

## JURISDICCIÓN "VOLUNTARIA", JUICIOS SUMARIOS: LAS CONFUSIONES EN LA HISTORIA Y SU EVOLUCIÓN. POSIBLES SOLUCIONES \*

La forma italiana del procedimiento cameral o en *camera di consiglio*, suscita diversos problemas en cuanto al continente —esto es, en cuanto al mismo procedimiento—, en cuanto al contenido —diversidad de materias, de las que unas de la llamada "jurisdicción voluntaria" y otras, claramente, no—<sup>1</sup> y en cuanto al futuro, visto su presente, cada vez más amplio. Es el gravísimo problema, eterno, de las fronteras; con quien linda, cómo son esos linderos —frontera "línea", o frontera "zona"— cómo se mueven casi constantemente. Problemas muy difíciles, de vigilar el *movimiento* hallándose el observador también sujeto a *movimientos*. En este momento —punto en el tiempo— quizás examinando la posibilidad de una ósmosis entre las esferas de lo procesal contencioso y de lo "procedimental (utilizo esta palabra para no prejuzgar sobre determinadas doctrinas) voluntario", puede darse una puerta más de salida a situaciones prácticas que hoy día en Italia (y en España) se consideran insatisfactorias.

El haberse utilizado formas procesales contenciosas para evacuar tales procedimientos, no es la menor queja —por su proximidad, hasta la confusión en la Ley, con actuaciones de la llamada "jurisdicción voluntaria"—.<sup>2</sup>

Se trataría una vez más del problema de la "estructura relacionada con las funciones".<sup>3</sup>

\* Comunicación a la XVII Reunión de la "Associazione Italiana fra gli studio del processo civile", Palermo, octubre de 1989.

<sup>1</sup> Se cita a la adopción, al divorcio, a la separación personal de cónyuges... Cfr. Fazzalari, "Procedimento camerale e tutela dei diritti", *Rivista di Diritto Processuale*, 1988, núm. 4, pp. 909 y ss., esp. pp. 915 y ss.; en perspectiva, Satta, *Manual de derecho procesal civil* (trad. Sentis Melendo), Buenos Aires, EJEA, 1971, vol. II pp. 245 y ss.

<sup>2</sup> Cfr. Fazzalari, *op. cit.*, p. 911; Satta, *op. cit.*, vol. II, p. 246.

<sup>3</sup> En otra expresión, de la diferencia y correlación entre "sustancia" y "forma" de Cerino-Canova, *cit.* por Mandrioli, "Procedimenti camerali di diritto e ricorso straordinario per cassazione", *Rivista di Diritto Privato*, núm. 4, 1988, esp. p. 927.

No se debería dejar aparte al titular personal de todas estas actividades: el juez; de unas —las claramente jurisdiccionales— y de otras —las de la llamada “jurisdicción voluntaria”—; es una figura de primer orden en cuanto a los empleados (y a propósito, no utilizo la palabra “funcionarios”, más estricta), calificada por su independencia, sostenida a su vez por potentes corazas frente a su propio patrono y no se la puede considerar como un punto *négligeable* o de escasa trascendencia.<sup>4</sup> Con esto, me enfrento al riesgo de considerar dividida en dos grupos la actividad, tan heterogénea, de la “jurisdicción voluntaria”, esto es, en “judicial” y “no judicial”; distinción ya clásica, que pone de manifiesto una posible inanidad de tantos y tan brillantes esfuerzos dedicados al estudio de su naturaleza —y aquí está uno de estos grandes estudiosos, el profesor Allorio— como categoría jurídica.

Al examinar lo que podría denominarse “el exterior” o “apariencia” del proceso de cognición, confrontado con el camerale, dice Fazzalari:

En resumen, el proceso de cognición presenta las siguientes características de conjunto: tiene como presupuesto la (afirmada) violación del derecho subjetivo; está coordinado con la demanda (*nemo iudex sine actore*); está presidido por juez ajeno a la situación controvertida;<sup>5</sup> se realiza un contradictorio exhaustivo sobre todas las cuestiones, sean procesales o de fondo; desemboca en un proveído irrevocable. Estos caracteres son connaturales a la tutela de los derechos a la que se dirige la jurisdicción; y tornan coherente tal actividad.<sup>6</sup>

El procedimiento camerale —continúa este autor— no está coordinado a la lesión del derecho subjetivo; puede ser promovido de oficio; está sometido a los más amplios poderes directivos del magistrado; en él, no hay contradictorio,<sup>7</sup> ni siquiera en orden a la recogida de

<sup>4</sup> No puedo aquí estar de acuerdo totalmente con el profesor Fazzalari, nuestro ponente (“Procedimiento camerale”, 914), sino mejor, por ejemplo, con Micheli, en “Significado y límites de la jurisdicción voluntaria”, en la traducción española de sus *Estudios de derecho procesal civil* por Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1970, pp. 115 y ss., esp. pp. 129 y ss. La “imparcialidad” judicial está amparada por garantías como no se hallan en otras esferas de la actividad del Estado.

<sup>5</sup> De acuerdo con Fazzalari, *op. cit.*, véase la nota 9, en cuanto a la diferencia entre la “imparcialidad” del juez y la de la administración.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 912.

<sup>7</sup> “No hay contradictorio”. Aquí está la esencia de la llamada “jurisdicción voluntaria”. Porque no hay “conflicto”, ni siquiera aparente; y por ello, no hay “partes”. La idea fundamental del proceso como “*actus trium personarum*”, falla totalmente.

los hechos; termina con decreto, sujeto a revocación y/o modificación.<sup>8</sup>

Estamos conscientes de las graves dificultades que se oponen a la construcción de un concepto de orígenes tan vagos como el de la "jurisdicción voluntaria";<sup>9</sup> que ha promovido tantos equívocos en la legislación moderna;<sup>10</sup> la doctrina —y recordemos aquí la de los grandes maestros

<sup>8</sup> Cfr. Fazzalari, *op. cit.*, p. 913.

Recuérdese que "el contradictorio" se da poco en gran cantidad de actividades estatales, incluso en el ámbito del derecho privado. Así, en los procesos cautelares, en los monitorios, etcétera. Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, "Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria", en *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, Padua, CEDAM, 1951, vol. I, pp. 1-55 y en *Estudios de Teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, t. I, pp. 117 y ss., esp. p. 126.

En la esfera de lo normativo, en cuántas ocasiones se rehúye el contradictorio del Parlamento, buscando refugio en decretos y órdenes ministeriales... El TC español tiene ya una vasta labor realizada desenmascarando al Ejecutivo en estos fugios.

<sup>9</sup> El fr. de Marciano (D, 1, 16, 2) tan controvertido, al parecer interpolado [Cfr. la clásica crítica de De Martino, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padua, CEDAM, 1937, *passim* y su referencia a Solazzi, "Jurisdictio contentiosa e voluntaria belle fonti romane", *Archivio Giuridico*, 98 (1927)]. Fazzalari también apunta a la Glosa (*op. cit.*, p. 912, nota 8). Únase el esforzado libro de Fernández de Buján, *Jurisdicción voluntaria en derecho romano*, Madrid, Reus, 1986. El que algún otro autor lleve a los jóvenes estudiantes o juristas recién salidos de las aulas que aspiran a la judicatura, conclusiones que deben disputarse como un esfuerzo para incorporar al derecho romano, lo que más bien parece ser obra mayor del derecho intermedio, me parece atrevido.

A la vista de la enorme cantidad de pruebas que nos dejaron los glosadores, los posglosadores y los comentaristas y de su *efectividad práctica*, seguimos pensando que —aunque el fr. de Marciano no estuviese interpolado, lo que se discute—, las claves actuales de la llamada "jurisdicción voluntaria" mejor deben de hallarse en aquellas doctrinas.

<sup>10</sup> "Nombre inadecuado". Dice Alcalá-Zamora y Castillo que "Pocas veces una construcción jurídica, de existencia plurisecular y plurinacional... habrá descansado sobre cimiento tan deleznable. Que, por ejemplo, la famosa definición de Celso acerca de la acción haya perdurado hasta nuestros días y que aún conserve irreductibles partidarios, se explica por diversos motivos, entre otros, además de su claridad y de su concisión, porque realmente es... una definición de la acción. Pero que el insípido pasaje de Marciano, ya sea auténtico o interpolado, haya resistido las inclemencias del tiempo, engendrado numerosas teorías y creado dificultades sin fin, es algo que debiera producir estupor, ya porque no pasa de insinuar una distinción, sin fijarle un solo rasgo o atributo. Mas de él arranca el nombre, que ha prevalecido contra viento y marea. Porque, con raras excepciones, si algún resultado concluyente se ha logrado en materia de jurisdicción voluntaria, es el de que no es ni lo uno ni lo otro. No es jurisdicción porque en la variadísima lista de negocios que la integran será difícil encontrar alguno que satisfaga fines jurisdiccionales en estricto sentido; y mucho menos es voluntaria, porque con frecuencia la intervención judicial resulta para los interesados en promoverla tan necesaria

italianos: Calamandrei, Carnelutti, Redenti— ha pretendido resolver el nudo gordiano “con las tijeras”;<sup>11</sup> a Liebman, a Micheli, a Mandrioli, a Denti, a nuestro presidente Allorio, quizás ha abandonado demasiado pronto el terreno de la práctica, de la lucha, en una materia tan proclive a las disceptaciones abstractas, en perjuicio de una especie de “clasificación continua” de los negocios, de los asuntos tan dispares que se nos ofrecen bajo tal denominación. La cautela debe imponerse; así lo vimos, por ejemplo, en el maestro Alcalá-Zamora y Castillo.<sup>12</sup> Quizás la actuación sobre la práctica dirigida por normas que se consideraran inadecuadas —podrían citarse, entre ellas, las del artículo 737 del CPC italiano— teniendo en cuenta las diversas rutas que la historia nos muestra, podría darnos soluciones más acertadas, aunque fueren pro-

o más que en la jurisdicción contenciosa, en la que, al menos cuando se trata de procesos civiles dispositivos, a diferencia de los inquisitorios, las partes pueden eludir el juicio, ponerle término o sustituirlo, por medios autocompositivos y hasta autodefensivos. Tan no es jurisdicción voluntaria... que expositores de diversos países, cual queriendo salvar el escrúpulo de conciencia inherente al empleo de una terminología inexacta, hablan, al referirse a ella de ‘die sogenannte freiwillige Gerichtsbarkeit’ o bien de la *cosi detta* o de la *soi-disante* o de la llamada jurisdicción voluntaria” (Alcalá-Zamora y Castillo, *op. cit.*, pp. 117 y ss.). “Como si un nombre inadecuado no suscitase ya suficiente perturbación —sigue este autor—, a él se une la desorientación legislativa acerca de lo que sea la jurisdicción voluntaria. Claro está que este reproche no puede dirigirse con igual fuerza a todos los legisladores, y *v. gr.*, es muy distinto el caso de Alemania, donde la jurisdicción voluntaria e incluso el concurso de acreedores se hallan regulados en textos distintos del relativo al genuino proceso civil, que el de España, donde... las tres materias se incluyen en la Ley de Enjuiciamiento y el contraste entre las dos jurisdicciones se erige en base de sistematización, con numerosos procedimientos en cada una. Entre ambos extremos, existen numerosas situaciones intermedias, cual la del Código de la Ciudad del Vaticano al incluir los de jurisdicción voluntaria como procedimientos especiales (*cfr.* libro III, título VI), aprovechando la elasticidad de tal rúbrica, o como la del código italiano de 1940, que ha intentado hasta escamotear el nombre (véase, sin embargo, el artículo 801), dentro del libro IV, también de procedimientos especiales y que, dicho sea de paso, dista mucho de brindar una ordenación satisfactoria. Pero ni siquiera en Alemania el legislador acertó por completo... la ley de 1898 no contiene toda la jurisdicción voluntaria, ni la ZPO se ve... libre de ella” (Alcalá-Zamora y Castillo, *op. cit.*, pp. 120 y ss.).

<sup>11</sup> *Cfr.* Carnacini, “Le norme di provvedimenti di giurisdizione volontaria”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 1961, pp. 593 y ss.

Sobre el “Proyecto Solmi” y la aparición, en lugar de la “jurisdicción voluntaria”, de los “procedimientos en cámara de consejo”, *cfr.* por ejemplo, Andrioli. *Comentario al Codice di Procedura Civile*, 3a. ed., Jovene, Nápoles, 1966, IV, pp. 425 y ss.

<sup>12</sup> *Cfr.*, además de la obra citada de Alcalá-Zamora y Castillo, “Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria”, ponencia general para el “Tercer Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil”, Venecia, 12-15 de abril de 1962, en sus *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, *cit.*, I, pp. 165 y ss.

visionales desde el punto de vista histórico, ya que la realidad *negocial* del *homo socialis* lanza continuamente cargas sobre los juristas, que no siempre son elaboradas en la soledad y la tranquilidad de un bufete. Algo de esto debió ocurrir a no pocos maestros medievales. Estoy de acuerdo en que

la actividad estructurada mediante el procedimiento cameral constituye el núcleo de la "jurisdicción voluntaria", pero no agota la categoría, a la cual se adscriben —por evidente razón de disciplina— otros procedimientos y procesos: entre ellos, la adopción, el divorcio,<sup>13</sup> la separación personal de los cónyuges. . . , la quiebra.<sup>14</sup>

El esquema procedimental del artículo 737 y siguientes, del CPC, es vago. Esta vaguedad favorece sus interpretaciones para extraer de él incluso un procedimiento contencioso más claro, y así parece operar la jurisprudencia del TC italiano.<sup>15</sup> Mas tal esquema se usa como un procedimiento para discusiones sobre derechos, contencioso.<sup>16</sup>

Este problema también lo conocemos en España, en donde se hallan por doquier —desde la Ley Hipotecaria hasta el Código de Comercio, pasando por la LEC— procedimientos de "jurisdicción voluntaria" mezclados con los contenciosos. "Ni son todos los que están, ni están todos los que son." Y el problema de clasificar, esclarecer y simplificar, no se va a solucionar cuando el grifo del que manan multiplicidades de negocios proteiformes y multicolores, sigue abierto. Será una labor de Penélope, más necesaria y útil en cada momento de la historia.

<sup>13</sup> Un ejemplo de comparaciones: en España, el divorcio se trata como procedimiento contencioso; en parte, se halla regulado en el Código Civil, en el que hay disposiciones procesales —el artículo 91, medidas cautelares—. "Provisionalmente" una ley del 7 de julio de 1981 organizó los procesos de divorcio. Una contradanza mal organizada.

<sup>14</sup> Cfr. Fazzalari, "Procedimento camerale. . .", *cit.*, pp. 915 y ss.

<sup>15</sup> Cfr., por ejemplo, Denti, "La giurisdizione volontaria rivisitata", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1987 (2), pp. 325 y ss.; Mandrioli, "Procedimenti. . .", *cit.*, pp. 921 y ss.

<sup>16</sup> Alcalá-Zamora y Castillo cierra uno de sus trabajos sobre la "jurisdicción voluntaria", resumiendo así las diferencias "esenciales" entre la jurisdicción contenciosa y la "voluntaria": se refirió a la de la terminología apropiada:

"Proceso (contencioso): litigio — partes — acción — demanda — jurisdicción — juzgador — sentencia."

"Expediente (voluntario): negocio — participantes — pedimento — solicitud — atribución — funcionario judicial — resolución (o acuerdo)."

Los autores italianos se quejan del abuso que supone aplicar el procedimiento *in camera di consiglio* a la “tutela de derechos” vulnerados —tendencia del legislador—; “previsiones anómalas de formas camerales”;<sup>17</sup> y marchan claramente hacia un proceso y procedimiento contenciosos, y *no indeterminados*, como parece sea el peligro derivado de esa “indeterminación del contradictorio, del sistema de recursos, de la cosa juzgada, etcétera.”<sup>18</sup> Así, Mandrioli opina que:

En estas y tantas hipótesis de previsión anómala de formas camerales —hipótesis que, en los últimos tiempos, se van haciendo cada vez más frecuentes, las más de las veces con el objetivo (no censurable en sí mismo, sino más bien apreciable) de evitar las longitudes del juicio ordinario de cognición— cae en crisis incluso el criterio indicador del despartidero entre las formas de cognición y las camerales en sentido propio, o sea, el criterio de la subsistencia o insubsistencia del proveído conclusivo de la actividad (no necesariamente un decreto)<sup>19</sup> del carácter de la revocabilidad —contra la cosa juzgada—, o sea, de la aplicabilidad directa o indirecta del artículo 742 o de una disposición equivalente.<sup>20</sup>

Y Fazzalari:

De todas maneras, en caso de utilización de aquellas formas (las del procedimiento *in camera di consiglio*, se entiende) para aquella tutela (la de “derechos violados”, se entiende) deben adecuarse el contradictorio (y no solamente en cuanto a la facultad de prueba) y el sistema de la impugnación (que no puede consistir en la reclamación del artículo 739 ni agotarse con el recurso de casación) debe ser asegurada, además de la motivación del proveído no interlocutorio, la estabilidad de su eficacia . . . Además, teniendo en cuenta este mínimo de garantías, el mismo legislador debería ser llevado a evitar la remisión a formas camerales (aunque sean correctas) y a la confusión que ello engendrará siempre, y a preferir la institución de

(Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, “Premisas . . .”, *cit.*, pp. 161 y ss.).

Con estos *specimen* de terminologías, extraídos de la doctrina, se pretende —y no se va descaminado— coadyuvar al resultado de diferenciar lo contencioso y la “jurisdicción voluntaria”.

<sup>17</sup> Cfr. Mandrioli, *op. cit.*, pp. 925 y ss.

<sup>18</sup> Cuidado al manejar la expresión “indeterminado” desde el punto de vista procesal. Tiene una lamentable historia. Cfr. *infra*.

<sup>19</sup> Sobre el “Decreto” como resolución italiana, cfr. el artículo 135 y el 737 del Código de Procedimientos Civiles.

<sup>20</sup> Cfr. Mandrioli, *op. cit.*, pp. 925 y ss.

un modelo aligerado de proceso de cognición, *ad instar* del procedimiento especial de trabajo y sin marcadas atenuaciones con respecto al mismo.<sup>21</sup> Pero entonces, quedará afrontado y resuelto el problema efectivo que se halla ligado a la desafortunada imposición del procedimiento cameral: no es cierto el problema, que no existe, de mezclar jurisdicción contenciosa y voluntaria, debilitando a la primera; y sí el de hallar el camino de una reforma aceptable del proceso jurisdiccional.<sup>22</sup>

Y nótese que, dentro de las diferencias internas entre los diversos artículos, se sigue pensando en esta vía; la de considerar al "rito cameral" como para "simplificar la tutela de los derechos, actuando de forma sumaria, pero siempre contenciosa".<sup>23</sup>

Las orientaciones de la Corte Constitucional, en el sentido de garantizar el contradictorio y el derecho a la prueba, son vistas como insuficientes;<sup>24</sup> en efecto, la falta de "definitividad" de la resolución final (artículo 742), lleva el problema al de la comparación —aunque no a la confusión— entre los "procedimientos cautelares" y los declarativos sumarios;<sup>25</sup> esto es, a evaluar en el campo de éstos, el principio *rebus sic stantibus*, que entiendo tiene intervención, combinando el "tiempo" —*urgentia necessitatis*— con la extensión de alegaciones,

<sup>21</sup> En varias publicaciones he llegado a la misma conclusión que Fazzalari. También el proceso laboral español —por lo menos hasta su reciente transformación— desgajado desde principios de este siglo del "juicio verbal civil" o "de mínima cuantía", es un juicio plenario rápido, que ha funcionado desde entonces —desde 1912— en gran diversidad de circunstancias políticas y económicas, y por obra de diversos tipos de tribunales —jurados, de jueces técnicos como ahora— sin mayores inconvenientes. Como perteneciente al tipo procesal de los "juicios de menor cuantía" (*sic*), en *Access to the Justice* se le considera como una de las posibles "salidas" de la crisis que azota a la administración de la justicia en España. Así lo señalé en mi ponencia nacional sobre el tema "Small Claim's Court's", al VII Congreso Internacional de Derecho Procesal [Gante, 1977; ponente general, profesor Fasching, de Viena: publ. de las "Actas" ("Towards a Justice wit Human Face") Amberes-Deventer, 1978].

<sup>22</sup> Cfr. Fazzalari, "Procedimento camerale...", *cit.*, pp. 918 y ss.

<sup>23</sup> Cfr. Denti, *op. cit.*, p. 326.

<sup>24</sup> *Idem*, p. 328; Fazzalari, *op. cit.*, p. 918, nota 42.

<sup>25</sup> Lo "cautelar" arguye "sumariedad", cognición —en lo que haya, posiblemente mínima— recortada, ya que así es suficiente dado su carácter instrumental. Empero, el concepto de sumariedad (mejor dicho, "los conceptos") se remiten más bien al proceso declarativo.

También cabría hablar de "ejecución sumaria" a la de las providencias cautelares, en el sentido de recortada, por su carácter de provisionalidad.

pruebas y resolución: problemas que forman el fondo de la *sumariedad* propiamente dicha en lo cognitivo.<sup>26</sup>

En resumen: parece irse hacia una compleción de las garantías, hasta ahora evanescentes y más bien en el plano de los principios, del procedimiento cameral del artículo 737 y siguientes del CPC, para que de tal *processus* emerja un juicio (contencioso, naturalmente) declarativo rápido y correcto, en cuanto a tales garantías. Lo que llamamos "un juicio plenario rápido".<sup>27</sup> O, en su caso, un "juicio declarativo sumario".<sup>28</sup> El *iter*, ya en curso (y más o menos avanzado, según los autores, más para Denti, menos para Manfredi y Fazzalari), se dibuja así:

... el procedimiento cameral, que, sobre la normatividad del CPC podía presentar una fisonomía suficientemente unitaria, se ha ido desarrollando, en la legislación y en la elaboración jurisprudencial,

<sup>26</sup> Sigo entendiendo, como defendí en mi obra *El juicio ordinario y los plenarios rápidos* (Barcelona, 1953, *passim*), y ahora en mi trabajo "El Consulado de la Lonja de Valencia: de proceso a arbitraje. Sus posibilidades" (*Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Madrid, EDESA, I, pp. 19-83, trabajo destinado a la Conmemoración del VII Centenario del "Libre del consulat de Mar" de Valencia), que los conceptos de "sumariedad" y de "plenario rápido", son diferentes, y se debe subsumir bajo la última expresión uno de los dos conceptos que se manejan actualmente de "sumariedad" con el resultado de confundir las cosas: el de "sumariedad = aceleración procedimental".

*Cfr.* también mis trabajos "El juicio ordinario, los plenarios rápidos y los sumarios", *Estudios de derecho procesal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 373 y ss.; "El 'Anteproyecto' de bases para el Código Procesal Civil de 1966", "La sistematización de los procedimientos declarativos españoles", "Líneas generales de un futuro procedimiento declarativo en primera instancia" y "Juicio ordinario, plenarios rápidos, sumario, sumarísimo", en mis *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, Tecnos, 1969, vols. I y II, *passim*. No he dejado de estudiar la historia, común a la actual Italia.

<sup>27</sup> *Cfr.* mis trabajos citados en la nota anterior y la bibliografía allí citada, esp. Briegleb, *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*, Leipzig, Tauchnitz, 1859, *passim*.

<sup>28</sup> *Cfr.* los trabajos citados en la nota 26. Se verá que rechazo el calificativo de "sumarios" para los procesos (mejor, procedimientos) que sólo se distinguen de los ordinarios en su mayor celeridad, pero no en limitaciones de la cognición —de alegaciones, de pruebas, de recursos— que puedan motivar una sentencia limitada.

El modelo de juicio plenario rápido —muy tardío, pero de enorme interés general— se puede tener en la Clementina *Saepe contingit* de 1306; el de juicio sumario, en el ejecutivo del Ordenamiento de Sevilla de 1360. (*Cfr.*, sobre él, mi trabajo "El nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo en España: el Ordenamiento sevillano de 1360", *Estudios de derecho procesal, cit.*, pp. 553 y ss.) Briegleb, en su "Geschichte des Executiv-Prozesses" (2a. ed., Lieschning, Stuttgart, 1845), trae toda una serie de modelos de tales juicios sumarios. Y de su *iter* histórico a partir de la "jurisdicción voluntaria notarial".

hacia un modelo de tutela simplificada [*hic sunt leones*, interpolamos: si esa "simplificación" es una "aceleración" nos hallaremos ante un juicio plenario rápido; si es una "limitación de medios de ataque, defensa y prueba", será un juicio sumario, con la posibilidad de hallarnos ante un plenario ulterior; nos permitimos pensar que el autor se halla más cerca de la primera solución, aunque utilice la voz "sumario"]<sup>29</sup> que no sólo respeta las garantías esenciales del contradictorio, sino que tiende a asegurar un doble grado de juicio y consiente que se forme la cosa juzgada. La tipicidad de estas formas de tutela es indudable, pero no constituye una característica exclusivas, siendo propia de todas las tutelas sumarias incluso contenciosas.<sup>30</sup>

*Iter* de formación de un nuevo tipo o subtipo procesal declarativo, y, al parecer, a toda marcha.

Un *iter* correlativo —nunca igual— podría ser el que se siguió por los teóricos y prácticos medievales en la elaboración de nuevos tipos procesales necesarios al tráfico humano en las más heterogéneas esferas, como se ve en este breve repaso.

Débense recordar las amplísimas atribuciones de los "notarios" medievales de algunos países del Mediterráneo. Se acudía a ellos —ya que no a los jueces— como *iudex chartularius*, para obtener, en el instrumento que redactaban y autorizaban, una *confessio coram notario* (equivalente a la *confessio coram iudice ordinario*); la primera, devino la regla; que el notario pasó a ser un tal *iudex chartularius*, a distinguir de los genuinos jueces (Paulo de Castro).<sup>31</sup> El documento *guarentigiado* (aunque luego la *guarentigia* decayó) *coram notario* llevaba consigo

<sup>29</sup> Está claro que es la polivalencia del *summarié* lo que ha provocado innumerables confusiones y errores.

<sup>30</sup> Cfr. Denti, *op. cit.*, p. 335.

Solamente admitiendo de manera muy amplia la idea de los "procesos voluntarios", podría a su vez admitirse en su seno la idea de su carácter "sumario" o "plenario". Con paciencia, puede conseguirse verlo en algún estatuto italiano...

<sup>31</sup> Cfr. Briegleb, "Geschichte...", *cit.*, p. 71, con citas de Paulo de Castro.

Para ver una gran cantidad de fórmulas de instrumentos notariales de aquella época, con confesión ante el notario, cfr., naturalmente, Rolandino, "Aurora", con las adiciones de Pedro de Unzola —"Meridiana"—, transcripción y comentario de la ed. incunable de Vicenza, de 1485, por Vela y Núñez Lagos, ed. del I. Colegio Notarial de Madrid, 1950. Los comentarios de Núñez Lagos son muy interesantes, por relacionar las fórmulas de Rolandino y los comentarios de Pedro de Unzola con el derecho castellano de la época.

*executionem paratam*; <sup>32</sup> se ha dicho ahora, gráficamente, y con referencia a aquel tiempo, que “el notario... tenía la cualidad de funcionario público en cierto modo fungible con el juez”.<sup>33</sup>

El *processus* de la formación de los documentos ejecutivos —sobre lo que la investigación aún no está terminada <sup>34</sup> ni mucho menos— nos

<sup>32</sup> La cercanía o incluso la confusión del juez con el notario, ha sido casi una constante: algunos notarios podían devenir *iudex ordinarius* (así, cita del Estatuto de Pistoia de 1544, en Briegleb, “Geschichte...”, *cit.*, p. 53), pero lo que llegó a ser normal era que al notario se le tuviera como *iudex chartularius* (Briegleb, “Geschichte...”, *cit.*, pp. 66 y ss.); esto es, un “cuasi juez” (Paulo de Castro).

Este fue un momento de la evolución histórica de los *documenta confessionata*; en uno primero, las partes y los testigos concertaban el *praecéptum de solvendo* ante el notario, y se comprometían a llevarlo ante el juez ordinario (Rolandino); el juez celebraba un ficto proceso, con un interrogatorio que era suficiente —y con ello bastaba la confesión efectuada ante el notario—, pero más tarde, el notario se convirtió en *iudex chartularii*, cuasi juez.

Si había existido una diferencia entre el *ius ordinarium* y el *ius extraordinarium*, ahora apareció la diferencia entre la *jurisdictio* contenciosa y aquella que llevaba a una *confessio per modum iurisdictionis voluntariae*: el notario, como *iudex chartularii*, hacía que tuviese el valor de la antigua *confessio in iure*, en virtud del llamado *ius extraordinarium*. Así, los *instrumenta* notariales, primero con la cláusula *guarentigia* y después ya sin ella, tenían *paratam executionem*.

Este *iter*, no breve en el tiempo, condujo a la aparición de más de un juicio sumario —los ejecutivos—. Son de enorme interés los estudios históricos de Di Palo, Bizzarri, Rota y otros en Italia —y entre los procesalistas, de Liebman, que también se ocupó de la historia del juicio ejecutivo en España—; en Alemania, de Kohler, de Briegleb, de Mittermaier, de Wetzell; en España, de Prieto Castro, de De Gregorio Rocasolano —procesalistas los dos—; en España y en México, de Soberanes. *Cfr. infra*.

<sup>33</sup> *Cfr. Micheli, op. cit.*, p. 7.

*Cfr.* la obra de Rolandino y las citas que de él hace Briegleb, “Geschichte...”, *cit. passim*.

<sup>34</sup> Una muestra de ello: Prieto Castro dio cuenta, en 1943, en el t. II de su *Derecho procesal civil* (Zaragoza, Librería General), de la fundamental ley del rey Enrique III, dada en Sevilla el 20 de mayo de 1396, a queja de los comerciantes genoveses, clave española del juicio ejecutivo. Pero pocos años después, en 1947, tenía yo la suerte de descubrir el enorme interés de varias Leyes de un Ordenamiento del Rey Pedro I a Sevilla, en 1360, en el momento en que un amigo especialista (el doctor Sáez Sánchez) lo estaba transcribiendo. Por su parte, De Gregorio Rocasolano, también en 1947, presentaba su tesis doctoral —dirigida por Prieto Castro— sobre “El juicio sumario ejecutivo en los Fueros y observancias del Reino de Aragón” —otro grupo de fuentes originarias, publicadas en el *Anuario de Derecho Aragonés*, Zaragoza—; Núñez Lagos, en 1945, publicaba una serie de “Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial”.

Pues bien, sólo estudiábamos fuentes *extravagantes*: en 1950, en su traducción de la “Aurora” de Rolandino, *cit.*, Núñez Lagos señalaba una ley de *Las Partidas* (¿1263?), la ley XX, título XVII, de la Partida III, en la que aparecía un mutuo con una confesión notarial; y lo comparaba con los instrumentos de Rolandino (pp. 439 y ss.).

llevaba de la mano del *garantizador* de los contratos, del fedatario, del notario, al juez, con el cual se confundió al cabo;<sup>35</sup> la *confessio in iure* (con su efecto, *pro iudicato est*), por obra de la "taumatúrgica dialéctica de los intérpretes"<sup>36</sup> llevada a los notarios —*judices chartularii*— llevó, de la anterior distinción entre *ius ordinarium* y *ius extraordinarium*, a distinguir entre una *iuridictio contentiosa* y la *voluntaria* (*in invitum e inter volentes*) y a una *confessio per modum iurisdictionis voluntariae* (Cino de Pistoia, Salicetus, Antonio de Canario).<sup>37</sup> Judicializada así la creación de tales títulos, como la misma *confessio in iure* tenida como contenido de la resolución final del proceso admitía oposiciones —excepciones—, la contradicción, característica de los procesos contenciosos, apareció con las mismas, de modo análogo a que se tratase de una ejecución de sentencia<sup>38</sup> —ello desde Guido de Suzaria (entre 1266 y 1296)—.<sup>39</sup>

Y ya esperaban otras dificultades, en la esfera del juicio jurisdiccional: las referentes al tipo de proceso a aportar, pues ya estaban en la escena las nociones de sumariedad y de lo plenario enganchadas y, a veces, contradiciéndose. Se había producido la reaparición<sup>40</sup> de varios

Yo veía cómo, siguiendo el orden de Kohler en cuanto a la evolución del juicio sumario ejecutivo en Francia —no coincidente con el de Briegleb— resultaría que la Ley sevillana de 1360 era un precedente de la de 1396; pero según el orden de Briegleb, resultaría al contrario. *Cfr. infra*. Ya decía y repito que el "*summarie*" guarda aún muchos secretos, en razón a que su historia no está agotada.

*Cfr.* mi trabajo citado "Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo...", *passim*.

<sup>35</sup> *Cfr.*, por ejemplo, Briegleb, "Geschichte...", *cit.*, pp. 73 y ss.

<sup>36</sup> *Idem*, p. 72.

<sup>37</sup> *Idem*, p. 73.

<sup>38</sup> Esta "proximidad" iba a tener consecuencias lamentables. Tanto la LEC de 1855 como la de 1881 —la vigente— confundieron las tramitaciones de las "ejecuciones de sentencias" con las del "juicio ejecutivo", provocando así mayor trabajo en la doctrina, y una vez aclarado el equívoco, en la práctica. Este craso error, que se halla corregido en más de un "borrador" de proyecto de nueva Ley Procesal Civil, aún subsiste... Una cuestión es que la vieja LEC acorazada en su doctrina, sea ya un instrumento difícil de sustituir; otra, que no haya *anteproyectos* para su reforma. Lo que no sabemos es a qué esperan los responsables de los proyectos prelegislativos para hacerlos avanzar.

El problema, de jurídico, ha pasado a ser político.

<sup>39</sup> *Cfr.* esta cita en Briegleb, "Geschichte...", *cit.*, p. 95; obra de entre 1266 y 1296.

<sup>40</sup> "Reaparición" sería si seguimos las ideas de Biondi. Para él —y no estaba solo— el origen de los modernos principios procesales, se hallaba en el sistema romano, pero no en el proceso formulario (p. 375), sino en el *extra ordinem*; entre ésta y el proceso elaborado por los juristas de Bolonia, halló sustancial relación (pp. 376 y ss.). Afirmaba Biondi que la Roma de Justiniano ya conoció el proceso

principios, aparentemente sencillos (*"summarie et de plano"*; *"sine strepitu iudicii"*; *"sola factis veritate attenta"*), pero en realidad, llenos de complejidades. Las mejores explicaciones —sin duda entre ellas se hallan las de la *Saepe contingit* de Clemente V, en 1306— no fueron suficientes para evitar graves errores. Ni los pontífices juristas (Alejandro III, Inocencio III, Inocencio IV) ni los juristas de los emperadores (Federico II o Enrique VII), ni los de los reyes de Aragón (Jaime I y sus sucesores —Vidal de Canellas, Artasona, Gil Tarin, Salanova)—, ni los comentaristas de la *Saepe* (Juan Andrea); nadie pudo o supo evitar, a ciencia cierta, la confusión que el *summarie et de plano* produjo en el campo del proceso canónico,<sup>41</sup> civil/mercantil,<sup>42</sup>

sumario, demostrando mediante la aportación de diversos textos (y a ello también Briegleb, en "Einleitung...", se había aprestado); que en la Clem. *Saepe contingit* "se encuentra una profunda analogía, no sólo en cuanto a los conceptos, sino también en cuanto al lenguaje". Y llegaba a la conclusión de que no tenía base la general afirmación de que en Roma solamente se hubiera conocido un tipo de *cognitio* sumaria y provisional, y no un proceso sumario. Esta figura, basada en la necesidad de aumentar la celeridad del proceso, haciendo desaparecer la observancia de formas solemnes, de términos perentorios y la necesidad de prueba plena, se hallaba ya, en su raíz, en el *Corpus*, con idéntica terminología; si bien las fuentes romanas no fueron bien valoradas. Cfr. Biondi, "Summatim cognoscere", *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, Roma, vol. XXX, 1921, pp. 220 y ss.; "In torno a la romanità nel processo civile moderno", *Bulletino...*, Roma, vol. XLII, 1934, pp. 356 y ss.

Con respecto al proceso canónico, Biondi lo estimaba un desarrollo del *Corpus* adaptado a las necesidades de la Iglesia, pero no un sistema nuevo.

<sup>41</sup> Cfr. fr. canónicos de Alejandro III, el gran decretalista, de Inocencio III, de Honorio III, de Gregorio IX, de Bonifacio VIII, de Inocencio IV, de Clemente V, en Briegleb, "Einleitung...", *cit.*, pp. 21 y ss.; se debe destacar el análisis del mismo Inocencio IV en su "Apparatus super Decretalium", de las expresiones "de plano" y "sine strepitu iudicii", en Cap. *Olim* (20), X, *De accusationibus*, 5, 1.

<sup>42</sup> Probablemente fue en materia comercial en donde halló más desarrollo el sistema *sumario* (en sus dos acepciones y tipos procesales) —a salvo el mismo sistema canónico—; el sistema consular contó con él. Así, recuérdese el "Libre del Consulat de Mar" de Valencia (1283), cap. XXXVI de la Antigua Forma iudiciaria; el "Breve Pisani Communis" (Estatutos de Pisa, revisados en 1296), libro I, cap. CCIII; Reformas Municipales de Modena (1306-1307); Estatutos de Perugia (1342), libro II, cap. XXV; de Forlì (1369), libro II, cap. VIII —es una *causa minor*, un plenario rápido—; de Intra, Pallanza y Vallintrasca (1393), libro III, cap. XIII; hasta los mucho más tardíos de Lucca (1539) y Genova (1597).

En España —en sus reinos— además de los consulados (en donde debe tenerse en cuenta la influencia de las Leyes de 1498 —Medina del Campo para el Consulado de Burgos—; de 1511, de extensión a Bilbao de las normas del Consulado burgalés; la extensión enorme de las famosas "Ordenanzas de Bilbao" —codificadas en 1737 por orden de Felipe V— con su proceso plenario rápido, hasta alcanzar a México, Venezuela, etcétera, y con duración hasta después de la Revolución francesa); en lo civil, por ejemplo, las *causas menores*, con tratamiento oral, en la ley VI. tít. XXII, Partida III; un estupendo "juicio acelerado" para la protección de los

penal,<sup>43</sup> administrativo<sup>44</sup> e incluso el que podríamos llamar "interna-

peregrinos —probablemente en especial, a los de las "vías o Caminos de Santiago"—, pero aplicable a las testamentarias (esto es, a lo que ya se estaba desarrollando como una "jurisdicción voluntaria"), en la Ley XXXVII, tít. I, Partida III, además del correspondiente proceso comercial "en los puertos", a "librar llanamente, sin libelo e sin alongamiento", ley XIV, tít. IX, Partida V, etcétera.

En el Reino de Aragón, el "*summarié, et de plano, et sine scriptis... sola facti veritate attenda*" aparece (si no fue antes) en el Fuero "Quod in causis summariis" (Monzon, 1362), libro III de la Recopilación de 1552; aumenta su campo de acción mediante el Fuero "De ordine cognitionum" (II) (Zaragoza, 1398), libro III de la Recopilación de 1552.

En el Reino —federado con el de Aragón— de Valencia, además del proceso comercial consular del "Llibre" —que se extiende muy pronto a Barcelona y Mallorca— aparece un juicio civil abreviado ("*sine omni figura iudicii solum attenda veritate negotii*") en Fuero de 1342 (rey Pedro IV).

Naturalmente, remito al lector interesado, a mis trabajos "El juicio ordinario" y "El Consulado de Valencia", *passim*.

<sup>43</sup> En materia penal, los nuevos tipos (aunque por la índole de tales asuntos, más bien debía tratarse de juicios plenarios rápidos) también tuvieron gran aceptación.

Así, en el Imperio Germánico —mejor en Sicilia, hecha Reino— en las Colecciones de Constituciones (1239-1240), de Federico II, aparece el tít. LXXVIII "De summaria cognitione contra Cabellotos ferenda" (muy estudiada incluso actualmente por Von der Lieck, Buyren, Wagner, Dilcher y otros, ob. publ. en Libr. Böhlau, Colonia-Viena, 1973-1975); en 1313, Enrique VII promulga la que se vino a llamar "Extravagante *Ad reprimenda*", que —muestra de una época de transición— da a elegir a los juzgadores entre "*procedi per accusationem, inquisitionem seu denuntiationem*", pero "*summarié et de plano, sine strepitu et figura iudicii*" ("*Edictum de crimine laesae maiestatis*", tracr. Merkel, "Monumenta Historiae Germaniae" "Heinrici VII Imp. Constit.", p. 544): que mereció ser comentada por Bártolo de Sassoferrato.

Era lógico que se aprovechara del nuevo instrumento procesal rápido, para juzgar sobre delitos que atacaban gravemente a los poderes constituidos —herejía, lesa majestad—.

Pero en el Reino de Aragón, el *summarié et de plano* apareció como medio rápido de proteger la virtualidad del proceso cautelar penal de "firma de derecho" —garantía de libertad de los ciudadanos— (Fuero XIII "De Officium Iustitiae Aragonum", Monzon, 1390, libro I, "De processu contra factores inhibitionum Iustitiae Arag.", Zaragoza, 1442, libro I), así como contra los funcionarios que quebrantasen su juramento de respetar los Fueros (Fuero III "Quod in dubiis non crassis", Zaragoza, 1348, libro I) o que desobedecieren *dictámenes* del justicia mayor (el mismo fuero III).

En el proceso de "firma" —que imponía una abstención de actuar a las autoridades— se apreciaba muy bien el momento sumario y el plenario ulterior del juicio.

En el Reino de Valencia aparece en 1301, un proceso penal de inquisición contra funcionarios cesados en sus cargos ("*es determenen breument e sens pleyt e sens solemnitat e figura de juhi*"), "Furs e Ordinacions", 1482.

<sup>44</sup> También hallamos, en Aragón, aplicaciones del *summarié* a cuestiones que hoy llamaríamos "administrativas" como por ejemplo, en cuanto a la posesión de un cargo, detentado por otro (Fuero "De contententibus super eodem officio", Zaragoza, 1442, libro I) o por percibir incorrectamente más de lo debido al expedir

cional";<sup>45</sup> ni lo que iba a durar.<sup>46</sup> [Y esta confusión iba a llegar al *climax* mucho más tarde, en el siglo XVII, pero probablemente por causas larvadas y muy anteriormente (y nos referimos a la "Escuela del juicio sumario indeterminado" de Karpzov, de Zanger y otros).]<sup>47</sup>

Además, las bases procesales (mejor dicho, procedimentales) citadas —"*summarię, et de plano, atque sine strepitu iudicii, sola factis veritate attenda*"— se llevaron a la práctica en un doble sentido: en el de la *sumariedad* propiamente dicha, esto es, en procedimientos de cognición limitada, con cosa juzgada, por lo tanto, limitados y susceptibles de ser atacados (el problema de fondo, en su *plenitud*) por medio de

los títulos (Fueron "De prohibita largitione pecunie pro habendis officiis", Zaragoza, 1442, libro I); y se aplicó en un proceso de agravios (esto es, ante las Cortes, y por el justicia mayor) a las ciudades, por haber impuesto una exacción indebidamente (Fueron "De prohibitione sisarum", Zaragoza, 1348, libro IV).

<sup>45</sup> El *de plano* apareció en Inocencio III, 13, X (en 1200 o 1204) en orden al abad Casemario para que interviniese entre los reyes de Francia e Inglaterra, en favor de tregua entre los mismos (Briegleb, "Einleitung...", pp. 20 y ss.); y para regular los litigios entre respectivos súbditos, en el Acuerdo concertado por la Señoría de Venecia y Carlos III de Nápoles, en 1381 (Del Giudice "Storia della procedura italiana", *Storia del Diritto Italiano* de Pertile, Roma, Nápoles, 1902, parte II, p. 117).

<sup>46</sup> No se podría prever que estos principios, a través de las Ordenanzas de Bilbao —proceso mercantil, muy bien elaborado y codificado en el siglo XVIII— alcanzarían en su vigencia ámbitos tan amplios como los de los Consulados de México y Caracas; y que su vigencia persistiese hasta la promulgación del Código de Comercio español de 1829 (cuando ya habían aparecido en la escena jurídica, normas civiles heredadas suyas; esto es, desaparecer dejando ya sustitutas).

<sup>47</sup> Ya en Alejandro III (cap. 6, X, *De iudiciis*, 2.1) y al explicar el *simpliciter* se advierte una remisión, en cuanto a la interpretación del *rei veritatem*, a los *sanctorum Patrum instituta* (Cfr. el fr. en Briegleb, "Einleitung...", p. 20). Aquí podría hallarse una *lapis angularis* de lo que fue el movimiento o escuela del "juicio sumario indeterminado", teórica y universitaria. Se trataba de sustituir en el proceso, para acelerarlo, los *substantialia iuris positivi* por los *substantialia processus naturalia*, a *iure naturali seu divino inducía*; esto es, se afirmaba por los *iusnaturalistas*, que los trámites de derecho positivo debían ser sustituidos por los del derecho natural —al interpretar la *Saepe contingit*—; ¡un proceso sin procedimiento!

Contó esta escuela con personas como Zanger y con el terrible Carpzovius (en su "Jurisprudentia forensis" sobre 1660) a la vez Escabino del Tribunal de Leipzig y profesor de su Universidad. ¿Infundió temor ese apellido? El hecho es que, en Alemania, la recepción de la *Saepe contingit* en la *Jüngste Reichsabscheid* de 1634, estaba viciada. Y que hasta el siglo XVIII no se hizo externa una fuerte reacción contra los excesos de Carpzovius y sus compañeros.

Un hábil expediente para escapar de tan férrea doctrina, fue el utilizado por el español Juan Hevia Bolaños, agudo procesalista-mercantilista (su obra *Curia Philippica* con abundantes eds. en España y América, desde 1607 y hasta el presente); al exponer el proceso de la Ordenanza de Bilbao, hacía constar, en cada trámite del rito, "que era de equidad"; con esta *cláusula de estilo* salvaba al proceso de la absurda e intransigente doctrina de Carpzovius.

otro juicio: el plenario; pero también como *sumariedad* equivalente a aceleración, con medidas para ello, pero sin limitar el contenido de la cognición ni de la sentencia, de tal manera que fuere posible un nuevo juicio: el plenario. A estos juicios se les comenzó a llamar "plenarios rápidos" y así les denominamos, para diferenciarlos de los pertenecientes al tipo, dialéctico, pero pesado y antieconómico, del *solemnis ordo iudiciarius* (el tipo isonómico por excelencia en la época).<sup>48</sup>

La extensión de ambos tipos procesales por Europa, fue rápida y grande; y en todos los ámbitos del enjuiciamiento.

La diferenciación de si se trataba de juicios sumarios propiamente dichos —de cognición limitada— o de plenarios rápidos, no es fácil; el lenguaje de la normativa, extensísima, en muchas ocasiones, no es nada claro. Penosamente, se llega a establecer una casuística de cada grupo.

Así, por ejemplo, parece que en materia penal este tipo procesal fuera plenario rápido —y aplicado a delitos muy graves, contra el señor (cfr. los ejemplos de la Constitución siciliana de Federico II "*De summaria cognitione contra Cabellotos ferenda*" [1299 o 1240];<sup>49</sup> *Edictum de crimine laesae maiestatis* de Enrique VII [1313] más conocido como "*Extravagante ad reprimendum*", que mereció ser comentado por Bartolo)—.<sup>50</sup>

Cosa análoga cabría predicar del tipo procesal y procedimental incluido en el libro del *Consolat de Mar* de Valencia (capítulo XXXVI, De las ordenanzas de la antigua forma judicial), anterior a la *Saepe contingit* de Clemente V, de 1306. Obra de factura moderna, que contiene toda una ordenada serie de medidas de aceleración (no de "sumarización propiamente dicha") de los juicios, y cuya influencia fue enorme.

De toda esta masa de procesos y procedimientos, no se puede afirmar, evidentemente, que "tuvieran el mismo origen" que aquí interesa, esto es, el de los *instrumentos confessionata* (basta recordar su aparición en materia penal, por razón de los crímenes de lesa majestad).

<sup>48</sup> Cfr. Giuliani, "L'Ordo Iudiciarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)". *Rivista di Diritto Processuale*, 1988 (3), pp. 598 y ss., *passim*.

<sup>49</sup> Cfr. nota 44. Cfr. Conrad, Von der Lieck-Buyren y Wagner, "Die Konstitutione Friedrichs II von Hohenstaufen für sein Königreich Sizilien", 1973, esp. p. 120; Dilcher, "Die sizilische Gesetzgebung Kaiser Friedrichs II (Quellen der Constitutionen von Melfi und ihre Novellen)"; ambas publicadas por Böhlau Verlag, Colonia y Viena (la última, en 1975, y esp. sus pp. 328 y ss.).

Cfr., además, con. a la *Extrav. Ad reprimenda*, en Briegleb, "Einleitung...", *cit.*, *passim*.

<sup>50</sup> Cfr. en "Monumenta Hist. Germaniae", *cit.*, "Constitutiones", transcr. Merkel, p. 544. Cfr. nota 44.

Las expresiones *summarie* y *de plano*, romanas en sí, y muy utilizadas por los canonistas de prestigio<sup>51</sup> aún guardan secretos.<sup>52</sup>

Sí que debemos aclarar que no solamente aparece el fenómeno de los *instrumenta confessionata* en materias de comercio, como se podría pensar a la vista de tanta práctica; sí, en el dominio de lo mercantil tienen una fuerte aplicación; así, entre numerosísimas normativas, recordamos de nuevo a las ciudades sujetas a los Consulados de Mar (el *Llibre* es de 1288). Pero también en otros campos: así, en el Estatuto de Perugia (1342) vemos que se “*procesa sommariamente*”... “*e senza figura e strepito de giuditio...*” si se tratase de “*stromente dotagle a provare la dota*” “*e en tutte g'altre estromente confessionate*” “*e en la questione de gle povere e de gl'orfane*”... “*e en le breve questione non passante la somma de diece livere*”;<sup>53</sup> en el Estatuto de Intra, Pallanza y Vallintrasca (1393), el campo de acción del *summarie* se amplía y queda sin valor distintivo el *instrumentum* comercial; “*potest procedi summarie*” en casos

*de fictis et de decimis et de saximentis et sequestris et in causa qui fuerit librarum quinque et ab inde infra et de fictis trium annorum proxima preteritorum a die petitionis retro et ubi agitur de mercede et cibo et pro mercantiis ... 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 servetur...*<sup>54</sup>

Con semejante campo de acción, parece que esa “sumariedad” fuere tan sólo aceleración en algunos casos: el más plausible, el de las *causas menores*.

Entre los grupos o tipos de procesos “plenarios rápidos” y “sumarios propiamente dichos”, existe un paralelo evolutivo histórico: la tendencia general es la de la ampliación de la contradicción en éstos —aumento de la cantidad de excepciones que es posible oponer por el demandado,<sup>55</sup> aumento de las posibilidades de contradicción (en

<sup>51</sup> Cfr. la nota 42, *supra*. Y con referencia al derecho romano, Biondi, nota 40.

<sup>52</sup> Por su enorme difusión y lo incompleto de la investigación histórica efectuada sobre el tema. Cfr. el ejemplo de la nota 37.

<sup>53</sup> En el “*Corpus Statutorum Italicorum*”, *cit.*

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> Para Kohler, el juicio ejecutivo por razón de instrumentos, atravesó por tres estadios en el tiempo:

alegaciones y en pruebas)— que llega en algún caso, ya actualmente, a la transformación final de un juicio sumario en un plenario. La otra tendencia es la de los juicios plenarios rápidos, a incrementar su campo de acción frente al clásico proceso isonómico *solemnis ordo iudiciarius*. El *sola facti veritatis attenta* lleva paulatinamente a la denominada "sustitución de la dialéctica de las partes por la lógica del juez";<sup>56</sup> el *processus* sustituye al *ordo*.

No olvidemos el punto central de esta modesta disquisición: lo voluntario se transforma en contencioso. El *iter* seguido en la Edad Media por los glosadores y escuelas sucesivas, lo recorren ahora de nuevo los juristas italianos tratando de "mover" el proceso cameral de los artículos 737 y siguientes del CPC, hacia una mayor claridad; de devenir un proceso contencioso, cuando convenga.

1º Aquel en que la oposición del demandado suspendía la ejecución sin más. Debía tener lugar sobre la base de excepciones determinadas, para cuya prueba se concedía un plazo fijo. De no ser aprovechado, precluía, y seguía el camino de la ejecución.

2º La oposición tenía lugar sobre excepciones también determinadas, pero la ejecución no se suspendía si no se probaban *in actu* o se daba fianza suficiente, la cual quedaba en manos del tribunal. Era, en Francia, la *garnison*, el *nantissement*, el *munimentum in manus curiae*.

3º El *munimentum* se hacía, pero no al tribunal, sino *in manus creditoris*, en forma de pago contra caución del actor.

Cfr. Kohler, "Executivprozess und executorische Urkunden", *Gesammelte Beiträge zum Civilprozess*, Berlín, 1894, pp. 500 y ss., con cita de los "Établissements de Louis Saint", 37, Beaumanoir, Dumoulin, etcétera y de los Estatutos de Casale, Ravenna Pegli y otros.

La Ley para Sevilla de 1360, se hallaría en el primer estadio de esta evolución; la de 1396, en el segundo. Cfr. mi trabajo "Un nuevo descubrimiento", *cit.*

Por el contrario, los hitos de evolución que marcó Briegleb ("Geschichte...") darían resultados absurdos en cuanto a estas dos leyes. Cfr. la crítica de Bizzarri, "Gli studi sul documento privato", *Archivio Giuridico Serafini*, 1935, IV serie, vol. XXX, pp. 155 y ss. y Rota, "Rilievi sulla procedura di esecuzione pubblica di istrumenti a Roma nel secolo XIV", *Studi di storia e diritto in onore di Arrigo Solmi*, Milán, 1941, vol. II, pp. 470 y ss.

El trazar "panoramas históricos generalizados", sirve, pues, de poco.

Y por el contrario, el mismo Briegleb trazaba un buen paralelo entre la Ley sevillana de 1396 —no se conocía la de 1360— y los Estatutos de Génova reformados en 1414 y en vigor aún en 1498 ("Geschichte...", *cit.*, pp. 161 y ss.). Bien es verdad que la alusión a los mercaderes genoveses en la misma Ley, facilitaba la comparación.

<sup>56</sup> Cfr. Giuliani, *op. cit.*, *passim*; también "La procedura del metodo dialettico: della tradizione aristotelica a quella medioevale", *Seminario CNR "Modelli storici della procedura continentale"* (Perugia, 30.3 a 2-4, 1989), ahora en publ. provis., *passim*.

En varios trabajos míos he tratado de demostrar<sup>57</sup> la progresiva ampliación de límites económicos de los juicios plenarios rápidos; los que aparecieron como *causas menores*, por razones obvias (entre las cuales no cabe dar la exclusividad a la siempre presente depreciación de la moneda), van dominando en España el terreno del *ordo solemnis iudiciarius* (magistralmente descrito en Castilla, en la Partida III, sobre 1263), tanto por vía civil como por la muy importante comercial; en la actualidad, el llamado “juicio de mayor cuantía”, vestigio de tal *ordo* (contra el cual he dirigido siempre mis ataques de manera fundamentada) está siendo sustituido por el llamado “de menor cuantía”,<sup>58</sup> el cual —estimo también haber demostrado con el examen de una gran parte de sus escalones históricos— fue y pretende seguir siendo un plenario rápido.

En tanto que se produce este *processus* histórico, los genuinos juicios sumarios —con limitaciones de la cognición— subsisten, con tendencia a disminuir en alguna de sus especialidades,<sup>59</sup> más con constancia e incremento estadístico notados en otros.<sup>60</sup>

En Italia podemos ver un *iter* semejante en el del “procedimiento sommario” del CPC de 1865, devenido “procedimiento ordinario”<sup>61</sup> [podría preopinarse que *a nativitate*, este procedimiento tenía facetas de plenario rápido, pero otras de sumario genuino].<sup>62</sup>

<sup>57</sup> Esp. en “El juicio ordinario y los plenarios rápidos”, *cit.*, *passim*, y en “El Consulado de Valencia”, esp. parte I, *passim*.

<sup>58</sup> *Cfr.*, esp., “El juicio ordinario”, *cit.*, *passim*, esp. pp. 79 y ss. y “El Consulado”, *cit.*, *passim*, esp. pp. 229 y ss.

<sup>59</sup> Tal es el caso, muy curioso, del “juicio sumario ejecutivo en materia de comercio” de la LEC; un tipo de juicio ejecutivo en el que los títulos son documentos exclusivamente comerciales. Quizás porque la cantidad de excepciones a oponer en él es escasa o porque, al contrario del juicio sumario ejecutivo civil, no hay apelación, en su *competencia* con los juicios declarativos ordinarios, se utiliza escasamente. Cierto es que algunos títulos ejecutivos (pólizas de seguros) se amparan en otros procesos; y otros (sobre sueldos de las tripulaciones) en la Ley de Procedimiento Laboral y en las leyes de trabajo.

<sup>60</sup> El uso del juicio sumario ejecutivo civil es enorme; en unión del proceso laboral, de los más utilizados en España.

Se mantiene el uso de los *interdictos* posesorios de la LEC. Su procedimiento —sumario, con plenario abierto después (artículos 1631 y ss.)— es más detallado que el de los artículos 703 y ss. del CPC italiano.

<sup>61</sup> *Cfr.* Tarzia, “Retrospectiva sulla vicenda del procedimento sommario”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1987 (3), p. 532. Estudié años ha —*cfr.* mi “Juicio ordinario”, p. 70— las ideas del profesor Salvatore Galgano sobre los procesos sumarios y su clasificación. No entiendo bien como tal al “*sommario ad udienza fissa*”, que dibujó con caracteres insuficientes (S. Galgano, “Ai margini della riforma processuale civile (La scomparsa del procedimento sommario in Italia e le sue cause)” *Rivista di Diritto Processuale*, 1925, I, pp. 227 y ss.).

<sup>62</sup> *Cfr.* Tarzia, *op. cit.*, p. 534, sobre el artículo 389 del CPC de 1865.

En un país de fortísima influencia española, en México, la evolución del problema del "juicio ejecutivo" ha sido muy interesante.

Desde la Declaración de Independencia, el influjo de la legislación y doctrina españolas sustentó al juicio ejecutivo tal y como se había hallado en España;<sup>63</sup> pero, sin perjuicio de conservar la idea de los títulos que "llevaban aparejada ejecución" —los clásicos títulos contractuales y judiciales de la Edad Media, evolucionados—, se comenzó (y bajo la influencia del Conde de la Cañada, autor español muy apreciado) a rechazar la interposición de excepciones que no se pudiesen probar *in-continenti*<sup>64</sup> (Código de Procedimientos Civiles de 1872); parece que habían perdido de vista las ventajas de la sumariedad propiamente dicha.<sup>65</sup> En el Código de 1880 se regulaba el juicio ejecutivo de tal manera, que cabía, para el demandante que hubiera visto rechazada su pretensión en el sumario, un juicio plenario; mas no cabía para el demandado vencido en dicho juicio sumario. Según el Código de 1884, se tornó a la ilimitación de las excepciones —esto es, el juicio ejecutivo devenía plenario en cuanto al procedimiento—; el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal de 1932, *sín alu-*

<sup>63</sup> Cfr. Soberanes, "Historia del juicio ejecutivo civil" (tesis doctoral en la Universidad de Valencia, España, bajo mi dirección), publicada por la Universidad Nacional Autónoma de México, 1977, llevando la doctrina de los clásicos autores españoles (muchos de ellos, en ediciones mexicanas aun después de la Independencia) como Hevia Bolaños, Febrero, Tapia, Conde de la Cañada, Gómez Negro, Ortiz de Zúñiga, etcétera, pp. 13 y ss., *passim*.

<sup>64</sup> Se trataba de un momento histórico clásico del juicio ejecutivo. Cfr. las ideas de Von Bayer sobre la prueba rápida y lenta y su crítica en el mismo Briegleb, "Einleitung...", *cit.*, *passim*.

<sup>65</sup> Según Pablo Zayas, "la Comisión Redactora consideró que no tenía razón de ser un proceso que después revirtiera en otro, pues era una duplicidad de actuaciones para el mismo fin (la resolución del pleito), y si la sentencia dada en el juicio ejecutivo no tenía autoridad de cosa juzgada material era un tanto inútil, por lo que se pensó en crear un juicio ejecutivo que decidiera con carácter definitivo la cuestión litigiosa".

(Cfr. Soberanes, *op. cit.*, p. 54).

Posiblemente este error de Zayas y de la Comisión Redactora se debió al artículo 972 de la LEC española de 1855 —correcto en su redacción: "Cualquiera que sea la sentencia que pusiere término a este juicio, queda lo mismo al actor que al reo su derecho a promover el ordinario", identificación del "ejecutivo" como *sumario*—; más movidos a error hubieren sido por el mucho más defectuoso artículo 1479 de la LEC de 1881, según el cual "las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos no producirán excepción de cosa juzgada, quedando a salvo su derecho a las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión". Error en cuanto a los límites de la cosa juzgada de los juicios sumarios. La doctrina y la buena práctica han obviado tamaño error; no así el legislador, que permanece imperturbable desde 1881, y hasta la fecha, en 1990, en que corrió estas pruebas.

dir concretamente a las excepciones,<sup>66</sup> le daba un trámite de juicio ordinario; finalmente, con la reforma de 1973 se ordenó la sumisión en todo al rito del juicio ordinario.<sup>67</sup>

La evolución del "procedimiento *sommario*" italiano de 1865, que Tarzia describe, me ha recordado a la mexicana, que va desde un procedimiento sumario, al plenario ordinario; y la mexicana y la italiana me recordaban a la española, con evolución de los juicios plenarios rápidos (también impropriadamente llamados sumarios) hasta dominar casi totalmente la escena de los procesos declarativos. Pretendo que esta evolución llegó mucho más allá cuando aparecieron, en Europa (siglo XIX) los nuevos tipos procesales; que las bases de que se partieron no eran las de un *ordo* dialéctico como el *solemnis ordo iudiciarius* más o menos puesto al día, sino las de una idea de lo plenario rápido que había venido minando el terreno a aquellos antiguos órdenes.<sup>68</sup> Así, en estas nuevas creaciones —en las del siglo XIX— el tipo procesal declarativo "ordinario" pudo coexistir con los sumarios en el sentido propio de la expresión, coexistencia que aún dura.

Todo ocurrió porque el principio *summariè*... tuvo dos acepciones: dos hijos.

Lo que no debe hacer olvidar ahora, como también en su origen se combinó (mejor dicho, se *mezcló*) una influencia venida de esferas extrajudiciales (del notariado) que se incorporó rápidamente, más dejando ver sus "momentos de incorporación" en la labor de juristas teóricos y prácticos: la de los *instrumenta confessionata*. Y a través de un vehículo oscuro, llamado de "la jurisdicción voluntaria". Es este vehículo el que, en progreso —como lo *negocial*— no ha podido dejar de estar impregnado de vaguedad en lo que a procedimientos se refiere: muestra de tal laxitud (que se compadece con las materias a tratar, no litigiosas) es, entre otras, la de los artículos 737 y siguientes del CPC italiano, del "*procedimento in camera di consiglio*".

Se quiere, de un lado, asegurar que la jurisprudencia ya ha dotado a este procedimiento de las garantías necesarias para que actúe como

<sup>66</sup> Más que, en su artículo 1075, admitir la oposición de "las excepciones que en el ordenamiento"... Con lo que el juicio ejecutivo dejaba ya de ser sumario en cuanto a la limitación de alegaciones. Soberanes, *op. cit.*, pp. 48 y ss.

<sup>67</sup> En su artículo 453, reformado. Cfr. Soberanes, *op. cit.*, p. 50.

<sup>68</sup> He defendido la tesis de que los modernos procesos civiles "ordinarios" (los de la ZPO y otros) descienden, no de las *Ordo solemnis iudiciarius*, que rigieron en casi toda Europa, sino de uno o varios *juicios plenarios rápidos* (así, en "El juicio ordinario y los plenarios rápidos", *passim*; en "La Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Juicio de menor cuantía, casación, etcétera", Madrid, Civitas, 1985, pp. 17 y ss.).

contencioso (declarativo) en cuestiones muy vidriosas (así, Denti); de otro, no se llega tan lejos (Mandrioli, Fazzalari). Mas, en todo caso, precisa que quede claro "a qué terreno se va a parar"; a qué especie de tipo procesal se aspira. Sumario... , plenario rápido...

Sólo mediante una buena y severa disciplina de los procedimientos contenciosos de un lado, y de la "jurisdicción voluntaria" del otro (dentro de su forzada variedad en detalles, dada la multiplicidad de sus objetivos) se podrá salir de la situación actual —abuso de los procedimientos llamados camerales— que con razón inquieta a los colegas y amigos italianos.

Bien es verdad que la "situación de partida" del *summarie* (comenzando por sus orígenes y facetas, que no aparecen claras ni en Inocencio IV) no fue diáfana... que la casuística —Decio, Maranta, Yáñez Parladorio— se comprimese a los grupos de "parvo perjuicio", "parva cantidad", "necesidad urgente" y "personas miserables",<sup>69</sup> no explicaba demasiadas cosas. Cuando se quiso ordenar la amplitud de las reformas para obtener una mayor economía procesal —fundamentalmente por obra de los canonistas, naturalmente centralizadores, en la Clem. "*Saepe contingit*" y tras ella en la "*Dispendiosam*": el *summarie*, de plano, *sine strepitu ne figura iudicii, sola facti veritatis attenta*— ya había proliferado, con diferentes significados, a lo largo y a lo ancho de Europa. Era una explosión más del Renacimiento.

¿Oponer frenos a tal expansión, a tal desorden? La historia nos muestra que no debió ser posible. Una reacción uniformadora tan insidiosa como la de propugnar "un proceso sin procedimiento" —la doctrina del juicio sumario indeterminado"—<sup>70</sup> ya cayó, aunque perdurase, en parte quizás por el temor que uno de sus mantenedores —el inquisidor Carpzovius— causó. La de la "positivación del derecho natural", muy inteligente,<sup>71</sup> cumplió con su papel.

<sup>69</sup> Así clasificaba la casuística para acudir a "juicio sumario" Yáñez Parladorio —jurista del siglo XVI aunque editado también posteriormente— en su "Opera juridica" "(Colonia Allogrogum, sumptibus fratrum de Tourmes)", 1761, pp. 375 y ss.

<sup>70</sup> La doctrina propugnada por Zenger, Carpzovius, Breme, Schamburg (Briegleb, "Einleitung... ", pp. 70 y ss.).

<sup>71</sup> Me refiero a Hevia Bolaños, en su *Curia Philipica*, libro II. Comercio terrestre (Madrid, 1747, Juan García Infanzón). Se defendió, como se ha dicho, *supra*, alegando "ser de equidad" las excepciones, la fijación de los medios de prueba, etcétera. Seguramente quería evitar algún escolio de parte de los seguidores de la doctrina jusnaturalística adoptada por Carpzovius y demás. *Cfr.* mis trabajos "El juicio ordinario... ", *cit.*, pp. 88 y ss., y "El Consulado... ", *cit.*, pp. 233 y ss.

Ahora, en un momento histórico en el que las necesidades *negociales* —en sentido amplio— suponen una ampliación constante de la llamada “jurisdicción voluntaria”, de otra parte las necesidades de economía procesal producen la mejor oferta de procesos rápidos; de los monitorios se dice que pueden constituir una de las salidas de la crisis que azota a la administración de la justicia.<sup>72</sup> En esta familia están el *Mandatsprozess*, el *Wechselsprozess*, el juicio ejecutivo..., los *ingiunzionali*...

Mas estimo que el abandono de una “situación de ventaja” —derivada de la vaguedad de las normas—, como la que ofrecen las normas generales para los procedimientos en cámara de consejo, por otra que declare con toda pulcritud —y con exposición completa del procedimiento, contradictorio, con recursos, con cosa juzgada— que ese procedimiento (o esos) son contenciosos, debería dejar salvaguardada a esa “jurisdicción voluntaria” que, tras grandes éxitos y una pretensión desorbitada de sustituir al proceso civil,<sup>73</sup> aún parece buscar a su autor, como en el pirandelliano drama.<sup>74</sup>

Se me ocurre que no debería abandonarse sin más una solución muy enérgica —que no he visto en las normas italianas; no sé si se me habrá escapado— adoptada por los autores españoles de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, de 1855 —que tuvo una extensión por influencia, enorme, en América— y 1881 (aún vigente). [Ambas contraponían prác-

<sup>72</sup> En la obra *Access to the Justice*, una serie de colaboradores (Cappelletti, Bender y Strecker, Ovalle Favela, Yngvesson y Hennesey, etcétera), abogan por una extensión de los que han dado en llamar “juicios de menor cuantía” como uno de los medios posibles de salir de la crisis de la administración de justicia. Mas esta opinión no es compartida, por ejemplo, por Jolowicz, “El procedimiento civil en el *Common Law*. Aspectos de su evolución histórica en Inglaterra y en los Estados Unidos durante el siglo XX”, ponencia general a la reunión internacional “LXXXV años de evolución jurídica en el Mundo”, 1976, México, UNAM, 1978, t. III, esp. pp. 139 y ss., basándose en que “el problema no está bien definido y las modificaciones que necesitaría el sistema tradicional del *common law* no sean mejor conocidas”. Y es lógico que no se abran falsas ilusiones.

<sup>73</sup> La de Baumbach, en 1938. *Cfr.* la crítica inmediata de Calamandrei (“Abolitione del processo civile?”, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1938, I, pp. 336 y ss.).

<sup>74</sup> Huelga decir que su contenido, heterogéneo, es fundamental para la civilización y no se piensa nunca en borrarlo. Sí, quizás, en comenzar insistiendo en su cambio de nombre. La designación con un título negativo de contenido (“procedimiento no contencioso”; “gracioso”) parece hacer anhelar un paraíso perdido, un título amplio, que recogiera su heterogeneidad, pero a la vez, lo menos vago posible.

*Cfr.* Alcalá-Zamora y Castillo, “Premisas...”, *cit.*, pp. 160 y ss.; “Eficacia...”, *cit.*, pp. 114 y ss., y 222 y ss.

ticamente a la "jurisdicción contenciosa" y a la "jurisdicción voluntaria".]

Ambas decían y dicen, tratando de las normas generales de la jurisdicción voluntaria, que "desde el instante en que se hiciere oposición a la solicitud por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuere objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda, según la cuantía" (artículo 1208, 7ª, de la LEC de 1855, y 1817 de la LEC de 1881).

Esta norma, muy tajante, manejada con prudencia, puede ser de enorme importancia. El "despartidero" entre lo contencioso y lo "voluntario", sin necesidad de esperar un resultado... posiblemente inútil.

Si sirve de algo en la solución de los problemas que en esta Reunión se tratan como italianos, este trabajo —que resultará no ser mío, sino de los legisladores de 1855 y de 1881— habrá valido la pena.

Lo demás, el recordar el pasado, puede contribuir a evitarnos errores en el presente. Pero nada podrá apartarnos de ellos si no admitimos las lecciones de nuestros maestros del medievo; en gran parte, de la cuenca del Mediterráneo.

Lo que es menester en todos los campos en los que nos sintamos con fuerza para trabajar, que lo hagamos en el sentido de intentar acabar de una vez con el que se denomine a la "jurisdicción voluntaria" "campo de experimentación del legislador";<sup>175</sup> aunque a éste, en ocasiones, le parezca cómodo así.

Víctor FAIRÉN GUILLÉN

<sup>175</sup> Cfr. Habscheid, *Freiwillige Geschichtsbarkeit*, 5a. ed., Beck, Munich, 1971, p. 2.