

y verdadera significación que permite situarlas dentro de la corriente innovadora, por su tendencia extranjerizante, sin ningún entronque con la tradición jurídica de Portugal, constituye el contenido de las páginas finales de este estudio, útil, sobre todo, como obra de divulgación metódica y sistematizada.

José M.^a Ots.

GIUSEPPE SALVIOLI: *Storia della procedura civile e criminale*.

Parte primera. Volumen III de la *Storia del Diritto italiano*, pubblicata sotto la direzione di Pasquale del Giudice. Milano, 1925. Págs. 1-419.

El tomo tercero de la incompleta *Historia del Derecho italiano*, publicada bajo la dirección de Pascual del Giudice, es la parte primera (siglos VI-XII) de una *Historia del procedimiento civil y criminal* —así lo dice su título—, debida a Salvioli.

El volumen, como veremos en seguida, no es, a nuestro juicio, perfecto por su sistema, tanto si se comparan las dos secciones en que Salvioli lo divide, cuanto si examinamos separadamente cada una de ellas. Su contenido es, sin embargo, rico, aunque a veces nos parece menos fecundo por prescindirse en el curso de la obra, por sistema —ya Salvioli anticipa ese propósito en la Introducción (página 7)— de la exposición de opiniones anteriores sobre los problemas tratados.

Este propósito, llevado a la práctica en forma, a nuestro juicio, excesiva, y lo que ya hemos indicado antes sobre su sistema, hacen de la obra de Salvioli un libro de difícil lectura, en el que la situación de los problemas reclama un esfuerzo y que no suministra en todo momento una idea completamente clara —con visión histórica general—, no ya de cada uno de ellos en concreto, finalidad que sí logra, sino de su conjunto en un momento histórico dado. Esta idea nuestra aparecerá después más clara. Contentémonos ahora con indicar que el libro de Salvioli —sobre todo en su sección primera, en la organización judicial— no logra suministrar un panorama completo, histórico, en el que se aprecie satisfactoriamente la coordinación de los diversos círculos judiciales y su evolución histórica progresiva. Con la sola lectura de la obra de Salvioli no se logra —en parte, a mi juicio, por la falta de una idea sistemática unificadora— la visión de conjunto de la real organización en un siglo cualquiera de los posteriores, sobre todo al período franco. Creo, por ejemplo, que está clara la exposición de la organización judicial de las inmunidades (págs. 129-140); no así su coordinación con otros círculos judiciales. Así podríamos repetir los casos. Cuando hemos indicado la falta de

una idea sistemática unificadora no nos pronunciamos en contra del método histórico que Salvioli emplea. Bien al contrario, como luego indicaremos.

Dijimos que, según el título, la obra de Salvioli era una *Historia del procedimiento civil y criminal*. El título no es completamente adecuado. Es algo más que una *Historia del procedimiento*. El título adecuado hubiese sido: *Historia de la organización judicial y del procedimiento*. Como veremos en seguida, ese es su verdadero contenido. La mitad del volumen está dedicado al estudio exclusivo de la organización judicial.

Inicia el volumen una introducción general —no sólo para la primera parte, en este volumen contenida—, en la que, en breves páginas (1-9), expone Salvioli la contemporaneidad de normas procesales y orden jurídico cualquiera (pág. 1), así como la extraordinaria importancia de esas normas —por el fetichismo de la forma— en las organizaciones jurídicas primitivas (págs. 1 y 2); esas normas procesales, añade, tienen una íntima conexión con la organización política en general (pág. 3), y mejor que esas normas, en general, las del procedimiento criminal, no las del civil, que quedan más frecuentemente inmóviles (pág. 4).

La idea de la íntima conexión de las normas procesales con la organización política en general tiene en la obra de Salvioli una gran trascendencia; se refleja en el método de exposición.

Salvioli, para evitar la introducción en la historia de ideas sistemáticas arbitrarias que el método sistemático trae consigo, acepta el método histórico, basándose en los mismos argumentos en que siempre se basa la aceptación de tal método para la exposición de la Historia del derecho público. Los argumentos son los conocidos y generales de la movilidad diversa de las instituciones de derecho público y las de derecho privado (pág. 5). La equiparación en cuanto a movilidad del derecho procesal al derecho público, a las instituciones de derecho público y las conclusiones a que llega, con respecto a la exposición histórica de éstas, hacen que, aun en contra de la tradición de Pertile —que empleó en su Historia un método sistemático para el procedimiento—, adopte el método histórico. A nosotros nos parece ciertamente también el adecuado el método histórico; pero, como antes dijimos, creemos que en la división y colocación de los capítulos la sistematización, o mejor la organización de la materia —para que no se crea que aludimos a método sistemático— no fué siempre feliz. Tampoco queremos dejar de hacer una advertencia y es que consideramos de necesaria aplicación el método histórico para la organización, pero que para la exposición del procedimiento puro cabe mucho más una organización sistemática. Tan es esto exacto, que en la propia obra de Salvioli se observa. Dentro de su método histórico la sección segunda tiene una organización sistemática de que carece la primera. Ya las

examinaremos al detalle. Téngase en cuenta que si hablamos de organización sistemática para el procedimiento es siempre después de tomar como base un sistema de períodos históricos.

Como otras características generales del libro de Salvioli señalaremos la utilización de la rica literatura alemana, con la que a veces suple la penuria de los estudios concretos sobre Italia, como él mismo dice (págs. 7-8); la no exposición de las ideas de distintos autores en cuestiones controvertidas —ya lo señalamos antes— (pág. 7) y el íntimo enlace con la obra de Pertile, hasta el punto de no revisar las fuentes por éste aducidas (pág. 8). Como características también podemos señalar los fines que Salvioli se propone con su obra. Emplearemos palabras suyas: “Due compiti principalmente mi sono proposto in questa esposizione storica: rendere evidenti le relazioni fra i sistemi procedurali e gli istituti di diritto pubblico e privato (privato también, téngase en cuenta, en relación con lo que antes indicamos sobre sistema); congiungere lo svolgimento delle dottrine a quei diritti che ebbero tanta parte nella nostra vita nazionale.”

Ya hemos indicado que esta primera parte que examinamos comprende desde el siglo VI al XII, es decir, desde la dominación ostrogoda hasta la época comunal. También aludimos a las dos grandes secciones en que se divide: la primera trata de la “Organización judicial y las magistraturas” (págs. 13-204); la segunda, del “Procedimiento civil y penal” (205-419). Una y otra secciones están divididas en capítulos, pero sin que tengan correspondencia los de la primera con los de la segunda.

La sección primera consta de nueve capítulos, en los que trata de: I. La organización judicial en la época ostrogoda (págs. 13-29); II. La organización judicial en la monarquía longobarda (págs. 30-46); III. La organización judicial en la monarquía franca (págs. 47-80); IV. La organización judicial en Roma, Venecia e Italia meridional, hasta el siglo XII (págs. 81-101); V. El foro eclesiástico desde sus orígenes hasta el siglo X (págs. 102-126); VI. La jurisdicción patrimonial y de las inmunidades desde el siglo IX al XII (págs. 127-154); VII. La jurisdicción imperial en Italia hasta la época de las “Comunas” (págs. 154-174); VIII. La jurisdicción condal en las ciudades italianas hasta la aparición de las “Comunas” (págs. 175-187); y IX. La jurisdicción feudal (págs. 188-204).

Creemos que en esta división en capítulos podían introducirse modificaciones, al menos en su orden. Los capítulos V y VI rompen, a mi juicio, la marcha de la exposición. Yo los hubiese pospuesto a los capítulos VII y VIII, con lo que se hubiese simplificado mucho la exposición de éstos, evitándose repeticiones existentes, a algunas de las cuales aludiremos, y con lo que se hubiese logrado al mismo tiempo reunir los tres capítulos, V, VI y IX, que tratan de las organizaciones judiciales de poderes que pudiéramos titular, con un sen-

tido muy amplio, exentos. Tal vez el capítulo IV debiera también haberse pospuesto a los VII y VIII, aunque en otro sentido se hubiese roto el sistema. Si con la colocación de los capítulos V y VI antes de los VII y VIII se ha querido señalar una determinación cronológica —cosa que dudamos—, consideramos que hubiese sido más acertado dividir en dos partes, en atención al tiempo, esta exposición de la organización judicial. Los capítulos VII y VIII, en fin, reclamaban una íntima relación principalmente con el capítulo III, y sólo debían tolerar a lo sumo la intercalación del IV. El capítulo VII continúa íntimamente los núms. 2-7 (págs. 48-54) del III; el VIII íntimamente también, la jurisdicción condal anterior. También, y con esto terminamos este punto, se hubiese podido lograr una unificación en la exposición, distinguiendo los tribunales comunes y especiales o exentos; los reales y los ordinarios, etc. Una buena prueba de que estas distinciones no son caprichosas ni inútiles, es el hecho de que en la exposición del propio Salvioli aparecen en algún momento vestigios (página 54).

Examinando en concreto los capítulos, encontramos en el I, sentada por Salvioli, la tesis corriente indiscutible de continuación de lo romano en la organización judicial ostrogoda —no sólo en lo judicial ciertamente— (págs. 13-22), señalando como únicas modificaciones fundamentales la jurisdicción del “comes gothorum” en los asuntos judiciales de éstos y la solución dada al nuevo problema planteado de los negocios judiciales mixtos (págs. 22-26), terminando con el análisis de las facultades jurisdiccionales de los obispos (págs. 26-29).

El capítulo II tiene a su cabeza estas palabras, que son resumen interesante para toda la época posterior: “Con la venida de los longobardos (a. 568) se cierra el período de la exclusiva preponderancia de las instituciones romanas y se inicia el de la influencia germánica aun en la historia del procedimiento” (pág. 30).

Cree Salvioli, basándose en datos numéricos proporcionales de los pueblos vencedor y vencido (págs. 30-31) y en la evidente ruina del poder central que hasta entonces nombraba los funcionarios, que tanto en el orden político en general cuanto en concreto en la organización judicial, vivió la Italia longobarda un poco tiempo en el abandono y anarquía —cosa que nosotros concebimos a lo sumo solamente como un momento de tránsito, pero no como período histórico— hasta que, decidido el pueblo invasor a permanecer en aquellas tierras, implantó su organización judicial, que era la de tipo germánico general (págs. 31-32). Aunque los comentarios a este capítulo pensamos unirlos a los del siguiente, queremos advertir que, pareciéndonos exacta esa afirmación de generalidad de organización judicial de los distintos pueblos germánicos, no puede olvidarse que precisamente los longobardos, en orden a la intervención del pueblo en vida judicial y respecto a la distinción, por ejemplo franca, de presidente de la asamblea, “Urteilfinder”,

y pueblo en general que dé la sentencia, tienen peculiaridades en esta época, cuya puntualización previa es fundamental. Una no puntualización comparativa de esas peculiaridades longobardas en relación con la organización judicial francomenovingia y carolingia, que a mi juicio falta en Salvioli, da lugar a que en ocasiones no resulten completamente claras sus ideas, por ejemplo, sobre la esencia de los “adstantes” longobardos, su relación genética y proceso de formación partiendo de la asamblea general de tipo germánico, su relación —como institución— con los “Rachinburgi” merovingios y los “scabini” carolingios, o mejor de Carlo Magno, etc.

Recogida de la asamblea, nos dice Salvioli, posee el rey longobardo la suprema potestad judicial —no sólo en apelación (págs. 32-37)—, siendo los funcionarios judiciales ordinarios los duques (págs. 37-38) y bajo éstos los “gastaldi”, con competencia regulada territorialmente (págs. 39-40) y los “actores”, “ocopositi”, “actionarii”, “stolesaiz y sculdais”, etc., con competencia no distinguida jerárquicamente de la de los “gastaldi” (págs. 41-42). Finalmente, añade Salvioli, el último elemento de la organización judicial longobarda son los “adstantes” o “astantes”, “homines idonei”. Los “adstantes” dan la sentencia: esto está perfectamente claro en Salvioli (págs. 42-46, principalmente 45 y 43); los “adstantes”, nos dice, aparecen en todos los tribunales; también esto lo dice claramente Salvioli (págs. 43 y sigs.). Ahora bien; la relación de éstos con la asamblea general germánica, que es evidente y está señalada, naturalmente, por Salvioli, ¿de qué tipo es? ¿Con el término “adstantes” se alude a los miembros de la asamblea todos? —no lo consideramos así, pues ya se sabe que es unánime la idea de una postergación del pueblo en general entre los longobardos y podíamos citar nombres como Ficker, Brunner, Schröder, etc.—, o solamente a unos pocos ciudadanos investidos de dicha función? Siendo esto último, ¿cómo aparecieron? ¿Hay un estadio intermedio entre la asamblea general y el tribunal de “adstantes”, semejante al que representan los “rachinburgi” merovingios? ¿Cómo surge ese grupo de los “adstantes”? ¿Fue a través de una distinción, tan germánica, de Urteifinder, y sentenciadores? ¿Quién fué en todo momento Urteifinder entre los longobardos? ¿Tuvieron éstos presidentes de las asambleas judiciales, Urteifinder y sentenciadores como grupos distintos en algún momento? ¿Se confundieron siempre las dos primeras funciones? Estas preguntas, a mi juicio absolutamente indispensables de contestación para puntualización de los problemas, no la encuentran plenamente en Salvioli. Y son cuestiones, a nuestro juicio, fundamentales. Yo creo que la exposición de Salvioli en este punto resulta menos clara porque no ha partido de los conceptos puros germánicos sobre la organización judicial para llegar a las conclusiones adectadas sobre las peculiaridades de los longobardos que en este punto son no distinción de Urteifinder y sentenciadores y pérdida de la potes-

tad judicial por parte del pueblo. Estas son conclusiones consagradas por la tradición. Siempre queda intacto el proceso de aparición de los "adstantes" con esas funciones judiciales. El problema queda intacto en Salvioli. Nosotros nos atrevemos a señalar, aun con todos sus peligros, una evolución paralela a la que entre los francos diera origen al "scabinado". Como veremos, esto contradiría la tesis de Salvioli sobre el origen de los "scabinos" francos, aunque pudieran aunarse ambas pensando que la evolución longobarda se completó antes e influyó en la otra. Por otra parte nos parece peligroso afirmar como él la no relación de "scabinos" y "rachimburgi" y más aún si la tesis se aporta sin documentos. Diremos, finalmente, que esa nuestra tesis de evolución paralela no reclama necesariamente una rectificación de la tradicional tesis de no distinción entre los longobardos de Urteiffinder y sentenciadores. Tal vez nos veamos obligados a volver sobre el tema ligeramente al comentar el capítulo III.

Los longobardos, hemos dicho con Salvioli, cambiaron la organización romana, conservada por los godos, de un modo esencial; con ello cambiaron la organización judicial; el tercer pueblo bárbaro que domina a Italia en nuestro proceso, los francos, no produce un cambio en las instituciones judiciales longobardas.

Siguió, nos dice Salvioli, a la cabeza de la jurisdicción el rey, no en apelación sólo, sino en concurrencia con los tribunales ordinarios (págs. 47-48), siendo también el real tribunal privilegiado para algunas personas (pág. 49) y teniendo reguladas su presidencia, reuniones, etc. (págs. 49-54). Nos parecen una confusión los llamados "placita generalis", integrados por los grandes del reino, y los "fideles regis" (pág. 54), pareciéndonos mal entendido el término "fideles" y aun el sentido de tales asambleas generales. Los *fideles* francos, como los godos y también los *leudes*, son los súbditos. Bien es cierto que no es unánime la interpretación ni aun en los estudios más modernos.

Como verdaderos representantes o mandatarios del rey y en su consecuencia con facultades judiciales amplísimas, nos presenta Salvioli a los *missi*, con características en su actuación judicial análogas a las del rey (págs. 54-61).

Funcionario judicial ordinario podemos titular al conde, que preside las asambleas judiciales, tanto generales del condado cuanto las parciales, aunque pueden también serlo por sus *centenarii*, *vicarii*, *locopositi*, *missi*, etc. Anotemos cómo Salvioli acentúa quizá con exceso la personalización de la administración de justicia, sin que olvide totalmente, como es lógico, la intervención popular y las asambleas (páginas 60-69). Tal vez por un espejismo longobardo presenta a los funcionarios francos en rango excesivo en relación con las asambleas. Bien es verdad que tenemos que pensar siempre en la tradición longobarda.

Queda, finalmente, que hablar del "escabinado". Toda la controversia

sobre su origen en Italia, época, etc., tan pródiga en literatura, aunque no monográfica —los nombres de Savigni, Hegel, Bethman-Hollweg, Ficker, Pertile, Sohm, etc., son suficientes— desaparece en Salvioli. De piano resuelve con acierto su no existencia con tal nombre en la época longobarda y también de piano, pero no creo que con acierto, el problema de su origen. Carlo Magno, nos dice, al crear el “*escabinado*” imitó a los abstantes longobardos (pág. 69). El “*escabinado*” no se relaciona con los “*rachimburgi*” merovingios. Desgraciadamente, estas afirmaciones de Salvioli no se apoyan en documentos; él mismo dice que no existen. Nosotros repetimos lo ya dicho. A lo sumo pudiera pensarse en un desarrollo paralelo. La relación de los “*scabini*” y los “*rachimburgi*” y la reforma de Carlo Magno con sus motivos, doble orientación y consecuencias, nos parecen perfectamente claras. Nada más lógico, además, que el paso dado por Carlo Magno después de una vida larga del sistema judicial franco merovingio de los “*rachimburgi*”. El mismo Salvioli cita algunos documentos, en los que aparecen *escabinos* conjuntamente con “otros muchos hombres” (pág. 74). Cree ver una influencia longobarda, sin pensar que precisamente entre los longobardos el pueblo pasó más pronto a segundo término, a último término, desapareció. La verdad es que esos documentos nos muestran sencillamente a los *escabinos* equiparados a sus predecesores los “*rachimburgi*”, o son sencillamente prueba de los “*escabinos*” como colegio permanente de *Urteiliinder* —en los *placita legitima*— al estilo sencillamente de la reforma de Carlo Magno. No debe olvidarse —y en Salvioli no aparece suficientemente (págs. 69 y sigs.)— que la reforma de Carlo Magno tuvo una doble orientación. En los “*placita legitima*” los “*scabini*” no fueron sino colegio permanente que proponía la sentencia; en esos “*placita*” no sentenciaron por sí originariamente; en los otros “*placita*” fueron sentenciadores, jueces sencillamente.

Diremos, para terminar este capítulo, que Salvioli señala como organización análoga a la descrita la de los ducos de Benevento y Salerno.

En el capítulo IV señala Salvioli, como tesis general, la producción de modificaciones en la Italia bizantina, con relación al Imperio y su organización judicial, modificaciones surgidas también en Roma con la aparición de nuevos funcionarios, como en el Patrimonio, pero siempre conservando el tipo de lo romano (págs. 81-88), bien en contra de la organización de la región véneta, que se aproximó extraordinariamente a lo franco (págs. 88-94) como la de Istria, donde también hubo asamblea judicial (pág. 94). En Nápoles, Gaeta y Amalfí, la base justiniana sufrió no pocas modificaciones —por ejemplo, los poderes judiciales de los duques—, no siempre iguales en cada ciudad (páginas 94-98). En Sicilia se unió a lo bizantino lo árabe, continuando aquéllo más en la parte oriental (pág. 98), Córcega y Cerdeña, de tipo romano (págs. 99-101).

En el capítulo V se contiene un estudio del foro eclesiástico, partiendo de los consejos evangélicos y las primeras concesiones privilegiadas de Constantino, planteando siempre el problema desde el punto de vista de la adaptación o separación de la práctica y la tesis canónica y señalando, como momento decisivo en la formación del foro eclesiástico en Italia, el capitular de Mantua de 787 (pág. 113). Este capitular no resolvió, sin embargo, la cuestión, añade, en tal forma que desapareciera posteriormente toda controversia por la aparición, siempre pura, del foro eclesiástico privilegiado. Este foro, además, se concibió en el imperio franco no precisamente como una renuncia de derechos de soberanía; así dice Salvioli: "Il foro speciale per clericos non significava nel diritto del tempo una diminuzione o renunzia dei diritti di sovranità, ma una conveniente divisione di attribuzioni e di funzioni, il riconoscimento di un potere non rivale ma associato a quello publico" (pág. 117). Esta tesis de Salvioli encuentra, como él dice, confirmación en la existencia en casos diversos de juicios dobles. Así, ante todo, en cuestiones matrimoniales (págs. 117-119). Lo interesante, finalmente, es hacer notar con Salvioli cómo el foro eclesiástico no está tan firmemente formado de derecho y de hecho que sea el único aplicable a asuntos de tipo eclesiástico o mixtos. Aun después del Capitular mantuano citado encontramos actuando en asuntos, al menos mixtos, a los tribunales ordinarios, al menos de hecho (págs. 120-125), resolviéndose la autonomía mediante una intervención del obispo, para ponerse de acuerdo con el conde en forma prescrita por el capitular de Francfort del 794 (págs. 125-126).

En el capítulo siguiente, el VI, continuando el estudio de tribunales exentos, comienza con el de las inmunidades, limitándose a señalar su no mucha amplitud en Italia (pág. 129), el origen económico de la inmunidad en general, mejor financiero (pág. 130), y su transformación en privilegio judicial, pasando por un período en el que no está suprimido en absoluto el juez ordinario (págs. 130-140). Con relación a la jurisdicción patrimonial tiene esta tesis general exacta: "no se puede fundar sobre ninguna ley ni documento la existencia, en Italia, en las épocas longobarda y franca, de una jurisdicción patrimonial, esto es, unida a los derechos del propietario" (págs. 145-146); aun cuando en virtud de las ideas inmunitarias y de los principios señoriales y patrimoniales, llegaron a concederse —con cierto sentido patrimonial— a la iglesia principalmente— muchos privilegios procesales (págs. 147-154) alguno tan interesante —y de fecundas consecuencias, puede añadirse— como el de la prueba "per inquisitione" (páginas 147-148).

En cuanto al enlace de los capítulos VII y VIII con los anteriores, ya hemos hablado. Partiendo de la jurisdicción real franca, estudia la imperial (págs. 155 y sigs.), examinando la aparición de nuevos funcionarios y adquisición por otros de poderes jurisdiccionales

(pág. 158), así como también la gran difusión de “missi” reales con diversos títulos especiales para Italia (pág. 159), que con gran frecuencia —con el fin de abatir a la nobleza laica— fueron obispos (páginas 161 y sigs.). Los órganos judiciales de esta época son: curia imperial o regia, presidida por el soberano o su vicario; funcionarios reales, clérigos o laicos, con poderes delegados; y finalmente, órganos judiciales feudales con jurisdicción lograda por infeudación directa por parte del rey (págs. 164 y sigs.). El punto más interesante, sin duda, de este capítulo es la consideración de esa justicia real enfeudada, como justicia real o imperial central. Tiene tanto más interés cuanto que luego estudia independientemente la organización judicial feudal como exenta (cap. IX). Paralela a esta organización judicial, que podríamos titular central, presenta como viva la misma organización local longobardofranca (págs. 166 y sigs.), terminando lo interesante del capítulo con unas páginas inesperadas, dedicadas al tribunal áulico imperial en el siglo XIII (pág. 171). No me parece éste el lugar más adecuado para tratar de él.

Mejor que en un capítulo especial hubiese sido tratar de la materia del capítulo VIII, enlazada con el estudio de la jurisdicción local, realizado en el capítulo anterior (págs. 166 y sigs.), habiéndose podido evitar de ese modo repeticiones. Todo el fenómeno señalado en este capítulo es el de transformación de la persona del conde. A partir de Otón I comienzan los obispos a ser condes de las ciudades. Salvioli nos repite el motivo de ese cambio: el deseo de abatir a la nobleza laica (pág. 175). Los funcionarios del obispo-conde, en el orden judicial de la ciudad, son el “advocatus”, “vicecomes”, “iudex” y “rector” (página 180), terminando con la intervención de los “causidici” en los tribunales (pág. 283), con jurisdicción análoga a la del obispo, según los poderes transmitidos a ellos (págs. 185-187).

La jurisdicción feudal aparece, finalmente, en Italia (capítulo IX), originada por enfeudaciones no sólo reales, o mejor del emperador y el papa, sino también de las Comunes (págs. 188-193), su extensión era diversa en cuanto a competencia; a veces alcanzaba aun a las “causas maiores” en orden a su aspecto criminal (197-198). Lo que nos falta en Salvioli es el punto interesantísimo de forma de transmisión del “bannus sanguinis” a los subfeudatarios. ¿Se haría la transmisión como en el feudalismo alemán directamente por el rey? Se enlaza este punto con uno que sí trata Salvioli: el rey, el emperador, mejor dicho, estaba siempre sobre la justicia feudal (pág. 201). Esta afirmación nos llevaría a contestar afirmativamente la pregunta anterior, aunque no lo presupone necesariamente. Finalmente señala Salvioli la forma de ejercicio de la justicia feudal por el señor con sus fieles (pág. 193) y las dificultades de distinción en ocasiones de las justicias feudal y patrimonial (págs. 198-209).

La sección segunda de la obra tiene VII capítulos, que llevan

estos títulos: I. "El procedimiento en la época de la dominación ostrogoda" (págs. 207-212); II. "El procedimiento en los territorios longobardos" (págs. 213-245); III. "El sistema probatorio longobardo-franco" (págs. 246-307); IV. "El juicio" (págs. 308-344); V. "El procedimiento criminal acusatorio e inquisitivo" (págs. 345-363); VI. "Procedimiento de ejecución" (págs. 364-394), y VII. "El procedimiento en los territorios romanizados" (págs. 394-419).

Lo que con relación al plan dijimos al ocuparnos de la sección primera, podríamos repetirlo de esta segunda. Aquí está la cuestión aún mucho más clara. En realidad se contienen tres partes no distinguidas por epígrafes superiores a los de los capítulos. Son éstas: 1.ª Procedimiento ostrogodo (cap. I); 2.ª Procedimiento longobardo-franco, incluyendo sus modificaciones en el curso de la época estudiada (capítulos II-VI), y 3.ª Procedimiento en los países que siguen romanizados (cap. VII). Una distinción de estas tres partes, con epígrafes superiores a los de los capítulos, hubiese debido introducirse.

Dentro de la segunda parte tampoco hubiese conservado la división en capítulos que adapta Salvioi, y desde luego no hubiese mantenido su orden. Faltan a veces distinciones en el contenido que producen confusiones y se encuentra también una cierta mezcla de problemas generales —de las características generales— del procedimiento con las partes concretas de éste. Ante todo hubiese distinguido y agrupado en uno o más capítulos las características generales del procedimiento, de una parte, y de otra la marcha en concreto de éste. Creo también fundamental una distinción entre procedimientos ordinarios y extraordinarios —tanto más cuanto que existen en derecho franco, y en Italia una larga serie de éstos— con lo que hubiese evitado tratar, por ejemplo —es sólo un ejemplo, que se puede repetir varias veces en puntos diversos del libro de Salvioi—, en el capítulo dedicado al procedimiento de ejecución, de la *intertiatio* (págs. 384 y sigs.) y aun de todo el procedimiento sobre la base del "vestigium minare" y su sustitutivo cuando el vestigio o rastro se perdió (págs. 388 y sigs.), procedimientos que más que ejecutivos, más que meras ejecuciones, son verdaderos y típicos procedimientos especiales. Nos parece inútil añadir que podríamos citar otra serie de procedimientos especiales con características más que suficientes para que se debiesen distinguir del ordinario. Así el procedimiento ante el tribunal del rey; así también el de los delitos descubiertos en el acto de la comisión (véanse alusiones al mismo en la pág. 348, lugar no adecuado en el capítulo dedicado al carácter acusatorio o inquisitivo del procedimiento criminal) e igualmente el procedimiento inquisitivo —no confundible con la prueba "per inquisitionem"—, etc. Adelantemos aquí que en Salvioi se mezclan ambos conceptos. Compárense las págs. 276 y siguientes y 350 y sigs. En la 350 se llega a aludir a la prueba "per

inquisitionem” como procedimiento inquisitivo, diciéndose que ya se habló de él. Ya aludiremos a este punto.

Continuando en el examen de problemas generales del plan, añadiremos que el título del capítulo II nos parece inadecuado por su carácter general. Esc hubiese sido el título adecuado para la parte segunda de las tres que, según indiqué, debieron distinguirse en el plan de la sección segunda del volumen que examinamos. ¿No son también problemas de ese procedimiento los contenidos en los capítulos siguientes? Las cuestiones del capítulo V, por otra parte, por su generalidad —a pesar del posible sentido concreto de procedimiento inquisitivo como extraordinario o especial, según dijimos— y por afectar al sistema procesal en conjunto podían y debían preceder en puro rigor a los capítulos en que se estudian partes concretas del procedimiento, como en el párrafo 3.º del capítulo II, que trata de la citación e iniciación del procedimiento, o el capítulo III, del sistema probatorio. La unión de ese capítulo V a los problemas de oralidad (párrafo 5 del capítulo II) y comparecencia de las partes y representación en juicio (párrafo 4.º del capítulo II) hubiese sido perfectamente metodológica.

En el examen de detalles del contenido de los capítulos en particular podemos ser muy parcos, pues no creemos necesario entrar en detalles cuando se trata de puntos que la tradición tiene consagrados en esta obra de estudios históricos.

El procedimiento ostrogodo, nos dice Salvioli (págs. 107-212), es en esencia el “ordo iudicarius” romano (pág. 207), aun cuando se nota, como característica general, en el Edicto de Teodorico al realizar su adaptación un propósito de simplificación de ritos y un abandono de formalidades superfluas, así como un acrecentamiento de la autoridad del juez con la concesión de ciertas iniciativas procesales nuevas (págs. 208 y sigs.). Aunque señala la existencia de reglas especiales para los godos, no tienen, en realidad, interés otro alguno que el referirse alguna a la competencia de su tribunal especial (página 211).

Los seis distintos párrafos del capítulo II tratan, respectivamente —y no reclaman comentarios especiales para no repetir—, del antiguo procedimiento germánico (título no limitable a este párrafo, pues en otros trata también problemas del mismo) (págs. 213-218); del tribunal (págs. 218-219), y de la iniciación del procedimiento, tanto en su forma primitiva germánica, y en particular longobarda, cuanto en la forma posterior a la introducción en Italia de la reforma carolingia (págs. 219-230); de las partes en el juicio y del problema de la comparecencia por representación, en el que hace un estudio de los “advocati” de las iglesias, representantes de las mujeres y huérfanos, etcétera (págs. 230-237); de la oralidad del procedimiento e instrucción de la causa, con el problema del acrecentamiento del poder del juez (pá-

ginas 237-240), y finalmente del “*juramento de calumnia*” y su práctica italiana (págs. 240-245).

El capítulo III podría haberse dividido, fundamentalmente, en dos partes, a tenor de la materia que contiene: una contentiva de las cuestiones generales del sistema probatorio; otra de las distintas clases de pruebas en general. Salvioi, aunque comprende esas dos series de problemas, no establece plenamente tal división. Así vemos tratados problemas de los que titulamos generales del sistema probatorio —como concepción germánica de la prueba, su formalidad, carga de la prueba, ventajas de la prueba, etc.—, tanto en el párrafo 1.º de dicho capítulo, con el título de “La prueba en derecho germánico” (págs. 247-252), cuanto en el 8.º, “El desenvolvimiento de la prueba” (págs. 301-307). Queremos indicar que Salvioi en este último párrafo, al hablar de la carga de la prueba, se pronuncia naturalmente en contra de la tesis, hoy aún oída entre nosotros, pero falsa sin duda, de que en derecho germánico la prueba pertenece al demandado, de que la obligación de probar no es del actor.

El estudio de las pruebas en particular se comprende en los seis párrafos centrales, restantes del capítulo, estudiando Salvioi sucesivamente las pruebas de juramento (págs. 252-261); “*coniuratores*” (págs. 261-268); de testigos (págs. 268-276); “*per inquisitionem*” (páginas 276-283. Véase lo que antes dijimos sobre la “*inquisitio*”, en general, y lo que luego añadiremos); escrita (págs. 283-288), y finalmente los juicios de Dios (págs. 288-301). Indiquemos nosotros aquí sobre este último tipo de prueba que no consideramos incontrovertible la tesis del origen germánico primitivo de los juicios de Dios en general, no ya de los más discutidos, como el duelo judicial. Nosotros no vemos probada su existencia en el período germánico —pese a las “*sortes*” de Jacito (Salvioi, pág. 247)— en forma que nos garantice su origen germánico. Tal vez pueda pensarse en otro origen y en un camino de difusión por occidente distinto. Indiquemos, finalmente, que en Salvioi no encontramos una agrupación de los juicios de Dios en atención ya a su legitimidad, ya a su forma de realización, etc.

En el capítulo IV (págs. 308-344) se contienen —aparte de unas ideas sobre el carácter general de la acción y la no distinción originaria de clases distintas en la misma (págs. 309-310) y el concepto doble y efectos jurídicos de la contumacia (págs. 310-313)— los problemas de la marcha del proceso desde la citación hasta llegar a la sentencia (págs. 313-333), y de la apelación como remedio a emplear contra una sentencia considerada no satisfactoria por una de las partes (páginas 333-344).

De la marcha del procedimiento —y en concreto de la intervención del juez en el mismo (págs. 313-315)—; de su carácter de lucha y las modificaciones sufridas (págs. 315-317); de la interrogación judicial (págs. 317-319); dilaciones (págs. 319-320); no perentoriedad de la

instancia (pág. 322, núm. 9, no en el núm. 8, pág. 320, como se encuentra en el Índice); prueba su procedimiento y excepciones (páginas 320-329), y finalmente, del carácter de la sentencia, distinto en derecho longobardo (condenatorio) al del derecho franco (sin disposición precisa de condena) (págs. 329-330), llega a inducir a Salvioni (págs. 330-333) la existencia de infiltraciones romanas en el derecho procesal longobardo, influencias que igualmente se observan en la apelación (págs. 333-334), ya que, aunque no permaneció el sistema romano, aprendieron de ese derecho los longobardos el concepto de la apelación en sentido técnico, que se encuentra con toda precisión en el Ed. de Liutprando (28), y que está tan lejos de la mera, pura "*tachacion del juez*", resucita a estilo germánico mediante batalla judicial. Como vestigio de la falta de independencia del juez germánico en el procedimiento y ante la prueba en particular y sus resultados se conservan las posibilidades de condena, ya del juez —en caso de sentencia contraria a la prueba—, ya del apelante (págs. 315 y sigs.). Lo cierto es que podemos deducir del mismo Salvioni —aunque no de una manera tan explícita como en los conceptos germánicos puros— la existencia longobarda de un procedimiento especial contra el juez. En este caso no hay ni que decir que el término apelación no es aplicable. Paso definitivo en la formación de un sistema puro de apelación aun a funcionarios diversos con jerarquía, no sólo al rey, lo representan diversos capitulares carolingios (págs. 336-344).

Sobre los problemas del procedimiento criminal inquisitivo y acusatorio comprendidos en el capítulo V de Salvioni, adelantamos algo con motivo de la prueba "*per inquisitionem*", o mejor dicho, de la alusión al procedimiento inquisitivo, como procedimiento especial, que antes hicimos. Ya indicamos la necesidad de no confusión de procedimiento inquisitivo y prueba "*per inquisitionem*". El procedimiento inquisitivo, en el sentido nuestro, representa un procedimiento iniciado mediante una "*delación*" o "*denuncia*" de los hechos punibles por personas que no son las víctimas del delito. Esa delación hubo de considerarse como una demanda, y tenía la eficacia de condicionar toda la actuación o intervención del juez en el procedimiento. La prueba "*per inquisitionem*" afecta a la forma y tipo del procedimiento de prueba; es una pesquisa probatoria. A nuestro juicio, en un procedimiento originariamente, inicialmente acusatorio, cabe —en proceso de tránsito sobre todo— una prueba "*per inquisitionem*".

Lo importante ahora es que Salvioni plantea el problema en esta forma: procedimiento predominantemente de tipo inquisitivo es el criminal de los últimos tiempos del imperio (págs. 345-346); los ostrogodos, los longobardos y más aún luego los francos, no hicieron desaparecer en absoluto ese carácter procesal (pág. 346); no obstante, hay que tener presente que el tipo procesal germánico es acusatorio privado (págs. 347-352); existe indiscutiblemente un tipo procesal inquisi-

sitivo carolingio, aplicable a los bienes del fisco y luego a las iglesias sometidas al "*mundinum regis*" (págs. 350-351), extendido por privilegio a otras.

Planteado así el problema, Salvioli sostiene que cuando el poder público fortalecido sintió la necesidad de castigar a los delincuentes y fué solícito para buscar medios para ese fin, sólo tuvo que copiar un sistema procesal ya existente en la iglesia (págs. 350-351). Con esas palabras —casi textuales— Salvioli —que examina en las páginas siguientes (352-263) el procedimiento inquisitivo eclesiástico partiendo de la "*denuntiatio*" evangélica basada en San Mateo (XVIII, 15-17) y llegando a Inocencio III— toma partido, uniéndose al tradicional de Thomassin, ante la cuestión del origen del procedimiento inquisitivo. El Rügeverfahren, con términos alemanes, nos parece a nosotros concebible sin tener que acudir en absoluto a la imitación canónica. Ahora bien; también creemos que la "*inquisitio*" y la "*denuntiatio*" canónicas son suficientes factores de formación. Nosotros consideramos que no puede prescindirse, que no puede dejarse de coleccionar en esta cuenta el sistema procesal fiscal carolingio aludido. Que Mayer puede exagerar el elemento puramente germánico en esa evolución, es otro problema que nos apartaría algo de la marcha de nuestra idea. Tampoco puede olvidarse que ese sistema procesal fiscal carolingio se aplicó a las iglesias —punto de enlace— y fué procedimiento normal en el *Scandgeriecht*. Vamos, pues, viendo elementos fiscales —de derecho real, en una palabra— que en nada se oponen a la existencia también de un procedimiento inquisitivo de la iglesia. La eficacia de éste no es negada por nosotros. Su exclusividad no nos atreveríamos a afirmarla. Concebiríamos, por otra parte, como bien posibles evoluciones paralelas y mutuas influencias. Tiene, además, que pensarse, para resolver la cuestión, en la posibilidad de tipos inquisitivos diversos. Así, por ejemplo, la forma de Normandía que se difunde. Para acertar en el origen es el camino el examen atento del carácter del sistema inquisitivo en cuestión. Tampoco deben olvidarse concesiones de privilegios inquisitivos de carácter local. Sin que suponga esto una aceptación plena de los detalles de la tesis de Schmidt, creemos que los tres elementos: derecho real, derecho eclesiástico y derecho privilegiado local de las ciudades, deben valorarse. Si nosotros hubiésemos de examinar estos problemas en nuestros estados medievales, habríamos de tropezar —casi sería el centro de nuestro estudio— constantemente con la pesquisa regia y los pesquisadores reales. No creemos deber alargar más estas notas.

El capítulo VI (págs. 364-394), bajo el título general de procedimiento de ejecución, contiene cuatro párrafos distintos, tratando, respectivamente, de la ejecución (págs. 364-376), de la privada (págs. 376-383), de la defensa judicial de la propiedad y la posesión (págs. 383-390) y, finalmente, de la "*laudatio auctoris*" (págs. 390-394).

El punto de partida en todo el capítulo son los principios germá-

nicos primitivos de ejecución, mediante la pérdida de la paz y la posible venganza subsiguiente en caso de contumacia por no aceptación de la sentencia o no concurrencia el día marcado para la liberación del acreedor (págs. 364-366). Lograda una distinción de procedimiento civil y criminal, se llegó a reducir la forma primitiva de ejecución a los contumaces y a los que no pagaban la composición y a los condenados a muerte que se sustraen de la pena con la fuga (pág. 367), mientras que las sentencias de tipo civil podemos decir se hacían ejecutivas siempre, sólo a través ya de la condena de "bannus", contenida en la sentencia, ya mediante un contrato de "wadia" (página 367). Las influencias romanas y canónicas modificaron las consecuencias de estas formas ejecutivas en relación, por ejemplo, con la servidumbre por deudas, etc. (págs. 367-368). El derecho longobardo tiene una ejecución fundamentalmente real, mediante la "missio in bannum regis" y la "confiscatio", como actos de la autoridad pública, siendo ya sobre los muebles (págs. 368-370), ya sobre los inmuebles (págs. 370-372), con el empleo de la "wifa" o "wifatio" mediante acto público judicial (págs. 372-373). Contra los contumaces es de interés señalar, finalmente, que la ejecución distinguió siempre en la práctica italiana la contumacia civil y la criminal, verificándose en ésta la ejecución mediante una "Missio in bannum regis", mientras que para la civil se llegó a la aceptación de la "missio in bona", de tipo romano (págs. 373-376).

Como forma de ejecución privada presenta Salvioli la práctica longobarda e italiana, no modificada por la práctica franca, de prenda privada o extrajudicial en caso de convención previa de tal prenda entre el acreedor y el deudor (págs. 376-383).

Finalmente, al estudiar la defensa de la posesión y la propiedad en el orden judicial, analiza Salvioli el concepto de la acción reivindicatoria germánica y el ejercicio de la reivindicación mediante la "intertatio". Anteriormente hicimos algunos comentarios sobre este punto (páginas 383-390). Concluye con el concepto de la "laudatio auctoris" íntimamente unido, a nuestro juicio, con todo procedimiento reivindicatorio medieval, y por ello con la "intertatio" (págs. 390-394).

El capítulo último, el VII, encierra como tesis generales: el procedimiento de las regiones no dominadas por los bárbaros llegó a parecerse bastante al de éstas; ese parecido no debe, sin embargo, atribuirse a una influencia profunda, en estricto sentido, de este procedimiento; la plasmación del procedimiento de los países románicos es fruto de una evolución natural a tenor de la cultura de la época (página 395).

Con esas ideas expone sucesivamente el procedimiento en Roma y Rávena (págs. 396-406), Venecia (págs. 407-409), Italia meridional (págs. 410-413), Sicilia (págs. 413-416) y Cerdeña (págs. 416-419). En Roma y Rávena se conservan los rasgos esenciales del procedimiento

imperial, insinuándose no pocas instituciones germánicas, por ejemplo, en los sistemas probatorios. En Venecia fué esencialmente romano. De Italia meridional —influencia normanda— los datos son pocos, y de Sicilia no puede pensarse en un procedimiento siempre constante, conservándose de las ciudades sicilianas prescripciones que recuerdan las prácticas antiguas. El procedimiento de Cerdeña es para Salvioli la suprema prueba de su tesis general sobre el procedimiento en las regiones no sometidas a los bárbaros; aquí se llega sin una específica influenciación a una simplificación de lo romano y a la formación de un procedimiento, propio de estados de cultura primitivos, por su sencillez. Llamemos sólo la atención sobre esta concepción de Salvioli de tipo genérico sociológico.

Con esto terminamos esta nota, excesivamente extensa, y a veces monótona, al menos en su forma. La utilidad que pueda reportar esta recensión debe siempre apreciarse en relación con la penuria, carencia absoluta puede decirse, de estudios de derecho procesal medieval español. Salvo alusiones a algunos problemas concretos procesales en algún trabajo no dedicado, especialmente, a ellos y algún estudio monográfico —no concretamente español, aunque peninsular— puede decirse que nuestro derecho procesal está aún inestudiado, mejor dicho, inescrito. El libro de Salvioli, por la facilidad de su difusión en España y la riqueza de problemas, puede servir perfectamente para despertar la atención sobre estos asuntos entre nosotros. Si tiene este libro el inconveniente o inconvenientes que para servir de modelo le asignamos al principio de esta nota, tiene a su favor su modernidad, con las ventajas de una aportación bibliográfica rica, aunque no agotadora. El libro, en fin, por su carácter general, puede servirnos para suministrar una guía de problemas a investigar entre nosotros. Más con la finalidad de señalar éstos que con la de exponer los detalles de su práctica italiana, hemos redactado esta nota. Sin embargo, no nos ha parecido prudente referir constantemente los puntos concretos del procedimiento a los de nuestra práctica medieval; hubiésemos dejado en ese caso de hacer una mera recensión. Por otra parte, no es, las más de las veces, necesario, ya que la mera enunciación de los problemas procesales italianos —principalmente longobardo-francos— hace surgir en nuestra mente los conceptos de nuestro derecho procesal medieval. Sean ejemplos, y con ello termino, los sistemas de prueba, la posesión, la *aeternificatio*, la prebendación privada, el procedimiento especial ante el rey, mediante el repto, etc.

La posesión, en fin, de un libro semejante al de Salvioli en nuestra historia jurídica representa hoy, francamente, un "*desideratum*".

M. T.

Friburgo de Brisgovia, junio 1926.