

K Q 525
-E8
V 5
U. 1

TRATADO

HISTÓRICO, CRÍTICO, HISTÓRICO

PROCEDIMIENTOS JUDICIALES EN MATERIA CIVIL

LEY DE ENJUICIAMIENTO

Esta obra es propiedad de los editores, quienes perseguirán ante la ley al que la reimprima furtivamente. Todos los ejemplares irán rubricados y con una contraseña.

TOMO PRIMERO

MADRID

IMPRESA DE CASPAR Y ROSE, EDITORES

Calle del Príncipe, núm. 4

1861

1861

PROLOGO.

CUANDO dimos á luz la nueva reforma de Febrero, prometimos que, apenas se sancionase la ley de procedimientos judiciales, la publicaríamos, explicada y comparada, en sus principales puntos, con la legislación antigua, para que sirviese de complemento á aquella obra. Desde entonces no hemos dejado de estar á la mira de cuantas reformas y proyectos de ley se han anunciado sobre esta materia. Sancionada, por último, la nueva *Ley de Enjuiciamiento civil*, nos hallamos en el caso de realizar nuestro propósito. Pero al llevarlo á efecto, estamos lejos de limitarnos á escribir una mera reforma de la materia contenida en el Febrero, sobre el procedimiento civil que ha quedado derogada por la ley referida. Las nuevas y trascendentales bases establecidas en la misma, nos han puesto en el caso de escribir un tratado completo sobre procedimientos judiciales, en el que, si bien no vaciláremos en adoptar la gran copia de erudición y de doctrina que se contiene en la obra de Febrero, así como en las de Elizondo, Hevia Bolaños, Martínez, Gutierrez, conde de la Cañada y demás autores prácticos notables de la última centuria, examinaremos principalmente la tendencia y el objeto de la nueva tramitación, con arreglo á las doctrinas sancionadas por los progresos hechos en la ciencia, y explicadas y difundidas por escritores de gran nota que han florecido en el presente siglo, especialmente en Francia; Inglaterra, Italia y Alemania. De esta suerte, partiendo de lo conocido á lo desconocido, é investigando el espíritu y la razón de las diversas disposiciones, con el auxilio de la historia y á la luz de la moderna filosofía, nos será fácil trazar el origen de los diversos procedimientos, apreciar debidamente las innovaciones introducidas por la nueva ley, investigar las razones principales en que se fundan, examinar las dificultades y cuestiones que ofrecía la legislación antigua, las que se hallan resueltas por la moderna, y las que han quedado todavía sin resolver en nuestro concepto, y en una palabra, facilitar el estudio árido y seco de la práctica, haciendo que se fije profundamente en el entendimiento.

«Exponer el fundamento y la razón de las leyes, dice Bentham, es ofrecer un descanso apacible en un terreno árido y fatigoso, porque es agradable hallar á cada paso la solución de algun enigma, entrar en la intimidad del consejo de los sabios, participar de los secretos del legislador, y encontrarnos al estudiar el libro de las leyes, con un manual de moral

y de filosofía; es ofrecer una fuente fecunda de interés que se hace brotar del fondo de un estudio, cuyo desabrimiento aleja de él á cuantos por su profesion no se hallan en la necesidad de hacerlo.» Y en efecto, la imponente austeridad de las formas del procedimiento no prohíbe que se expliquen, que se investiguen sus fundamentos, para hacerlos mas inteligibles, y que se levante el velo misterioso bajo el cual cree descubrir siempre la prevencion lazos tendidos á la buena fe. Y por lo mismo que la letra de la ley debe ser corta y precisa, porque es la expresion desnuda de un mandato, la inteligencia del que la lee aspira para ejecutarla mejor, á ponerse en contacto con la inteligencia del que la ha escrito. ¿Y quién duda que la letra de la ley se grava mas profundamente en la memoria cuando sirve de buril el racionio? Asi lo entendió tambien nuestro profundo jurisconsulto el señor conde de la Cañada en su célebre obra, los *Juicios civiles*, en que investiga los fundamentos y la filosofía de los procedimientos judiciales; obra que bajo este punto de vista, tomamos por modelo.

No es menos importante investigar el origen y filiacion de las disposiciones legales, para su mas fácil inteligencia; y aun pudiera decirse que es indispensable respecto de legislaciones que, como la nuestra, se han formado en el intervalo de muchos siglos y de tan diversos elementos, el elemento romano, el elemento germánico, depurados por el cristianismo, el elemento foral, el derecho canónico, y que han experimentado la influencia de tan distintos usos y costumbres, y de sistemas políticos diferentes, á los cuales ha venido á prestar un hábil eclecticismo las ideas que le han parecido aplicables al estado actual de la sociedad. ¡Cuántas cuestiones no hay sobre las cuales no puede derramar la doctrina mas que una luz incierta y engañosa, sino se halla auxiliada por el conocimiento tradicional de los tiempos y de las circunstancias que han motivado las disposiciones de que provienen, impresas en nuestros códigos por el derecho del Lacio, el gótico, el foral y el canónico! Véase pues si es conveniente investigar el origen primitivo de nuestras disposiciones legales, y seguir su desarrollo y las modificaciones progresivas que han producido en ellas el tiempo, la civilizacion y los adelantos de la ciencia. La historia de las leyes y la ciencia de su interpretacion son dos hermanas que se auxilian mutuamente, y con la doble autoridad de la razon y del ejemplo, es como preceptúa Montesquieu que deben ilustrarse las leyes por medio de la historia, y la historia por medio de las leyes.

Conformes con este precepto, ademas de los orígenes é historia de los procedimientos que exponemos en el cuerpo de la obra, al tratar de cada institucion judiciaria, hemos creído conveniente trazar en la Introduccion, una reseña histórica de la administracion de justicia en los pueblos primitivos, los Egipcios, los Hebreos, los Romanos, los Germanos, puesto que las instituciones judiciales de todos ellos han influido en las adoptadas en nuestros códigos; y hemos juzgado asimismo indispensable, exponer á continuacion, la historia de los procedimientos verdaderamente españoles, contenidos en la legislacion de los Godos que dominaron en la Peninsula;

en la legislacion de los fueros municipales, en las Partidas y demás colecciones generales legislativas, y últimamente, en los decretos, reglamentos é instrucciones y leyes publicadas hasta el día.

En cuanto á la forma de nuestro trabajo, hemos preferido la de un tratado metódico y científico á la de unos comentarios, porque, limitándose las leyes de enjuiciamiento á marcar las diligencias de la tramitacion, y estableciendo reglas generales que tienen que aplicarse en diversidad de juicios, es necesario exponer las numerosas definiciones, fijar los principios y desarrollar las doctrinas á que se refiere cada procedimiento, y asimismo, aplicar y agrupar en cada juicio, todas las disposiciones que le son características ó inherentes, al paso que sentar reglas entresacadas del espíritu de las diversas prescripciones; trabajo que no ofrece en nuestro juicio, toda la claridad y utilidad debidas, desde que es forzoso, como sucede en un comentario, seguir paso á paso el orden de los artículos de la ley, y sentar en su consecuencia sus disposiciones, antes de exponer el origen, las definiciones y las doctrinas generales que las rigen, y que les sirven de explicacion, complemento y enlace. Pero al coordinar de esta suerte los artículos de la ley, insertaremos al pie de la letra todas sus prescripciones, marcándolas con asteriscos, para que puedan distinguirse de la parte doctrinal, histórica y filosófica de este tratado. Asimismo, para que pueda encontrarse fácilmente los artículos de la ley, insertaremos al fin de esta obra una tabla comprensiva de cada uno de ellos, por su orden, y de la indicacion de la página de este tratado en que se insertan y exponen.

Tales son las reglas que hemos creído de nuestro deber seguir para que esta obra ofrezca la mayor ventaja y utilidad posibles al público en general, y especialmente á los que poseen la última reforma de Febrero, puesto que en el Tratado que publicamos se sigue el mismo método que en dicha reforma, y que se encuentran en él numerosas remisiones á las doctrinas de derecho comun comprendidas en la misma, que facilitan en extremo la inteligencia de los procedimientos judiciales.

En la legislación de los lares municipales, en las Partidas y demás
laciones generales legislativas, y últimamente en los decretos, regl
mentos e instrucciones y leyes orgánicas hasta el día.
En cuanto á la forma de nuestro trabajo, hemos pretendido la de un
tratado metódico y científico á la de unos comentarios, porque, si
bien las leyes de enjuiciamiento á marcar las diferencias de la forma
y establecido reglas generales que tienen que aplicarse en diversas
de puntos, es necesario exponer las numerosas definiciones, para los pun
tos y desarrollar las doctrinas á que se refiere cada procedimiento, y
asimismo, aplicar y explicar en cada punto, todas las disposiciones que
le son características y particulares, al caso que según reglas enuncian
das del espíritu de las diversas disposiciones, trabajo que no ofrece en
nuestro juicio, toda la claridad y utilidad debidas, desde que es forzoso
como sucede en un comentario, seguir para el orden de las leyes
unidades de la ley, y sentar en su consecuencia las disposiciones, antes
de exponer el origen, las definiciones y las doctrinas generales que las rigen,
y que las sirven de explicación, comentario y ensayo. Pero al contrario
de esta suerte los artículos de la ley, insertaremos al pie de la letra, to
das sus disposiciones, marcadas con asteriscos, para que puedan ser
distinguidos de la parte doctrinal, histórica y filosófica de la ley, in
dependientemente de cada una de ellas, para que pueda encontrarse fácilmente
en el índice de esta obra una tabla comprensiva de cada uno de ellos,
por su orden, y de la indicación de la página de este tratado en que se
insertan y exponen.
Tales son las reglas que hemos creído de nuestro deber seguir para
que esta obra ofrezca la mayor claridad y utilidad posibles al público en
general, y especialmente á los que poseen la última reforma del derecho
que en el Tratado que publicamos se sigue el mismo método que
en dicha reforma, y que se encuentran en el número de referencias á las
doctrinas de derecho común contenidas en la misma, que facilitan en
extremo la inteligencia de los procedimientos judiciales.

INTRODUCCION.

1. ANTES de entrar á exponer el enjuiciamiento civil en que se apoya la
administracion de justicia, institucion social, una de las mas bienhechoras,
escudo de la humanidad y vida y alma de las sociedades, segun la expresion
de un autor moderno, juzgamos útil y conveniente delinear el origen y fun
damento de las diversas instituciones judiciales, á la luz de la recta razon y
de la filosofia, y trazar con rapidez la historia de la administracion de justi
cia ó del enjuiciamiento civil en los pueblos que, ocupando el primer lugar
en el origen de la sociedad, han debido influir mas ó menos en las institucio
nes de los que les han seguido, y asimismo, reseñar mas especialmente las
adoptadas en las naciones, que habiendo dominado en la Península, dejaron
é imprimieron en la legislación española, huellas y vestigios que constituyen
gran parte de sus orígenes y aun del fondo esencial de sus disposiciones.

2. Con esta idea, indicamos en la presente introduccion, bajo el aspecto
filosófico, origen y fundamento, de la autoridad judicial y de los demás fun
cionarios que intervienen en la administracion de justicia, tales como los ár
bitros y avenidores, los jueces con autoridad pública, los asesores, abogados,
relatores, notarios y procuradores; de las distintas partes que constituyen el
enjuiciamiento, la demanda, contestacion, excepciones, pruebas y sentencias;
de la diversidad de instancias y recursos, apelacion, revision, súplica, re
curso de nulidad, de injusticia notoria, de casacion, y de cuantos actos cons
tituyen la jurisdiccion contenciosa, y por último, exponemos el origen y
fundamento de la jurisdiccion voluntaria. En seguida, pasamos á reseñar, bajo
el aspecto histórico, las instituciones judiciales entre los Egipcios, de que se
conserva memoria; las instituciones y formas de enjuiciamiento civil estable
cidas entre los Hebreos; las practicadas entre los Griegos; las adoptadas
entre los Romanos, ya en su propia metrópoli, ya en España, durante el
largo periodo que la dominaron; y las conocidas entre los Germanos, ya cuando
ocupaban los bosques nativos, ya despues que, con el nombre de Visigodos,
invadieron la Península; época en que principia la historia del derecho pro
pia y esencialmente español. Asimismo, exponemos el procedimiento civil é
instituciones adoptadas ó introducidas durante el periodo de las justicias se
ñoriales, en los fueros municipales y en el real; en el célebre código de don
Alfonso el Sabio, las siete Partidas; en las leyes de Estilo, ordenamiento
de Alcalá, leyes de Toro y demás colecciones legales hasta que se publicó la

Nueva Recopilacion, refundida mas adelante en la Novísima, y por último, las reformas introducidas por las disposiciones legales publicadas posteriormente, en especial, las prescritas por las Córtes de 1812 y 1822; por el reglamento provisional de 1834 para la administracion de justicia y decretos, y leyes posteriores; por la instruccion del procedimiento civil de 1855, y por la última y nueva ley de enjuiciamiento civil, de 31 de octubre del presente año.

I.

ORIGEN Y FUNDAMENTO FILOSOFICO DE LAS AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS JUDICIALES Y DEL ENJUICIAMIENTO CIVIL.

3. El origen de las Instituciones judiciales y del enjuiciamiento civil, asi como á la constitucion de la familia y de la sociedad, ya se les considere bajo el aspecto de la filosofía ó de la historia.

4. El hombre al nacer tiene derechos que va creciendo y multiplicando, conforme adquiere relaciones de familia, al desarrollarse su edad, ó segun aplica á la vida del mundo la actividad de su trabajo ó de su inteligencia.

5. Para mantenerse en los límites de estos derechos, y en su consecuencia, para no causar perturbacion alguna en los agenos, que pueda ocasionar la menor controversia, bastariale cumplir las leyes de la justicia natural que Dios ha impreso en su alma; pero el hombre olvida fácilmente la conexion necesaria que existe entre sus derechos y sus deberes, cegado por sus malas pasiones, que no basta á contener la mera sancion de las leyes naturales, reducida á la voz acusadora de la conciencia. Por esto acontece, que llegue el hombre á invadir ó á usurpar los derechos de otro, ya extralimitándose en el ejercicio de los que le competen, ya ambicionando acrecentarlos por medios injustos. En tales casos, el individuo atacado en sus derechos legítimos, trata de defenderlos ó recobrarlos, y de aquí una colision, una contienda. Para decidir y terminar esta controversia, los seres de que hablamos, cuya inteligencia se halla oscurecida por el denso velo que ha arrojado en ella su depravacion moral, no reconocieran otro medio que el de la superioridad de la fuerza física, si no acudiesen á restablecer el imperio de la justicia y de la razon, la ancianidad con el auxilio de su autoridad y de su respeto, el parentesco con la influencia que ejercen los vínculos de la sangre, ó la amistad con el apoyo de sus afectos y de sus consejos. Nada mas natural, pues, en el principio de las sociedades, que la intervencion de los padres ó cabezas de familia, de los patriarcas, de los parientes, amigos ó vecinos, para calmar los ánimos de los contendientes, persuadiéndoles á dirimir sus diferencias por medios pacíficos de *aveniencia* y de *conciliacion*.

6. Mas cuando aquellos no se conformaban á aceptar estos medios de paz y concordia, por no hacerles fuerza las persuasiones de los avenidores, ó por no advertir en ellos la imparcialidad debida, á causa de unirles con uno de los querellantes vínculos mas estrechos de parentesco ó de amistad, ó final-

mente, por no ser posible en momentos tan perentorios apreciar debidamente la causa ó motivo de la contienda para emitir un dictámen, una decision justa y equitativa, era tambien natural que los avenidores propusieran á los interesados que sometiesen su controversia á lo que decidieran, segun su arbitrio, segun su leal saber y entender, *ex æquo et bono*, personas de rectitud é ilustracion reconocida, en cuya eleccion se convinieron aquellos. Esta eleccion y esta sumision al parecer ó juicio de un extraño, debia verificarse tambien, cuando se suscitaba una contienda que podia dirimirse en el acto, ante una persona cuya imparcialidad é inteligencia reconocieran los contendientes.

«Basta detenerse un instante en los hechos que se realizan en la sociedad, dice un autor respetable, en la manera cómo acostumbran á tratar entre sí sus individuos, y terminar las diferencias que les dividen para comprender, que el arbitraje ha debido ser una de las primeras necesidades y de las primeras prácticas de la humanidad. Nada mas natural que, si se suscita una contienda entre particulares, á presencia de un tercero, se recurra á él inmediatamente, para interponerle como mediador, como árbitro. Cada uno le dirige la palabra, trata de convencerle de su derecho y concluye invocando su parecer.»

7. Pero á veces las partes no se avenian á someter sus diferencias en árbitros, ó no se aquietaban con su decision, y la que se juzgaba favorecida por su fuerza física, rompía fácilmente su compromiso, negándose á respetar la decision del árbitro. En vano se trataba de apoyar con cierta sancion la providencia arbitral, haciendo que se obligaran de antemano los contendientes á pagar una multa, en caso de desobediencia y á favor de la parte que se sujetaba á la decision del árbitro; el mas fuerte preferia llevar adelante la lucha. Las consecuencias de este proceder eran mas fatales cuando la invasion, ó usurpacion se verificaba en los derechos de personas, tales como los dementes, menores, ausentes y viudas, que por temor ó imposibilidad física ó moral, no reclamasen el consejo ó proteccion de los parientes, amigos, ó personas mas fuertes, ó poderosas que el usurpador. En tales conflictos, estaba interesada cada una de las familias que constituian una poblacion, en evitar aquellas luchas que les privaban á veces de los guerreros mas útiles, debilitando los medios y la fuerza de una defensa colectiva y general, necesaria en circunstancias especiales, y en impedir el desamparo de los dementes, menores y demás personas desvalidas, para que no les impulsara la necesidad á la perpetracion de delitos y crímenes. Con el objeto de remediar estos inconvenientes, y los demás que provenian de formar cada familia un círculo aislado y sin fuerza bastante para someter y ajustar la voluntad de cada uno á las prescripciones de la razon y de la justicia, debia ocurrirse la idea de formar una gran familia que reuniera, como en un centro comun, la fuerza moral y física de todas las familias particulares, y de elegir personas en quienes concurriesen las cualidades y circunstancias de moralidad, rectitud, imparcialidad é ilustracion, á quienes revestir de la autoridad competente para decidir las diferencias que ocurrieran sobre los derechos de cada uno, y