

Historia del derecho	947
----------------------------	-----

dirección, en la que el proceso laboral señaló los caminos para la renovación del proceso común, ya que fue el proceso laboral el que abrió camino para que se estableciera la tutela de los citados intereses difusos, pues esa tendencia sentida en la actualidad de manera universal tuvo como antecedente directo el movimiento sindicalista de los trabajadores y las pretensiones colectivas de carácter laboral.

En efecto, las características sobresalientes del proceso laboral tienden, por una parte, a impregnar al proceso común, para que pueda alcanzar un mayor grado de democratización, de oralidad, de moralidad y de publicidad, si tomamos en cuenta que el mismo proceso del trabajo está inspirado en los principios de celeridad, economía y eficacia.

A este respecto la profesora Pellegrini señala que la reforma general del proceso civil puede tomar como punto de partida y como paradigma a las conquistas del proceso laboral, y en este sentido debe destacarse que algunas de ellas, incorporadas al derecho procesal laboral brasileño, también fueron recogidas por el reciente Código procesal civil de 1973.

La autora concluye su excelente estudio con la afirmación, que compartimos, de que en la actualidad, cuando todo el proceso civil se encamina hacia una profunda transformación el juez debe asumir un papel más activo sin perder su imparcialidad si se quiere implantar un proceso común que pretenda ser rápido, social, democrático y asistencial; señalando que los jueces brasileños que imparten la justicia laboral han sabido conciliar rapidez con justicia, imparcialidad con publicización, y en este sentido han dado un ejemplo notable que deben seguir los jueces de otras ramas de enjuiciamiento.

La lectura del trabajo de la profesora Pellegrini resulta muy recomendable para los procesalistas mexicanos, que deben abandonar las inútiles controversias sobre el carácter autónomo o independiente del proceso laboral —tomando en cuenta que la Ley federal del trabajo de 1970 ha suprimido la supletoriedad del derecho común— en relación con el proceso civil y unir sus esfuerzos para lograr la renovación de nuestro anticuado proceso civil, que no ha logrado superar la etapa clásica individualista y liberal y que requiere de una transformación sustancial, siguiendo el modelo del proceso laboral, que le puede servir, como lo señala la distinguida procesalista brasileña, de modelo y de inspiración.

Héctor FIX-ZAMUDIO

HISTORIA DEL DERECHO

BETANCOURT, Fernando, "La *stipulatio judicialis de dolo* en el derecho

romano clásico", *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, t. XLIX, 1979, pp. 165 y ss.

El autor se ocupa aquí de investigar los distintos casos en que el juez del procedimiento formulario exigía que una de las partes otorgara una *cautio* o *stipulatio de dolo*,¹ con el objeto de encontrar algunos rasgos generales que pudieran caracterizar este tipo de garantía. El tema ha sido poco tratado por la romanística actual,² por lo que el artículo resulta novedoso.

Se analizan seis casos contemplados por siete lugares del *Digesto*, los que, según da a entender el autor, son todos los que se encuentran en el *Digesto* sobre este tema. Los casos se refieren a las acciones *quod metus causa*, reivindicatoria (dos), *empti*, *redhibitoria* y *rei uxoriae*.

Del trabajo de Betancourt puede concluirse que la *cautio de dolo* era impuesta por el juez al demandado por una acción con cláusula arbitraria cuando éste estaba dispuesto a entregar la cosa que se le demandaba y evitar así el ser condenado; o bien, al demandante en el caso de la acción redhibitoria, cuando el comprador demandante tenía que entregar la cosa comprada al vendedor demandado, para que éste pudiera ser condenado a devolver el precio. En ambos casos, la caución se exigía para que la persona que recibía la cosa tuviera seguridad de que no la perdería ni se deterioraría a causa de un acto realizado dolosamente por quien la entregaba.

En los textos analizados se mencionan como actos concretos cuya realización pretendía evitarse con la caución: el haber dado la cosa en prenda (D.21.1.21.1.), o en *fiducia* (D.6.1.18, donde según afirma Betancourt, se sustituyó *fiducia* por *pignus*); haberla mancipado, o haber autorizado el dueño al esclavo que compró, objeto de redhibición, a cometer un delito (D.21.1.21.1). Se ve que el riesgo principal es que se hubiera constituido algún derecho real sobre la cosa. Con esto concuerda el hecho de que en tres de los seis casos analizados por Betancourt, se pide la caución cuando quien entrega la cosa se ha hecho propietario de ella (D.6.1.18 y 20; D.19.1.13.7—; D.24.3.25.1—), o es poseedor de buena fe de un esclavo³ (D.21.1.21.1.; y 6.1.45).

¹ En los textos aquí analizados a veces se habla de *promissio* o *repromissio* y otras de *cautio*. Habría que ver, si esta diferencia tiene en estos lugares sentido técnico.

² Kaser, *Das Römische Zivilprozessrecht*, Munich, 1966, sólo menciona que el juez puede exigir a una de las partes que otorgue la *cautio de dolo*, p. 259, y da una sola referencia bibliográfica: Coing, en *Festschrift Fritz Schulz I*, Weimar 1951, p. 100.

³ Quizá se considerase precisamente la posesión de buena fe de un esclavo (Cfr. D. 6.1.45 "Si homo sit..."), y no de otra cosa, porque fuera frecuente darlos en prenda, y difícil conocer (el esclavo puede escaparse de manos del acreedor prendario) si había sobre ellos o no un derecho prendario.

Por esto, Betancourt concluye que la *cautio* se hacía para prevenir el deterioro jurídico de la cosa, pero no su deterioro físico.

Respecto de la *actio quod metus causa*, según D.4.2.9.5 y 7, se pide la *cautio* al demandado en todo caso, pues quizá se supone que quien había cometido un delito para apoderarse de la cosa, fácilmente podía actuar dolosamente al regresarla. En este supuesto se estaría pensando en asegurar principalmente el deterioro físico de la cosa, pues quien la regresaba era poseedor de mala fe,⁴ que no habría podido ni siquiera darla en prenda. También se previene el deterioro físico cuando se intentaba asegurar que el esclavo devuelto no hubiera cometido un delito con autorización de su dueño, pues en ese caso el esclavo no se deterioraba jurídicamente, ya que quien lo recibía no estaba obligado a respetar un derecho constituido sobre ese esclavo sino a pagar una cantidad o, si lo prefería, hacer la entrega noxal del esclavo.

Jorge ADAME GODDARD

CASADO RUIZ, José Ramón, "La aplicación del Código penal de 1822", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. XXXII, fasc. II, mayo-agosto de 1979, pp. 333-344.

Dentro del proceso de la codificación penal española se habían puesto siempre en entredicho la vigencia y aplicación del Código penal de 1822. Este cuerpo jurídico tuvo una gran importancia por ser el primero de los códigos que conforme a las ideas modernas se elaboró en España. El profesor Casado Ruiz analiza y da cuenta, en las páginas del artículo que hoy nos ocupa, de numerosas pruebas que permiten esclarecer el asunto de su vigencia y aplicación.

El autor analiza en primer término las disposiciones por las que se promulgó el Código penal, asimismo da noticia de la disposición que aplazaba su entrada en vigor, la cual se habría realizado el primero de enero de 1823. Pasa a continuación a revisar las causas del aplazamiento, y afirma que aunque se esgrimieron razones sustantivas la causa verdadera del retraso de su vigencia se debe buscar en el campo de las razones políticas, ya que fueron los liberales exaltados los que se opusieron al contenido del código y, en consecuencia, a la entrada en vigor. El gobierno y los modera-

⁴ La caución de dolo probablemente no se exigiría a quien adquirió de buena fe lo que otro obtuvo por violencia. D. 4,2,9.5. pide la caución al que obtuvo la cosa con violencia; en el § 7 no se hace esa precisión, pero se remite al § 5 respecto de la *cautio*.

dos coincidieron en la necesidad de ponerlo en ejecución a la brevedad posible.

Casado Ruiz recogió las pruebas de la aplicación del código. A este respecto revisó periódicos de la época de la entrada en vigor y, aunque su investigación se redujo a las ciudades de Valencia y Murcia, supone, y parece que con razón, que lo mismo debió acontecer en otras ciudades españolas. Es decir, el código se aplicó y lo que faltaría averiguar es la medida de este hecho.

No se reduce al análisis de testimonios periodísticos sino que cita discusiones que se produjeron en distintos momentos en las sesiones de las Cortes. En ellas, a través de lo que expresan diversos diputados, se pueden constatar la vigencia y la aplicación del Código penal ya que frecuentemente se hace alusión a los problemas que causó esta última por la ausencia de instrumentos procesales y de otro tipo que permitieran ejecutar las disposiciones del código penal.

Finalmente, afirma que dado que lo definitivo para la aplicación del código es su conocimiento por parte de los jueces, y sobre este hecho no parece haber duda alguna.

mientras no se demuestre lo contrario... el Código comenzó a tener vigencia y aplicación efectivas en la Península e islas adyacentes, a partir del primero de enero [de 1823] de modo uniforme.

El artículo del profesor Casado Ruiz es sumamente interesante ya que deja aclarado un punto que había sido motivo de controversia doctrinaria. Resulta satisfactorio que cada vez más los estudiosos se ocupen de la historia de la codificación. En España, en tiempos recientes, han aparecido varios estudios que permiten conocer cada vez más a fondo dicho proceso. El artículo del profesor Casado Ruiz viene a enriquecer esta tendencia.

María del Refugio GONZÁLEZ

D'ORS, Alvaro, "La acción del menor restituido (crítica a Kupisch)", *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, t. XLIX, 1979, pp. 297-326.

El autor prosigue aquí la crítica que ha venido haciendo¹ a la teoría de Kupisch, sobre la *in integrum restituitio* del *minor*, expuesta en su libro *In*

¹ En *Estudios jurídicos en homenaje a Ursicino Alvarez* (1978) A. D'Ors hizo una crítica al mismo autor, respecto de las acciones *ex Vallaeiano*.

integrum restitutio und vindicatio utilis (1974). La tesis de Kupisch es que el *minor restitutus* podía alcanzar la restitución de lo que hubiera perdido, no sólo mediante una acción rescisoria con ficción (restitución pretoria), que es la tesis que hoy admite la doctrina común, sino también a través de una acción personal *in factum* por la que el juez podía condenar a restituir (restitución judicial); según Kupisch, la acción que ordinariamente se seguía era la personal *in factum*, y la rescisoria con ficción se daba sólo cuando se quería recuperar la cosa de un tercero adquirente de buena fe, caso en que el *minor* no podía alegar que el adquirente le hubiera causado un perjuicio. Por lo novedoso de su contenido, la tesis de Kupisch ha suscitado polémicas.²

Kupisch se apoyó en Ulpiano (11 ed.), D. 4, 4, 13, 1:

Interdum autem restitutio et in rem datur minore id est adversus rei eius possessorem, licet cum eo non sit contractum ut putarem a minore emisti et alii vendidisti: potest desiderare interdum adversus possessorem restituti, ne rem suam perdat vel re sua careat, et hoc vel cognitione praetoria vel rescissa alienatione dato in rem iudicio.

A veces también se concede al menor la restitución con efectos reales, es decir, contra el que sea poseedor de la cosa, aunque no se haya contratado con él; por ejemplo, si has comprado a un menor una cosa y la has vendido a otro: puede el menor pretender a veces la restitución contra el poseedor, a fin de no perder la cosa o privarse de ella; y esto, sea por la cognición del pretor, sea, mediante rescisión de la enajenación, con la acción reivindicatoria.

Según él, en la última frase se indica que la restitución es posible por las dos vías: mediante rescisión de la enajenación y una acción reivindicatoria con ficción, o "*cognitione praetoria*", es decir por la acción personal *in factum* que él defiende.

D'Ors explica el texto, y particularmente la expresión "*cognitione praetoria*", señalando que ahí se prevén dos posibilidades de defensa para el menor: que se le defienda para que no pierda la cosa (*ne rem suam perdat*) o para que no se vea privado de ella (*vel re sua careat*). Si se le defiende para que no pierda la cosa se supone que el menor la tiene, por lo que la defensa consistirá en una excepción o en una *denegatio actionis*; si se le defiende para que no se vea privado de ella se supone que otro la tiene y entonces la defensa consistirá en una acción. El texto, pues, se refiere a

² Kaser ha publicado el artículo *Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus*, SZ 1977, pp. 101-183, en que se muestra favorable a Kupisch. Cerverca hizo una crítica a Kupisch en *Labeo* 1978, pp. 213-221.

la acción donde dice *in rem iudicio* y a la excepción o *denegatio actionis* donde dice "*cognitione praetoria*". Con esta interpretación está conforme el contexto del fragmento de Ulpiano, ya que en el párrafo anterior se ocupa de la restitución contra un acreedor (pp. 300 y ss.).

A lo largo de este artículo, D'Ors examina uno a uno los distintos textos alegados por Kupisch en favor de su tesis, y encuentra que no pueden aportar pruebas suficientes para abandonar la idea común a la romanística actual de que la *restitutio* decretada por el pretor daba lugar a una excepción, o a una acción rescisoria con ficción, fuera real, fuera personal.

Jorge ADAME GODDARD