

sustituir la transacción por otro contrato mal calificado. El error, en cambio, sobre la causa causal produce la nulidad relativa del contrato.

Como consecuencia de su teoría defiende la validez de la transacción sobre la cosa juzgada, si bien no con carácter de transacción. A su juicio, ésta era la posición de las Doce Tablas, confirmada por un pasaje atribuido a Paulo recogido en la "Consultatio vétérís".

Dedica Boyer la tercera parte de su obra al estudio del carácter traslativo o declarativo del contrato de transacción. Fija su atención principalmente en las teorías que se han opuesto a la construcción clásica que defiende el carácter declarativo, y en especial estudia las de Chevalier—cesión de derechos litigiosos—y Desserteaux—declarativa entre las partes y traslativa frente a terceros—.

Para el autor, la transacción es de naturaleza declarativa, pero da a este vocablo una significación distinta y más compleja que la que le da la teoría clásica (reconocitiva de derechos), entendiendo que está compuesta de tres elementos: el primero, negativo—renuncia de la acción—; el segundo, extintivo—eliminación de la cuestión litigiosa—, y el tercero, liberativo—supresión del obstáculo al ejercicio del derecho del adversario—. Estos tres elementos son los integrantes de todo acto declarativo.

Como puntos concretos más importantes tocados en su argumentación en defensa de su teoría destacan los siguientes: carácter simplemente relativo de la transacción, posibilidad del ejercicio de la acción pauliana, carácter de la partición, naturaleza de la copropiedad, relación entre la transacción y el juicio y distinción entre juicios declarativos y constitutivos.

Antonio TENA ARTIGAS

DOS REIS: "A figura do processo cautelar". en Boletim do Ministerio da Justiça. Novembro, 1947, núm. 3; pp. 27-91.

Tras una descripción de los procesos *preventivos* y *conservatorios* del Código de Proceso civil y un breve apunte sobre legislación comparada (ns. 1-2), plantea, esquemáticamente, el tema de su estudio: ¿El proceso cautelar constituirá un tipo diferenciado y distinto de otros tipos procesales? Y, en caso afirmativo, ¿cuáles son los rasgos especiales que lo caracterizan?

Según Calamandrei—cuya opinión resume el autor—, la garantía jurisdiccional adopta tres formas: *acción de condena*, *de mera declaración* y *constitutiva*. La actividad *cautelar* no puede en rigor considerarse como un *quartum genus* susceptible de colocarse en el mismo plano de los otros tres tipos. Atendiendo al *modo de ejercerse*, la actividad cautelar entra necesariamente en alguna de las otras tres formas. Sólo una nota puede permitirnos considerar la función cautelar como tipo aparte: el *parar* la realización de las otras.

Dos Reis suscribe esa tesis mencionando también la opinión conforme de Allorio y Carnelutti (n. 3).

A continuación estudia la función del proceso cautelar según Chiovenda, Coniglio (n. 4), Calamandrei (n. 5) y Carnelutti (n. 6).

Para Chiovenda las medidas cautelares son *provisionales* y obedecen a la necesidad efectiva y actual de remover el recelo de un daño jurídico.

En Coniglio la característica esencial está en el *periculum quod est in mora* e implica una anticipación de la providencia definitiva cuyo resultado se garantiza previamente.

También para Calamandrei el fin del proceso cautelar es evitar el *periculum in mora*. La medida cautelar desempeña una función *preventiva* que se presenta como *urgente*. Sin embargo, estos dos rasgos no bastan para caracterizar sin añadir la nota de *instrumentalidad*, en relación con la providencia definitiva de la que son medio idóneo para asegurar la eficacia posterior. Así ya, la providencia cautelar se define como: *anticipación provisional de ciertos efectos de la providencia definitiva*.

Análoga es la posición de Carnelutti. El proceso cautelar—dice—realiza una *composición provisional de la litis*, evitando que la composición definitiva, a causa de la duración del proceso, resulte ineficaz.

Según Barbosa de Magallães—mencionado a continuación por Dos Reis—, desde el punto de vista doctrinal lo específico de la acción conservatoria es el suponer la existencia de una acción principal. Esto es cierto—afirma Dos Reis—si a la expresión *procesos conservatorios* hiciéramos corresponder la idea de procesos cautelares. A su juicio (n. 8), hay una función *preventiva general* que es común al proceso cautelar y al conservatorio. Por eso es menester buscar la característica que individualiza los procesos cautelares. El rasgo distintivo es la *especie de peligro* que se propone conjurar y el medio de que se sirve para conseguirlo.

El peligro especial es el *periculum in mora*; el medio técnico empleado es una apreciación provisional de la relación litigiosa.

Ya que la resolución de un litigio no puede ser *instantánea*, el Tribunal necesita un período de *instrucción*, de *discusión* y de *discernimiento ponderado*. Mientras el proceso declarativo o ejecutivo sigue estos trámites pueden sobrevenir circunstancias que hagan recelar que la decisión será tardía. La mutación del estado de hecho puede ser amenaza de una resolución parcialmente inútil. Como este peligro puede surgir antes o después del proceso, de ahí que el cautelar revista la forma de *acto preparatorio* o de *incidente*.

De aquí deriva la nota de instrumentalidad. Para que la providencia definitiva pueda ser *justa*, la providencia cautelar se hace rápida (n. 9). Esto mismo hace que se hable de una *apreciación provisional*. Hay apreciación como prerrequisito para invadir la esfera jurídica de una persona, lo que supone un examen de las circunstancias para fijar el *fundamento legal* de lo pedido. Pero la apreciación es provisional, porque depende en su subsistencia del resultado de la providencia definitiva (n. 10).

En cuanto a la substanciación de la pretensión cautelar (n. 11), presupone el determinar *sumariamente* (summaria cognitio) si existen el derecho que se arroga el requirente y el *periculum in mora*.

Por lo que toca a los requisitos, los de la providencia cautelar son:

1.º, la apariencia de un derecho unida; 2.º, el peligro de su insatisfacción (n. 12).

El primer requisito se satisface con un juicio de mera *probabilidad*—según la doctrina de Calamandrei, que él suscribe—. Cuanto al 2.º, la jurisprudencia portuguesa considera indispensable un juicio de *certeza*. Dos Reis juzga exagerada esta tesis, que interpreta demasiado a la letra el pensamiento de Calamandrei, quien tiene presente que un conocimiento completo y profundo pondría en grave riesgo de demora—incompatible con la urgencia de la medida—la providencia cautelar.

En los siguientes párrafos la doctrina sentada se aplica al derecho positivo de Portugal.

Valorado en conjunto, el trabajo del ilustre procesalista portugués es muy meritorio. Presidido por la claridad y por el espíritu de sistema, el análisis discriminativo es sumamente feliz, a la luz de las ideas de que se nutre.

La construcción del proceso cautelar, en sí misma, es lo que puede discutirse categóricamente. En general, se puede decir de la doctrina procesal, como de toda la doctrina jurídica, que está muy lejos de la sobriedad conceptual de la verdadera disciplina científica. Resulta difícil de explicar por qué los juristas se resisten a ir por el camino más corto. En lugar de reducir cada vez el núcleo de ideas fundamentales, la técnica del jurista es, desdichadamente, la contraria. Construyen cada capítulo como si fuese una ciencia independiente. Así se explica que veamos, de pronto, cómo una pequeña porción de cualquier disciplina se arroga una autonomía que está muy lejos de poseer y se separa del cúmulo de ideas originario.

Algo parecido está ocurriendo con la tipología procesal. Como faltan los criterios que permitan una ordenación racional, como no se establece un esquema lógico "a priori" que comprenda todas las clasificaciones posibles desde puntos de vista contenidos en la definición de Derecho Procesal, las cosas se ponen de tal manera que cada especie concreta de proceso requerirá muy pronto una ciencia nueva. Mejor que la tesis sustentada por la doctrina, estimamos distinguir el proceso "instrumental" del proceso "autónomo", según el fin material o procesal que desempeñen (*Proceso y Forma*, IV, 4, *Teoría del fraude en el proceso civil* pág. 66).

José Lois ESTEVEZ

GOMEZ MORAN, Luis.—“De la posición jurídica del menor en el Derecho comparado. Tesis doctoral de las Universidades de Madrid y Coimbra”.—Instituto Editorial Reus.—Madrid, s. f.; LIII + 445 págs.

I. Continúa el autor en esta obra la trayectoria de las que viene dedicando al Derecho de Familia con una preocupación práctica a la vez que vulgarizadora¹. El mismo nos indica en el prólogo los límites que,

1. Merece especial atención, en esta misma línea, “La Mujer en la Historia y en la Legislación”, Instituto Editorial Reus, Madrid, s. f., 658 + LIV, 34 págs. Este libro de ca-