

LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA DE 1881

Por el doctor Carlos DE MIGUEL Y ALONSO

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid, España.

I. INTRODUCCIÓN

En estos años de 1981 y 1982, se cumplen dos efemérides francamente importantes en el procesalismo español, con sus correspondientes repercusiones en el mundo hispánico. Si a ello se añade el hecho también trascendental de cumplirse el cincuentenario del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal de 29 de agosto de 1932, creo que el Instituto Mexicano de Derecho Procesal, acertó plenamente en la conmemoración de tan importantes fechas y de tan relevantes cuerpos legales, que nos permiten una vez más, reunirnos con estos valiosos colegas de la otra orilla del Atlántico, que en este caso, como en otros muchos, no nos separa, sino que nos une, como las riveras de cualquier río en cuyas orillas vivimos, pensamos, y trabajamos más de 300 ciudadanos del mundo, unidos por una serie de vínculos y estímulos que son de todos conocidos.

Sean pues, mis primeras palabras, de emocionado agradecimiento a todos y a cada uno de los miembros de este pujante y activo Instituto Mexicano de Derecho Procesal, y muy en especial a los organizadores de ese evento, en el Estado de Sinaloa y en esta bellísima ciudad de Mazatlán, que aparece ya citada en la cartografía de Domingo de Castilla de 1541.

Y permíteme que cite personalmente a los responsables de este IX Congreso a los que desde aquí rindo tributo de admiración y de afecto: Al Presidente honorario, Ciudadano Antonio Toledo Corro, al Presidente efectivo, el profesor, doctor Gonzalo Armienta Calderón, al Vicepresidente, doctor Fernando Flores García, al Secretario, doctor Carlos Pérez González y al Tesorero, licenciado Jorge Antonio Zepeda. Todos ellos queridos colegas y amigos, que nos han permitido una vez más, reunirnos para tratar, discutir y conocer mejor las realidades procesales, procurando mejorarlas y hacer así honor al enunciado de este Instituto de que "La Justicia es el fundamento de la Paz".

La conmemoración de un centenario suele hacerse, como en este caso, procurando realizar un balance de estos cien años de vigencia de la insti-

tución conmemorada. Y creo que es motivo de admiración el que hayamos sido capaces de mantener una tan vieja Ley, ya que en definitiva, su antigüedad es bastante mayor, ya que —como todos sabéis— la de Enjuiciamiento civil de 1881, no es más que una ley en la que se retoca la primera de 1855.

No sucede lo mismo con la de Enjuiciamiento criminal, en la que sus antecedentes son notablemente diferentes que la civil, y que llevó a la publicación de la de 1882, mucho mejor que su hermana la civil.

Por otra parte, me interesa destacar aquí, y ahora, que así como la Ley de enjuiciamiento civil cuyo centenario celebramos y conmemoramos, de 1881, ejerció ya poca influencia en el mundo hispánico, no sucede lo mismo con la primera de 1855, que produce un importante impacto en las jóvenes naciones iberoamericanas, que en muchos casos se mantiene hasta el día de hoy. Por eso, se produce una curiosa situación en virtud de la cual, es la antecesora de la de 1881, esto es la de 1855, la que influye decisivamente en numerosos ordenamientos procesales civiles de Iberoamérica. Y, si como antes hemos indicado, esta Ley del 55, se proyecta casi por completo en la vigente de 1881, resulta que, el origen o antecedente de la vigente regulación procesal, en una extensa área del habla hispánica, es precisamente la normativa contenida en la Ley del 55, cuya conmemoración, pese a los intentos de celebrarla (especialmente por parte del maestro Alcalá-Zamora), no se lograron. Por eso, ahora, personalmente me satisface profundamente, el que a las celebraciones que en España se han hecho sobre la vigente de 1881 y la penal de 1882, se una el Instituto Mexicano de Derecho Procesal, llamándonos a celebrar juntos tanto estas dos, como la Mexicana de 1932.

II. ANTECEDENTES

La importancia de la exposición de los antecedentes de la LEC. de 1881, se desprende preferentemente del principio de Legalidad de las normas procesales así como de su carácter de Derecho público, en el que, y según señala precisamente su artículo primero, dispone que “El que haya de comparecer en juicio, tanto en asuntos de la Jurisdicción Contenciosa como de la Voluntaria; deberá verificarlo ante el Juez o Tribunal que sea competente (principio del Juez natural o legal) y *en la forma ordenada por esta Ley*” con lo que queda patente el carácter fundamental del ordenamiento positivo del proceso, como fuente más importante para el conocimiento de nuestra disciplina.

Como quiera que el profesor Montero Aroca, dedica una parte de su intervención a la exposición de la gestación detenida de la LEC. aquí sólo nos detendremos en sus aspectos más fundamentales, que considero absolutamente necesarios, para llegar a comprender la vigencia de la legislación hispánica del proceso, en la mayor parte de las Repúblicas de las

Américas, con la excepción de la legislación de Brasil, Puerto Rico y Cuba, y de las importantísimas novedades que han supuesto los cuerpos legales de Guatemala de 1963 (Aguirre Godoy), Argentina, de 1967 y Colombia de 1970 (Devis Echandía y Morales). Por lo que se refiere a los Estados de la República de México, su influencia también ha sido importante, especialmente en el Distrital de 1932 y por su influencia en la mayor parte de los Códigos de los estados de la República, excepto en el Código de Guanajuato de 1934, el de la Federación de 1942, el de Sonora de 1949, el de Morelos de 1955, el de Zacatecas de 1965 y el de Tamaulipas de 1961, que tomó, del Anteproyecto de 1948, para el Distrito, muchas de sus directrices, pero como señalan los profesores Fix Zamudio y Ovalle, con poca fortuna.

Sin remontarnos a fechas más lejanas, deseo subrayar que en España, y a partir de la Constitución de Cádiz de 1812 (arts. 242 a 308 de esta Constitución promulgada el 19 de marzo de 1812) y con la instauración del régimen constitucional, se tiende con una gran energía a la creación de normas procesales con el afán de reformar la deficiente y complicada legislación anterior, que si había sido suficiente en etapas anteriores (desde el Fuero Juzgo, pasando por las Partidas —especialmente la tercera— y las Recopilaciones Nueva y Novísima) ya no cumplía adecuadamente su fin.

Así llegamos al primer intento serio de sistematización legislativa procesal, aunque fuera para una determinada rama del Derecho privado, el Mercantil, con la Ley de Enjuiciamiento sobre Negocios y Causas de Comercio de 24 de Julio de 1830 de Sáinz de Andino, autor también del Código de Comercio de 30 de mayo de 1820, que fueron las primeras codificaciones de tipo europeo y moderno que se hacen en España. Permítaseme indicar que curiosamente, muchas de las disposiciones del Código de Comercio de 1829, hoy, en 1982, siguen en vigor, y precisamente en una materia, la del juicio de ejecución general denominado Quiebra, que lamentablemente, y debido a la crisis económica mundial, afecta muy directamente a la empresa española, que ve regulada esa situación, nada menos que por una ley de hace más de 150 años. Ello fue motivado por la separación existente entonces entre la jurisdicción civil y la jurisdicción mercantil —todavía mantenida en México— y refundida a partir de 1868.

Destacan en los años siguientes las leyes de 1835 (Reglamento provisional para la administración de justicia) de 1838 (Sustanciación de los negocios de menor cuantía) y 1844 (Reglamento de los juzgados de primera instancia).

Y así llegamos a una fecha muy importante: 1853. Se publica el 30 de septiembre una Instrucción del Procedimiento Civil con respecto a la Real Jurisdicción Ordinaria, llamada corrientemente Instrucción del Marqués de Gerona, por ser obra de un ministro de Gracia y Justicia, emprendedor, animado de los mejores deseos, que trató de derribar los abusos de nuestra administración de justicia, siguiendo las huellas de aquel adagio "Celeridad

en la *Marcha, Economía de los Gastos*”, brocardo que hoy consideramos con la más acuciante desiderata de cualquier reforma procesal que trate de atender a las necesidades sociológicas del año 2000 que ya señala certemente este genio de la vida jurídica española: Don José de Castro y Orozco (Ver Prieto-Castro, Fairén, Alcalá, etc.), que consiguió (aunque por poco tiempo) un avance inusitado en nuestra defectuosa legislación procesal, y que incluso hizo escribir a algunos de sus detractores, de la talla de Vicente y Caravantes, que “procuró la abreviación de los términos procesales, la publicación de las pruebas, el aumento de la actividad oficial del juez, la supresión de ciertos recursos, etcétera, etcétera”. Sin embargo la curia combatió ferozmente esta ejemplar Instrucción del M. de Gerona. Fue una espléndida oportunidad que perdimos lamentablemente y ante las durísimas críticas de los profesionales del derecho, al año escaso de su publicación se derogó por R. D. de 18 de agosto de 1854, que la calificó de extremadamente reaccionaria.

Aunque no encontró el debido apoyo entre los profesionales del foro —como acabamos de indicar— sí supuso un revulsivo para pretender afrontar una ordenación sistemática del proceso civil español, que al menos tuvo la virtud de acelerar los deseos de conseguir con la mayor prontitud una codificación de la reforma procesal que habría de plantearse inmediatamente.

Sólo nos resta, como homenaje a esta Instrucción de 1953, lamentar profundamente el olvido que de ella se hizo en España, y que ha motivado que durante más de un siglo apenas si algún comentarista se ocupara de ella. Ha sido en etapa reciente, cuando se ha vuelto a redescubrir este cuerpo legal, que de haberse mantenido en vigor, nos hubiera mantenido en una línea moderna del proceso civil, con unos principios que perseguían por todos los medios una máxima eficacia y rapidez en la justicia civil española. Pero como en tantas otras ocasiones (recordemos los antecedentes españoles del Derecho concursal...) denostamos nuestros antecedentes patrios, para asombrarnos ante los avances de otros países, desconociendo —a veces— lo que podríamos haber aprovechado serenamente y haberlo utilizado sin censuras y afrontando valientemente los cambios y reformas, que ahora sí son ya imprecindibles, dado el carácter sociológico que empapa todo el proceso civil, especialmente puesto de relieve en los últimos cincuenta años.

En el mes de mayo de 1855 se recibe en la Comisión Codificadora el encargo de preparar un texto para el proceso civil, fijándoseles unas Bases de trabajo a las que habrían de ajustarse en sus tareas. Juristas de gran relieve en la época como Hernández de la Rúa, Gómez de la Serna, Alonso Martínez, Rivero, etcétera, forman parte de esta Comisión. Entre estas bases aparece la denostada —y con razón— Base primera, que les encorseta en sus afanes, los limita en sus proyectos, les recorta en sus atribuciones, al señalar que deberían “Restablecer con toda su pureza las reglas cardinales

de los juicios consignadas en nuestras antiguas leyes, introduciendo las reformas que la ciencia y la experiencia aconsejen, y desterrando todos los abusos introducidos en la práctica". Más o menos, con este mandato se ordenaba volver a la Novísima Recopilación, y a su arrastre histórico medieval, que aún palpita en nuestro proceso civil.

Fue el segundo ordenamiento nacional del proceso civil —después del código napoleónico—, y para la época en que fue dictada esta Ley del 1855 —del 5 de octubre—, y teniendo en cuenta el texto antes citado de la Base primera, tenemos que juzgarla, al cabo de 127 años con benevolencia. Debemos destacar que excepcionalmente, apenas tiene arrastre del código napoleónico (que habría de influir en numerosos textos europeos y que influyó fuertemente en la legislación material).

Como ha escrito Alcalá-Zamora, sería ridículo que por un prurito de crítica negativa —a la que tanto estamos acostumbrados los hispánicos— desconociéramos la importancia de esta LEC, de 1855, no sólo como texto en su mayor parte reproducido en la vigente cuyo centenario celebramos, sino por haber puesto fin al desbarajuste procesal anterior, y por haber tratado de fundir en un solo cuerpo legal, los preceptos dispersos en multitud de disposiciones de distinto carácter. Pero al mismo tiempo fuerza es reconocer que en 1855 se debió y se pudo avanzar muchísimo más de lo que se hizo en el camino de la codificación procesal. Su sistema de enjuiciar —prácticamente hoy vigente— recordando y desempolvando disposiciones no siempre correctas de nuestro antiguo derecho, se basó en unas características que por muchos han sido calificadas de medievales (Becaña, Alcalá-Zamora, Prieto-Castro, Guasp, Gómez Orbaneja, etcétera), con la grave circunstancia —que me interesa subrayar una vez más— de que el legislador de 1881 se atuvo en su casi totalidad en la criticada LEC. de 1855, que además, y como antes hemos señalado, es la que tuvo una mayor incidencia en el proceso civil de los países hispánicos, con su reciente conseguida independencia, países que se encontraron ante la necesidad de llenar un vacío legal en un tema de tanta importancia como la regulación del proceso civil, actividad que se llevó a cabo precisamente sobre la base de la LEC. de 1855, y teniendo en cuenta en numerosos supuestos las opiniones de uno de sus más conspícuos comentaristas don José de Vicente y Caravantes.

Antes los defectos de esta Ley de 1855, el legislador español se vio en la precisión de dictar bien pronto diversas disposiciones modificando y reformando en ciertos aspectos que ahora no podemos exponer— su contenido, hasta llegar a un momento en que se hizo absolutamente necesaria la redacción de una nueva LEC.

En 1878 se encarga a la Comisión General de Codificación —entonces la sección primera— que realizara los estudios necesarios para examinar las reformas que deberían introducirse en la LEC. Esta comisión elabora un Proyecto de Ley de bases que con ligeras modificaciones, fue aprobado

por Ley de 21 de junio de 1880. En su contenido refleja suficientemente el carácter de simple reforma la que se acometía, de tal manera, que virtualmente seguía vigente la LEC. de 1855.

De las 19 Bases aprobadas se deduce claramente el deseo del legislador de refundir las disposiciones aparecidas con posterioridad a 1855, e introducir en la medida de lo posible unos procesos judiciales más breves y sencillos que los existentes en el texto anterior. La Base 19 ha sido la que ha sufrido una mayor crítica, y precisamente a su contenido se achacan las limitaciones y cortapisas con que se encontró el legislador que, una vez más, recortan sus posibilidades de conseguir un proceso civil más eficaz, lo mismo que antes hemos visto con la base primera de la LEC. del 55. Esta base 19 le faculta al legislador para "Introducir en la Ley de 1855, y dentro del espíritu que ha presidido a la redacción de las demás bases, las demás reformas y modificaciones que la ciencia y la experiencia aconsejen como más convenientes".

Lamentablemente, parece ser que la ciencia y la experiencia aconsejaron muy pocas variantes, y pasadas las Bases citadas a Manresa, presentó un texto ya articulado, que con muy ligeros retoques por parte del Ministerio del ramo, y de la propia Comisión General de Codificación, obtuvo la aprobación y publicación por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, comenzando a regir el 1º de abril de 1881 y actualmente vigente.

III. ESTRUCTURA

El mismo nombre que recibe en esta codificación de Ley de Enjuiciamiento Civil, ya nos demuestra un poco cuál será su contenido. El legislador, modestamente, no le llamó código, ya que una obra codificadora exige una elaboración legislativa detenida y estructurada, y por ello se prefirió conservar el nombre de LEY, menos comprometido y como una continuación de la de 1855.

Si la de 1855 tenía 1415 artículos, ésta cuenta nada menos que con 2182 arts. Es, hoy día, creemos, la más extensa ley procesal civil del mundo. En Europa tenemos el código francés de 1975 con sus 972 arts. El código italiano de 1940-42, con sus 831, la Ordenanza procesal civil alemana de 1877 con sus 1048 arts., el "Codice di procedura civile dello Stato della Città del Vaticano" de 1946 con 924 arts. Y más modernamente el código belga, cuyo décimo aniversario conmemoramos varios de los de aquí presentes en el Congreso Internacional de Gante de 1977 con sus 1675 arts. En cuanto a los cuerpos legales iberoamericanos citemos los modernos de Colombia de 1971 con sus 700 arts., el guatemalteco de 1963 con sus 635 arts. el brasileño de 1973 con sus 1220 arts., por no citar más que los más recientes. En cuanto a México citaremos únicamente el Código distrital cuyas bodas de oro también celebramos en este Congreso, de 1932, con sus 917 arts.

Así pues, vemos, que la centenaria LEC. española de 1881, sobrepasa muy generosamente la extensión de otros cuerpos legales reguladores del proceso civil. Si a esto añadimos las normas orgánicas y procesales penales más fundamentales españolas, suman un total de 4179 arts. cifra con la que mis alumnos universitarios deben de enfrentarse y nosotros, los profesores españoles hemos de procurar enseñar en tan sólo dos cursos, amén de la parte general y de una multitud de disposiciones complementarias que nos hacen intentar una tarea de titanes, y que lamentablemente a veces no conseguimos completar, pese a todos nuestros esfuerzos, con un sólo profesor titular para esta disciplina, si bien, ayudado con un escaso número de colaboradores que nos permiten cumplir —al menos discretamente—, nuestra misión formativa e informativa en las ya casi treinta facultades de derecho españolas.

La Ley de 1881, consta de tres libros. El primero Disposiciones Generales, el segundo De la Jurisdicción Contenciosa y el tercero De la Jurisdicción voluntaria. Aparece dividido cada libro en títulos, capítulos, secciones y párrafos.

Una de las razones de su gran extensión proviene, no sólo de regular el Derecho concursal (en parte), sino también de dedicar todo un libro, con 371 arts., a la jurisdicción voluntaria, que en numerosos cuerpos legales forma un cuerpo independiente. Y por si fuera poco, repite —a veces innecesariamente— normas orgánicas de la venerable Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870 (En España frecuentemente las “leyes provisionales” se hacen centenarias, y las que quieren ser “Leyes definitivas” por llamarlas de alguna manera, pero que expresan en la mente del legislador en turno, o en sus correspondientes exposiciones de motivos la “regulación definitiva” de tal o cual materia, suelen durar unos pocos años...).

Adolece esta ley de 1881, de numerosos defectos técnicos que no voy a pormenorizar aquí. (Montero) pero debemos insistir, en que al igual que la de 1855, apenas tiene influencia del código napoleónico, observándose en ella en cambio una fortísima influencia del derecho romano-canónico y germánico en menor medida.

Dada la época en que se promulgó, no nos tiene que extrañar que se mueva casi por completo en la dirección científica que imperaba en España, que era de tipo puramente procedimental.

La falta de sistemática se observa si cuidadosamente tratamos de estudiar algunas de las instituciones procesales, que aparecen reguladas y reiteradas en muy diversos lugares, siendo muestra de ello, p. ej. la materia de los recursos, la competencia, y un largo etcétera.

Concretamente, una materia tan complicada como el Derecho concursal, aparece recogida —antes ya lo indicábamos en parte— en el CCOM. de 1829 de Sáinz de Andino, en la LEC. de 1881, en el vigente CCOM. de 1885, en la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 (por cierto también

de duración previstamente provisional por cuatro años, pero que lleva sesenta en vigor), y una multitud de disposiciones en cuyo análisis no podemos entrar.

En general esta Ley adolece de diversidad y difusión de normas con una prolijidad de regulaciones procedimentales. El tema de los procesos de declaración especiales y sumarios, es precisamente uno de los más graves dentro de la temática de la LEC. Pasan de sesenta los cauces procedimentales en estos procesos especiales civiles, y en cuanto a los ordinarios tenemos nada menos que cuatro diferentes.

En la actualidad no se puede considerar como eficaz. Quizás sirviera a sus fines con una España con 16 millones de españoles y un número de jueces casi igual al de la actualidad. Pero con más de 35 millones de españoles, y con las necesidades sociológicas de un proceso moderno, es absolutamente ineficaz (desiderata después).

Uno de sus pocos méritos, que desde luego no es pequeño, es el del correctísimo empleo del idioma español en la expresión de sus normas, y que desgraciadamente no han seguido las reformas ni modificaciones posteriores, que adolecen de un confucionismo lamentable, no sólo en su pretendido contenido técnico jurídico, sino en una experiencia escrita. La LEC. es ejemplo de un castellano claro, preciso y afortunadamente inteligible por el experto y por el profano, aunque este aspecto de la LEC. no nos puede hacer cambiar nuestra opinión de su actual inutilidad.

La gran cantidad de modificaciones y reformas, generalmente acertadas, la publicación posterior de los cuerpos legislativos materiales, la enorme proliferación legislativa en torno al proceso civil, y sobre todo, las transformaciones sociales y la defectuosa aplicación práctica de la vigente LEC., hace absolutamente necesaria una total revisión de su texto, tendiente a hacer la justicia más sencilla, el proceso más breve, y en definitiva conseguir una mayor eficacia en la complicada y delicada máquina judicial.

Han sido infinitos los proyectos de reforma total o parcial que han aparecido a partir de 1881. No nos vamos a detener en su exposición. Pero sí queremos expresar la actual corriente que existe sobre el particular. De un lado, la de corregir y actualizar el texto de 1881. De otro lado, preparar una Ley completamente nueva.

Nosotros participamos de la primera corriente, y un nutrido grupo de profesores de Derecho procesal de las Universidades españolas comenzamos, bajo la dirección del maestro Prieto-Castro, a redacción de esa corrección y actualización. Por avatares que no son del caso reseñar aquí, la tarea se interrumpió, aunque dejamos sentadas unas bases que considero interesantes.

La otra postura, la del extremismo contrario, ha llevado al fracaso a diversos proyectos legislativos. Hoy día la propia Comisión de Códigos, de la que formamos parte, elabora un ambicioso proyecto del que ya hemos dado cuenta en alguna ocasión, pero como necesidad de emer-

gencia, se estudia precisamente estas semanas, la reforma de dos o tres aspectos fundamentales del texto de la vieja LEC. Y concretamente una de esas reformas, en la línea que nosotros propugnamos de actualizar y reformar el viejo texto, es la de borrar prácticamente la aplicación general del juicio de mayor cuantía, y dejar como prototipo de la justicia civil española, el juicio de menor cuantía con la instauración de la audiencia preliminar, que es mucho más correcto, barato y eficaz que el de mayor cuantía, modelo o patrón del juicio medieval. Mientras que la duración mínima de la primera instancia en una mayor cuantía no llega a tres meses, esto es, menos de la tercera parte. Somos conscientes que en el caso de que se apruebe con carácter urgente esta reforma habremos conseguido mucho, pero ello no será posible, si —como señalaremos más adelante— no se dota a la justicia española de los medios humanos y materiales necesarios.

IV. PRINCIPIOS SOBRE EL OBJETO DE LA ACTIVIDAD PROCESAL DE LA LEC.

Los dos últimos aspectos que vamos a exponer, son los referentes a los principios y al sistema de la LEC.

Los principios que rigen la dinámica procedimental y, de acuerdo con los poderes del Juez o de las partes en la actividad procesal, son el oficial y el dispositivo.

En el principio oficial, como señala Fairén, predomina la actuación directiva y las facultades del juez en el procedimiento, mientras que en el principio dispositivo, predomina el *Dominum Litis* de las partes.

En el principio oficial el proceso puede ser incoado por decisión del juez y no únicamente a instancia de parte, mientras que en el principio dispositivo se concede toda la iniciativa a las partes, de ahí, que también se llame principio rogado. Si en el principio oficial se concede al juez facultad para aportar el material del proceso por iniciativa propia, en el principio dispositivo esta tarea queda encomendada a las partes (principio de contradicción).

En España la norma procesal civil, tanto de 1855, como la vigente de 1881, se orienta de una manera abrumadora hacia el principio dispositivo, siendo las partes dueñas casi absolutas de la litis. Es un residuo histórico —a que antes nos hemos referido someramente— de una concepción privada del proceso que concede muy pocas facultades al órgano jurisdiccional.

Este principio dispositivo, cuyos aforismos clásicos aparecen muy correctamente recogidos en las obras de R. W. Millar (*Da mihi factum, dabo tibi ius; iudex iuicat secundum allegata et probata partium; ne proceda iudex ex officio; quod non est in actis non est in mundo*) se encuentran muy claramente en nuestra LEC. lo que determina toda la configuración de la dinámica procedimental, como lo demuestran, como botón de muestra que señala Gómez Orbaneja, los siguientes extremos:

a) El proceso comienza por demanda (art. 524), es decir, por un acto de parte, cuyo contenido es el ejercicio de un derecho esencialmente potestativo, el derecho de acción.

b) Los elementos identificadores de la demanda: *personae* (sujetos: juez y partes), *la causa petendi* (los hechos en virtud de los cuales se pide) y el *petitum* (lo que se pide), determinan inderogablemente el objeto del proceso que va a versar, precisa y exclusivamente entre esas partes, sobre lo que el demandante ha querido y en los límites por él señalados.

c) Para que la sentencia sea válida, habrá de ser congruente con la demanda (arts. 359 y 1692, 2º y no puede dar otra cosa ni dar más de lo que la demanda pida (art. 1692, 3)).

d) Análogamente, probándose por el actor la causa de pedir, no puede el juez absolver al demandado sino en virtud de otros hechos, obstativos o impositivos, que resulten probados, por lo que en tal sentido, el fallo ha de ser congruente con las pretensiones del demandado. Y este fallo no puede nunca condenar al demandante si no es en las costas, salvo en el caso de la reconvencción (art. 542).

e) Toda la regulación de la prueba se funda en que el Juez tiene que partir como dados (independientemente de su convencimiento) de los hechos alegados por una parte y confesados o admitidos por la otra (arts. 549, 565, 566 y 637 LEC, y 1232 CC.).

f) Sólo hay actividad probatoria si las partes lo piden (art. 552) y únicamente la prueba es admisible cuando se refiere a hechos alegados y controvertidos (arts. 565 y 566).

Efectivamente es cierto el predominio casi absoluto del principio dispositivo en el proceso civil español tipo, pero también lo es que, la centenaria Ley, al igual que la de 1855, dejaba un portillo abierto para —en la medida de lo posible, y dados los antecedentes históricos que gravitaban sobre ellas— que también hubiera alguna concesión al principio *oficial*, y que como ha señalado certeramente Prieto-Castro, nos ofrece las siguientes muestras:

a) Aunque las partes han de indicar las normas legales aplicables al caso (los llamados fundamentos de derecho de los arts. (524 y 540), el juez aprecia los hechos, los califica jurídicamente y aplica la norma que estime adecuada, sin vinculación a las partes en esta labor intelectual con tal de que no incurra en incongruencia (*Iura novit curia*, art. 372, 3º LEC.).

b) El juez puede de oficio declararse incompetente por defecto de jurisdicción por razón de la materia o por razón del valor (arts. 74, 491 y 717 LEC.).

c) El juez tiene facultades para rechazar pruebas o actos de la misma, inútiles o impertinentes (arts. 566, 584, 634 y 649).

d) Goza de la facultad de interrogar a las partes en la prueba de confesión judicial (arts. 586, I y 588, 2 LEC.) y también a los testigos (arts. 652, 3).

e) Ejerce la policía de las vistas públicas y lleva el orden en la ejecución de las pruebas (arts. 333 y 575).

f) La más importante muestra de la dirección y aportación *ex officio* que se concede a los jueces y tribunales españoles en el proceso civil, es la de las llamadas providencias para mejor proveer del art. 340, que permite al juez completar su convicción acerca de los hechos por medio de ciertas diligencias que la ley, por su finalidad, llama "Para mejor proveer", y que, aunque limitadamente, facultan al juzgador para, por su propia iniciativa, es decir, de oficio, buscar la prueba de los hechos, disponiendo de cierta prueba documental, confesión judicial, reconocimiento judicial y prueba pericial, desvirtuando en la práctica con la demora al dictar sentencia y el encubrimiento de su dilación irregular en cerca de 100 días.

g) Podemos incluir en este apartado la importantísima reforma del R.D. de 2 de abril de 1924 sobre impulso oficial, en cuya virtud no son ya las partes las que deben impulsar el proceso, sino que es el juez el que de oficio lleva adelante su tramitación.

He aquí el balance. Predominio casi absoluto del principio dispositivo, casi lo mismo que en la LEC. de 1855, y por su influencia en casi todos los cuerpos legales de influencia hispánica en América.

V. SISTEMAS SOBRE LA FORMA DE LA ACTIVIDAD PROCESAL DE LA LEC.

La forma de desarrollar la actividad procesal puede llevarse a cabo de manera diferente, conforme a una serie de principios que nosotros nos hemos permitido encuadrar bajo dos sistemas dispares: de un lado la oralidad, y de otro la escritura.

Si por sistema entendemos el conjunto de reglas o principios sobre una materia determinada, o el conjunto de conocimientos derivados de un mismo principio y caracterizados por su unidad, por sistemas formales del proceso, comprendemos el estudio de los principios que informan cada sistema, oralidad y escritura, en cuanto sirven a sus concurrentes necesidades, y como manera de expresar la actividad procesal que tiende en la oralidad a utilizar la palabra hablada como medio de expresión, y en sistema escrito a utilizar la escritura para el mismo fin.

Como escribió el maestro Couture, salvo en los tiempos anteriores a la escritura nunca existió el proceso oral puro, ni el proceso escrito puro. La historia del mundo civilizado sólo conoce procesos mixtos. Quizás la única excepción a esta regla admitida pacíficamente por la doctrina procesalista, consiste en el tribunal de las aguas de Valencia, institución más que milenaria, sobre la que el profesor Fairen mucho podría hablarnos, y que recoge hoy, el proceso sujeto a la más clara y casi perfecta oralidad.

¿Qué sistema prepondera en la LEC? Para nosotros, es abrumador el predominio de la escritura. Si mediante el sistema oral se procura la comunicación directa del pensamiento al juez hecho de viva voz, en la escritura se utiliza precisamente éste medio de expresión para dicha comunicación. Y en uno y en otro caso, nos encontramos nosotros al menos con una serie de principios cuya conjunción integra uno y otro sistema.

Así, en la oralidad, y apoyando la palabra en esa exteriorización y comunicación de expresión, nos apoyamos en la concentración, la intermediación, la libre apreciación de la prueba, la única instancia y la publicidad. Todos estos principios apoyan la palabra.

Al lado del sistema escrito y formando parte del mismo, encontramos los principios de preclusión y eventualidad, prueba legal, doble instancia y el secreto.

Como acabamos de indicar, en nuestra ya centenaria LEC., el sistema de la escritura es el imperante. Y ello por las siguientes consideraciones que brevemente pasamos a exponer:

La preclusión en cuya virtud aparece el procedimiento dividido en una serie de estadios o etapas en las que necesariamente hay que practicar las actividades procesales predeterminadas. Es en general una de las características de nuestro proceso civil y muy en especial el tipo o patrón —hasta ahora— del llamado juicio declarativo de mayor cuantía.

La división en rigurosos compartimientos estancos preclusivos se nos muestra en la estructura procedimental a base de tres periodos fundamentales y sucesivos: expositivo, probatorio y definitivo, estando a su vez subdivididos en otros subperiodos cada uno de estos. En cada uno de estos espacios temporales se señala rígidamente la actividad que ha de ser desarrollada, con la consecuencia de perder el derecho a hacerlo con posterioridad, es decir, una vez transcurrido ese espacio de tiempo (salvo muy cortas excepciones de los arts. 502 anticipación de la prueba testifical o de confesión, 545 idem para la prueba testifical, 563, aportación de hechos de influencia notoria en los escritos de ampliación, 670, 707, 862 y 863 para la prueba en segunda instancia, etcétera).

Para demostrar el predominio del principio de la preclusión en la LEC. nos permitimos señalar que en su texto, nada menos que cuatrocientos sesenta y nueve artículos, establecen y regulan, periodos y plazos preclusivos. Ello viene a significar que más de un veinte por ciento de sus artículos se detienen en este aspecto.

En el proceso tipo —hasta ahora— el mayor cuantía, queremos destacar los plazos que van marcando el orden procedimental: en la primera instancia *comparecencia*, arts. 525 a 527 (nueve días, ampliables en un día más por cada 30 km. de distancia del emplazamiento (¡buen anacronismo!); *contestación*, art. 530 (veinte días); *proposición previa de excepciones dilatorias*, art. 5335 (en seis días); *presentación de documentos*, 503 al 509; *escritos de réplica y dúplica*, 546 y 547 (diez días cada); *proposición de*

prueba 553 (veinte días); *práctica de prueba*, 568 (treinta días), *escritos de conclusión*, 669 (veinte días); *sentencia*, 678 (de doce a quince días), etcétera.

El principio de eventualidad, aparece recogido en algunos lugares de la LEC. Así por ej. en el art. 536 en cuanto a las excepciones dilatorias (“En un mismo tiempo y escrito, el demandado alegará todas las excepciones dilatorias...); 553 y 568 referente a la proposición de la prueba, etcétera.

En cuanto a los principios sobre la prueba, sigue la LEC. un sistema mixto. De un lado reconoce en ciertos casos la libertad de apreciación de la prueba, y en cambio en otros supuestos regula el principio de la prueba legal. En determinadas pruebas, el juez español aprecia libremente las pruebas, conforme al criterio de la sana crítica (peritos, testigos, inspección ocular), mientras que en otros medios de prueba el legislador le impone al juez un criterio de valorización legal, que él no puede alterar (prueba documental y confesión judicial). Así tenemos, en el texto legal los siguientes ejemplos:

Libre apreciación de las pruebas. 609, cotejo de letras; 632, informes periciales; 659, pruebas de testigos;

Principio de la *prueba legal*, en la confesión judicial, arts. 1232 y 1238 CC. y 580 LEC; en cuanto a los documentos 1218 y 1225 CC. y 48 CCom.

Por lo que se refiere al principio de la *apelabilidad separada de resoluciones interlocutorias*, está plenamente recogido en el texto de la LEC. Es una de sus soluciones generales que provoca a su vez una de sus mayores desventajas, ya que ello facilita sobremanera el planteamiento de cuestiones incidentales —en cuyo análisis tampoco podemos entrar aquí— pero que supone unas gravísimas demoras en la resolución del proceso principal, ya que la apelación separada de estas cuestiones interlocutorias, que generalmente suspenden la tramitación de la cuestión principal, constituyen sin duda, uno de los más graves defectos de nuestra LEC, contra lo que se viene luchando permanente y enérgicamente, pero sin conseguir —de momento— las metas deseadas. Es el temible art. 382 el que señala con carácter general, la admisibilidad de la segunda instancia en los incidentes, y muchísimas veces en el doble efecto, que viene a suponer la paralización del proceso principal, por un tiempo indeterminado y generalmente muy amplio.

El principio de la doble instancia es otro de los principios característicos de nuestra LEC. (con alguna pequeña excepción en leyes posteriores. p. ej. en temas de propiedad industrial, impugnación de S.A., etcétera).

La declaración general de tan importante principio aparece regulada principalmente en el art. 382 “Las sentencias definitivas de todo negocio... serán apelables dentro de cinco días”.

Dentro de nuestra jerarquía jurisdiccional, los órganos característicos de la primera instancia, se denominan en España precisamente Jueces de

Primera Instancia, y precisamente las audiencias territoriales (órganos regionales) eran hasta 1968, los órganos característicos de la segunda instancia. Esa reforma poco afortunada ha alterado ligeramente esta competencia funcional, y ahora en ciertas apelaciones conocen los órganos provinciales denominados audiencias provinciales. El futuro desarrollo de las comunidades autónomas, traerá consigo alguna modificación en esta denominación, pendiente aún de consolidarse en cuanto, precisamente, a la justicia de estos llamados Tribunales Superiores de Justicia, que vendrán a coincidir generalmente, con las actuales Audiencias Territoriales.

No se recogen en nuestra LEC. más que dos instancias, pues otros tipos de recursos extraordinarios o excepcionales, como la casación o la revisión, no pueden ser considerados precisamente como nuevas instancias, dadas sus limitaciones, que hemos analizado en otros lugares.

El principio de la publicidad, al menos *legalmente*, predomina en la LEC. frente al del secreto. Aunque los textos legales ordenan expresamente las audiencias públicas, sólo para determinadas diligencias, esto no quiere decir que las restantes deban ser secretas.

El art. 313 dispone lo siguiente: "Las diligencias de prueba y las vistas de los pleitos y demás negocios judiciales, se practicarán en audiencia pública, del mismo modo se hará el despacho ordinario de sustanciación de los negocios en que lo hubiere solicitado alguna de las partes". Así pues, la regla general es la publicidad de los actos procesales con muy pocas excepciones (especialmente señaladas en el art. 314, atendiendo a razones de "moral o decoro" y a juicio del tribunal). La realidad de esta publicidad se confirma expresamente en cuanto a los actos de prueba en el art. 570. Toda diligencia de prueba, incluso la de testigos, se practicará en audiencia pública..." (también con alguna excepción que establece el 572, si las diligencias de prueba pudieran producir "escándalo u ofensa a la moral", pero en todo caso, pudiendo asistir a dicha práctica las partes y sus defensores).

Pero en honor a la verdad esta pretendida publicidad de los actos del proceso civil en España, es muy relativa. Dado el gran predominio de la escritura en el proceso civil, es muy difícil que esa publicidad llegue efectivamente a ser realidad. Por otra parte la deseada publicidad en lo civil, es siempre muy difícil de conseguir, dada la falta de interés del pueblo por la administración de justicia en su rama civil. Los intereses eminentemente privados que en él se debaten, hacen que la esfera de gentes interesadas en el "seguimiento" —como ahora se dice— de un proceso civil sea realmente escaso. Las partes litigantes, y todo lo más, algún conocido de ellas, que asistirán a las vistas públicas, desarrolladas en unos términos y con un lenguaje muy poco claro para el profano en estos temas por lo que, en la práctica el secreto, es una constante del proceso civil en España. Apuntamos esta circunstancia, sin poder adentrarnos en los problemas

que ello implica, sobre la sociología procesal, que ha sido tratada por nosotros en otras ocasiones.

Prepondera pues en la LEC. el sistema de la escritura, y sin embargo, como vamos viendo, a veces, quizás sin resultados prácticos, también recoge algún principio del sistema oral.

Entre ellos, queremos destacar el de la intermediación, consagrado en su aspecto más interesante cual es de la asunción de la prueba, en el art. 254 "Los jueces... recibirán por sí las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba". Esto dice la LEC. La práctica procesal es bien diferente. El cúmulo de trabajo de nuestros jueces y tribunales hacen materialmente imposible el cumplimiento de esta disposición legal. No puedo detenerme en este y otros problemas, pero sí indicar —una vez más— que las leyes muchas veces son mejores que lo que conseguimos en su aplicación efectiva y práctica. Y que en muchas ocasiones se plantea un ansia de modificación de las leyes procesales, deberíamos considerar si esta ley es mala, o son malos los que de ella abusan o la inaplican.

Sobre la concentración, también se reconoce a veces algún atisbo, especialmente en el art. 322 que se refiere a la unidad del acto de la celebración de la vista o debate oral en los procesos civiles.

Pese a estas consideraciones de la posible existencia de algún aislado principio de la oralidad en la LEC. el criterio general como venimos indicando en nuestras palabras, es el predominio, verdaderamente abrumador, del sistema escrito.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

¿Cuál es nuestra opinión de conjunto sobre la LEC. española de 1881? No quisiera cansar más vuestra atención, que sobradas muestras de paciencia me ha dado a lo largo de mi disertación, pero tampoco quisiera terminar sin hacer un pequeño balance muy breve de mi personal opinión sobre el tema.

Como señalaba en el apartado correspondiente a la estructura de la LEC. indicaba, la corriente legislativa española actual, que implicada en temas de un enorme significado político, parece olvidar de momento la necesidad de una reforma o fondo del texto legal. Por eso, se abre camino la posibilidad de una reforma parcial, que si se consigue en un plazo de tiempo relativamente breve, podría momentáneamente solucionar muchos de los problemas derivados de la aplicación de la LEC., regulando como protagonista del proceso civil español, no al lento y costoso mayor cuantía, sino al breve, eficaz y útil juicio de menor cuantía, al que se trata de procurar su mayor efectividad mediante la instauración de la audiencia preliminar, para depurarle de sus posibles implicaciones tangenciales e incidentales. Con ello creo que sin duda podremos conseguir, al menos en el papel, una justicia mucho más rápida y eficaz.

Personalmente creo que hoy por hoy, el establecer un proceso oral es una utopía muy difícil de conseguir por su carestía y por otras muchas circunstancias que está en el ánimo de todos. Soy un ferviente defensor de la oralidad, y así lo he expuesto en tantas ocasiones como he podido, pero la realidad es muy diferente de los deseos, y esa realidad, de momento nos lleva a procurar adecuar el proceso civil a las posibilidades y realidades sociológicas de cada país. Yo creo que será mucho más eficaz agilizar el proceso tipo —que podrá ser el menor cuantía— quitándole todo tipo de posibles obstáculos procedimentales a través de la audiencia preliminar, otorgando al juez mayores poderes que los que hoy tiene, y seguramente nos encontraremos con un proceso civil casi de nuevo cuño, que de momento podría cumplir su misión de instrumento al servicio de la justicia.

Pero, eso no será en ningún caso suficiente, si no se resuelven los múltiples problemas que la administración de justicia tiene planteados en el mundo actual. Es decir, si no resolvemos antes, todos los problemas —generalmente económicos— del personal al servicio de la justicia.

Un elevado incremento del número de jueces, (como botón de muestra señalaré que en España, en el exiguo escalafón de la carrera judicial están sin cubrir cerca de trescientas plazas), una mejor y más racional distribución territorial de esos juzgados y tribunales, unas mejores dotaciones económicas de todo el personal judicial (jueces y magistrados, secretarios, oficiales, auxiliares, etcétera), unas decorosas instalaciones, una generosa financiación de los medios instrumentales de trabajo, sería todo ello indispensable para conseguir un mejor proceso civil. En caso contrario, y pese a la bondad de las reformas y a los buenos principios sobre los que estamos trabajando, nos encontraríamos con un resultado paralelo al de los últimos 60 o 70 años, en los que prácticamente la justicia civil se ha paralizado, y no todo desde luego es culpa de la LEC. de 1881.

La LEC. es un cuerpo legal de corte liberal, y al cabo de estos cien años de su vigencia se ha tenido tiempo para apreciar dos realidades que destaca Prieto-Castro: Que durante tan dilatado lapso sólo experimentó correcciones procedimentales; y que, pese a los defectos de la LEC, los que la han venido aplicando, sea como juzgadores, sea como abogados, lograron que en nuestro país no se tuviese la impresión de que nos halláramos huérfanos de normas que señalasen el camino a la justicia civil, y aún se podría haber logrado mejores resultados si siempre se hubiese contado con el número suficiente de jueces, de funcionarios colaboradores y de medios materiales, y por tanto con mayores posibilidades de haber dedicado acuciosa atención a la aplicación del cuerpo legal.

La LEC. no se ha aplicado con la mentalidad y la adecuación a las necesidades de cada época, por lo que en lugar de haber decrecido el número de sus defectos, se les ha hecho gravitar constantemente sobre la justicia, sin reparar siempre en la idea de la instrumentalidad de las normas procesales.

La LEC. de 1881, como ha escrito el maestro Alcalá-Zamora, hace mucho tiempo que cumplió su jornada y debemos comprender la necesidad de su reforma a fondo o su reemplazo total. Pero —y con esto termino— es tarea muy delicada en la que estamos implicados y que esperamos ver convertida en realidad en un plazo no demasiado largo, para dar al pueblo español un instrumento más asequible y eficaz para conseguir la realización completa del Derecho.