

relación entre ambos. También el Gobernador entendía asimismo en los problemas de competencia por recusación del Mostassaf en sus funciones judiciales, ya que la investidura le confería pleno derecho de presidir el tribunal donde se ventilaban las cuestiones que caían bajo su competencia. El trabajo describe todas las formalidades para el nombramiento del Mostassaf, la duración de sus funciones, las exigencias de financiación del cargo y responsabilidades a que quedaba sujeto, el servicio personal que tenía adscrito tanto para el normal desempeño de sus funciones como para dar a su presencia el fausto necesario. Y se ve claramente cómo el cargo va evolucionando y cómo las Pragmáticas Reales van fijando su contenido. Así, la de 1393 reserva tal Magistratura para los «homes de staments de cavallers e de ciutadans» y más tarde el Régimen de «Sach e de Sort» da las normas de gobierno por las que se regirá tal Oficio hasta la época de Felipe V, en cuyo reinado declinan las tradicionales instituciones municipales al imponerse el Real Decreto de 21 de octubre de 1718.

Además de lo cual, encontramos en la publicación del Consejo la transcripción completa del Libre, según la versión del maestro caligrafo Juan Palles del año 1449. Ciento ochenta y cinco documentos entresacados del Libre Judicial y del de las Provisiones del Mostassaf. La relación de las personas que ejercieron el Oficio cierra este número dos de los publicados por la Sección de Valencia de la Escuela de Estudios Medievales.

JOSÉ FORT Y PASCUAL

VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN: *El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia (Contra la doctrina de la litis contestatio)*. Bosch, Barcelona, 1950, 162 págs.

He aquí una interesante obra de Víctor Fairén, que lo es, no sólo desde el punto de vista procesal, por su notable y constructiva aportación en pro de una nueva interpretación de las normas procesales—punto de vista éste al que no haremos referencia, puesto que ha sido objeto de una recensión para el A. D. C. por un especialista—, sino por su abundante contenido histórico y las facultades de historiador de que hace gala en toda la primera parte de ella.

Es ya por demás sugestivo el subtítulo, cual arteria radial en donde se puede empezar a pulsar el espíritu de destrucción constructiva que anima al autor y el estilo enérgico, claro, conciso y terminante, que no puede menos que convencer, con que está desarrollada toda la obra. El contenido histórico, que el autor considera podría ser excesivo en países en que no se concibe pueda subsistir en un Estado moderno la idea del contrato procesal, es muy completo y está sistemáticamente estudiado, desde la época romana hasta nuestros días. Conoce el autor perfectamente las fuentes y las examina de un modo profundo, ordenado y, lo que es más importante, extrayendo consecuencias.

Después de hacer un rápido croquis de los modos de terminar el proceso con relación a su reiterabilidad, y un más detenido examen del estado actual del desistimiento en la primera instancia, según la legislación, doctrina y jurisprudencia españolas, entra de lleno en el estudio de la esencia y evolución histórica de la *litis contestatio* y el efecto consuntivo de las acciones que primitivamente producía.

Al estimar errónea la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo, puesto que ni la *litis contestatio* ni el efecto consuntivo pueden subsistir por el estado actual de las ideas sobre la potestad jurisdiccional, «es menester estudiar si la *l. c.* pasó del D. Romano clásico al postclásico; si de éste pasó al Común y de éste al Español, y seguir paralelamente la evolución del efecto consuntivo que primitivamente producía su conclusión, por ver si tuvo acceso a los ordenamientos jurídicos históricos españoles y aun al actual, o bien si desapareció».

Da una versión simple, pero clara y precisa de la *litis contestatio* y de las causas que provocaron el nacimiento del efecto consuntivo y los modos de producirse. Sigue la evolución de su significado e importancia en el proceso formulario y en el procedimiento *extra ordinem*, en el cual pasa a ser innecesaria y eventual. La mutación sufrida por Roma en su constitución dió lugar al paso del *ordo privatorum judiciorum* a la *cognitio extra ordinem*. Al crecer la autoridad del Estado aumenta progresivamente su injerencia, que hace desaparecer toda forma de contractualismo entre el poder público y el ciudadano, contractualismo superado por el *imperium* con el consiguiente refuerzo de la autoridad estatal y la disminución en la libertad e independencia procesales.

Puesto que al desarrollarse ante el Magistrado la *cognitio extra ordinem* no es necesaria la sujeción contractual de las partes, porque ya lo están por el *imperium*, es por un afán tradicionalista, romántico, o bien por halagar al pueblo conservando una forma de raigambre democrática, por lo que se ingeniaron los juristas para sustituir la antigua forma de la *l. c.* por otra que pudiera introducirse en el momento procesal en que ella tenía lugar.

Es, por tanto, la *litis contestatio* en la *cognitio extra ordinem* un momento procesal eventual que por falta de necesidad deja de producir los efectos que le eran característicos en el proceso clásico.

Por el deseo de liberar al proceso de formulismos inútiles que lo hacían costoso y largo, los juristas y canonistas italianos asestaron un golpe mortal a la *l. c.* con la creación de los juicios sumarios indeterminados que, a juicio del autor, deben denominarse «plenarios rápidos». Reflejo de esta tendencia son los estatutos de diversas ciudades italianas, en especial el *Breve Pisani Communis* y, en 1306, la Clementina *Saepe contingit*.

El Renacimiento hace que se produzca una hipertrofia procesal alrededor de la *litis contestatio*. Sobre material romano y canónico se la construye ya como contrato ya como cuasi-contrato, sin que a nadie se le ocurra observar la revolución procesal producida por la Clementina *Saepe contin-*

git ni la incompatibilidad de la naturaleza contractual de la jurisdicción con el estado de ideas sobre ésta y los poderes estatales.

«La noción clásica de la *l. c.* aparece con gran brillantez de exposición en las Partidas. Su examen es de gran importancia, porque, prescindiendo de la cuestión del valor legal de este cuerpo en las diferentes épocas, es el que sirve de base al T. S. para construir el concepto de juicio. Justamente es la Ley III del T. I y Partida III la que es utilizada por dicho Tribunal para determinar el momento del comienzo del litigio, y con ello, aquel a partir del cual el desestimiento ha de ser aceptado por el demandado. Y esta ley es la que entroniza en el proceso civil a la *l. c.*».

Dice: «Començamiento e rays de todo pleyto, sobre que deue ser dado juyzio, es quando entran en el, por demanda e por respuesta, delante del judgador. E esso se deue fazer en essa manera, mostrando el demandador su demanda, por palabra o por escripto, según diximos de suso, en las leyes que fablan de los demandadores, e de los demandados. Pero si el demandado faze la respuesta en nome de otri, abunda para se começado el pleyto, que diga respondiendo a la demanda... E por ende digo, que non deven fazer lo que el demandado, en cualquier destas maneras, que de suso diximos, que responda el demandado a la demanda que le fazen, cumple para ser começado el pleyto por demanda e por respuesta, que dezen en latin *contestatio*».

Los textos legales aragoneses recopilados y la doctrina en torno a ellos nos muestra la existencia de la *l. c.*, pero queda reducida en cuanto a su trascendencia a mínima expresión, por cuanto que es posible el proceso en rebeldía del demandado (Fuero *De litis contestatione*, L. III de la Recopilación).

Al darse en España el fenómeno que en Italia había provocado la creación de los procesos plenarios rápidos, los legisladores y doctrina admiten procesos exentos de *l. c.* y se crean tipos inspirados en la Clementina *Saepe*.

El proceso plenario rápido en materia mercantil aparece en una ley promulgada en Medina del Campo en 1494, por la que se daba al Prior y Cónsules de Burgos jurisdicción para conocer de cuestiones de dación de cuentas, fraude, dolo, compraventa, concursos, sobre efectos comerciales, seguros, fletes, averías y «todas las causas que se ofrecieron entre mercaderes y sus compañeros, y factores, sobre todas las cosas tocantes, y pertenecientes al trato de mercancías».

En materia civil lo crea una ley dada por D.<sup>a</sup> Juana y D. Carlos en 1534. Por ella 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 la 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...».

Dos procesos sumarios en que no era precisa la *l. c.*, por lo que puede deducirse con buen sentido que, si era susceptible de ser suprimida, es que

había pasado a ser inútil, y, siendo así, es evidente que ya no era el fundamento del proceso.

La idea de la *litis contestatio* perdura en la doctrina y en la legislación hasta la Ley de Enjuiciamiento civil de 1885 y su concepto pasa a la vigente. Esta no ha evitado que se vean en ella claros vestigios de la *l. c.* Por esto y por un tradicionalismo jurídico mal entendido es por lo que se la invoca como institución utilísima, viva y de actualidad.

De la existencia de juicios como los *quae imperio continentur* y lo mismo el procedimiento ante los *recuperatores*, en los que no existía efecto consuntivo, hay que deducir que aun en plena época clásica desaparecía ya el efecto consuntivo, lo cual sólo se puede explicar por la desaparición de su causa: *la litis contestatio*.

«La forma más lógica de la desaparición del efecto consuntivo se da al aparecer la posibilidad de que pueda volver a ser incoado de nuevo el proceso; esto es lo que actualmente llamamos desistimiento».

En algunos textos importantes se habla de desistimiento:

D. V. 1, 10 (Ulpiano). *Destitisse videtur non qui distulit, sed qui liti renuntiavit in totum: desistere enim est de negotio abstinere, quod calumniandi animo instituerat. [Plane si quis cognita rei veritate suum negotium deseruerit nolens in lite improba perseverare, quam calumniae causa non instituerat, is destitisse non videtur].*

D. XXXVIII, 2, 16 3 (Ulpiano). *Petisse in servitutem non videtur qui ante litem contestatam destitit [sed et si post litem contestatam dicendum est nec id nocere debere, quia non usque ad sententiam duravit].*

Y de renuncia en C. II, 3, 4. *Postquam liti de praedio motae renunciasti, causam finitam instaurari nulla ratio permittit.*

Del confronto surge la diferencia entre ambos conceptos en la época justiniana. Diferencia de conceptos que en definitiva significa que la *l. c.* ya no producía efecto consuntivo al darse con el desistimiento la posibilidad de reiterar el proceso.

Sustituye Büchka el decaído efecto consuntivo por el principio de vinculación del actor al proceso, cuya idea ve él en el D. justiniano, y al elaborar esta vinculación confunde materiales romanos con otros del D. Común. Esta vinculación pasó, según él, al D. Común con la *l. c.*; por esto se permitía al actor retirar la demanda hasta ella y después de la misma era incluso compelido a continuar el proceso. Fairén estima superada esta concepción, en la que se confunden elementos germánicos y romanos y no se distingue claramente entre D. Romano y Común; aparte que considera por demás evidentes los textos y argumentos empleados para demostrar la desaparición del efecto consuntivo en el D. Romano postclásico.

En las Partidas aparecen solemnes declaraciones sobre la producción del efecto consuntivo, pero aparecen indicios que permiten asegurar su inexistencia. El texto en que el autor considera reconocido el efecto consuntivo es la Ley II, Título X y Partida III, que dice: «Señaladas preguntas pueden ser fechas a las partes en juicio, ante que el pleyto principal se comience por demanda e por respuesta: así como diximos en la

ley ante desta. E porque a las vegadas se arrepienten de lo que respondieron: queremos aqui departir, quando lo pueden fazer. E decimos: que si el demandador, o el demendado, otorgare ante el judgador alguna de las cosas que de suso diximos, si después se arrepintiere de lo que respondió, ante quel pleyto principal sea comenzado por demanda, e por respuesta, que lo puede revocar, si quisiere: assi como mostramos en el título del demandado, en las leyes que fablan en esta razon. Mas si respondiere alguna de las partes después que el pleyto fuere comenzado sobre pregunta que le fiziessen, non la puede despues revocar. Fueras ende, si dixese que la fiziera por yerro, en la manera que dize en el título de las preguntas, e de las conocencias, que fazen a alguna de las partes, despues que el pleyto es comenzado por demanda, e por respuesta».

Este texto concuerda fundamentalmente con la Ley XXIV de las *Nuevas* de Alfonso X, es decir, que hacen posible el desistimiento de la demanda antes de la *l. c.* Después de ésta, no cabría el desistimiento y sí sólo la renuncia a la acción. En la Ley IX, Título XXII y Partida III aparece una actuación del actor que supone desistimiento, sin que se distinga si se produce antes o después de la *l. c.*

Nada dicen las Partidas sobre si el desistimiento era unilateral o bilateral, pero en la citada Ley IX se ve claramente la posibilidad de que sea tácito.

La doctrina del desistimiento se imponía en las obras de los juristas Alciato, Barbosa, Pichardo y, sobre todo, Villadiego, que elabora una doctrina sobre la materia que puede parangonarse con las modernas.

Es decir que «por todas partes aparecen muestras de la desaparición del efecto consuntivo de la *litis contestatio*. Y por ello había que considerar que cuando se trata de revivirlo se olvida no sólo la moderna doctrina, sino también la histórica».

Capítulo aparte dedica a la doctrina de la vinculación del actor al proceso, cuyo origen y evolución tiene con el actual contenido de la expresión una relación paralela a la que puede tener la *l. c.* y su efecto consuntivo. En algún momento de su evolución se muestra con más claridad que en la *litis contestatio* un fundamento no contractual y es más adecuada para relacionarla con las modernas doctrinas sobre la naturaleza jurídica del proceso.

La vinculación aparece en épocas antiguas del D. procesal germánico; pero de una manera clara en el Espéculo de Sajonia. Esta se producía en el momento en que el actor comenzara la discusión, pues, caso de no continuarla, se le condenaba sobre el fondo del asunto.

Puede inducirse la entrada en España de la idea de la vinculación al proceso a través de las disposiciones del Fuero Juzgo que manifiestan el deseo de que los pleitos terminen pronto y por sentencia; por eso se castiga la incomparecencia de las partes, se ordena a los jueces que terminen sentenciando los pleitos y se prohíben los actos dispositivos a las partes.

Una colección de Fueros aragoneses del siglo XIII, al dar por perdido el pleito al que no comparezca después de jurar aportar testigos, y la dis-

posición análoga del Fuero de Estella, detallando que se ha de haber dictado sentencia de prueba, producen efectos semejantes a los citados por Planck con referencia al Derecho alemán y, por tanto, más relacionados con la idea de vinculación que con la de *l. c.*, como supone López Ortiz.

Con la Recepción se produjo la sustitución de la idea de vinculación por la derivada de la *l. c.*, idea que campea en la doctrina hasta que se empieza a investigar sobre la naturaleza jurídica del proceso.

Nuestros juristas, por un tradicionalismo inexplicable, prefieren siempre el Derecho romanizado al germánico. «Quizá hubiera seguido otra evolución la doctrina procesal científica y legal españolas si se hubiera tenido en cuenta por los Tribunales y por los autores de la Novísima Recopilación la Real Cédula de 15 de julio de 1888, que daba al Fuero Juzgo precedencia sobre las Partidas; pero por razones de apego a la rutina hicieron que dicho Fuero continuase imposibilitado de aplicación de tal modo que la Real Cédula citada no pasó de tener un valor teórico.»

ALFONSO OTERO

LOUIS-THÉO MAES: *La peine de mort dans le Droit criminel de Malines*. Separata de la «Revue Historique de Droit français et étranger». París, 1950, págs. 372-401.

La villa de Malinas, tres veces capital de los antiguos Países Bajos, políticamente bajo la dominación de Margarita de Austria, religiosamente después con el Cardenal Granvelle y judicialmente con la presencia del Gran Consejo dentro de sus murallas, formaba un territorio dentro del antiguo ducado de Brabante, que siempre miró celosamente por su independencia, no solamente en los conflictos con Amberes y Bruselas, sino frente a frente con el poder central representado por el príncipe-arzobispo de Lieja, duque de Brabante, conde de Flandes, o los poderosos Soberanos de Borgoña y Habsburgo.

Circunscribiéndose esta monografía del ilustre historiador del Derecho penal Louis-Théo Maes a la pena de muerte en el Derecho penal de Malinas, estudia todo el Derecho consuetudinario punitivo, que oscila entre la intimidación cruel y severa y la corrección. Al propio tiempo examina la publicidad en el cumplimiento de las penas, que constituía una gran fiesta en la plaza mayor, con la exposición de todos los instrumentos de tortura, y la flagelación, que era administrada en plena calle, siendo frecuentes los destierros y las expulsiones del territorio nacional, y en todo caso acompañados de un prigionero, a toque de trompeta, hasta las puertas de la ciudad.

En el Derecho germánico, la ejecución del criminal condenado a la pena capital era considerada no como una sanción, sino como una especie de sacrificio a los dioses, y todas las ejecuciones públicas presentaban en sus orígenes un carácter sagrado. El criminal era un ser impuro, indeseable para su pueblo, que debía defenderse contra él, y para conseguir la benevolencia de los dioses, no descansaba la comunidad hasta lograr su pureza.