

HOMENAJE A SANTIAGO SENTÍS MELENDO Y REFLEXIONES SOBRE LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA Y LA *LITIS CONTESTATIO* ROMANA DESDE UNA PERSPECTIVA ACTUALIZADA*

Manuel Morón Palomino
Universidad de La Laguna

RESUMEN

Se trata de recordar a Santiago Sentís Melendo, magistrado español exiliado en la República Argentina y profesor de derecho procesal en diversas universidades latinoamericanas, al tiempo que se toman en consideración dos cuestiones de interés para la disciplina teórica y la práctica del proceso, a saber, la apreciación de la prueba y la *litis contestatio* romana desde una perspectiva actualizada.

PALABRAS CLAVE: Sentís Melendo, valoración de la prueba, *litis contestatio*.

ABSTRACT

«Tribute to Santiago Sentís Melendo and reflections on the weight of evidence and the Roman «litis contestation» from an updated perspective». It is a matter of recalling to Santiago Sentís Melendo, spanish judge exiled in the Republic of Argentina and professor of procedural law in diverse American latin american universities. Two different questions which are interesting for the theoretical discipline and the practice of the process are studied: the assessment of the evidence and the roman *litis contestatio*.

KEY WORDS: Sentís Melendo, assessment of the evidence, *litis contestation*.

PALABRAS INICIALES

Excelentísimos e ilustrísimos señores
Colegas latinoamericanos y españoles
Señoras y señores:

Debo iniciar esta intervención con la expresión de mi reconocimiento al Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y al Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, instituciones a las que debo el honor de participar en un evento intelectual de tan elevado rango como el que hoy nos congrega y el placer de visitar de nuevo Barcelona, archivo de la cortesía, que dijera Miguel de Cervantes.





Pero mi presencia en las Jornadas me es singularmente grata porque me ofrece ocasión de tomar parte, no en una ofrenda necrológica, que en esta oportunidad, transcurridos tantos años desde el fallecimiento de Santiago Sentís Melendo (ocurrió el óbito en Buenos Aires el 13 de septiembre de 1979), resultaría ciertamente extemporánea; tampoco en un alarde biográfico estricto, llevado a cabo oportunamente por el profesor argentino Augusto Mario Morello, y a nivel de asamblea en el XII Congreso Argentino de Derecho Procesal y II Encuentro Panamericano de Derecho Procesal (ciudad de Rosario 21 a 27 de mayo de 1983); pero sí en el homenaje que se rinde a la personalidad y labor científica y profesional de un magistrado español, en el que fue ámbito territorial de su actividad de juzgador; magistrado que, finalizada la guerra civil de 1936-1939, acreditamiento aciago de la realidad de las dos Españas a las que se refirió Machado, hubo de exiliarse, primero en Colombia, y luego, definitivamente, en la República Argentina. En este país, así como en México, encontraron también generosa acogida muchos otros compatriotas que conforme al régimen impuesto por los vencedores, eran responsables del delito de haber hecho honor a sus convicciones democráticas y a la lealtad prometida a la legalidad republicana que en aquel entonces regía nuestro país.

La nómina de los juristas exiliados fue numerosa. Además de a Santiago Sentís Melendo, podemos recordar a Luis Jiménez de Asúa, Niceto Alcalá-Zamora y Torres, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Felipe Sánchez Román, Rafael de Pina, Luis Recaséns Siches, Angel Ossorio y Gallardo, Fernando de los Ríos y Mariano Ruiz Funes, entre otros. Todos ellos, por imperativo de justicia, deben ser evocados en estas Jornadas, dicho lo cual, permítaseme la evocación de otro ilustre cultivador del derecho, unido a mí por vínculos familiares entrañables, que siguió la misma suerte. Me refiero a Manuel Blasco Garzón, ministro de la Segunda República en dos gobiernos del Frente Popular, sucesivamente presididos por don Manuel Azaña y don Santiago Cáceres Quiroga; en el primero, de Comunicaciones y de la Marina Mercante, y en el segundo, de Justicia, cargo en el que permaneció una vez renovado el gabinete con don José Giral de presidente, a raíz del golpe militar de julio de 1936, y cónsul general de España en Buenos Aires durante el conflicto. Mantuve correspondencia con él durante años: mis años de estudiante en la Universidad de Sevilla y ulteriores de iniciación en la abogacía y de preparación de las oposiciones a cátedra. En una de sus últimas cartas, Blasco Garzón me dio a conocer su firme determinación de no regresar a la patria en tanto la democracia no fuera en ella restaurada: «porque amé la justicia y odié la iniquidad, por eso muero en el destierro». Fueron sus palabras, que nunca olvidaré, y tal vez la exteriorización de un presentimiento, porque mi tío político y padrino de bautismo, que tal era nuestro lazo familiar, falleció poco tiempo después, el 21 de noviembre de 1954, en Buenos Aires.

* Texto básico de la intervención del profesor Manuel Morón en el homenaje tributado a la memoria de Santiago Sentís Melendo el 1 de julio de 2005, con ocasión de las Jornadas sobre Arbitraje Internacional y Procesos Colectivos, organizadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, en esta ciudad.

EN RECUERDO DE SANTIAGO SENTÍS MELENDO

Paso a ocuparme de Santiago Sentís Melendo, a quien conocí personalmente en 1974. Fue un encuentro fortuito en Barcelona, donde a la sazón y por diferentes razones ambos nos encontrábamos: él de paso para Italia, requerido por exigencias de índole editorial; yo, porque formaba parte de un tribunal de oposiciones a diversas adjuntías de derecho procesal. Por supuesto, desde hacía años, su aportación doctrinal me era conocida. Tenía constancia de que las lágrimas del exilio —son palabras del historiador Fernando García de Cortázar— no impidieron al ilustre exiliado llevar a cabo una extraordinaria contribución al progreso del saber jurídico, muy señaladamente como traductor, sobre todo de obras de derecho procesal italiano, pero también en otras actividades, así las de impulsor de la famosa *Editorial Jurídica Europa América* (EJEA), docente en tres universidades argentinas (del Litoral, en Santa Fe de Veracruz, del Nordeste, en Corrientes, y de la Plata, en la ciudad de este nombre), colaborador asiduo en la *Revista de Derecho Procesal Argentina*, dirigida por Hugo Alsina, y en la *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, dirigida por Werner Goldschmidt, participante (con Mercader, Morello y Palero) en el *Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil para la Provincia de Buenos Aires* de 1961 y monografista riguroso.

El tiempo del que dispongo me impide analizar, aquí y ahora, tan inequívoca expresión de una vocación jurídica ciertamente ejemplar. De manera que, obligado por este condicionamiento, he optado por ceñir mi discurso a unas breves reflexiones en torno a dos cuestiones de las que, entre tantas otras de nuestra disciplina, se ocupó el magistrado español: la relativa a la valoración de la prueba, materia de su preferencia, y la concerniente a la relación entre derecho y proceso, tema estrella, no abordado por él monográficamente pero sí tomado en consideración por la vía indirecta de una referencia a la *litis contestatio* romana, traída a colación en la reseña que dedica al primer tomo del *Tratado Teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial* de Alsina¹.

ACERCA DE LA SANA CRÍTICA COMO CRITERIO DE VALORACIÓN PROBATORIA

Como es sabido, el artículo 317 de nuestra primera Ley de Enjuiciamiento Civil, por influjo de los artículos 147 y 148 del Reglamento en negocios de comercio del Consejo Real de España de 30 de diciembre de 1846, y 82 del Real Decreto de 20 de junio de 1852 sobre Jurisdicción de Hacienda, implantó como criterio de valoración de la prueba testifical el de la sana crítica: los jueces y tribunales —decía

¹ «Los conceptos de acción y de proceso en la doctrina del profesor Hugo Alsina, su aportación dentro del panorama procesal de nuestra época», *Jurisprudencia Argentina*, 9-xii-1941.

el artículo 317 mencionado— apreciarán según las reglas de la sana crítica la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos.

La norma iba dirigida a sustituir las viejas y complicadas reglas aritméticas de valoración del testimonio contenidas en el *Speculum* de Guillermo Durante, la gran síntesis medieval de proceso romano-canónico, recogidas luego en nuestro derecho histórico (título XVI, ley XXXII de la Partida Tercera), por un método racional de apreciación, el cual, extendido a otros medios probatorios distintos del testimonio, la pericia singularmente, pasó a Iberoamérica gracias a la difusión allí alcanzada por el *Tratado* de José de Vicente y Caravantes², y obtuvo presencia en los artículos 386 del Código argentino de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación, 425 del Código de procedimiento Civil de Chile, 187 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela y 134 del Proyecto de Código de Procedimiento Civil para la República Occidental del Uruguay elaborado por Eduardo José Couture.

Como no podía ser de otra manera, el sistema de la sana crítica también accede a la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, según se comprueba en sus artículos 609, 632 y 659 sobre cotejo documental, prueba pericial y prueba de testigos respectivamente.

Pero las dudas surgen a la hora de precisar el concepto y será en el ámbito de la doctrina procesal latinoamericana donde se formalice la polémica, a iniciativa de Couture, para quien la sana crítica representa un método de valoración de la prueba intermedio entre el sistema legal o tasado y su opuesto de libre convicción judicial³, posicionamiento éste al que se adhiere Alcalá-Zamora y del que discrepa Sentís Melendo al ocuparse del problema de la reforma procesal argentina⁴.

Por mi parte, también me ocupé del tema en 1965. Me refiero al trabajo publicado en el volumen de *Estudios* que un grupo de procesalistas españoles y extranjeros preparamos en póstumo homenaje a la memoria de Carlos Viada, ocasión en la que expresé un parecer favorable a considerar la sana crítica en la doble faceta de permisión y de restricción que la normativa legal de entonces autorizaba: de permisión en el sentido de resultar el juzgador liberado de acatar necesariamente el resultado material que arrojase la prueba gobernada por la indicada regla, y de restricción porque el órgano jurisdiccional, si bien dispensado de hacer suyo dicho resultado material, tampoco era absolutamente libre a la hora de valorarlo, antes al contrario, venía sujeto a las siguientes prescripciones:

² *Tratado Histórico-crítico filosófico de procedimiento judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento, con sus correspondientes formularios*, Imprenta Gaspar Editores, Madrid, 1856-58.

³ *Fundamentos de Derecho Procesal*, 3ª edición, Montevideo, 1958, p. 270.

⁴ Cfr. mi trabajo «Problemática de la sentencia civil», *Estudios procesales en memoria de Carlos Viada*, Instituto Español de Derecho Procesal, Madrid, 1965, pp. 60 a 62, y, por lo que hace al pensamiento de Sentís, *El proceso civil. Estudio de la reforma procesal argentina*, Ejea, Buenos Aires, p. 298 y siguientes.



- 1^a La de valorar la prueba de manera expresa y separada, exigencia opuesta a la apreciación conjunta, corruptela ésta opuesta al deber de motivación que resultaba del artículo 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior y que en la actualidad proclama el artículo 20.3 de la Constitución.
- 2^a La de considerar pormenorizadamente las circunstancias que para cada medio de prueba señala el legislador, y así, de conformidad al artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil precedente, había de tenerse en cuenta la razón de ciencia del testimonio, prescripción que casi en iguales términos viene formulada en el artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil actual.
- 3^a La de atemperar en todo caso la apreciación probatoria a los imperativos de la lógica, ya que mal podrá reputarse crítica sana aquella que resulta ilógica o absurda⁵.

Procede ahora recordar a un autor español decimonónico, Población Fernández, el cual, en 1860, escribe que «si antes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (obviamente de 1855) el criterio judicial se hallaba limitado por las leyes, hoy no tiene más límites que las reglas de la sana crítica de que habla el artículo 317, que lejos de hallarse consignadas en ninguna ley anterior, son para los jueces los de la lógica que conducen a la investigación de la verdad»⁶.

No sabemos si por influjo doctrinal o, como parece más probable dada la no excesiva relevancia científica de Población, por mera coincidencia con éste, lo cierto es que el Tribunal Supremo incorpora al acervo jurisprudencial la afirmación del mencionado autor relativa a la falta de explicitación por parte del legislador de las reglas de la sana crítica (sentencias de 21 de octubre de 1910, 17 de abril de 1914, 18 de diciembre de 1929, 9 de julio de 1931, 26 de noviembre de 1935, 26 de mayo de 1947, 20 de marzo de 1953 y otras). Puntualización que en la práctica obstaculiza la apertura casacional, pero que se desvirtúa al tenerse en cuenta que, como objetó hace años el profesor Vázquez Sotelo⁷, si tales reglas estuviesen positivamente legalizadas nos hallaríamos ante una prueba legal o tasada.

La jurisprudencia reciente atenúa el rigor del criterio y en ocasiones incluso autoriza la fiscalización casacional, pero no generalizadamente sino sólo en el caso de que la apreciación probatoria llevada a cabo en la instancia resulte ilógica o arbitraria, en definitiva viciada por «error patente», expresión no pocas veces empleada por el Tribunal Supremo (sentencias de 27 de abril de 1989, 9 de abril de 1990, 18 de febrero de 1991, 28 de noviembre de 1992, 2 de noviembre de 1993 y 3 de abril de 1993 entre otras) e incluso por el Tribunal Constitucional (sentencias

⁵ «Problemática de la sentencia civil» cit. nota anterior.

⁶ «De la prueba testifical en materia civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1860, p. 478.

⁷ *La casación civil. Revisión crítica*, Edisa, Barcelona, 1979, p. 124.

119/1998, de 4 de junio; 167/1999, de 22 de septiembre; 293/2000, de 11 de diciembre; 171/2001, de 19 de julio; 22/2002, de 28 de enero; 165/2003, de 29 de septiembre; 46/2004, de 23 de marzo entre otras). Finalmente conviene recordar que las más recientes decisiones del Tribunal Supremo subrayan la necesidad de comprobar la racionalidad del proceso deductivo llevado a cabo por el juzgador de instancia (sentencias 16 de octubre de 2000 y 25 de enero y 23 de mayo de 2001). Desde la óptica de esta interpretación, las reglas de la sana crítica del proceso civil vienen a equiparse a las reglas del criterio racional del artículo 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El paso siguiente de nuestra reflexión conduce a cuestionarse si estamos ante una formulación jurisprudencial límite, en el sentido de definitivamente cerrada respecto del tratamiento en casación de la sana crítica, o si, por el contrario, la ampliación de la fiscalización del criterio de instancia resulta todavía posible en sede casacional.

En mi sentir, la respuesta afirmativa se impone a partir de la perspectiva constitucional del problema, de la que a continuación nos ocupamos.

Como ha hecho observar Joan Picó y Junoy, nuestras Constituciones históricas recogen diversos derechos de naturaleza procesal (derecho al juez legal, de defensa y otros), pero omiten la alusión al derecho a la prueba⁸; omisión que explica que nuestra doctrina haya situado durante años la temática de la prueba en el marco de la legalidad ordinaria, y que, sin traspasar este ámbito, se sirviera de la tesis del proceso como situación jurídica elaborada por Goldschmidt en 1925⁹, muy singularmente de la idea de «carga», la más difundida de las nociones integrantes de la construcción dogmática del maestro berlinés, con olvido de otros posibles enfoques, el constitucional concretamente¹⁰.

Pero la idea de carga como explicación de la prueba procesal, o, dicho a la inversa, de ésta como carga procesal, aleja a la prueba tanto de su faceta pasiva o de sujeción, la de un supuesto deber probatorio que en realidad no existe, como de la activa o de exigencia, que es la propia del derecho en sentido subjetivo, categorías una y otra más próximas a la teoría de la relación procesal, principal objetivo de la crítica de Goldschmidt, y desde luego alejadas de la significación predominantemente iuspublicista que en la actualidad le es reconocida.

Es así como la prueba procesal aparece en la literatura jurídica y en la jurisprudencia como normatividad ideológicamente neutra, en el sentido que corresponde a un posicionamiento metodológico de corte positivista riguroso, alejado de

⁸ *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 13.

⁹ *Der Process als Rechtslage: Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlín, 1925.

¹⁰ De la noción de carga procesal se ocupó Sentís Melendo en diversos trabajos a partir de la lección impartida en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires en octubre de 1956. La lección fue reproducida en *Teoría y Práctica del Proceso*, Ejea, Buenos Aires, 1959, III, p. 81 y siguientes. Del tema vuelve a tratar Sentís en «Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1967, número 4º, p. 187.

exigencias axiológicas y conducente a que la declaración fáctica contenida en la sentencia, el hecho probado, si se prefiere decirlo así, quede a cubierto de la censura en casación o al menos sólo excepcionalmente rectificable en dicha sede.

La Constitución de 1978 cambia la situación porque alzaprima el régimen de la prueba al nivel constitucional. En efecto, su artículo 24.2 consagra como derecho fundamental del justiciable el de utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa; pero los medios de prueba, instrumentos singulares ordenados al acreditamiento procesal de los hechos, presuponen el derecho genérico a la prueba, y de ahí que el mismo también deba considerarse incluido en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el párrafo 1 del precepto.

Sentado lo anterior habrá que admitir, también por exigencias de índole constitucional, la sustitución de la antigua consideración ciertamente alicorta de la prueba como carga por otra de más altos vuelos, a saber, la del derecho fundamental a su obtención, con acceso, en su caso, a los medios de impugnación procedentes, en cuya sede será oportuno realizar sin restricciones el control de razonabilidad relativo a la sana crítica, regla de valoración que se implanta en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil con mucha más amplitud que en los textos procesales precedentes, como se comprueba en los artículos 316.2, 326.2, 334.1, 348, 376 y 348.3.

Por lo demás no otra es la orientación aperturista que, en tema de valoración probatoria, se abre paso en Italia merced a la influyente doctrina de Tarufo¹¹ y en España a partir de las valiosas aportaciones de Vicente G. Guzmán Fluja¹² y Sergi Guasch Fernández¹³.

ACERCA DE LA *LITIS CONTESTATIO* COMO PERSPECTIVA DE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y PROCESO

En la reseña de Sentís Melendo al primer tomo del Tratado de Alsina antes recordada aparece el siguiente comentario: «*la litis contestatio*, contractual o cuasi contractual, no se puede resucitar, porque el juicio al que servía de explicación ha dejado de ser objeto del derecho procesal, y porque a éste no aprovechan las figuras del derecho civil puro, por haber pasado ya los tiempos en que se caminaba con la ayuda que éste le prestaba; pero forzoso es reconocer que el juicio y el contrato o cuasi contrato de *litis contestatio* ofrecían una armonía que difícilmente se encuentran entre el proceso y la relación o situación jurídicas».

¹¹ «Ragione e processo: ipotesi su una correlazione», *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, II, Milano, 1993, p. 158 y siguientes.

¹² *El recurso de casación civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 195.

¹³ *El hecho y el derecho en la casación civil*, Barcelona, 1998, p. 332.



Tomo el pasaje de la transcripción de Alcalá-Zamora¹⁴, el cual, a renglón seguido, apostilla que «pese a los años transcurridos desde 1941, Sentís no ha desenvuelto las ideas afloradas en las líneas precedentes¹⁵.

Nada más lejos de mi propósito el de completar la sugerencia doctrinal de 1941 con un desarrollo actualizado: trataré únicamente de agregar a la reflexión ajena el diseño, desde luego sumario y provisional, de un nuevo análisis de la *litis contestatio* como posible perspectiva, una más entre otras muchas, de la no siempre precisa relación entre derecho y proceso.

Tampoco se trata de incorporar a la disciplina procesal actual determinada noción perteneciente a un sector jurídico, cierto que alejado cronológicamente de nuestro tiempo, pero en modo alguno obsoleto o anacrónico desde el punto de vista de su utilidad: la *litis contestatio* tuvo, en efecto, su origen en el proceso romano de las *legis actiones*; se consolida en el sistema formulario que introduce la *lex Aebutia* como aceptación *inter partes* del indicium según la fórmula propuesta por el actor y concedida por el pretor, y, una vez desaparecida la bipartición del procedimiento en las fases *in iure* y *apud iudicem*, esto es, en el ámbito de la *extraordinaria cognitio*, todavía subsiste; pero subsiste, incluso en siglos posteriores (la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1873 proclamaba que en los juicios celebran las partes un cuasi contrato que les obliga a encerrarse en los límites de la demanda y contestación, la de 2 de junio de 1948 aún se apoya en la vieja noción, y Domínguez y de Pina señalan que con la contestación a la demanda surge el cuasi contrato de litis, por el que las partes no pueden alterar sustancialmente las cuestiones debatidas¹⁶) con un significado que difiere sensiblemente del originario de índole negocial, a saber, el de fijación del momento a partir del cual el derecho reclamado se convierte en derecho litigioso, con todas las consecuencias asociadas a esta situación; momento que se sitúa en el primer debate contradictorio ante el magistrado: *post narrationem propositam et contradictionem obiectam*¹⁷.

Si del pasado jurídico histórico pasamos a fijar nuestra atención en el artículo 1535, párrafo segundo, del Código Civil, conforme al cual se tendrá por litigioso un crédito *desde que se conteste la demanda* relativo al mismo, se advierte de inmediato la presencia en el precepto de la noción romana que nos ocupa. Lo reconoce Gómez Orbaneja al afirmar que el artículo 1535 constituye idea residual de la *litis contestatio* que ha llegado hasta nosotros¹⁸. Que ha llegado hasta nosotros —debemos añadir— con el complemento del artículo 1291 del propio Código, cuyo apar-

¹⁴ «Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso», *Estudios de Teoría General e Historia del proceso*, I, Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, p. 415.

¹⁵ «Algunas Concepciones menores» cit., p. 416.

¹⁶ *Procedimientos judiciales*, Madrid, 1932, p. 241.

¹⁷ Ursisino ÁLVAREZ SUÁREZ, *Curso de Derecho Romano*, Editorial Revista de derecho privado, Madrid, 1955, pp. 557 a 563 y Víctor FAIREN GUILLÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Bosch, Barcelona, 1953, *passim*.

¹⁸ *Derecho Procesal Civil*, séptima edición, volumen primero, Madrid, 1975, p. 275.

tado 4º establece como supuesto de rescisión el de los contratos que se refieran a cosas litigiosas, de haber sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la autoridad judicial competente¹⁹.

Situados en este punto se está en condiciones de formular, no por vía de conclusiones, puesto que no se cuenta con la elaboración doctrinal previa indispensable para ello, pero sí como posible línea de investigación, que se facilita a la vista del fenómeno de supervivencia histórica que hemos destacado, la que resumimos en las siguientes consideraciones:

1ª La *litis contestatio* constituye una situación de naturaleza procesal, de rango incluso institucional, dada la vocación de permanencia que acredita la tradición histórica²⁰, cuyo rasgo definitorio, desde el punto de vista de su relación con el derecho material reclamado, reside en la incertidumbre de la respuesta judicial a la pretensión formulada en tanto ésta se produce con el efecto de cosa juzgada. Se trata de una situación próxima pero diferenciable de la *litis pendencia*, que se asocia, no a la contradicción procesal, como ocurre en la *litis contestatio*, sino al hecho de la interposición de la demanda, si después es admitida, que es lo que prescribe el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2ª La *litis pendencia* genera únicamente efectos procesales y de ahí que sean éstos los expresamente aludidos en el propio artículo 410. Los llamados efectos materiales derivan bien de la demanda (artículos 1.100 y 1.109 del Código Civil sobre constitución en mora del deudor y devengo de intereses), bien del emplazamiento del demandado (artículo 1.945 del propio Código sobre interrupción de la prescripción del dominio y demás derechos reales). En cambio, la *litis contestatio*, desde la perspectiva actualizada que aquí se defiende, da lugar a efectos de derecho material según acredita el restringido régimen de transmisión a título singular del derecho controvertido que resulta de los artículos 1535 y 1291.4º del Código Civil, y también a consecuencia procesales, entre las que destacan las correspondientes a las medidas cautelares para la efectividad de la tutela judicial «que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare». El entrecomillado se correspon-

¹⁹ La conexión entre ambos preceptos exige dar por válida una interpretación del primero que permita extender su aplicación a la cesión de bienes y derechos en litigio, aunque éstos integren el contenido de una relación bilateral o recíproca, la compraventa por ejemplo; tesis defendida convincentemente por Federico de Castro, en su comentario adverso a la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1952, sobre la base del artículo 1.112 del Código Civil, según el cual, todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario: «Cesión de créditos litigiosos. Aplicación del artículo 1535 del Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo, MCMCIII, pp. 619 a 268.

²⁰ En este sentido PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, segunda edición, I, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1985, p. 57.



de con la literalidad del artículo 721 y deja constancia de la nota de incertidumbre, o si se prefiere de interinidad, que es propia del derecho litigioso y que inspira el artículo 278 del propio texto, a cuyo tenor el solicitante de las medidas cautelares habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión. Es el *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, al que se refiere la doctrina, muy singularmente Calamandrei y años después Calvosa: el primero cuando advierte que la anticipación de la ejecución, que no otra es la naturaleza de la medida cautelar, no puede hacerse en base a una declaración plena del derecho, pues entonces sobraría el proceso principal o la medida²¹; el segundo al referir la tutela cautelar a una situación incierta y controvertida, frente a lo que es propio de la tutela negocial (prenda, hipoteca), que protege una situación cierta e indiscutida, y de la tutela jurisdiccional una vez producida la cosa juzgada, que confiere a la decisión certeza e indiscutibilidad²².

- 3^a El efecto novatorio respecto del derecho, o de la acción, si nos situamos en la terminología del Derecho Romano clásico, es en la sentencia firme donde más acentuadamente se percibe: es ella la que pone fin al proceso y establece la justicia del caso concreto. La sentencia judicial, salvo la meramente declarativa, *facit ius*, y de ahí que haya sido considerada como norma jurídica individualizada, escalón intermedio entre la norma general (ley, costumbre) y la realización ejecutiva de la sanción²³.

²¹ *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 71.

²² *La tutela cautelare*, Torino, 1963, p. 230.

²³ Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, traducción de Roberto S. Vernengo, Editorial Porrúa, México, 1993, pp. 246 a 254.