. 155 y 156.

(75) Art. cit., pág. 459.



## CONCEPTO DE LA REPRODUCCION O REPETICION DEL NEGOCIO JURIDICO

«El error está —añade GORLA— en confundir la ejecución del acuerdo que está en el negocio con la perfección del negocio mismo. Esto puede ser perfecto, sin que se ejecute el acuerdo que de él deriva: una cosa es perfección y otra ejecución del negocio.» «Mientras la relación jurídica no esté agotada, esto es, mientras el deber no esté ejecutado, hay siempre la posibilidad de repetir el acuerdo» (76). Y tras de hacer una distinción entre la relación jurídica y la declaración normativa que la regula, concluye: «Que la sustitución de un acto de voluntad por otro se opera en tanto en cuanto concierne a la vida presente (la del momento de la repetición) y futura de la relación jurídica, no en cuanto al pasado, para el cual no pierde su eficacia la primera declaración» (77). Para aclarar más su pensamiento, nos dice más adelante: «Es inexacto hablar de remoción del negocio en el tiempo, pues este concepto presupone la anulación, aunque sólo para el pasado, del negocio precedente, mientras, como veremos, la repetición del negocio no tiene efecto retroactivo. Más que de remoción en el tiempo, se tiene, con la repetición, la formación de una nueva declaración negocial en tiempo diverso, un nuevo negocio que deja subsistir el primero en cuanto al tiempo anterior.» «De lo dicho se desprende que la causa de la repetición no es la misma causa del negocio primario. La repetición tiene una causa única: sustitución de una declaración negocial por otra para el tiempo futuro, mientras el negocio primario puede tener varias causas según el tipo al que pertenezca (venta, locación, sociedad, etcétera)» (78).

He aquí cómo critica NICOLÓ esta construcción de GORLA que acabamos de exponer: «Si presupuesto de la repetición y, como dice GORLA, requisito de la renovación es la integridad del vínculo jurídico, es decir, el hecho de que todavía no ha sido agotado, una cosa me parece clara: que el vínculo jurídico continúa hasta encontrar, respecto a su creación, es decir, a su originaria condición de existencia, su fuente siempre en la primera declaración, y encuentra, en cambio, en el segundo negocio sólo la fuente de su nueva regulación. No puede decirse, ciertamente, que la segunda declaración que produce la repetición de la voluntad, o sea la renovación del negocio, represente puramente la forma creadora del vínculo. El vínculo jurídico es una entidad que, una vez creada, no puede ser de nuevo recrea-

(76) Ob. cit., págs. 42 y 43.

(77) Ob. cit., pág. 46.

(78) Ob. cit., págs. 50 y 51.

da. Se puede confirmarlo, regularlo, modificarlo, extinguirlo, darle una prueba, pero no volverlo a crear.»

La repetición del negocio, por ello, lucha, como recuerda GORLA, para renovar la voluntad (causa renovandi); no crea de nuevo el vínculo jurídico ya originado, sino sólo puede regularlo respecto del futuro. Mas en cuanto lo regula, es evidente que no puede dejarlo sin cambio. Si la segunda declaración no añade nada a la regulación del vínculo originado en la primera, y si se excluye el que aquélla realice una función probatoria o de confirmación, la conclusión no podrá ser sino una: la segunda declaración es un "nihil agere". Los esfuerzos puramente dialécticos de GORLA para huir del rigor de esta conclusión son vanos y no le evitan la contradicción.»

«Cuando GORLA afirma que la segunda declaración directamente tiende a regular para el futuro el vínculo jurídico ya creado, reconoce, en sustancia, que aquélla no puede de nuevo crear el vínculo, sino sólo regularlo; pero cuando considera el problema central de la renovación, si se puede coordinar («commandare») dos veces la misma cosa, y a continuación concluye afirmando que la segunda declaración convierte en nula la primera, sin efecto retroactivo, niega la forma de la primera afirmación y hace pensar que la segunda declaración no sólo tienda directamente a regular el vínculo jurídico, sino hasta que constituya la nueva fuente creadora. De otro modo, no se querría por dos veces la misma cosa, puesto que la primera declaración ha creado el vínculo, y la segunda, no proporciona otra cosa que un nuevo reglamento, y no se puede, por tanto, decir que la segunda declaración convierta en nula la primera y que ésta debe aún necesariamente funcionar como la única fuente creadora del vínculo.»

«Se debe convenir con GORLA sobre el punto de que la causa de la repetición no es la misma causa del negocio primario, y que por lo demás lleva a la conclusión de que, siendo la causa elemento esencial del negocio, la llamada renovación no es, en sustancia, una verdadera reproducción del negocio; y además, de la reproducción en sentido técnico no se puede hablar más que fuera del campo negocial; es decir, en el ámbito de la declaración confesoria. Y me parece que no puede consentirse la afirmación de que la causa de la repetición sea la propia de la renovación. Si la segunda declaración debe sustituir a la primera en la regulación futura del vínculo, se debe concluir que la función de aquella declaración no puede ser la renovación, lo que equivale a decir, en pocas palabras, que su función

## CONCEPTO DE LA REPRODUCCION O REPETICION DEL NEGOCIO JURIDICO

consiste en la misma emisión, y que a veces consiste en la creación de un nuevo modo de regular, en una nueva disciplina concreta del vínculo.»

«En toda la construcción de GORLA observo esta profunda confusión del medio con el fin, de la estructura con la función de la declaración que renueva la primera. Y por tanto, en la creación del nuevo reglamento del vínculo, que puede consistir en la función socialmente útil, y en consecuencia, jurídicamente tutelable de la segunda declaración. Pero ahora, en verdad, se deduce una consecuencia rigurosa: si la segunda declaración tiene carácter negocial y no tiene función de confirmación, para realizar una función útil debe poder existir reglamento del vínculo diverso del originario, con elementos más o menos unidos al mismo elemento modificado, debe, en otros términos, modificar el vínculo mismo en la configuración cualitativa o cuantitativa, en la cual originariamente existía» (78').

DEL BONO aborda el problema que nos ocupa en el párrafo 48 de su obra: «La igualdad o equivalencia de los negocios puede revelarse como una sucesión de declaración aparente (reproductiva) a declaración efectiva; o también como sucesión de declaraciones efectivas. El primer caso es el típico de la reproducción; el segundo es más bien problema de conflicto de declaraciones de conocimiento (probatorio) o de negocios jurídicos (sustancial).»

En el párrafo 50 señala estas hipótesis típicas de reproducción: 1.<sup>a</sup>, una declaración primera (constitutiva) y una segunda declaración reproductiva (probatoria); 2.<sup>a</sup>, dos declaraciones primarias constitutivas, de las cuales la segunda resulta aparentemente reproductiva de la primera, y 3.<sup>a</sup>, una declaración reproductiva (la segunda) con eficacia primaria respecto de otra declaración reproductiva. La hipótesis puede complicarse aún en el caso de que al primer documento (primario) suceda una declaración primaria con finalidad sustitutiva y, por tanto, no simplemente probatoria, hecha verbalmente y después reproducida en documento. Si este documento no es más que prueba representativa de la declaración originaria, es claro que en este caso el segundo documento no puede ocupar el lugar del primero más que a condición de que ello sea conforme a la declaración verbal.

Fiel a su pensamiento fundamental, DEL BONO va examinando sucesivamente diversos casos, entre los cuales interesa destacar aquí en primer lugar el considerado en el párrafo 59; es decir, el caso de que las partes,

(78') Art. cit., págs. 446, 447 y 448.

con la finalidad de la mayor claridad posible y sin cambiar el acuerdo anterior, redactan un nuevo texto de éste que se quiere sea perfecto, asumiendo carácter primario respecto del documento anterior reproducido. Esto significa para el mencionado autor una «inversión de la reproducción» en el sentido de que el documento sucesivo deba ser considerado como primario, y el precedente como secundario, contrariamente a la hipótesis de la reproducción. Y explica esta hipótesis porque la segunda declaración se considera como una declaración objetiva y no como declaración efectiva de voluntad; esto es, como declarativa y no como constitutiva del negocio jurídico.

De la distinción entre acto declarativo y acto dispositivo trata en el párrafo 65, afirmando que «no es concebible una declaración constitutiva (del negocio jurídico) en la cual las partes se atengan a los límites de un negocio precedente, porque una tal declaración se reduce a un puro y simple reconocimiento de la obligación ya contraída, y por tanto, trátase de una declaración de tipo representativo» (79).

En el párrafo 63 trata de los medios de eliminar la incertidumbre de un contrato, y entre ellos está la reproducción o repetición del negocio, repitiendo más o menos textualmente la precedente declaración de voluntad, lo cual puede conducir a dos resultados: 1.º, a la formación de una declaración reproductiva, y 2.º, a la repetición del negocio jurídico. En el primer caso la escritura reproductiva tiene el valor de prueba representativa de segundo grado (confesión); esto es, de grado inferior a aquella surgida del documento primario o declaración verbal primaria. «Ningún efecto constitutivo puede atribuirse a la reproducción —afirma DEL BONO— sino una eficacia confirmativa, quedando inalterado el negocio jurídico perfecto desde la primera declaración» (80). En el segundo caso, de reconstitución del negocio jurídico, el segundo negocio, sobreponiéndose al primero, tiene el poder de sustituirlo y de modificarlo cuando resulte el contenido distinto. Un negocio que no tuviese tal eficacia, o cuya eficacia fuese subordinada a la validez y a los límites del primero, no sería en realidad un negocio jurídico, sino un acto del tipo del reconocimiento.

Existe la hipótesis en que sólo se trate de redactar un documento con la finalidad de mejorar el contenido del contrato. La firma del acto en este caso no significa aceptación del contenido negocial; esto es, no vale como

(79) Ob. cit., pág. 109.

(80) Ob. cit., pág. 99.

## CONCEPTO DE LA REPRODUCCION O REPETICION DEL NEGOCIO JURIDICO

manifestación de un consenso negocial, sino como representación de la firma precedente y como aprobación de la reproducción y autenticación del acto. Los efectos del Derecho sustancial no derivan, pues, de la intención negocial, que falta en este caso, sino de la voluntad (negocial) precedentemente manifestada, de la cual el documento actual es prueba con valor de confesión (81).

En el párrafo 68 trata de la hipótesis en la cual la repetición tiene la finalidad de crear un nuevo texto del contrato. Aquí no existe voluntad de obligarse, sino tan sólo de reconocimiento de la obligación precedente en los límites preexistentes. La firma del acto no tiene aquí valor de nueva prestación, sino que tiene el valor en principio de reproducción del documento primario. La firma no vale como manifestación del consenso cuando se estampa con un fin como la reproducción de otra firma. Y se pregunta en el párrafo 69: ¿Vale esta nueva documentación como implícita confirmación o renovación del negocio? No. Trátase de manifestación de la voluntad de la declaración («Erklärungsville» en la doctrina germana) y no del contenido.

Finalmente, otra hipótesis que interesa aquí es la que DEL BONO desarrolla en el párrafo 70 de su obra: la repetición documental, la cual tiene valor de confirmación y aseguramiento. En tal caso, el texto definitivo es el fruto de un nuevo acuerdo sobre el mismo objeto, que, necesariamente, como toda composición de intereses contrapuestos, será obtenido a través del recíproco sacrificio económico. En este sentido puede compararse a la transacción, de la que se diferencia porque en ésta el cambio respecto al negocio jurídico transigido es real, o al menos subjetivamente es considerado así, mientras en el caso que nos ocupa ese cambio es sólo probable y previsto como posible. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de este caso? Frente a CANDIAN, que lo considera negocio de «accertamento», vinculante, porque cree que tiene carácter declarativo; frente a la opinión que compara esta hipótesis a la de una sentencia declarativa, DEL BONO cree que no es declarativa, y afirma: «Un negocio no puede ser declarativo, como un acto declarativo no puede ser negocio» (81'). La causa típica de este negocio no es la certeza que se quiere obtener, puesto que ésta no es otra cosa que el motivo de la repetición. La causa típica de este negocio es la misma del negocio repetido. No existe, pues, una propia causa. Tal causa

(81) Párrafo 67 y pág. 102.

(81') Ob. cit., pág. 105.

no podría ser más que la certeza jurídica. «Mas porque tal concepto es puramente de orden probatorio y subjetivo, dudo pueda incluirse en el seno de la teoría del negocio jurídico de Derecho privado, el cual tiene típica función de orden económico y dispositivo» (82).

No queremos cerrar este punto de la relación entre ambas declaraciones sucesivas sin referirnos a la opinión de CORRADO, quien sintetiza su punto de vista con estas palabras: «El problema que con más insistencia se ha presentado a los prácticos y en el Foro, en caso de repetición del negocio, es la divergencia entre el contenido de las declaraciones sucesivas, y si ha de darse la preferencia, al primero o al segundo negocio. Aplicando rígidamente los principios relativos a la repetición, se debe concluir que la segunda declaración significa un "nihil agere", un negocio inútil, y por tanto debe considerarse decisivo el primer negocio.» «La Jurisprudencia, en cambio, en principio ha seguido diverso camino, en cuanto considera justamente que las partes, por el sólo hecho de haber sentido la necesidad de repetir el negocio, han mostrado su intención de ver afirmado el prevalecimiento del segundo sobre el primero, aunque no se hayan propuesto una sustitución del vínculo» (83).

## VI

### FINES QUE PERSIGUE LA REPRODUCCION

A través de lo expuesto hasta ahora, el lector habrá podido observar diversas finalidades asignadas a la reproducción por los distintos autores. Vamos ahora a fijarnos en este punto en el cual, también como en los anteriores, podremos observar la disparidad de criterios en la doctrina italiana. Comenzaremos por las opiniones más antiguas y terminaremos con las más recientes.

Tuvimos ya ocasión de exponer las hipótesis de declaración sucesiva según CARNELUTTI, es decir, para obtener una prueba, para fijar en el tiempo el momento del contrato anterior, para interpretar la declaración

(82) Ob. cit., pág. 71 págs. 106-8; la cita corresponde a la pág. 108.

(83) Ob. cit., pág. 211.

precedente y para modificar la primitiva declaración. Pues bien, sólo las dos primeras finalidades entran a formar parte —para el mencionado autor— del concepto de reproducción, precisamente porque en los dos últimos casos «es cuando las dos declaraciones tienen un contenido en parte diverso»; y CARNELUTTI —como vimos— cree que la repetición se caracteriza por ser «dos declaraciones de la misma especie y sobre el mismo plano» (84).

NICOLÓ a la reproducción le asigna dos fines: uno, normal, propio de la declaración probatoria (confesión), y otro, excepcional, propio del negocio de «accertamento» (85).

GORLA recoge la opinión de CARNELUTTI y rechaza la primera finalidad. «Con la repetición —nos dice— las partes intentan, no renovar, sino simplemente fijar el negocio precedente, porque frente a un negocio perfecto no puede presumirse el intento de anularlo. Por eso, nos dice también a continuación: «La repetición por sí no puede valer como declaración confirmativa (de la existencia y del contenido) del negocio precedente, por cuanto falta el nexo lógico entre la segunda y la primera declaración (lo que ha de confirmarse o asegurarse); y por ello debe excluirse del campo de la repetición la declaración precedente. Por esta razón, como la repetición del negocio no puede servir de prueba, de ahí que aquélla no pueda servir de confirmación del negocio mismo» (86). Esta es la razón por la que no admite la finalidad de prueba en la reproducción. Asimismo excluye la finalidad de interpretar la declaración precedente (87), la cual en realidad no es más que una especie del género propio de la confirmación o aseguramiento de la anterior declaración (88).

¿Qué finalidades asigna, pues, GORLA a la reproducción? Ya hemos visto la fundamental: fijar el negocio precedente. Y aunque no explica en qué consiste esa fijación, parece deducirse de otra finalidad que el mismo GORLA destaca: sustituir la declaración reproductiva a la precedente para el tiempo presente y futuro. Ya observamos esta finalidad a propósito de la causa única del negocio de repetición (89), es decir, «la sustitución de una declaración negocial por otra para el tiempo futuro, mientras el negocio primero puede tener varias causas según el tipo a que

(84) Art. cit., págs. 190 y 191.

(85) Art. cit., pág. 414.

(86) Ob. cit., págs. 33-34, y pág. 37 y s.

(87) Ob. cit., págs. 37-8.

(88) Ob. cit., págs. 38-9.

(89) Ob. cit., pág. 51, núm. 31.

pertenezca (venta, locación, sociedad, etc.)). Por eso afirma: «La renovación se presenta en sí misma como causa de la repetición» (90). Así se opone a DENGENKOLB y a CLAPS, afirmando que la búsqueda de la «utilitas» de la renovación significa ya los motivos, ya un elemento accidental de la renovación. Y se opone a SIEGEL, que cree que se presume en la renovación la anulación del primer contrato, pues no se anula en cuanto a su origen (anulación en sentido propio), sino respecto al futuro. El contrato precedente queda, pues, como contrato, como negocio jurídico que tiene vida propia.

¿Cuál es la razón —se pregunta GIORGIANNI— por la cual se repite de nuevo la declaración de voluntad? Puesto que una vez emitida la declaración es inútil repetirla igual, y por otra parte, al repetir las partes deben perseguir un intento distinto del contenido en la primitiva declaración, estos son los intentos que pueden perseguir las partes: a), renovar el negocio; b), interpretarlo; c), asegurarlo (91).

Se refiere a la repetición por novación en estos términos: «Pueden intentar las partes directamente la creación de un nuevo negocio jurídico, de contenido igual al precedente, que no está destinado de ningún modo a operar sobre el mismo, sino a sustituirlo. Y esto es la hipótesis de la llamada "renovatio contractus" o renovación del negocio (92). Sin embargo, reconoce que este concepto de la renovación «es un concepto muy oscilante y controvertido».

En cuanto a la repetición por interpretación aclara que «no se trata de la repetición de las mismas palabras usadas en la primera declaración, sino como repetición del mismo contenido». «De este modo, en la hipótesis que aquí interesa, una palabra, una frase, un gesto oscuro, pueden ser repetidos de manera menos equívoca» (93).

Se refiere luego a la repetición mediante «accertamento», que califica con estas palabras: «Indudablemente, de las varias hipótesis de repetición del negocio, la más numerosa estadísticamente y la más importante teóricamente.» Y añade: «De hecho, con la teoría del "negozio d'accertamento" se puede, en nuestra opinión, resolver el problema de la redacción de un documento tras de la perfecta conclusión del negocio, que constituye, sin duda, el caso más interesante de repetición del negocio» (94).

(90) Ob. cit., pág. 49.

(91) Ob. cit., pág. 177.

(92) Ob. cit., pág. 179.

(93) Ob. cit., pág. 181.

(94) Ob. cit., pág. 181.



CORRADO manifiesta su pensamiento acerca de la finalidad propia de la repetición, objetando a GORLA con las siguientes palabras: «GORLA, consciente de la imposibilidad de construir como negocio modificativo aquél que directamente tiende a eliminar vicios y excepciones que hacen inseguro otro negocio, y por otra parte, debiendo excluir el principio de que el intento que justifica la repetición pueda confundirse con un intento de aseguramiento, no ve otra vía abierta que la de considerar la repetición como un fenómeno de renovación de la causa del vínculo, en el sentido de que el primer negocio disciplina la relación para el tiempo posterior a la repetición. La repetición del negocio viene así configurada como institución análoga a la novación y que se diferencia de ésta en cuanto opera no sobre el vínculo sino sobre la fuente de éste. GORLA elude por ello el problema gravísimo de si es posible un cambio en la causa de la relación que no implique sustitución del vínculo. Se puede objetar que, entonces, el legislador habría reconocido a un hecho ciertos efectos, y es inconcebible que los mismos efectos puedan ser recogidos por un hecho sucesivo. Así se subvierte el concepto de causalidad, que es, a su vez, la base de todo el sistema legislativo. A todo hecho previsto por la norma le han de corresponder efectos autónomos. El mismo GORLA se ve constreñido a derogar sus propios principios y a contradecirse, cuando tiende a precisar la eficacia del negocio de repetición, y no cae en la aberración de reconocerle eficacia retroactiva, sino que lo considera como fuente causal, pero, no obstante, se ve precisado, para evitar el escollo, a concretar la función del segundo negocio en la reglamentación futura del vínculo ya surgido» (95).

Seguramente, el hecho de que CORRADO trate de la reproducción como parte de su obra sobre el negocio de «acertamento» nos priva de una más clara exposición de las finalidades propias de la repetición que cabría esperar del rigor de su objeción a GORLA. Y aunque —como luego veremos— determina los caracteres de la repetición, sin embargo lo hace en función de la diferenciación con aquel negocio, verdadero objeto de su obra, ya que él mismo confiesa que el negocio de «acertamento» «sólo en la relación del negocio bilateral formalmente repetido cabe considerarlo», y por otra parte, los requisitos cualificativos del negocio reproductivo y del negocio de «acertamento» son idénticos: las mismas partes, el contenido en cierto modo divergente, la necesidad de la sucesión en

(95) Ob. cit., pág. 209.

el tiempo y la indiferencia en la diversidad del lugar. La eventualidad de una actividad teóricamente inútil es prácticamente capaz de cualquier resultado, y también esto es común a los dos negocios (96). Asimismo trata, dentro del fenómeno de los contratos sucesivos —plano de la reproducción—, de la novación, pero lo hace también desde el punto de vista del negocio de «accertamento» (97).

CANDIAN resume en dos las finalidades o hipótesis de la reproducción : 1.ª La confesión, cualquiera que sea el acto en que se realice, unilateral o bilateral ; esa confesión en la cual puede incluso introducirse nueva cláusula, se realizará mediante documento reconocitivo. 2.ª El aseguramiento de la primera declaración. Trátase aquí de interpretar y asegurar elementos existentes en la anterior declaración pero que son dudosos. La segunda declaración en este caso tiene valor constitutivo, por lo cual origina el nuevo negocio de «accertamento». Y por supuesto, no se trata de una declaración probatoria (97').

El fin directo y normal de la reproducción es, para DEL BONO, crear una prueba indirecta de la precedente declaración. En efecto, en el párrafo 85 de su obra, nos dice que la repetición intencional de la declaración encuentra el más típico ejemplo en el documento escrito, que significa un medio de representación, el cual no es otra cosa que una prueba indirecta de la declaración, mas no propiamente de la declaración incorporada al documento, de la cual es más bien prueba directa, sino de la precedente declaración.

Al igual que CANDIAN, defiende la tesis de que la reproducción tiene valor de confesión de existencia de la declaración reproducida. «Científicamente —dice DEL BONO— es exacto cualificar la declaración reproductiva como una confesión implícita, esto es, como acto concluyente.» Y añade : «La declaración reproductiva, por tanto, no es confesión de lo que es declarado, sino confesión de la existencia de la precedente declaración. En este caso, y en este sentido, puede decirse que el documento representa la declaración, mientras que esta afirmación resulta inexacta, como vimos, si se aplica a los documentos en general» (98). En eso se diferencia la reproducción de la confesión, en cuanto ésta es afirmación de la verdad del hecho declarado.

(96) Ob. cit., pág. 213.

(97) Véase : Ob. cit., págs. 215-216.

(97') *Nozioni*, pág. 156.

(98) Ob. cit., pág. 129.

## CONCEPTO DE LA REPRODUCCION O REPETICION DEL NEGOCIO JURIDICO

«En sentido amplio —dice DEL BONO— pertenecen a la declaración confesoria la confesión, el reconocimiento y la reproducción.» Conceptúa el reconocimiento como la declaración de la existencia de un precedente documento contrario al que reconoce (99). A diferencia, pues, de CANDIAN, deja el reconocimiento fuera del concepto de reproducción. «El reconocimiento —dice DEL BONO— es declarativo y pertenece al número de las declaraciones de ciencia»; en tanto en la reproducción «no se declara, mas se repite materialmente la declaración, y por esto surge una implícita confesión de existencia de la precedente declaración» (100).

En el párrafo 86 de su obra, DEL BONO trata de la reproducción como interpretación no vinculante, puro acto de conocimiento o ciencia, aunque no excluya una sucesiva y diversa interpretación. La interpretación vinculante no es declarativa, pero es efecto de un nuevo negocio dispositivo (101). Y más adelante expresa: «La reproducción intencional del negocio no vale sólo como demostración, sino como interpretación de la declaración primitiva, acaso oscura. Tal interpretación está destinada a valer en tanto no se oponga a la declaración original. Vale, pues, en los mismos límites de un acto de reconocimiento (102). A diferencia de la interpretación vinculante, la cual es factible con un negocio de interpretación de naturaleza dispositiva» (103).

Fuera del concepto de reproducción queda la renovación. Como dice DEL BONO, la reproducción no puede tener por objeto la renovación. En ésta la repetición formal es sólo ocasional. Es evidente que la renovación presupone el renovarse de la voluntad negocial, y por tanto, la presencia de una declaración de voluntad efectiva, mientras la declaración reproductiva es sólo aparente (104).

La reproducción no puede convalidar un negocio anulable. Se opone aquí a CANDIAN, y está de acuerdo con SEGRÉ en la afirmación de que se requiere en la convalidación una manifestación de voluntad explícita directamente encaminada a eliminar el vicio que hace anulable el negocio, y por ello significa una nueva manifestación de voluntad, una declaración efectiva con particulares requisitos formales (105).

(99) Ob. cit., pág. 130.

(100) La primera cita corresponde a la pág. 142, y la segunda, a la pág. 130.

(101) Ob. cit., pág. 145.

(102) Ob. cit., págs. 145-46.

(103) Véase párrafo 87 de la citada obra.

(104) Véase pág. 149, párrafo 88.

(105) Véase párrafo 89, ob. cit.

## VII

## CARACTERES TIPICOS DE LA REPETICION

Muchos de estos caracteres han sido ya insinuados a lo largo de nuestra exposición (106). Resumiremos, pues, el pensamiento de los distintos autores, comenzando por GORLA. Para este autor, la reproducción es: 1.º, un negocio nuevo, aunque puede representar el primero (107); 2.º, realizado por medio de una declaración jurídica nueva, igual en contenido a la precedente, aunque se manifieste en forma distinta (108); 3.º, la relación o vínculo jurídico originado en la primera declaración de las partes no debe haberse agotado (109); 4.º, trátase de un acto neutro, no intencional (110); 5.º, tiene este acto por finalidad fijar el negocio precedente, pero para el tiempo presente y futuro (111); 6.º, no tiene efectos retroactivos (112); 7.º, la naturaleza jurídica del negocio reproductivo es la de una «renovatio» (113), y 8.º, queda inalterado el negocio perfecto anterior (114).

Para GIORGIANNI, los caracteres de la reproducción o repetición del negocio son éstos: 1.º, trátase de una repetición de voluntad de declaración hecha por las mismas partes que han emitido la primera (115); 2.º, que se trate de una declaración que reproduzca exactamente la primera (116); 3.º, que tenga por fin representar (rappresentare) o repetir (ripetere) una determinación psíquica del sujeto, destinada a obrar en el mundo del Derecho (117); 4.º, que reproduzca un querer actual y no algo que se

(106) Véase págs. 61, 63, 65, 72 y sig. de este trabajo.

(107) Ob. cit., págs. 9, 22-28.

(108) Ob. cit., págs. 9 y 15.

(109) Ob. cit., pág. 16.

(110) Ob. cit., pág. 19.

(111) Ob. cit., págs. 33 y 51.

(112) Ob. cit., págs. 55-57.

(113) Ob. cit., pág. 59.

(114) Ob. cit., pág. 46.

(115) Ob. cit., pág. 174.

(116) Ob. cit., pág. 174.

(117) Ob. cit., pág. 175.

## CONCEPTO DE LA REPRODUCCION O REPETICION DEL NEGOCIO JURIDICO

ha querido en el pasado (118); 5.º, que con ella se persiga un intento diverso del contenido en la primitiva declaración (119); 6.º, para situar (sportare) en el tiempo la eficacia del negocio (120), y 7.º, que no tenga el carácter de confesión o de reconocimiento (121).

He aquí cómo configura NICOLÓ la repetición: 1.º, la segunda declaración constituye la fuente exclusiva del vínculo precisamente porque significa una nueva regulación de éste; 2.º, la segunda declaración no puede ser idéntica a la primera, tanto más, cuanto que el mismo efecto de sustituir el negocio primario como fuente creadora y reguladora del vínculo sobre el cual se quiere operar, puede ser obtenida a través de la creación de un esquema negocial diverso; 3.º, en ningún caso puede decirse que la segunda declaración tiene por causa una «renovatio» (121').

CORRADO configura la reproducción bajo estos caracteres: 1.º, que una declaración negocial preexista y que otra idéntica a la primera subsiga; 2.º, que el primer negocio no sea ineficaz o nulo; 3.º, que no se trate de un duplicado formal; 4.º, que sea emitida aquella declaración por las mismas personas que emitieron la primera; 5.º, no es necesario que el contenido de la declaración sucesiva sea idéntico a la anterior, basta la identidad de contenido o «res integra»; 6.º, es necesario que todos los elementos integrantes de la naturaleza (fattispecie) de la primera declaración se repitan, es decir, la voluntad y la declaración; 7.º, que el negocio reproductivo no tenga la misma cualificación del negocio reproductivo; y 8.º es indiferente que ambos negocios se realicen en lugares distintos (122).

DEL BONO señala a la reproducción estos caracteres: 1.º, tratarse de un problema formal, de relación entre dos o más declaraciones de contenido igual o equivalente (123); 2.º, se trata de una declaración intencional y no casual, dirigida únicamente a representar el contenido —aunque no sea idéntico— de otra declaración precedente, ya constitutiva, ya probatoria (124); 3.º, la declaración reproductiva pertenece al número de las declaraciones aparentes (125); 4.º, esta declaración carece de efectos cons-

(118) Ob. cit., págs. 175-6.

(119) Ob. cit., págs. 176-7.

(120) Ob. cit., págs. 177-8.

(121) Ob. cit., pág. 174.

(121') Art. cit., págs. 448-450.

(122) Ob. cit., pág. 200 y ss. hasta 207.

(123) Ob. cit., págs. 55 y 71.

(124) Ob. cit., págs. 55 y 71.

(125) Ob. cit., pág. 71.

titutivos, quedando inalterado el negocio jurídico perfecto desde la primera declaración (126); 5.º, la declaración reproductiva ha de tender directa y normalmente a crear una prueba indirecta de una precedente declaración (127); 6.º, no se trata de una confesión de lo que es declarado, sino confesión de la precedente declaración (128); y 7.º, aunque pueda tener sentido interpretativo la declaración reproductiva será una interpretación vinculante, aunque no excluya una sucesiva y diversa interpretación (129).

## VIII

### EFICACIA DE LA REPRODUCCION

Como base previa al desarrollo de este punto, vamos a referirnos al problema —discutido también en la doctrina italiana— de si ha de tener función declarativa o constitutiva.

En el supuesto de que la reproducción se realiza en un documento cuya finalidad es expresar la repetición del anterior contrato sin modificar para nada éste, sino sólo con la intención de asegurar el vínculo anteriormente nacido, SEGRÉ —coincidiendo con CANDIAN en la primera de sus obras citadas— confiere valor meramente probatorio a aquel documento. Trátase, pues, de un reconocimiento documental del primer negocio. Pues bien, GINO SEGRÉ distingue entre inexistencia de hecho e inexistencia jurídica del primer negocio. En el primer caso debe atribuirse al reconocimiento un efecto dispositivo que «no puede quizás atribuírsele en el segundo» (130)

CANDIAN, como vimos, comprendía en la reproducción dos hipótesis: 1.º, la declaración confesoria cualquiera que sea el acto, unilateral o bilateral, consignada en documento reconocitivo; y 2.º, la declaración que tiene por objeto el negocio de «accertamento». Pues bien, mientras en la

- (126) Ob. cit., pág. 99.
- (127) Ob. cit., párrafo 85.
- (128) Ob. cit., pág. 129.
- (129) Ob. cit., párrafo 86.
- (130) Art. cit., págs 445-6.

## CONCEPTO DE LA REPRODUCCION O REPETICION DEL NEGOCIO JURIDICO

primera se trata de una declaración probatoria, en la segunda se trata de una declaración constitutiva (131).

Para NICOLÓ la reproducción tiene una típica función declarativa, ya que por lo general no constituye actividad negocial, y funcionalmente, además, no tiende a realizar ningún arreglo respecto a una determinada posición de intereses (132).

Eficacia dispositiva asigna al documento reproductivo LORENZO MOSSA quien, como vimos, considera tal documento como la expresión de un nuevo contrato con propios efectos y propia interpretación; mientras el contrato de «accertamento» es un contrato declarativo, cuyo contenido es la seguridad jurídica entre las partes, un contrato auxiliar del contrato fundamental (133).

Otros autores no abordan este punto, por lo que no podemos saber con certeza su pensamiento sobre esta cuestión. Por ejemplo, GORLA. Mas si —como hemos visto— la función de la reproducción es fijar el negocio precedente para el presente y para el futuro, ¿acaso no cabe pensar que, precisamente en lo que concierne al presente y al futuro del vínculo jurídico, la declaración reproductiva ha de tener efectos constitutivos?

De una cosa está seguro GORLA: la declaración reproductiva no tiene efectos retroactivos. Nos lo afirma con estas palabras: «Mas el primer negocio queda intangible: tal como era; y por tanto, no cabe el ejemplo de CANDIAN, repetido por CARNELUTTI, de un contrato que se considera resuelto por haberse verificado la condición resolutive. Con la repetición las partes no se proponen modificar el primer negocio en cuanto a su resolución... Harán un nuevo negocio, pero el primero queda tal cual era, precisamente porque la repetición no tiene efecto retroactivo (134).

En cambio, DEL BONO niega categóricamente efecto constitutivo a la reproducción. El mismo nos dice: «Ningún efecto constitutivo puede atribuirse a la reproducción, sino sólo una eficacia confirmativa, quedando inalterado el negocio jurídico perfecto desde la primera declaración» (135). «En cambio —añade más adelante— cuando la declaración es medio de reconstituir la relación jurídica o un nuevo negocio similar al precedente, tendremos un verdadero negocio, esto es, un acto de naturaleza dispo-

(131) *Istituzioni...*, pág. 156.

(132) Art. cit., pág. 432.

(133) Art. cit., págs. 439 y 441.

(134) Ob. cit., pág. 51.

(135) Ob. cit., pág. 99, párrafo 64.

sitiva y no probatoria» (136). Y, aún más adelante, afirma: «No existe en nuestro sistema positivo, y es difícilmente concebible, aunque sea en abstracto, un negocio de tipo declarativo con eficacia dispositiva propia» (137).

El problema de la eficacia de la reproducción es planteado ampliamente por CORRADO: «La discusión relativa a la eficacia del negocio reproductivo —dice— es notoria y resulta superfluo una reexposición.

»El punto de partida es la construcción de DEGENKOLB, recibida entre nosotros en su integridad por COVIELLO, y en un cierto sentido por CLAPS. Según esta formulación, de una multiplicidad de hechos surgen vínculos de idéntico contenido, totalmente autónomos, y sólo coligados por la particular finalidad que ha inducido a repetir la voluntad negocial. La construcción encuentra una justificación histórica en los textos romanos, los cuales prevén la coexistencia de estipulaciones relativas al mismo objeto, o de un contrato causa y una "estipulatio". Y tiene una prueba en el Derecho moderno, que permite el uso de la cambial con fin de garantía.

»Las objeciones no son difíciles. Si es plenamente concebible la coexistencia de vínculos abstractos y también la de vínculos abstractos y vínculos causales, en cuanto la validez de los vínculos abstractos, independientemente de una causa específica que los justifique, les da una completa autonomía; no es posible, en cambio, la coexistencia de obligaciones del mismo contenido, con una misma y específica causa, ya que así vienen a coincidir, y el segundo negocio directo, al originar efectos ya surgidos resulta inútil. La construcción, en resumen, puede ser considerada fundada sólo en la hipótesis de que en la repetición se vea un contrato de «ascertamento», abstracto, y en nuestro Derecho se halle admitido tal negocio. En tal caso, el paralelo con la "estipulatio" accesoria y con la cambial resulta verdaderamente fundado, pero no se puede hablar más de repetición negocial, sino sólo de coexistencia de negocios de diverso contenido directo, al objeto de obtener una misma utilidad, con la consecuencia de que el incumplimiento del uno hace inútil el cumplimiento del otro» (138).

Tras de hacer la crítica a GORLA, a lo cual nos referimos ya antes, CORRADO termina de exponer su idea acerca de la eficacia de la reproducción con estas palabras: «El negocio reproductivo no es nulo si no

(136) Ob. cit., párrafo 76.

(137) Ob. cit., pág. 140.

(138) Ob. cit., págs. 207 y 208.



## CONCEPTO DE LA REPRODUCCION O REPETICION DEL NEGOCIO JURIDICO

se halla viciado por vicio de forma o de sustancia: en este sentido es inútil; esto es, no tiene capacidad material de desenvolver efectos, en cuanto se supone que se han producido en virtud de un hecho precedente. La diferencia entre inutilidad y nulidad justifica la posibilidad de usar de la repetición del negocio, ya con fin de prueba, ya para prevenir o inmunizarse de las excepciones que afecten al primer negocio» (139).

Contra quienes asignan a la reproducción una eficacia probatoria, GIORGIANNI sostiene: «En definitiva, la eficacia de la segunda declaración sobre la primera no es debida a la eficacia probatoria del documento, en el cual por ventura sea incorporada, dado que tal eficacia puede desenvolverse en máximo grado respecto a la nueva declaración, pero es debido a la circunstancia de que la segunda declaración constituye un negocio que tiene por función la fijación de la precedente declaración. Tal naturaleza de la nueva declaración sirve asimismo para desenvolver la reacción que el antiguo negocio despliega sobre aquélla (sobre todo, mediante la impugnación por error), reacción que no podría desplegar por completo asignando a la primera función exclusivamente probatoria» (140).

## IX

### CONCEPTO DE REPETICION DEL NEGOCIO

A través de lo expuesto el lector se habrá dado cuenta, sin duda, de la disparidad de criterios existentes en la doctrina italiana sobre tema tan nuevo y tan interesante como el presente. Sin duda, habrá notado la oscuridad de ciertas ideas, la imprecisión de otras; e incluso la contradicción en un mismo autor. Con razón GORLA califica este tema de «arduo e incierto». Basta observar esto para deducir la dificultad extrema que existe para ofrecer un concepto unitario. Y sin embargo, no alcanzaríamos nuestra meta, si no intentásemos ese concepto deduciéndolo de la doctrina expuesta y como una síntesis de la misma.

Queda aún mucho estudio en la doctrina para llegar a formular un

(139) Ob. cit., pág. 209.

(140) Ob. cit., pág. 187.

concepto amplio o estricto de la repetición del negocio, pero al menos, que ofrezca un mínimo de certidumbre capaz de permitir que el concepto sea admitido entre las instituciones jurídico-civiles, puesto que por su generalidad y por tratarse de un problema directamente enraizado en la declaración jurídica y en el acto y negocio jurídicos, no cabe duda que pertenece su estudio al Derecho civil, aunque no quepa desconocer su posible aplicación a otras ramas jurídicas, no sólo del campo del Derecho sustancial, sino también del campo del Derecho adjetivo o procesal.

Permítasenos, pues, ofrecer esos dos conceptos, uno amplio y otro más estricto, deducidos de lo que acabamos de exponer, y como, para ello, nada más oportuno que sintetizar lo dicho hasta ahora para la mejor comprensión de ambos conceptos, vamos a realizarlo a continuación en forma de breves puntos.

1.º La repetición consiste, fundamentalmente, en una declaración jurídica que se emite subsiguientemente a la existencia y perfección de un negocio jurídico por los mismos sujetos que intervinieron en éste.

2.º La declaración que se repite no es, ni un duplicado, ni una declaración de ciencia o conocimiento del negocio anterior, ni tampoco mera forma nueva de este mismo negocio; y aunque tenga el mismo objeto que la primitiva declaración, puede tener distinto contenido.

3.º La declaración sucesiva o reproductiva, con identidad de sujetos y objeto de la declaración reproducida, se emite mediante un acto jurídico, ya neutro (GORLA), ya intencional (DEL BONO).

4.º La declaración reproductiva, normalmente no anula la declaración reproducida, aunque prevalezca sobre ésta en los límites de su eficacia (CARNELUTTI) o tenga sólo efectos sobre el presente y sobre el futuro (GORLA), o venga a regular de modo distinto la declaración reproducida (NICOLÓ).

5.º La declaración reproductiva tiende a obtener una prueba o fijar en el tiempo el negocio anterior (CARNELUTTI, CORRADO, DEL BONO, SEGRÉ, CANDIAN); a obtener una confesión normalmente y por excepción, un negocio de «ascertamento» (CANDIAN); o a renovar la relación jurídica anterior perfecta y no agotada, fijando sus efectos para el presente y para el futuro (GORLA); o a renovar, interpretar y asegurar el negocio anterior (GIORGIANNI); o a regular de modo distinto el vínculo anterior (NICOLÓ); o a obtener una prueba indirecta de la precedente declaración

## CONCEPTO DE LA REPRODUCCION O REPETICION DEL NEGOCIO JURIDICO

(DEL BONO); o para prevenir o inmunizar de las excepciones que afecten al primer negocio (CORRADO, CANDIAN).

6.º A la declaración reproductiva se le asigna: una eficacia simplemente declarativa (NICOLÓ, SEGRÉ); una eficacia simplemente probatoria (CANDIAN); ya probatoria, ya declarativa (DEL BONO); ya probatoria, ya aseguradora (CORRADO); ya simplemente dispositiva (MOSSA); ya dispositiva sin efectos retroactivos (GORLA); ya dispositiva de fijación de la precedente declaración (GIORGIANNI).

Del resumen que antecede podemos deducir claramente cómo la doctrina italiana desenvuelve el tema de la repetición en dos sentidos: uno amplio y otro más estricto, dentro del fenómeno común de la declaración jurídica sucesiva y del acto de su emisión con el propio objeto que la declaración reproducida y con el mismo o equivalente contenido que ésta. El que se adopte un sentido amplio o estricto, depende de la finalidad que se atribuya al acto de la repetición. Esto nos autoriza a intentar el ensayo de dos definiciones, una amplia y otra estricta. En ambas tendremos en consideración exclusivamente los elementos esenciales de todo acto: sujeto, objeto y causa. Alrededor de estos tres elementos vamos a construir la definición, prescindiendo de otros elementos que, aun pudiendo entrar en esta definición, son más propios del estudio de la naturaleza jurídica del acto de repetición —que abordaremos en otro trabajo— y lejos de aclarar —en el estado actual de su estudio doctrinal—, oscurecerían aún más el concepto. He aquí, pues, en síntesis, nuestras definiciones:

**Sentido amplio:** Repetición es el acto jurídico por virtud del cual los mismos sujetos que intervinieron en un negocio jurídico anterior ya perfecto, emiten una declaración jurídica sucesiva con el mismo objeto que la primera declaración, aunque sea distinta en contenido, a fin de probar, renovar, fijar, interpretar y asegurar el vínculo jurídico surgido del primer negocio.

**Sentido estricto:** Es el acto jurídico por virtud del cual los mismos sujetos que intervinieron en un negocio jurídico anterior ya perfecto, emiten una declaración jurídica sucesiva, con el mismo objeto que la primera declaración, aunque sea distinta en contenido, a fin de obtener una prueba indirecta del vínculo surgido del primer negocio o regularle de modo diverso.

**LAS INSTITUCIONES ADMINISTRATIVAS  
Y JUDICIALES DE LAS CIUDADES EN LA  
ESPAÑA MEDIEVAL**

**POR**

**JOSE M.ª FONT RIUS**

Accediendo gustosamente al requerimiento formulado por la «Société Jean Bodin (\*), nos complacemos en presentar esta comunicación para recoger en ella las líneas fundamentales y las características esenciales de la estructura administrativa y judicial de las ciudades medievales españolas. Hemos procurado seguir lo más de cerca posible el esquema redactado con carácter general, a fin de hacer más fácil la labor específica de comparación y de síntesis. Sin embargo, en diferentes puntos ha sido preciso desviarse del mismo para dar cabida a las particularidades ofrecidas por la historia de nuestro país.

Ante todo, debemos señalar como determinante fundamental de la estructura y evolución de las instituciones peninsulares en la Edad Media, la magna empresa de la *Reconquista*, factor máximo de singularización y diferenciación de las mismas respecto a sus contemporáneas europeas (1). El medievo español, en realidad, empieza y acaba con la Reconquista cristiana del territorio peninsular ocupado por los musulmanes, a principios del siglo VIII. El período anterior, de dominación visigoda, fué, en realidad, una prolongación de la época romana, bajo el signo de una ligera germanización (2). Sólo la caída del reino hispano-godo al empuje del Islam y la consiguiente reacción cristiana de restauración

(\*) El presente texto recoge sustancialmente la comunicación presentada por su autor a la VI Reunión de la «Société Jean Bodin pour l'étude de l'histoire comparative des institutions», celebrada en París los días 6 a 9 de octubre de 1952. Esto explica la tónica del trabajo y su misma estructura, ajustada, en general, al temario propuesto por la «Reunión».

(1) Véanse a este respecto las luminosas páginas del prof. C. SÁNCHEZ ALBORNOZ, en *España y Francia en la Edad Media. Causas de su diferenciación política*. «Revista de Occidente», número VI, págs. 294-316, y también, *España y el Islam*. «Revista de Occidente», número VII, 1929, págs. 1-30.

(2) Tales son las conclusiones a que llegan los modernos estudios de historiadores españoles (MENÉNDEZ PIDAL, TORRES LÓPEZ, etc.)

y reconquista, inauguran una nueva y caracterizada etapa, de siete siglos de duración, en la historia peninsular: la Edad Media española.

Esta indicación vale, también, y de modo muy especial, para la historia de las instituciones, y, concretamente, de las instituciones municipales. Después de los brillantes y documentados estudios de los profesores SÁNCHEZ ALBORNOZ (3) y MEREJA (4), parece ya fuera de duda que la organización municipal hispano-visigoda desapareció con la caída de este reino, si no había desaparecido ya anteriormente, en los últimos siglos de su vigencia. Las ciudades medievales de la península, y con ellas sus instituciones administrativas y judiciales, son, en esencia, creaciones nuevas, fruto de las peculiares circunstancias políticas, militares, sociales y económicas de la Reconquista. Sólo algunas de ellas, las situadas en la zona septentrional de la península, pueden mostrar en su emplazamiento y su fisonomía urbana una cierta ascendencia romano-visigoda. Ascendencia o filiación que en modo alguno alcanza a sus instituciones internas, en las que se da una completa solución de continuidad respecto al período anterior.

Otra peculiaridad de la Reconquista hispánica es la escisión que se opera en el territorio del antiguo reino visigodo, fragmentado ahora en numerosos y variados núcleos políticos que actúan con plena independencia unos de otros. La historia institucional se resiente también de esta división, y, a pesar de las notas comunes que ofrecen en muchos aspectos los distintos reinos cristianos de la península, será preciso aludir concretamente, en nuestra exposición, a la diferente fisonomía que presentan también las instituciones urbanas en los diversos estados de la Reconquista, singularmente la diferenciación más marcada entre el grupo occidental —León y Castilla— y el grupo oriental —Aragón y Navarra, Cataluña y Valencia...— merced a las distintas influencias y factores que actuaron en la formación de uno y otro grupos durante los siglos medievales. Sortear la advertencia de tales modalidades regionales, factible en alguna ocasión, daría lugar, en las más, a una imagen desdibujada de la realidad histórica.

Con estas indispensables indicaciones preliminares podemos introdu-

(3) *Ruina y extinción del municipio romano en España e instituciones que le reemplazan*. Buenos Aires, 1943.

(4) Recensión a la obra de Sánchez Albornoz, en sus *Estudios de direito visigótico*. Coimbra, 1948, págs. 279 y s.

cirnos en el estudio de la estructura administrativa y judicial de los centros urbanos españoles de la Edad Media.

\* \* \*

Hacia los siglos XII-XIII, aproximadamente, las ciudades españolas de los distintos reinos, por un proceso cuyos orígenes, factores, etc. caen fuera de nuestro tema de estudio, habían llegado, tras diferentes etapas o fases, a la consecución de una organización municipal definitiva y completa. Los *concejos* castellano-leoneses, las *universitates* de los dominios catalano-aragoneses eran la expresión jurídico-pública de esta comunidad local ciudadana, viva y actuante, con plena personalidad dentro de los cuadros político-administrativos del Estado, ya por entonces perfectamente estructurado.

La presencia de esta entidad municipal se afirma, sin embargo, con escasa diferencia de tiempo, igual en las ciudades que en las villas o núcleos rurales. En realidad, como se ha señalado por varios autores españoles (5), las ciudades medievales españolas, especialmente las de tierras castellanas, siempre adolecieron de un cierto tinte rural; y sería en extremo difícil intentar una neta separación entre la organización municipal urbana y la de los municipios rurales. Sólo en la orla mediterránea, se hace más acusada la diferencia antedicha. Allí, el florecimiento de algunos centros de vida industrial y, sobre todo, mercantil —Barcelona, Valencia— imprime a los mismos un inconfundible sello urbano que les aproxima a las grandes ciudades de otros países europeos.

Este carácter, entre urbano y rural, de muchas ciudades de la península ibérica, se refleja en su propia estructura física a través del dualismo entre el núcleo urbano, como directivo, y un territorio o término a su alrededor: el *alfoz* de las ciudades castellanas, que en las regiones de más tardía reconquista, como Andalucía y Murcia, alcanza una extensión extraordinaria, englobándose en él numerosas villas y aldeas. El profesor CARANDE (6) ha captado la significación del *alfoz*, en función de la personalidad económica y militar de la ciudad, como base de su sostenimiento y de su defensa, a los que no hubiera podido aquélla subvenir

(5) Vid. L. G. VALDEAVELLANO, *El mercado*. «Anuario de Historia del Derecho Español», VIII, 1931, pág. 397.

(6) *Sevilla, fortaleza y mercado*. «Anuario de Historia del Derecho Español», II, 1925, pág. 253.

por sí sola. En el orden político, interesa señalar el predominio ejercido desde buen principio por la ciudad sobre los lugares de su *tierra* o *alfoz*, cuyos órganos administrativos se conectan con frecuencia con los de aquélla en un plan de delegación o subordinación.

Sería erróneo, sin embargo, suponer que la ciudad medieval española, con su territorio más o menos extenso y poblado, hubiese alcanzado una posición independiente con respecto al Estado y la autoridad soberana. Tal vez en este aspecto se diferencien notablemente nuestras ciudades de los municipios contemporáneos de otros países del Occidente europeo. El mayor poderío de la realeza en Castilla (7) impidió, sin duda, el que aquéllas lograsen un efectivo grado de independencia. Su estatuto jurídico, a salvo de variantes locales y temporales, podría definirse como el de una autonomía político-administrativa, manifestada por la libre facultad de ejercer su propia iniciativa dentro la esfera marcada por el poder soberano. El municipio se integra efectivamente en la estructura general del Estado, como el órgano de la misma en que cristaliza la administración local, dependiente, al igual que los demás, del poder soberano. Este poder superior, en razón al desarrollo político de la Edad Media, pudo ser también, en España, el propio monarca o algún noble o instituto eclesiástico que lo regía en señorío por estar enclavado el lugar en los límites de su feudo o de su *inmunidad* (8). De hecho, sin embargo, y más todavía conforme avanzó la Reconquista, los grandes centros urbanos, las ciudades de importancia, dependían directamente de la Corona y de ella recibieron su organización y autonomía. Mantener esta dependencia de la Corona, evitando salir de la misma por enajenación real a favor de algún particular, fué especial empeño de las municipalidades, que llegaron, incluso, al extremo de redimir con sus propios recursos la venta efectuada por el monarca y pasar de nuevo a su directa dependencia.

En Cataluña, el considerable arraigo del régimen feudal explica el mayor número de municipalidades dependientes de señores particulares.

(7) Vid. los estudios de SÁNCHEZ ALBORNOZ mencionados en la nota (1) y, asimismo, el de *Las Behetrías*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», I, 1924, págs. 158 y s.

(8) Sobre el régimen señorial en los países hispánicos, vid. entre la numerosa bibliografía, los estudios de HINOJOSA, *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media*. Madrid, 1905, págs. 83-136, y de SÁNCHEZ ALBORNOZ, *La potestad real y los señoríos en Asturias, León y Castilla durante los siglos VIII a XIII*. «Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos», t. XXXI, 1914, págs. 263-90.



Sin embargo, las principales ciudades formaban parte de los dominios de la Corona. Aquí la dependencia de los municipios, respecto al poder soberano, parece más estrecha todavía que en los reinos occidentales de la península. Su organización, su funcionamiento, su desarrollo, penden en todo caso de la voluntad real. El servicio del rey, la fidelidad al mismo, constituyen el deber fundamental de los ciudadanos y de sus magistrados, a cuya observancia se obligaban bajo juramento prestado al entrar en el cargo o al subir al trono un nuevo monarca.

La supremacía del príncipe como soberano en la vida municipal se manifestaba por el ejercicio de las altas atribuciones a él reservadas en los diferentes órdenes de la vida pública. Como jefe supremo de la justicia, aparte de conocer de las apelaciones de los tribunales locales, podía intervenir en cualquier asunto cuando se hallara en la ciudad, y le competía la vigilancia sobre la recta administración de la justicia por parte de sus funcionarios, corrigiéndoles o destituyéndoles. Como caudillo del ejército, tenía derecho a erigir castillos y fortalezas en el ámbito de la ciudad y a requerir el concurso militar de todos los ciudadanos para cualquier expedición. Como señor de los dominios de realengo, percibía determinados tributos y *caloñas* (multas judiciales) de los habitantes de la ciudad (9).

El distinto alcance y modalidades de esta relación entre la municipalidad y el poder soberano, según épocas y regiones, se manifiesta, de modo especial, en el papel desempeñado por los representantes de este poder en la administración urbana. De buen principio hallamos en los *concejos* de Castilla varias autoridades o delegados de la Corona nombrados por ésta para el ejercicio de los distintos derechos o atribuciones correspondientes al mismo. Pero no puede decirse por ello que integren el gobierno del municipio ni que ejerzan una jefatura del mismo. Su actuación se mantiene, en realidad, al margen de la vida municipal y por lo regular no intervienen en las funciones propias de los magistrados de la ciudad (10). El más importante de estos oficiales en las viejas ciudades castellanas era el *senior villæ*, cuyas funciones se extendían a la vigilancia en la recaudación de pechos y tributos debidos al rey, inspección de las fortalezas y mesnadas concejiles y, en general, a la defensa de los

(9) A. SACRISTÁN, *Municipalidades de Castilla y León*. Madrid, 1877, págs. 196 y siguiente.

(10) Es más, los concejos castellanos tenían prohibido tomar acuerdos ejecutivos o sentenciar pleitos en presencia de los delegados regios. Vid. SACRISTÁN, ob. cit., pág. 198.

derechos de la Corona en el municipio, con arreglo a fuero. A su lado se halla, a veces, el *merino*, recaudador de las rentas y calofías atribuidas al monarca, y el *alcaide*, jefe militar de la ciudad. En Navarra, el *senior*, generalmente un *rico hombre*, delegaba, a veces, en un noble inferior (*prestamero*), ya que solía tener en sus manos el gobierno de varias localidades (11). En las ciudades de la región meridional, conquistadas en el siglo XIII, como Sevilla, el rey puso a su frente un *alguacil mayor*, con funciones militares, de policía y aun de presidencia del concejo municipal (12).

En los territorios de Cataluña, y por extensión, en Valencia y Mallorca, el papel de los representantes del rey o señor en las ciudades corresponde a la mayor vinculación, ya aludida, de los municipios de esta zona respecto a la autoridad soberana. Los propios funcionarios u oficiales del príncipe en la administración territorial y local, en su fase anterior a la formación de los organismos ciudadanos, figuran luego al frente de tales organismos ejerciendo una verdadera jefatura de la ciudad y de sus asambleas representativas. El antiguo *vicarius comitis* (*veguer*) —gobernador de un distrito o parte del condado— o el *baiulus* (*batlle*) —agente del soberano o señor en el ámbito de una localidad, comarca o castillo— actúan plenamente en la ciudad de su residencia con el doble carácter de funcionarios del poder central y de jefes del gobierno municipal. En el primer aspecto se mueven libremente dentro de la esfera de sus funciones propias; en el segundo, vienen a complementar, como su coronamiento, los concejos o cuerpos representativos de la ciudad, procediendo a la convocatoria de sus reuniones, ostentando la presidencia de las mismas y encargándose, por lo regular, de la ejecución coercitiva de cuantos acuerdos y decisiones salieran de las mismas, tanto en su aspecto administrativo como judicial (13).

Hacia las postrimerías de la Edad Media, se produce en Castilla un movimiento trascendental en orden al régimen de las ciudades, tendiendo a colocarlo, cada vez más, en manos del rey. En realidad, forma parte del impulso general de la realeza hacia la entronización de la monarquía

(11) J. M.<sup>a</sup> LACARRA, *Para el estudio del municipio navarro medieval*. «Príncipe de Viana», II, 1941, pág. 63.

(12) N. TENORIO, *El Concejo de Sevilla*. Sevilla, 1901, pág. 70 y s.

(13) J. M.<sup>a</sup> FONT RIUS, *Orígenes del régimen municipal de Cataluña*. «Anuario de Historia del Derecho Español», vols. XVI y XVII. Vid. a este respecto las págs. 495 y ss. de este último vol.

## LAS INSTITUCIONES ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES DE LAS CIUDADES

absoluta, que culminará en siglos posteriores. En el aspecto que ahora nos ocupa, se señala este movimiento por la instauración del *corregidor*, primero con carácter esporádico, luego, general, en todas las ciudades de Castilla. Este nuevo magistrado, designado libremente por el monarca, pasó lentamente a asumir la dirección de la vida municipal, actuando como juez ordinario de la ciudad y su distrito y presidente nato de su concejo. Pero el desarrollo de esta magistratura y la consiguiente transformación del municipio castellano corresponden plenamente a la Edad Moderna (14).

\* \* \*

Cuestión altamente interesante es el modo de fijación del estatuto urbano, de adquisición de personalidad jurídica por parte de la ciudad. Sorteando toda referencia al complejo problema de los orígenes del régimen municipal (15) debe constatar, sin embargo, el hecho de que el poder soberano se halló de buen principio ante la realidad de unas formaciones urbanas con un contenido social y económico y un espíritu de corporación entre sus miembros que aspiraban, por su misma naturaleza, a encarnar la representación y el gobierno de la comunidad local que les daba vida. Circunstancias de índole varia matizan, en nuestra península, el proceso de adquisición de esta personalidad, que se ofrece con características distintas según las regiones y el vínculo de dependencia de tales comunidades.

Más tempranamente en León y Castilla que en los demás territorios de la Reconquista, las ciudades dependientes de la Corona consiguen una autonomía en su vida administrativa y judicial por libre concesión de los monarcas a través de *fueros* y privilegios. La fijación de las instituciones urbanas no se acompañó aquí, en la mayoría de los casos, de

(14) El Corregidor, figura mal vista por lo regular entre la población ciudadana, representó, en el orden político, el instrumento principal de que se sirvieron los monarcas para el dominio de las ciudades y centralización de la vida municipal. Un estudio sobre esta institución, referido ya a la Edad Moderna, es el de F. ALBÍ, *El Corregidor en el municipio español bajo la monarquía absoluta*. Madrid, 1943.

(15) Vid. sobre este punto, aparte de los ya citados estudios de LACARRA, para Navarra, y FONT, para Cataluña, el del maestro E. DE HINOJOSA, *Orígenes del régimen municipal en León y Castilla*, dentro de sus *Estudios sobre la Historia del Derecho Español*. Madrid, 1903, págs. 7-10, y el artículo de L. Díez-CANSECO, relativo a los orígenes del municipio leonés, en «Anuario de Historia del Derecho Español», vol. I, 1924, págs. 337-381.

las convulsiones y luchas que distinguen el movimiento comunal de otros países (16). Monarcas y ciudades llegaban a un acuerdo para el establecimiento de las mismas, aunque éste fuera precedido de ciertas disensiones, gestiones y forcejeos, terminados, las más de las veces, con la entrega de una cantidad al soberano. Un privilegio o despacho real venía a reconocer formalmente la constitución de la entidad municipal, sus autoridades y órganos de gobierno, su ámbito de competencia, etc. En Castilla, con frecuencia es el *fuero municipal* —típica redacción del derecho local castellano— el que consagraba la existencia legal de los *concejos*, a modo de pacto firme e incommovible entre el monarca y los respectivos pobladores (17). En Andalucía y demás zonas de tardía reconquista, la organización municipal acusa, al parecer, una mayor iniciativa del monarca, quien cuida de establecerla en las ciudades nuevamente incorporadas como régimen de su administración y gobierno según las líneas generales de los *concejos* del norte. Las ciudades catalanas de dominio real, devienen, igualmente, municipios, en el sentido jurídico, por sendos privilegios reales reiteradamente confirmados y ampliados (18), algunas veces a consecuencia de cartas de franquicia, capítulos presentados al monarca por los habitantes de un lugar, sin faltar algún caso en que la ordenación de la vida municipal se halla recogida en los respectivos códigos consuetudinarios locales (*Costums, Usances*). Lo mismo ocurre sustancialmente en Valencia y Mallorca. Nota común a todos los territorios es la inexistencia de una ley o disposición general ordenadora del gobierno ciudadano en todo el reino. El particularismo jurídico, típico de los siglos medievales, comunicaba a cada ciudad y municipio una fisonomía propia y característica.

Este panorama varía sensiblemente si nos trasladamos a los dominios señoriales. Nobles e institutos eclesiásticos ofrecían por doquier mayor resistencia a conceder una autonomía a las ciudades de sus distritos. Los habitantes de estos centros urbanos les arrancaron a viva fuerza, y aun

(16) Han advertido este fenómeno, con relación a Navarra y Cataluña, respectivamente, los citados autores LACARRA, ob. cit., pág. 55, y FONT, ob. cit., págs. 428 y siguiente.

(17) SACRISTÁN, ob. cit., págs. 184-85. Vid. también HINOJOSA, *Orígenes del régimen municipal en León y Castilla*. Págs. 29 y s.

(18) FONT, ob. cit., págs. 430 y sig. Es interesante el caso de Barcelona, cuyo municipio es organizado por Jaime I a través de varias disposiciones otorgadas en el curso de breves décadas (entre 1249 y 1274), y que fueron perfilando la fisonomía del mismo. Aun experimentó posteriores modificaciones por parte de los sucesores de este monarca.

tras enconadas y violentas luchas, primero el goce de determinadas franquicias y exenciones de cargas serviles y otros gravámenes análogos y, más tarde, el reconocimiento de su libertad municipal y el consiguiente ejercicio del ramo de facultades inherentes a la misma, con independencia de la actuación de los delegados señoriales. El maestro HINOJOSA (19) nos ha legado una prolija y animada exposición del desarrollo de estas luchas y contiendas entre los burgueses de las ciudades episcopales y abaciales del noroeste de la península (Sahagún, Oviedo, Lugo, Tuy, etc.) y sus respectivos señores. Tales luchas adoptaron, con frecuencia, los caracteres de una verdadera insurrección armada, como ocurrió en Santiago de Compostela, bajo el pontificado de D. Diego Gelmírez (primera mitad del siglo XII), donde el movimiento ciudadano desembocó en la instauración pasajera de una verdadera *commune* al estilo del país franco, según ha mostrado recientemente el Sr. VÁZQUEZ DE PARGA (20). De modo análogo, pero con menor intensidad, se advierte el mismo fenómeno en algunas ciudades catalanas sujetas a señorío, como Tortosa, que llegó a la redacción de su propio código con el establecimiento de las instituciones urbanas, después de una prolongada cadena de luchas y discusiones con los Templarios y la casa de Moncada, señores de la ciudad, salpicadas de algún que otro episodio de violencias (21).

\* \* \*

Considerada ya la posición de la ciudad en la órbita del Estado y sus relaciones con la autoridad soberana, podemos introducirnos en el estudio de su administración interna. La organización de la municipalidad y de su gobierno es el primer tema que se ofrece a nuestra atención.

En todas partes, de buen principio y por mucho tiempo, la representación de la ciudad estaba encarnada de modo absoluto y efectivo en la asamblea general de todos los vecinos cabezas de familia, reunidos en la plaza pública a son de campana o pregón, bajo la presidencia del oficial regio o de los magistrados ciudadanos. Pero el papel de esta asamblea,

(19) *Orígenes del régimen municipal en León y Castilla*. Págs. 43 y s.

(20) *La revolución comunal de Compostela en los años 1116 y 1117*. «Anuario de Historia del Derecho Español», vol. XVI, 1945, págs. 685-703.

(21) El autor de la presente comunicación tiene en preparación un estudio sobre el desarrollo de este movimiento comunal de Tortosa. Entre tanto, puede verse: OLIVER, *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia. Código de las costumbres de Tortosa*. Vol. I. Madrid, 1876.

e incluso su propia existencia, pasaron por vicisitudes diversas, según épocas y lugares, y, sobre todo, según el desarrollo de la población de las respectivas ciudades.

En Castilla la Vieja, este sentido democrático de sus municipalidades perdura vivo por más tiempo. La asamblea general de vecinos, reunida en *concejo abierto*, con voz y voto de todos sus asistentes, deliberaba sobre todas las cuestiones de interés ciudadano y designaba libremente los distintos magistrados y oficios del concejo. En las ciudades populosas, al hacerse dificultosa con el tiempo la reunión general de los vecinos, se tendió a confiar los asuntos corrientes de la vida administrativa y judicial a la junta de los magistrados, quienes investidos de sus cargos por elección popular, formaban un *concejo cerrado*, representando legalmente la voluntad general de la colectividad urbana.

En su forma más desarrollada integraban las corporaciones municipales castellanas: el *iudex* o juez, los *alcaldes* y los *jurados*, aparte los oficios menores (escribanos, mayordomos, almotacén, sayón, etc.). El juez, generalmente único, y los *alcaldes*, en número variable (dos, cuatro, diez, etc., según las localidades), como asesores suyos, constituían el órgano fundamental del gobierno de la ciudad, y de modo exclusivo, el tribunal de justicia. Si originariamente debían su nombramiento al rey o señor, como evolución del sistema judicial territorial de los primeros siglos de la Reconquista (22), pronto pasaron a ser designados por los propios vecinos, agrupados en *col-laciones* o parroquias, cada una de las cuales elegía uno o dos *alcaldes* y por turno designaba también al juez. Con todo, no faltaron municipios en que el monarca mantuvo, a su vez, varios *alcaldes* de su nombramiento, los «alcaldes por el rey» (23), que compartían su actuación con los populares, o que intervenían de modo eventual en caso de discordia entre los mismos (24). Completaban el cuerpo concejil los *jurados*, elegidos también por las respectivas *col-laciones* de la ciudad, con un señalado carácter de mandatarios del común para defensa de sus intereses cerca del concejo, fiscalización, especialmente en el orden económico, de las actuaciones del mismo, comunicación de las aspiraciones del vecindario, etc. Su participación en las reu-

(22) Así lo aprecia HINOJOSA, *Orígenes...*, págs. 18 y s.

(23) Los hallamos, por ejemplo, en Madrid, como aplicación del *Fuero Real*. Vid. el estudio de R. GIBERT, *El Concejo de Madrid*. Madrid, 1949, pág. 215.

(24) Tal función podía ser atribuida a los «quatro» del municipio madrileño. Vid. GIBERT, ob. cit., pág. 212.

niones del concejo era meramente consultiva. Todos estos oficios eran de renovación anual.

Desde mediados del siglo XIV, el municipio castellano experimenta una transformación radical en su organización por efecto de las medidas centralistas del poder público que ya han sido aludidas. Paralelamente al establecimiento del *corregidor*, los monarcas suprimen por doquier el concejo abierto y lo sustituyen por una asamblea reducida, el *regimiento*, compuesta de un determinado número de *regidores* (doce, veinticuatro, hasta treinta y seis en algunas ciudades), que asume la representación popular y las funciones hasta entonces reservadas a la antigua asamblea general. Este sistema, surgido en las ciudades andaluzas, tendió a extenderse a todos los municipios castellanos, imprimiendo a los mismos una fisonomía aristocrática y oligárquica, en tanto los regidores del nuevo sistema fueron generalmente nombrados —o confirmados— por el rey, gozaban del cargo a perpetuidad y aún lo vinculaban a sus familias como un derecho de índole patrimonial, y todos los oficios concejiles debían proveerse entre los miembros del *regimiento*, votados por ellos mismos. La reunión del *regimiento* con los oficios constituía el *ayuntamiento*, que podía adoptar la forma de ayuntamiento extraordinario cuando se daba acogida en el mismo a la totalidad de los vecinos, hecho muy raro en los últimos siglos medievales.

En Cataluña y demás países mediterráneos, la organización municipal presenta muy distinto carácter. La influencia de ciertas instituciones comunales de Italia o Francia, como el *consulado*, la *coniuratio* o *confratría*, etc., parece percibirse en los primeros pasos de algunas municipalidades catalanas: Gerona, Cervera, Perpiñán, Lérida... (25), para seguir luego un rumbo independiente. La originaria asamblea general de vecinos o *probi homines*, presidida por el *veguer* o el *batlle*, deja paso, en las ciudades de importancia, a un organismo de gobierno más complejo integrado, en líneas generales, por: a), un pequeño cuerpo de magistrados directivos o ejecutivos en número y nomenclatura variable: cuatro, seis, ocho... (*cónsules*, *paciarri*, *pahers*, *jurati*, según las localidades); b), un consejo más amplio de asesores o auxiliares de los mismos (veinte, treinta o más *consiliarri*, *consellers*, *prohoms*), y finalmente, c), la asamblea de todos los vecinos (*parlamentum generale*), que permanece como continuidad de la fase anterior de vida municipal, al igual que la figura del

(25) FONT, ob. cit., págs. 436 y s.

delegado del soberano —*veguer* o *batlle*—, que, según ya apuntamos, preside todo este organismo como su cabeza y coronamiento.

Sin embargo, también aquí la dificultad de congregar la asamblea de todos los ciudadanos dió lugar a que su papel y funciones fueren asumidos en realidad por el consejo de los *consiliarii* o *prohoms* (*consell*, *gran consell*), que en algunas ciudades amplía el número de sus miembros hasta cien y aun más, como en Barcelona (*consell de cent*) (26), quedando reservada la reunión de la asamblea popular para casos de extremada gravedad, más frecuentes conforme adelantaron los tiempos (27).

Los sistemas de designación de magistrados y autoridades en las ciudades catalanas, presentan una multiforme variedad. Podemos, desde luego, advertir, a diferencia de los municipios castellanos, la escasa vigencia del sistema de elección popular, explicable por esta mayor debilitación de la asamblea vecinal a que acaba de aludirse. La elección de los primeros magistrados —cónsules, jurados, etc.— en las grandes ciudades, se basaba, corrientemente, en el sistema de cooptación, confiándola a veces a un grupo de compromisarios designados por el conjunto de autoridades salientes. Los miembros del consejo asesor —*consellers*, *prohoms*— los nombraban los propios magistrados al posesionarse del cargo, forma bastante explicable atendida la función de consejeros o auxiliares suyos que debían desempeñar los nombrados. A fines de la Edad Media se fué introduciendo en los principales municipios catalanes el sistema de insaculación o sorteo para la provisión de cargos o para la designación de compromisarios. Este sistema, que había de triunfar plenamente en la Edad Moderna, fué el recurso de que se valió la realeza en los reinos de la Corona de Aragón.—especialmente Fernando el Católico— para dominar la vida municipal, pues en el nuevo sistema los monarcas solían reservarse la confección de las listas de los individuos sorteables, con lo que quedaba asegurado el gobierno de las ciudades por personas afectas a la Corona (28).

(26) El concejo barcelonés llegó a integrarse de un total de 128 miembros, pero actuaba en comisiones de 32 (trentenari), por turnos trimestrales.

(27) FONT, *Orígenes del régimen municipal de Cataluña*, págs. 495 y s. En esta obra pueden hallarse con cierto detalle todos los aspectos concernientes a los orígenes y primitiva organización del régimen municipal catalán. Para el municipio barcelonés del siglo xv, la obra de J. VICENS VIVES: *Ferrán II y la ciutat de Barcelona, 1479-1516*, vol. I. Barcelona, 1936.

(28) VICENS VIVES. Ob cit. en la nota anterior y además: *Política del rey Católico en Cataluña*. Barcelona, 1940, cap. IV, págs. 175 y s., donde resume la primera.



## LAS INSTITUCIONES ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES DE LAS CIUDADES

La organización catalana, algo más simplificada, se reproduce en Mallorca y Valencia. Un pequeño cuerpo de *jurats* (cuatro, seis...) y uno más amplio de *consellers*, como auxiliares suyos, hallamos establecidos en sus respectivas capitales, bajo la presidencia del oficial real *batlle* o *justicia*. La designación de los magistrados se rige, análogamente, por el sistema de cooptación. Más tarde se introdujo también la insaculación. El *justicia* de Valencia tiende a ser designado por el municipio, aunque siempre bajo la aprobación del monarca (29).

En Aragón y Navarra, la organización municipal adolece de cierta imprecisión en los perfiles de sus instituciones directivas. En este último reino, la existencia de *jurados* y *consellers*, aquí de elección popular, generalmente por parroquias, y la presencia del *alcalde* o *juéz* a su frente, cuyo nombramiento a cargo del rey o *senior villæ* acaba siendo prerrogativa del concejo, parecen denotar un tipo mixtificado de gobierno ciudadano (30). En Aragón, el *cabildo* o corporación de los *jurados*, también de elección por parroquias, rodea al *justicia* o *zalmedina*, designado por el rey, pero con propensión a serlo por la ciudad a través de su organización parroquial.

En todos estos territorios de la zona oriental no parece advertirse tan intensamente el movimiento de intervención real en la vida ciudadana, característico de los siglos bajo-medievales castellanos, con la instauración del *corregidor* y *regidores* perpetuos. La constitución política de estos reinos, que otorgaba al soberano un papel menos destacado en la gobernación del país, podía explicar tamaña falta de correspondencia. Por otra parte, la presencia continuada de una autoridad delegada del soberano (*veguer*, *batlle*, *justicia*) al frente de la administración ciudadana, pudo hacer innecesaria una reforma más profunda en sentido realista y centralizador, limitándose al establecimiento del régimen insaculatorio.

\* \* \*

El círculo de competencia de los órganos municipales variaba a tenor del respectivo grado de autonomía disfrutado por la ciudad. Pero en su fase más desarrollada, los concejos y sus autoridades gozaban de plenas

(29) Sobre el régimen municipal mallorquín: QUADRADO, *Privilegios y franquicias de Mallorca*. Palma, 1894. Sobre el valenciano: I. VILLALONGA, *Régimen foral valenciano. Los jurados y el concejo*. Valencia, 1916.

(30) LACARRA, ob. cit.

facultades para ordenar todo lo conveniente al régimen interno de la ciudad en sus diferentes aspectos (31). Y, en consecuencia, ejercieron funciones de reglamentación normativa, de defensa de la paz y el orden, de administración de justicia, de ordenación de la vida económica, de fomento de las obras y servicios vecinales. La propia iniciativa y el impulso de los burgueses marcaron, con frecuencia, los límites de esta actividad municipal.

En el orden legislativo, los concejos de los distintos reinos intervinieron reiteradamente en la redacción y aprobación de sus códigos consuetudinarios locales. Los *fueros municipales* castellanos, concedidos generalmente por el monarca tras su presentación por el concejo, fueron, en ocasiones (Madrid, Salamanca...), promulgados por el propio concejo en uso de sus facultades normativas (32), así como experimentaron modificaciones a través de posteriores acuerdos y estatutos. Algunas redacciones de *costums* municipales catalanas son también obra de las autoridades de la ciudad (33) o de sus delegados en alguna concordia con la autoridad señorial (34). Más aún, los grandes y florecientes municipios del centro de Castilla (Toledo, Avila, Segovia...) ejercieron esta facultad legislativa con relación a pueblos de su territorio o *alfoz*, a los que concedieron fueros o cartas de población para impulsar su desarrollo vecinal (35).

Pero la manifestación más característica de estas facultades normativas de los municipios la constituye, sin duda, la promulgación de ordenanzas, *ordinacions*, para regular los mil aspectos del régimen interno de la ciudad. Estas ordenanzas se reducían, a veces, a tocar puntos particu-

(31) Los privilegios de instauración de los organismos municipales se expresaban a veces, generalmente, con los siguientes o parecidos términos: «et liceat eis gubernare administrare et regere civitatem ad fidelitatem nostram et communi commodum universitatis...» (Del privilegio barcelonés de julio de 1249. FONT, ob. cit., pág. 563, doc. IX.)

(32) Vid. HINOJOSA, *Orígenes...*, pág. 29 y s.

(33) Las *Costumbres de Lérida* (1228), fueron redactadas por el cónsul de la ciudad Guillermo Botet a requerimientos de sus colegas de magistratura. Vid. P. LOS-CERTALES. *Costumbres de Lérida*. Barcelona, 1946.

(34) Es el caso de Tortosa (1279), cuyo código salió de las manos de unos árbitros nombrados por ambas partes, aunque la preparación se debiera a unos expertos juristas. Vid. nota 21.

(35) Así, el concejo de Segovia emprende el siglo XIII la repoblación de El Espinar. (J. PUYOL, *Una puebla en el siglo XIII. Cartas de población de El Espinar*, en «Revue Hispanique», XI, 1904, 244-88.) Numerosas fueron las aldeas repobladas o aforadas en la Baja Edad Media por el municipio de Toledo (vid. E. SÁEZ, *Fueros de Puebla de Alcocer*, en «Rev. de Arch., Bibl. y Museos», LIV, 1948, págs. 109-16).

lares, a modo de bandos o estatutos; pero otras tenían un carácter general como recopilación o sistematización de las distintas ordenanzas especiales. Minuciosas y extensas, constituyen una fuente valiosísima para el conocimiento de la vida interna de la ciudad y de sus instituciones, reglamentando lo concerniente a policía urbana y rural, actuación de cada uno de los «oficios» o funcionarios, régimen procesal, impuestos y tributos, establecimientos de la municipalidad, ejercicio de profesiones e industrias, etc., etc. (36).

Mientras la autonomía legislativa de los concejos fué decayendo en los siglos bajo-medievales por el inevitable avance del derecho real y territorial, esta facultad de promulgar ordenanzas para su régimen interno se mantuvo en pie durante toda la época y aun en siglos posteriores.

\* \* \*

El mantenimiento del orden público, la *paz* dentro de la ciudad y frente a cualquier enemigo exterior, era considerado como uno de los principales cometidos de las autoridades municipales. El mismo vocablo *paciarii*, *pahers*, con que eran conocidos los magistrados de algunas localidades catalanas, revela sin duda el origen ocasional de su aparición (37). Al mantenimiento de esta paz y orden quedaban obligados todos los vecinos, mediante su concurso ante la convocatoria de la autoridad (apellido, «viafós»). En muchas ciudades, la población vecinal gozó de la facultad de salir en hueste armada contra cualquier ataque a sus privilegios y franquicias, así como de ayudarse y confederarse con las poblaciones vecinas para la persecución de malhechores («somatent» catalán, «hermandad» castellana) o erigir castillos y fortalezas de defensa en el término de la ciudad. Complemento de estas medidas, pueden considerarse las de policía urbana, como regulación del tránsito nocturno por las vías de la urbe, tenencia y uso de las armas, represión de todo desorden y algarada, etc.

(36) F. CARRERAS CANDI, *Ordenacions urbanes de bon govern a Catalunya. (segles XIII a XVII)*, en «Bol. Ac. Buenas Letras de Barcelona», vols. XI y ss. Publica buen número de ordenanzas de municipios catalanes.

En los vols. del «Anuario Hist. Der. Español», se hallarán también publicadas numerosas ordenanzas municipales de los territorios de Castilla. Del reino de Navarra vid. LACARRA, *Ordenanzas municipales de Estella*, en «Príncipe de Viana», X, 1949, págs. 397-424.

(37) FONT, *Orígenes...*, pág. 400 y s.

El aspecto militar presenta una gran relevancia en la vida municipal. Con razón ha escrito recientemente un autor que la configuración de la personalidad jurídico-pública de las ciudades españolas dentro del reino se puede explicar, en buena parte, por las necesidades militares de la Reconquista, y que, al igual que otras instituciones medievales, se da también aquí el fenómeno de una «localización» del ejército. El deber de servicio, el llamamiento para ejecutarlo, las formas concretas de su prestación, incluso en el aspecto técnico, tienen fundamentalmente un carácter local: se configuran como obligaciones y aportaciones municipales al Estado (38). El alcance, condiciones, modalidades de la prestación de este servicio, al llamamiento y a las órdenes del soberano, solían estar previstos y regulados en el respectivo fuero municipal. Dado el carácter del ejército medieval, reflejo de la organización de las clases sociales, los burgueses de las ciudades acudían al mismo como tales, es decir, integrando la milicia concejil, al mando de capitanes, ordinariamente elegidos por las propias autoridades de la ciudad, si ellas mismas no salían a su frente. La prestación de este servicio se efectuaba de acuerdo con la respectiva condición personal y, recíprocamente en Castilla, el modo de prestarlo revertía sobre esta condición. Tal es el caso de la *caballería villana*, integrada por los vecinos con casa abierta y patrimonio suficiente para costearse el equipo de caballero y guerrear como tales. Los monarcas fomentaron el incremento de esta caballería no noble, con móviles políticos y económicos, concediéndoles privilegios y exenciones de impuestos. Los *pecheros* estaban, a su vez, obligados a poseer las armas propias del peón. Era cometido de las autoridades municipales la vigilancia y comprobación de esta preparación militar de sus súbditos, a cuyo fin solían celebrarse en las ciudades sendos *alardes* o exhibiciones armadas, varias veces al año; asimismo debían disponer siempre de reservas comunales de armas y pertrechos. Las vigilias en alcázares y fortalezas, y en general en el recinto urbano, constituían también una modalidad del servicio militar de peones y caballeros al mando de las autoridades municipales, que se combinaba con el servicio en hueste, a fin de no dejar nunca la ciudad desguarnecida.

\* \* \*

La administración de justicia constituye en todos los territorios his-

(38) GIBERT, *El concejo madrileño*, pág. 112.

pánicos de la Reconquista una fundamental atribución de las autoridades ciudadanas. Podemos señalar el hecho general de que su aparición como tales se halla íntimamente asociada a la adquisición de estas funciones judiciales, a la par que la personalidad jurídica de la ciudad se perfila y completa precisamente por la consecución de una autonomía judicial (39). Tal vez representen estas funciones la nota más característica del municipio medieval español en comparación con el de nuestros tiempos. La justicia, atributo del rey, es ejercida originariamente en el ámbito territorial y local por unos delegados suyos. La configuración municipal consistirá en convertir estos delegados en magistrados de elección vecinal, poniendo, a la vez, en sus manos la dirección de toda la vida urbana (Castilla), o en asociar la actividad de los representantes ciudadanos a la función de este oficial regio (*curia*) formando su consejo, tanto para la administración de justicia como para el gobierno de la ciudad en general (Cataluña, Valencia, Mallorca). Así, en esencia, la justicia, sin dejar en momento alguno de considerarse atributo de soberanía, es ejercida en su fase ordinaria o de primera instancia por y en el seno del municipio, a modo de una delegación jurídico-pública de la Corona. El monarca, sin embargo, conserva siempre la *mayoría de justicia*, que se manifiesta en la apelación de las sentencias de los jueces locales, en la competencia exclusiva sobre determinadas cuestiones y delitos y, en general, en la facultad de entender en cualquier asunto, avocándolo a su corte o juzgando en la propia ciudad. En uso de esta suprema prerrogativa, a fines de la época medieval, mandaba, con frecuencia, a las ciudades castellanas, *jueces de salario*, *veedores* o *pesquisidores*, para desembocar finalmente en el establecimiento, con carácter permanente, de *corregidores*, que desplazaban a las justicias municipales. Los señores titulares de alta o baja justicia, por razón de inmunidad o de feudo, procuraron conservar más personalmente los atributos judiciales en los centros urbanos de sus dominios, resistiéndose a traspasarlos al elemento popular.

El órgano de la administración de justicia en las ciudades castellanas lo constituye el *juez* con los *alcaldes*, cuya reunión, a modo de tribunal colegiado, recibía en algunas partes la denominación de *curia alcaldum* o *corral de alcaldes*. Sin embargo, no siempre actuaban todos sus miembros conjuntamente, pues en las ciudades populosas solían formarse a

(39) C. SÁNCHEZ ALBORNOZ. Recensión de su conferencia *El régimen local y los albores de los municipios*, en «Anuario Hist. Der. Esp.», X, 1933, págs. 521-22.

modo de secciones o *mayordomías* de este tribunal, con el juez y dos o tres alcaldes, que juzgaban en una *colación* o en determinado período de tiempo, con la misma autoridad del tribunal en pleno. También parece que cada *alcalde* podía juzgar, por sí solo, en las asuntos menores de su respectiva *colación*. Pero, por lo menos una vez por semana, estaban obligados a reunirse todos los alcaldes, bajo la presidencia de un juez, para tratar de asuntos judiciales con exclusión de los administrativos. Su competencia se extendía en el orden civil a todos los litigios que afectaban a vecinos de la ciudad, incluso en el caso de ser éstos demandados por *hombres de palacio* (40); y en materia penal, a todos los delitos cometidos en el territorio municipal, salvo los llamados *casos de corte*, de los que entendían directamente los *alcaldes* de la corte del rey (41). En materia civil, la cuantía del asunto determinaba muchas veces si cabía o no apelación al tribunal superior. En Sevilla, y otras ciudades del Sur, el órgano judicial lo integraban seis *alcaldes ordinarios* rodeados de varios *hombres buenos*. Las apelaciones iban a los alcaldes mayores puestos por el rey en la propia ciudad.

El establecimiento del *corregidor*, como hemos apuntado líneas más arriba, representó un golpe de gracia para la autonomía judicial de los concejos castellanos, pues la actuación de estos delegados de la Corona en las ciudades fué desplazando a los *jueces y alcaldes foreros* en sus funciones de justicia, los cuales, en la Edad Moderna terminaron por desaparecer o subsistir tan sólo en lugares de poca importancia.

En Cataluña y demás territorios mediterráneos, la justicia ciudadana se administraba por el *veguer, batlle* o *justicia*, oficiales del rey, con la asistencia y consejo de las autoridades municipales —así de los magistrados directivos como de sus consejeros—, que formaban su *curia* o tribunal, al par que el órgano de gobierno administrativo de la ciudad. El ámbito de competencia abarcaba igualmente toda la materia civil y criminal. Las municipalidades catalanas tendieron a destacar la intervención del elemento ciudadano en la administración de justicia, y así, en algunas ciudades, se advierte que los *cónsules* y sus *consellers*, los *paciarii* con

(40) Los fueros y cartas de franquicia solían contener como privilegio y garantía procesal de los ciudadanos la prohibición de sacarlos de la ciudad para recibir justicia.

(41) Las Cortes de Zamora de 1274 determinaron concretamente «las cosas que fueron siempre usadas de librar por corte del rey: muerte segura, mujer forzada, tregua quebrantada, salvo quebrantado, casa quemada, camino quebrantado, traición alevé, raptos».

los *prohoms*, etc., entendían generalmente en materia penal con exclusión del representante real o señorial (42). Estos, en todo caso, eran los encargados de llevar a ejecución las sentencias dictadas por los magistrados municipales, a las cuales debían atenerse, como firmes e irrevocables (43). Esto aparte, las cartas de franquicia y privilegios concedían a estos últimos —e incluso, de modo genérico, a la comunidad de habitantes— la facultad de arreglar, arbitral o amistosamente, las desavenencias surgidas entre ellos antes de presentar las reclamaciones a la curia (44).

Resulta obligada en este sitio una, aunque sea breve, mención de la justicia mercantil, ejercida por ciertos tribunales de mar o *consulados*, en algunos puertos de la costa mediterránea (Valencia, Barcelona, etc). Se trata de una jurisdicción especial *ratione materiae*, a cargo, fundamentalmente, de miembros de las propias corporaciones de mercaderes y gente de mar. Pero su carácter municipal se señala por el hecho de que en alguna ciudad, tales *cónsules de mar* eran designados anualmente por las propias autoridades del municipio, quienes les daban posesión en el cargo y ejercían respecto a los mismos una cierta tutela (45).

\* \* \*

Poseyeron las municipalidades españolas de la Edad Media una autonomía, en el orden económico, que les permitía disponer de su hacienda, atendiendo, con determinados ingresos, la satisfacción de los gastos inherentes a sus funciones y servicios. Pero el extremado particularismo que reina en este punto, vuelve difícil una síntesis esquemática de la organización económica municipal.

(42) Para Barcelona, lo consignó el privilegio llamado *Recognoverunt Proceres*, del año 1284, en su cap. 48. Para Lérida, la rub. 163 del lib. III de sus *Costumbres* (1228), en forma bien explícita: «In criminibus illis quæ penam ingerunt corporalem, non iudicat curia sed consules et probi homines civitatis, quorum sententia mandat curia executionis». Igualmente lo establecían los *Usances* de la Seo de Urgel. Vid. FONT, *Orígenes...*, págs. 542 y 543 con sus notas.

(43) Vid. nota anterior.

(44) Tal declaración suele presentarse en estos o parecidos términos: «Omnes vero iniurias et omnia malefacta que fuerint infra habitatores Ilerde habeant licentiam probi homines Ilerde ea ad invicem adaptare et pacificare si voluerint antequam ad curiam querimonia inde feratur.» (De la carta de población de Lérida, 1150, concedida por el soberano catalán Ramón Berenguer IV, a raíz de la reconquista de la ciudad.)

(45) Tal ocurría en Barcelona a tenor de las ordenanzas procesales de su consulado (s. xv). F. VALLS TABERNER, *Consolat de Mar*. Barcelona, 1931, vol. II, página 63.

Una de las fuentes de ingresos más importante en las municipalidades, la constituían las rentas y productos de sus bienes patrimoniales, los llamados *bienes de propios*, poseídos abundantemente por todas las ciudades en virtud de privilegios y concesiones soberanas, a raíz de su reconquista y repoblación. Estos bienes —a diferencia de los comunales de uso público y vecinal— eran explotados por el concejo en un régimen de economía privada, generalmente mediante arriendo, y consistían principalmente en bosques, prados, *dehesas*, *ejidos*, etc., para apacentamiento de los ganados y utilización de la madera. Análogos a estos ingresos deben considerarse los producidos por la explotación de una serie de establecimientos de tipo industrial: carnicería, horno, etc., poseídos por las ciudades, en régimen de monopolio o de libre concurrencia, a veces como adquisición de antiguos derechos señoriales.

Otra fuente de ingresos municipales venía constituida por la percepción de multas y *colonias*, y, en general, los derechos producidos por la actuación administrativa y judicial de sus magistrados, compartida, a veces, con los agentes del soberano. Otro capítulo, muy característico, lo formaban los derechos y tasas aplicables sobre la circulación y tráfico de productos en la ciudad y su consumo, gravando por lo regular ciertos artículos comestibles. La percepción de esta clase de derechos, efectuada corrientemente por el sistema de arriendo, que llegaba a alcanzar el propio empleo u oficio, se combinó con frecuencia con similares percepciones correspondientes al monarca.

En último término solían acudir los municipios al reparto comunal, que obligaba a todos los vecinos sin excepción alguna. En las ciudades catalanas, este repartimiento se efectuaba por el sistema de *taxas* o *tallas*, con la imposición, a cada vecino, de una contribución proporcional a su potencial económico, según el arbitrio de personas o comisiones designadas para ello.

También en circunstancias extraordinarias (originadas por necesidades propias del municipio o por acceder a las demandas monetarias del soberano) recurrieron éstos al crédito público. Fué corriente que los préstamos recibidos con tal motivo se aseguraran, afectando a los mismos la futura percepción de determinados ingresos municipales, o también amortizando la cantidad recibida contra el establecimiento de un *censal* (derecho a la percepción de una renta perpetua: *compra de rentas*) a favor del acreedor, radicado sobre una propiedad del municipio o, asimismo, sobre unos determinados impuestos.



Las atenciones de los municipios eran de diversa índole, a tenor de su ámbito de competencia. Carga preferente constituía la construcción y reparación de murallas, fosos y fortalezas para la defensa de la ciudad. A su lado debe señalarse, igualmente, la construcción y entretenimiento de los edificios públicos, empezando por la propia casa capitular, cárceles, puentes, fuentes públicas, mercados, mataderos y, en general, la policía de la ciudad. A estos gastos deben añadirse las inversiones para el sostenimiento de obras pías y beneficencia. Capítulo importante constituía la satisfacción de los salarios a jueces y alcaldes y demás oficiales del concejo —salvo aquellos que los percibían con cargo a los impuestos que recaudaban—, incluyendo, hacia fines de la época, el sueldo del corregidor en las ciudades castellanas. Las recepciones y agasajos al rey, su corte y a grandes personajes, importaban también sumas crecidas.

\* \* \*

La ordenación de la vida económica de la ciudad, sólo en ciertos aspectos caía bajo el ámbito de la competencia municipal. Dejando para otra ocasión la consideración atenta de este aspecto, conviene tener presente, sin embargo, que en nuestro país, según opinión de ilustres autores (46), el cuidado de la vida económica en las comunidades rurales (y a su semejanza, en las urbanas), habría dado lugar a las primeras actuaciones públicas de la asamblea vecinal. Ya plenamente en el marco ciudadano, el organismo municipal interviene, de buen principio, en la ordenación del mercado local (47), así como del comercio permanente en *lonjas*, *tiendas*, etcétera, regulando sus distintos aspectos.

Esta competencia origina en todas partes el establecimiento de un funcionario especial, el *almotacen* o *mostaçaf* (de posible origen musulmán), inspector y juez del mercado, con amplia jurisdicción en todo lo referente al mismo, especialmente en la fiscalización de pesos y medidas, aunque esta función la desempeñan, a veces, otros oficiales (*fieles medidores*, *jurados*) (48).

(46) Díez CANSECO, CARANDE, en sus artículos citados en notas 15 y 6, respectivamente.

(47) Un excelente estudio del mercado castellano medieval, el del prof. VALDEAVELLANO, cit. en nota 5.

(48) Sobre el *mostaçaf* del municipio mallorquín y el código por el que se regía en su actuación, A. PONS, *Libre del Mostasaf de Mallorca*. Mallorca, 1949. Para el valenciano: F. SEVILLANO COLOM, *Valencia urbana en los siglos XIII y XIV a través de libros del Mustaçaf*. Valencia, 1953.

El desarrollo industrial y mercantil de las ciudades españolas, al igual que las del resto de Europa, amplía, por reflejo, la intervención municipal en esta esfera. En España se manifiesta ostensiblemente en el papel ejercido por las autoridades ciudadanas en la regulación de profesiones y oficios, sobre todo en la constitución y funcionamiento de los gremios de artesanos, muy numerosos en casi todas las ciudades de la Península, desde fines de la Edad Media.

La competencia de la municipalidad se extiende incluso a la esfera de la vida bancaria. En Barcelona, su consejo municipal dicta ya, desde el siglo XIV, ordenanzas reguladoras del oficio de banqueros, y, a principios del siglo XV, funda su propia "Taula de Canvi", a modo de banco municipal, en el que se admiten las imposiciones voluntarias de particulares y, de modo obligatorio, los depósitos de bienes confiados a tutores, albaceas, administradores de obras públicas, etc. Así se formaba un fondo asegurado por la ciudad, que servía, a un mismo tiempo, para aligerar su economía y aumentar el crédito público (49). El ejemplo de Barcelona fué seguido por la mayoría de las ciudades de los reinos de la Corona aragonesa y de otros territorios (50).

\* \* \*

Dentro del círculo de competencia municipal queda por referirnos al grupo de funciones que, en todo tiempo, aparecen como las más características de la actuación municipal, en tanto se proyectan de modo inmediato al mantenimiento de los servicios públicos y a las obras de interés comunal de la ciudad.

Las propias necesidades físicas y morales de la colectividad urbana, marcan los diferentes objetivos de esta actuación concejil. Las obras de defensa y conservación de la urbe —murallas, fortalezas, muros de contención de las aguas, puentes, etc.— constituyen una de las principales preocupaciones de las autoridades, y su ejecución —a veces muy costosa—

(49) F. RAHOLA, *Los antiguos banqueros de Cataluña y la "Taula de cambi"*. Barcelona, 1911. J. V. AYATS, F. UDINA y S. ALEMANY, *"La Taula" de cambio de Barcelona (1461-1714)*. Barcelona, 1947.

(50) M. PERIS FUENTES, *La Taula de Valencia*, en «III Congrès d'Història de la Corona de Aragó», vol. I, pág. 503-18. S. CARRERAS ZACARÉS, *La primitiva Taula de Cambis de Valencia*. Valencia, 1950.

dió lugar en alguna capital a la constitución de organismos especiales con un régimen particular de economía y gobierno (51).

El abastecimiento de la ciudad constituye otro capítulo de gran interés. Los rectores de la vida municipal cuidaban de asegurar el mismo, procurando la mayor afluencia posible de artículos a buen precio (52). Muchos municipios, incluso, como ya se ha aludido, contaban con establecimientos propios de carnicería, horno, pescadería, mesón, etc., que, por lo regular, procedían de un traspaso de derechos o monopolios señoriales. Cabe recordar también aquí la regulación del mercado público, para el cual construyeron, a veces, lonjas o pórticos adecuados, e igualmente para el matadero (*macellum*) y otros servicios.

El surtido de aguas mereció análoga atención, especialmente las destinadas a molinos y riegos, con la correspondiente construcción de acequias y conducciones, a veces mediante participación de las autoridades soberanas (53) o de municipios contiguos (54).

La higiene y sanidad no tenían, en cambio, en la concepción de la época, la importancia que se les ha brindado con el tiempo. Pero no están ausentes en el régimen de la ciudad disposiciones de policía urbana, acompañadas de las correspondientes sanciones, relativas a la limpieza de la vía pública y de los edificios particulares. Hay que señalar, asimismo, que algunas ciudades disponían de baños públicos (posiblemente heredados de la dominación musulmana), pertenecientes al municipio y explotados por el mismo en régimen industrial.

Beneficencia e instrucción pública eran también atendidas, aunque en

(51) En la ciudad de Valencia se creó, a este efecto, la *Obra dels murs e valls*, que con carácter autónomo atendía a las necesidades referidas. Vid. J. LOP, *De la Institució, govern polítich y juridich... de les fabriques vella dita de Murs e valls, e nova dita del riu de la... ciutat de Valencia*. Valencia, 1675.

(52) Para la consecución de este objetivo, la ciudad de Barcelona obtuvo privilegio para embargar los cargamentos de trigo y otros artículos que bajaban por el Ebro, en tanto fueran necesarios al surtimiento de la urbe. A este fin adquirió en señorío varios castillos y baronías situados en las márgenes del río, en la zona tortosina.

Sobre la política de subsistencias del municipio valenciano ha reunido interesantes datos el letrado don F. ROMERO GARCÍA, en un trabajo, inédito todavía, que hemos podido consultar por atención de su autor.

(53) Por privilegio de 1279, Jaime I otorgaba a la municipalidad barcelonesa la conducción de aguas por la acequia condal o real, ofreciéndose el monarca a contribuir a los gastos de las mismas en proporción al aprovechamiento que reportara de ella. (Arch. Corona Aragón, Reg. 42, fol. 125.)

(54) Así ocurría con el régimen de riegos de la huerta de Lérida. Vid. GRAS, *La Paheria de Lérida*. Lérida, 1909. Su regulación solía estar confiada a un órgano especial, la *Junta de Cequiaje*.

menor grado, por los organismos municipales, dado que estas funciones, por mucho tiempo, estuvieron en manos de la Iglesia. Sin embargo, éstos solían socorrer y subvencionar los hospitales y otras instituciones de caridad enclavados en el núcleo urbano. Y hacia los siglos finales de la época establecieron, también por su cuenta, centros de enseñanza (*estudis*, en las ciudades catalanas) con carácter elemental, algunos de los cuales devinieron con el tiempo los gérmenes de los posteriores estudios superiores o Universidades (55).

\* \* \*

Para terminar, unas breves indicaciones en torno a los puntos finales del temario sobre la diferenciación entre las instituciones urbanas y las de comunidades rurales, y entre aquéllas y los distritos de la administración territorial.

Comunidades urbanas y comunidades rurales aparecen poco diferenciadas en los primeros siglos de la Reconquista, sobre todo en León y Castilla, donde, como se indicó oportunamente, las formaciones urbanas son escasas y viven muy vinculadas, económica y socialmente, al campo que las rodea. El desarrollo posterior y la gradual adquisición de unas instituciones peculiares las fué configurando con propia personalidad.

La diferenciación entre ciudades y villas en plena Edad Media, adoptó caracteres sociales, económicos y políticos. Las primeras acabaron distinguiéndose por la predominante dedicación de sus miembros a la vida industrial y mercantil, en tanto las segundas mantuvieron, naturalmente, su tipo de vida agrario, con la preferente atención a los problemas de utilización de pastos y bosques, tránsito de ganados, labores agrícolas, etcétera. Socialmente, mientras el clima de la ciudad, con el goce de privilegios y franquicias, hizo surgir una clase de hombres libres, los burgueses, la población campesina siguió por mucho tiempo vinculada más o menos estrechamente a la tierra que cultivaba e inserta en el complejo de relaciones señoriales, que se traducía en sujeción a unas cargas más o menos serviles. En el orden jurídico-público ya conocemos la estructura

(55) Sobre los *Estudios* de municipalidades catalanas, vid., entre otras obras: J. M. ROCA HERAS, *L'Estudi general de Lleida*, Barcelona, 1927; J. B. TORROELLA, *L'Estudi general o Universitat literaria de Girona*, Gerona, 1906; S. CAPDEVILA, *Les antigues institucions escolars de Tarragona*, «Estudis Universitaris catalans», 1927, pág. 68 y ss.

## LAS INSTITUCIONES ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES DE LAS CIUDADES

de muchas ciudades de Castilla englobando en su término villas y aldeas, que participaban también del gobierno municipal, aparte de contar con su propio concejo de aldea o de colación. Más tarde, la ciudad intenta dominar estos grupos rurales de sus términos, a modo de señorío ejercido por la urbe. En todo caso, la organización de las comunidades rurales es más simple que la de las ciudades, aunque procure adoptar su patrón. Allí el *concejo abierto* perdura de modo vivo por mucho tiempo, y los *jueces* o *alcaldes*, en número reducido, se mantienen también, incluso bajo el gobierno del corregidor. De modo parecido, en Cataluña, la asamblea de vecinos o *probi homines*, presidida por el *batlle*, perdura en los núcleos rurales durante toda la Edad Media, mientras en las ciudades evoluciona bien pronto hacia la formación de consejos reducidos, con unas autoridades o magistrados a su frente.

En cambio, las diferencias respecto a la administración territorial y sus instituciones se marcan de buen principio y sólo a fines de la época se inicia una tendencia hacia cierta confusión. No puede hablarse, en realidad, de instituciones territoriales, sino tan sólo de divisiones o distritos de su organización administrativa. La ciudad aparece, en el aspecto jurídico-público, como una segregación de la división territorial superior (*condado, veguería*) en la que se hallaba englobada al igual que el resto del territorio, adquiriendo una personalidad plenamente independiente cuando puede contar con autoridades propias y, sobre todo, elegidas por ella misma. Pero la relación con la administración territorial no se rompe nunca. Sabemos que en el orden judicial, por ejemplo, las sentencias de las autoridades locales castellanas eran apelables ante los oficiales territoriales (adelantados, merinos mayores...). Y en Cataluña, el *veguer*, jefe de la *vegueria*, circunscripción territorial básica en este país, preside a su vez el consejo municipal de la ciudad cabeza de la misma, sobre todo en las actuaciones judiciales. Lo mismo ocurre con el *justicia* valenciano en su *justiciado* y la respectiva ciudad-centro. Sólo a fines de la Edad Media se insinuaba en Castilla un movimiento de aproximación de las administraciones territorial y local, que en la primera época de la Edad Moderna llegarán a una casi identificación. En efecto, la actuación de los corregidores, delegados regios en la vida municipal, hace innecesaria toda división intermedia, pues por este sistema los municipios se hallan estrechamente ligados al poder central. Las ciudades, sobre todo las principales, con *voto en cortes*, tienden a extender su término jurisdiccional por las villas

y aldeas de su comarca, y así, el *corregimiento* pasa a ser tanto una unidad local como territorial. Contrariamente, en Cataluña, la división gubernativa y judicial del Principado en *veguerías*, se mantiene incólume durante toda la Edad Media (y aun hasta el siglo XVIII), con una delimitación geográfica perfectamente definida, que la separa netamente de la administración local. Sólo en los dominios señoriales, la ciudad y todo su distrito tienden a constituir una unidad administrativa.

**CONSECUENCIAS DE LA INEXISTENCIA DE  
LA ACCION PENAL EN EL TRATAMIENTO  
DE LA CRIMINALIDAD INFANTIL Y JUVENIL**

**POR**

**FRANCISCO VIVES VILLAMAZARES**

## S U M A R I O

- a) Consideraciones generales.
- b) En la prescripción de delitos y penas.
- c) En los delitos privados.
- d) En el perdón de la parte ofendida.
- e) En los indultos y amnistías.

Nota.—Este trabajo recoge una *comunicación* sobre el tema general «Tratamiento de la criminalidad infantil y juvenil», presentado a través del Consejo Superior de Protección de Menores al Primer Congreso Hispano-Luso-Americano penal y penitenciario, celebrado en Madrid en el año 1952.



### a) Consideraciones generales

No existe precepto alguno en la legislación española sobre Tribunales Tutelares de Menores, que de un modo explícito y terminante consagre el principio de que de los delitos y faltas cometidos por menores no nace la acción penal.

Sin embargo, es evidente, y no es el propósito de esta comunicación demostrarlo, que la acción penal de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal y demás leyes análogas de otros países, inspiradas todas ellas en los sistemas penales acusatorios, no es de aplicación en el procedimiento de los Tribunales Tutelares de Menores.

Nos limitaremos tan sólo a afirmar que no es el castigo, sino la corrección del menor, la finalidad que en su actuación persiguen estos organismos tutelares, y que el moderno derecho penal de menores proscribe y anatematiza el sistema de *punición*, reemplazándolo por el *educativo*, y que cada vez con más fuerza va saliendo el menor del campo del derecho penal, para entrar en la esfera de la pedagogía correccional.

La razón que explica y justifica el que de los delitos y faltas de menores no nazca la acción penal, es que dicha acción está en relación íntima con la función *represiva* característica de los tribunales ordinarios de lo criminal, y no puede tener cabida en una jurisdicción como la juvenil, que, como acabamos de afirmar, no pretende el castigo del menor, sino su reforma.

Por eso, ante los Tribunales de Menores españoles no interviene el Ministerio Fiscal, ni actúan abogados ni procuradores; en una palabra, no hay acusación ni defensa, ya que los propios Tribunales Tutelares, por ley, tienen obligación de adoptar, no las sanciones correspondientes como castigo a los delitos cometidos, sino las medidas conducentes a la correc-

ción y enmienda del menor y no necesitan que nadie inste oficialmente su actuación, pues por ministerio de la ley tienen la obligación de proceder de oficio, no sólo en la instrucción de los expedientes, sino en su resolución y fallo; y por ser protectores y paternos no admiten ante ellos, como ya se ha dicho, defensores de los menores, porque éstos tienen en el mismo Tribunal su mejor defensa y apoyo; ni tampoco acusadores, porque no es la venganza, el castigo, el móvil de su actuación, sino el salvar aquellas almas que comienzan a pervertirse y que con las medidas de reforma que se adoptan pueden regenerarse.

El precepto más expresivo en este sentido de la legislación española lo constituye el artículo 16 de la vigente ley, que establece que los hechos calificados de delitos o faltas en el Código Penal o en leyes especiales que se atribuyan a los menores de dieciséis años serán apreciados, por los Tribunales Tutelares, con razonada libertad de criterio, teniendo en cuenta la naturaleza de los expresados hechos en directa relación con las condiciones morales y sociales en que los menores los hayan ejecutado y *prescindiendo en absoluto del concepto y alcance jurídico con que, a los efectos de la respectiva responsabilidad, se califican tales hechos como constitutivos de delitos o faltas en el Código Penal y en las mencionadas leyes especiales.*

Por ello, es lógico que algunos autores españoles modernos hayan situado la actuación de los Tribunales de Menores entre los *procesos no jurisdiccionales*, por hallarse mucho más próximos a un proceso de tipo administrativo, aunque *sui generis*, que no propia y técnicamente jurisdiccional.

Pues bien; sentada la afirmación de que de los delitos y faltas de menores no nace la acción penal, trátase de estudiar en la presente comunicación, y ante el silencio de nuestra legislación, los efectos que este criterio produce en diferentes instituciones jurídico-procesales penales, y, consecuentemente, en el tratamiento de la criminalidad infantil y juvenil.

## b) En la prescripción de delitos y faltas

Sentadas las anteriores afirmaciones, el primer problema que hay que estudiar es el de si las disposiciones referentes a la prescripción de los delitos y faltas y a la prescripción de las penas son aplicables a los meno-

## CONSECUENCIAS DE LA INEXISTENCIA DE LA ACCION PENAL

res de dieciséis años que son enjuiciados por los Tribunales de Menores.

Respecto a los preceptos que rigen la prescripción de las penas, es indudable que no tienen aplicación. Si los Tribunales de Menores no imponen las penas del Código Penal, sino medidas protectoras de corrección, es evidente que mal pueden prescribir penas que no se han impuesto.

En cambio, el problema referente a la prescripción de los delitos y faltas de menores, es discutible y ningún precepto legal existe sobre el particular. Sin embargo, cabe darle solución a la luz de los principios que informan esta jurisdicción especial, aunque la tal solución no haya estado exenta durante algún tiempo, como luego se dirá, de inconvenientes prácticos.

La prescripción del delito es para el delincuente una garantía de que, transcurrido el tiempo que marca la ley, no podrá ejercitarse contra él la acción penal, y por lo tanto, no será objeto del castigo que en su día hubiera de imponerle la jurisdicción represiva; es decir, que puede ampararse en esa prescripción el delincuente para evitarse un mal.

Pero esto no sucede en la jurisdicción especial para niños. La actuación de estos Tribunales no es consecuencia, como hemos visto, de la acción penal; si esta jurisdicción interviene no es para infligir un *castigo*, sino más bien un *beneficio* al menor, pues, no es jurisdicción *represiva*, sino *protectora y tutelar*: lejos de servirle al delincuente la prescripción para evitarse un *mal* le priva de un *bien*; luego parece lógico y natural que los delitos y faltas de menores no prescriban nunca, y que en todo momento puedan intervenir los Tribunales de Menores para salvar y ayudar al menor y conseguir su enmienda.

Esto, aparte de que si la prescripción del delito no es otra cosa que la extinción de la acción penal para perseguirlo, si hemos afirmado que la citada acción no existe, es evidente que no puede prescribir.

Sin embargo, este criterio, que es lógico y jurídico, ha tenido sus inconvenientes prácticos. En efecto, puede ocurrir que cometido el delito o falta por un menor, tarde éste en ser habido algunos años y resultará que al comparecer, ya mayor, ante el Tribunal de Menores, carecerá éste de medios adecuados para su corrección, ya que ni el régimen de sus Escuelas de Reforma ni sus medidas protectoras resultan eficaces en edades ya crecidas.

Se han presentado ante los Tribunales de Menores casos de esta índole, de delitos realizados por menores en edades de doce a catorce años y ser

habidos cuando contaban de veinte a veinticinco, y haberse inhibido la jurisdicción ordinaria a favor de la especial de menores, fundada en que al tiempo de delinquir no habían cumplido los dieciséis años, encontrándose así el Tribunal de Menores perplejo al considerar por completo ineficaces para un mayor las medidas de corrección que él puede aplicar.

El problema preocupó al legislador español, y en la ley de 13 de diciembre de 1940 y en su artículo 20 se dispuso que en el caso de que fuera puesto a disposición del Tribunal Tutelar un mayor de dieciséis años por infracciones legales cometidas antes de cumplirlos y el Tribunal entendiera que por el tiempo transcurrido o por las circunstancias del menor no había de ser conveniente la adopción de las medidas que pudiera aplicarle, estaría facultado para *cancelar su jurisdicción transfiriéndolo a la jurisdicción ordinaria*.

Este precepto, sin embargo, como se verá, no resolvía el problema; y precisamente en la Asamblea de la Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores celebrada en Barcelona en el año 1942, y con motivo de una consulta que el Tribunal de Menores de Teruel formuló sobre, si procedía la cancelación de su jurisdicción en favor de la ordinaria o de la militar, de donde dimanaba el expediente, tuvimos el honor de defender nuestro criterio en los siguientes términos que transcribimos literalmente:

«El artículo 20 plantea otro problema de mayor importancia y que, como se verá, conduce a la conclusión de que hay que considerar dicho artículo como un precepto jurídicamente ineficaz.

»En efecto, el artículo 20 sólo autoriza al Tribunal de Menores a cancelar su jurisdicción, o sea el derecho a juzgar al menor, pero sigue vivo y sin cancelar *el derecho sustantivo* con arreglo al cual el menor ha de ser juzgado.

»Pues bien; los Tribunales ordinarios, al adquirir jurisdicción sobre el menor en virtud de habérsela transferido el Tribunal de Menores, habrán de juzgarle con sujeción al derecho al mismo aplicable, o sea el número 2.º del artículo 8.º del Código Penal, que establece que cuando el menor que no haya cumplido los dieciséis años ejecute un hecho castigado por la ley, será entregado a la jurisdicción especial de los Tribunales de Menores, con lo que el Tribunal Tutelar se encontrará de nuevo con el menor del cual quiso desprenderse.

»Otra cosa sería si el repetido artículo 20 hubiera permitido, no sólo la *cancelación de la jurisdicción*, sino también la *cancelación del derecho*

penal sustantivo, aplicable al menor de dieciséis años, y hubiese dispuesto que la jurisdicción ordinaria aplicase al menor en cuestión el derecho penal de los mayores, pero esta disposición hubiera sido antijurídica y antiprotectora y hubiera pugnado con los más elementales principios del derecho penal».

De nuevo en la Asamblea de la Unión Nacional de Tribunales de Menores celebrada en Sevilla en el año 1943, tuvimos el honor de llevar la voz del Tribunal Tutelar de Menores de Valencia, planteando una consulta sobre el mismo tema, alegando, en síntesis, que el artículo 18 de la Ley de Tribunales de Menores establecía la cesación automática de la acción tutelar en la facultad de corrección al cumplirse la edad de veintiún años; y podría ocurrir que el que hubiera delinquido siendo menor de dieciséis años, fuese enjuiciado cuando ya hubiera cumplido los veintinueve, y si por aplicación rigurosa del artículo citado el Tribunal de Menores no podía adoptar ninguna medida por ser el enjuiciado mayor de veintiún años, y las otras jurisdicciones por ser menor de dieciséis cuando delinquiró, el hecho quedaba impune o lo que es lo mismo, que ni podía aplicársele medida correccional por el Tribunal de Menores, ni pena alguna por otras jurisdicciones.

Por fin, el legislador se hizo eco de todas estas consideraciones, y al promulgarse en 23 de diciembre de 1944 el Código Penal, texto refundido, dió solución definitiva y acertada a la cuestión, estableciendo en el número 2.º del artículo 8.º que «en los casos en que, excepcionalmente, la jurisdicción tutelar declinare su competencia respecto de un mayor de dieciséis años, por entender que por el tiempo transcurrido desde la ejecución del hecho, realizado antes de cumplirlos, o por razón de las circunstancias del menor no ha de ser conveniente la adopción de las medidas que pudiera aplicarle, confiará el menor a la Autoridad gubernativa, para que ésta adopte las *medidas de seguridad* que la legislación autorice».

Es decir, que conforme a este precepto, se cancela la jurisdicción del Tribunal de Menores y se cancela también, como proponíamos, el derecho penal sustantivo, transfiriéndose la jurisdicción a la Autoridad gubernativa que aplicará, no las penas del Código, sino tan sólo las medidas de seguridad que procedan.

Este precepto ha motivado la reforma del artículo 20 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, objeto de las críticas expuestas, y que

ha sido redactado en el vigente Texto Refundido de 11 de junio de 1948, en los propios términos que el número 2.º del artículo 8.º del Código Penal que acabamos de reseñar.

### c) En los delitos privados

En íntima relación con lo expuesto anteriormente, entendemos que es inadmisibile ante los Tribunales de Menores la distinción entre delitos públicos y privados, y que cuando algún menor realice un delito de los llamados privados y llegue a conocimiento del Tribunal su comisión, por cualquier medio que sea, sin necesidad de que inste el expediente el ofendido, el Tribunal de Menores estará obligado a proceder a su enjuiciamiento y adoptar en su día las medidas necesarias para su corrección.

Lo justifica ello el que el interés, la función del Tribunal Tutelar, es la corrección y reforma de los menores, de cualquier modo que éstos delincan y, desde luego, independientemente del interés de la víctima.

Tenemos que repetir aquí lo dicho anteriormente: que cuando se trata de delitos cometidos por mayores, el perseguirlos lleva como finalidad la imposición de un castigo, mientras que tratándose de menores, su enjuiciamiento por los Tribunales Tutelares equivale a someterlos a un régimen beneficioso y protector, y no puede estar en manos del perjudicado el privar al menor de esas ventajas.

Además, cuando se trata de delitos cometidos por mayores, comoquiera que el ofendido tiene reconocida por la ley una acción penal para perseguir el delito privado, es evidente que puede renunciar a ejercitarla; pero tratándose de menores, si el perjudicado no es dueño de la acción penal porque ésta, como hemos dicho, no existe, mal puede renunciar a su ejercicio.

Por otra parte, la razón que podría alegarse en contra de lo expuesto, de que el intervenir el Tribunal de Menores en un delito privado, sin la petición del ofendido, sería aumentar los perjuicios para la víctima, por la publicidad que adquiriría el delito al ser éste perseguido, no es admisible, ya que por la forma secreta como actúan los Tribunales de Menores, no solamente no sería conocido el nombre de la víctima y las circunstancias del hecho, sino tampoco el del enjuiciado.

#### d) Con respecto al perdón de la parte ofendida

Resuelta la anterior cuestión, queda asimismo definida la de si el perdón de la parte ofendida, tratándose de delitos privados cometidos por menores, extingue la acción penal.

El perdón de la parte ofendida es, también, una necesaria consecuencia de la acción penal reconocida al perjudicado en la ley y cuyo ejercicio determinó la condena. Si pudo el ofendido evitar la condena, no ejercitando la acción, es lógico que pueda igualmente perdonar, haciendo que cesen los efectos de la acción penal que ejercitó.

Pero tratándose de delitos privados realizados por menores de dieciséis años, ya hemos dicho que el perjudicado no es dueño de la acción para promover el procedimiento, que se incoa independientemente de su voluntad, y por tanto, tampoco lo es para destruir sus efectos.

Además, de admitir el criterio opuesto, se daría el absurdo de que, hallándose sometido el menor a un tratamiento de reeducación y reforma, quizás en el período más interesante y decisivo del mismo, pudiera el ofendido perdonar, y tener que cesar como consecuencia la actuación del Tribunal de Menores, quedando destruída y resultando inútil toda la labor realizada.

#### e) En los indultos y amnistías

Cabe, por último, estudiar los efectos que en el tratamiento de la criminalidad infantil y juvenil pueda producir la concesión de amnistías o indultos con relación a delitos o faltas realizadas por menores.

Para no dar más extensión a este trabajo, nos limitaremos a hacer la afirmación de que nunca podrán afectar a los delitos y faltas cometidos por menores dichas amnistías o indultos, y damos por reproducidos todos los argumentos anteriormente esgrimidos para demostrar que las disposiciones del Código Penal referentes a la prescripción de los delitos, no son aplicables a la jurisdicción juvenil, ya que les privaría, como se ha dicho anteriormente, de los beneficios propios de un tratamiento reformador.

EL PRESENTE FASCICULO, CUADERNO  
III DEL VOLUMEN XXVI DE *ANALES  
DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA*,  
CORRESPONDIENTE AL CURSO 1952-53,  
CON VARIOS ESTUDIOS DE *DERECHO*,  
FUE TERMINADO DE IMPRIMIR EN LA  
TIPOGRAFIA MODERNA, DE LA CIUDAD  
DE VALENCIA, EL DIA 30 DE MAYO  
DE 1953, FESTIVIDAD DE SAN FERNAN-  
DO, PRINCIPE Y LEGISLADOR ESPAÑOL

LAUS ✠ DEO



SECRETARIADO DE PUBLICACIONES, INTERCAMBIO CIENTIFICO Y  
EXTENSION UNIVERSITARIA DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

VOLUMEN 1.º — 1920-1921

CUADERNO 1.º.—Nota preliminar. El presente de las Universidades y el porvenir en sus relaciones con el régimen autonómico. Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1920 a 1921, por el *Dr. D. Adolfo Gil y Morte*, Catedrático de Medicina.—Acuerdos del Claustro de la Universidad referentes a la publicación de estos ANALES.—Asamblea Universitaria: convocatoria.—64 páginas.

CUADERNO 2.º.—Instituto de Idiomas: Antecedentes, Reglamento y Memorias de los Cursos 1919-1920 y 1920-1921.—Instituto de Estudios Actuariales.—Instituto de Nipiología.—92 páginas.

CUADERNO 3.º.—Don Rafael de Olóriz y sus fundaciones culturales, por el *Doctor D. Joaquín Rós*, Catedrático de Derecho.—Asamblea Universitaria.—48 páginas y cinco láminas.

CUADERNO 4.º.—Intercambio Universitario.—Los estudios de Química Biológica en las Universidades de Zaragoza y Valencia: Conferencias de los *Doctores Rocasolano y Bermejo* y Crónica de los actos realizados.—Profilaxis del Paludismo por el cultivo de las algas caráceas: Conferencia del *Dr. Caballero*.—140 páginas, dos láminas y un grabado.

CUADERNOS 5.º A 8.º.—Extensión Universitaria.—Facultad de Derecho: Conferencias de los *Doctores Villalonga, De Benito, Gallardo, Cabrera y Jordana*.—Nota de la Redacción.—Índice del volumen 1.º.—178 páginas.

VOLUMEN 2.º — 1921-1922

- CUADERNO 9.º.—Influencia de la Química en la Economía nacional. Discurso leído en la solemne apertura del Curso 1921 a 1922, por el *Dr. D. Enrique Castell y Oria*, Catedrático de Ciencias.—42 páginas.
- CUADERNO 10.—Documentos referentes a la Autonomía Universitaria y su implantación en la Universidad de Valencia.—136 páginas.
- CUADERNO 11.—La Enseñanza de Lenguas Modernas en los Estados Unidos.—Conferencias del *Profesor Wilkins*.—152 páginas.
- CUADERNOS 12 Y 13.—Memorias y Estadísticas de los Cursos 1919-1920 y 1920-1921, preparadas por la Secretaría general de la Universidad de Valencia.—130 páginas.
- CUADERNOS 14 A 16.—Extensión Universitaria.—Facultad de Filosofía y Letras: Conferencias de los Doctores *D. Pedro María López, D. Vicente Losada y D. Ramón Velasco y Pajares*.—Índice del volumen 2.º— 80 páginas. (Agotado).

VOLUMEN 3.º — 1922-1923

- CUADERNO 17.—Intereses españoles derivados de la Oceanografía. Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1922 a 1923, por el *Dr. D. Ramón Velasco y Pajares*, Catedrático de la Facultad de Filosofía y Letras.—92 páginas.
- CUADERNO 18.—Extensión Universitaria.—Facultad de Filosofía y Letras: Conferencias del *Doctor D. Rafael Altamira* y sumario de las del *Doctor D. José Deleito*.—40 páginas.
- CUADERNO 19.—El antiguo patrimonio de la Universidad de Valencia.—Memoria del *Dr. D. Carlos Riba*.—144 páginas y dos láminas.
- CUADERNOS 20 A 24.—Estudios monográficos y servicios clínicos de la Facultad de Medicina.—Índice del volumen 3.º—228 páginas, un grabado y ocho láminas.

## VOLUMEN 4.º — 1923-1924

- CUADERNO 25.—La hipótesis de una primitiva reliquia totémica ante la Prehistoria y la Etnología. Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1923 a 1924, por el *Doctor D. Manuel Cabrera y Warleta*, Catedrático de Derecho.—68 páginas.
- CUADERNO 26.—Extensión Universitaria.—Facultad de Derecho: Conferencias de los *Sres. Maeztu y Atard González*.—48 páginas.
- CUADERNOS 27 y 28.—Facultad de Derecho: Conferencias de los *Doctores Ots Capdequí y De Benito*.—La R. P. en Bélgica, por el *Dr. D. Mariano Gómez y González*.—124 páginas. (Agotado).
- CUADERNOS 29 y 30.—Memorias y Estadísticas de los Cursos 1921-1922 y 1922-1923, preparadas por la Secretaría general de la Universidad de Valencia.—136 páginas.
- CUADERNOS 31 y 32.—La vida de la Universidad de Valencia desde 1919 a 1924, por el *Dr. Deleito y Piñuela*.—La reforma de la Segunda Enseñanza, Ponencia de la Facultad de Filosofía y Letras.—El «Colegio de San Pablo» y el de «Na Monforta».—Índice del volumen 4.º—88 páginas.

## VOLUMEN 5.º — 1924-1925

- CUADERNO 33.—¡Amemus patriam!—La influencia española en la cultura mundial. Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1924 a 1925, por el *Dr. D. Vicente Pesel y Cervera*, Catedrático de Medicina.—120 páginas.
- CUADERNO 34.—Don Ignacio Tarazona y el Observatorio Astronómico de la Universidad de Valencia.—54 páginas y 8 láminas.
- CUADERNOS 35 A 38.—Precedentes de la Universidad de Valencia, por el *Dr. D. Antonio de la Torre y del Cerro*, Catedrático de la Universidad de Barcelona.—128 páginas.

CUADERNOS 39 Y 40.—Memorias y Estadísticas de los Cursos 1923-1924 y 1924-1925, preparadas por la Secretaría general de la Universidad de Valencia.—Índice del volumen 5.º.—120 páginas.

#### VOLUMEN 6.º — 1925-1926

CUADERNO 41.—La Botánica en España. Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1925 a 1926, por el *Doctor Don Francisco Beltrán Bigorra*, Catedrático de Ciencias.—66 páginas.

CUADERNOS 42 A 44.—Extensión universitaria.—Facultad de Derecho: Conferencias acerca de «La Organización y las actividades de la Sociedad de las Naciones».—156 páginas y 4 láminas.

CUADERNOS 45 A 47.—La enseñanza de la Patología General en la Facultad de Medicina de Valencia, por el *Dr. D. Ramón Vila y Barberá*, Catedrático titular de dicha asignatura.—76 páginas, 3 grabados y 6 láminas.

CUADERNO 48.—«Premio Olóriz».—Estudio histórico-crítico del Código Penal Argentino de 1922, por *D. Elías Izquierdo Maronda*, Doctor en Derecho.—El tercero en nuestro sistema hipotecario, por *D. José María Casado Pallarés*, Licenciado en Derecho.—82 páginas.\*

#### VOLUMEN 7.º — 1927-1928

CUADERNO 49.—San Francisco de Asís. Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1926 a 1927, por el *Dr. D. José Casado y García*, Catedrático de la Facultad de Filosofía y Letras.—72 páginas.

CUADERNOS 50 Y 51.—Memorias y Estadísticas de los Cursos 1925-1926 y 1926-1927, preparadas por la Secretaría general de la Universidad de Valencia.—128 páginas.

CUADERNOS 52 A 54.—La Representación Profesional en las Asambleas Legislativas, por *D. José Medina Echevarría*, alumno pensionado por la Universidad de Valencia.—90 páginas.

CUADERNOS 55 Y 56.—(Sin publicar).

VOLUMEN 8.º — 1927-1928

- CUADERNO 57.—Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1927 a 1928, por el *Ilmo. Sr. Dr. D. Joaquín Ros y Gómez*, Catedrático de la Facultad de Derecho.—62 páginas. (Agotado).
- CUADERNOS 58 Y 59.—Memorias y Estadísticas de los Cursos 1927-1928 y 1928-1929, preparadas por la Secretaría general de la Universidad de Valencia.—122 páginas.
- CUADERNOS 60 A 64.—(Sin publicar).

VOLUMEN 9.º — 1928-1929

- CUADERNO 65.—Orientación quirúrgica. Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1928 a 1929, por el *Dr. D. Enrique López Sancho*, Catedrático de la Facultad de Medicina.—70 páginas.
- CUADERNOS 66 Y 67.—Biografías de Francisco Pérez Bayer y José Iborra García, por el *Dr. D. Francisco Cantó Blasco*.—52 páginas y 2 láminas.
- CUADERNOS 68 Y 69.—Memorias y Estadísticas de los Cursos 1929-1930 y 1930-1931, preparadas por la Secretaría general de la Universidad de Valencia.—112 páginas.
- CUADERNOS 70 A 72.—(Sin publicar).

VOLUMEN 10 — 1929-1930

- CUADERNO 73.—La Química al servicio de la patria. Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1929 a 1930, por el *Dr. D. José Gascó y Oliag*, Catedrático de la Facultad de Ciencias.—62 páginas.
- CUADERNO 74.—La poesía del Cancionero de Uppsala, por *D. Leopoldo Querol Roso*.—118 páginas.

CUADERNOS 75 y 76.—Memorias y Estadísticas de los Cursos 1931-1932 y 1932-1933, preparadas por la Secretaría general de la Universidad de Valencia.—76 páginas.

CUADERNOS 77 A 80.—(Sin publicar).

#### VOLUMEN 11 — 1930-1931

CUADERNO 81.—El concepto romántico de la Historia. Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1930 a 1931, por el *Dr. D. Juan de Contreras, Marqués de Lozoya*, Catedrático de la Facultad de Filosofía y Letras.—56 páginas.

CUADERNO 82.—Discurso leído por el *Excmo. Sr. Conde de Gimeno*, en la solemne sesión necrológica que la Facultad de Medicina de Valencia celebró el 6 de diciembre de 1930, en honor del ilustre sabio español *Jaime Ferrán*.—34 páginas.

CUADERNO 83.—Facultad de Filosofía y Letras. Seminario de Arte Valenciano. Historia de la Pintura Valenciana. Memoria y Trabajos de los Cursos 1928-1929 y 1929-1930.—152 páginas y 14 láminas.

CUADERNOS 84 A 88.—(Sin publicar).

#### VOLUMEN 12 — 1931-1932

CUADERNO 89.—Los sistemas sociales contemporáneos y sus direcciones convergentes. Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1931 a 1932, por el *Dr. D. José Castán Tobeñas*, Catedrático de la Facultad de Derecho.—120 páginas.

CUADERNO 90.—Negros y mulatos de Nueva España. (Historia de su alzamiento en Méjico en 1612), por *D. Luis Querol y Roso*, Ex Profesor de la Universidad de Valencia y Catedrático de Geografía e Historia.—46 páginas.

CUADERNOS 91 A 96.—(Sin publicar).

VOLUMEN 13 — 1932-1933

CUADERNO 97.—Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1932 a 1933, por el *Dr. Jesús Bartrina Capella*, Catedrático de la Facultad de Medicina.—70 páginas. (Agotado).

CUADERNOS 98 A 104.—(Sin publicar).

VOLUMEN 14 — 1933-1934

CUADERNO 105.—El azar y los fundamentos del cálculo de probabilidades. Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1933 a 1934, por el *Dr. D. Sixto Cámara Tecedor*, Catedrático de la Facultad de Ciencias.—84 páginas.

CUADERNO 106.—Los cuantos de acción, por *D. Fernando Ramón y Ferrando*, Profesor de Física de la Universidad de Valencia.—72 páginas.

CUADERNO 107.—El nuevo derecho de propiedad individual, Monografía, por *D. Manuel Marqués y Segarra*, Licenciado en Derecho.—92 páginas.

CUADERNOS 108 A 112.—(Sin publicar).

VOLUMEN 15 — 1934-1935

CUADERNO 113.—Juan Ortiz de Zárate. Tercer Adelantado del Río de la Plata 1515?-1576, por *D. Emilio Gómez Nadal*.—152 páginas.

CUADERNOS 124 A 128.—(Sin publicar).

VOLUMEN 16 — 1939-1940

CUADERNO 121.—El concepto de Nación según José Antonio. Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1939 a 1940, por el *Ilmo. Sr. Dr. D. Francisco Alcayde y Vilar*, Catedrático y Decano de la Facultad de Letras.—32 páginas. (Agotado).

- CUADERNO 122.—La nación como comunidad de existencia, por *Don Félix García Blázquez*, Doctor en Filosofía.—Platón y una idea actual del Estado, por *D. Manuel Souto Villas*, Doctor en Filosofía.—58 páginas. (Agotado).
- CUADERNO 123.—Fosfatasa y Fracturas: Contribución al estudio de la Bioquímica de la calcificación del callo, por *Don José Gascó Pascual*, Profesor Auxiliar de la Facultad de Medicina.—136 páginas y 48 grabados.
- CUADERNOS 124 A 128.—(Sin publicar).

#### VOLUMEN 17 — 1940-1941

- CUADERNO 129.—Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1940 a 1941; por el *Dr. D. Salvador Salom Antequera*, Catedrático de la Facultad de Derecho.—80 páginas. (Agotado).
- CUADERNO 130.—Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1940 a 1941, por *D. Guzmán Zamorano Ruiz*, Jefe del Distrito Universitario del S. E. U. de Valencia.—16 páginas. (Agotado).
- CUADERNO 131.—Juan Luis Vives. Ofrenda de su Universidad en el IV Centenario de su muerte.—Aportaciones, Conferencias y Pensamientos, recopilados por el *Ilustrísimo Sr. D. Francisco Alcayde Vilar*, Decano de la Facultad de Letras.—308 páginas y 10 láminas. (Agotado).
- CUADERNOS 132 A 136.—(Sin publicar).

#### VOLUMEN 18 — 1941-1942

- CUADERNO 137.—Oración Inaugural. Curso Académico 1941 a 1942, leído por el *Excmo. Sr. Dr. D. Fernando Rodríguez-Fornos y González*, Catedrático de la Facultad de Medicina y Rector de la Universidad.—50 páginas. (Agotado).
- CUADERNOS 138 A 144.—(Sin publicar).



## VOLUMEN 19 — 1942-1943

CUADERNO 145.—El Corcho. Discurso leído en la solemne inauguración del Curso Académico de 1942 a 1943, por *D. Ignacio Ribas Marqués*, Catedrático de la Facultad de Ciencias.—22 páginas. (Agotado).

CUADERNO 146.—Discurso leído en la solemne apertura del Curso 1942 a 1943, por *D. Rafael Cerezo Enriquez*, Jefe del Distrito Universitario del S. E. U. de Valencia.—16 páginas.

CUADERNO 147.—Constitución molecular de la quinhidrona, por *Don Octavio Rafael Foz Gazulla*, Catedrático de la Facultad de Ciencias.—84 páginas y 3 láminas.

CUADERNOS 148 A 152.—(Sin publicar).

## VOLUMEN 20 — 1943-1944

CUADERNO 153.—Valencia y los Reyes Católicos (1479-1493). Discurso leído en la solemne inauguración del Curso 1943 a 1944, por *D. Manuel Ballesteros Gaibrois*, Catedrático de la Facultad de Filosofía y Letras.—110-civ páginas.

CUADERNO 154.—Discurso leído en la solemne apertura del Curso 1943 a 1944, por *D. Rafael Cerezo Enriquez*, Jefe del Distrito Universitario del S. E. U. de Valencia.—18 páginas.

CUADERNOS 155 A 160.—(Sin publicar).

## VOLUMEN 21 — 1944-1945

CUADERNO 161.—La situación anormal del comerciante y sus soluciones legales. Discurso leído en la solemne inauguración del Curso 1944 a 1945, por el *M. I. Sr. Dr. D. Ricardo Mur Sancho*, Catedrático de Derecho Mercantil.—94 páginas. (Agotado).

CUADERNO 162.—Discurso leído en la solemne apertura del Curso 1944 a 1945, por *D. Rafael Cerezo Enriquez*, Jefe del Frente de Juventudes del Distrito Universitario de Valencia.—18 páginas.

CUADERNOS 163 A 168.—(Sin publicar).

#### VOLUMEN 22 — 1945-1946

CUADERNO 169.—Influencia social de la Medicina. Discurso leído en la solemne inauguración del Curso 1945 a 1946, por el *Dr. D. Miguel Martí Pastor*, Catedrático de la Facultad de Medicina.—54 páginas.

CUADERNO 170.—Discurso leído en la solemne apertura del Curso 1945 a 1946, por el camarada *Rafael Cerezo Enriquez*, Jefe del Frente de Juventudes del Distrito Universitario de Valencia.—20 páginas.

CUADERNOS 171 A 176.—(Sin publicar).

#### VOLUMEN 23 — 1946-1947

CUADERNO 177.—Orientaciones analíticas para el estudio químico de los subproductos del arroz. Discurso leído en la solemne inauguración del Curso 1946 a 1947, por *D. Francisco de A. Bosch Ariño*, Vicedecano de la Facultad de Ciencias.—86 páginas.

CUADERNOS 178 A 184.—(Sin publicar).

#### VOLUMEN 24 — 1950-1951

CUADERNO I.—*Filosofía y Letras*. Las pasiones como enlace entre el alma y el cuerpo, por *D. Francisco Alcayde Vilar*.—116 páginas.

CUADERNO II.—*Ciencias*. Avances en la Tecnología de los agrios y del arroz, por el *Laboratorio de Química de la Facultad de Ciencias*.—148 páginas.

CUADERNO III.—Crónica de la Vida Universitaria en el curso 1950-51. 162 páginas.

VOLUMEN 25 — 1951-52

- CUADERNO I.—*Ciencias*. La técnica fotográfica en física nuclear y radiación cósmica, por *D. Joaquín Catalá de Alemania*.—XVI + 76 páginas.
- CUADERNO II.—*Derecho*. Lección de Pío XII a los juristas, por *D. José Corts Grau*; Evolución y problemas del Derecho presupuestario, por *D. José M.<sup>a</sup> Naharro Mora*; Polémica española sobre el «Ensayo», de Donoso Cortés, por *D. Diego Sevilla Andrés*. Notas y comentarios.—185 páginas.
- CUADERNO III.—*Medicina*. Ferrán: hombre de ciencia, por *D. Luis Barjau Gallach*; Ferrán: Bacteriólogo y sanitario, por *D. Juan Durich Espuñes*; Ferrán y el cólera del 85 en Valencia, por *D. Vicente Sanchis-Bayarri*; Ferrán: Caballero español, por *D. José Martí Mateu*.—Notas y comunicaciones: Estudio sobre las lesiones Anatómo-patológicas del reumatismo cardíaco deducidas en una estadística de mil autopsias locales, por *D. Antonio Llombart Rodríguez*; Las universidades canadienses y los estudios de medicina.—La Universidad Mc. Gill de Montreal, por *D. Wenceslao Calvo*.
- CUADERNO IV.—*Filosofía y Letras*. Génesis y ascendencia de Celestina, por *D. Francisco Sánchez-Castañer y Mena*. (En prensa.)
- CUADERNO V.—Crónica de la vida universitaria en el curso 1951-52. 244 páginas.

VOLUMEN 26 — 1952-53

- CUADERNO I.—*Filosofía y Letras*. La lección política de los Reyes Católicos, por *D. Pablo Álvarez Rubiano*. 139 págs.
- CUADERNO II.—*Ciencias*. Producción de anhídrido sulfuroso puro mediante la técnica de polvo fluidificado, por *W. K Lewis*, *E. Costa Novella*, *W. M. Chow*. Deseccación, por *D. Enrique Costa Novella*.—104 páginas.

## OTRAS PUBLICACIONES

- Catálogo de una serie de cartas de los Reyes Católicos, por *C. Abenia* y *R. Báguena*, con una introducción de *D. Manuel Ballesteros-Gai-brois*. Valencia, 1945. 15 pesetas.
- Bases para el estudio de la Patología Quirúrgica, por *D. José Gasco Pascual*. Valencia, 1944. 12 pesetas.
- El trastorno mental transitorio, por *D. Leopoldo López Gómez*. Valencia, 1945. 10 pesetas.
- Intoxicaciones por los hongos, por *D. Leopoldo López Gómez*. Valencia, 1947. 18 pesetas.
- La Academia Valenciana de Bellas Artes, por *D. Felipe Garín Ortiz*. Valencia, 1945. 15 pesetas.
- Lecciones de clínica hidrológica, por *D. Tomás Alcober*. Valencia, 1947. 45 pesetas.
- Memoria anual de la Universidad de Valencia. Curso 1945-46.
- Estudios acerca de calores de disolución y dilución, por *D. Manuel Colomina Barberá*. Valencia, 1947. 27 pesetas.
- Catalogus Seminum in Horto Botanico Universitatis Valentinae (Publicación anual).
- El clima de la España cuaternaria y los factores de su formación, por *D. Luis García-Sainz*. Valencia, 1947. 100 pesetas.
- Penumbra y primeros albores en la génesis y evolución del mito quijotesco, por *D. Francisco Sánchez-Castañer y Mena*. Valencia, 1948. 60 pesetas.
- Las dos fases del regionalismo internacional, por *D. José Ramón de Orúe*. Valencia, 1949. 30 pesetas.
- Evolución de la Quimioterapia, por el *Dr. D. Vicente Belloch Montecosinos*. Valencia, 1949. 50 pesetas.

Para la adquisición de estas publicaciones, dirigirse al *Secretariado de Publicaciones*. Universidad de Valencia.