

El derecho es la justicia de los hechos; a propósito de la Instrucción del Marqués de Gerona

SUMARIO: I. Introducción: 1.1. Planteamiento de la cuestión. 1.2. Realidad procesal a mediados del XIX.–II. La consulta de la instrucción del Marqués del Gerona a las Audiencias y a los Colegios de Abogados: 2.1. Informes remitidos. 2.2. La motivación de la sentencia: *un manantial de discordias en los tribunales*. 2.3. Los escritos de las partes.–III. Práctica en los tribunales: 3.1. Escritos de las partes: indicios de cambio. 3.2. Sentencias: tradición ¿e innovación? 3.3. Informes en derecho.–IV. A modo de conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

1.1 PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Es todo un clásico que los estudios sobre la motivación de la sentencia se inicien con la observación de que los juristas profanos en el iushistoricismo, y mucho más los investigadores y estudiosos que, en general, son legos en la ciencia jurídica, queden sorprendidos ante una práctica tan obvia como secular, cual era la falta de motivación de la sentencia o de cualquier otra resolución judicial. Lo mismo, o más, se puede decir con respecto a la ausencia e incluso prohibición que pesaba sobre los abogados de razonar en Derecho a lo largo del proceso; tal vez, esta última cuestión no ha despertado tanto interés entre los historiadores del Derecho¹. En cualquier

¹ C. TORMO CAMALLONGA, «La explicitación de la norma jurídica en el proceso civil del Antiguo Régimen», *Pensamientos Jurídicos y Palabras dedicados a Rafael Ballarín Hernández*, Valencia, Universitat de València, 2009, pp. 897-906.

caso, sabemos que la misma presencia del letrado no estaba garantizada en todos los pleitos; en algunos, simplemente, se permitía, en otros, llegaba a prohibirse².

Diversas y variadas interpretaciones podríamos ofrecer respecto a este posicionamiento de la administración de justicia; diversas y variadas explicaciones tendríamos que aportar para dar satisfacción a las preguntas que dicha perspectiva de la justicia nos plantea, pero todas ellas, en resumidas cuentas, partirían de la máxima formulada por un letrado de mediados del XIX, de que, en esencia, «el derecho es la justicia de los hechos»³. Y por todo ello, a la doctrina actual le resulta ineludible plantearse si, mientras perduraron estas prohibiciones, las partes carecían de la más mínima seguridad jurídica en el procedimiento; si no gozaban de ninguna garantía frente a una posible arbitrariedad judicial en la tramitación y resolución del pleito. Intentaremos, a lo largo de este estudio, repasar algunas de las decisiones y prácticas que a mediados del siglo XIX contribuyeron decisivamente al derrumbe de este escenario procesal.

Uno de los axiomas básicos sobre el que se construye el estado liberal es el principio de legalidad, es decir, que tanto los ciudadanos como los poderes públicos deben quedar sometidos al imperio de la ley que emana de la nación. Y uno de estos poderes públicos es el judicial; los jueces y los tribunales. Este sometimiento del poder judicial a la ley cabe interpretarlo desde una doble perspectiva. Por una parte, en cuanto a su estructura, organización y funcionamiento, que deben estar regidos por unas mismas directrices, marcadas en las normas emanadas del pueblo a través de sus representantes. Por otra, porque en el ejercicio de la función que el nuevo ordenamiento le sigue asignando –juzgar y hacer ejecutar lo juzgado–, jueces y magistrados deben aplicar, en primer término y esencialmente, la ley, como norma igualadora y manifestación suprema de la recién estrenada soberanía.

Visto así, toda intervención en el proceso tendrá que venir sustentada y respaldada por la letra de la ley –garantía endo y extraprocesal–, que será ahora la fuente de creación casi exclusiva del Derecho. Nada que no sepamos hasta ahora. Pero que de ello se derive que el estado tributario del pensamiento liberal vaya a exigir, inmediatamente y entre otras cosas, la fundamentación o motivación jurídica de la sentencia, como medio de fiscalizar al poder judicial en el cumplimiento de sus funciones, al tiempo que se asegura de que todos los ciudadanos reciben un tratamiento igualitario; eso ya es otra cosa. Como otra cosa será que el nuevo Estado pretendiese convertir a los ciudadanos en colaboradores en la administración de la justicia, mediante su participación, a través de los abogados, en la determinación y búsqueda de la norma jurídica aplicable. Y es otra cosa al menos por lo que a España se refiere.

² En este sentido podemos considerar que la legislación histórica alcanzaba hasta el Decreto de 10 de enero de 1838, *Sobre sustanciación de los pleitos de menor cuantía*. En él se prohibía la asistencia de abogados a la vista en grado de apelación ante la Audiencia, «mas se permitirá que hablen las partes o sus procuradores sobre los hechos».

³ Archivo del Reino de Valencia (en adelante ARV), *Escribanías de Cámara*, año 1854, pleito número 20, fol. 42.

Efectivamente, y frente a lo sucedido en la Francia revolucionaria, este cambio respecto a la exhibición del Derecho en el proceso no despertará un gran interés entre los primeros juristas y legisladores españoles, tal y como pudiéramos esperar.⁴ Como a penas había despertado en su momento el interés de los ilustrados europeos. Según estos, las bondades de unos códigos perfectamente sistemáticos y coherentes, y la consiguiente mecanicidad de las funciones judicial y letrada, hacían totalmente innecesaria la motivación de la resolución; ni mucho menos se planteaba la posibilidad de que el letrado señalase al juez la norma a aplicar. Ante redacciones tan depuradas, y asegurada la publicidad de las actuaciones procesales, simplemente no cabía el arbitrio judicial. En líneas generales, la confianza de los ilustrados en la judicatura continuaba, pues, intacta⁵. Como continuaba intacta para Manuel García Gallardo, en 1840, cuando ofrece al Ministerio de Justicia un proyecto de *Instrucción Provisional de Enjuiciamiento*. Para la demanda y la sentencia del enjuiciamiento civil proponía, respectivamente, lo mismo que ya existía:

Artículo 248. Las demandas y peticiones se extenderán con claridad y precisión, refiriendo sencillamente los hechos que las motivan, la acción o excepción que se entable y la pretensión que se deduce, fijando en la conclusión con la posible individualidad la cosa que se pida, el modo legal con que se solicita, y la persona contra quien se dirige la petición.

Artículo 493. En toda sentencia se ha de conceder o negar lo que solicitaren las partes, clara y explícitamente, sin excederse de lo pedido, pena de nulidad⁶.

No obstante, algo empieza a moverse entre los autores más prácticos y entre los agentes más inmediatos del Derecho. José Antonio Verdaguer, magistrado

⁴ Respecto a Francia, E. GARCÍA DE ENTRERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Alianza, Universidad, 1994, pp. 165 y ss. Respecto a España puede verse C. GARRIGA y M. LORENTE, «El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, monográfico «La vinculación del juez a la ley», 1 (1997), pp. 97-142, pp. 114 y ss., y M. LORENTE, «Reglamento provisional y administración de justicia (1833-1838). Reflexiones para una historia de la justicia decimonónica», *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, editado por J. M. Scholz, Madrid, 1992, pp. 215-295, en concreto, las pp. 268 y ss.

⁵ No era frecuente, pues, el pensamiento de Voltaire cuando se preguntaba «¿por qué en algunos países las sentencias no son nunca motivadas?, ¿hay acaso vergüenza en dar el motivo de un juicio?». D. ACCATINO SCAGLIOTTI, *La motivación de las sentencias*, tesis doctoral inédita, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Granada, 2005, pp. 75 y ss.

⁶ Archivo de la Comisión General de Codificación (en adelante ACGC), legajo 1, carpeta 2, documento 1 (en adelante en este orden). Del proyecto de Instrucción conocemos la parte civil, pero parece ser que también se redactó la criminal. Manuel García Gallardo había sido designado miembro de una comisión especial, creada por el Gobierno el 21 de julio de 1838, para la redacción de una instrucción del procedimiento civil. Más tarde será nombrado vocal de la sección de procedimientos de la Comisión de Códigos (civil, penal y procesal), creada por Decreto de 19 de agosto de 1843; M.^a D. del M. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «La Comisión de Códigos (1843-1846)», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 74 (2004), pp. 291-331.

de La Habana, remite en 1830 al ministro de Gracia y Justicia, Tadeo Calomarde, una traducción del código de procedimiento civil de Francia. Con ocasión de la motivación recogida en el texto francés, comentaba lo siguiente:

Antes de la nueva planta de la Audiencia de Cataluña dada por el Sor. D. Felipe 5.º, se fundaban las sentencias por aquel superior tribunal, y son todavía un modelo de sabiduría las que se leen en las obras de los autores prácticos de aquella Provincia. El artículo 1.213 del Código de Comercio ordena sabiamente que se funden tanto las definitivas como las interlocutorias, y es de esperarse que en el Código de procedimientos que debe poner término a tantos males y abusos, se obligue a todos los jueces a expresar en sus sentencias los puntos de hecho, las cuestiones legales que de ellos emanan, y el texto de la Ley en que se apoya la decisión⁷.

En la misma línea, de 1835-1836 datan unos *Apuntes*, redactados en forma de artículos por Pérez Hernández, *Sobre Disposiciones comunes a todos los juicios*, en los que el autor propone:

Artículo 22. Todos los tribunales y jueces ordinarios deben motivar las sentencias definitivas o interlocutorias que pronuncien en asuntos civiles o criminales de mayor cuantía.

Los fundamentos se expresarán breve y concisamente, reduciéndose a establecer el hecho o hechos que resultan y la cuestión de derecho que se resuelve, con una ligera referencia a los principios o disposiciones legales que le son aplicables.

Artículo 57. En los escritos y alegaciones será lícito a los abogados citar las leyes del reino en que apoyen sus defensas, por el número que tengan, y el título, libro y cuerpo legal en que obren; y se les permitirá también esponer las disposiciones de las leyes citadas, pero no insertarlas o copiarlas a la letra. En los informes verbales, a más de citarlas, podrán también leer su testo.

Artículo 58. Se observarán con especial cuidado las disposiciones legales que prohíban alegar contra la ley espresa, y también las que previenen no se abulten los escritos y alegatos con citas doctrinales de los autores que han escrito sobre jurisprudencia, o de la legislación romana u otras extranjeras⁸.

⁷ Según dicha traducción, el artículo 141 del código de procedimiento civil francés decía: «Se continuarán en las sentencias los nombres de los jueces, del procurador del Rey, si se le ha oído, y de los Procuradores; los nombres, profesiones y habitaciones de las partes, sus demandas respectivas, una sucinta exposición de los puntos de hecho y de derecho, los motivos y disposición de la sentencia»; ACGC, 1, 1, 2, fols. 18 y 102.

⁸ ACGC, 1, 2, 2. No sabemos si estos apuntes se elaboraron a propósito y con motivo de la inmediata redacción del *Reglamento provisional* de 26 de septiembre de 1835, o bien tras su publicación y como interpretación a sus preceptos. Nos decantamos por la primera opción, ya que la formulación de estos artículos dista mucho de la redacción del *Reglamento*, y no es muy compatible con las numerosas remisiones de éste a la *Novísima Recopilación*, especialmente respecto a la formulación de la sentencia y de los escritos de las partes. De la misma manera que a Manuel G. Gallardo, a Manuel Pérez Hernández lo veremos como miembro de la comisión especial creada en 1838 para la redacción de una instrucción del procedimiento civil, y más tarde como vocal de la sección de procedimientos de la Comisión de Códigos de 1843; M.ª D. del M. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «La Comisión de Códigos (1843-1846)», *Anuario de Historia...*

El hecho de que empiecen a recogerse, en un mismo texto, referencias en semejante sentido, para la sentencia y para las alegaciones de las partes, evidencia la conexión entre la formulación de aquélla y la redacción de éstas. De ahora en adelante, y respecto a los escritos de las partes, cualquiera que sea el procedimiento y la jurisdicción, todas las normas que permitan la alegación en Derecho prohibirán insertar o copiar las leyes «a la letra», como prohibirán las citas doctrinales y romanas.

Y si entendemos que la jurisdicción es una de las atribuciones inherentes a toda comunidad política y social, a cada pueblo o nación, podemos ver como obvia la correspondencia entre la personalización de la soberanía y la necesidad de que los jueces legitimen y justifiquen sus resoluciones ante la misma persona, so peligro de que este poder anule dicha atribución. En tanto en cuanto se profundice en el proceso revolucionario, con la implantación de la soberanía popular y el sufragio universal, la comunidad en su totalidad exigirá la inmediatez en el derecho a participar en la administración de justicia, lo que se materializará, fundamentalmente, en el nombramiento de los jueces, en el establecimiento de los jurados –también arbitraje y conciliación– y, dentro del proceso, en la posibilidad de señalar al juez la norma a aplicar. Una justicia popular que ya se venía sugiriendo desde la Constitución gaditana, en sus artículos 280 y siguientes, pero que no se materializará de manera patente hasta la Gloriosa. Si ciudadano es aquél que, desde el plano legislativo, participa de la elección de sus representantes parlamentarios que determinarán el contenido de las leyes, desde el plano judicial es aquél al que se le rinde cuenta del sentido y significado de la resolución judicial, por una parte, pero también aquél al que se le permite participar de la concreción de dicha resolución, por la otra⁹. Pero no continuaremos ahora adelantando densas y complejas deducciones; tampoco es la pretensión de este estudio.

Retrocediendo a los primeros momentos liberales, todo indica que los cambios en la explicitación del Derecho en el proceso vendrán de la mano, al menos en parte, del cuestionamiento de la confianza en el juez. La presunción de inocencia que, desde sus orígenes penales, se había trasladado al resto de sectores del ordenamiento jurídico, y en concreto al procesal, a favor del juez en la tramitación de la resolución, ya no será suficiente para justificar la inmotivación. Implantado el nuevo orden estatal, la confianza en el juez ya no se presupone, sino que debe renovarse a cada paso, en cada resolución en que se debatan y apliquen las nuevas normas y órdenes. En otras palabras, se va a exigir la adhesión del juzgador a los nuevos tiempos, a los nuevos intereses. La nueva configuración política y social exigirá que esta inocencia se evidencie mediante un proceso más claro y transparente, desde el principio hasta el final, y en el que los ciudadanos no se mantengan como simples convidados de piedra.

⁹ B. CLAVERO, «La gran innovación: Justicia de Estado y Derecho de Constitución», *El tercer poder. Hacia una comprensión...*, pp. 169-188. D. ACCATINO SCAGLIOTTI, «La fundamentación de las sentencias: ¿Un rasgo distintivo de la judicatura moderna?», *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. 15, (dic. 2003), pp. 9-35.

Otra cosa será que se llegue, incluso, al cuestionamiento de la maestría del juez y del acierto de su actuación, hasta puntos inauditos respecto a lo que los escritos de las partes nos tenían acostumbrados¹⁰. Véase sino, el tono –más bien jactancia– en que en 1856 un abogado formaliza la apelación de una sentencia recaída en la primera instancia de un proceso mercantil:

Esta última idea es precisamente la que fija contra mi sentir el segundo considerando. En él se dice que [...] deben fijarse y apreciarse por las disposiciones del Código que comprende la sección 3.^a del Tít.^o 3.^o, siempre que se trate de autos y gestiones del factor o representante de un establecimiento mercantil dentro del círculo de su cometido. Hasta ahora no había visto enunciada doctrina tan peregrina. Mucho sin duda tenemos que aprender yo y mi distinguido adversario, pues ni uno ni otro hemos mentado el Código de Comercio en tan larga discusión, ni semejante idea ha podido siquiera ocurrir a nuestra imaginación. Insigne torpeza por cierto, si es que el Juez lleva la razón, pero yo advierto desde luego que no se la concedo y que por mi parte no estoy dispuesto a tomar la lección que sin duda ha querido darnos. En cuanto a mi adversario, reconociendo su ilustración y firmeza de convicciones, espero oírle sobre este punto¹¹.

La motivación de la sentencia ya había quedado prescrita en el Código de Comercio de 1829, pero el procedimiento y la sentencia civil todavía no daban cabida a discursos jurídicos como los que encontramos en este proceso, ni tampoco a manifestaciones de semejante insolencia.

Paralelamente al sentido de la sentencia, la alegación de normas jurídicas por las partes podrá asumir un control preventivo en la medida en que el juez explicita el acierto y la oportunidad de según cuál de estas normas. Porque, como venimos apuntando, la ley emanada del Parlamento va a ser, casi con exclusividad, la única fuente de creación normativa a la que se podrá y tendrá que remitir el juzgador. Es más, los cambios que traerán los nuevos tiempos afectarán también, e ineludiblemente, a la intervención y al modo de trabajar de los abogados en el proceso. El cliente, el interesado en la resolución, debe poder participar activamente en la dirección del pleito desde su mismo inicio; ya no vale la vieja máxima *iura novit curia*. Tal vez, y desde un lenguaje más actual, podríamos ver en este cambio un proceso de *democratización* de la justicia. Ateniéndonos a un trámite concreto, en las alegaciones jurídicas presentadas una vez concluido el pleito, había que dejar atrás ese muy tardío *mos italicus* que con los avatares del tiempo –escasos– había llegado y se había arrastrado a lo largo de todo el siglo XVIII.

¹⁰ Sobre la impericia de los jueces en el Derecho a mediados del XIX, véase P. GÓMEZ DE LA SERNA y J. MANUEL MONTALBÁN, *Tratado Académico-Forense de Procedimientos Judiciales*, Madrid, 1848, I, p. 65.

¹¹ ARV, *Escribanías de Cámara*, año 1854, núm. 8, fol. 13.

1.2 REALIDAD PROCESAL A MEDIADOS DEL XIX

Aunque la *Instrucción del Marqués de Gerona* de 1853 sólo afectaba al juicio ordinario de mayor cuantía, su importancia a nuestros efectos estriba en que desde siempre se ha tenido a éste como el referente para el resto de procedimientos, por el carácter subsidiario de sus disposiciones. El Decreto de Cortes sobre sustanciación de los pleitos de menor cuantía, de 10 de enero de 1838, nada había dicho sobre la fundamentación de la sentencia, ni en primera instancia ni en posterior recurso; en general, su excesiva concisión, que no precisión, dejaba muchas cuestiones sin resolver. Por ello, en éste y en otros puntos la *Instrucción* se presentaba como precedente de lo que sería en su momento una ley general del enjuiciamiento civil, que se quería inmediata y que tan solo tardó dos años en aprobarse; una ley que se ratificó en esta imposición y la extendió al resto de procedimientos civiles.

Punto de partida y referencia básica de la *Instrucción del Marqués de Gerona* es el artículo 68, cuando dice así:

Los Tribunales y jueces fundarán siempre las sentencias definitivas y las interlocutorias de igual clase, cuando así lo reputen conveniente, exponiendo con claridad y concisión las cuestiones de hecho y de derecho, y citando las leyes o doctrina legal en que se apoyen.

Sorprende la escasa relevancia que en su momento tuvo esta gran innovación, muy en línea con el escaso tratamiento que tradicionalmente había concedido la doctrina a la inmotivación. Prueba de ello es la parquísima repercusión que tuvo en los pocos comentarios que de la norma aparecieron en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*; también es cierto que la escasa vigencia de la *Instrucción* no permitió más disquisiciones¹². Ni siquiera las *Observaciones* que sobre la *Instrucción* publicó la Junta del Colegio de Abogados de Madrid en la *Revista* se refieren lo más mínimamente a esta cuestión. En las *Disposiciones comunes a la primera y segunda instancia* de estas *Observaciones* se comentan prácticamente todos los artículos hasta llegar al 67, obviando precisamente el último, el 68. También comentan con detenimiento el *Recurso de nulidad*, como la ocasión merecía. Sin embargo, a la motivación en este recurso sólo le dedicaban el comentario de que la *Instrucción* repetía aquí los errores del Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, y que a continuación veremos. Finalmente, califican de digno de aplauso el que sí se fundaran los fallos del Supremo decidiendo competencias; de nuevo, sin comentar la clase o extensión de esta motivación¹³.

¹² «Reforma del procedimiento civil con respecto a la real jurisdicción ordinaria», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, II (1853), pp. 168-176. La *Revista* adopta una actitud más neutral y moderada que la que más tarde reflejarán en sus informes jueces y letrados, como veremos más adelante. En un momento concreto la *Revista* afirma que, «por las cuestiones que han suscitado y la trascendencia de sus mandatos», los artículos más importantes de la *Instrucción* son el «2.º sobre la demanda y sus copias, y el de los artículos 7.º, 8.º y 9.º sobre la contestación y las excepciones» (p. 477).

¹³ «Observaciones sobre la Instrucción del Procedimiento Civil de 30 de septiembre de 1853», *RGLJ*, III (primer cuatrimestre de 1854), pp. 13-92.

La poca repercusión que entre los juristas y el mismo legislador tuvo la introducción de la motivación judicial en el proceso civil, la volvemos a encontrar más tarde y en similares términos con respecto a la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855¹⁴. Dando un gran paso en el tiempo, un siglo más tarde, en los trabajos publicados con motivo del centenario de la *Instrucción*, la cuestión sobre la fundamentación de la sentencia tampoco será destacada, como sí lo fueron el resto de cuestiones más o menos innovadoras; es más, ni siquiera fue mencionada. Probablemente, a mediados del xx todavía no se era del todo consciente de esta mejora ni de su calado histórico¹⁵.

Paralelamente al artículo 68, la *Instrucción* del marqués de Gerona avanzaba en la extensión y generalización de la motivación por otros caminos; en concreto, y como ya hemos apuntado, para el recurso de nulidad ante el Tribunal Supremo. Veamos.

Además de contra las ejecutorias de las Audiencias por infracción de las leyes de enjuiciamiento en los casos y forma prevista en el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, la *Instrucción* ampliaba a dos más los supuestos ante los que se podía interponer este recurso. En primer lugar, cuando la sentencia hubiese sido dictada por un número inferior de magistrados al requerido; en segundo, por violación de ley clara y terminante contra los fallos definitivos de las Audiencias en asuntos no posesorios, interlocutorios ni ejecutivos, cuya cuantía excediera de 1.000 duros en la Península e islas adyacentes¹⁶. Pues bien, en este segundo supuesto, de *violación de ley clara y terminante*, la sentencia del Supremo debía ser motivada y se publicaría en la *Gaceta de Madrid*. Dado que el objetivo de la motivación era unificar y fijar jurisprudencia, sentando precedente, la interposición de este recurso no se admitió para los supuestos en que el error de interpretación hubiese versado sólo en los hechos, puesto que éstos eran propios y particulares de cada pleito, sin posibilidad de extensión o generalización. Ni era necesaria tampoco la motivación cuando el error versaba en sólo el número de magistrados que hubiesen emitido el voto. Con el mismo objeto, además de evitar dudas y gastos entre jueces y litigantes, la *Instrucción* exigía la motivación de las sentencias dictadas por el Supremo decidiendo competencias.

¹⁴ Véase el *Diario de Sesiones* de las Cortes a propósito de la discusión del *Proyecto de Ley para la reforma de los procedimientos en los juicios civiles*, presentado por el Gobierno y discutido por las Cortes el 11 de mayo de 1855 y aprobado por la reina el 13 del mismo mes. Llama la atención la nula atención que los diputados prestaron a la base 5.^a del artículo 1.º, «Que las sentencias sean fundadas». Zorrilla y Monarés, por ejemplo, comentan el proyecto base por base, obviando cualquier comentario sobre, precisamente, esta base. Lo mismo cabe decir respecto al resto de intervenciones: ausencia completa de discusión, ni siquiera mención, de este punto, prestándose especial atención, como no podía ser de otra manera, a la tercera instancia y al recurso de nulidad.

¹⁵ L. PRIETO CASTRO, «La Instrucción del marqués de Gerona “Para arreglar el procedimiento de los negocios civiles con respecto a la real jurisdicción ordinaria”», *RGLJ*, XXV (1953), pp. 114-133.

¹⁶ En este segundo caso para el supuesto de que, o bien hubiese mediado discordia para dictar la sentencia en apelación, o bien cuando la sentencia fuere revocatoria en todo o parte de la del inferior y no hubiese sido dictada por unanimidad.

Realmente, el Decreto de 4 de noviembre de 1838, *Sobre recursos de segunda suplicación e injusticia notoria*, vino a ser la primera ocasión en que en materia civil se exigía una motivación de la sentencia, y bien es cierto que se establecía tanto por infracción de leyes de enjuiciamiento como de leyes sustantivas. Pero tenemos que hablar de una motivación limitada, puesto que sólo se daría bajo supuestos muy particulares: se les exigía a las Audiencias únicamente cuando sus sentencias eran recurridas ante el Tribunal Supremo. Es decir, es una motivación a posteriori, después de haberse dictado la sentencia. Las partes y el Supremo sólo conocerían los fundamentos de la sentencia si se interponía y era aceptado el recurso por la Audiencia. Es más, se trataba de unos fundamentos que la Audiencia explicitaba únicamente después de redactar la sentencia y sólo si se admitía el recurso, por lo que no se puede asegurar a ciencia cierta que aquellos fundamentos fueran los que definitiva y efectivamente se consideraron cuando se sentenció¹⁷. Entendemos que sobre estos fundamentos las partes podrían debatir en la vista ante el Supremo. Al Alto Tribunal, por otra parte, se le exigirá la motivación de la sentencia en que declarase si había o no lugar a dicho recurso de nulidad; por lo tanto, no entraba en el fondo de la cuestión. Y en el caso de haber lugar, se le devolvía al tribunal *a quo* para que sentenciase, pero, de nuevo, sin necesidad de que motivase.

Tanto las declaraciones del Supremo, como las que dictaren las Audiencias a las que se les devolvía el conocimiento de los autos anulados, debían publicarse en la *Gaceta del Gobierno*. Si esta publicación tenía como finalidad principal formar una jurisprudencia unificadora de la interpretación de la ley, dirigida a los jueces y magistrados, es de suponer que también conseguiría de facto un replanteamiento por parte de los letrados a la hora de interponer los recursos.

Consideramos, en definitiva, que la motivación que introduce el Decreto de 1838 es muy tímida en cuanto que su intención sigue enmarcada dentro de lo que C. Garriga y M. Lorente han llamado el interés administrativo de la fundamentación de los fallos, y no en su concepción garantista¹⁸. No está dirigida tanto a la satisfacción de los intereses en juego de las partes, o de los supuestos intereses de la colectividad, como a la unificación de la jurisprudencia, que es de lo que en estos momentos está más preocupado el legislador, inmerso en el proceso de renovación completa del ordenamiento jurídico sustantivo.

¹⁷ M. ORTELLS RAMOS, «Origen histórico del deber de motivar las sentencias», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 4 (1997), 899-932, p. 914. Sobre los «fundamentos legales del fallo» y el «fallo contrario a ley expresa y terminante», resultan interesantes, y sorprendentes por su procedencia, los comentarios que varios particulares, comerciantes y hacendados, remiten en 1840 al Ministerio de Justicia bajo el título *Esposición de varios particulares solicitando aclaración y reforma de diferentes puntos en el decreto de 4 de noviembre de 1838, sobre recursos de nulidad*, ACGC, 2, 1, 9. Desde este manifiesto –que tal vez se presenta aprovechando el derecho de petición del artículo 3 de la Constitución de 1837–, se intenta disculpar y aun justificar la prohibición de la antigua práctica de motivar las sentencias mediante los clásicos argumentos al uso: «no siendo acaso la menos poderosa razón que para ello influyó la dificultad de señalar la ley aplicable a cada caso» (fol. 83).

¹⁸ C. GARRIGA y M. LORENTE, «El juez y la ley: la motivación de las sentencias...», p. 128.

Retomando la *Instrucción* de 1853, las *Observaciones* publicadas por el Colegio de Abogados de Madrid criticaban que, como en el Decreto de 1838, no se permitiese al Supremo el examen y la revisión de los hechos de la causa, sino sólo de la infracción expresa y terminante de la ley. De ahí –decía el Colegio–, «el que se motiven y funden las sentencias»; deducción que no nos parece tan lógica pero sí acorde con las consideraciones del momento.

Por lo que respecta a los escritos de las partes, si bien los artículos 2 y 13 de la *Instrucción* se limitaban a decir que todo actor y demandante debían acompañar a la demanda y contestación «los documentos o antecedentes en que la apoye», sin mayor especificación, el artículo 63, incluido en la sección común a la primera y segunda instancia, resulta más sustancioso. Decía así:

Será potestativo a las partes presentar o no abogados para la defensa oral, tanto en los Tribunales superiores como en los inferiores, o hacer aquélla por escrito en el acto de la vista por medio de alegato firmado de letrado. Si la extensión de la defensa escrita excediese de diez pliegos, se suprimirá su lectura pública, sin perjuicio de que se una a los autos.

La exigua aplicación de la *Instrucción* nos impide aventurar conclusiones respecto a la materialización de estas disposiciones, como también del mismo artículo 68. Respecto a éste, no sabemos cuáles podrían ser los criterios que jueces y tribunales debían observar para considerar oportuna la motivación de la resolución. Es más, y lo que es destacable, no termina de quedar claro si la consideración de *conveniente* venía referida a todas las sentencias o a sólo las interlocutorias. Respecto al artículo 63, no podemos aventurar si el alegato escrito por el letrado podría contener alusiones o citas jurídicas, en la medida en que sustituía a los informes orales, en los que, tradicionalmente, sí parece que se aceptaban. Son preguntas que únicamente podremos resolver respecto a los poquísimos casos que se tramitaron según la *Instrucción*.

Pero lo que sí podemos conocer es la respuesta y repercusión de la norma entre los principales actores judiciales de todo proceso; jueces y letrados. Y a eso es a lo que vamos a proceder a continuación, al examen de la contestación que tuvo la *Instrucción*, y a su repercusión en esos pocos procesos que hemos encontrado en que se aplicó. Aportaremos en las siguientes páginas observaciones y comentarios respecto a todas estas cuestiones, al tiempo que nos plantaremos dudas y preguntas que nos han surgido según hemos indagado en estos y otros procesos tramitados ante la Audiencia de Valencia.

En definitiva, reflexionaremos sobre la presencia del Derecho positivo en las actuaciones procesales de mediados del XIX, tanto por parte de los jueces como de los letrados, pero no desde una perspectiva legal ni doctrinal, sino eminentemente forense. Por lo inabarcable de la cuestión es por lo que hemos decidido tomar como referencia legal la *Instrucción del Marqués de Gerona*, Francisco de Paula Castro y Orozco, de 30 de septiembre de 1853, al ser la primera disposición liberal española en imponer la motivación judicial en el proce-

dimiento civil¹⁹. También indagaremos en los informes en derecho o alegaciones jurídicas que las partes presentaban, a estas alturas del siglo, una vez conclusos los autos y vistos para sentencia. Nos centraremos, por lo tanto, en la materialización práctica de la legislación procesal.

II. LA CONSULTA DE LA INSTRUCCIÓN DEL MARQUÉS DE GERONA A LAS AUDIENCIAS Y A LOS COLEGIOS DE ABOGADOS

Al inicio de cada año judicial, y junto con el discurso de apertura, todas las Audiencias debían remitir al Ministerio de Gracia y Justicia un resumen del estado de los pleitos tramitados en sus juzgados y salas con arreglo a la *Instrucción* de 1853, así como una relación de las mejoras que, a su entender, requiriese la norma. Es lo que exigían las *Disposiciones de vigilancia para el cumplimiento de la presente Instrucción*, incluidas en el mismo real decreto que la aprobaba. Por orden de 19 de diciembre del mismo año 1853, se ampliaba el requerimiento a los jueces de primera instancia de las capitales en que residiese audiencia, «indicando a la vez las reformas que puedan introducirse en ella». En todo caso, los informes debían tener como referencia los principios de economía y celeridad que habían presidido el nuevo procedimiento de mayor cuantía.

Llama la atención la brevedad del tiempo con que el Ministerio pretendía disponer de información sobre la aplicación y efectos de la *Instrucción*. Sin duda, se quería inminente la ley de enjuiciamiento civil. Por ello sorprende que se pensara en la reforma de la misma *Instrucción*, lo que llevaría a cabo una Comisión nombrada al efecto el 14 de enero de 1854²⁰. No obstante, dudamos de la verdadera intención de la petición de informes; si fueron algo más que una medida formalmente integradora, y de cara a la galería²¹. En cualquier caso, son todas ellas decisiones aceleradas en un contexto asimismo apresurado y que poco podían contribuir a crear un estado de seguridad que requerían las normas de este calado. Se ha dicho que, más que fruto del debate y la discusión científica, la *Instrucción* es la obra personal de un regente de Audiencia territorial –la de Sevilla– recientemente ascendido al cargo de ministro, cargado desde su experiencia práctica de la buena intención de poner orden en la desastrosa rea-

¹⁹ El marqués de Gerona era ministro de Gracia y Justicia en el momento de constituirse en 1838 la Comisión especial para la redacción de una instrucción del procedimiento civil; fue también miembro de la sección de procedimientos de la Comisión de Códigos de 1843; M.^º D. del M. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «La Comisión de Códigos (1843-1846)», *Anuario de Historia...*

²⁰ El editorial de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* se hacía eco, o sospechaba, de la voluntad manifiestamente transitoria de la *Instrucción*, advirtiendo que, a pesar de sus mejoras, una demora en el código de procedimientos civiles acarrearía sus necesarias y prontas aclaraciones y reformas; Véase en «Reforma del procedimiento civil...», II (1853), p. 172.

²¹ La Real Orden de 14 de enero de 1854 decía que «el voto de los Magistrados y Jueces de primera instancia que han emitido ya su parecer es favorable al espíritu, tendencias y generalidad de las disposiciones contenidas en aquella Real resolución»; lo que, como a continuación veremos, no se correspondía con la realidad.

alidad forense existente, pero falto de las amplitudes de miras que una norma de esta importancia requería²².

Valga decir que en este punto no aparece nada clara una dialéctica entre progresistas y moderados. Todo indica que fueron razones no tanto jurídicas como políticas las que debieron motivar la derogación de la *Instrucción*, sin dar a penas tiempo para su aplicación. De hecho, la misma *Instrucción* se había aprobado como disposición simplemente gubernativa, eludiendo su discusión parlamentaria. Igualmente, de la derogación se encargó el escuetísimo Real Decreto de 18 de agosto del año siguiente, poco después de iniciado el Bienio Progresista, con lo que es inevitable sospechar de revanchismo, incluso personalismo, del nuevo Gobierno o al menos del ministro de Justicia. Lo mismo cabe decir de anteriores Gobiernos y sus respectivos ministros, en un difícil juego de equilibrio entre las distintas tendencias políticas y los diversos sectores dentro de cada una de ellas.

El Decreto de 18 de agosto de 1854 que derogaba la *Instrucción* es muy breve y conciso, a la vez que contundente en su propósito de proscribir su más mínima pervivencia. Si el Decreto de 1853 fijaba que la *Instrucción* se aplicara en los pleitos pendientes solamente para la segunda instancia y recursos posteriores cuando todavía no hubiese recaído sentencia definitiva del juez de primera instancia –fórmula poco clara, por otra parte–, la norma de 1854 suspendía su observancia con carácter inmediato, cualquiera que fuera el momento de la tramitación del negocio y cualquiera que fuera la instancia²³. La derogación de la *Instrucción* pretendía, pues, borrar cualquier rastro de la misma²⁴. Ni qué decir tiene que fueron multitud los pleitos que atravesaron temporalmente la *Instrucción* sin que les afectara lo más mínimo.

Si a nadie termina de convencer la orden de 14 de enero, cuando afirmaba que la *Instrucción* contaba con el voto favorable de los magistrados y jueces de

²² L. PRIETO CASTRO, «La Instrucción del marqués...», p. 115, y V. FAIRÉN GUILLÉN, *Temas del ordenamiento procesal*, 2 vols., Madrid, Tecnos, I, p. 90. A propósito de la discusión de las normas preparatorias de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855, los *Diarios de Sesiones* de las Cortes efectivamente nos muestran a un marqués de Gerona preocupado, en esencia, por las dilaciones innecesarias del proceso y la «máquina de guerra asestada contra el bolsillo de los litigantes» (11 de mayo de 1855, fol. 4670).

²³ La Disposición Transitoria del artículo 105 de la *Instrucción* decía así: «La presente instrucción se observará en todas sus partes en cuantos negocios se principien después de su publicación: en los pendientes se aplicará solamente a la segunda instancia y recursos posteriores en todos aquellos pleitos en que aún no hubiere recaído sentencia definitiva del Juez de primera instancia». El Real Decreto de 18 de agosto de 1854 suspendía la observancia de la *Instrucción* de manera completa; y, lo que es más sorprendente, los pleitos pendientes debían sustanciarse en adelante según las leyes recopiladas y demás disposiciones vigentes con anterioridad a dicha instrucción. Con este juego de artículos, pocas posibilidades de actuación le había quedado a la *Instrucción*.

²⁴ Otra posibilidad hubiera sido establecer un régimen transitorio, como el que más tarde se fijó para la LEC por el Decreto de 5 de octubre de 1855. La LEC regiría todos los pleitos iniciados a partir del primero de enero del año siguiente, mientras que para los procesos pendientes el mismo día 5 de octubre las partes podían optar por acomodarse a la nueva regulación, siempre que

primera instancia, tampoco convence a nadie la brevísima exposición de motivos del Decreto de 18 de agosto, cuando, contrariamente, hablaba de las innecesarias, perjudiciales e irrealizables innovaciones de la *Instrucción* que había evidenciado la experiencia, combatidas desde el primer momento por ilustrados jurisconsultos. Desde todas las instancias implicadas en su valoración se destacaba precisamente esa falta de aplicación y, por lo tanto, de posibilidad de enjuiciamiento. Más bien, y además del juego político del momento, se sabía que la que se preveía inmediata Ley de Enjuiciamiento iba a derogar la *Instrucción*, por lo que no era técnicamente oportuno profundizar en un procedimiento que se sabía caduco desde su mismo nacimiento.

2.1 INFORMES REMITIDOS

Sin duda, el trato manifiestamente vejatorio con que los abogados se sentían tratados en y por la *Instrucción* –y no sólo en la exposición de motivos– dio más bríos a los partidarios de su derogación²⁵. Efectivamente, es ostensible la aversión hacia el proceder de los abogados, a los que, de una manera u otra, esta norma convertía en los principales responsables de los males que aquejaban a la administración de justicia española²⁶. Reproduzco a continuación el artículo 64, por creerlo suficientemente expresivo:

Los Tribunales y Jueces guardarán a los abogados las consideraciones debidas, así en el acto de la vista, como en cualquier otro a que legalmente puedan concurrir, sin interrumpirlos ni desconcertarlos en sus informes, a no ser que hablen en términos por cualquier concepto inconvenientes.

Los letrados por su parte se abstendrán en sus defensas de amplificaciones inoportunas; y persuadiéndose de que el tiempo mal gastado por los Tribunales y Jueces ocasiona siempre un perjuicio indebido a los demás litigantes, y especialmente a los reos encarcelados; ceñirán sus discursos a lo que fuere prudentemente necesario, según la gravedad y complicación de los negocios.

lo pidiesen todas ellas. Respecto a los pleitos iniciados entre la publicación de la LEC y su entrada en vigor, los litigantes acordarían igualmente sujetarse al antiguo o al nuevo procedimiento, para lo que el juez les convocaría antes de dar curso a la demanda. De nuevo, si no se llegase a acuerdo o no compareciese ninguna de las partes, se sustanciaría el pleito según las antiguas leyes, mientras que de no acudir sólo alguna parte, se estaría a lo que eligiese la o las comparecientes.

²⁵ V. HERNÁNDEZ DE LA RÚA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 5 vols., Madrid, 1856, II, p. 41.

²⁶ Huelga escribir sobre ese viejo parecer, muy extendido entre el pueblo y del que deja buena nota la literatura castellana, por el que, justificadamente o no, se responsabilizaba a los abogados ya no solamente del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, sino también de la penuria de muchas haciendas y patrimonios particulares. En 1741 J. DEL CAMPILLO, en *Lo que hay de más y de menos en España para que sea lo que debe ser y no lo que es*, edición y estudio preliminar de A. Elorza, Madrid, 1969, extendía esta crítica a los procuradores, notarios, escribanos y también a los jueces, especialmente a los «malos» (pp. 90-93 y 157-164).

Mientras los letrados procedieren de este modo en el ejercicio de una profesión, que es de las más nobles, cuando noblemente se ejerce, los Tribunales y Jueces los oirán con toda la atención debida, cualquiera que sea el tiempo que durasen sus informes; pero si notoriamente divagasen y llevasen ya invertida una hora en la defensa, el Juez o Presidente, de acuerdo con la Sala, les advertirá decorosamente lo que convenga; y si pasada otra media hora después de esta admonición, continuasen aún en sus divagaciones, podrá retirárseles la palabra, declarando que el oficio judicial está ya suficientemente instruido²⁷.

Ya sabemos que el Colegio de Abogados de Madrid no esperó a la *Consulta* para publicar, en sus *Observaciones* de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, su preocupación por el trato que dispensaba a los letrados. Es más, no parece que la remisión de su informe obedeciese a mandato legal alguno, sino más bien a su propia iniciativa e interés. La misma preocupación mostraron los Colegios de Barcelona, Valencia y Zaragoza²⁸. Las cuatro corporaciones expresaron, además, sus numerosísimas dudas y censuras respecto a las bondades procesales que la *Instrucción* pretendía ofrecer. En este sentido el Colegio de Valencia concluía:

La Junta no halla términos hábiles para desempeñar la abogacía con arreglo a la Instrucción, y esto indica que no los hay para patrocinar cumplidamente a los clientes: el letrado que tenga simultáneamente dos negocios a su cargo, no puede desempeñarlos concienzudamente²⁹.

Las observaciones de los Colegios de Abogados, que en gran parte también lo serán de la judicatura, se centrarán más que nada en el excesivo laconismo con que se trata cada uno de los trámites y en la excesiva premura de los tiempos, especialmente para la práctica de las pruebas. Una premura que, según ellos, hacía naufragar la justicia. El Colegio de Barcelona manifestaba que, tal y como queda establecida en la *Instrucción*, «inaplicable resultará en la práctica en la mayoría de juzgados, si no se permite a los jueces el nombramiento de auxiliares instructores». El de Valencia llegaba al extremo de manifestar que «nuestro procedimiento civil anterior a la Instrucción era sin duda uno de los

²⁷ Las turbulentas relaciones de los tribunales con los abogados ya venían de lejos. De ello parece que se hace eco la legislación, que toma partido a favor de los tribunales.

²⁸ Véanse las *Observaciones* del Colegio en Madrid en «Observaciones sobre la Instrucción...», *RGLJ*, III (primer cuatrimestre de 1854), pp. 13-92. Los informes de los Colegios de Barcelona, Valencia y Zaragoza véanse en *ACGC*, 3, 2, 2, fols. 132, 138 y 144, respectivamente. Frente al más comedido informe de Barcelona, los de Zaragoza y Valencia, desde el respaldo que ofrecen al extenso y minucioso informe de Madrid, resultan mucho más directos, implacables y beligerantes, destacadamente el de Valencia, hasta el punto de que pide, no sólo su reforma, sino la completa y definitiva supresión de la *Instrucción*. Es una crítica despiadada que, sin entrar en la individualización de artículos, pretende mostrar la imposibilidad de que con los reducidos términos de la *Instrucción* se pueda atender con el suficiente conocimiento de causa a pleitos mínimamente relevantes; imposibilidad que abarcaba tanto a los jueces como, y especialmente, al relator y a los abogados.

²⁹ *ACGC*, 3, 2, 2, fol. 141.

mejores de Europa; había en él unidad de pensamiento, lógica, previsión y filosofía»³⁰. Manifestaciones, precisamente, fuera de toda lógica, previsión y filosofía; al menos, para el legislador del momento.

Efectivamente, el ritualismo y la identificación que los abogados establecían entre los términos *solemnidad* y *dilación* de los trámites con el de *seguridad jurídica*, la relación excluyente entre ésta y la *brevedad del juicio*, «hermanos enemigos» en palabras del Colegio de Madrid, eran, ciertamente, postulados cada vez más desfasados para la doctrina contemporánea³¹. De la misma manera eran difícilmente asumibles para un Gobierno inmerso en un proceso de renovación procesal que perseguía, entre sus principales objetivos, la agilidad procedimental, la minoración de costes y la premura resolutoria³².

Desde las instancias judiciales, las exposiciones que Audiencias y juzgados de primera instancia remitieron al Ministerio serán diferentes y mucho más variadas entre sí que la homogeneidad mostrada por los Colegios de Abogados³³. En líneas generales, son observaciones más concisas y benevolentes con la *Instrucción* que las de los colegios, especialmente las de los juzgados. Eso sí, al igual que las de estas corporaciones, se centrarán en los trámites y, sobre todo, en la premura de los tiempos. En cualquier caso, van desde la adhesión más entusiasta³⁴, hasta la presentación de una nueva redacción modificada de la

³⁰ ACGC, 3, 2, 2, fol. 143.

³¹ La propia *Instrucción* pretendía recompensar a los tres jueces de primera instancia de cada audiencia «que hayan sustanciado con mayor actividad los pleitos en que hubiesen entendido». Así pues, la rapidez como presupuesto de la eficacia judicial era uno de los pilares en que debía sustentarse, y se estaba sustentando, la reforma de la administración judicial en estos momentos, lo que era más evidente, si cabe, en el proceso penal; J. VALLEJO, «Justicia en casos. Garantía, código y prueba en el procedimiento penal decimonónico», *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, coord. Marta Lorente Sariñena, *Cuadernos de Derecho Judicial*, VI (2006), pp. 325-360.

³² Para Vicente Hernández de la Rúa, y a propósito de la exposición *sucinta* de los hechos y fundamentos de derecho en la demanda de la futura ley de enjuiciamiento civil, era necesario terminar con el *escándalo* que en ocasiones llegaba a adquirir la dimensión de los alegatos y el número de escritos presentados por los abogados, con la finalidad, entre otras, de que «la profesión de la abogacía se ejerza con toda la dignidad propia de su objeto; para que nunca sea necesario reproducir ciertas frases duras de la esposición que procedía a una *Instrucción* que tanto alarmó a los que se creyeron aludidos»; véase en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento...*, II, p. 41.

³³ Hablamos de los juzgados de Barcelona, Cáceres, Granada, Lérida, Murcia, Santa Cruz de Tenerife, Sevilla, Valencia, Valladolid y Zaragoza, y de las audiencias de Albacete, Burgos, Barcelona, Cáceres, Canarias, La Coruña, Granada, Oviedo, Pamplona, Valencia y Valladolid.

³⁴ Algunas de las observaciones de los juzgados de Cáceres y Sevilla son, sin duda, desproporcionadas. Dice el de Cáceres: «En cuantos casos han ocurrido en el Juzgado de 1.ª Instancia de esta capital, no ha ofrecido inconveniente alguno la aplicación de dicho procedimiento, antes al contrario, sus ventajas han sido palpables y satisfactorias a los interesados y honrosas para los que por cualquier concepto han intervenido en los juicios»; o bien: «satisfaciendo cumplidamente a cuantos demandan justicia»; o bien: «se ha puesto un dique al desbordamiento de malas y abusivas prácticas»; para terminar con «me permitirá V. E. que cumpliendo con la Real Orden citada le signifique mis deseos de que se declare el procedimiento establecido general para todos los asuntos civiles de cualquiera naturaleza». ACGC, 3, 2, 2, fols. 91 y 92. El decano de los jueces de Sevilla dice: «pendientes de sustanciación y en diferentes estados de ella 24 pleitos ordinarios y 1 ejecutivo, y se han fallado definitivamente 12 de la primera clase y 1 de la última; en ninguno de ellos se

Instrucción que afectaba a casi todo el articulado, con los motivos y razonamientos propios sobre cada propuesta de cambio³⁵, pasando por manifestaciones mucho más comedidas o equilibradas³⁶.

Salvo los juzgados de Cáceres y Sevilla, todas las demás instancias, especialmente las Audiencias, perseveran en el insuficiente tiempo y en la escasa experiencia con que han contado, hasta el punto de que algunas sedes se limitan a relatar los pocos pleitos o interdictos que han tramitado o que se encuentran tramitando³⁷. Por lo tanto, sí hubo, y no pocas, objeciones por parte de las instancias judiciales.

ha notado el más mínimo inconveniente» (fol. 42). En parecido sentido el juez de Valladolid expone que «Principalmente en los interdictos posesorios, es tan evidente y palpable la utilidad que presenta el nuevo procedimiento comparado con el antiguo, como lo es la claridad del día después de la oscuridad de la noche» (fol. 123 del mismo documento). No obstante, reconoce que sólo ha substanciado dos juicios ordinarios, y que ambos habían llegado a su término a los 40 días de haberse iniciado.

³⁵ ACGC, 3, 2, 2, fols. 5 y 39. La propuesta de la audiencia de La Coruña, aunque más breve que la de Burgos, era más contundente. Como observación general, resumía así: «Si la necesidad de que la acción de la Ley sea espedita en los juicios civiles, y de que tenga el término más pronto y menos dispendioso, combinada con el principio de que a los litigantes se les conceda una defensa razonada y tan amplia que en ningún caso, ni por pretexto alguno se arriesgue el descubrimiento de la verdad, facilitando el acierto o la justicia en los fallos, es la base segura de todo sistema de procedimiento, parece, a mi juicio, que considerados en conjunto los términos legales que la Real Instrucción de 30 de Setiembre de 1853 marca para la sustanciación de los juicios civiles, a que se contrae, no hermana suficientemente el principio de celeridad y economía con la seguridad de que los fallos correspondan a la verdad de los hechos». Menos estructuradas, pero especialmente extensas son también las observaciones de la audiencia de Valladolid, centradas, siempre desde la experiencia propia, en los emplazamientos, rebeldías, términos y periodo probatorio de segunda instancia, sobre todo, artículos 43 y 44.

³⁶ Para la audiencia de Albacete: «No dejaremos de espresar nuestro asentimiento a la generalidad de las disposiciones que contiene la Instrucción, y al laudable objeto que desde luego se descubre en ella, aunque comprendemos que no dejarán de presentarse varios inconvenientes al aplicar algunas de sus disposiciones». ACGC, 3, 2, 2, fol. 4. Los jueces de primera instancia de Granada indicaban «las reformas que en su concepto pueden introducirse», desde la consideración «incuestionable» de que la *Instrucción* «satisface la más apremiante exigencia de nuestra época, a saber, el término breve de los pleitos» (fol. 97). Como anodino podemos calificar el informe de los jueces de Murcia, que evidencia, más que nada, el mero cumplimiento del trámite (fol. 109). Comedidas igualmente son la audiencia de Cáceres y los juzgados de Barcelona.

³⁷ La Audiencia de Granada se limita a dos brevísimas observaciones, sobre apelación en rebeldía y sobre redacción del apuntamiento por el relator. Más que otra cosa, pensamos en la elaboración rápida y precipitada de un informe desde la ausencia más absoluta de práctica al respecto. No habiendo pasado por el «crisol de la experiencia», la audiencia de Pamplona optaba por mostrar sus observaciones, o más bien quejas, en atención a los únicos autos que en el momento se hallaban en curso, y que se centraban, fundamentalmente, en la cortedad de los términos de comparecencia. Hace lo propio el juzgado de Cáceres, que manifiesta haber tramitado sólo dos pleitos de mayor cuantía, los dos finalizados con sentencia, una de ellas «razonada». Aun así, el informe no expresa objeción ni comentario alguno sobre esta novedad. El juzgado de Santa Cruz de Tenerife dice basar su experiencia en sólo una demanda ordinaria y dos interdictos posesorios; los de Valladolid y Zaragoza en dos cada uno de ellos. Contrariamente, el juzgado de Lérida dice que «varios, y no en escaso número según el tiempo transcurrido, han sido los juicios de despojo y de alimentos que se han sustanciado, y los más ejecutoriados con arreglo a la Instrucción citada, en este juzgado. Y por sus resultados se acreditan las ventajas de lo que sobre el particular dicha ins-

Muchas de ellas, especialmente de los juzgados, insistían en la cortedad de los tiempos legales de personación de las partes y de presentación de autos y escritos, al tiempo que sugerían su ampliación. En este punto son plenamente coincidentes con los Colegios de Abogados³⁸. Pero en otras ocasiones, sin embargo, las propuestas son divergentes o, al menos, discurren en defensa de una mayor discrecionalidad para el tribunal. Ninguna instancia desaprovecha la ocasión de reprochar el término probatorio, que según el artículo 15 no debía bajar de ocho días ni exceder de treinta, proponiendo una mayor flexibilidad, sin necesidad, decía la Audiencia de La Coruña, de llegar a los 80 días de la legislación histórica³⁹. Ciertamente, y en pro de una mayor rapidez de la tramitación procesal, la *Instrucción* optaba por unas medidas que podemos considerar, cuando menos, drásticas, máxime si consideramos las comunicaciones del momento, como bien recordaban las instancias insulares⁴⁰.

Que el número de magistrados asistentes para ver y fallar en segunda instancia debiera ser el de cuatro, es decir, número par, también fue una cuestión criticada por los abogados, pero no así por los tribunales. Como se criticó por aquéllos que el artículo 57 imprimiera una tramitación de oficio a un procedimiento en el que, de suyo, debiera regir el impulso de parte⁴¹.

Otro punto en el que los tribunales expresan una disconformidad casi generalizada con la *Instrucción*, como también algunos Colegios de Abogados, es en la supresión de los alegatos de bien probado, «así para que los litigantes presenten su resumen del resultado de las cuestiones de hecho y de derecho, como para la más fácil inteligencia por parte de los jueces, y por consiguiente en

trucción dispone» (fol. 104). Exagerada parece la afirmación del juez decano de Sevilla, que, como hemos visto, afirma estar tramitando 24 pleitos ordinarios y uno ejecutivo.

³⁸ Como caso evidente y repetido, el traslado de la demanda al demandado del artículo 5.

³⁹ Aduciendo obvias razones geográficas, la audiencia de Canarias y, particularmente, el juzgado de Santa Cruz, son especialmente reivindicativos en la petición de términos más amplios y de un mayor arbitrio a su favor; ACGC, 3, 2, 2, fols. 113 ss. De *angustioso* calificaba este término el juez decano de Valencia.

⁴⁰ Variado es el sentido de tantas otras consideraciones, siempre en relación con los términos. Se pide una ampliación de los tres días fijados en el artículo 93 para la instrucción verbal de los interdictos. La audiencia de Burgos proponía suprimir el artículo 24, por el que se prohibía suspender el término probatorio, para que sí se permitiese en determinados supuestos. Las de Burgos y Cáceres aconsejaban la supresión del artículo 16, por el que se permitía a las partes alegar cuanto conviniese durante el término probatorio, proponiendo que, para evitar un exceso de peticiones, se limitasen a uno o dos escritos por cada parte. La de La Coruña, e igualmente la de Burgos, aun haciéndose eco de los graves perjuicios ocasionados a los letrados, abogaban por la supresión del artículo 28 en cuanto a la prescripción del señalamiento de día para la vista, substituyéndolo por el tradicional señalamiento por el turno que corresponda y rigurosa antigüedad del artículo 33 de las Ordenanzas para las Audiencias.

⁴¹ Los efectos que la constitución en rebeldía de cualesquiera de las partes pudieran tener sobre la práctica del apuntamiento por el relator –artículo 39– fue otra de las cuestiones más destacadas. La audiencia de Valencia se extendía en las consecuencias derivadas para el caso en que, redactado el apuntamiento por el relator, no compareciera ni se presentara como parte ninguno de los interesados; satisfacción de sus derechos y papel sellado. A este último tema se le prestaba una gran atención. Véase ACGC, 3, 2, 2, fol. 58. Respecto a Valladolid, véase fols. 67 ss. Sobre la tramitación de oficio, véase informe del Colegio de Barcelona, fol. 134.

beneficio de su más pronto fallo, circunstancia que no satisface la defensa oral, porque ésta no deja al juez el medio del estudio del alegato del bien probado en que está reasumido el hecho resultante de autos y el derecho al tiempo de dictar su fallo»⁴². Tanto judicatura como colegios reprochaban la insuficiencia de la información que se pudiera aportar en la vista y criticaban que lo único que se considerase fuese la prontitud en el fallo. Eso sí, desde la aceptación por parte de los abogados de la redundancia viciosa en que se solía incurrir con un segundo escrito, se insistía en que era suficiente con permitir sólo uno de los dos que la legislación histórica admitía⁴³. Igual crítica merecía la completa supresión de los escritos de mejora de apelación y su contestación⁴⁴. Sobre otra supresión, la de los escritos de réplica y dúplica en primera instancia, las valoraciones ya eran más diversas⁴⁵.

Pero, por encima de consideraciones y observaciones individualizadas, y aunque la mayoría de ellas fueran compartidas, es importante destacar e insistir en la muy diferente actitud mostrada por unos y otros ante la *Instrucción*. Mientras que la crítica vertida desde los Colegios de Abogados es feroz y descarnada, para la mayoría de tribunales se trataría de proceder únicamente a retoques puntuales. Y salvo en la cuestión de los señalamientos, no se observa como especialmente manifiesta la tan aludida tirantez entre abogados y magistrados que tanto había caracterizado la práctica forense durante tanto tiempo. Al margen, eso sí, de que desde la norma se quisiera reforzar la preeminencia de los jueces frente a los letrados. En otras palabras, que el éxito o fracaso de la orden no vendrá dado por cuestiones meramente técnicas o procesales.

⁴² Audiencia de Burgos; ACGC, 3, 2, 2, fol. 10. El Colegio de Barcelona, contrariamente a los otros, parece que consideraba un acierto suprimir estos alegatos desde el momento en que se permitía la defensa oral o escrita en la vista (fol. 134). De hecho, no eran pocos los autores que venían abogando por su supresión, desde Covarrubias a Febrero, dado que no aportaban nada a lo ya visto en el pleito; C. TORMO CAMALLONGA, «El fin del *Ius commune*: las alegaciones jurídicas en el juicio civil de la primera mitad del XIX», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 71 (1999), pp. 473-500, p. 484.

⁴³ Para el Colegio de Valencia, «el Reglamento Provisional con las leyes a que se refiere formaban un sistema de enjuiciar que, con ligeros retoques, podría elevarse a la perfección que cabe en las obras humanas. Suprimidas en los pleitos ordinarios las segundas alegaciones en primera instancia, reducidas a una por cada parte cuando no hubiese prueba, a la de agravios y bien probado cuando hubiese nuevas probanzas en las instancias ulteriores, escatimando aquéllas hasta lo sumo en las revistas [...]. ¿qué podría decirse del procedimiento reformado por el Reglamento Provisional?»; ACGC, 3, 2, 2, fol. 143.

⁴⁴ «Aun para fijar las cuestiones de hecho y de derecho, que toman con frecuencia después de la apelación un nuevo aspecto; cuando mejor que ese forzado silencio hubiera correspondido al fin de la reforma el exigir en ambas instancias la presentación de un resumen numerado de los puntos legales y de hecho que las partes sustenten en el juicio»; Colegio de Abogados de Barcelona; ACGC, 3, 2, 2, fol. 136.

⁴⁵ «Está en libertad de presentar o no [el actor] escrito de réplica», decía el Colegio de Valencia; ACGC, 3, 2, 2, fol. 118. Efectivamente, y según el artículo 16, el actor podía replicar a la contestación una vez abierto el periodo de prueba, pero no cabía la dúplica. Y lo que no cabía era la presentación de estos escritos con anterioridad a la apertura del pleito a prueba, como venía sucediendo hasta ahora, para delimitar claramente las posiciones de cada parte.

2.2 LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA: *UN MANANTIAL DE DISCORDIAS EN LOS TRIBUNALES*

Es precisamente con ocasión de la motivación de la sentencia, cuando asistimos a algunos de los comentarios más adversos hacia la *Instrucción* por parte de jueces y magistrados. Aun así, no todas las opiniones –escasas– irán en el mismo sentido ni permitirán generalizaciones. Eso sí, todas ellas recalcarán la falta de una fórmula precisa y clara para objetivar el alcance de la frase «cuando así lo reputen conveniente» del artículo 68.

Ruperto de Mier y Terán, juez de primera instancia de Santa Cruz de Tenerife, al tiempo que reprocha este arbitrio de los jueces, emite un juicio de valor muy poco al uso, por su convencimiento en beneficio de la motivación:

No alcanzo la razón porque ha de dexarse al arbitrio de los Jueces y Tribunales fundar o no las sentencias definitivas y las interlocutorias de igual clase. A juicio mío, el precepto debía ser absoluto, obligatorio como en las causas criminales, para que se medite más sobre los fallos y se convenza a los litigantes de la justicia con que se han dictado⁴⁶.

Desde la perspectiva de este juez, el objetivo inmediato de la motivación debe ser doble: conseguir una mayor elaboración y meditación de las resoluciones por parte del mismo juez, así como un mayor convencimiento de las partes sobre la justicia y la oportunidad de la resolución.

La Audiencia de Barcelona asume la actitud contraria, la del rechazo a la motivación, en función de la clásica argumentación de la falta de una legislación unitaria, y de que la existente se halla repleta de contradicciones y confusiones:

Esta Audiencia, que no desconoce que la Instrucción, estirpando abusos interesados, ha hecho un gran bien a la Sociedad y mejorado la administración de justicia, todavía cree que, aunque se detenga algo la celeridad con que hoy marchan los negocios, si esta dilación aprovecha para que el oficio judicial se instruya mejor, y sus decisiones sean más acertadas, poco puede importar el transcurso de algunos días, y entiende que a ello podrían conducir los alegados de bien probado en 1ª instancia, y en 2ª los escritos de agravios y su contestación, mayormente debiéndose cumplir por los Jueces y Tribunales con lo dispuesto en el art.º 68, lo cual ofrece suma dificultad en general por el estado de nuestra actual legislación esparcida en muchos y diversos Códigos, sin hallarse cumplida en uno sólo como en otras Naciones conforme a los adelantos de la época; y si en todas las Audiencias será tarea ímproba para el Ministro ponente el fundar una sentencia, en ésta ha de acrecer extraordinariamente este trabajo por la Legislación especial del país, en que hay que registrar primero las Leyes de la Novª. Recopn. posteriores a 1715, en que se dio el Derecho de Nueva Planta, luego los Fueros Municipales y privilegios de algunas Ciudades, tales como la presente y Tarragona, que los tienen concedidos para

⁴⁶ Informe de 6 de marzo de 1854; ACGC, 3, 2, 2, fol. 116.

ciertos y determinados casos, y como derecho supletorio en falta de disposición de las Leyes y Fueros citados, el Derecho Canónico, el Romano y por último el Derecho Patrio. Si este aumento de trabajo y las dificultades e inconvenientes, que en la práctica puede ofrecer al fundar los fallos en los asuntos civiles merecieran ser atendidas, podría diferirse el cumplimiento de la disposición del artículo 68 para cuando se publique el Código Civil⁴⁷.

Este informe introduce además en el debate una nueva e interesante cuestión, como era la prelación de derechos en Cataluña tras los decretos de Nueva Planta. La Audiencia parece defender un posicionamiento diferente al que hasta entonces se había mantenido por la mayoría de los agentes jurídicos, e incluso por la misma Audiencia en consultas anteriores⁴⁸.

Para la Audiencia de Barcelona de estos momentos, la ausencia de un código unitario, a imitación de los ya existentes en otras naciones, con una legislación clara y actualizada, dificultaba sobremanera la concreción de la ley aplicable a cada caso. En un territorio foral como era Cataluña, la Audiencia planteaba que la motivación de las resoluciones judiciales conllevaría la necesidad de fijar definitivamente la prelación de derechos. Y digo definitivamente porque la inmotivación había sido precisamente una de las principales razones por las que se había permitido eludir o postergar indefinidamente en el tiempo una cuestión, que en ningún momento ni por ninguna disposición legal había quedado concluyentemente zanjada, como era la determinación exacta de la prelación entre los distintos tipos de fuentes jurídicas del derecho catalán, y del derecho en Cataluña, tras la Nueva Planta de Felipe V⁴⁹. O sea, que la motivación vendría a exigir la explicitación de la preeminencia de unas normas sobre otras, de un ordenamiento sobre otro; lo que hasta entonces, de una manera u otra, se había podido obviar. Es más, mientras no se exigiese la fundamentación jurídica, poca trascendencia iba a tener en muchas disputas, y especialmente en materia privada, mantener la defensa de una u otra prelación.

En este sentido, la exposición de la Audiencia llama la atención por la prelación de derechos que establecía para Cataluña: Derecho castellano posterior a la Nueva Planta, Derecho municipal, Derechos canónico y romano por este orden y, finalmente, Derecho patrio —que podemos entender como catalán—. El *capítol de cort* aprobado por Martín el Humano en cortes de 1410, junto con la *constitució* aclaratoria aprobada en Cortes de Barcelona de 1599, constataban, pues así lo interpretaba la doctrina y se aplicaba en los tribunales, que, en defecto de los derechos municipal y general, se aplicara el Derecho común, incluyendo la doctrina de los doctores. Sin embargo, la Audiencia de Barcelona antepo-

⁴⁷ ACGC, 3, 2, 2, fols. 23-24.

⁴⁸ G. M.^a DE BROCA, *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil y exposición de las instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia*, t. I, Barcelona, 1918, pp. 424 ss.

⁴⁹ Sin ánimo de exhaustividad, véase, por ejemplo, J. M.^a PÉREZ COLLADOS, «La tradición jurídica catalana (valor de la interpretación y peso de la historia)», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 74 (2004), pp. 139-184.

nía en estos momentos los Derechos canónico y romano al catalán, sin mención ninguna al importante papel de la doctrina. Es más, tal y como se entendió en la práctica, el Derecho castellano sólo regiría en defecto de este bloque normativo, sin distinción de que fuera anterior o posterior a 1716. De hecho, las alegaciones jurídicas de los pleitos civiles que se estaban presentando en la primera mitad del siglo ante la Audiencia de Barcelona, suelen subrayar la preeminencia del Derecho territorial catalán sobre el castellano⁵⁰. Aunque también sabemos que el discurso de los letrados podía girar alrededor de cualquier tipo de cita o aportación legal de cualquier ordenamiento, indistintamente y según la causa y el interés en cuestión⁵¹.

Para oponerse a la motivación, este informe apunta, pues, al argumento clásico de la confusión normativa generalizada. Una confusión y desarreglo que, eso sí, se acrecienta sobremanera en los territorios forales y que, contrariamente, decrece en los territorios no forales, como Valencia, que lo había dejado de ser en el siglo anterior. Sin embargo, y aún así, son precisamente la Audiencia de Valencia y sus juzgados los que mayor hostilidad van a presentar ante la motivación. Aunque como primer y más importante argumento alegarán dicho desorden normativo, también se recrearán en otras coartadas ciertamente desfasadas en estos momentos. Por ser particularmente ilustrativo el informe de esta Audiencia, he considerado oportuno transcribir el siguiente extracto:

Al apreciar el artículo 68 y reconocer esta comisión el alto fin que S. M. se propuso, conveniente sería elevar a consideraciones filosóficas y jurídicas que la premura del tiempo no permite consignar en el presente dictamen, aunque su índole y sus límites lo consintieran. Pero en la Instrucción de treinta de setiembre se dice que nuestra legislación es heterogénea e inmetódica, y que los *encausados* en el servicio de la justicia saben que la jurisprudencia sufre hoy, en muchas ocasiones, los defectos de la ley civil. Estas verdades notorias no son sólo aplicables al sistema de instrucción judicial; pertenecen también a la esencia del procedimiento, son extensivas a la recta y cumplida administra-

⁵⁰ «Esta Provincia se gobierna y se ha gobernado siempre por sus constituciones y por el derecho Canónico y Romano en materia de testamentos»; véase *Memoria jurídica a favor de la señora D.ª María del Carmen Madriguera y Cot, González de Varea...*, Barcelona, 1827, Archivo del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia (en adelante, AICAV), 12-6149-1, fol. 17. «¿Podría la ley Recopilada aplicarse a la Provincia de Cataluña, que se gobierna, en cuanto a instituciones y substitutiones temporales de heredero, por reglas tan diversas de las demás partes del Reyno?», se pregunta el letrado para responder: «Este Principado se gobierna por sus constituciones y por el derecho Canónico y Romano en materia de testamentos». Véase *Memoria por la masa de acreedores del difunto José Pedro Sbater, comerciante que fue de Cádiz y de Barcelona...*, AICAV, 1-2770-10, Barcelona, 1828, fols. 13 y 19.

⁵¹ Así, por ejemplo, en una alegación jurídica de 1828, sobre reivindicación de la baronía de Albi y Cervià, el abogado aporta indistintamente una cita de las Constituciones catalanas, una de *Partidas*, otra de las *Leyes de Toro* y otra de *Novísima*, más una del *Código* de Justiniano. Mientras, destaca preferentemente la interpretación de los *Jurisconsultos Provinciales* –entiéndase catalanes–, o bien lo hace indistintamente con los *Nacionales*. Véase *Defensa legal de D. José María de Sullá y de Mora en la reivindicación de la Baronía del Albi y Cervià contra...*, Barcelona, 1826, AICAV, 1-2766-2. Es más, nos constan otros informes en derecho, también sobre cuestiones sucesorias, en las que no se aporta ninguna cita legal catalana y sí *Partidas* y *Novísima*.

ción de justicia. Mientras carezcan los tribunales de un buen código civil, no es posible fundar siempre las sentencias. Prescindiendo de las empeñadas cuestiones que los jurisperitos han sostenido acerca de la conveniencia o inconveniencia de razonar los fallos, puesto que no es esta la ocasión de renovar tales debates, la experiencia ha enseñado no sólo la dificultad, sino la imposibilidad absoluta en muchos casos de hallar esos fundamentos, por más que se registren con incesante afán nuestros códigos. Cuestiones se ventilan en los tribunales que pueden decidirse citando una ley clara y terminante, pero otras hay, y son las más, que no están previstas en ninguna ley, en ninguna doctrina legal, en ningún precedente de jurisprudencia siquiera. Esas cuestiones se resuelven o por los eternos principios de justicia universal, o por los axiomas inconcusos de equidad natural, o por las reglas del derecho común, y hasta por las inspiraciones de la recta razón o del buen sentido. Hay, además, litigios tan temerarios y tan notoriamente inicuos, que cuasi sería una ridiculez o una puerilidad el citar los fundamentos de la absolución o de la condenación, y otros tan singulares y extraordinarios que es preciso violentar una ley y arrastrarla, por decirlo así, a los autos para que sirva o aparente servir de fundamento a la sentencia. El artículo sesenta y ocho podrá ser (mientras no se publique el código civil) un manantial de discordias en los tribunales, porque aun conviniendo todos los magistrados de la respectiva sala en la esencia y justicia del fallo, disenterán en sus fundamentos. Finalmente, Exmo. Señor, la santidad de la cosa juzgada y la reverencia que se tributa a esos fallos de nuestros tribunales, considerados como oráculos sagrados e infalibles, desaparecerían al momento en que un litigante o sus defensores se propusieran desvirtuarlos o ridiculizarlos. Solo al Supremo de la Nación, donde, como ha dicho el gobierno de Su Magestad, se congregan y resplandecen las respetabilidades de nuestra Magistratura, se le impuso por el Real Decreto de cuatro de noviembre de mil ochocientos treinta y ocho la obligación de fundar sus fallos; mas a pesar de la alta esfera en que está colocado, y de que el pensamiento fue establecer y fijar la jurisprudencia, sabido es con cuánta dureza se han comentado sus decisiones y los fundamentos en que estriban. Aunque se apoyaren las sentencias en doctrinas legales, resultarían los mismos inconvenientes, puesto que los llamados intérpretes del derecho han logrado sembrar tal confusión y anarquía en las regiones de la ciencia, que contra una doctrina hay otra doctrina, contra un principio otro principio, contra un axioma otro axioma, contra una jurisprudencia otra jurisprudencia⁵².

En similares términos se manifiesta el decanato de los jueces de primera instancia de la misma ciudad. Desde una posición mucho más al uso, insiste en el argumento tradicional de que la motivación evidenciaría las contradicciones legales, convirtiéndose, en la práctica, en un estímulo para la presentación de recursos de nulidad:

⁵² Informe de 4 de enero de 1854; ACGC, 3, 2, 2, fols. 63-64. Si en este informe se habla de «manantial de discordias en los tribunales» en el documento 3, y a modo de notas resumidas sobre los comentarios de todas las audiencias, se dice que la de Valencia calificaba la propuesta de fundar las sentencias como «manantial de disgustos a la sala».

Por último, el esponente no puede menos de manifestar la dificultad y hasta imposibilidad en muchos casos de que pueda cumplirse bien lo que dispone el artículo sesenta y ocho de la referida Instrucción de treinta de Setiembre. Sin un código donde se hallen reunidas y ordenadas todas las disposiciones del derecho civil, es cuasi imposible, como se ha dicho, fundar las sentencias en los pleytos de esta clase, y mayormente estando aquéllas esparcidas, como sucede en nuestra Nación, en tantos códigos, muchísimas no comprendidas en ninguno de ellos, como son todas las contenidas en Leyes, Decretos, Reales Órdenes de época moderna, y en las resoluciones con fuerza de Ley del Supremo Tribunal de Justicia, y cuando en muchísimos casos ha de estarse también por falta de ella a la jurisprudencia establecida por los tribunales. Dificultoso es, pues, que los jueces puedan fundar sus decisiones, y la obligación que se les impone de hacerlo necesariamente dará lugar en la humilde opinión del informante a multitud de recursos de nulidad⁵³.

Respecto a la posición de los abogados ante la motivación de la sentencia, podemos calificarla como diversa. En pocas y lúcidas palabras lo resumía el Colegio de Barcelona, al entender que «la necesidad de fundar siempre las sentencias», no era más que una de las «grandes y positivas mejoras introducidas en beneficio de los litigantes de buena fe y que minoran los dispendios inseparables del litigio»⁵⁴. Obsérvese que el Colegio no se refería, como el artículo 68, a una fundamentación presente sólo cuando los jueces lo reputaran conveniente, sino que debía ser exigible *siempre*. No en balde, y en su opinión, la motivación aclaraba y ayudaba a perfilar las líneas de actuación de los abogados en casos posteriores similares. Pero hemos calificado como diversa la posición de los abogados sobre esta cuestión porque, insistimos y por extraño que pareciese, las referencias del Colegio de Abogados de Barcelona tal vez fueran residuales. Así, y como hemos visto, el largo escrito de *Observaciones* del Colegio de Madrid no le concede a esta cuestión ni una sola línea, como tampoco le prestan la más mínima atención los Colegios de Valencia ni Zaragoza.

Vemos, pues, que incluso desde la perspectiva de los abogados, el de la motivación de la sentencia es un tema de relevancia muy secundaria.

2.3 LOS ESCRITOS DE LAS PARTES

Fijada la motivación jurídica de la sentencia, la *Instrucción* sigue sin permitir a las partes la alegación de Derecho por escrito. Audiencias y juzgados parece que se muestran reacios, si bien los comentarios al respecto son más bien parcos y poco concluyentes. Es el caso del juez de primera instancia de Zaragoza:

⁵³ Informe de 7 de enero de 1854; ACGC, 3, 2, 2, fols. 121-122. Porque, como decimos, el problema ya no era sólo la inexistencia de un código unitario y completo, en este caso de derecho civil, que pusiera fin a las incoherencias y contradicciones internas de la normativa vigente, sino el mismo conocimiento de las normas en su exactitud, su vigencia y su jerarquía; M. LORENTE SARIÑENA, *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Madrid, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 108 y ss.

⁵⁴ ACGC, 3, 2, 2, fol. 134.

Dentro del término de prueba parece inoficioso el que las partes aleguen de su derecho, pues que en sus peticiones sólo podrán concretarse a alegar los hechos que no lo hubiesen sido en la demanda y contestación, atento a que para lo primero carecen del resultado legal de la prueba, y fundado en esta imposibilidad, es de opinión el informante que la alegación de las partes sea una sola después de transcurrido dicho término, cuyo medio facilitará más el concepto que deba formarse del negocio, siempre que quedan consignados por escrito los méritos del mismo, y no pueden pasar desapercibidos con la facilidad que los razonamientos que son objeto de las defensas orales⁵⁵.

No estamos en condiciones de concretar el alcance de las alegaciones de derecho a que se refiere este juez, que entendemos incluidas en el artículo 16. Aunque no sabemos si se referían a la posibilidad de las partes de explicitar clara y terminante las normas jurídicas, o bien a la simple defensa material de sus pretensiones, que ya se recogían en la demanda y su contestación, nos inclinamos por esta última opción, en la línea de lo que venía ocurriendo hasta ahora. La aportación de derecho al proceso continuará circunscrita a las alegaciones o informaciones en derecho finales. Aun así, valga este extracto para resaltar la arraigada preeminencia procesal de los *hechos* sobre el *derecho*.

Es cierto que, a diferencia de lo que ocurría en el juicio de menor cuantía, ahora se permite la asistencia de abogado a la vista, lo que puede indicar que sí se podía alegar en Derecho oralmente, cosa que también se recogía en la legislación histórica. Según el artículo 63, esta defensa oral, en Derecho o no, se podía substituir por un alegato escrito y firmado por letrado, que, en su caso, se uniría a los autos:

Será potestativo a las partes presentar o no abogados para la defensa oral, tanto en los tribunales superiores como en los inferiores, o hacer aquélla por escrito en el acto de la vista por medio de alegato firmado de letrado. Si la extensión de la defensa escrita excediese de diez pliegos, se suprimirá su lectura pública, sin perjuicio de que se una a los autos.

En este punto nos surge un problema, y no menor. Cuando se habla de *alegato firmado de letrado* no alcanzamos a saber, como en tantas otras cuestiones de la *Instrucción*, si se está refiriendo a los alegatos de bien probado, tradicionalmente anteriores a la vista y que según interpretación de juzgados y colegios habían quedado suprimidos, o bien a las alegaciones o informaciones en derecho, posteriores a la vista, y sobre las que nada habían comentado tribunales ni colegios. Es posible, incluso, que se esté intentando una fórmula todavía más innovadora, como era la de reunir en un solo trámite, el de la vista, los alegatos de bien probado y las informaciones en Derecho, refundiendo ambos escritos en uno solo; hechos y derechos. Se trataría, en cualquier caso, de una propuesta, ciertamente aventurada, que vendría a ser otro paso más en esa búsqueda desahogada de la rapidez en la tramitación y de la economía procesal. Una propues-

⁵⁵ ACGC, 3, 2, 2, fols. 129-130.

ta que también podría entenderse como otra exhibición de esa desconsideración de los redactores de la *Instrucción* hacia los letrados, en la misma línea de otros tantos artículos.

Sorprende que, según el mismo artículo, estos escritos tuvieran un carácter claramente subsidiario respecto a la defensa oral; además, los escritos se leerían y, para el caso de exceder los diez pliegos, «se suprimiría su lectura pública, sin perjuicio de que se una a los autos». Es decir –y a discreción de los tribunales–, en ningún momento se aseguraba una completa defensa ni oral ni escrita; ni siquiera quedaba asegurada la unión de los escritos a los autos.

Puesto que en ningún momento se está hablando de una defensa estrictamente jurídica, podríamos pensar que sólo se están reformulando y reubicando los alegatos de bien probado. Sin embargo, no creemos que fuera tamaña equivocación la de los tribunales y colegios cuando daban por sentada su supresión. Creemos que la siguiente queja del Colegio de Abogados de Valencia redundaba en la supresión de estos alegatos:

¿Cómo se habrá de sustanciar ahora en segunda y última instancia, sin más información que un escrito de diez pliegos o un informe oral, y juzgar el pleito que siguen el Marqués de Albaida y el de San José sobre las baronías de Torralba, Otos y Miserá y otros bienes de inmenso valor, siendo así que el proceso no fallado aún en primera instancia y sin llevar unidos los documentos que ha presentado el Marqués de S. José y que por voluminosos han quedado en el oficio del actuario, cuenta mil ciento dos folios? ¿Será posible si quiera que el relator, aun dispensándole de todo otro trabajo (cosa que no puede hacer tampoco el Tribunal, según la Instrucción), practique el apuntamiento de tan abultado proceso y complicado y difícil negocio?⁵⁶

Comentarios de juristas coetáneos se decantan por argumentar que este artículo se refería a las antiguas alegaciones jurídicas. Es el caso de Nougés Secall, en el que, sea dicho, echamos de menos una mayor concreción de ideas. A propósito de las alegaciones jurídicas en la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855, este autor señalaba que el artículo 63 de la *Instrucción* se refería implícitamente a ellas. Tal y como había hecho la legislación histórica, la *Instrucción* señalaba, según él, las reglas a que debía sujetarse su presentación, y que sólo cabían en los pleitos en que la sala lo considerara necesario atendida su importancia. Sin embargo, de la lectura de la *Instrucción* ni se observan reglas, a no ser respecto a su lectura por los letrados, ni se fija que sólo cupieran en los pleitos de especial relevancia, ni mucho menos se señalan cuáles deben ser éstos.

Nada dice Secall sobre el carácter manuscrito o impreso de las alegaciones –sobre lo que tanto hablaba en relación con la legislación histórica y con la nueva *Ley de Enjuiciamiento Civil*–, pero sí alababa del marqués de Gerona el que «había dado una extraordinaria latitud a la defensa por escrito». El origen y la formación eminentemente práctica de este autor –como abogado que era de

⁵⁶ ACGC, 3, 2, 2, fol. 140.

los Colegios de Madrid y de Zaragoza, así como ex decano de este último, entre otros cargos— queda patente en sus manifestaciones a favor de los informes jurídicos, que, en su opinión, beneficiaban tanto a las partes como a sus letrados. A las primeras facilitaban «el medio de poner en claro su justicia, de consignar en los procesos un testimonio elocuente de su buena causa». A los letrados les dedica una mayor atención:

El escrito hacía ver si el abogado había examinado y debatido completamente la cuestión y que pudiera exigírsele la responsabilidad moral, lo que no es dable cuando se usa meramente de la palabra, que es fugaz y que se desvanece apenas se pronuncia. Conocemos con Dupin las ventajas de la improvisación sobre una materia estudiada, pero en las que atañen a la justicia, desconfirmamos de los arranques de la improvisación y de aquellos argumentos que tienen el tinte de la actualidad y del momento, pero que por lo común carecen de solidez⁵⁷.

Desde una perspectiva todavía más pragmática, y en pro de una mayor celeridad en la administración de justicia, Nogués Secall alababa esta regulación precisamente por cuanto permitía salvar la falta de personación del letrado en la vista, considerando que hasta ahora, si no podía acudir por indisposición, la vista era suspendida⁵⁸. Otro halago de Secall a la *Instrucción* en este punto, es que no exigía el consenso de las partes respecto a la presentación de las alegaciones, sino que dependía del interés que cada una tuviera en ello, sin necesidad de trámites ni autorizaciones.

Si aceptamos, en definitiva, que el artículo 63 se refería a las informaciones en derecho y no a los alegatos de bien probado, debemos entender como derogada la legislación histórica en el punto que permitía la presentación de hasta dos escritos —ahora solo uno—, así como el límite en sus hojas o pliegos, veinte y doce —ahora diez—.

III. PRÁCTICA EN LOS TRIBUNALES

Valioso es teorizar sobre el contenido y sentido de las normas procesales; sin embargo, y en consideración del que escribe, su estudio se nos mostraría incompleto si no nos acercásemos a su materialización en el foro. De ahí que en su momento apuntásemos que éste no iba a ser un trabajo tanto doctrinal o legal como práctico. A lo largo de las siguientes páginas intentaremos aproximarnos, aunque sea fugazmente, a la realidad diaria de los tribunales durante los años anteriores a la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855 y no sólo bajo la vigencia de la *Instrucción* de 1853, dada la cortedad de su vigencia. Nos centraremos, eso sí, en la alegación de derecho por las partes, así como en la formulación y

⁵⁷ M. NOGUÉS SECALL, *Tratado de Práctica Forense Novísima, según la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855*, 3 vols., Madrid, 1856, II, p. 281.

⁵⁸ ARV, *Escribanías de Cámara*, 1841, núm. 36, fol. 120.

motivación de la sentencia; todo ello en pleitos tramitados ante la Audiencia de Valencia, elegidos más o menos al azar por su disponibilidad material de consulta. Téngase en cuenta, además, que sólo nos referiremos a aquellos pleitos en los que hemos encontrado alguna referencia digna de consideración a nuestros efectos, que son los menos.

Por lo que respecta a nuestro objeto de estudio, lo más destacable a mediados del Diecinueve es la continuidad con la praxis judicial, alegatoria y resolutoria, del siglo anterior. Es obvio que nos vamos a encontrar ante unos mismos escritos; seguían sin acometerse de manera decidida, tanto la reordenación y reforma del Derecho sustantivo, plenamente vigentes *Novísima Recopilación y Partidas*, como la reforma procedimental. El estilo forense, la redacción letrada y judicial de los distintos trámites, seguirá por los mismos cauces. Tal vez asistimos a una cierta evolución en la forma de los escritos, a una composición que se va remodelando muy tenuemente y, en su caso, a tenor de las nuevas disposiciones que, hay que insistir, apenas modifican la estructura básica de la tramitación procesal. Como hemos visto con ocasión de la *Instrucción*, se tratará de unas reformas que en el desarrollo del proceso civil afectarán poco más que a los términos y al desarrollo de la prueba y su período, pero en ningún caso al contenido esencial de los escritos de las partes. Entendemos que un cambio de mayor envergadura vendría dado, en su momento, con motivo de la redacción de las sentencias⁵⁹.

Así pues, recogeremos a continuación diversas aportaciones de los letrados, así como alguna resolución judicial, que a modo de ejemplo pueden reflejar ese lento y pausado cambio, ese nuevo estilo que a mediados del siglo XIX empieza a vislumbrarse y que, en teoría, debió acelerarse con la aplicación de la *Instrucción* del marqués de Gerona, para consolidarse con la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855.

3.1 ESCRITOS DE LAS PARTES: INDICIOS DE CAMBIO

Un proceso sobre reivindicación de herencia y pago de cantidad, iniciado en 1840 por Bernardo Vicente contra los herederos de Antonio Puchalt, bien nos puede reflejar la realidad procesal de las primeras décadas del siglo. Es una tramitación en la que, siguiendo el estilo curial del siglo pasado, las partes no aportan citas jurídicas concretas, salvo vagas referencias del tipo «la ley marca que para dar curso a las demandas deba preceder antes el acto conciliatorio» –acorde con las nuevas disposiciones legales–; o bien, «la ley ni protege a lo vago ni da autoridad a lo incierto». Ésta es la tónica general del proceso; sin embargo, en el primer escrito presentado por el demandante, como hijo adoptivo que era, se introducían unas peticiones y alusiones legales muy poco habi-

⁵⁹ Véase en C. TORMO CAMALLONGA, «El abogado en el proceso y la argumentación en los informes jurídicos del XVIII», *Ius Fugit. Revista interdisciplinaria de estudios histórico-jurídicos*, 10-11 (2001-2002), pp. 1079-1131; «El derecho en las alegaciones jurídicas del siglo XVIII», *Saitabi*, 50 (2000), pp. 277-317; o «El fin del *Ius commune*: las alegaciones jurídicas...».

tuales hasta entonces, por su explicitación y por la exactitud en las citas. Por una parte, se identificaba de manera clara y concisa una disposición jurídica; por otra, se señalaba al juez el modo con el que debía proceder:

Bernat Vicent, labrador jornalero de esta villa [...] falleció mi padre adoptivo [...] por los derechos que me asisten sobre los bienes de mi padre adoptivo, es visto hallarme en el caso previsto en el artículo 27 que rige en la Ley de los juicios de paz al capítulo 2.º, procediendo en nuestro caso se preceptúe conforme al espíritu de la Ley de Conciliaciones⁶⁰.

Es un escrito ciertamente inusual. Es posible que a estas alturas del siglo ya no sea tan marcado el rechazo de los jueces, letrados o procuradores a la explicitación de la legislación, especialmente cuando se trate de normas recientes que conllevan novedades relevantes. O es posible que estemos asistiendo a una cierta proyección en el proceso civil de la reciente legislación procesal mercantil. La *Ley de Enjuiciamiento sobre Negocios y Causas de Comercio*, de 24 de julio de 1830, concedía o reconocía expresamente a las partes el derecho a «citar las leyes del reino en que apoyen sus defensas»; además, los jueces mercantiles podrían solicitar de los letrados de las partes dictamen sobre «las dudas de derecho, tanto en la sustanciación, como en la decisión de los procesos»⁶¹. Destacan en este sentido algunos pleitos sobre pago de cantidad, incluso de los mismos años cincuenta, en los que se duda sobre su calificación jurídica y la jurisdicción competente, bien civil o bien mercantil, y en los que, mientras se repite la alegación de artículos del Código de Comercio, para la legislación civil a lo sumo que se llega es a la referencia de «la ley del Reyno», «la ley recopilada» o «cierta ley de partida»⁶².

Interesante también es otro pleito de mayor cuantía, sobre pago de cantidad y derecho de ejecución de deuda, tramitado en primera instancia en el mismo año 1840 ante el juzgado de Gandía. El procurador José Dalmáu pide ante la Audiencia la revocación de la sentencia en que se denegaba dicho derecho, en un escrito en el que rebate los motivos alegados en su momento por la parte contraria:

Parafraseando la primera excepción, cita una ley que dice «Mandamos que de aquí adelante en los contratos en que las partes se obliguen por razón de mercaderías, se ponga y declare la mercadería que se vende por menudo y

⁶⁰ ARV, *Escribanías de Cámara*, 1840, núm. 58.

⁶¹ Artículo 51. Según el artículo 44: «En los escritos y alegatos será lícito, tanto a las partes como a sus letrados, citar las leyes del reino en que apoyen sus defensas, por su número, título, libro y cuerpo legal en donde obren, y esponer las disposiciones de las leyes citadas, pero no podrán insertarlas o copiarlas a la letra. En los informes verbales les será permitido no solo citarlas, sino también leer su testo para hacer aplicación de éste a la cuestión que se controvierta». El artículo siguiente, por el contrario, insistía en la expresa prohibición de alegar doctrina o leyes romanas.

⁶² ARV, *Escribanías de Cámara*, 1854, núm. 8, fols. 43 del primer legajo y 40 del segundo. La sentencia en primera instancia del Tribunal de Comercio viene repleta de *considerandos* jurídicos redactados sobre el comentario e interpretación de diversos artículos del Código de Comercio (fol. 15).

estenso, por manera que se entienda qué es lo que se vende y el precio que se dé por ello. Y para evitar fraude mandamos a todos los escribanos ante quienes pasasen los tales contratos lo hagan y cumplan así». Por el contenido de esta ley infiere la parte contraria que, faltándole a la escritura el requisito legal que debe observarse en esta clase de obligaciones [...]. Pero el error en que ha incurrido Salvador Ferragud, queriendo hacer aplicable la ley citada al caso presente, es muy notorio porque, aunque sea cierta su disposición, también lo es que nada dice de nulidades, careciendo por lo mismo de todo apoyo legal los fundamentos en que se apoya.

Con el objeto de hacer ver el fundamento de la segunda excepción, cita también una disposición recopilada, cuyo contenido se reduce a que para excluir las obligaciones simuladas que puedan hacerse en fraude de la ley [...], manda que el deudor al tiempo de otorgarse cualquier escritura o cédula haga el mismo juramento. Según, pues, se desprende por esta legal disposición, para que el documento público tenga fuerza de ejecutivo se requiere el juramento. Cuando el legislador mandó guardar las referidas solemnidades, por forma substancial de cualquier contrato, no previno el lugar que debían ocupar en la escritura⁶³.

Todo indica que ambos letrados o procuradores conocen perfectamente la norma o normas de que están hablando; sin embargo, nadie se aventura a explicitarlas; tal vez sea el peso de la tradición⁶⁴. Es algo que se puede ver en muchos pleitos de esta época.

En esa segunda instancia el procurador de la parte contraria solicitará la confirmación del fallo del juzgado de Gandía, de nuevo con continuas referencias legales, y con evasivas más evidentes todavía respecto a la explicitación de la norma:

⁶³ ARV, *Escribanías de Cámara*, 1840, núm. 36, fols. 22 y ss. del ramo de apelación. Más tarde, la misma parte dice: «De la ley citada, con efecto de aquella, resulta que [...]. Y la ley que se ha citado manda que en los contratos en que las partes se obliguen [...]. Estas son las literales palabras de la Ley y según se deja entender por ella habla ésta de cosas presentes» (fol. 44). Sigue sin citarse la ley a que se refiere.

⁶⁴ En la contestación a la demanda, la parte contraria había aportado comentarios como los que siguen: «La ley dice que se especifique por menudo qué es lo que se recibe y el precio porque se recibe» (fol. 35v); «que fue el objeto que el legislador se propuso al dictar las leyes referidas» (fol. 36); «con infracción tan manifiesta de leyes tan claras y terminantes» (fol. 36v); «conociendo el legislador los muchos perjuicios que se irrogaban y los fraudes que se cometían en esta clase de contratos, mandó terminantemente que en todos los que se celebraran de esta naturaleza, en que el deudor confesara haber recibido géneros o mercancías, se especificase por estenso y por menudo» (fol. 38v). Otras aportaciones en el mismo sentido son las siguientes: «Para que no pudiera alegarse que por el transcurso de los años aquella ley había caído en desuso, repitió de nuevo lo que ya había dispuesto, mandando que se observase exactamente la disposición referida, declarando en toda su fuerza y vigor la ley que así lo mandaba. No sé verdaderamente cómo en vista de leyes tan claras y terminantes que ni aun dejan campo a dudar pues en ellas no cabe ni la más mínima interpretación [...]. En las leyes de que se trata no se deja al arbitrio de los contribuyentes [...]. Pues bien terminante es la ley que así lo dispone». ARV, 1840, núm. 36, fol. 35 y ss, del ramo de apelación. En ningún caso, como vemos, se cita la norma a que se refieren estos comentarios.

Cuando ecisten leyes claras y terminantes que tienen una aplicación ec exacta al punto que se ventila, es en vano querer desvirtuarlas haciendo uso de sutilezas que nada valen en contraposición de repetidas disposiciones legales. Que la escritura unida al frente de autos es nula no puede desconocerse, pues tal la declaran no solo las leyes indicadas ya en estos autos, sí que otras varias de que no se ha hecho mérito por no creerlo necesario [...]. El procurador Mursí [junto con Dalmáu], no encontrando sin duda razones que alegar en apoyo de su injusta solicitud, ni argumentos con que desvirtuar las escepciones legales de mi principal, ha recurrido a un medio algo estraño en verdad, como es dar a una de las leyes que declaran la nulidad del documento en que se apoyó la demanda, la interpretación más contraria que pueda concebirse al espíritu de la ley, pues dice que solo manda que se especifique por menudo y estenso lo que se vende y el precio que se ecsige por ello, cuando la entrega se verifica en el acto de otorgarse la escritura, pero no cuando dicha entrega no es de presente [...]. Semejante interpretación de la ley [...] La ley no sólo declara nula la escritura [...]⁶⁵.

Más evidente todavía es este otro escrito del procurador Dalmáu:

Incumbencia es pues de mi referido el demostrar a Ferragud el error en que ha incurrido, al hacer aplicable la ley que cita al presente caso, puesto que aunque sea cierta su disposición, también lo que nada dice de nulidad, careciendo por lo tanto de todo apoyo y mérito legal los fundamentos que le sirven de base para pretender la nulidad del documento a que se refiere. Y para convencimiento de esta verdad, no hay más que leer dicha ley y se verá que solamente se encuentra a su final la siguiente cláusula: «Y para evitar fraudes, todas las escrituras ante quienes pasasen tales contratos, lo hagan y cumplan así». Por consiguiente, debemos concluir que no hablando dicha ley nada de nulidades, y siendo esto nada más que una sencilla prevención hecha a los escribanos, la escritura es válida⁶⁶.

El interés de estas transcripciones reside, pues, en su contrariedad. Por una parte, se referencian leyes concretas, manifestando que las mismas se hayan recopiladas. Es más, se llega a parafrasear el contenido literal de estas normas sustantivas, con entrecomillados, cosa realmente excepcional –además, era algo habitualmente prohibido por la legislación liberal, como lo había estado por la legislación histórica–. Por otra parte, y, sin embargo, se sigue eludiendo su cita exacta; ni el demandante ni el demandado explicitan en ningún momento cuál o cuáles son estas normas en cuestión. Pareciera una evolución o deformación de la máxima *iura novit curia*; no se le recuerda al juez la norma, pero sí su contenido. Pareciera que los letrados o procuradores temiesen los posibles correctivos que acarree la sola mención de la norma.

Téngase presente que este pleito en concreto, sobre deuda de 500 libras valencianas, es de mayor cuantía. Si consideramos que los escritos de las partes

⁶⁵ ARV, *Escribanías de Cámara*, 1840, núm. 36, ramo de apelación, fol. 62.

⁶⁶ En un párrafo posterior se dice: «según pues, estas literales palabras de la ley». ARV, *Escribanías de Cámara*, 1840, núm. 36, ramo de apelación, fol. 86.

eran redactados por los procuradores, que no podían alegar en Derecho, mientras que a los abogados, a los que se les reservaba la participación en la vista, sí que podían, de ello se podría pensar (más bien reflexionar) —y esto no sólo es válido para estos pleitos, sino para toda la práctica antecedente—, que cuando los procuradores aluden en la Audiencia a las leyes citadas o indicadas, sin referenciarlas, se están remitiendo a las que los abogados aportaron oralmente en el acto de la vista de la primera instancia y que, evidentemente, no se transcribieron en su momento y no se podían recoger en el ramo de autos remitido a la Audiencia. Es, únicamente, una posible interpretación.

En definitiva, durante toda la primera mitad del XIX, la explicitación de las normas en los escritos de las partes llegaba a poco más que a la clásica y socorrida fórmula del «según la ley recopilada»⁶⁷. Aunque las cosas parece que empiezan a cambiar, como se desprende de los dos pleitos que acabamos de ver. Y, como también hemos dicho, es posible que este cambio se perciba mejor en los procesos en que entran en juego disposiciones recientes, sustantivas o procesales. Es el caso de un pleito de 1853, sobre nulidad de diligencias de remate y venta de media casa, en el que en el apuntamiento del relator sobre los autos de primera instancia consta lo siguiente:

En corroboración alegó también el rematante Muñoz: que al tratar de la egecución de las sentencias, la ley de menor cuantía prevenía se llevasen a efecto de plano sin dar lugar a dilaciones posibles de escusarse, y si tal estaba establecido en negocios de mayor valor de 900 rs. con mayoría de razón debía entenderse respecto de la egecución de un juicio verbal⁶⁸.

En la tramitación de la apelación de este pleito se alegan y comentan, larga y detenidamente, diversas disposiciones de la *Novísima*, o sea, normas no precisamente recientes, lo que cuestiona la hipótesis de que la explicitación de las normas jurídicas se abriera camino por aquellas disposiciones más recientes⁶⁹. Tal vez esta explicitación empieza a introducirse en aquellos pleitos en los que, efectivamente y entre otras, entra en el debate alguna disposición reciente, lo que es aprovechado para alegar también otras más antiguas. Es otra hipótesis.

Otra cuestión a considerar en referencia al último párrafo transcrito es que, siendo el apuntamiento un extracto de lo practicado hasta el momento, según la redacción del relator, no podemos saber si en estos momentos la parte seguía sin explicitar la norma en cuestión o si, habiéndolo hecho en primera instancia, y dejando constancia de ello en los autos, el relator transcribía su contenido esencial pero no la referencia legal en concreto. De la consulta de los pleitos opinamos que, tal y como hemos dicho anteriormente, en la mayoría de las ocasiones se trata más bien de lo primero, es decir, que no se explicitaba la norma.

⁶⁷ En este caso: «Que según la ley recopilada el despojado, aunque lo sea por mandamiento judicial, debe ser restituído tan luego haga constar su posesión y despojo»; ARV, *Escribanías de Cámara*, 1853, núm. 28, apuntamiento del relator.

⁶⁸ ARV, *Escribanías de Cámara*, 1853, núm. 31.

⁶⁹ *Novísima Recopilación* 12, 28, 11, y 1, 21, 11.

De hecho, en los autos remitidos originales apenas hemos encontrado citas legales expresas.

Decimos que así ocurre en la mayoría de las ocasiones pues, como ya hemos señalado, no cabe duda de que algo, por poco que sea, está cambiando. Hemos encontrado algún caso en que el relator sí recoge algunos preceptos en el apuntamiento. En un pleito sobre protocolización de inventario y división de herencia, el relator escribe lo aportado por el abogado de la viuda:

Pero no pudo prescindir que la división aprobada se protocolizase en el registro de escritura del actuario D. Jacinto Teruel, por hallarse así mandado en la Ley 10, título 21, libro 10, novísima recopilación [...]. Que encontraba también en la tal división protocolizada otra razón de nulidad, cual era que estuviese autorizada por un Escribano que es hermano del Abogado divisor, y entenderá no podía intervenir con arreglo a la Ley 6.^a, título 3.^o, libro 11, novísima recopilación [...]. Él y D. Jayme eran incompatibles, según la Ley citada⁷⁰.

Sin embargo, ya en la Audiencia, la misma parte que citó estas normas, y tal vez por un mayor respeto a la superioridad, omite toda concreción de normas jurídicas en el escrito de interposición del recurso de queja:

... obligó a interponer el recurso de apelación que con extrañeza han visto mis representados también denegado, sobre haber sido igualmente interpuesto en su tiempo y forma, viéndose precisados en su virtud a intentar la interposición del recurso que conceden las leyes, para cuya instrucción solicitaron del referido juez el oportuno testimonio, que también les ha sido denegado según notificación hecha en el día de hayer. Contra tan reiteradas negativas mucho podría decirse, pero por respetos a la ilustración de V. E., a cuya penetración nada se oculta, consideran prudente mis representados omitirlo como innecesario y concretarse tan solo a la esposición de los hechos sin comentario alguno, acogiendo a los remedios que facilitan las Leyes para evitar los perjuicios y agravios que entiendo en ley irrogan tan reiteradas negativas del inferior⁷¹.

También vemos indicios de cambio en otro pleito de la misma época, sobre división y partición de herencia, en el que se reprocha de la parte contraria, precisamente, que no citase la ley sobre la que pretendía erigir su defensa. El tratarse la omisión de las citas legales no sólo de una práctica forense común, sino también y ante todo, de una imposición normativa, es lo que confiere una gran singularidad a esta recriminación. Véanse los escritos de las respectivas partes:

Antonio Ayala: Supóngase por un momento y en gracia al discurso que la petición fuera oportuna; ¿sería nulo el testamento? Yo digo que no, porque la ley que previene la obligación de no autorizar escrituras los escribanos fuera

⁷⁰ ARV, *Escribanías de Cámara*, 1853, núm. 18. En cualquier caso, insistimos en que se trata de algo muy poco frecuente y, en su caso, avanzado el XIX.

⁷¹ ARV, *Escribanías de Cámara*, 1853, núm. 18, fols. 8v-9.

del pueblo de su residencia no estaba en observancia particularmente en la parte que disponía que tales documentos fueran nulos. Puede ver Gardó las varias circulares de esta Audiencia mandando se restituyeran los escribanos al punto de residencia y previniéndoles no autorizasen escrituras; puede ver también la última Real orden sobre el punto y tanto en aquélla como en ésta observará que no se declara la nulidad de los documentos otorgados ni se les impone penas alguna por la transgresión de la ley.

* * *

Miguel Gardó: Contra esto tan sólo se alega que la ley que declara la nulidad de los instrumentos autorizados [ilegible] incompetente, no estaba en observación. Mas extraño mucho que se haya hecho semejante alegación, porque es bien sabido que una ley no se puede derogar sino por otra ley posterior o por una costumbre introducida con todos los requisitos legales, estando además prohibido alegar la inobservancia de las leyes. Como Dn. Antonio Ayala no nos cita ninguna ley derogatoria, no nos prueba costumbre legítima en contrario, ni aun nos manifiesta los fallos que dice de V. E. que estoy segurísimo que si los hay no serán de ningún modo aplicables al caso presente, estoy en mi derecho para pedir el cumplimiento y observancia de la ley que priva de toda su eficacia a los documentos autorizados por escribano incompetente.

* * *

Antonio Ayala: También confunde dicho procurador la diferencia que hay entre el no uso de la ley y la derogación de la misma, con la particularidad de que no ha hechado de ver que la prohibición de alegar inobservancia de las leyes sólo es aplicable a las criminales, no a las civiles: si quiere satisfacerse de esto, tómesese el trabajo de leer la novísima recopilación⁷².

Más explícito en la cita de normas es un pleito del mismo año 1853, sobre propiedad de ciertas aguas de riego. Además de algunas citas que las partes aportan en primera instancia –cosa del todo inusitada, como hemos dicho–, y que el relator recoge en el apuntamiento (Reales Órdenes de 5 de abril de 1834, de 20 de agosto de 1849), en el ramo de apelación una de las partes comenta:

La obligación que como tales demandantes les impone la Ley 3.^a, título 20, libro 11 de la Novísima recopilación es la de comparecer en esta superioridad dentro del término marcado por el Juez de Primera Instancia al admitir la apelación⁷³.

A este efecto le informa e indica al juez sobre cuáles son las consecuencias de la incomparecencia en apelación:

En virtud de estas observaciones y con arreglo a la ley citada [...], que encargan el más puntual cumplimiento de lo mandado en las leyes Recopila-

⁷² ARV, *Escribanías de Cámara*, 1853, núm. 12, fols. 36v, 43v y 58, respectivamente.

⁷³ *Ibidem*, 1853, núm. 21, fol. 13v.

das y en el Reglamento provisional para la administración de justicia, procede que, sin necesidad de ulteriores diligencias, y solo con una acusación de rebeldía, que desde luego les acuso, se declaren a los apelantes de Beniloba decaídos del derecho que les atribuía la alzada interpuesta.

Admitido el artículo de incontestación, la parte contraria presenta petición de aclaración en la que cita el artículo 21 del *Reglamento Provisional para la Administración de Justicia*, en el sentido de que:

Asiste a mis clientes un derecho espedito, fundado en la Ley 3.^a, título 22, Partida 3.^a, para pedir y obtener de V. E. las aclaraciones que he demostrado ser de mucha importancia⁷⁴.

También es explícito en las aportaciones jurídicas un pleito sobre testamentería en el que, con motivo de la ley desvinculadora de 11 de octubre de 1820 y el Decreto de 30 de agosto de 1836, las partes citan reiteradamente la novena de las *Leyes de Toro*, *Partidas* 7, 17, 1, y el artículo 358.2 del reciente Código Penal, así como la *Novísima*, aunque sin referenciar de esta última precepto concreto. Son citas todas ellas alegadas con motivo de la calificación de los hijos como naturales, legítimos, ilegítimos, bastardos o adulterinos; en el caso de *Partidas* se copia literalmente y de manera repetitiva para interpretar cada una de sus palabras. Se citan en apelación y súplica sin diferencia argumentativa o interpretativa alguna, respecto a como fueron aportadas ante el juez de primera instancia del cuartel de San Vicente de Valencia; simples e insistentes reiteraciones⁷⁵.

Por lo tanto, y para concluir este apartado, los pleitos que terminamos de ver, en los que aparecen referencias legales expresas, aunque cada vez son más, no dejan de ser todavía los menos. Y aunque las propias citas normativas también fueran cada vez más frecuentes, no dejan de ser alusiones aisladas en el maremágnum de una argumentación esencialmente fáctica, por ser la preponderante y porque, además, son los mismos hechos los que continuamente y en el mismo sentido se traen a colación.

3.2 SENTENCIAS: TRADICIÓN ¿E INNOVACIÓN?

Entrando en el ámbito de las sentencias, los pleitos de mediados del XIX no aportan ninguna diferencia respecto a como se redactaban en el siglo anterior. Se formalizarán siguiendo las mismas pautas, sin ningún tipo de motivación fáctica ni mucho menos jurídica. En las sentencias civiles no se deja constancia del principio *secundum allegata et probata*, como sí se hacía en las penales,

⁷⁴ ARV, *Escribanías de Cámara*, 1853, núm. 21, fols. 18v-19 y 22v.

⁷⁵ ARV, *Escribanías de Cámara*, 1854, núm. 19, fols. 112, 224, 225, 258, 324, 340, 343, 437...

⁷⁶ M.^a Paz ALONSO ROMERO, *Orden procesal y garantías entre Antiguo Régimen y constitucionalismo gaditano*, Cuadernos y Debates 190, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 81 ss.

que, al menos formalmente, debían resultar más extensas⁷⁶. Las resoluciones emanadas de los juzgados ordinarios se limitarán a dictar el fallo sin ningún tipo de motivación; las dictadas por la Audiencia tan sólo confirmarán o revocarán la resolución del inferior, y no siempre harán mención inmediata de las costas. Si en los escritos de las partes parece observarse una cierta evolución de contenido, no sucede así con las resoluciones judiciales. Para el pleito antes visto y tramitado en primera instancia en Gandía, el 8 de noviembre de 1841 resolvía la sala:

Vistos con los abogados, escribanos de cámara, procuradores, portero y alguacil; se confirma con costas el difinitivo suplicado de trece de mayo último, el que se lleve a efecto⁷⁷.

De igual manera y respecto a la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia de Cocentaina, en un proceso de menor cuantía sobre pago de cantidad –sin abogado por exigencia legal–, la Audiencia confirmaba aquella con las siguientes palabras:

Vistos con escribano de Cámara, Procurador, Portero y Alguacil, los señores del margen dijeron: Se confirma el definitivo apelado de 29 de mayo último, y devuelvan los autos con certificación al interesado⁷⁸.

Sobre nulidad de cláusula testamentaria en pleito tramitado en primera instancia en Alzira, la sentencia revocatoria de la Audiencia tampoco podía ser más escueta:

Fallamos que debemos revocar y revocamos la sentencia apelada, declarando nula la cláusula testamentaria⁷⁹.

No era éste un pleito de menor cuantía, por lo que se aplicaba la legislación recopilada, que igualmente ausentaba la motivación jurídica, pero no el letrado.

En primera instancia y grados de apelación y suplicación en el proceso de mayor cuantía sobre la testamentaria de la duquesa de Almodóvar y el marqués de Malferit, se sentenciaba para cada instancia, respectivamente:

Don Juan Gómez Ynguanzo, juez de primera instancia de esta ciudad, cuartel de San Vicente: En el pleyto civil entre partes [...], sobre que se declare a su tiempo que el vínculo fundado por don Carlos de Arellano en el testamento obrante en autos corresponde al primero como varón descendiente del último poseedor legítimo de insinuada vinculación, condenándose en consencuencia a la resitución de bienes, frutos y rentas a los espresados administrador y marqués de Malferit, quien reconociendo en el propio juicio al actor cuando contestaba la demanda pretende se declare igualmente que el nombra-

⁷⁷ ARV, *Escribanías de Cámara*, 1840, núm. 36, fol. 120.

⁷⁸ *Ibidem*, núm. 10.

⁷⁹ ARV, *Escribanías de Cámara*, 1855, núm. 15, fol. 77v.

do mayorazgo correspondió por el causante de la dicha marquesa a Don Joaquín Roca y Castelví [...]:

Fallo por su resultado que absolvía y absuelvo de la demanda propuesta por el Barón de Cenija a los demandados, declarando por lo que hace a la reconvencción del Marqués de Malferit que a éste toca, corresponde y pertenece la vinculación erigida por D. Carlos de Arellano por el finamiento sin sucesión de D. Joaquín Roca Castelví y muerte de D. Miguel Castelví sin hijos varones, condenando en consecuencia a D. José María Verza como administrador de las fundadas por la marquesa difulta del Ráfol y a sus herederos demandados también para en su caso a que en el plazo de quince días dejen a disposición del citado marqués los bienes que aquel administra y forman, constituyen y componen la mitad de los del vínculo espresado, condenándole igualmente al abono de frutos o rentas desde que fue contestada la petición puesta por el D. Pascual contra el demandante y demás demandados, pagando cada uno las costas de su instancia y por mitad las comunes.

En Valencia, a 16 de abril de 1852.

* * *

En el pleyto que en grado de apelación ante Nos ha pendido y pende, entre partes [...], sobre sucesión en el vínculo fundado por D. Carlos Ramírez de Arellano,

Vistos: Fallamos: Que debemos absolver y absolvemos a D. Pascual Mercader y Roca, marqués de Malferit, a D. Joaquín Mercader y Roca y D. Miguel Caro y Baciero representado por su padre D. José como sucesor de la marquesa del Ráfol, y al administrador de las fundadas por la misma D. Antonio Peris, de la demanda propuesta D. José Cisternes de Oblites, antes Guerau de Arellano, barón de Zenija. Y absolvemos asimismo a dicho administrador D. Antonio Peris y para en su caso a D. Joaquín Mercader Roca, D. Miguel Caro y Baciero de la mutua petición deducida por D. Pascual Mercader y Roca, marqués de Malferit. En cuanto con esta sentencia sea conforme la apelada, que en diez y seis de abril de mil ochocientos cincuenta y dos dictó el juez de primera del cuartel de San Vicente de esta ciudad, la confirmamos, en la que no, la revocamos. Y declaramos que los gastos del concierto e impresión del memorial ajustado deben ser de cuenta y cargo de la administración fundada por la marquesa del Ráfol, del marqués de Malferit y de D. José Caro y Caro en la representación que interviene.

Sala segunda, en Valencia, a 17 de enero de 1855.

* * *

Visto: Fallamos: Que debemos confirmar y confirmamos la sentencia suplicada que en diez y siete de enero de mil ochocientos cincuenta y cinco pronunciaron los señores de la sala segunda de esta audiencia, por la que se absolvió a don Pascual Mercader y Roca, marqués de Malferit, Joaquín Mercader y Roca y a Miguel Caro y Baciero, representado entonces por su padre José, como herederos de la marquesa del Ráfol, y al administrador de las fundadas por la misma, don Antonio Peris, de la demanda propuesta por D. José

Cisternes de Oblites, antes Guerau de Arellano, barón de Zenija. Y se absolvió asimismo a dicho administrador don Antonio Peris y para, en su caso, a don Joaquín Mercader y Roca, marqués de Malferit. Y declaramos que los gastos de la impresión del memorial ajustado en esta instancia deben ser de cuenta y cargo de la administración fundada por la marquesa del Ráfol, del marqués de Malferit y del conde de Rótova en la representación que interviene.

En Valencia, sala tercera de la Audiencia, 18 de noviembre de 1856⁸⁰.

Sobre la resolución del recurso de queja visto páginas atrás, la Audiencia resuelve, en febrero de 1853, en los mismos términos que la suplicación pero con algún comentario muy poco al uso:

Ha lugar al recurso y líbrese certificación al juez de primera instancia del cuartel de S. Vicente de esta ciudad, para que admita con arreglo a derecho las apelaciones que de parte de su provehído, de cuatro de diciembre último y de diez del mismo mes, interpusieron D.^a Joaquina Monforte y litis-socios, remitiendo las diligencias originales a que se refieren, citadas y emplazadas las partes; y en lo sucesivo, cuando tenga que evacuar algún informe que le pida esta superioridad, procurará evitar en cuanto le sea posible toda expresión que ofenda la susceptibilidad de determinadas personas⁸¹.

Sobre si, por lo que se refiere a la formulación de las resoluciones judiciales, la *Instrucción* de 1853 se aplicó en la audiencia de Valencia, la respuesta es que así fue, y parece ser que de manera más o menos inmediata. Prueba de ello es la sentencia dictada el 12 de noviembre de 1853, en un pleito sobre inventario y partición de herencia, recurrido en apelación a principios del mes de octubre. Su redacción muestra tanto un esquema como un contenido completamente insólitos hasta el momento:

Visto el atento último de la partición de fojas doce; *vista* la información testimonial de fojas cuarenta y nueve vuelta y siguientes, de la cual resulta que D. Manuel Rubio manifestó expresa y terminantemente su voluntad de que se diesen a sus sobrinos de Valencia cuatro mil reales vellón; *vista* la diligencia del folio cincuenta y dos vuelta, según la cual se conformó la viuda D.^a Josefa Belinchón con la citada información, constando además que los cuatro mil reales se entregaron a dichos sobrinos D. José y D. Domingo Piñol y Rubio, según aparece del recibo folio cuarenta. *Considerando* que si bien D. Manuel Rubio no designó nominalmente a sus sobrinos, está reconocido en el expediente la identidad de éstos; *considerando* que ya se califique de legado, ya de donación por causa de muerte, la manifestación hecha por D. Manuel Rubio pocos días antes de fallecer y ante cinco testigos, debe tener cumplimiento su voluntad, porque bastando cinco testigos según la ley primera, título diez y ocho, libro diez de la novísima recopilación para la validez de los testamentos nuncupativos, se entienden lógica y jurídicamente comprendidas también las donaciones y legados cuando añade «u otra postrimería voluntad»; *conside-*

⁸⁰ ARV, *Escribanías de Cámara*, 1854, núm. 19, fols. 467, 113 y 243 de sus respectivos ramos.

⁸¹ ARV, *Escribanías de Cámara*, 1853, núm. 18.

rando que Rubio espresó la suya ante cinco testigos vecinos de Villarreal, y teniendo presentes las razones alegadas por la viuda D.^a Josefa Belinchón con lo demás digno de verse y atenderse. = Por unanimidad se revoca la providencia y devuélvase los autos al inferior para que acuerde lo que corresponde con arreglo a derecho⁸².

Obsérvese que la sentencia no explicita el término *fallo* o *fallamos*, como sí se hace en la siguiente, de 13 de enero de 1854, dictada en la apelación de un pleito sobre reivindicación de predio. En esta segunda sentencia, sin embargo, los términos *visto* y *considerando* se substituyen, respectivamente, por los *resultando* y *visto*:

Resultando plenamente probado que el dominio de la finca reclamada por los demandantes pertenece a éstos, y siendo por consiguiente nula la venta otorgada por [...]. *Vistas* las leyes veinte y siete, título segundo, partida tercera, y la treinta y tres, título quinto, partida quinta = *Fallamos*: Que debemos confirmar y confirmamos con costas el definitivo apelado que dictó el Juez del partido de Torrente en veinte y seis de octubre último por el que se condenó también con costas a Francisco Cuñat a que dentro de nueve días de cómo este definitivo hiciera tránsito en juzgado, entregara y dejara [...]. Y por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando así lo pronunciamos, mandamos y firmamos⁸³.

El de estas dos sentencias es un esquema resolutorio totalmente diferente al que se daba hasta ahora y, aunque en el procedimiento no se mencionara su sujeción a la nueva ley, entendemos que esta redacción no puede obedecer más que a la aplicación de la *Instrucción*. Así pues, y aunque son pocos los casos –de los procesos consultados, sólo hemos encontrado estos dos–, sí que tenemos noticias de su efectiva aplicación.

Llegados a este punto, nos surge la duda sobre el origen de una estructura resolutoria que distingue entre un *visto*, un *considerando* y un *fallo*; ¿de dónde se copia o cuál era la referencia a seguir? La *Instrucción* nada decía al respecto y muy escuetos para que sirvieran de base en este punto eran el Código de Comercio de 1829, la *Ley provisional prescribiendo la aplicación de las disposiciones del Código penal* de 1848, el *Real decreto aprobando interinamente el reglamento sobre el modo de proceder en los negocios contenciosos de la administración que se ventilan en el Consejo Real*, de 1846, o incluso el Real decre-

⁸² ARV, *Escribanías de Cámara*, 1853, núm. 26.

⁸³ *Ibidem*, 1853, núm. 17, fol. 7.

⁸⁴ Artículo 1213 del Código de Comercio: «Los tribunales de comercio fundarán todas las sentencias definitivas e interlocutorias que pronuncien en causas de mayor cuantía. Los fundamentos se reducirán a establecer la cuestión de derecho o de hecho sobre que recae sentencia, y hacer referencia de las leyes que le sean aplicables, sin comentarios ni otras exposiciones». Regla primera de la *Ley Provisional*: «Los Tribunales y Jueces fundarán las sentencias definitivas, expresando clara y concisamente el hecho y citando el artículo o artículos del Código Penal de que se haga aplicación». Artículo 216 del *Real Decreto aprobando interinamente...*: «En toda providencia interlocutoria y resolución definitiva motivadas se expresará: 3.º Las cuestiones de hecho y de

to sobre *Jurisdicción de Hacienda y represión de los delitos de contrabando y fraude*, de 1852⁸⁴. Tal vez la legislación y la práctica francesas, tal vez la práctica histórica de la Corona de Aragón o de la valenciana en concreto —no vemos factible esta última posibilidad, por el dilatado tiempo transcurrido desde su supresión y el absoluto olvido en que debía encontrarse su estilo forense—. Lo que no debe extrañarnos es la ardua y no siempre fácil delimitación entre hechos y razonamientos jurídicos.

De manera que, salvo las dos resoluciones referenciadas, el resto de sentencias que hemos podido consultar, es decir, la gran mayoría, continuarán redactándose según el modelo tradicional. Es más, tenemos constancia de que el mismo modelo se seguirá incluso después de entrar en vigor la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855⁸⁵. Pero, sin adelantarnos en el tiempo, aportamos la sentencia de 25 de abril de 1854, dictada en otro pleito sobre la misma testamentaría de la duquesa de Almodóvar, para el que, en principio, debería estar vigente la *Instrucción*:

En el pleyto que ante Nos pende en grado de apelación entre [...], sobre pertenencia de los bienes [...] que reclaman bajo el carácter de vinculados por los herederos del D. Salvador y D.^a Joaquina Cardona, habiéndose observado en la sustanciación los términos legales: = Vistos: = Fallamos que debemos absolver y absolvemos a la testamentaría de la Duquesa de Almodóvar y al Marqués de Malferit en cuanto pueda interesarles de la demanda propuesta por Don Salvador Cardona y continuada por su viuda y heredera D.^a Leonor Fortuny y D. Raymundo Mosi como marido de D.^a Salvadora Medina y padre de D. Joaquín Mosi y Medina, herederos de D.^a Joaquina Cardona; imponemos a los mismos silencio perpetuo en dicha demanda y dejamos salvos a la espresada testamentaría y al referido Marqués los derechos que a los bienes de que en estos autos se trata puedan corresponderles. En lo que sea conforme

derecho que el Consejo hubiere propuesto». Artículo 8 de las disposiciones comunes a la primera y segunda instancia del *Real decreto sobre Jurisdicción de Hacienda*: «Las Salas de las Audiencias y los Jueces de primera instancia que conozcan de las causas de Hacienda, fundarán las sentencias definitivas, exponiendo clara y concisamente el hecho, y citando la disposición penal que apliquen, como está prevenido respecto de las causas criminales del fuero común».

⁸⁵ A modo de ejemplo, véanse las dos sentencias siguientes. «Visto: Fallamos: Que debemos confirmar y confirmamos el definitivo apelado por los referidos Miranda, que pronunció el juez de primera instancia del distrito del mercado de esta ciudad en tres de noviembre de mil ochocientos cincuenta y cinco, por el que se condena a don Antonio Miranda e hijo al pago dentro de diez días de como este definitivo cause ejecutoria de los veinte y tres mil novecientos noventa y dos reales, reservándose las acciones civiles y criminales que puedan asistirlas contra el Lóbez, para que las usen y egerciten dónde y cuándo les convenga». «Visto: Fallamos: Que debemos confirmar y confirmamos la sentencia de vista pronunciada por la sala primera en catorce de noviembre de mil ochocientos cincuenta y seis, por la que confirmando el definitivo que dictó el juez de primera instancia del distrito de Serranos de esta ciudad en tres del propio mes de mil ochocientos cincuenta y cinco, condenó a don Antonio Miranda e hijo al pago dentro de diez días de los veinte y tres mil novecientos noventa y dos reales, reservándose las acciones civiles y criminales que pudieran asistirlas contra Lobes para que las usaran y egercitaran dónde y cuándo les convinieren». Sentencias dictadas el 14 de noviembre de 1856 y el 24 de octubre de 1857, respectivamente; ARV, *Escribanías de Cámara*, 1854, núm. 8, fols. 48 y sin número.

con la presente sentencia el definitivo del Juez de primera instancia de esta Ciudad de veinte y ocho de Marzo de mil ochocientos cuarenta y nueve lo confirmamos, y en lo que no, lo revocamos. Por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando así lo pronunciamos, mandamos y firmamos⁸⁶.

3.3 INFORMES EN DERECHO

Cosa diferente a la tramitación procesal son los informes en Derecho o alegaciones jurídicas. Todo indica que en este siglo van a seguir un esquema similar al de la centuria anterior, aunque con algunas diferencias, sin que estemos todavía en condiciones de determinar con exactitud la razón o razones de estos cambios. Pero no nos cabe duda de que estaremos ante un proceder similar al que hemos venido observando hasta ahora. En otra ocasión hablaremos del momento y de los motivos que permiten la presentación de estos informes; aquí, brevemente, nos detendremos en su forma y contenido.

Respecto a la forma, las alegaciones de la primera mitad del XIX son, posiblemente, más breves, con una clara reducción del apartado relativo a los hechos, hasta el punto de suprimirse a favor de los apartados del relator. En otras ocasiones, los apartados *Hechos* y *Derecho* se desarrollan conjuntamente, bien a nota a pie de página, bien en el cuerpo del texto. Parece, pues, que ya no preocupa tanto ese estricto formalismo del siglo anterior. Al menos, es lo que hemos observado para las alegaciones que se estaban presentando ante las Audiencias de Valencia y Barcelona, sobre herencias y sucesiones —que prácticamente es el único tema sobre el que se escriben—. Y aunque se observen muchas coincidencias en el estilo narrativo y argumentativo, la redacción suele ser ahora menos farragosa y reiterativa, cosa que también depende del tipo de derecho que se alega. Tampoco perdamos de vista que ante semejante diversidad de prácticas forenses en los tribunales españoles, las conclusiones a las que podamos llegar aquí no dejan de ser simplemente orientativas.

Respecto a su contenido jurídico, aquí sí que se observarán importantes variaciones en cuanto a la tipología de las citas jurídicas, tal vez en consonancia con la legislación más reciente, pero, sobre todo, en consonancia con la transformación que se está produciendo en todo lo que es la concepción del paradigma sustantivo o la prelación normativa. Asistimos en el XIX a una progresiva preeminencia de las citas legales de origen nacional, esencialmente *Partidas* y *Novísima Recopilación*, a costa de las del *Código* o *Digesto*, con un especial y llamativo declive de la doctrina, que en el siglo anterior venían a suponer más de tres cuartas partes del total. Ahora también se citarán, claro está, las normas del XIX. Sin duda, van sur-

⁸⁶ ARV, *Escribanías de Cámara*, 1854, núm. 19, fol. 322. Como dijimos en su momento, la disposición transitoria del artículo 105 no es muy clara en este punto: la *Instrucción* se aplicaría «a la segunda instancia y recursos posteriores en aquellos pleitos en que aún no hubiere recaído sentencia definitiva del juez de primera instancia». No queda claro si se aplicaría desde cualquiera de los trámites en que estuviere en curso la nueva instancia en cuestión, o solamente a partir del inicio de esa nueva instancia.

tiendo efecto las ideas legalistas y codificadoras del Derecho civil, sobre las que tanto se insistía desde las primeras cortes liberales. Insistimos, por lo llamativo de esta merma, en que, si encontramos una diferencia por encima de cualquier otra, es la drástica reducción en el número total de citas, lo que es más que evidente para las doctrinales. Ya no se aprecia esa obsesiva pretensión acumulativa de normas y comentarios⁸⁷. En las presentadas en Barcelona, si acaso, se observa, junto con las leyes catalanas, un mayor grado de romanismo y de doctrina, acorde con la configuración de su Derecho privado⁸⁸. Las alegaciones valencianas en las que entran en juego derechos nacidos con anterioridad a la abolición de los *Furs*, también podían presentar similares características⁸⁹.

Y, como siempre, a lo largo del proceso seguirá sin aludirse a estos informes en derecho, dado que no era posible prever su presentación. No obstante, esto último no sucederá en los pleitos de la duquesa de Almodóvar, realmente singulares en este punto. Pero esta es una cuestión que dejaremos para otra ocasión.

Analizaremos ahora el discurso jurídico de dos alegaciones que hemos encontrado de estos procesos de la duquesa de Almodóvar. De las 59 hojas que contiene una de ellas, es más que significativa la exigüidad de citas jurídicas de las que se vale el letrado Mariano Aparici, con un cierto equilibrio entre las legales y las doctrinales; 7 y 9, respectivamente⁹⁰. Es un resultado acorde con la evolución que hemos señalado. En 6 ocasiones se cita *Partidas* y en 1 *Leyes de Toro*. En cuanto a los autores, en 5 ocasiones se aporta el *Hispaniarum primogeniis*, de Molina, además de citarse a Rojas de Almansa, Gregorio López, Gutiérrez y Torre. Son breves citas a pie de página, sin ningún tipo de comentario ni correlación con el caso a que se refiere. Ninguna cita encontramos del Derecho romano, ni mucho menos del canónico o de jurisprudencia.

⁸⁷ C. TORMO CAMALLONGA, «Sobre el deure d'auxili a la Séquia Reial d'Alzira. Disputa amb les séquies d'Escalona i del Projecte», *Actes de la VIII Assemblea d'Història de la Ribera*, Valencia, 2000, pp. 121-134.

⁸⁸ AICAV, tomos 1-2760, 1-2769, 1-2770. «Esta Provincia se gobierna y se ha gobernado siempre por sus constituciones y por el derecho Canónico y Romano en materia de testamentos»; *Memoria jurídica a favor de la señora D.ª María del Carmen Madriguera y Cot, González de Varea, consorte del señor D. Estevan González Varea, en el pleito que sigue contra aquélla, en la sala segunda civil de la misma Real Audiencia, la demandante D.ª Teresa Pi y Molist, sobre pretendida nulidad de un testamento...*, Barcelona, 1827, p. 17.

⁸⁹ *Por don Antonio Olcina y Mergelina, número 16, poseedor de los vínculos que fundaron don Vicente Olcina y doña Gertrudis Sempere, número 4, y don Antonio y don Francisco Sánchez, números 2 y 8, en el pleito que sigue con ... sobre reitegos a los enunciados vínculos y divisiones de los bienes libres de...*, Valencia, 1837, AICAV, 1-2769, núm. 4. Sin embargo, el abogado de la parte contraria opta por redactar una alegación escasamente doctrinal y sí muy legalista.

⁹⁰ *Alegación por doña Leonor Fortuny, viuda y heredera de D. Salvador María Cardona, en el pleito que sigue con la testamentaria de la duquesa de Almodóvar, y en el que también es parte el Marqués de Malferit y los herederos de doña Joaquina Cardona, sobre sucesión en propiedad de los bienes que D. Cristóbal Cardona dejó a su hijo D. José Cardona, con otros llamamientos para después de sus días*. Valencia: 1854. Imprenta de José María Ayoldi; Biblioteca Valenciana, NP34/F339.

⁹¹ *Alegación en Derecho por D. José Caro y Baciero, como padre y legal administrador de D. Miguel Caro y Baciero, en el pleito con D. José Guerau de Arellano, Barón de Zenija*

La otra alegación todavía nos resulta más innovadora⁹¹. De sólo 23 páginas, muy breve atendiendo a que se discuten cuestiones de mayorazgo, y con un discurso eminentemente fáctico y, sobre todo, semántico en torno a los términos usados para determinar la legitimidad o ilegitimidad en la filiación, el contenido jurídico es todavía más raquíutico que en el anterior memorial. Solamente se aportan dos citas legales —una de *Novísima Recopilación*, 10, 5, 1, (ley 11 de *Toro*), y otra de *Partidas*, 4, 15, 2— y, lo que es más significativo, ninguna cita doctrinal ni romana. En este sentido resultan significativas sus siguientes palabras: «Dejando para los discursos de academia la legislación romana y de *Partidas* acerca de la significación de hijo natural según ellas, debemos concretarnos a la legislación vigente».

En definitiva, llama la atención que en una materia tan fecunda en tratadistas y legislación romano-canónica como es la de herencias y sucesiones —y que a lo largo del XVIII había dado lugar a tantas alegaciones jurídicas, y tan extensas y prolíficas en citas jurídicas, especialmente de Derecho común—, se redacten ahora alegaciones tan parcas en derecho. Ocasiones y motivos más que justificados encontramos para que el letrado muestre en estos pleitos sus dotes discursivas y argumentativas, tal como venía haciéndose desde tiempo atrás⁹². Sin embargo, sucede más bien al contrario. Parece observarse una pretensión de concisión e incluso de austeridad⁹³. No sabemos si incluso por cuestiones económicas, pero hay ocasiones en las que el abogado no oculta una cierta aversión hacia estos escritos en derecho.

Sin duda, el valor y el reconocimiento de las alegaciones entre los abogados ya no era el mismo que antaño. En la medida en que se vayan permitiendo en el proceso las citas jurídicas y se vaya dando cabida a argumentaciones y disputas de esta índole, los informes en derecho finales irán perdiendo la importancia que en su momento tuvieron. Y en cuanto a su estilo, el discurso

y D. Pascual Mercader y Roca, *Marqués de Malferit, Sobre presencia de los bienes del vínculo que fundó D. Carlos Ramírez de Arellano, Valencia: 1854. Imprenta de José Rius, calle del Milagro*; Archivo Histórico Colegiata de Xàtiva, *Procesos*, C-389 ter, P. 1006.

⁹² C. TORMO CAMALLONGA, «El Derecho en las alegaciones jurídicas...», y «El fin del *Ius commune*...», pp. 494 ss.

⁹³ En palabras de la primera alegación: «A pesar de que el fallo de primera instancia nos había sido contrario, no se confirmó, antes bien dispuso V. E. que escribiéramos en derecho, que fijáramos de un modo más fácil de recuerdo nuestros poderosos argumentos. Vamos a cumplir el precepto de V. E.; vamos a recordar en este escrito, redactado con la precipitación que permite el corto espacio que se nos ha designado, nuestras pruebas y nuestras razones. Lo haremos sencillamente sin adornos y sin atavío alguno; creemos que con sencillez, orden y una lógica inflexible se llega a la verdad, que es cuanto se necesita para fallar con acierto sobre los intereses de los particulares». En palabras de la segunda, «La importancia que se ha reconocido en este negocio, para convenir en escribir en derecho, no exige sin embargo que se escriba mucho. Las dos cuestiones que entraña pueden reducirse a muy pocas palabras, en medio de que prestan gran materia de lucimiento a la ilustración de los escritores; y ya que sin sacrificio de la buena defensa y de la justicia, puede consultarse la brevedad, se opta aquí por la sencillez en la presentación de los hechos y por el laconismo en la esposición del derecho». El que se resaltase su carácter lacónico, aunque en absoluto lo fueran, no es una novedad frente a las de la anterior centuria.

substantivo del *mos italicus*, tardío si se quiere, parece haber quedado definitivamente atrás.

IV. A MODO DE CONCLUSIONES

Decididamente, el período temporal en el que se enmarca este estudio es el de la transición entre las formas y realidades procesales –también sustantivas– del Antiguo Régimen y las del liberalismo codificador. Un tiempo en el que los liberales relevan a los ilustrados en su voluntad por modernizar la Justicia española en sus sujetos y procedimientos. Una pretensión que ya se reflejará claramente en las primeras normas constitucionales y que cobrará fuerza a partir de los años treinta, década fundamental en este proceso de renovación⁹⁴. Asistiremos, en esencia, a una acomodación de la Justicia, en todas sus manifestaciones, a la nueva realidad sociopolítica y jurídica que se va abriendo paso.

Respecto a la práctica endoprocesal civil, poco se consiguió legalmente entre la Constitución de Cádiz y la *Instrucción* de 1853. La norma del marqués de Gerona puede verse como un definitivo impulso en la transformación del procedimiento, eso sí, eclipsado por la inmediata publicación de la Ley de Enjuiciamiento de 1855. Y porque esta ley ya venía anunciándose, tal vez la *Instrucción* no fuera más que un pretendido ensayo o anticipo.

La primera mitad del XIX es a estos efectos buena heredera de la tradición hispana, en la que los autores teóricos y los legisladores, por una parte, y los protagonistas en la función de administrar justicia más apegados a la práctica forense, por la otra, no siempre parecen entenderse. Estos últimos, especialmente los jueces, conscientes de su más que deficiente formación jurídica, e incluso preparación técnica, pretenden mantener sus privilegios históricos que les habían permitido esquivar los inconvenientes judiciales que constantemente debía originar un ordenamiento jurídico tan poco cohesionado como era el español⁹⁵. A toda costa aspirarán a evitar su implicación en la significación y el alcance –si se quiere, ideología– de la norma sustantiva, y por lo mismo en la fiscalización de sus decisiones, si bien, hemos visto que algunos jueces, incluso

⁹⁴ Un paso muy importante en este sentido es el real decreto de 6 de octubre de 1835, con la exigencia de que en adelante todo aspirante a juez letrado de primera instancia y promotor fiscal fuese abogado con al menos tres años de ejercicio profesional; eso sí, todavía «con buen concepto público». «Ser letrados y gozar de buen concepto en lo público» ya se exigió por Decreto de 3 de junio de 1812; F. MARTÍNEZ PÉREZ, «La constitucionalización de la justicia», *De justicia de jueces a justicia de leyes...*, pp. 169-207. Véase el sistema de nombramiento de la judicatura de estos momentos en M. LORENTE, «Reglamento provisional y administración de justicia (1833-1838). Reflexiones para una historia de la justicia decimonónica», *El tercer poder. Hacia una comprensión...*, pp. 215-295, y en F. J. PAREDES ALONSO, *La organización de la justicia en la España liberal. Los orígenes de la carrera judicial: 1834-1870*, Madrid, Cívitas, 1991.

⁹⁵ Sobre la falta de preparación, no sólo de jueces, sino también de abogados y escribanos, como mal endémico de la administración de justicia española, véase M.^a Paz ALONSO ROMERO, *Orden procesal y garantías...*

de primera instancia, o tal vez por ello, por la menor trascendencia de sus decisiones, no se muestran tan reacios ante los cambios.

Respecto a los letrados, y hasta lo que la consulta de pleitos nos permite ver, esa histórica disociación entre su modelo de argumentación y las pretensiones del monarca y del legislador, entre lo que dice la letra de la ley y su exposición ante el juez, parece que se va atemperando conforme avanza el siglo. Creemos que este cambio, más bien evolución, obedece a una nueva percepción de la realidad judicial que lentamente se va gestando, y en la que, desde una defensa meramente fáctica de la causa, se irá introduciendo un razonamiento cada vez más jurídico y, dentro del mismo, legalista.

Porque la práctica forense tiene sus propios tiempos. A mediados de siglo, el mismo Ministerio de Justicia, con sus peticiones de informes en vista a una inmediata reforma de la propia *Instrucción*, propiciaba un estado de inseguridad e interinidad que podía permitir a todos, y especialmente a las sedes judiciales, resistirse a sus mandatos más innovadores y mantener esa tradicional flexibilidad en usos y trámites. No obstante, y como apuntamos, es inequívoco que estamos asistiendo a un cambio en la interacción legislador-juez-abogado, y en el caso del juez bastante más contundente, desde el momento en que ya nos constan, por ejemplo, algunas sentencias de la Audiencia de Valencia –no podemos asegurar si minoritarias o no–, que siguen el esquema de motivación previsto en la *Instrucción*. Aquí, más que evolución, podemos hablar de una verdadera innovación.

Se ha insistido en que es la ausencia de una legislación sustantiva clara y concisa, de unos códigos unitarios y sobre todo precisos, la causa por la que, en los primeros tiempos del liberalismo, se huía de la exigencia de motivar la sentencia. Por extensión, no era oportuno conceder a las partes el derecho de argumentar de manera explícita mediante normas jurídicas contradictorias, especialmente legales, que emanaban del depositario de la soberanía; no era conveniente evidenciar en cada pleito un escenario en el que ni siquiera estaba claramente fijada la prelación normativa –recuérdese el informe de la Audiencia de Barcelona⁹⁶. Es ésta, posiblemente, la interpretación más básica y clásica ante la inmotivación.

Otra explicación, sobre la que tal vez no se haya insistido suficientemente, es la que considera como causa fundamental de esta ausencia de fundamentación la apuntada deficiente preparación técnica de la magistratura; una explicación que hace buena la máxima *buenas leyes, malos jueces*⁹⁷. En esta línea hablaríamos en el XIX de un estamento judicial anclado, *de facto* i *de iure*, en tiempos pretéritos, y al que se le hacía difícil encajar en su marco social y formativo las nuevas exigencias políticas y jurídicas, y viceversa; difícil convivencia entre viejas mentalidades y nuevas prácticas impuestas. Un estamento, elegido por

⁹⁶ M. LORENTE SARIÑENA, «Justicia desconstitucionalizada. España, 1834-1868», *De justicia de jueces a justicia...*, pp. 245-287.

⁹⁷ M.^a Paz ALONSO ROMERO, «Las reglas de juego: herencia procesal y constitucionalismo», *De justicia de jueces a justicia...*, pp. 209-242.

crITERIOS oportunos u oportunistas, que más que nunca tendría que *interpretar* –a pesar de lo que decían constantemente las leyes– y demostrar su aptitud científica, ante un ordenamiento sustantivo en constante transformación y que de todo tenía menos de sistematicidad. Porque no creemos que fuera necesario esperar a la publicación del Código Civil para que el legislador se convenciera de que la mera aprobación de las normas liberales, por muy claras y terminantes que fueran, resultara suficiente para desterrar, por ejemplo, esa literatura jurídica contra la que tanto se había batallado. La ley seguiría requiriendo de su interpretación ante cada caso singular y, para ello, se preferirá la jurisprudencia a la doctrina de los autores. Por dos motivos fundamentales: por una parte, porque desde su centralización se favorecería su univocidad y, por lo mismo, el cierre definitivo de esa pirámide que se perseguía en el sistema; y porque, gracias precisamente a esa regulación estatal y centralizada, dependiente del legislativo, en el que radicaba la soberanía, el control sobre la propia Justicia quedaba asegurado, quedaban desterrados los particularismos interpretativos y, en definitiva, se insistía en su origen y carácter exclusivamente oficial.

Entiendo que ambos postulados –asistematicidad normativa y deficiente preparación profesional– son perfectamente complementarios; es más, acumulativos. Podríamos pensar en una judicatura endeble de formación para poner en práctica las nuevas soluciones procesales ordenadas y que, siendo la legislación ciertamente imperfecta, se escuda en estas deficiencias legales, en la manida ausencia del derecho codificado. Una judicatura que prefiere mantenerse como expectante o, en muchos casos, como mera administradora. En otros casos, tal vez muchos, querrá o deberá mantenerse como ejecutora partidaria e intencionada de otros poderes a los que se debe, y a favor de una legislación iusprivatista a la que también se debe y le interesa. De sobra es sabido que no estamos ante jueces que estuviesen en sus puestos especialmente por su competencia profesional, sino por su afección al régimen. Como bien recuerda el profesor Bartolomé Clavero, «el juez es un funcionario al servicio del poder, no a disposición de los ciudadanos»⁹⁸. Y poco habían cambiado las cosas para la década de los cincuenta en la que debía aplicarse la *Instrucción*⁹⁹.

Así pues, la explicación de la realidad de la tramitación procesal, de antes y de después de Cádiz, pasa tanto por la percepción que se tiene del sistema normativo como, y sobre todo, por la que se tiene del estamento judicial. Y todo ello estará condicionado, evidentemente y cada vez más, por los principios de responsabilidad, independencia e inamovilidad de los jueces, y por los criterios de selección de los mismos, bien por el Gobierno de turno en atención a criterios diversos, bien como profesionales o funcionarios públicos¹⁰⁰. Claro está que más entraban en juego los méritos y deméritos de los magistrados de las

⁹⁸ B. CLAVERO, «La gran innovación: Justicia de Estado...», p. 181.

⁹⁹ M. PESET REIG, «Estudios de derecho y profesiones jurídicas», *El tercer poder. Hacia una comprensión...*, pp. 349-380.

¹⁰⁰ M.^a J. SOLLA, «Justicia bajo administración (1834-1868)», *De justicia de jueces a justicia...*, pp. 289-324.

Audiencias que los de los jueces de primera instancia. De ahí la mayor oposición de aquéllas a la motivación de las resoluciones, por ejemplo.

Consideramos también como evidente que la motivación de la resolución judicial y la incorporación al proceso por los letrados del discurso jurídico explícito, son dos caras de la misma moneda. Su coetaneidad lo evidencia. Si bien, ya hemos planteado que el cambio que se iba a producir en los escritos de estos últimos no creemos que planteara, como no planteó, tantos problemas, disquisiciones parlamentarias o legales, ni mucho menos resistencias desde ninguna instancia. Ciertamente es que abogados y jueces no se encontraban en el mismo estrado; no estaban sujetos a la misma responsabilidad ni supervisión exterior, como tampoco sus intereses en juego eran los mismos. Desde una perspectiva meramente endoprosesal, la cascada de legislación substantiva que en todas las materias se estaba dictando, convencía a todo partícipe en la administración de justicia de la realidad inequívoca de los nuevos tiempos y, en la misma línea, de la inocuidad, cuando no oportunidad, del nuevo discurso letrado. Ahí está también su renovada formación universitaria; unos planes de estudios que muestran una verdadera preocupación por acercarse al nuevo panorama normativo¹⁰¹.

En las primeras décadas aún no encontramos diferencias significativas en estos escritos. La forma, el contenido, su redacción, incluso el estilo de la argumentación fáctica, porque será exclusivamente fáctica, nos resultan bastante semejantes a los del XVIII. En el segundo tercio de la centuria empieza a apreciarse una creciente aportación de citas jurídicas, no especialmente llamativa, pero sí evidente. Insistimos en que las nuevas normas jurídicas, sustantivas y procesales –también en otros sectores: penal, mercantil e incluso administrativo–,¹⁰² permiten una cierta relajación de viejas prohibiciones; del viejo principio del *iura novit curia*. Es una evolución tranquila, sin sobresaltos, creemos que sin planteamientos a priori; quién sabe si fuera de toda percepción y preten-

¹⁰¹ C. TORMO CAMALLONGA, «L'advocacia durant la vigència del pla d'estudis de 1824», *Aulas y Saberes*, 2 vols., 2003, II, pp. 511-520; e «Implantación de los estudios de Jurisprudencia en el Arreglo Provisional de 1836: el caso de la Universidad de Valencia», y «Los estudios y los estudiantes de Jurisprudencia y Teología tras la unificación de las facultades de Leyes y Cánones»; ambos en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*, 6 (2003), pp. 221-254, y 8 (2005), pp. 359-437, respectivamente. Véase también M. PESET REIG, «Estudios de derecho y profesiones jurídicas», *El tercer poder. Hacia una comprensión...*, pp. 349-380.

¹⁰² Aunque el artículo 1213 del Código de Comercio de 1829, desarrollado en la *Ley de Enjuiciamiento sobre Negocios y Causas de Comercio*, de 24 de julio de 1830, como la primera norma liberal en imponer la motivación de la sentencia –con una pretensión, la de ofrecer seguridad mercantil al inversor, ciertamente distante de lo que aquí discutimos (la mismas normas parece que también permiten a las partes alegar y argumentar en derecho durante el proceso)–, es tal vez en el Derecho administrativo en donde motivación y argumentación jurídica se asientan con mayor firmeza y menos problemas; artículo 16 de la *Ley de Organización y Atribuciones de los Consejos Provinciales*, de 2 de abril de 1845, y artículo 30 del *Reglamento sobre el modo de proceder los Consejos provinciales como tribunales administrativos, y de su régimen interior*, de 1 de octubre de 1845. En cuanto a la materia penal, y tras los intentos fallidos de motivación procesal en el proyecto de código de procedimiento criminal de 1821 y de código penal del año siguiente, puede verse la regla primera de la *Ley provisional prescribiendo la aplicación de las disposiciones del Código penal*, de 19 de marzo de 1848.

sión consciente por parte del mismo abogado. Es un proceso de cambio que se consolida con la *Instrucción* e irreversiblemente con la *Ley de Enjuiciamiento*.

Las transformaciones que igualmente se aprecian en los informes en derecho, responden a la evidencia de que el *ius commune* que las impregnaba hasta ahora cede por completo a las leyes sustantivas nacionales. Y llama aquí la atención el que dejen paso no sólo a las normas sustantivas más recientes, sino sobretudo a las históricas de *Partidas* y *Novísima*, que son ahora cuando más se alegan, mucho más que en el siglo anterior. Claro está que el derecho de propiedad sigue siendo el mismo en esencia.

Por la información de que disponemos, tal vez sea la evolución en los informes en derecho la que primero se inicia, o tal vez acontece al mismo tiempo que en los escritos procesales; en cualquier caso, mucho antes que en las sentencias. Esos logros tan ansiados por una codificación que se resistía, sí se iban abriendo camino, tempranamente, en las alegaciones jurídicas, al margen de que muchas de ellas nos continúen pareciendo escritos largos, farragosos y reiterativos en sus razonamientos y estilos argumentativos. Ya no resulta tan fácil ver esa pretensión erudita, incluso literaria, que en tantas ocasiones apreciamos en el abogado del siglo pasado; ese estímulo de que también sirvieran de ejemplo y modelo para otros procesos futuros semejantes. Si la argumentación estrictamente jurídica ya se va introduciendo a lo largo del proceso, si ya se va permitiendo a los abogados la exposición de leyes y de construcciones normativas, las alegaciones jurídicas, tal y como las entendemos hasta ahora, irán perdiendo su primigenio sentido. Perderán relevancia incluso materialmente, por su volumen.

La histórica legislación curial, ambigua y genérica, permitía una considerable flexibilidad forense entre las diversas audiencias e incluso dentro de cada una de ellas, según la naturaleza de cada pleito y, al parecer también, según se iba desarrollando cada uno de ellos. Frente a un *ius commune* procesal, un *ius proprium* para la secuencia de todos estos trámites, y también de sus formas¹⁰³. Y queda claro que de las alegaciones nunca se hablaba a lo largo del proceso, puesto que sólo al final se planteaba su presentación. Al menos así sucedía en la Audiencia de Valencia. Tampoco la legislación se había ocupado mucho de ellas. En algunos procesos de esta época, sin embargo, se relajan algunas viejas costumbres. Tal vez a jueces y abogados, conscientes de estar ante realidades difusas y de incierto futuro, no les preocupa traspasar unos usos que ya no tenían el mismo valor de antaño. Pareciera que es la práctica la que se adelantaba a la teoría.

Insistimos en que hemos llegado a estas conclusiones desde la práctica que hemos observado en la Audiencia de Valencia. Otros estudios paralelos nos desmentirán o confirmarán –y en su caso podremos generalizar–, estos resultados para otros tribunales.

Definitivamente, la Ley de Enjuiciamiento de 1855 sentará las bases concluyentes del orden procesal civil liberal. Aun así, la consulta de pleitos durante

¹⁰³ M.^a Paz ALONSO ROMERO, «Las reglas de juego: herencia procesal...».

los primeros años de su vigencia nos mostrará, que su aplicación en este punto tampoco resultó tan sencilla. La motivación de la sentencia, pese a venir claramente impuesta, no resultó tarea fácil; menos complicado fue, de nuevo, avanzar en la argumentación jurídica de los letrados, que continuó afianzándose. Los usos y las costumbres procesales de nuevo mostrarán sus tiempos, su propia adaptación, pero ya lejos de aquella paradoja teórico-práctica del Antiguo Régimen. Quién sabe si, tal y como sucedió con la *Instrucción* de 1853, se esperaba que, vigente la nueva ley, se siguiese permitiendo cierta flexibilidad en su aplicación. Tal vez sea por ello por lo que la motivación durante sus primeros años de vigencia fuera esencialmente fáctica y procesal, que no substantiva; tal vez también por imitación a lo que había sucedido en otros sectores y momentos, aunque en estos casos había sido por prescripción legal. Pero todo esto ya será objeto de otro estudio.

CARLOS TORMO CAMALLONGA