

bajo que pretende tenerlo al día con publicaciones progresivas a la manera que, respecto a la legislación general, nos tiene acostumbrados.

Ya en prensa este ANUARIO, acaba de aparecer el primer tomo que actualiza el *Diccionario*.

Estamos pues, ante una publicación que no sólo ha de ser bien recibida por abogados, administrativistas y economistas sino que tiene un especial significado para la Historia del Derecho, por la legislación antigua recopilada, y además por pasar a ser una reunión de fuentes del Derecho hoy vigente.

JOAQUÍN SALCEDO IZU

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *Temas del ordenamiento procesal. I Historia. Teoría general. II. Proceso civil. Proceso penal. Arbitraje*. editorial Tecnos, Madrid, 1969.

El profesor Fairén es un jurista que toma impulso en la historia del Derecho para mejor conocer, explicar y aun corregir el ordenamiento positivo vigente en la actualidad. En ocasiones ese enfoque hace que muchos trabajos suyos aparentemente interesantes sólo para el procesalista, lo sean también para el historiador del Derecho; otras veces, aborda exclusivamente temas histórico-jurídicos, pero aun entonces su preocupación última es la antes indicada: el mejor conocimiento del Derecho procesal vigente. Años atrás, el profesor Fairén publicó varios trabajos de historia del Derecho, como los relativos al Derecho vigente en Vizcaya y en Navarra durante el siglo XIX; o como el dedicado a la "alera foral" aragonesa (cfr. sobre este libro la reseña de Font Rius en este ANUARIO, tomo XXIV, 1954, págs. 649 y ss.); o como el muy importante libro dedicado a "El juicio ordinario y los plenarios rápidos" (cfr. del mismo otra reseña también publicada en el tomo XXIV de este ANUARIO por Ramón Montero). Pero para un hombre que publica tanto como el profesor Fairén aquellos trabajos o libros quedan ya en una época si no lejana, sí al menos cronológicamente superada por los trabajos posteriores. En los dos gruesos volúmenes a que me refiero aquí, Fairén recoge gran parte de lo que él llama su "labor menor" aparecida entre los años 1955 y 1968 en diversas revistas y publicaciones nacionales y extranjeras. Cuando a la abundancia de la producción científica, se unen el más escrupuloso rigor y la más aguda penetración científica, como ocurre con el profesor Fairén, es indudable que nos encontramos ante una figura sobresaliente dentro de su campo profesional. Historiadores y procesalistas tenemos mucho que aprender de Fairén en persona (yo puedo dar personalmente fe de ello), o a través de sus escritos. Comentemos siquiera sea someramente algunas de las principales ideas

que interesan al historiador dentro de los estudios aquí recopilados por el autor.

La posición de Fairén ante la Historia del Derecho queda muy claramente reflejada en las escasas páginas que constituyen el trabajo titulado "Proceso, procedimiento y mito jurídico". A lo largo de la historia hay instituciones que adquieren una valoración mítica, acrítica y desfasada por pretender mantener la validez que tales instituciones tuvieron en su momento de origen, en otras épocas "cuyas condiciones sociales y económicas no coinciden con las de aquélla" (I, p. 437); en tales casos el perjuicio que se puede provocar al incorporar o conservar la institución-mito en el ordenamiento vigente es grave. Y como ejemplo, Fairén cita el caso de la mala interpretación y del inconveniente arrastre histórico que dentro del proceso civil ha recaído sobre la "litis contestatio". Ahora bien, quizá lo más interesante sea el afirmar que casos tales de supervaloración mítica de una institución se debe, al menos en parte, o por lo menos pueden deberse a "la falta de método de investigación en los juristas de la época" (I, pág. 449). Tomando pie en esta idea de Fairén, que comparto plenamente, y que podría aplicarse sin duda a los autores de la Ley de Enjuiciamiento de 1855 y en concreto a Pedro Gómez de la Serna, creo puede concluirse que el mejor servicio que el historiador del Derecho debe prestar al Derecho presente y futuro es la justa y rigurosa interpretación de las instituciones del pasado: porque una buena historia de la "litis contestatio" permite que el propio historiador del Derecho o, en todo caso, el procesalista actual (en la medida en que éste conociera aquélla) valore debidamente aquél instituto y habida cuenta de la propia curva evolutiva del mismo y de los cambios de todo tipo experimentados en el contexto del Derecho procesal orgánico y del Derecho constitucional, destierre los vestigios ligados a aquella que todavía perduren en nuestro ordenamiento positivo. Máxime en momentos de "lege ferenda" ese conocimiento de la historia del Derecho es de valor incalculable; siempre, como Fairén puntualiza, que se trate de un verdadero conocimiento histórico-jurídico, y no de arqueología o leyendas jurídicas, pues lo primero que el historiador tendrá que hacer en muchas ocasiones será destruir esos mitos jurídico-procesales, o los que aparezcan en el seno de otras ramas del Derecho.

En el trabajo titulado "Ideas y textos sobre el principio de publicidad en el proceso" (I, págs. 565-603), además de analizar las huellas del principio de publicidad en las Constituciones españolas del XIX, y de insistir repetidas veces en que este problema (publicidad "versus" secreto) es una de las cuestiones clave del proceso que nos remiten por fuerza a postulados políticos y jurídico-constitucionales, examina Fairén sintética y agudamente la evolución histórica seguida hasta llegar

a la implantación del principio de publicidad en el proceso (en nuestro país todavía incompleta en el proceso penal). En la Alta Edad Media, recuerda Fairén, el proceso era público, pero en la Baja se inicia el tránsito hacia un proceso secreto, no sólo por razones políticas (binomio absolutismo-proceso penal inquisitivo), sino también por fenómenos más estrictamente técnico-jurídicos. Así (escribe Fairén en I, pág. 576) "a mayor complicación, mayor necesidad de especialización; a mayor especialización de jueces y proceso menos posibilidad de conocimiento por parte de los terceros y lógico desinterés; con éste desinterés la publicidad general del proceso cae por sí sola". Pero además de ese desinterés popular hacia el Derecho y la justicia, influyó la recepción de Derechos extraños, fundamentalmente del Derecho común: "el Derecho recibido, menos comprendido por el pueblo, le haría apartarse de él y de su actuación" (ibídem). Me parecen muy sugestivas estas ideas de Fairén, y extensivas no sólo al punto concreto de la publicidad del proceso, especialmente del penal, sino a ámbitos más amplios del Derecho. Especialización, complejidad, profesionalización del jurista, tecnificación creciente del Derecho culto, disociación de éste (identificado históricamente con el Derecho común) y del Derecho tradicional en cada país, carácter abstruso del lenguaje del jurista (que además escribe en latín durante los siglos XIII a XVII, con algunas excepciones entre los prácticos del Derecho desde fines del XVI), desprestigio popular del Derecho y del jurista, pérdida de interés y de confianza popular en ambos. He ahí una serie de fenómenos que se han encadenado durante siglos, hasta llegar a nuestro tiempo en el que creo puede observarse una clara crisis de valoración popular del Derecho, en cuanto al general desinterés, desconocimiento y desconfianza que el "hombre de la calle" tiene hacia nuestro mundo jurídico. Fairén, siguiendo a Couture y Calamandrei defiende la publicidad general del proceso como instrumento de educación popular, como vía de aproximación de la justicia, combatiendo esa antes mencionada desconfianza popular (ibí. págs. 563-575). A mi entender le asiste toda la razón. Pero —pienso yo— en un Estado en que por ejemplo se den determinadas y abundantes jurisdicciones penales especiales, acaso no sea infundado el temor de que tal Estado no acceda a aplicar sin más la publicidad general ni a todo el proceso penal, ni, menos aún, a esas jurisdicciones penales especiales. Con lo que volvemos a empalmar con el punto de partida de este trabajo de Fairén: la conexión entre Derecho constitucional y principios básicos del ordenamiento procesal.

Pero como Fairén es catedrático *de todo* el Derecho procesal (idea en la que intencionadamente insiste de palabra y por escrito —cfr. por ejemplo la pág. 1209— con miras a oponerse a un posible desdoblamiento académico del Proceso Civil y del Penal), no puede el lector ex-

trañarse de verlo saltar de temas del proceso penal a otros tan distantes como el del arbitraje del Consulado de la Lonja valenciana. Conocida es la tesis de Fairén (siguendo en ella a Briegleb) de que no hay que confundir los juicios sumarios (de cognición limitada) con los plenarios rápidos (de cognición plena, pero simples de estructura, rápidos); y de cómo éstos derivan históricamente de la "Saepe contingit" del Papa Clemente V, y de la labor de canonistas bajomedievales, así como también de los Estatutos de muchas ciudades bajomedievales italianas. Estos procesos sirvieron a la larga en muchos países europeos como eje de su futuro sistema procesal, luchando victoriosamente contra el viejo y lentísimo "solemnis ordo iudiciarius", hasta lograr expulsarlo o al menos desplazarlo a lugares secundarios. Pero en España ocurrió lo contrario, y el "solemnis ordo iudiciarius" consiguió prevalecer hasta el siglo XIX, para acabar infiltrándose en nuestro vigente juicio de mayor cuantía. Los plenarios rápidos se conocieron y se aplicaron, por lo menos desde el siglo XV, pero tuvieron que refugiarse extra muros del "sistema establecido". (Sobre este tema, verdaderamente central en el pensamiento de Fairén, cfr. su libro "El juicio ordinario y los plenarios rápidos", Barcelona, editorial Bosch, 1953, y la muy breve síntesis que repite aquí, tomo I, páginas 443-447.) Ese juicio sumario, en el sentido de breve y sencillo, pero plenario, en cuanto de cognición plena, se recibió pronto y arraigó definitivamente en el ámbito consular mercantil. Así se recogió en el Llibre del Consolat de Mar. Y ahora casi, hace pocos años, en las Ordenanzas de 1952 del renacido (desde 1934) Consulado de la Lonja de Valencia, se regula (junto a otros aspectos organizativos, claramente situados dentro de la antigua línea bajomedieval del consulado) un arbitraje, que Fairén estudia a la luz de los principios básicos del juicio plenario rápido, cuyas ideas matrices, cargadas de sonoros ecos históricos, se recogen en el interesantísimo artículo 95 de dichas Ordenanzas. He aquí un claro ejemplo de cómo la Historia y el más acertado tratamiento de los actuales problemas jurídicos pueden ir hermanados sin caer ni por un momento en mitificación del pasado. En estas páginas (cfr. sobre todo II, 1306-1318) no puede decirse dónde empieza el jurista y dónde termina el historiador. (Pero ¿acaso tiene sentido plantearse esa dicotomía en relación con el Profesor Fairén?).

No me es posible extenderme mucho más en este comentario. Sí quiero pese a todo indicar al menos los títulos de todos los trabajos interesantes para el historiador del Derecho, y comentar tan sólo uno más, el que a mi juicio reviste quizá más importancia. Además de los ya citados, pueden y deben consultarse los siguientes: "La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español" (II, págs. 1119-1246); "La naturaleza del juicio de desahucio de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855" (I, págs. 113-130); "El proceso ara-

gonés de Manifestación y el británico de *Habeas corpus* (I, páginas 131-170); es este uno de los temas más queridos del profesor Fairén y del que hace una exposición todavía no definitiva, pero sí enormemente sugestiva; cfr. sobre este proceso y sobre el juramento atribuido a los Justicias, cuestión tan emparentada con él, el reciente libro de GIESEY, Ralph E., "If not, not. The Oath of the Aragonese and the Legendary Law of Sobrarbe", Princeton, 1968; y también estos dos artículos: MARONGIU, A., "Nos qui valemus tanto como vos..", en "Homenaje a Jaime Vicens Vives", I, Barcelona, 1965, págs. 543 a 550, y el del mismo GIESEY, Ralph E., "Nuevos puntos de vista sobre el juramento: Nos que valemus tanto como vos...", en el Boletín de la Real Academia de la Historia, tomo CLX, 2 (1967), págs. 209 a 221, en donde, por cierto, combate dura y convicentemente el trabajo de Marongiu); "Las relaciones entre el Poder legislativo y el judicial y las infracciones a la Constitución de 1812. El Caso Fitzgerald" I, págs. 171-194; y por último "La recepción en España del recurso de casación francés (1812-1813)" (I, págs. 237 a 269). Tras esta mera enumeración, paso a glosar el trabajo "Estudio histórico externo de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855" (I, págs. 19 a 112).

El contenido de este trabajo es bastante más amplio de lo que su título indica, pues cuando Fairén, en 1955 procedió a la redacción de este estudio, llevó a cabo una sintética historia de la legislación procesal desde las normas castellanas contenidas en la Recopilación de 1567 hasta la Ley de Enjuiciamiento de 1855. Dado el carácter acumulativo y escasamente organizador de los autores de las Recopilaciones castellanas, no es de extrañar que no llevasen a cabo una selección de los procesos en función de una búsqueda de la rapidez y de la economía procesal; por el contrario tanto las leyes procesales contenidas en la Nueva Recopilación de 1567 como en la Novísima de 1805 contienen como base "un proceso civil regido en general por los procesos del Derecho Común" (pág. 39), del cual, por otra parte, sería supletorio en más de un caso, el contenido en la Partida tercera, de idéntica procedencia y características. No obstante, también es cierto que en las Recopilaciones coexisten normas procesales como la Pragmática de los Reyes Católicos, de Medina del Campo, en 1494 (cfr. NR III, 13, el equivalente al texto contenido en el "Libro de las Bulas y Pragmáticas" de Juan Ramírez, fol. 157 y ss. de la ed. de Toledo, 1550), como otras de 1480 (NR II, 4, 22) o como las Ordenanzas de 1737 del Consulado de Bilbao, emparentadas directamente con la línea procesal más ágil, esto es, la de los juicios plenarios rápidos derivados directa o indirectamente de la "Saepe contingit" de Clemente V. De este modo, la dualidad de tipos de proceso civil recogida acriticamente en la legislación real castellana y en sus dos Recopilaciones oficiales, fue transmitiéndose y perpetuándose desde fines de la Baja

Edad Media hasta las vísperas de la codificación. Ya en el siglo XIX, Fairén estudia la labor legislativa procesal de las Cortes de Cádiz, destacando el Decreto de 9 de octubre de 1812, y los inmediatos textos normativos procesales, entre los que descuellan la Ley de Enjuiciamiento de los Negocios y Causas mercantiles de don Pedro Saínz de Andino (24 de julio de 1830), complemento del Código de Comercio de 1829, que vino a regular el proceso mercantil con independencia del civil ordinario, y en la cual "el proceso mercantil lanza un poderoso cable al civil para ayudarle en su ruta", iniciándose "firmemente el camino de la fusión entre ambos procesos" (pág. 71). También fue importante el Reglamento provisional para la administración de justicia de 1835, que creó un juicio escrito, pero con resonancias de los juicios bajomedievales (pág. 75), y por supuesto, la Ley de 10 de enero de 1838, y la Instrucción del marqués de Gerona de 1853. Todas las normas procesales del XIX habían sido meras "reparaciones" procedimentales, pero ninguna abordó a fondo una reforma del sistema procesal, montándolo sobre un proceso plenario rápido. Sin embargo la Ley de 10 de enero de 1838, al desarrollar ampliamente las disposiciones sobre el menor cuantía contenidas en el Reglamento provisional de 1835, creó el antecedente directo del menor cuantía de la Ley de Enjuiciamiento de 1855 y del de la vigente Ley de 1881. Como apostilla Fairén, "nuestros legisladores, obrando más bien de modo intuitivo, redescubrían el interés de extender el campo de acción de los juicios plenarios rápidos" (pág. 79). La valoración de Fairén respecto a la "Instrucción" del marqués de Gerona, ministro de Gracia y Justicia en 1853 es muy ecuánime, separando los errores políticos de su autor (vinculación a un Gobierno impopular y no sometimiento de la "Instrucción" a las Cortes), y los aciertos de contenido de aquél efímero texto, que aunque duró poco, pues fue derogado en el bienio progresista, exactamente el 18 de mayo de 1854, puso de manifiesto muchos defectos y vicios del ordenamiento procesal, lazándose su autor "por una vía sanamente innovadora del procedimiento" (pág. 93), pero sin calar tampoco a niveles reformistas más hondos. Paradójicamente la "Instrucción" produjo reacciones conservadoras y tradicionales tanto en la judicatura y en la abogacía (recuérdense las "Observaciones" del Colegio de Abogados de Madrid), como en los futuros e inmediatos legisladores. En efecto: a finales de 1854 y principio de 1855 este movimiento es patente y consiste en una actitud —nada prudente, por cierto— de "prisa legislativa", pero no para modificar radicalmente el sistema procesal vigente, sino (como se dirá en la Base 1 del art. 1 del Proyecto de Ley de Bases de 31 de enero de 1855) para "restablecer en toda su pureza las reglas cardinales de los juicios, consignadas en nuestras antiguas leyes, introduciendo las reformas que la ciencia y la experiencia aconsejan y desterrando los abu-

sos introducidos en la práctica". He ahí apareciendo esa actitud de mitificación acrítica de la Historia, de los viejos textos, he ahí esa "tradicionalista" equiparación de lo antiguo con lo bueno. El "conservadurismo" de la Comisión, dirigida por don Pedro Gómez de la Serna que elaboró el texto articulado de la futura Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, parte de esa actividad, quizá como reacción contra la innovadora "Instrucción" de Castro y Orozco; la ley del péndulo actuó aquí, y orientó a los legisladores hacia "el retorno al camino del Derecho procesal común" (pág. 102). Porque Gómez de la Serna y los coautores de la Lec. de 1855 no eligieron como modelo histórico el de los juicios plenarios rápidos, directamente, ni siquiera a través de sus derivaciones contenidas en las leyes de 1835 y 1838, sino el viejo proceso común, lento, escrito, antieconómico y cargado de adherencias inservibles. Simultáneamente cometieron otra identificación ligera, la de equiparar como abusos dignos de ser desterrados en todo caso, aquellas instituciones que se habían introducido extra legalmente a través de la práctica del foro; así, todas las prácticas curiales (entre las que hubiera sido prudente distinguir y seleccionar) fueron globalmente eliminadas, suprimiéndose apresuradamente instituciones que tuvieron esa forma de introducción en el ordenamiento procesal, como el procedimiento monitorio, y de cuya utilidad hubieran debido percatarse. Así, la Ley de 1855, en tantos aspectos matriz de la vigente de 1881, no modificó la estructura del sistema procesal, sino que más bien la consolidó. Sus autores carecieron de sentido histórico, y las consecuencias de tales errores las estamos aún padeciendo.

En este simple comentario, he procurado mostrar cómo las ideas de Fairén sobre la historia del Derecho procesal guardan una coherencia interna y están apoyadas en un excelente conocimiento de las fuentes y de la historiografía jurídica nacional y extranjera. Por eso no es en modo alguno hiperbólico afirmar que en estos dos volúmenes recientemente publicados por el profesor Fairén hay trabajos de importancia fundamental para el conocimiento de la historia del Derecho procesal dentro de los diversos ámbitos territoriales de la Historia del Derecho en España.

FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE

FEENSTRA, R.: *Repertorium bibliographicum institutorum et sodalitatatum iuris historie*. Iusu societatis C. N. Association Internationale d'Histoire du Droit et des Institutions. Compositum curis.—Leiden, 1969. 187 páginas.

La "Association Internationale d'Histoire du Droit et des Institutions", fundada en Padua el 23 de mayo de 1961 bajo los auspicios