

II. El proceso declarativo ordinario	29
1. Su regulación en la Partida III	29
A. Las diligencias preliminares	30
B. La iniciación del proceso	31
C. Juramento, posiciones y respuestas (confesión)	36
D. Las pruebas	39
E. La terminación de la primera instancia	44
F. Los recursos	45
2. La situación después de la Novísima Recopilación	46
A. La iniciación del proceso	47
B. Las pruebas	54
C. La terminación de la primera instancia	59
D. Los recursos	60

II. EL PROCESO DECLARATIVO ORDINARIO

1. SU REGULACIÓN EN LA PARTIDA III

La Partida III está imbuida de la concepción de que las partes son “las dueñas de los pleitos”, y tanto es así que se refiere con reiteración a los “señores de los pleytos” (VI, 8, por ejemplo). De ahí se deduce su sistemática, que se inicia con el estudio de las partes (demandador y demandado, títulos II y III), siguiendo por el juez (título IV), para referirse después a los personeros y procuradores (título VI) y a los boceros o abogados (título VI).

Pero lo que conviene destacar es que, aunque sea de pasada, la Partida III, IV, 10, sienta el principio básico de los elementos subjetivos del proceso: “Iuez, e demandador, e demandado, son tres personas que conuiene que sean en todo pleyto, que se demanda en juyzio”.⁵⁸

Si respecto de los elementos personales se partía de la base fundamental de que el proceso es *actus trium personarum*, con relación a éste se establecerá inmediatamente el principio de incoación de parte: “Ningun ome non deue ser constreñido que faga su demanda si non quisiere” (III, II, 46). Este principio no impedía la existencia de dos excepciones:

⁵⁸ Con más claridad, el Maestro Jacobo de las Leyes inicia el *Doctrinal* con la afirmación fundamental de: “Juyzio derecho es aquel en quese açiertan tres personas”, demandador, demandado y juez, “y estas tres personas son principales, porque sin ellas no se puede librar ningun pleyto derecha mente”. El *Doctrinal* es una *summa* de “derecho procesal” en la que se copia casi literalmente la Partida III, aunque, como decían Ureña y Bonilla, *Obras, cit.*, p. XI, si el Maestro colaboró con Alfonso X estaríamos simplemente ante un “autoplagio”.

1ª se trata de la llamada acción de jactancia, que como es sabido los glosadores fundaron en dos textos del Digesto que poco o nada tenían que ver con ella,⁵⁹ y

2ª es más especial y atendía a los mercaderes que iban a emprender viaje, los cuales podían pedir al juez que apremiara aquellos que alegaran algún derecho contra ellos para que presentaran sus demandas, y no haciéndolo ya no podían demandarles hasta la vuelta del viaje.⁶⁰

A. *Las diligencias preliminares*

Si en el derecho romano se regulaban una serie de actividades previas al proceso o incluso de naturaleza procesal como la *interrogatio in iure*,⁶¹ *actio ad exhibendum*,⁶² *interdictum de homine libero exhibendo*, de *liberis exhibendis* y de *tabulis exhibendis*, lo mismo van a hacer las Partidas, las cuales de forma dispersa recogerán esas actividades sin darles unidad. Podemos sistematizar así los distintos supuestos:

1. Relativos a la confesión: Partida III, X, 1, que se refiere a las preguntas que se pueden hacer al demandado antes de iniciar el pleito por demanda y respuesta. A continuación se recogen una serie de casos tomados del derecho romano que se refieren a la sucesión, a los daños

59 Véase, Wetzell, G. W., *System des ordentlichen civilprozesses*, Leipzig, 1865, & 13. 2: Salvioli, "Storia della procedura", *cit.*, pp. 241-242; Chioyenda, G., *Principii di diritto processuale civile*, 3ª ed., Napoli, 1923, pp. 165 y ss. La acción de jactancia no se recogió en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1855, y tampoco en la de 1881, pero ello no impidió que subsistiera en la práctica, y así véase, Beceña, F., *Magistratura y justicia*, Madrid, 1928, pp. 348 y ss. También Montero, J., "Poderes del juez y poderes de las partes", en *Un "codice tipo" di procedura civile per l'America Latina* (coord. Schipani y Vaccarella), Padova, 1990, p. 151, nota 18, con la reacción por su mantenimiento en ese código tipo y con la bibliografía básica.

60 Partida III, II, 47. En el mismo sentido se refería Salvioli ("Storia della procedura", *cit.*, p. 242) a una costumbre de Venecia, citando a Pitzorno, *Consuet. giud. veneziane*, 25, y su referencia a *Iudicia venet*, 26, 73.

61 Kase, *Das romische Zivilprozessrecht*, München, 1965, pp. 187, ss.

62 Berge, A., *Encyclopedie Dictionary of Roman Law*, 1953, septiembre.

causados por persona al cuidado de otra, a la edad del demandado, a la posesión de un bien, etcétera.

2. Sobre la exhibición de un bien: Partida III, II, 16, que atiende a la exhibición de cosa mueble que un hombre demanda a otro, refiriéndose también a una serie de supuestos concretos como la exhibición de siervo, de piedra preciosa, entre otros.

3. Sobre otras cosas que deben ser mostradas en juicio la Partida III, II, 17, recobre casos muy específicos como exhibición de testamento, de cosa para la evicción, de cuentas comunes a varios, etcétera.

Naturaleza distinta tiene, pero conviene referirla aquí, la anticipación de la prueba de testigos a que se refiere la Partida III, XVI, 1. El principio era que los testigos sólo podían declarar después de iniciado el pleito por demanda y respuesta, pero existía un caso en que podían ser examinados antes: cuando los testigos que hubieren de declarar fueran viejos o enfermos, de modo que se temiera que pudieran morir antes de dar el testimonio, o estuviesen preparados para in en hueste o romería o a otro lugar de modo que fuera dudoso si volverían. En estos casos cabía examinar al testigo conforme a las reglas generales de la prueba, escribiendo lo que dijera y sellándolo.⁶³

B. *La iniciación del proceso*

a) La demanda o libelo

En general, parecía admitirse que la demanda se hiciera de palabra o por escrito,⁶⁴ reservándose el nombre de *libelo* para cuando se hacía de esta segunda forma (III, II, 40), que era necesaria en los pleitos de más de diez maravedíes o cosa que los valiera (III, II, 41). En la primera ley citada se establecían sus requisitos de contenido:

⁶³ Este es uno de los casos más claros de “traducción” de las Partidas al castellano moderno en la LEC de 1855, artículo 223, y en la de 1881, artículo 501.

⁶⁴ Guglielmi, N., “La Curia Regia en León y Castilla”, en *Cuadernos de Historia de España*, 23-24, 1955, I, pp. 182-185, se refería a que lo normal era que la incoación del proceso se hiciera de forma oral, como se desprendía del análisis documental realizado.

- a) el nombre del juez ante quien se hace;
- b) el nombre del que la hace;
- c) el de aquel contra el que se hace;
- d) la cosa o la cuantía o el hecho que demanda, y
- e) la razón por la que se pide.⁶⁵

Lo que más llama la atención en el título II no es la lista de personas entre las que no se podía entablar juicio (marido contra mujer, criado contra señor, etcétera) pues respondían al contexto social, sino la verdadera definición de demandador que se contenía en III, II, 1, que comprendía incluso la acción de futuro:

Demandador derechero es aquel que faze demanda en juyzio, por alcanzar derecho, quier por razon de debda, o de tuerto que ha recibido, en el tiempo passado, de que non ouo justicia, o de lo que fazen en aquel en que esta, tomandole o embargandole aquello, de que es tenedor, o en que ha algun derecho. Esso mismo de lo que atiende, que deueauer en el tiempo que es por venir, de quel semeja, que le fazen cosa, porque adelante, puede ser embargado, o perder todo.

b) El emplazamiento

El acto fundamental de este momento inicial del proceso es el emplazamiento o citación, esto es, “llamamiento que fazen a alguno que venga ante el Judgador, a fazer derecho, o cumplir su mandamiento” (III, VII), 1); ese llamamiento lo hace siempre el órgano jurisdiccional, no la otra parte, y de las siguientes formas:

Personal. Se puede hacer por el juez de palabra (y no cabe alegar contra el mismo), por carta (escrito) o por sus hombres conocidos puestos para ello (caso en que se precisaban uno o dos testigos para probar su realización).

En el domicilio. Si el demandado se andaba escondiendo podía ser emplazado en su casa, haciéndoselo saber a quien allí hallasen.

⁶⁵ En III, II, 40, se recoge una fórmula: “ante vos don fulan juez de tal logar: yo tal ome me vos querello de fulan, que me deue tantos marauedis que le preste: onde vos pido que le mandedes por juyzio que me los de”.

Por pregones. Si el demandado no tenía casa en el lugar era emplazado por pregones en tres mercados, para que lo supieran sus parientes y amigos.

En las Partidas no se fija el plazo que debía concederse al demandado, pero sí se prevenía el caso del juez que no quería emplazar o alargaba el pleito (III, VII, 9), y el que las partes podían avenirse para prorrogar el plazo (III, VII, 7) que fijaba el juez.

c) Asentamiento

Si el demandado no comparecía el día señalado podía el juez acordar el asentamiento, que “es tanto como apoderar, e asosegar ome en tenencia, de alguna cosa de los bienes de aquel a quien emplaza” (III, VIII, 1). A tal pronunciamiento llama la ley 2 de este título VIII, sentencia interlocutoria, es decir, “juyzio que es dado sobre pleyto, que non es librado por juyzio acabadamente” y antes de dictarla debía el juez pedir al demandante, bien que mostrare documento o testigos del motivo del emplazamiento y demanda, bien que por lo menos jurara que no actuaba maliciosamente.

El asentamiento se diferenciaba según la acción ejercitada:

1. Si se interpuso una acción real, si se pidió la entrega de cosa mueble o raíz (inmueble), el demandante debía ser puesto en posesión de ella. El demandado emplazado —si comparecía antes de un año, dando fiadores y pagando las costas—, podía recobrar la posesión; pasado el año ya no podía recobrar la posesión, pero le era posible demandar la propiedad en otro juicio.

2. Si la demanda era por acción personal, por razón de deuda o de otra cosa que el demandado debiera hacer o dar, el asentamiento consistía en la entrega de bienes muebles del demandado según la cuantía de la deuda, y si no existían muebles se entregaban inmuebles, otro derecho o deudas reconocidas. Si el demandado comparecía dentro de los cuatro meses siguientes, dando fiadores y pagando las costas, se le devolvían los bienes, pero si pasaban esos cuatro meses se procedía a su venta pública, y a falta de comprador se adjudicaban al demandante en pago de la deuda.

d) Actitudes del demandado

En el caso de que las dos partes comparecieran ante el juez,⁶⁶ se entregaba la demanda escrita al demandado, dándole plazo para que la contestara; en las Partidas no se fija ese plazo, por lo que debía fijarlo el juez, pero lo que importa es que el demandado podía adoptar diferentes actitudes:

Defensiones. Estimar que no debía contestar a la demanda, alegando lo que las Partidas llaman defensiones y que podían ser:

a) Declinatoria: o defensión que se pone contra la persona del juzgador, aduciéndose que no existe obligación de responder ante él; se trataba normalmente de la competencia territorial, pero también de la existencia de causas de incapacidad en el juez, etcétera.

b) Dilatorias o alongaderas: defensiones que alargaban el pleito y que debían oponerse antes de contestar a la demanda, no pudiendo serlo después; suspendían el plazo para la contestación y daban lugar a un incidente específico (III, III, 9).

c) Perentorias o “amparamiento que remata el pleyto”: podían ser alegadas bien antes de la contestación de la demanda, bien después hasta el momento de dictar sentencia (III, III, 11).

El trámite procedimental para conocer de las defensiones no estaba perfilado en las Partidas; lo único claro es que debía probar el demandado y que al final se dictaba sentencia interlocutoria.

Allanamiento. El demandado podía responder a la demanda “otorgando de llano lo que le demandan”, en cuyo caso el juez debía mandar, por sentencia (III, XXII, 2), “que pague lo que conosco, hasta diez días a otro plazo mayor, segun entendiere, que es guisado, en que la pueda cumplir” (III, III, 7).⁶⁷

⁶⁶ Si el que no comparecía era el demandante, el demandado podía pedir dos cosas: 1) bien que el actor fuera condenado sin más en las costas y en las “misiones” del demandado, solución que era obligada si no se había notificado la demanda por escrito, y 2) bien, si la demanda se había notificado, que se emplazara al demandante para continuar el pleito hasta su final por sentencia definitiva.

⁶⁷ El allanamiento, como actitud del demandado en la contestación de la demanda y no como acto procesal a realizar en cualquier momento del proceso, se ha mantenido hasta la actualidad, no ya en la LEC sino en textos iberoamericanos, y así véase, por todos, el artículo 124 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

Respuesta o contestación. Si el demandado entendiéndose que la demanda no era verdadera debía negarla de plano, diciendo que “no es así como ellos ponen en su demanda e que non les deue dar, nin fazer lo que piden” (III, III, 7). Este es el momento clave del proceso, pues el título X se refiere a que los pleitos comienzan por demanda y respuesta, y la influencia romana se manifiesta cuando, en III, III, 7, se habla de “lis contestata, que quiere tanto dezir como lidferida de palabras”, y en III, X, 3 de *contestatio*.⁶⁸

Es lógico que de aquí se pase inmediatamente a establecer los efectos de la iniciación del proceso. En III, X, 8 se alude a que: *a)* el juez puede tomar el juramento, *b)* puede recibir testigos, *c)* puede dictar sentencia definitiva sobre la demanda, *d)* se interrumpe la prescripción, y *e)* no caba ya recusar al juez. La confusión entre los efectos procesales de la litispendencia y los efectos materiales, como vemos, proviene de muy lejos.⁶⁹

Reconvención. en III, X, 4 y 5, está el atisbo de la reconvención, y lo está con las características que tendrá en el futuro, la más importante de las cuales es la no necesidad de conexión objetiva con la pretensión de la demanda. Faltan, en cambio, como por otra parte es habitual en las Partidas, precisiones procedimentales.

e) Juramento de calumnia

En todos los procesos civiles después de que el pleito ha comenzado por demanda y por respuesta, el juez debía pedir a las partes que realizaran el juramento de calumnia o, en los textos más antiguos, de *manquadra*.⁷⁰ En Partida III, XI, 23 se define como “jura que fazen

⁶⁸ Es aquí de cita obligada Fairén, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, 1953, pp. 71 y ss., que pone de manifiesto cómo la *litis contestatio* se constituyó en la base del proceso civil en las Partidas y en los textos posteriores.

⁶⁹ Montero, *Derecho Jurisdiccional* (con Ortells y Gómez Colomer), Barcelona, 1991, II, pp. 168-70.

⁷⁰ García González, J., *El juramento de manquadra*, en AHDE, 25, 1955, pp. 211-55, y Merea, P., “O enigma de manquadra”, en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidad de Coimbra*, 1956, 32, pp. 160-70.

los omes que andan verdaderamente en pleyto, e sin engaño”, y se refería a estas cinco cosas:

1) El demandante que no mueve su demanda maliciosamente sino porque cree tener derecho, y el demandado que no se opone maliciosamente sino porque espera demostrar su derecho.

2) Las dos partes que tantas veces se les pregunte en el juicio siempre dirán la verdad, no mezclando mentira o falsedad alguna a sabiendas.

3) Que no prometieron ni prometerán, ni han dado ni darán cosa alguna al juez o el escribano del pleito, salvo lo acordado por su trabajo.

4) Que no presentarán ni harán uso en el pleito de prueba falsa alguna, como testigos o documentos.

5) Que no pedirán plazos maliciosamente, con intención de alargar el pleito.

El juramento lo debían prestar las partes personalmente, y su necesidad llegaba al extremo de que si las partes residían en otro lugar debía acudir al auxilio judicial, librando exhorto al juez de ese lugar. De ahí la importancia de sus consecuencias: si el demandante no lo protestaba “deue dar por quito al demandado”, es decir, el juez debía absolverlo, y si el demandado no juraba “deue lo dar por vencido”.

C. Juramento, posiciones y respuestas (confesión)

Con el paso del tiempo el juramento, las posiciones y las respuestas (confesión) se van a ir convirtiendo en medios de prueba, pero inicialmente en las Partidas no son prueba, supliendo a éstas en cuanto las convierten en no necesarias. Por ello se regulaban antes de las pruebas y por lo mismo debemos considerarlos en este momento.

a) Jura o juramento

Aspecto muy desarrollado en la Partida III, XI, es el relativo a la jura o juramento. La jura, en general, se define como “afirmamiento de la verdad” o “averiguamiento que se faze, nombrando a Dios, o

alguna otra cosa santa, sobre lo que alguno afirma que es assi, o lo niega” (III, XI, 1). Prescindiendo de la jura de calumnia, la ley 2 de este título XI se refiere a tres clases de juramento:

a) De voluntad: que daba una parte a otra fuera del juicio; de él se afirma que cuando fuere otorgado puede acabar el juicio, debiendo el pleito ser librado por él, pero el problema inmediato es que, a su vez, se convierte en objeto de prueba.

b) De premia: es el que daba el juez de oficio a alguna de las partes, la cual no podía excusarlo, pues si no quisiera jurar debía ser dada por vencida en el juicio. Parecía referirse a aspectos penales (fuerza, robo, engaño) y especialmente al valor de las cosas robadas, pero también a los casos de pequeña cuantía, cuando no pudiesen ser probados los hechos.⁷¹

c) De juyzio: cuando estando las partes en pleito, ante el juez, una de ellas lo pide de la otra, diciéndole que jure y que estará a lo que jurare; este juramento se podía rehusar y volverlo al que lo pedía, y entonces no podía rehusarse.⁷²

Los juramentos de premia y de juyzio suponían el “acabamiento e fin de las contiendas que nacen entre los omes” (III, XI, 12); con más detalle decía (III, XI, 15) que el pleito que acaba por juramento “tanto vale como si fuesse acabado por juyzio”, pues “la jura e el juyzio afinado sean iguales en dar acabamiento a fin a los pleytos” (aunque luego matiza esta afirmación dando más valor a la sentencia en algunos casos).

b) Posiciones y respuestas (confesión)

Las preguntas que podía hacer el juez a las partes, o la una a la otra ante el juzgador, desde la demanda y respuesta hasta la sentencia, están

71 Es obvio que se trata del juramento supletorio del derecho común, pero no estaba muy clara su referencia a los casos en que el juez lo pidiera, después de acabada la prueba, y cuando dudaba en torno a la sentencia a dictar; véase, Andrioli, “Giuramento”, en *Novissimo digesto Italiano*, VII, Torino, 1968; Allorio, “El giuramento della parte”, Milano, 1937, y “Efficacia del giuramento supletorio”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1946; Bonet, *La prueba de confesión en juicio*, Barcelona, 1979, pp. 257 y ss.

72 Estamos ante los juramentos deferido y referido, véase, Bonet, *op. cit.*, pp. 253-256.

muy poco desarrolladas en la Partida III, XII, que les dedica sólo dos leyes.

La primera define la posición o pregunta como “demanda que faze el juez a la parte, para saber la verdad delas cosas sobre que es duda, o contienda ante”, y la segunda matiza que pueden hacerlas también las partes ante el juez, fijando como límite temporal la sentencia, y exigiendo claridad y sentido positivo.

Más desarrolladas, en el título XIII, están las respuestas o conocencias, es decir, “el otorgamiento que hace la una parte a la otra en juyzio”.⁷³ Esa confesión necesitaba los siguientes requisitos: hacerse en juicio, por mayor de veinticinco años, voluntariamente, sin error y en contra del que confesaba (es decir, la confesión es siempre de hechos perjudiciales; si el confesante afirmaba hechos que le beneficiaban debía probarlos luego, como decía la ley 4). Esta confesión puede considerarse como prueba legal, por cuanto por ella podía resolverse la contienda, “como si lo que conocen fuesse prouado por buenos testigos o por verdaderas cartas”, por lo que el juez debía dictar sentencia con base en la confesión.⁷⁴

La naturaleza de la conocencia (confesión) es lo que queda impreciso. Dede luego, se regula antes de la prueba, pero en el proemio del título XIII se dice que “es manera de prueua mas cierta” o que existiendo ella “no ha menester sobre aquel pleyto otra prueua, nin otro averiguamiento”; asimismo en el título XIV, 8, al decir cuantas maneras hay de probar, empieza aludiendo al “conocimiento que la parte faga contra si en juyzio e fuera de juyzio”.

⁷³ En realidad, en XIII, 3, se habla de tres clases de conocencia o confesión: judicial, extrajudicial y hecha por tortura, pero en el texto nos referimos a la primera. Respecto de la segunda, la ley 7 establece que no debe valer, y con relación a la tercera, la lograda por tormento, la ley 5 dice también que no debe valer ni perjudica al que la hace.

⁷⁴ Es preciso resaltar que si en el juramento no se distingue si lo jurado es a favor o en contra de la parte que jura, con lo que la contienda podía resolverse a su favor o en contra, en la confesión sí se distingue y sólo es prueba legal en lo que perjudica al confesante, no en lo que le beneficia. El que luego se produjera en el derecho español el error de sumar confesión más juramento y que hoy existan dos clases de juramento lo pondremos de manifiesto en su momento, pero ya había sido destacado por Prieto-Castro, L., “Claves para la reconstrucción histórica del derecho español sobre confesión judicial”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1949, 3, pp. 481 y ss. En general, Bonet, A., *La prueba de confesión en juicio*, cit.

En resumen, en las Partidas la confesión era considerada una prueba legal, que podía practicarse en cualquier momento, desde la contestación de la demanda hasta la sentencia, aunque se regulara fuera de la prueba.

D. *Las pruebas*

La prueba está regulada con mucho detalle en la Partida III; por lo que aquí vamos a limitarnos a los aspectos más esenciales, empezando por su magnífica definición: “Prueua es averiguamiento que se faze en juyzio en razón de alguna cosa que es dubdosa” (título XIV, 1), a fijar alguna regla sobre la carga de la misma y recoger los medios de prueba que reconoce.

En las leyes 1 y 2 se siente el principio general de la carga de la prueba: ésta corresponde al demandante cuando el demandado se limita a negar; no cabe exigir prueba de lo que se niega, por cuanto ello iría contra la naturaleza, pero las excepciones, aunque sean negativas, debe probarlas el que las opone.⁷⁵

Los medios de prueba se enumeran en la ley 8 y son: conocimiento que la parte haga contra si en juicio, es decir, confesión, testigos, documentos, presunciones y “vista del judgador” o reconocimiento judicial,⁷⁶ y a los plazos probatorios alude el título XV.⁷⁷

⁷⁵ Los medios de prueba se enumeran en la ley 8, pero en la 7 se afirma que la prueba se hace para el juez, no para la otra parte, aunque ésta deba estar presente y siempre se le dará traslado si lo pidiere. No faltan precisiones como éstas: la prueba debe versar sobre hechos de trascendencia para el pleito y, sobre todo, no puede referirse a cuestiones o argumentos de filosofía, porque tales cosas no se resuelven por fuero o por juicio sino “por sabiduría de aquellos que se trabajan de saber, e de partir estas cosas”.

⁷⁶ En XIV se alude a otros dos medios: 1) “Vista de mujeres de buena fama”, que se refiere al examen físico de mujer en los casos de embarazo, que no se califica de pericial, y 2) “Lid de caalleros o de peones”, que se prohíbe expresamente como prueba.

⁷⁷ A los plazos alude el título XV, pero también el XVI, 33. En los dos títulos se hace referencia a tres plazos; el primero que debe concederse de plano para aducir documentos y testigos; el segundo y el tercero se conceden sólo cuando se alega por la parte alguna causa que impida realizar la prueba en el primero. Aún cabía un cuarto plazo que sólo se concedía jurando la parte y probando los obstáculos que le impidieron realizar la prueba en los anteriores. Sobre la duración de esos plazos debe atenderse a III, XVI, 33, que distingue: 1) si los testigos son de la villa del pleito: los plazos son de tres días, 2) si los testigos son, no de la villa, pero sí del ámbito de

a) Testigos

Pocas materias de la Partida III tienen una regulación tan minuciosa como los testigos, a los que se dedica el título XVI, con cuarenta y tres leyes. Tendremos, pues, que resumir, a lo peor con exceso.

Lo primero que llama la atención es que no existe una definición de testigo, ni tampoco una regla general positiva de quién podía serlo. La ley 8 afirma que puede ser testigo todo hombre de buena fama a quien no se le prohíba expresamente, y a continuación en las leyes siguientes hasta la veintidós hace una larga enumeración de causas de incapacidad que pueden ser absolutas o relativas. Buena parte de ellas fueron perdiendo su razón de ser (siervo contra señor; moro, judío o hereje contra cristiano, pero sí entre ellos),⁷⁸ aunque algunas todavía subsisten. Así, no podía atestiguar el loco ni el menor de catorce años;⁷⁹ en términos relativos se impedía ser testigo a la parte, al juez, al procurador y al abogado, al marido en el pleito de la mujer y viceversa, los ascendientes en los juicios de los descendientes.⁸⁰ La mujer de buena fama podía ser testigo en todos los pleitos, menos en los de tes-tamento.⁸¹

competencia territorial del juez: los plazos son de nueve días, 3) si los testigos son de muy lejos de este ámbito; son de treinta días, y 4) si son de tierra extraña se concedían nueve meses y no más. Llama la atención que XVI, 1 defina el plazo como “espacio de tiempo” y no hable de término. Los glosadores de las Partidas sí hablaban de término, en latín, y así Gregorio López, pero en el sistema español se distingue entre plazo —espacio de tiempo—, y término —momento en el tiempo—, véase, en contra, Gómez Orbaneja, E., *Derecho procesal civil*, Madrid, 1979 (con Herce), I, pp. 207-208.

78 En algunos casos la desaparición de la incapacidad no se produjo por derogación legal expresa, sino por el cambio de costumbres: hombre casado que tuviere barragana conocidamente, mujer “que anduuisse en semajanza de varon”, el que diere hierbas o ponzoña para matar o hacer otro mal, el que lidiare bestias bravas por dinero, la mujer que hiciese maldad con su cuerpo por dinero, etcétera.

79 Esa edad se recogió después en el artículo 1246 del Código Civil de 1889, todavía vigente.

80 Como en la actualidad la prohibición de ser testigo en el pleito de parientes no regía en los casos en que se discutía el propio parentesco (artículo 1247, Código Civil) o la herencia.

81 “E lo mismo dezimos del que ouiesse natura de varon e de muger, pero si la natura deste a tal tirasse mas a varon que a muger bien podria ser testigo en todo pleyto de testamento. E esto se entiende si fuere de buena fama” (ley 17), y Gregorio López glosaba: “hermafroditus etiam in testamento testificatur, si in sexu virili sit potentior”.

Sobre la forma de prestarse el testimonio hay que distinguir entre: *Juramento*. La manera de realizarlo era eminentemente formalista (ley 24), pero lo que destacamos es que debía hacerse en presencia de las partes, especialmente de la parte contraria a la que proponía el testigo, la cual debía ser citada al efecto; si la parte no comparecía, después de ser citada, el juramento se efectuaba igualmente (ley 23).

Forma del testimonio. Realizado el juramento el juez debía “aparatar el uno dellos en tal logar que ninguno non los oya, e aver escriuanlo entendido consigo que escriua lo que dixere”; estamos ante el secreto en el testimonio, que se refiere no sólo a los otros testigos, sino también a las partes.⁸² En secreto, pues el juez debía formular las preguntas, empezando por leer la demanda al testigo, y preguntando qué sabía de ella, para hacer después preguntas específicas y terminando por la razón de ciencia.⁸³

Número de testigos. Existían aquí normas de muy distinta naturaleza; por un lado, el que el juez no debía permitir a la parte que adujera más de doce testigos pero, por otro, había verdaderas normas de valoración legal: *a*) un solo testigo no es bastante para probar,⁸⁴ *b*) dos testigos de buena fama y sin tacha son bastantes para probar, *c*) para probar la extinción de deuda que provenga de escritura pública se precisan por lo menos cinco testigos de presencia, y *d*) en pleitos de testamentos son precisos siete testigos si se trata de nombramiento de herederos, y cinco para las mandas o legados, pero si el testador era ciego hacen falta ocho testigos (ley 32).

82 Recuérdese que Voltaire, en sus comentarios al libro de Beccaria, *De los delitos y de las penas*, decía que practicar la prueba en secreto provenía de una mala traducción de C. 4, 20, 14 (de la constitución de Zenón), en donde *testes intrare iudicii secretum* no significaba examinar a los testigos en secreto, sino en el lugar o habitación donde se encuentra el juez; véase, Gómez Orbaneja, *Derecho procesal civil*, cit., I, pp. 223-224.

83 Si los testigos residían en lugar distinto al del pleito los testigos podían examinarse ante el juez de este otro lugar, al que el juez primero debía enviar “su carta” o exhorto; también aquí debían adoptarse las medidas necesarias para que las partes no supieran lo que los testigos decían (XVI, 27). Más interés tiene, por ser regla todavía vigente, que no se concedía valor al testimonio realizado ante notario o al mandado por escrito al juez; para que se trate de prueba testifical, el testigo tiene que declarar ante el juez (ley 31).

84 Fernández Espinar, R., *El principio “testis unus testis nullus” en el derecho histórico español*, en HID, 3, 1976, pp. 9-40.

Publicación de los testimonios. Una vez que había finalizado la práctica de la prueba, el juez fijaba día y citaba a las partes para darles conocimiento de lo que habían dicho los testigos. A partir de esa publicación nace la posibilidad de alegar que lo dicho por los testigos era falso o que testificaron bajo recompensa o promesa, es decir, para tachar, abriendo un incidente en que había de practicarse prueba.⁸⁵

Valoración. La ley 40 se refiere a la “fuerza que han los testigos en los pleytos” y contiene una serie de reglas legales de valoración, que van desde la vinculación del juez a lo dicho por los testigos cuando son concordantes los testimonios, hasta la consideración de la fama o del número cuando los testimonios son divergentes, para concluir que si los testigos de una y otra parte fuesen iguales en su número y fama, el juez debía absolver al demandado.

b) Documentos

Si los testigos son manera de prueba que se califica de “voz viva”, las cartas o escrituras son “voz muerta”, y con ellas se parte de la distinción entre documentos públicos y privados. El primero o “escritura de que nace aueriguamiento de prueba es toda carta que sea fecha por mano de escriuano de concejo”, o sellada con “mano de rey o de otra a persona auténtica que sea de creer” (III, XVIII, 1); en concreto, se llamaba instrumento público cuando era hecho por mano de escribano público de consejo. En principio, estos documentos probaban en contra de aquel al que perjudicaban, aunque cabía la impugnación del documento probando con cuatro testigos.

Cuando se trataba de documentos privados el valor probatorio dependía de que fueran reconocidos por aquel al que perjudicaban, en cuyo caso debían valer como si fuesen hechos por escribano público; si la parte negaba la autenticidad, ésta podía quedar acreditada por dos testigos que juraran haber visto cómo se hacía el documento (ley 119). De la misma manera se podía probar en contra del documento por

⁸⁵ Alejandro García, J. A., *El delito de falsedad testimonial en el derecho histórico español*, Madrid, 1979.

medio de dos testigos (ley 117), esto es, se partía todavía de la idea de que el documento privado es un reflejo de la fuerza probatoria de los testigos.⁸⁶

Lo más destacable es que los documentos presentados por una parte no se daba traslado sin más a la otra, sino sólo en el caso de que ésta lo pidiera. Aun en este supuesto el traslado no se hacía con copia íntegra del documento, sino suprimiendo el día y el lugar en que fue hecho el documento y los nombres de los testigos; sólo cuando se afirmaba que el documento era falso y que se quería probar contra él, se le daba traslado completo (ley 112).

c) Presunción

“Grand sospecha que vale tanto en algunas cosas como aueriguamiento de prueua”, define III, XIV, 8, que añade inmediatamente que los pleitos no debían ser resueltos sólo por sospechas, pues éstas muchas veces “no aciertan con la verdad”.⁸⁷

d) Reconocimiento judicial

El reconocimiento se denominaba “vista del judgador”, que aludía a “veyendo la cosa sobre que es contienda” (III, XIV, 8). En algún caso el reconocimiento era necesario, cuando se trataba de pleitos sobre lindes o de derribo de alguna construcción por ruinosa, en los que el pleito no debía darse por probado a menos de ver el juez “qual es el fecho porque ha de dar su juyzio e en que manera lo podra mejor e mas derechamente de partir” (ley 13). De la “vista” a la inspección ocular sólo hay un paso terminológico.

⁸⁶ Núñez Lagos, R., “Hechos y derecho en el documento público”, ahora en *Estudios de derecho notarial*, Madrid, 1986, I, p. 507, que cita a Covarrubias, *Opera omnia*, Ginebra, 1762, II; *Practicarum quaestionem*, XXII.

⁸⁷ Posiblemente el único caso en el que la sospecha bastaba para dar por probado fuera el de adulterio, y así XIV, 12.

E. *La terminación de la primera instancia*

Mientras la sentencia está muy bien regulada en la Partida III, no es fácil encontrar en ella referencias al escrito de bien probado y a la conclusión. Existe regulación más o menos clara de la publicación de las pruebas y la impugnación de los documentos y de las tachas de los testigos, como hemos visto antes, pero no de los plazos y contenido del bien probado y conclusión para sentencia. Sin embargo su existencia es evidente y para demostrarlo basta referirse a los tiempos séptimo (“quando las partes razonan sobre las pruas e sobre todo el pleyto”) y octavo (“quando las partes cierran el pleyto e pied en sentencia”) del Maestro Jacobo de las Leyes. En todo caso, en el momento inicial de la recepción del proceso común parece que no estaba delimitada claramente esta fase, y así en el Fuero Real sólo había una alusión.⁸⁸

La sentencia se denominaba en las Partidas “juyzio” y se definía como “mandamiento que el judgador faga a alguna de las partes en razon de pleyto que mueuen ante el” (III, XXII, 1). De ellas se establecen tres clases: *a*) la dictada en caso de allanamiento; *b*) la interlocutoria, que se dictaba sobre alguna duda que se presentaba en el pleito, como si la carta de personeria (el poder del procurador) era válida o no, tachas de testigos, etcétera, y *c*) la definitiva, que es el “juyzio acabado que da en la demanda principal fin, quitando o condenando al demandado” (ley 2).

No se establecía plazo para dictarlas; se recomendaba hacerlo “lo mas ayna que pudiera” (III, IV, 12), pero sí se regulaba la forma en III, XVIII, 109:

Sepan quantos esta carta vieren, como sobre contienda que era ante mi Fernand Matheos, Alcalde del Rey en Seuilla, fizo Pero Lorenço demanda a Domingo Yague, etc. E el Escriuano deue escreuir en la carta toda la demanda, en la manera que la fizo ante el Alcalde, e la respuesta que le fizo el demandado. E despues desto deue dezir: Onde seyendo comenzado

⁸⁸ Fuero Real II, XIII, 1, y véase, Vallejo, *La regulación del proceso en el fuero real*, cit., p. 541.

este pleyto ante mi Fernand Matheos por demanda, e por respuesta, e auiedo vistos los testigos que la vna parte, e la otra quisieron traer ante mi, e otrosi las preguntas, e los otorgamientos, e las cartas, e todas las otras razones, que las partes razonaron ante mi; e sobre todo auiedo tomado consejo con omes buenos, e sabidores de derecho; e otrosi, auiedo dado plazo a las partes a que viniessen oyr la sentencia difinitiva; judgo, e mando, que Domingo Yague entregue a Pero Lorenço, la casa, o el heredamiento que le demandaua ante mi, assi como de suso dize, porque es suya e a el pertenesce de derecho; e el otro non mostro sobre ella ninguna razon que deuesse valer. e si por aventura Pero Lorenço demandaua, deue dezir: Saluo el derecho de la vna parte, e de la otra, en razon de la propiedad, o del señorío della. Mas si la demanda fuesse fecha sobre quantias de marauedís, o sobre otra cosa que se pudiesse contar, o pesar, o medir, deuele condenar en tanta quantia quanta el demandador prouo; e si entendiere que el demandado defiende el pleyto maliciosamente, deuele condenar aun en las costas que el Judgador tassare, e el demandador jurare que fizo sobre esta razon, assi como diximos en las leyes que fablan de los juyziois.⁸⁹

A las costas alude la Partida III, XXII, 8, en la que se establece el principio de la condena en caso de temeridad o mala fe.⁹⁰

F. *Los recursos*

Sin mucha claridad en torno a sus respectivas naturalezas el proemio del título XXIII, siempre de la Partida III, establece cuatro sistemas de “quebrantar” la sentencia:

Alzada o apelación. “Querella que alguna de las partes faza de juyzio que fuesse dado contra ella, llamando e recorriendose a enmienda de mayor juez” (ley 1). Las alzadas posibles eran dos normalmente, pero era posible una tercera; en efecto, si la sentencia de primera

⁸⁹ Hemos venidos citando hasta ahora las Partidas por la edición con glosas de Gregorio López, Salamanca, 1555, en la reproducción hecha por el *Boletín Oficial del Estado*, pero en el texto de arriba atendemos a *Los códigos españoles*, Madrid, 1848, t. III, estimando que este castellano es más legible que el del siglo XVI.

⁹⁰ Lalinde, J., *Los gastos del proceso en el derecho histórico español*, en AHDE, 34, 1964, pp. 249-416.

instancia era confirmada en el primer recurso, cabía una segunda alzada, y si en ella se volvía a dictar sentencia confirmatoria se acababan los recursos; ahora bien, si el juez de la segunda alzada revocaba la sentencia impugnada, entonces cabía un nuevo recurso (ley 25). Aquí sí existen plazos para recurrir: diez días (ley 22), y ya aparece que la apelación necesita ser fundamentada en el momento de la interposición del recurso.⁹¹

Merced “Templamiento de la rezedumbre de la justicia es la merced” (III, XXIV, 1), que puede conceder el rey casi en cualquier caso, dispensando incluso de derechos subjetivos privados, pudiendo así alargarse los plazos para pagar las deudas (ley 4).

Restitución. “Tornar las cosas en aquel estado que eran en ante que fuesse dado el juyzio sonre ellas”, que se refería a las sentencias dictadas contra los menores de veinticinco años (III, XXV, 1). Conocía de ella el mismo juez que dictó la sentencia o su superior, y versaba sobre si el menor había sufrido engaño o si no había sido bien defendido por su representante o abogado (ley 3).

Revisión. Se trataba de revocar las sentencias que se habían dictado por falsedad, tanto de documentos como de testigos, y podía hacerlo el mismo juez que dictó la sentencia impugnada, dentro de los veinte años siguientes (III, XXVI, 1 y 2). En las Partidas no se hablaba de recurso de revisión sino de “desatar el juyzio que es dado por falsas cartas o por falsas pruevas”, pero evidentemente estamos ante el antecedente del mal llamado recurso en la actualidad.⁹²

2. LA SITUACIÓN DESPUÉS DE LA NOVÍSIMA RECOPIACIÓN

Vamos a intentar ahora una síntesis del proceso civil ordinario en los inicios del siglo XIX, esto es, inmediatamente después de la

⁹¹ Hay que ver Aikin Araluce, S., *El recurso de apelación en el derecho castellano*, Madrid, 1982.

⁹² A continuación se regula algún supuesto de sentencia nula: cuando se diere contra ley o contra fuero, por menor número de jueces, sin demanda y respuesta o sin emplazamiento (XXVI, 3 a 5).

promulgación de la Novísima Recopilación de 1805 y antes de que empiecen a dictarse las normas permanentes del sistema legislativo liberal. Nos serviremos para ello de dos clases de fuentes:

Legislativas. Las Partidas y la Novísima, en cuanto estos dos cuerpos legales son los impuestos por la real cédula de promulgación del segundo para el estudio del derecho patrio en las universidades, que no se refiere a ningún otro.

Bibliográficas. Serán las obras de Sala⁹³, Lucas Gómez y Negro⁹⁴ e Isidoro Alcaraz y Castro,⁹⁵ que son las que disponemos en este momento, más una de las ediciones de Eugenio de Tapia del *Febrero novísimo*.⁹⁶

Intentaremos seguir el esquema de la descripción del proceso en las Partidas, marcando los cambios producidos.

A. *La iniciación del proceso*

La subsistencia de las Partidas mantendrá el principio de incoación de parte, la acción de jactancia y el caso de los mercaderes que iban a emprender viaje,⁹⁷ aparte de las diligencias preliminares,⁹⁸ todo lo cual no se regula en la Novísima. Con esto tenemos ya la pista para conocer

⁹³ De la obra de Sala, *Ilustración del Derecho real de España*, citada en la nota 39, se publicó una 2ª edición en Madrid, 1820, cuyo tomo II, libro III, utilizamos.

⁹⁴ De Lucas Gómez y Negro se publicaron en 1825 unos *Elementos de práctica forense*, Valladolid, obra póstuma escrita en 1806.

⁹⁵ La obra de Isidoro Alcaraz y Castro se publicó en 1770, pero la 5ª edición de la misma, titulada *Método y práctica de los cuatro juicios civil ordinario, sumario de partición, ejecutivo, y general de concurso de acreedores*, se publicó en Madrid, 1828, adicionada por Santiago de Alvarado y de la Peña; es la que manejamos.

⁹⁶ De Tapia, E., *Febrero novísimo, o Librería de jueces, abogados y escribanos*, 3ª ed., Valencia, 1837. Sobre las ediciones del *Febrero*, véase, Montero, “Eugenio de Gapia, ‘práctico’ y poeta”, en *Trabajos de derecho procesal*, Barcelona, 1988, pp. 593-606.

⁹⁷ Sala, *Ilustración*, cit., II, pp. 133-134, y De Tapia, *Febrero*, cit., IV, pp. 14-5, que se refiere a una tercera excepción, con cita de Covarrubias y Molinos, pero sin refrendo legal. Lo que sí es moderno es la afirmación de que el principio de incoación de parte se basa en que toda acción comporta un derecho renunciabile.

⁹⁸ Alcaraz y Castro, *Método*, cit., p. 12; y De Tapia, *Febrero*, cit., IV, pp. 59-61.

el sistema con que se recopilaron las leyes en la Novísima, sistema del que hemos ya adelantado algo.

En toda la legislación posterior a las Partidas se parte de la vigencia de éstas y, por tanto, las normas sucesivas son o complemento o modificación de aquéllas. Por ello, la doctrina en muchas ocasiones, y sobre cualquier tema, explicaba primero lo que decían las Partidas, para luego completar con el contenido del título correspondiente de la Novísima. Esto nos permite, por ejemplo, comprobar cómo, respecto de la demanda, de su contenido, la Novísima prácticamente no dice nada nuevo, limitándose en XI, III a normas de detalle, y en la única ley que se refiere realmente al contenido, la 4, se aduce una remisión a la Partida III, II, 15 y 25.

En todo caso lo que sí estaba claro es el orden procedimental de los actos, lo que se revela en la propia sistematización del libro XI de la Novísima.

a) La demanda

La forma y contenido de la demanda son la de las Partidas,⁹⁹ y la doctrina sigue recogiendo el viejo dístico:

*Quis, quid, coram quo, quae iure petatur, et
Quo ordine confectus, quisque libellus habet*

y la distinción entre las clases de acciones, sobre todo reales y personales.

Posiblemente lo más destacable es que se empieza a tener clara la figura de la acumulación. Gómez y Negro precisa la distinción entre acumulación de acciones o inicial y acumulación de procesos o sucesiva, y luego matiza los casos en que la acumulación es posible,

⁹⁹ Respecto de la forma oral o escrita, a estas alturas de los tiempos han desaparecido las demandas orales. De Tapia, *Febrero, cit.*, IV, pp. 49-50, lo dice expresamente aun citando la Novísima XI, XVI, 2, que las admitía.

con referencia incluso a la “continencia de la causa”, y el requisito de que se trate de juicios de la misma clase.¹⁰⁰

b) El emplazamiento

Presentada la demanda en el juzgado, el juez debía por auto dar traslado de ella al o a los demandados. El emplazamiento podía hacerse de las siguientes maneras, pero siempre por escrito:

a) Si el demandado se encuentra en el pueblo: partiendo de la base de que el demandado tiene domicilio en el pueblo, el emplazamiento se intentaba primero personal, y por medio de escribano o portero que lo buscara en él por tres veces; si este sistema fracasaba el actor podía pedir al juez que se hiciera por cédula o *cedulón*, entregándola a su mujer, domésticos o vecinos.

b) Si el demandado residía en pueblo distinto: el emplazamiento se hacía librando carta (que se denominaba de modos distintos según el juez que la expedía: mandamiento, real provisión, exhorto, requisitoria), que se entregaba al demandante para que éste cuidara de que llegará a poder del demandado, haciendo allí el emplazamiento un escribano del juez del lugar.

c) Si se desconocía el paradero del demandado: se emplazaba por pregones y edictos fijados en su casa, lo que debía hacerse por tres veces.

En las Ordenanzas de Madrid de 1502 (luego en Nueva IV, III, 1, y en Novísima XI, IV, 12) se dispuso que el Consejo de Castilla y las Audiencias emplazaran por treinta días cuando el demandado residía “aquende” los puertos y por cuarenta si “allende” los puertos, para después darle nueve días con objeto de que contestara a la demanda, es decir, distinguiendo entre plazo para comparecer y plazo para contestar, y siendo siempre perentorios (Nuevo IV, III, 2, y Novísima XI, IV, 13). Pareciera como si esta distinción acabara por extenderse a todos los procesos civiles, sin relación con quien efectuaba el emplazamiento.

¹⁰⁰ Gómez y Negro, *Elementos*, cit., p. 60-66.

c) Asentamiento o prueba

No comparecido el demandado dentro del plazo señalado se procedía a declararlo rebelde. Pero lo importante ahora es que el asentamiento de hecho ha ido desapareciendo hasta afirmarse que “apenas está en uso”.¹⁰¹ Con todo, ante la incomparecencia del demandado el actor podía optar, desde las Ordenanzas de los Reyes Católicos de 1502 (en Novísima XI, V, 2) entre dos caminos:

Vía de asentamiento. El demandante pedía y el juez concedía el asentamiento de acuerdo con la clase de acción ejercitada, real o personal, en los términos que ya dijimos.¹⁰²

Vía de prueba. Ésta era ya el camino normal en el siglo XVIII y consistía en que el pleito seguía haciéndose al rebelde todas las notificaciones siguientes en estrados o asientos del tribunal y así hasta la sentencia definitiva. Lo nuevo es que la declaración de rebeldía suponía dar por contestada la demanda, en sentido negativo se entiende lo que obligaba al actor a seguir todo el proceso y, sobre todo, a probar sus hechos si quería obtener una sentencia favorable.¹⁰³

d) Actitudes del demandado

Si el demandado comparecía tenía diversas posibilidades de actuación; en síntesis:

Artículos de no contestar. Si el demandado estimaba que concurría alguno de los hechos tipificados de excepciones, podía proceder a no contestar a la demanda planteando alguno de estos obstáculos, sin cuyo examen no se podía pasar adelante “y este examen es un pequeño juicio independiente del principal y forma en él un paréntesis verda-

¹⁰¹ Gómez y Negro, *Elementos*, cit., p. 79; De Tapia, *Febrero*, cit., IV, p. 75, llega a afirmar que dado “que no se estila en la Corte ni en otras partes” no lo estudia, aun reconociendo que podía usarse.

¹⁰² Véase, *supra*, “La iniciación del proceso”.

¹⁰³ La práctica había introducido que tres notificaciones no podían hacerse en estrados: demanda, recibimiento a prueba y sentencia, con las que tenía que intentarse la notificación personal o en el domicilio.

dero”.¹⁰⁴ Con todo, no había claridad sobre los conceptos ni sobre el número de excepciones. Se hablaba de:

a) Dilatorias: las que sólo dilatan la entrada en el juicio, que han de interponerse en el plazo de nueve días. Podían referirse a: el juez, como declinatoria, recusación; la otra parte, como capacidad, poder del procurador; y la causa, si faltaban requisitos de la demanda o existía litispendencia.

b) Perentorias: las que destruyen la acción del actor a proponer en el plazo de veinte días desde el emplazamiento, y entre ellas pacto, pago, cosa juzgada, prescripción, dolo, miedo, etcétera.

c) Anómales o mixtas: las que opuestas antes de contestar a la demanda impiden entrar en el pleito hasta que se ventilen y opuestas después enervan y destruyen la acción, participando, pues, de la naturaleza de dilatorias y perentorias.

Es evidente que existía una gran confusión y además que el artículo de no contestar daba lugar a un verdadero pleito, con todos los recursos y la dilación que ello implicaba. El procedimiento ya estaba perfilado; y así, del escrito de excepciones se daba traslado al actor para que contestara, proponiéndose y realizándose prueba, concluyéndose y dictándose sentencia interlocutoria. Las compilaciones venían básicamente de que: no se obligaba a que todas las excepciones se propusieran en un único escrito, y las perentorias podían alegarse en un plazo de hasta veinte días, es decir, en plazo mayor que el concedido para contestar a la demanda, y además admitiéndose que podían alegarse en cualquier momento, siempre que se jurase que no se había tenido conocimiento de ellas (XI, VII, 3).

Allanamiento. Se sigue manteniendo el allanamiento como una de las respuestas posibles, concibiéndolo como confesión del demandado que permite al juez dictar inmediatamente la sentencia definitiva, concediendo el plazo pertinente para cumplir lo ordenado en ella.

Contestación a la demanda. Debía hacerse siempre por escrito y en el plazo de nueve días, bien negando los hechos que servían de fundamento a la acción del actor, bien confesando esos hechos y

¹⁰⁴ Gómez y Negro, *Elementos*, cit., p. 81.

oponiendo algunas circunstancias de los mismos o hechos posteriores que destruyan la acción.

La doctrina ya tenía más o menos claros los efectos de la litispendencia —aunque seguía hablando de *litis contestatio*— pero incurría en dos graves errores, mismos que se han perpetuado en nuestro derecho: uno, en el momento de su producción, que si para unos era el del emplazamiento,¹⁰⁵ para otros era el de la contestación a la demanda,¹⁰⁶ y dos, confundiendo entre los efectos de la misma, que son siempre procesales, y las consecuencias jurídico materiales de la iniciación del proceso.¹⁰⁷

Reconvención o mutua petición. La admisión de la reconvención, es decir, de la “nueva demanda que el reo pone al actor después de contestada la que éste le puso”,¹⁰⁸ sigue admitiéndose de modo amplísimo y sin necesidad de conexión objetiva. Las complicaciones provenían ahora de que, dado que el plazo para contestar era de nueve días y el de reconvenir de veinte días, podía reconvenirse después de contestada la demanda y, consiguientemente, cabía que el proceso del actor siguiera una marcha y el del demandado otra, dándose lugar a una enorme confusión procedimental.

Otros actos de alegación. De la contestación de la demanda el juez debía dar traslado al actor para que éste formulare *réplica*, en la que debía contestar a lo alegado por el demandado. Para ello se distinguían dos posibilidades: la réplica debía presentarse en seis días si no hubo reconvención y en nueve días si la hubo. De la misma manera se confería traslado al demandado para *súplica* o *dúplica*, que de las dos maneras era conocida, aunque doctrinalmente se proponía contrarréplica, que debía realizarse en seis días.

¹⁰⁵ Sala, *Ilustración*, cit., II, pp. 190-191, y Gómez y Negro, *Elementos*, cit., p. 76. Y así todavía en el artículo 1945, Código Civil, con referencia a la interrupción de la prescripción.

¹⁰⁶ De Tapia, *Febrero*, cit., IV, pp. 81-82, y todavía los artículos 1535, CC, y 157, LEC vigente. Por otra parte, vuelve a ser aquí de cita obligada, Fairén, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, cit., pp. 165 y ss.

¹⁰⁷ Para la correcta diferenciación, Montero, *Derecho Jurisdiccional*, cit., II, pp. 163 y 168-170.

¹⁰⁸ De Tapia, *Febrero*, cit., IV, p. 102.

Los escritos de réplica y dúplica eran voluntarios, dependiendo de la voluntad del actor, el cual podía renunciar a ellos. Lo que se prohibió expresamente fue la existencia de otros escritos de alegación, declarándolos nulos aunque se recibieran por el juez (XI, XIV, 1; XI, XV, 1; XI, VII, 3). Esto no impedía que la presión de los abogados fuera tal que la prohibición se incumpliera una y otra vez, y de ahí que se repitiera una y otra vez la prohibición. En último caso siempre existía la posibilidad de formular nuevas peticiones cuando se descubrían nuevos documentos, jurando la parte no haber tenido noticia de ellos.

La importancia de estos escritos residía en que al final de ellos las partes debían: dar por concluso el pleito, cuando éste se había convertido en una cuestión jurídica al no existir discrepancia en los hechos, bien, dar por conclusas las alegaciones, pidiendo que se recibiera el pleito a prueba por existir disconformidad en los hechos.

e) Juramento de calumnia

Los siglos no pasan en balde. El juramento de calumnia, esencial en otro tiempo, llegado el siglo XIX, había prácticamente desaparecido, siendo sustituido por una expresión meramente formularia con la que solían terminarse los escritos: “Juro lo necesario”. En todo caso, si el desuso no era total, era preciso que una parte se lo pidiera a la otra expresamente, y si no lo pedía, no se incurría en defecto formal alguno. Llega así a confundirse con el de malicia, esto es, con el que se refería a algún artículo o excepción concreto.¹⁰⁹

f) Conclusión

Después de los pares de escritos de alegaciones alternativas las partes debían concluir. Esta conclusión consistía en que cada una de ellas, en el plazo de seis días, manifestaba que el pleito estaba concluso bien para prueba, bien para sentencia. Si el proceso se había convertido

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 58, decía que debían los dos juramentos omitirse “pues parece que más juran cometer calumnia y proceder de malicia que evitarlas, y de esta suerte no habría tantos perjurios de que ningún caso se hace”.

en una cuestión jurídica, no existiendo discusión sobre los hechos, podía pedirse sentencia definitiva. Si la discusión era fáctica la conclusión se refería a pedir el recibimiento a prueba.

La situación de desorden había llegado al tal extremo que, contrariando el principio fundamental de la instancia de parte y el impulso de parte, se llegó a ordenar (XI, IV, 1) que aunque las partes no concluyesen, esto es, aunque no lo pidieran, el juez debía tener el pleito concluso para prueba. Así, a instancia de parte o de oficio, el juez debía tener los autos por conclusos y en otros seis días dictar auto recibiendo los a prueba, resolución que debía notificar a las partes, incluso a la rebelde (excepción a la notificación en estrados introducida por la práctica).

B. *Las pruebas*

Después de casi seis siglos de evolución práctica y doctrinal, así como de anquilosamiento legal, todo lo relativo a las pruebas debe buscarse más en aquéllas que en ésta. La regulación de las pruebas en las Partidas y en la Novísima quedó estancada, mientras que las obras de “práctica forense” contenían todo un complejo sistema basado en dos principios: prueba legal y secreto.

Partiendo de la definición de prueba de las Partidas (III, XIV, 1) y de algunas normas relativas a la carta de la misma, debemos examinar estos aspectos:

Medios de prueba

Confesión de parte. Aun reconociéndose que más que medio de prueba podía considerarse relevancia de ella, la doctrina parte unánimemente de encuadrarla entre los medios, resaltando:

a) sólo vale en cuanto sea contraria al que confiesa, no en lo que sea a su favor, pues si no sería testigo en causa propia;

b) puede pedirse en cualquier estado del pleito, tanto por el juez como por parte contraria;

c) las posiciones o preguntas han de hacerse clara y positivamente; la posición es aserción sobre un hecho, no una interrogación;

d) la confesión se practica bajo juramento, ante el juez o el escribano, pero no es presencia de su abogado o de la otra parte;

e) puede ser ficta, si la parte llamada no comparece después de tres citaciones, si se niega a responder o si no responde con claridad, y

f) hacia prueba plena, superando todas las pruebas, hasta el extremo de inutilizar cualquier otra prueba de testigos o instrumentos; bastaba para dictar sentencia condenando al confeso.

Juramento. Naturalmente, el juramento sólo podía ser decisorio, esto es, decidiéndose por él, el pleito a favor o en contra del que juraba. Podía ser: supletorio o necesario (cuando suplía la falta de prueba, pudiendo hacerse de oficio o a instancia de la otra parte, sólo cuando el pleito estaba fácticamente dudoso) o bien, judicial (cuando con aprobación judicial una parte lo pedía de la otra haciendo depender de él la solución del pleito; la parte a la que se pedía el juramento podía: o bien jurar o bien referirlo a la otra, pero no excusarse de estas dos cosas pues entonces se le tenía por confeso).

Tampoco podía hablarse aquí realmente de un medio de prueba. El necesario suplía la falta de prueba y el judicial la hacía inútil.

Testigos. La prueba testifical se mantiene prácticamente igual que en las Partidas, y ello porque la Novísima (XI, XI) se limita a hacer matizaciones a aquélla, aunque algunas sean de cierta importancia:

a) El carácter escrito se ha reforzado extraordinariamente; de ahí el escrito de preguntas que debe realizar la parte. Todavía no se admitía el escrito de repreguntas de la parte contraria aunque doctrinalmente se solicitara.¹¹⁰

b) La mediación, esto es, la no recepción de las declaraciones por el juez estaba plenamente admitida. La Novísima en sus XI, XI hablaba repetidamente de los receptores (leyes 3, 4, 7 y 8), en las que se insistía en que los escribanos receptores recibieran y escribieran

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 145, decía que los tribunales eclesíásticos sí practicaban el dar traslado del escrito de preguntas a la otra parte para que ésta formulara repreguntas, siempre por escrito, pero que en los tribunales civiles ello no se podía hacer.

personalmente las declaraciones, sin que fueran sustituidos por “mozos”.

e) El secreto se mantiene sin fisuras; el escribano, después de que el testigo ha jurado en presencia judicial y de las partes, examina a cada testigo en secreto conforme al escrito de preguntas, manteniéndose el mismo hasta la publicación de probanzas.

d) El carácter legal de la prueba se mantiene; un testigo no hace prueba, dos testigos hacen plena probanza (salvo en caso de testamento) para probar contra escritura pública, no se admiten más de treinta testigos por pregunta, etcétera.¹¹¹

Peritos. “Consistiendo el pleito en ciencia, arte u oficio han de nombrar las partes dos peritos para que declaren acerca del asunto litigioso”, más un tercero para caso de discordia, salvo que se conformen con uno solo. Su examen podía hacerse junto al reconocimiento judicial o no. Hecho el examen el escribano les recibirá el juramento de que “dirán la verdad como la conciben según su inteligencia con arreglo a su arte, oficio o ciencia”, y aquéllos entregarían por escrito sus declaraciones, que el escribano extendería en los autos coordinándolas según estilo forense.

Las partes eran citadas para el juramento y para el reconocimiento, pero no para la declaración. El perito de cada parte debía realizar la declaración dentro del periodo probatorio, pero no el perito tercero que podía hacerlo después.¹¹²

Documentos (instrumentos). En la época se hablaba de instrumentos y todo el valor de los mismos giraba en torno a la distinción:

a) Público: el que autoriza persona en quien reside autoridad pública concedida por el rey para ser creído, con todas las solemnidades

¹¹¹ La Partida III, XVI, 323, se modificó por los Reyes Católicos en 1503, elevando el número de testigos a treinta. Las Partidas fijaban ese número en doce, y Gregorio López glosaba *bonus numerus erat iste* pero hoy el Ordenamiento de Alcalá de 1503 lo ha elebado a treinta (en Nueva IV, VI, 7).

¹¹² De Tapia, *Febrero, cit.*, IV, pp. 155-156. Para toda la prueba pericial cita solamente: “Hermos. en la ley 56, tit. 5, Part. 5, glos. 6 desde el núm. 24 al 60. Gómez, lib. 2. Var. cap. 6, num. fin”; es decir, *Hermosilla, Notae, adicciones, et resoluciones ad glossas Legum Partitarum D. Gregorii Lopetti*, manejamos la 4ª edición, Colonia, 1751, y Gómez, *Variae resoluciones oris civilis communis et regii in tomis tribus distributae*, Lugduni, 1701.

prescritas por el derecho para su validez y firmeza, entre las que siempre están los testigos. La impugnación podía referirse a: que el escribano no era conocido en el juzgado: se debía acreditar que lo era por fama pública o dos o tres escribanos que dieran fe de que lo era;¹¹³ que el documento era falso en su contenido: podía probarse con testigos idóneos, aun en contra de la declaración del escribano; que era falsa la autorización del escribano: debía ser creído éste, pero si había muerto podía acudirse a la prueba pericial del cotejo de letra, firma y signo. En todo caso no impugnado hacía prueba plena, e impugnado debía estarse al valor de la prueba testifical.

b) Privado: el que no está autorizado en forma por escribano. Para probar con él es preciso que lo reconozca la parte que lo hizo o firmó y, en su defecto, que se confirme por dos testigos idóneos; el reconocimiento podía ser tácito, si el perjudicado por él no objetaba nada en su contra.

Especie de documento privado eran los libros de cuentas, que si se aceptaban debía ser de forma plena, tanto en pro como en contra.

Vista ocular. Ésta seguía siendo la denominación del reconocimiento judicial y seguían citándose las leyes 8 y 13 del título XIV de la Partida III. Lo nuevo ahora es que el juez podía ordenarla de oficio, para mejor proveer, no en el momento probatorio en el que las facultades de las partes eran decisivas.

Presunción. La confusión entre presunciones *iusuris* y *homini* era manifiesta. Respecto de las segundas, las que podía concebir toda persona sentada atendidas las circunstancias, no hace prueba plena aunque sea del juez, excepto que sea grande y manifiesta.

También se hablaba como medio de prueba de la fama y notoriedad, existiendo gran oscuridad entre fama, rumor, común opinión y hecho notorio. Tapia definía la “fama o hecho notorio o manifiesto, el que todos los vecinos o la mayor parte del pueblo afirman por haberlo visto u oído a personas ciertas y fidedignas que lo vieron”.¹¹⁴

¹¹³ Salvo que el documento tuviese más de cien años, en cuyo caso no era preciso el reconocimiento, dada la dificultad de justificarlo testificalmente.

¹¹⁴ De Tapia, *Febrero, cit.*, IV, p. 175.

b) Procedimiento probatorio

En el auto recibiendo el pleito a prueba el juez debía establecer el plazo (en la ley casi siempre “término”) probatorio. Ese plazo podía ser: ordinario o extraordinario (llamado también ultramarino). Dentro del plazo ordinario se distinguía “aquende los puertos” y era de ochenta días, y “allende los puertos”, que era de ciento veinte días (XI, X, 1); el extraordinario era de seis meses (XI, X, 2). Estos plazos eran siempre máximos y no podían ampliarse pero sí reducirse por el juez, atendida “la calidad de la causa, personas y cantidad, y distancia de los lugares donde se han de hacer las probanzas” (XI, X, 1).

A partir de ese momento las partes debían tomar los autos del juzgado por su orden (primero actor y luego demandado) para formular sus interrogatorios, presentar los documentos que estimaran oportunos o pedir cualquiera de los medios de prueba que hemos visto. A partir de esta sucinta regulación la práctica suscitaba problemas procedimentales de todo orden: no se decía cuánto tiempo tenía que tener cada parte los autos, no se aclaraba si los testigos podían jurar dentro del plazo pero declarar fuera de él, no había claridad sobre si habían de contarse o no los días “feriados”.

Lo único claro en ese procedimiento era el secreto: las pruebas se practicaban sin publicidad y sin presencia de la otra parte, hasta el extremo de disponerse sanciones para el escribano que, incluso por culpa o negligencia, permitía que se conociera el resultado de las pruebas (XI, X, 14). La excepción era el cotejo de documentos, para el que sí se citaba a las partes.

c) Publicación de probanzas, tachas y bien probado

Finalizado el plazo probatorio, cualquiera de las partes podía pedir la publicación de probanzas. La publicación servía para que los litigantes pudieran tomar conocimiento de las pruebas practicadas por el contrario. La publicación se justificaba en el secreto anterior, y de ahí que este fuese el único momento posible para tachar a los testigos del contrario.

Realizado el acto formal de la publicación, con la unión de las piezas separadas de prueba a los autos, éstos se entregan a las partes, por su orden, concediendo plazo de seis días para: tachar o alegar de bien probado.¹¹⁵ Si se procedía a tachar se concedía la mitad del plazo probatorio del pleito para intentar la prueba de la tacha, y el final del mismo debía pedirse otra vez la publicación de las pruebas, aunque ahora las realizadas sobre este aspecto concreto.

Con tachas o sin ellas, el final del periodo probatorio eran los escritos de bien probado. A este efecto se concedía plazo de seis días a las partes para que realizaran una contraposición entre los hechos alegados por cada una de ellas y el resultado de sus pruebas; se trataba, por lo tanto, de criticar, positivamente las pruebas propias y negativamente las pruebas de la contraria. Este era el escrito final de las partes, el mejor de los abogados de las partes, y se convirtió en una fuente de abusos, por lo que los mandatos, limitando su número a dos por cada parte y aun las páginas (veinte hojas el primero y doce el segundo), se reiteraron una y otra vez (XI, XIV).¹¹⁶

C. La terminación de la primera instancia

El escrito de bien probado debía suponer que las partes al formularlo manifestaran que el pleito estaba acabado y pidieran sentencia definitiva. Esto no sólo no se hacía normalmente sino que se hacía lo contrario, es decir, los escritos de bien probado se terminaban con la fórmula *novation i cesante*, con lo que se daban a entender que si surgía algo nuevo, hecho o medio de prueba, se reservaban el derecho de utilizarlo. Así las cosas hubo de mandarse, y con reiteración (XI, XV), que después de los escritos anteriores, y aun acusada la rebeldía si no

¹¹⁵ Cabía una tercera posibilidad que hoy carece de sentido. Nos referimos a la *restitutio in integrum* (XI, XIII, 1 a 5). Era un privilegio procesal a favor del menor de edad (25 años) y de entidades como fisco, iglesias, universidades, concejos, colegios, patronatos, obras pías, en virtud del cual podían alegar fuera de plazo excepciones e intentar su prueba. El privilegio suponía la concesión de un plazo equivalente a la mitad del término probatorio.

¹¹⁶ Véase, *infra*, “El juicio verbal y los intentos de abreviar el ordinario civil”.

se presentaban dentro de plazo, el juez de oficio tuviera el pleito por concluido.

La conclusión, suponía: manifestación de las partes de que habían terminado de exponer sus razones y que el proceso quedaba listo para que el juez dictara sentencia. Con todo ello, la doctrina empezó a discutir y la práctica a confundirse sobre: si cabía admitir documentos después de la conclusión, o confesión o reconocimiento, e incluso, si el juez no podía de oficio dar el pleito por concluido a pesar de la disposición legal, precisándose petición de por lo menos una de las partes (lo que revela la concepción de que el proceso era “cosa de las partes” y de que el juez no debía tener facultades sobre éstas).

A pesar de todo, la práctica fue imponiendo lo que se llamará diligencias para mejor proveer; concluida la causa y dentro del plazo para dictar sentencia, el juez podía acordar de oficio la práctica de cualquier medio de prueba. Se trataba de una vulneración clara de los principios del proceso común que la doctrina no justificaba ni justifica, limitándose a exponer lo que sucedía (como hace en la actualidad).

Desde el Ordenamiento de Alcalá el juez quedó sujeto a plazo para dictar la sentencia: veinte días la definitiva, que es la que aquí importa. Las sentencias, por lo menos desde 1489, no eran motivadas (Nueva Recopilación. II, V, 42, y Novísima V, I, 40).¹¹⁷ En 1778, Carlos III, por real cédula de 23 de junio (luego en Novísima XI, XVI, 8), ordenó a la Audiencia de Mallorca cesar en la práctica de motivar las sentencias, las cuales además debían escribirse en castellano no en latín; se trataba de evitar “las cabilaciones de los litigantes” y el aumento de las costas.

D. *Los recursos*

Pocas cosas había más compleja en el proceso que el sistema de recursos. Vamos a ofrecer sólo su enumeración, dando las notas

¹¹⁷ Véase, Pérez Martín y Scholz, *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, cit., pp. 297-301.

esenciales de los mismos. En principio contra las sentencias definitivas de primera instancia cabía:

Nulidad. Este recurso se definía como “vicio o defecto que contiene y procede de la trasgresión de la ley”, se entiende procesal. Esos vicios eran: falta de jurisdicción del juez; legitimación o citación de parte; por razón del lugar en que se pronuncia la sentencia y solemnidades observadas en el juicio; error en la cantidad o en otra cosa; tiempo, proceso, modo, injusticia manifiesta, o por la condición de las personas.¹¹⁸ La nulidad se podía intentar de varios modos: como acción distinta ante el mismo juez de la causa; como acción distinta por vía de queja ante el juez superior; como acción distinta acumulándola a la apelación ante el superior, y como incidente de la apelación. En todo caso la nulidad debía pedirse en el plazo de 60 días.¹¹⁹

Apelación. Conocían de ellas las chancillerías y audiencias y había de interponerse en el plazo de cinco días, no procediendo contra las sentencias de cuantía menor. Interpuesto el recurso, el juez debía admitirlo y entregar al procurador testimonio de la mayor parte del pleito, con el cual se personaba ante la audiencia; ésta pedía el expediente original o no según el recurso se hubiera admitido en uno (devolutivo) y dos efectos (más suspensivo). La fundamentación del recurso se hacía ante el superior por escrito, mediante la llamada demanda de agravios o mejora de apelación, a la que contestaba por escrito el apelado. Se trataba de una apelación limitada, no siendo posible la alegación completa de nuevas excepciones y medios de prueba, pero ésta se admitía restrictivamente.¹²⁰ La sentencia se llamaba de *vista*.¹²¹

Estos eran los recursos contra la sentencia de primera instancia. Ahora contra la sentencia de apelación cabía:

118 De Tapia, *Febrero, cit.*, pp. IV, 234-235.

119 Distinta de la nulidad era la restitución, que podían intentar los menores de 25 años y las instituciones que gozaban de este beneficio, que podía ejercitarse hasta cuatro años después de la mayoría de edad.

120 Prieto-Castro, “Limitaciones de la apelación”, en *Trabajos y orientaciones de derecho procesal*, Madrid, 1964, pp. 351-383.

121 Aikin, *El recurso de apelación, cit.*

a) *Súplica* o primera suplicación: contra la sentencia dictada en apelación era posible un nuevo recurso de naturaleza similar a ésta, la llamada *súplica* que debía interponerse en el plazo de diez días, ante el mismo órgano que dictó la sentencia de vista, pero para que lo conociera una sala integrada por magistrados distintos, los cuales dictaban sentencia de *revista*. El principio general era que tres sentencias conformes hacían ejecutoria.

b) Segunda suplicación: con origen en el Ordenamiento de Segovia de 1390 era aún posible un nuevo recurso, denominado de segunda suplicación o de mil y quinientas, el cual se interponía ante la chancillería o audiencia, pero para el Consejo de Castilla, en el plazo de veinte días. La regulación del mismo era: *primero*, la causa tenía que haberse iniciado en el mismo consejo, en las chancillerías o audiencias; *segundo*, se concedía contra sentencia definitiva de revista; *tercero*, la causa debía ser grave, de cantidad considerable,¹²² y *cuarto*, el recurrente debía consignar mil quinientas doblas, y de ella nació el nombre vulgar del recurso y de la sala del consejo que conocía del mismo: Sala de Mil y Quinientas, compuesta por cinco consejeros. La consignación se perdía si se desestimaba el recurso.

Injusticia notoria. Todavía era posible un recurso más de carácter extraordinario y subsidiario, establecido para los casos en que no cabía otro para interponer, en el cual debían depositarse quinientos ducados de vellón y siendo competente el consejo. El recurso no era admisible: *primero*, cuando la sentencia la había dictado la Sala de Mil y Quinientas; *segundo*, en los juicios posesorios; *tercero*, de sentencias interlocutorias, y *cuarto*, cuando cabía revista y ésta no era admitida.

La dificultad en el mismo era determinar lo que debía entenderse por injusticia notoria, sobre lo que la doctrina discutió sin fin. En general, solía entenderse que existía en toda sentencia dada contra ley terminante o contra su recta aplicación o interpretación a los casos que ocurren, cuando esta falta resulta evidente del proceso.

¹²² Esa cantidad fue modificada, y así véase, Novísima XI, XXII, leyes 1, 4, 5 y 6. Lo discutible ya en el siglo XIX era el valor de “las doblas de oro de cabeza” y su equivalente en maravedíes y reales; véase, De Tapia, *Febrero, cit.*, IV, p. 286 y sus citas, y Gómez y Negro, *Elementos, cit.*, p. 136.

Por último, siempre subsistió un recurso, que es el precedente de la revisión actual, cuando se había procedido a la declaración de falsedad de la prueba de testigos o instrumentos. También la responsabilidad civil del juez daba lugar a la rescisión de la sentencia.

Conviene destacar también un problema específico, el de los votos disconformes de la mayoría, que sólo se presenta en los órganos colegiados. En la misma Novísima V, I, 40, se ordenaba que el oidor más moderno, al recoger en el libro encuadernado los votos, debía aludir a los conformes y a “qual fue el contrario voto”; el libro lo guardaba el presidente en secreto “para que cada y cuando cumpliese saberse los dichos votos se puedan probar por el dicho libro”.