

I. Doctrina, enseñanza y fuentes legales	13
1. La “práctica forense”	13
2. Derecho patrio <i>versus</i> derecho romano en el siglo XVIII . . .	19
3. La evolución legislativa	24

I. DOCTRINA, ENSEÑANZA Y FUENTES LEGALES

1. LA “PRÁCTICA FORENSE”

Los primeros nombres de juristas que, con terminología moderna, cabe denominar procesalistas, aparecen alrededor de la obra legislativa de Alfonso X y aun puede afirmarse que, o son italianos o han estudiado en ese país.⁷ Ese es el caso de Rodrigo de Palencia⁸ y de Ugolino de Sesso,⁹ pero sobre todo de Fernando Martínez de Zamora y del Maestro Jacobo de las Leyes.¹⁰

Martínez de Zamora estudió, al parecer, en Bolonia y, desde luego, tenía formación romano-canónica, siendo arcediano de Zamora y obispo electo de Oviedo pero, en especial, notario de la Corte, embajador y capellán de Alfonso X, muriendo entre 1275 y 1276.¹¹ Jacobo

⁷ En general, véase Pérez Martín, A., *El ordo iudiciarius “Ad summariam notitiam” y sus derivados*, I. Estudio, en HID, 8, 1981, pp. 231-236.

⁸ Rodrigo de Palencia fue nombrado obispo de Palencia en 1247 y murió en 1254, siendo al parecer estudiante en Bolonia y autor de un *Tractatus de positionibus*; García García, A., “Magister Rodericus Palentinus”, en *Homenaje a J. Pérez de Urbel*, Burgos, 1976, pp. 111-116.

⁹ Ugolino de Sesso pudo ser uno de los primeros profesores de la Universidad de Palencia, de origen italiano, del que se conocen tres breves tratados que deben corresponderse con lecciones dictadas a finales del siglo XII, y en todo caso después de 1184: *Tractatus de appellatione*, *Tractatus de recusatione iudicum* y *Tractatus de testibus*; véase, San Martín, J., “¿Eran profesores de la antigua Universidad de Palencia?”, en *Publicaciones de la Institución Tello Téllez de Meneses*, 12, 1954, pp. 241-242, y *La antigua Universidad de Palencia*, Madrid, 1942.

¹⁰ Suele citarse también a un Petrus Hispanus sobre el que existen abundantes estudios, tantos como confusión a la hora de identificarlo, dada la repetición con que el nombre aparece en las fuentes; véase Pérez Martín, *El ordo iudiciarius*, cit., I, pp. 241-243.

¹¹ A Martínez de Zamora se le atribuyen dos obras: *Margarita de los pleytos*, que está publicada por Cerda, J., en AHDE, 20, 1950, pp. 634-738, y *Summa Aurea de Ordine Iudiciario*,

de las Leyes, cuyo verdadero apellido debió ser de Junta, era probablemente oriundo de Italia o, por lo menos, en ese país se formó, siendo después ayo del entonces infante Alfonso, y juez en Murcia, donde murió en 1294, habiendo sido él o uno de los redactores de la Partida III.¹²

Todavía cabría referirse, si bien es bastante posterior, al doctor Infante, que lo era por Salamanca, el cual entre 1474 y 1484 compuso un formulario de gran difusión.¹³

Lo más importante de estos prácticos, o si se prefiere judicialistas,¹⁴ que a pesar de su antigüedad escribían preferentemente en castellano, es su atención a la división del proceso en tiempos, si bien no siempre coincidían en su número, fenómeno que es muy revelador y propio del derecho común.¹⁵

Conviene, con todo, no empezar desde tan lejos, sino centrar nuestro estudio lo más tarde en los siglos XVI, XVII y XVIII. En esas

que a pesar de la lengua del título está escrita en castellano, como puede verse en la edición de Pérez Martín, *El ordo iudiciarius, II. Edición de textos, cit.*, en HID, 9, 1982, pp. 354-417.

12 Véase Ureña y Bonilla, *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes, jurisconsulto del siglo XIII*, Madrid, 1924, donde a la biografía se añaden sus tres obras: *Flores de derecho, Doctrinal y Los noue tiempos delos pleytos*.

13 El formulario del doctor Infante se titulaba *Forma libellandi*, y a él se acompañaba un breve tratado *De como se parten los pleytos en diez tiempos*, véase Pérez Martín, *El ordo iudiciarius, cit.*, II., pp. 343-352.

14 Como prefería llamarlos Alcalá-Zamora, "Evolución de la doctrina procesal", en *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México, 1974, II, pp. 296-299, aunque él se refería sólo a Martínez de Zamora, Jacobo de las Leyes e Infante.

15 En España pueden verse los tiempos de Jacobo de las Leyes, de Petrus Hispanus (véase, Pérez Martín, *Ordo iudiciarius, cit.*, II), de Arias de Balboa (véase Cerda, *Las glosas de Arias de Balboa al Fuero Real de Castilla*, en AHDE, 21-22, 1951-1952, pp. 826-830, si bien la atribución ha sido negada por Pérez Martín sobre todo en "Las glosas de Arias de Balboa al Ordenamiento de Alcalá. Su edición y estudio", en *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte*, Frankfurt am Main, 1982, pp. 247-248, nota 19, y también por Vallejo, *La regulación del proceso en el Fuero Real: Desarrollo, precedentes y problemas*, en AHDE, 55, 1985, p. 640, y del Doctor Infante (véase nota 13). Fuera de España podrían citarse, por ejemplo, a Juan de Bologna, *Summa notariae*, 1281, y sus frases recogidas por Chioyenda (en "Sulla influenza delle idee romane nella formazione dei processi civili moderni", en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano*, Bologna, II, Pavia, 1935, p. 437) o a Arnulfo y su *Summa* con diez tiempos (citada por Salvioi, "Storia della procedura civile e criminale", en *Storia del Diritto Italiano*, dirigida por Del Giudice, 2ª, Milano, 1927, III, pp. 241-242).

centurias las facultades de leyes de las universidades españolas no formaban juristas para la aplicación cotidiana del derecho. Las universidades formaban juristas expertos en derecho romano, pero el derecho patrio, que era el que debían aplicar los tribunales en primer lugar,¹⁶ no se estudiaba en ellas, debiendo aprenderse después, una vez obtenido el título de bachiller o licenciado, mediante la fasantía en los estudios de abogados (así, en la Ley 2ª de Toro).

Junto al derecho oficial de las universidades, que era el romano, y en el que centraban su atención los grandes juristas teóricos, existía otra corriente que atendía a las leyes patrias, corriente a la que cabe calificar de práctica en cuanto atendía al derecho cotidiano que servía para resolver los casos concretos que se planteaban ante los tribunales. Una parte de esa práctica, la que se autodenominaba forense, pretendía explicar cómo se realizaban los procesos ante los órganos judiciales y cuál era la manera de actuar de éstos.¹⁷

En 1573, Gonzalo Suárez de Paz, catedrático de la Universidad de Salamanca, iniciaba su libro *Praxis ecclesiasticae et secularis cum actionum formulis et actis processum*, diciendo que,

después de ocho años de explicar la teoría de los derechos, esto es, del civil y del canónico, se me ocurrió que sería también de utilidad la práctica, el estilo y el modo común de proceder. Habida cuenta de que *parum prodesse habere theoreticam absque praxi*, decidí —decía— enseñar también la práctica, fijándome en el modo y estilo del foro, y en el pasado año de 1572, con gran aplauso de los asistentes, impartí esas enseñanzas; y

16 Véase, *infra*, “La evolución legislativa”.

17 Naturalmente no entramos aquí en la tendencia práctica de los autores del *mos italicus* de los siglos XVI y XVII. En ellos se encuentra el abandono paulatino a la práctica de la vida diaria y de ahí que el método no consista ya en la glosa o el comentario, sino en las *decisiones* y *questiones*. En nuestro ámbito podríamos distinguir tres clases de juristas: *teóricos*, anclados en el derecho romano y preferentemente universitarios, *prácticos*, o estudiosos de las leyes patrias, y *prácticos forenses*, con las características que diremos después en el texto. Entre los primeros cabría citar a Antonio de Burgos, Gregorio López de Madera, Antonio Pérez, Francisco Ramos del Manzo o José Fernández de Retes, y sobre ellos véase, Gibert, R., *Ciencia jurídica española*, Granada, 1971, 1975 y 1983. Los segundos son muchos más conocidos en la actualidad: Covarrubias, Gregorio López, Palacios Rubios, Antonio Gómez, Alfonso de Villadiego, Cristóbal de Paz, Pedro Núñez de Avendaño, Vázquez de Menchaca, etcétera. A los terceros nos referiremos en el texto.

viendo el beneficio que produjo a los jueces, abogados y principiantes, y los beneficios que reportará en el futuro, he decidido dar estas páginas a la imprenta.¹⁸

El caso de Suárez de Paz fue excepcional, pues los catedráticos no se “rebajaban” a explicar la práctica, es decir, las leyes patrias, y mucho menos la forense. Ante esa situación era lógico que los títulos universitarios fueran meramente académicos, no habilitando para el ejercicio de la abogacía.¹⁹ En este contexto adquiere sentido un conjunto de obras publicadas a lo largo de los tres siglos, de las que destacamos aquí las que nos parecen de más interés:

Monterroso, *Practica civil y criminal, y Instruction de Scruianos*, Valladolid, 1563.

Suárez de Paz, *Praxis ecclesiasticae et secularis cum actionum formulis et actis processum Hispano sermone compositis*, Salamanca, 1583.

González de Torneo, *Practica de escrivanos que contiene lo judicial y orden de examinar testigos en causas civiles, y hidalguías, y causas criminales*, Alcalá de Henares, 1587 (la edición es de Madrid, 1579, y su título *Orden de examinar testigos*).

Hevia Bolaños, *Curia Philípica*, Lima, 1603.

Villadiego, *Instrucción política y practica judicial conforme al estilo de los Consejos, Audiencias y Tribunales de Corte y otros ordinarios del Reino*, Madrid, 1612.

Fernández de Ayala, *Practica y formulario de la Chancilleria de Valladolid*, Valladolid, 1667.

¹⁸ La *Praxis* de Suárez de Paz se publicó por primera vez en 1583 y se multiplicaron después las ediciones, recomendándose incluso en los planes de estudios de principios del siglo XIX. En total se hicieron doce ediciones, la última de 1790.

¹⁹ Para ejercer como abogado era necesario un examen, regulado en las Ordenanzas de Abogados de los Reyes Católicos de 1495, a realizar antes las Audiencias, Chancillerías y Consejo de Castilla, que se mantuvo en vigor hasta 1843: véase, Peset, M., *La formación de los juristas y su acceso al foro en el tránsito de los siglos XVIII y XIX*, en RGLJ, 230, 1971, pp. 616 y ss., y *Universidad y enseñanza del derecho durante las regencias de Isabel II (1833-1843)*, en AHDE, 39, 1969, p. 535.

Colom, *Instrucción de escribanos, en orden a lo judicial, utilísima también a los procuradores y litigantes*, Alcalá, 1736.

Manuel Silvestre Martínez, *Librería de jueces, utilísima, y universal... para abogados, alcaldes mayores y ordinarios, corregidores e... e intendentes*, Madrid, 1763-1768 (4 vols.).

Elizondo, *Práctica universal forense de los tribunales de esta Corte, Reales Chancillerías de Valladolid y Granada y Audiencia de Sevilla*, Madrid, 1764. En la última edición, la 8ª de Madrid, 1796, se titulaba: *Práctica universal forense de los Tribunales de España y de las Indias*.

Herbella de Puga, *Derecho práctico y estilos de la Real Audiencia de Galicia*, Santiago, 1768.

Alcaraz y Castro, *Breve introducción del método y práctica de los cuatro juicios, civil ordinario, sumario de partición, ejecutivo y general de concurso de acreedores*, Madrid, 1770.

Febrero, *Librería de escribanos, é instrucción jurídica teórico-práctica de principiantes*, parte segunda (la primera se refería a testamentarias y contratos), Madrid, 1786 (el que importa es el tomo tercero).

Conde de la Cañada, *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios en todos sus trámites, según empiezan, continúan, y acaban en los tribunales reales*, Madrid, 1793.

Con evidentes matices todos estos autores y obras tienen características comunes,²⁰ las cuales pueden resumirse así:

1. Los destinatarios de los libros de práctica forense no son los estudiantes universitarios, sino los jueces, escribanos y abogados. Ello es consecuencia de lo que hemos dicho sobre la enseñanza universitaria y de la necesidad de quienes habrían de actuar judicialmente suplieran las deficiencias de aquella enseñanza; este destino de los libros se descubre incluso en los títulos y así véanse los de Colom, Martínez y Febrero.

²⁰ Véase, Alcalá-Zamora, "Evolución de la doctrina procesal", en *Estudios de teoría general*, cit., II, pp. 299-300. También Tomás y Valiente, "El pensamiento jurídico", en *Enciclopedia de Historia de España*, ed. y dir. por M. Artola, 1988, p. 361.

2. Los autores no son profesores universitarios, sino “prácticos”, personas con experiencia judicial que pretenden transmitir conocimientos, no adquiridos científicamente, sino a través de su vida profesional. Los ejemplos pueden ser también aquí muy significativos: Hevia Bolaños fue al parecer procurador en la Audiencia de Lima;²¹ Villadiego, abogado; Elizondo, fiscal en Granada; Alcaraz y Castro, juez en Cartagena; Febrero, escribano; el conde de la Cañada, gobernador del Consejo y Cámara de Castilla, etcétera.

3. Dada la formación no científica sino práctica de los autores, en sus obras no aspiran a hacer ciencia sino a enseñar un modo de proceder, un estilo de la curia, una “práctica”; también esta orientación se pone de manifiesto en los títulos de las obras, en los que llega a hablarse de curias determinadas, y así veáanse las de Villadiego, Fernández de Ayala, Elizondo, Herbella de Puga, entre otros.

4. Atendida la calidad de los autores y el público al que se dirigen, las obras se escriben en castellano, no en la universal lengua de la ciencia de la época, esto es, el latín. Sólo algunos de los más antiguos lo hacen en latín, como Suárez de Paz, pero sus formularios están en castellano. La mayoría escribe en la lengua que conocen sus lectores no científicos, en la lengua en que van a actuar judicialmente. Por otra parte, mientras un Diego de Covarrubias, por ejemplo, aspira a ser leído en toda Europa, y de hecho sus *Opera omnia* se publican en Ginebra, los prácticos forenses no aspiran a ser leídos más que en España y en América, donde existen tribunales de los que ellos están describiendo su estilo o modo de proceder.

5. La recepción del derecho común produjo, en buena medida, la unificación jurídica de Europa, y los libros jurídicos eran patrimonio común. Posiblemente con los prácticos forenses se inicia la ruptura; aún inmersos en el proceso común y citando leyes romanas y glosadores hasta el absurdo, estos prácticos se sentían, no diré nacionalistas, pero sí reducidos a un ámbito geográfico determinado. Para un jurista alemán los prácticos forenses españoles no tenían interés (y viceversa).

21 Véase, Lohmann, E., *En torno a Juan de Hevia Bolaños*, en AHDE, 31, 1961, pp. 121-161.

6. Los autores de práctica forense no estaban haciendo ciencia; limitan sus enseñanzas a los trámites procedimentales, a la forma de realizar los escritos, a los plazos. En Suárez de Paz la diferencia entre teoría y práctica aparece expuesta de modo expreso; él es un profesor de teoría de los derechos que en una ocasión ha “descendido”, a enseñar práctica. El lector curioso que conozca el *Directorium inquisitorum* de Nicolás Eimeric²² recordará en su parte tercera un buen ejemplo de lo que era la práctica forense, aunque fuera referida a la Inquisición. La expresión “derecho ritual” sirve muy bien para caracterizar a aquélla.

7. Ante el maremagnum legislativo producido entre los siglos XIII al XVIII, su falta de unidad y sistema y la dificultad para saber en un momento dado lo que estaba vigente o en desuso, los prácticos forenses, atendiendo desde luego a la ley, encontraban sus fuentes principales en el estido de la curia y en la opinión de otros prácticos, atendiendo al argumento de autoridad, y de ahí que en sus obras se realice un gran alarde bibliográfico (muchas veces de segunda mano). Esta circunstancia va desapareciendo a finales del siglo XVIII, cuando se aligera literariamente el estilo y se tiende a una exposición más fluida.

2. DERECHO PATRIO VERSUS DERECHO ROMANO EN EL SIGLO XVIII

El 4 de diciembre de 1713, el Consejo de Castilla ordenó a todos los tribunales que observaran las leyes patrias con la mayor exactitud, por cuanto

creen que en los Tribunales Reales se deve dar mas estimación a las Civiles i Canonicas, que a las Leyes, Ordenanzas, Pragmaticas, Estatutos, i Fueros

²² Este manual de inquisidores de Eimeric se escribió hacia 1376, pero se imprimió por primera vez en 1503, reeditándose luego muchas veces, especialmente con las adiciones de Francisco Peña. Últimamente ha aparecido una edición en francés, París, 1973, y otra en español, *El manual de los inquisidores*, Barcelona, 1983.

de estos Reinos, siendo assi que las Civiles no son en España leyes, ni deven llamarse assi, sino sentencias de Sabios, que solo pueden seguirse en defecto de lei, i en cuanto ayudan por el Derecho Natural, i confirman el Real, que propiamente es el Derecho Comun, i no el de los Ramos, cuyas leyes, ni las demas estrañas no deven ser usadas, ni guardadas.²³

Esta orden nos revela una situación práctica y el intento de acabar con ella.

Esa situación práctica era que, a pesar de la jerarquía normativa,²⁴ las leyes civiles, esto es, las romanas, seguían aplicándose y lo siguieron a lo largo del siglo. No vamos a citar para comprobarlo autores de la época, sino que vamos a atender a un escrito forense; así muy significativa la alegación jurídica de 1740 relativa a un proceso penal por contrabando²⁵ en la que, aparte de citas literarias y de autores, se alude cinco veces a la Nueva Recopilación, tres a las Partidas, diez al Código de Justiniano y 28 al Digesto.

Las leyes reales, a pesar del respeto que por ellas se muestra, no son más que unos tópicos o fuentes más para arguir en defensa de sus clientes. Todo lo [de]más aparece como islotes que hay que tener en cuenta en la argumentación total romanista, entre las divesas opiniones y los intereses en juego.²⁶

Ante esa situación el camino lógico para hacer cambiar la práctica era el de las universidades y hacia él se dirigió el poder real, intentando que en ellas se introdujera el estudio del derecho patrio frente al monopolio del derecho romano. Al principio, el intento fue modesto y en la carta acordada de 29 de septiembre de 1713 se limitaba a instar a las universidades para que examinaran en Claustro, e informaran al

23 Auto 2, 1, 1 de Acordados.

24 Véase, *infra*, sobre la jerarquía de fuentes “La evolución legislativa”, pero recuérdese ahora que la Ley 1ª de Toro estaba vigente en el siglo XVIII.

25 Hemos elegido esta alegación por dos razones. Una de facilidad, por cuanto ha sido estudiada por Peset, M., *Derecho romano y derecho real en las universidades del siglo XVIII*, en AHDE, 45, 1975, pp. 297-298, y otra de excepción, porque al ser penal significa que era lo más alejado del derecho romano, con lo que se evita incurrir en excesos deformadores.

26 Peset, *Dereno romano y derecho real*, cit., p. 298.

Consejo de Castilla, el modo y forma cómo podía establecerse en ellas la “enseñanza de el derecho de España”.²⁷ Las universidades respondieron defendiendo el derecho romano y, en el fondo, defendiendo sus privilegios, por lo que el intento político fracasó, lo que no impidió la aparición de algunas obras en las que el derecho patrio se concordaba con el romano, que era la base.²⁸

El segundo asalto fue más importante, aunque todavía se limitaba a las concordancias del derecho patrio con el romano. Por auto acordado de 29 de mayo de 1741 el Consejo de Castilla, partiendo de que por el derecho patrio “i no por el de los Romanos deven sustanciarse, i juzgarse los pleitos”, ordena ya que “los Cathedraticos, i profesores de ambos Derechos tengan cuidado de leer con el derecho de los Romanos las leyes del Reino, correspondientes a la materia que explicaren”.²⁹

A partir de aquí puede registrarse todo un ataque cerrado contra el derecho romano en las universidades, expresión doctrinal que se manifestó en la *Representación* de Medina y Flores,³⁰ en el *Tratado* de Mora y Jaraba,³¹ en los *Diálogos* de Lanz de Casafonda³² y en las

²⁷ *Ibid.*, p. 305.

²⁸ Cabe así referirse a Martínez Galindo, T., *Phoenis Jurisprudentiae hispanicae*, Sevilla, 1715, y De Torres Velasco, D., *Institutiones hispanae, Practico-Theorico commentatae*, Madrid, 1735.

²⁹ Auto 2, 1, 3 de Acordados, que dio lugar a otra serie de libros: Berni Catalá, J., *Instituta civil y real*, Valencia, 1745; Maymo Riber, J., *Romani, et Hispani Juris Institutiones ad usum Scholae et fori*, Madrid, 1773; Sala, J., *Vinnius castigatus atque usum Tironum hispanorum accomodatus*, Valencia, 1779-1780, *Institutiones romano-hispanae ad usum Tironum hispanorum ordinatae*, Valencia, 1788-1789, y *Digestum romano hispanum ad usum Tironum*, Valencia, 1794.

³⁰ Medina y Flores, M., *Representación*, escrita en 1744 y publicada por Canella Secades, F., *El derecho español en 1744*, en RGLJ, 52, 1878, pp. 353-367 y 481-491. Medina utilizaba el sarcasmo, burlándose de los universitarios y de su ignorancia del derecho patrio: “al oír que acusan rebeldías, conceptúa que será algún hereje a quien forman proceso por contumacia... los recursos de mil y quinientas, juzgan que tienen ese nombre porque duran hasta la vida perdurable, y los de fuerza aprende que dimanarán de alguna violencia torpe contra el sexo frágil” (pp. 362-363).

³¹ De Mora y Jaraba, P., *Tratado crítico. Los errores del derecho civil y abusos de los jurisperitos*, Madrid, 1748; ya en la dedicatoria decía: “Las Leyes de Justiniano trageron a Europa la peste de tantos pleytos, hallandose antes libre de este contagio”, si bien luego en el prólogo, y puesto a elegir entre los profesores de derecho civil y los abogados prácticos, manifestaba que “si en unos reconozco los errores del Derecho Romano, y la ignorancia de las

cartas de Jovellanos,³³ por citar en último lugar al más conocido, el cual decía que “las leyes romanas en ningún sentido le pueden hacer falta” (al estudiante).³⁴

Naturalmente no faltaron defensores, aparte de las propias universidades cuyos claustros se mostraron siempre reacios, incluso entre los propios abogados, y así José Nebot y Sanz, un abogado valenciano, escribía a Gregorio Mayans sobre el Auto de 1741:

Ya sabrá Vd. la novedad de que el Consejo [de Castilla] ha mandado que en todas las Universidades en las materias y explicación de Instituta se expliquen las Leyes Patrias, en qué concuerdan y en qué corrigen o se apartan del Derecho Común... El amor que tengo a las Leyes Romanas me hace sentir que se vayan introduciendo en las Universidades las Leyes Patrias.³⁵

A lo que el gran ilustrado español contestó desde su retiro en Oliva:

No considero otro inconveniente sino que los Cathedraicos que lo han de practicar, casi todos ignoran las leyes de Castilla, e no tienen libros ni

partes más Ilustres de esta Ciencia, en los otros noto summa confussion, abusos intolerables, y un defecto de los principales elementos de Jurisprudencia”, para acabar diciendo: “Qué importa que las Leyes Reales se recopilen y ordenen, si al mal inevitable nos viene del Derecho Común, pozo inagotable de pleytos, opiniones y confusión” (p. 243).

³² Lanz de Casafonda, M., *Diálogos de Chindulza*, escritos sobre 1761 y publicados por Aguilar Piñal, F., Oviedo, 1972. Se trata de un abogado que lanza un ataque a fondo contra los que, salidos de los colegios mayores universitarios (la “casta colegial”) ocupaban los cargos de la judicatura.

³³ De Jovellanos, G. M., “Sobre el método de estudiar el derecho”, en *Obras publicadas e inéditas de Don Gaspar Melchor de Jovellanos*, Madrid, 1952, t. II, pp. 145-148.

³⁴ También en las universidades americanas la situación era la misma; Francisco Gutiérrez de Escobar autor de una *Instrucción forense y orden de sustanciar y seguir los juicios correspondientes, según el estilo de esta Real Audiencia de La Plata*, denominada también *Prontuario de los juicios: su orden, sustanciacion e incidencias*, aunque se conoció más comúnmente como *Cuadernillo de Gutiérrez*, escrito al parecer en 1782 e impreso en 1818 y luego otras muchas veces, decía que en los ambientes universitarios el conocimiento del “modo de sustanciar los juicios” era imperfecto; véase, Reimundin, *Apuntamientos para una introducción al estudio de la literatura procesal argentina*, En *Revista de Derecho Procesal*, Argentina, 1952, núm. 4, pp. 135-166.

³⁵ Mayans y Siscar, G., *Epistolario. IV. Mayans y Nebot*, Valencia, 1975, p. 581.

manuscritos, ni arte que los guíe. De aquí, pues, resultará una nueva Jurisprudencia que se podrá llamar *Juris Imprudencia*”.³⁶

El inicio del fin del prodominio del derecho romano en las universidades, y con él de su influencia en la práctica, se encuentra en los nuevos planes de estudios que en la década de 1770 dará Carlos III a las universidades. En esos planes lo fundamental respecto de las facultades de leyes es que el derecho patrio hace su aparición, de momento sin sustituir al romano, pero sí poniendo en marcha el mecanismo que llevará a su sustitución.³⁷

En el mismo año en que se reforma el plan de estudios de la Facultad de Leyes de Salamanca, en 1771, aparece el primer manual universitario de derecho español en sentido estricto. El libro de Asso y de Manuel (*Instituciones de Castilla*) es un verdadero manual en el que, con el sistema de la *Instituta* (personas, cosas y acciones), se estudia el derecho patrio (con añadidos de aragonés). Si se tiene en cuenta la importancia que un manual tiene para la difusión de una escuela o de una concepción, se advertirá la de éste,³⁸ que además no vino solo, pues en 1803 aparece el de Juan Sala.³⁹ El nuevo camino estaba abierto.

Los planes de estudios que se van dando a las universidades bajo Carlos III van suponiendo la entrada del derecho patrio en las mismas, especialmente la Nueva Recopilación y las Leyes de Toro, de modo que se va intentando que las facultades de leyes suplan a la pasantía. La entrada de la práctica forense se producirá con las órdenes de 1802 del marqués de Caballero. La del 19 de agosto partía de la existencia de cuatro años de derecho romano para obtener el grado de bachiller, y añadía otros dos para estudiar las leyes del Reino, aparte de dos años más de pasantía en el bufete de un abogado.

³⁶ *Ibid.*, p. 584.

³⁷ Sobre el nuevo plan de estudios dictado para la Universidad de Salamanca por el Consejo de Castilla en 1771, véase, Peset, M. y J. L., *El reformismo de Carlos III y la Universidad de Salamanca*, Salamanca, 1969.

³⁸ Jordán de Asso y del Río, I., y de Manuel Rodríguez, M., *Instituciones de Derecho civil de Castilla*, Madrid, 1771; en 1792 se publicó la 5ª edición, lo que da idea del éxito alcanzado. Sobre el primero, véase, Mora, C., *Vida y obra de Don Ignacio de Asso*, Zaragoza, 1972.

³⁹ Sala, J., *Ilustración del derecho real de España*, Valencia, 1803.

La orden de 5 de octubre de 1802 pretendía que los estudios para ejercer la abogacía alcanzaran realmente los diez años; partiendo siempre de los cuatro años de bachiller, dedicados el derecho romano, debían cursarse cuatro años más, de los cuales dos se centrarían en las “Instituciones de Castilla que escribieron don Ignacio Jordán de Asso y Don Miguel de Manuel y Rodríguez” y en “la Recopilación de modo que en los dos años se pasen los nueve libros deteniéndose algún tanto en las Leyes de Toro”, y los otros dos atenderían a “las Leyes de Toro con más extensión” y al mismo tiempo la *Curia Filípica* para instruirse en el orden de enjuiciar. Todavía quedaban después dos años en la pasantía.⁴⁰

3. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Nuestro punto de arranque van a ser las Partidas.⁴¹ Antes de ellas sólo cabe hablar de “localismo jurídico”⁴² y de “dispersión normativa”,⁴³ hasta el extremo de que el viejo don Galo Sánchez decía que Castilla vivió sin leyes hasta el siglo XIII, lo que debe entenderse en el sentido de que los reyes no legislaron.⁴⁴ La obra legislativa de Alfonso X se hizo en un contexto determinado y a él hubo de responder, lo que significa básicamente que la misma había de atender a la recepción del *ius commune*.⁴⁵ Esto es algo elemental pero conviene tenerlo muy presente.

⁴⁰ Peset, M., *La recepción de las órdenes del marqués de Caballero de 1802 en la Universidad de Valencia*, Saitabi, 1969, t. XIX, pp. 119-48.

⁴¹ Para la situación procesal anterior puede verse, López Ortiz, J., *El proceso en los reinos cristianos de nuestra reconquista antes de la recepción romano-canónica*, en AHDE, 14, 1942-1943, pp. 184-226. Sobre el inicio de la recepción ya nos hemos referido a Vallejo, *La regulación del proceso en el Fuero Real*, en la nota 15 de este capítulo.

⁴² Tomás y Valiente, F., *Manual de historia del derecho español*, Madrid, 1981, p. 140.

⁴³ Lalinde, J., *Iniciación histórica al derecho español*, Barcelona, 1978, pp. 82 y ss.

⁴⁴ Galo Sánchez, *Para la historia de la redacción del antiguo derecho territorial castellano*, en AHDE, 6, 1929, pp. 260 y ss.

⁴⁵ Martínez Diez, G., “Los comienzos de la recepción del derecho romano en España y el fuero real”, en *Diritto comune e Diritti locali nella storia dell'Europa*, Milano, 1980, pp. 251-262, con la bibliografía del caso.

Para resaltarlo citaremos dos declaraciones generales y un ejemplo de curiosidad. Diego de Covarrubias y Leyva (1512-1277), posiblemente el jurista más importante del siglo XVI, decía:

Ego tamen ejus opinionis sum, ut regias constitutiones, quan Septempartium opus complectiur, quoties earum verba patiantur, existimen ad Jus Pontificium Caesareumque reducendas fore, ut nihil utriusque Juris sanctionibus adversum in eis staatui existimemus; quandoquidem earum legum conditoris potissimus fuerit scopus, in quem tantum opus ad Hispaniae Reipublicae utilitatem direxit, ex utriusque Juris statutis, constitutiones praedictas Hispano semone deducere.⁴⁶

En la misma línea de pensamiento de Vicente y Caravantes, ya en el siglo XIX, se refería a que se notaba en las Partidas:

sobrado apego a las disposiciones del Código y del Digesto conteniendo disposiciones poco conformes con la equidad y la justicia y copiando mil sutilezas e ideas metafísicas difícil de reducir a la práctica, e impropias para esclarecer la justicia de las partes.⁴⁷

El ejemplo curioso de traducción de textos romanos en las Partidas se refiere a la Partida III, VI, 16 en relación con D. 50, 13, 1, 10 y 12 (*Ul. lib. VIII de omnibus Tribunalibus*). En éste se dice:

In honorariis advocatorum ita versari iudex debet, ut pro modo litis, poruqe advocati facundia et fori consuetudine et iudicii, in quo erat acturus, aestimationem adhibeat, dommodo licitu honorarium quantitas non egrediatur [y la cantidad lícita son precisamente cien áureos]; licita autem quantitas intelligitur pro singulis causis usque ad centum “aureos”.

Pues bien, traduciendo el precepto romano, dice la legislación castellana:

⁴⁶ Covarrubias, Diego de, *Opera omnia*, Ginebra, 1723, t. II, folio 88, en *Variarum resolutionum*, I, XIV, 1.

⁴⁷ Vicente y Caravantes, J. de, *Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid, 1856, I, p. 81.

Porende mandamos, que el Abogado tome salario de la parte segund el pleyto fuere, grande o pequeño, e le conuiere segund su sabiduria o el trabajo que y lleuare; de manera que el maquanto quier que sea grande la demanda.

Naturalmente es imposible saber si cien aureos y cien maravedíes tenían algo que ver en equivalencia monetaria.⁴⁸

Las Partidas, pues, fueron un texto romanizado y lo fueron hasta el extremo de que Alfonso X, visto el fracaso del Fuero Real,⁴⁹ no se atrevió a promulgarlas como ley, sin perjuicio de que alcanzaran una gran difusión entre los juristas. No es preciso referirse aquí a su promulgación como derecho supletorio en el Ordenamiento de Alcalá de 1348,⁵⁰ ni al mantenimiento de esta condición en la Ley 1ª de Toro del año 1505; lo que sí importa resaltar es que la jerarquía normativa se alteró de hecho en la práctica.

Si formalmente las Partidas eran sólo derecho supletorio, y a partir de 1348, aplicándose a falta de las otras fuentes (los ordenamientos y pragmáticas y los fueros en cuanto no contradijeran el derecho real), de hecho su influencia fue tal que pasaron a ser la primera fuente. Ello se manifiesta, entre otros indicios, en que la legislación posterior, bien de las Cortes (ordenamientos) bien del rey (pragmáticas), se refieren, aunque no se diga de modo expreso, a llenar lagunas de las Partidas. La finalidad de muchas normas posteriores al siglo XIII no eran tanto producto de creer que debían aplicarse en primer lugar, sino atender a lo que decía el derecho supletorio, modificándolo o completándolo, de modo que la primera fuente conforme al Ordenamiento de Alcalá y a la Ley 1ª de Toro se usaban en relación a la fuente tercera.

Por este camino los tribunales procedían a aplicar, no ya sólo las Partidas, sino todo el *ius commune*. Así se demuestra, por un lado, con la ley de citas de las Cortes de Briviesca de 1387,⁵¹ con la pragmática

48 Con todo véase, Gil Farnes, O., *Historia de la moneda española*, Madrid, 1959.

49 Véase, por ejemplo, Ballesteros Beretta, A., *Alfonso X el Sabio*, Barcelona, 1963.

50 Puede verse en *Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla*, I, Madrid, 1861, pp. 492-626, y sobre él, Pérez Martín, A., "El Ordenamiento de Alcalá (1348) y las glosas de Vicente Arias de Balboa", en *Ius Commune*, 11, 194, pp. 55-215.

51 En *Cortes*, II, *cit.*, pp. 375-376.

de Juan II de 1427⁵² e incluso con la interpretación dada a la Ley 1ª de Toro, dado que Antonio Gómez en su comentario de 1555 sostenía que a falta de la fuente directa se debía juzgar *per jus commune Romanorum Consultorum, et Imperatorum, quod legitur, et disseritur in Scholis, et Studiis generalibus, secundum communem opinionem que reperitur in casu de quo dubitatur*.⁵³

Así las cosas es obvio que el estudio del proceso civil, aun colocándonos en los inicios del siglo XIX, ha de comprender lo dispuesto en las Partidas, y por ello en el capítulo siguiente atenderemos, primero, a la descripción del proceso en las Partidas, y luego, a la misma descripción según la Novísima Recopilación. Eso significa un salto de cinco siglos que, aparentemente, puede parecer exagerado pero que después comprobaremos que no lo es tanto. En esos cinco siglos se dictó un número grande pero indeterminado de normas procesales,⁵⁴ las cuales se fueron acumulando sin orden ni concierto⁵⁵ y sin cláusula derogatoria. Atendido el fin que perseguimos no creemos necesario incidir de modo individualizado en la consideración de esas normas,⁵⁶ y ni siquiera será preciso centrar nuestra atención en la Nueva Recopilación de 1567 (salvo para el proceso de ejecución), pues en el Libro XI de la Novísima se recogió todo el Libro IV de la Nueva, salvo algunas pocas y poco importantes normas relativas a aranceles de escribanos, carceleros y alguaciles.⁵⁷

52 Pérez de la Canal, M. A., *La pragmática de Juan II, de 8 de febrero de 1427*, en AHDE 26, 1956, pp. 659-668.

53 Antonio Gómez, *Ad leges Tauri Commentarium absolutissimum*, manejo la edición de Madrid, 1780, folio 4. En el mismo sentido Palacios Rubios, J. L., “Glossemata legum Tauri”, en *Opera omnia*, Amberes, 1616, folio 514.

54 En la Nueva y en la Novísima recopilaciones se recogieron 6 695 disposiciones (el dato proviene de Pérez Martón, A., *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen* (con Scloz), Valencia, 1978, p. 13, con referencia a Danvila, M., *El poder civil en España*, Madrid, 1885-1886, I a VI), sin poderse precisar cuántas de ellas eran procesales.

55 Lalinde, J., “La acumulación de normas en el derecho histórico español”, en *Anales de la Universidad de La Laguna*, 4, 1966-1967, pp. 3-19.

56 Algunas de ellas de gran importancia, como el Ordenamiento de Alcalá de 1348, cuyos quince primeros títulos son judiciales, las leyes de 1499 sobre la abreviación de los pleitos, o las Ordenanzas de Madrid, y Alcalá de 1502 y 1503, respectivamente.

57 En el tomo XI de *Los Códigos españoles concordados y anotados*, Madrid, 1850, de Rivadereyra, se publicaron las leyes de la Nueva que no habían sido comprendidas en la Novísima, y sobre este tomo hacemos la afirmación del texto.

A principios del siglo XIX, exactamente el 15 de julio de 1805, se promulga la Novísima Recopilación de las Leyes de España, en la real cédula se dice:

Por este nuevo cuerpo de leyes y el de las Partidas se hará y formalizará en todas las Universidades de estos mis Reynos el estudio del Derecho Patrio, que tengo mandado se enseñe por mis Reales órdenes de 29 de agosto y 5 de Octubre de 1802.

La descripción del proceso civil tendrá que ir combinando la Partida III y el Libro XI de la Novísima.