



PUBLICACIONES

DE LA REAL

ACADEMIA DE  
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

— XLI —

CONFERENCIAS

DEL EXCMO. SEÑOR

D. EDUARDO RUIZ Y GARCÍA DE HITA

Ex-Vicepresidente de la Academia

**Reorganización y competencia del Tribunal Supremo**

SESIÓN DEL DÍA 13 DE ABRIL

**La Jurisprudencia**

SESIÓN DEL DÍA 20 DE ABRIL

**El recurso de casación en materia civil**

SESIÓN DEL DÍA 27 DE ABRIL

1921

EDITORIAL REUS (S.A.) MADRID

ESTADO DE LA UNIÓN

SECRETARÍA DE ECONOMÍA

ESTADO DE LA UNIÓN





PUBLICACIONES DE LA REAL ACADEMIA  
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

XLI

CONFERENCIAS

DEL EXCMO. SEÑOR

D. EDUARDO RUIZ Y GARCÍA DE HITA

Ex - Vicepresidente de la Academia

REORGANIZACIÓN Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

SESIÓN DEL DÍA 13 DE ABRIL

LA JURISPRUDENCIA

SESIÓN DEL DÍA 20 DE ABRIL

EL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA CIVIL

SESIÓN DEL DÍA 27 DE ABRIL

MADRID

EDITORIAL REUS (S. A.)

Impresor de las Reales Academias de la Historia  
y de la de Jurisprudencia y Legislación

CAÑIZARES, 3, DUPLICADO

1921

---

**ARTÍCULO 66 DE LAS CONSTITUCIONES:**

**Los trabajos que publique la Academia quedarán de su propiedad. Ningún trabajo realizado en la Academia podrá ser publicado sin autorización de la misma**

**En las obras que la Academia autorice o publique, cada autor será responsable de sus asertos y opiniones**

---

---

**Talleres tipográficos EDITORIAL REUS (S. A.)  
Ronda de Atocha, 15 duplicado. (689)**

I

**REORGANIZACIÓN Y COMPETENCIA  
DEL TRIBUNAL SUPREMO**

Conferencia dada el día 13 de Abril de 1921





SEÑORES:

Mi ferviente deseo de corresponder al inmerecido honor que años ha me dispensó esta Real Academia eligiéndome para una de sus Vicepresidencias, la promesa que entonces hice a mis compañeros en la Junta de gobierno en aquella época, y consideraciones que siempre he recibido de otros señores Académicos, han pesado con fuerza tan poderosa en mi ánimo, que terminaron por vencer mi respetuoso temor a ocupar esta cátedra enaltecida por jurisconsultos que me han precedido en sus conferencias.

Me he preciado siempre de buen pagador de deudas; las de gratitud son sagradas, y no podía aplazar por más tiempo el pago de la que tenía contraída con esta Academia, después de haber cesado en la función de juzgar, que si me era grata, exigía para su acertado desempeño que a ella prestase toda mi atención.

He dicho que soy deudor, y si queréis, deudor moroso, de algunas conferencias sobre materias relacionadas con el cargo judicial que hasta hace poco he desempeñado, y lo he dicho de propósito, porque si de la exposición que haga sencillamente y sin alardes retóricos, de que desgraciadamente carezco,

del fruto de mis largos años de experiencia y meditación, resulta en definitiva que estáis obligados a declararme en estado de verdadera *insolvencia*, al menos espero de vuestra bondad que no la calificéis de *insolvencia culpable*.

Mi primera decisión, cuando se me invitó a dar estas conferencias, fué la de exponeros las reformas que estimo convenientes en el recurso extraordinario de casación, especialmente en los negocios civiles. Actos posteriores que no son para referidos, pero para olvidados tampoco, y el culto que siempre he prestado a la justicia, única y sagrada herencia recibida de mi buen padre, que también fué toda su vida Juez y Magistrado, me han impulsado a deciros en esta lección algo sobre lo que yo entiendo que debería ser la futura organización del Tribunal Supremo para evitar sensibles desautorizaciones, y la necesaria y esencial extensión que debe otorgarse a su competencia, si la Administración de justicia ha de constituir un Poder independiente, aunque armonizado con los demás del Estado. Claro está, que también me he de ocupar, aunque sea concisamente, de la elección de los Ministros y de las condiciones de aptitud que en ellos deben concurrir, previniéndome contra la acertada observación que habría de hacérseme, de que todo Poder, cuanto más elevado, ha menester de mayores garantías de ciencia, justificación y responsabilidad en los que ejerzan sus altas funciones.

En tan importante materia no temáis que yo aspire a descubrir nuevos horizontes sobre la división

de los Poderes públicos en el régimen constitucional de España. Mi labor es más modesta; se limita a descorrer ciertos celajes que empañan la diafanidad del horizonte del Poder judicial.

Con motivo de tratar del recurso de casación, no creo fuera de lugar exponeros mis ideas sobre la jurisdicción que en todos los órdenes debe corresponder al Tribunal Supremo, y la adecuada manera de constituirse, para que cumplidamente ejerza su cometido. En todos los países, como en España, de aquel recurso, con mayor o menor extensión conoce su más alto Tribunal, y bueno es que este órgano sea lo más perfecto posible para que la función se desempeñe con el extremado acierto que hay derecho a exigirle, por lo mismo que es el llamado a pronunciar la última palabra en asuntos de justicia.

Mi deliberada intención de que este trabajo conserve siempre un carácter esencialmente práctico, me obliga a prescindir de toda digresión histórica. Pero sería en mi un olvido imperdonable, dejar correr este momento sin rendir merecido tributo a la buena memoria de mi compañero en la toga, D. Octavio Cuartero, que acertadamente desenvolvió el tema de la creación y vicisitudes del Tribunal Supremo en España en una conferencia dada en el Ateneo de Madrid. No he de volver yo sobre este asunto.

Hechas estas advertencias preliminares, precisa entrar de lleno en el examen del tema.

Con propiedad se ha denominado Supremo al más alto Tribunal de la Nación, porque colocado a la ca-

beza de lo que debiera ser Poder judicial, no es solamente un Tribunal de Casación, sino que le corresponden otras importantes funciones inherentes a su elevada jerarquía.

En este último concepto es un Tribunal especial con competencia exclusiva para conocer en primera y única instancia de causas contra las personas que por razón de la categoría oficial, civil, militar o eclesiástica, están investidas de ciertas dignidades o cargos, jurisdicción que debe comprender a todas, fuera de la persona que la misma Constitución declara inviolable, porque la facultad de juzgar debe siempre quedar reservada a los Jueces y Tribunales. Por esta misma elevada jerarquía del Supremo y en bien de la independencia judicial, como alta representación de uno de los Poderes del Estado, debe entender constituido en Consejo Supremo de cuanto se refiera a las propuestas de ingreso, traslación, separación y jubilación de los funcionarios de la carrera y de sus auxiliares; de la imposición de correcciones y concesión de licencias y excedencias, aparte de la inspección sobre todos los jueces y Tribunales.

Todas estas atribuciones son de carácter personal; las de la casación son, por su naturaleza, de carácter real, porque se refieren a la nulidad de las sentencias por error de hecho o de derecho, y son, entonces, el hecho o el derecho *en sí mismos*, los que se aprecian para declarar si ha lugar o no al recurso.

## Atribuciones de carácter personal

En buena disciplina deben corresponder al Tribunal Supremo todas las facultades sobre el personal de la Administración de justicia. Amén de ser esto consecuencia lógica de la autonomía del Poder judicial, impide que intromisiones del Ejecutivo perturben la recta aplicación de las leyes.

Para probar este extremo, sólo he de permitirme exponer algún caso que patentice la necesidad de esta atribución. Dar mayor amplitud a estas indicaciones, aun sin quererlo, envolvería una severa censura al uso que han hecho todos los Gobiernos de la potestad reglamentaria con vista sólo a conveniencias políticas, y en este elevado sitio he de huir de todo lo que vulgarmente se entiende *por hacer patética*.

### Caso de las Secretarías judiciales

Una rueda indispensable en el mecanismo de la Administración de justicia es la de los Secretarios judiciales. La ley Orgánica tuvo exquisito cuidado de que estas plazas fuesen desempeñadas por Letrados y provistas mediante oposición, que había de ser directa y ante las mismas Salas de Justicia de las Audiencias territoriales en que habrían de prestar sus servicios. De esta suerte se respetaba la bien fundada tradición del oficio de los antiguos Relatores a quienes sustituían, y cuya provisión se hizo siempre en esta forma, aún en una época en que no se exi-

gía la oposición para los demás cargos de la carrera judicial; y la razón de este sabio precepto era la confianza que en la competencia de estos auxiliares debían tener las Salas a quienes habían de dar cuenta de los negocios.

La ley adicional a la Orgánica exigía también la oposición para proveer las plazas de Vicesecretarios de las Audiencias de lo criminal. Urgía establecer los nuevos Tribunales para que al fin desapareciera el antiguo procedimiento inquisitivo y escrito, y las oposiciones no podían celebrarse con la rapidez que demandaba el perentorio advenimiento del juicio oral y público. Transitoriamente fué autorizado el Gobierno para nombrar Secretarios y Vicesecretarios de estas Audiencias, entre otros, a los Abogados que tuviesen condiciones legales para su ingreso en la carrera, como Jueces de entrada. La recta aplicación de estas disposiciones demandaba que hechos los primeros nombramientos de Secretarios y Vicesecretarios, y constituídas las Audiencias de lo criminal, las plazas que en lo sucesivo vacasen fuesen provistas con arreglo a la ley, esto es, por oposición. Y un Ministro tan autorizado como el señor Silvela, por Real decreto de 3 de Abril de 1884 declaró *terminada la aplicación de todas las disposiciones transitorias* de la ley adicional a la orgánica del Poder judicial, y, por tanto, en vigor y *riguroso* cumplimiento los preceptos de esta ley. No obstante continuaron nombrándose Vicesecretarios y Secretarios con arreglo a disposiciones que no estaban vigentes. Fué en vano que otros Ministros tan

calificados como el Sr. Fernández Villaverde y don Eduardo Martínez del Campo, que desde la Presidencia del Supremo pasó a los Consejos de la Corona, volviesen en estas y otras materias por el imperio de las leyes orgánicas de los Tribunales, dictando a este efecto los Reales decretos de 12 de Septiembre de 1891 y 15 de Noviembre de 1909. Hubo medio de evitar que fuesen respetados. En el preámbulo de otro Real decreto posterior que inmediatamente examinaremos, se dice *púdicamente* que cayó en *desuso* el último de aquellos (1). Se ha dejado, pues, incumplida la ley por espacio nada menos que de treinta y siete años, durante los cuales se han nombrado numerosos Vicesecretarios interinos. Y si bien se otorgó preferencia para obtener estos cargos, si los solicitaban, a los aspirantes a la Judicatura y al Ministerio fiscal, los más de los nombramientos se han hecho en favor de Letrados en quienes no concurría la circunstancia de haber demostrado su competencia mediante una oposición, aunque pródigamente se les reconozca, y yo de buen grado desde luego les hago la justicia de reconocerles aptitud técnica y práctica profesional para desempeñarlos. Porque no se trata, con el caso presentado por vía de muestra, de poner en tela de juicio la honorabilidad de estos funcionarios, cuya *interinidad* veremos

(1) Olvidando que contra la observancia de las leyes, y esto ordenaba el Real decreto aludido, no cabe el desuso ni la costumbre en contrario (art. 5.º del Código civil).

muy pronto el término a que conduce, sino de probar plenamente que no se puede dejar en manos de los Gobiernos, facultades que tan hondamente afectan a la disciplina del Poder judicial.

El precepto de la oposición venía impuesto por una y otra ley, la orgánica y la adicional, a la potestad reglamentaria de los Gobiernos, era inexcusable su observancia, y era además compatible con el respeto a los servicios prestados por los Vicesecretarios interinos, porque si la equidad aconsejaba que no se les obligase a dejar una carrera en la que ya habían ingresado, tampoco podían aspirar a otros cargos que a los de Jueces de entrada, ya que se estimó que en ellos concurrían estas condiciones para hacer sus nombramientos. De esta suerte se rendía además el debido acatamiento al precepto del ingreso por oposición en las Secretarías de las Audiencias. Así lo hizo el Sr. Silvela, y creo que no voy en mala compañía, y después de publicado el Decreto de 3 de Abril de 1884—que ya hemos dicho declaraba terminada la aplicación de las disposiciones transitorias de la ley adicional—, dictó en 29 del mismo mes y año una Real orden, de acuerdo con lo informado por el Consejo de Estado y la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, en la que resolvía que «mientras los Secretarios de las Audiencias de lo criminal no estuvieren nombrados conforme al art. 52 de la ley adicional a la orgánica del Poder judicial, esto es, por oposición, las Relatorías y Secretarías de *Sala de las Audiencias territoriales* se proveerían por oposición directa, con sujeción a lo esta



blecido en el art. 523 de la misma ley orgánica».

Ministros posteriores lo han entendido de otro modo, abriendo primero un portillo en la ley para que ingresaran algunos Secretarios de Audiencia provincial, sin oposición, como lo han hecho también en las Secretarías de los Juzgados; y abriendo de par en par la puerta el Real decreto de 29 de Noviembre último, para que ingresaran todos en las Secretarías de las Audiencias territoriales, barrenando de esta suerte la ley y desapareciendo por completo y por mucho tiempo *la oposición* para el desempeño de estos cargos.

No es que el Decreto y Real orden del Sr. Silvela privase a los Secretarios interinos de ingreso en la carrera judicial por la categoría de Jueces de entrada. Han ingresado casi todos, y lo habrían hecho los demás.

Dió comienzo a este laborioso trabajo el Real decreto de 18 de Mayo de 1917, en el que siquiera se respetó un turno, el primero, para la oposición directa; y de una manera algo vergonzante, se llamaba por concurso a los Secretarios de las Audiencias de lo criminal cuando por traslación no se hubiera solicitado la plaza vacante. El Real decreto de 18 de Junio del mismo año deroga todas las disposiciones del anterior, pero cuidadosamente conservó la que se refiere a los Secretarios; y finalmente, el de 29 de Noviembre de 1920 suprime en absoluto el turno de oposición mientras existan Secretarios de Audiencia provincial que soliciten las vacantes.

En conclusión, y para no fatigaros más, hoy, como

en 1884, la provisión de las Secretarías de las Audiencias territoriales, debe hacerse por oposición directa, con arreglo a la ley, según resolvía el señor Silvela en su Real decreto de 29 de Abril. Los Reales decretos de 18 de Mayo y 18 de Junio de 1917 y el de 29 de Noviembre último hondamente perturbaban, en orden al Secretariado, la buena disciplina de los Tribunales. Sin embargo, el Ministro que suscribe el último dice en el preámbulo, dirigiéndose a Su Majestad «que se impone como única misión la de velar por el *imperio riguroso* de las leyes orgánica del Poder judicial y adicional de la misma, ya que la *estricta y recta* aplicación de estas leyes *da normas* seguras de justicia».

Perdonarme la extensión que he dado al caso, a cambio de no ocuparme de muchas otras disposiciones ministeriales que afectan profundamente al régimen disciplinario del Poder judicial.

### El Supremo como Tribunal especial

Conoce por una de sus Salas o en Pleno de las causas contra las personas revestidas de las dignidades más elevadas: Los Príncipes de la Familia Real, los Cardenales y Arzobispos, los Presidentes y miembros de los Cuerpos Colegisladores, los altos funcionarios en todos los órdenes de la Administración están sometidos en materia penal, sin limitación alguna, a la jurisdicción del primer Tribunal de la Nación. Pero respecto de los Ministros de la Corona dice la ley orgánica (núm. 2.º del art. 284) que sólo

conocerá el Tribunal Supremo de los delitos *comunes* cometidos *en servicio activo* cuando *no deban ser juzgados por el Senado*, cuya competencia le reserva también el art. 325.

No he de tratar ahora, porque no es necesario para mi objeto, qué entiende en este *respecto* la ley por delitos comunes y qué otros deben ser juzgados por el Senado; si entre los primeros se comprenden los cometidos por el Ministro como funcionario público. y entre los segundos los que directamente se relacionan con la responsabilidad de que habla el art. 49 de la Constitución, «o sea con ocasión del ejercicio de su cargo». El art. 49 de ésta dice: «Son responsables los Ministros. Ningún mandato del Rey puede llevarse a efecto sin estar refrendado por un Ministro, que por sólo este hecho se hace responsable».

En mi opinión, de todos ellos debe conocer el Tribunal Supremo. No es esto una novedad. En Holanda, Bélgica, Alemania, Suiza, Rumania, El Perú, que yo recuerde, entiende el Tribunal más alto en la jerarquía judicial, con o sin intervención del Jurado, rindiendo merecido acatamiento al principio de que en la función de juzgar no debe admitirse excepción, aunque una jurisdicción superior quede investida del derecho de conocer de los delitos cometidos por los Ministros, y en otros países de los crímenes que gravemente comprometen la seguridad del Estado, no sólo en consideración a la gravedad de los hechos y categoría de las personas, sino a la influencia que la autoridad de éstas podría ejercer sobre los Tribunales inferiores.

En España han imperado otros principios en anteriores Constituciones y en la vigente. El art. 45 de esta última textualmente dispone que «además de la potestad legislativa que ejercen las Cortes con el Rey, les pertenece, entre otras, la facultad (3.<sup>a</sup>) de hacer efectiva la responsabilidad de los Ministros—los cuales serán acusados por el Congreso y juzgados por el Senado».

Sobre que las Cámaras deliberantes no están adecuadamente constituídas para funcionar como Tribunales, aunque para ello se formulen leyes especiales como la francesa de 19 de Abril de 1889, y la española, más antigua, de 1849, que organizan el procedimiento, la razón más fundamental para que cese esta competencia, es que rompe la unidad de la jurisdicción, que debe ser consagrada en todo buen sistema constitucional. El Tribunal así constituido en que una Cámara formule la acusación y otra dicte la sentencia, es un Tribunal político, en que los Jueces de las dos son a la vez parte interesada, si no lo son también apasionada.

La actividad de este Tribunal afortunadamente no se deja sentir en España. En la nación vecina (Francia), donde ha actuado algunas veces (affaires de Boulanger, Malvy, Caillaux) se ha reconocido recientemente la necesidad de la intervención de los hombres consagrados a la administración de justicia, y la ley de 1918 (5 de Enero) confía el cargo de Procurador general cerca de este Tribunal a un Magistrado inamovible de la *Cour de Cassation*, elegido todos los años por el Pleno. Entre los mismos juris-

consultos franceses no goza de gran autoridad este Tribunal, pues uno de ellos, acaso el más fecundo, formula un juicio que por tratarse de Tribunal de país amigo yo no me atrevería a hacer mío, sino con aplicación a España. Dice este jurisconsulto: «Un Tribunal de trescientos miembros sólo puede tener una dirección anárquica y violenta en sus debates. Se conocía la amenidad de nuestros legisladores cuando hacen las leyes. ¿Será mejor cuando dicten las sentencias? Juzgarán en bloque, como legislan. Un régimen de esta naturaleza es inconcebible. El mismo Gobierno despótico de 1852 lo había rechazado.»

No he de omitir que hay Naciones, el mayor número, y entre ellas Inglaterra, en que las Cámaras juzgan a los Ministros; pero en algunas sólo son competentes para imponer penas llamadas políticas o parlamentarias, que en España no existen con carácter principal, como las de no ser elegibles temporal o perpetuamente para las Asambleas del Estado, o de suspensión y destitución de los cargos. Estas penas las impone el Código penal de España en ciertos delitos de funcionarios públicos, como los de usurpación de atribuciones (artículos 388 al 393 del Código penal, libro 2.º, tít. 13, cap. 3.º), y ésta es una razón más para que se suprima la jurisdicción del Senado respecto de los delitos cometidos por los Ministros en el ejercicio de sus funciones.

Con ello se evitaría también, como lógica consecuencia, que las demandas de daños y perjuicios causados por actos u omisiones de los Ministros ten-

gan que someterse íntegramente al conocimiento del Senado, según el art. 4.º de la ley de Responsabilidad de funcionarios públicos de 5 de Abril de 1904. El precepto del art. 45 de la Constitución que establece la competencia del Senado como Tribunal para hacer efectiva la responsabilidad de los Ministros y que es únicamente aplicable a la que nace del delito, según su mismo texto demuestra «serán acusados por el Congreso y juzgados por el Senado» se ha extendido, sin embargo, no a la responsabilidad civil con siguiente a toda acción u omisión castigada por el Código penal, que esto sería disculpable, sino a las demandas de daños y perjuicios que hayan causado por actos u omisiones en el desempeño de su cargo infringiendo una ley cuya aplicación se les hubiera reclamado por escrito.

No conocemos desviación igual de los cauces por donde deben correr las serenas aguas que han de fecundar la justicia civil. Antes el Rey, con su Consejo, juzgaban. La ley 1.ª del Fuero viejo de Castilla, dice que una de las cosas que son naturales al Señorío del Rey, que no las debe dar a ninguno, *ni las partir de sí* es la justicia.

Ahora, por esta novísima ley, las Cortes crean un Tribunal que no está comprendido dentro de la organización judicial (art. 78 de la Constitución).

En aquellos tiempos los Soberanos eran de derecho divino, algunos se hacían consagrar por la Iglesia, tenían la plenitud de todas las jurisdicciones, y ciertos negocios civiles podían sustraerlos, y, en efecto, sustraían los más importantes al conocimien-

to de los Tribunales ordinarios y los confiaban a sus Consejos. Hoy que el Poder Real no tiene el derecho de *avocación* tan combatido, y de que nos ocuparemos a otro propósito, es el Poder legislativo el que colocado de espaldas al precepto del art. 76 de la Constitución somete al Senado los juicios civiles contra los Ministros por hechos ilegales realizados en el desempeño de sus cargos.

Si por sus efectos ha de juzgarse de la sabiduría de las leyes, en presencia del hecho de que el Tribunal Supremo ha entendido, bien en primera instancia, bien por vía de casación de demandas contra diferentes funcionarios gubernativos y administrativos por virtud de la ley de 5 de Abril de 1904, mientras no se registra un solo caso de demanda presentada en el Senado contra un Ministro; necesariamente hay que deducir una de dos consecuencias, o que los Ministros son impecables y en extremo diligentes, que sería lo mejor, y no tienen que recordarles por escrito el cumplimiento de las leyes en la resolución de los asuntos, o que los perjudicados se abstienen de pedir justicia al Tribunal creado en el Senado. Y esto último sería tanto más grave cuanto que por la misma ley (en el párrafo 2.º del art. 2.º), la aprobación por el Ministro del acto u omisión de sus inferiores que haya causado el daño, exonera a estos últimos de toda responsabilidad, y en un régimen administrativo tan jerarquizado, como el nuestro, casi todos los asuntos terminan por resolución del Ministro.

No quiero añadir a este propósito lo que dice el Presidente del Tribunal Supremo en su leído discurs-

so de la última apertura de Tribunales (15 de Septiembre de 1920), «que parece no pertenecer a este mundo la efectividad de la responsabilidad administrativa de los Ministros de la Corona».

Confieso que pecho de pesado al tratar en una conferencia con demasiada extensión de esta y otras materias, mi hábito de juzgar me lleva, sin poder evitarlo, a estudiar estos asuntos como si hubiera de dictar un fallo. Por otra parte, estas transgresiones de la ley son antecedente obligado para justificar la necesidad de establecer en España la *casación constitucional*, de que me ocuparé inmediatamente.

Sin embargo, antes de desarrollar este extremo de mi conferencia, quiero anticiparme a contestar la pregunta que pudiera hacérseme, por lo mismo que he tratado con preferencia de la responsabilidad de los miembros del Gobierno, de si el Tribunal Supremo puede incurrir también en responsabilidad exigible al juzgar a los Ministros.

Evidentemente. El art. 81 de la Constitución la establece, y la declara también el art. 8.º de la ley Orgánica del Poder judicial, respecto de los Jueces y Magistrados de todos los Tribunales, y en cuanto a los daños, no limita su resarcimiento a los que causen con sus decisiones a los particulares, sino que extiende este resarcimiento a los daños que se ocasionen a las Corporaciones y al Estado mismo (artículo 260 de la citada ley). Como esta responsabilidad se exige hoy ante los Tribunales superiores cuando se reclama por daños causados por los inferiores en grado, podrá oponerse con visos de funda-



mento que si esta competencia está justificada en estos casos por razones de disciplina que aconsejan que la jurisdicción sea corporativa, no sucede lo mismo cuando se trate de exigir la responsabilidad al Tribunal Supremo en pleno que no tiene superior jerárquico, pues si ante él podría promoverse el recurso de revisión, sería absurdo intentar que se confesara culpable y a sí mismo se impusiera una pena.

Por este motivo, y otros tan potísimos, he de hablar más adelante de las garantías que deben presidir para que los cargos del Tribunal Supremo recaigan en personas de reconocido saber, probada independencia y práctica adquirida en la profesión, y revestirles después de la autoridad necesaria para obtener el respeto y consideración que les es debida. Si esto no basta, porque haya que apelar al juicio de la opinión pública respecto de la culpabilidad de ciertos hechos, y se quiere además que intervenga un gran Jurado para juzgar en única instancia en las causas contra los Ministros, no se haría otra cosa que seguir el ejemplo de la legislación de Suiza y de Baviera entre otras.

En toda clase de procedimientos, y singularmente en el judicial, la sentencia que pone término al último recurso es la *verdad* «Res judicata pro veritate habetur» (art. 1.251, párrafo 2.º del Código civil). Pero estoy muy lejos de creer que lo resuelto en estas sentencias sea un dogma y que incurran en anatema los que en tales casos piden la responsabilidad de los Tribunales que las han dictado. No suscribo

tampoco la opinión de los que afirman que por lo mismo que el Tribunal Supremo tiene por principal misión la de fijar el sentido de las leyes, sea soberano cuando se trate de su aplicación.

Muy al contrario. Si hubiera Ministro que con sus resoluciones invadiese atribuciones del Poder legislativo y Juez o Magistrado que las obedeciera, por igual serían juzgados ante un solo Tribunal, evitando que se dividiese la continencia de la causa, con el temido riesgo de que los mismos hechos fueran distintamente apreciados por el Senado y por el Supremo y se dictasen sentencias contradictorias.

Un eminente catedrático y académico, el Sr. Bonilla y San Martín, demandaba hace pocos días desde este mismo sitio la necesidad de reformar el actual procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad de los Jueces y Magistrados. A su voto unimos el nuestro, porque la confianza que nos inspiran los Tribunales nos hace desear que cada día se eleve más y más su prestigio, y esto, sólo puede lograrse dando facilidades para *que en todos los órdenes* se aquilate la justicia que ha presidido a sus resoluciones.

### Casación constitucional

Son pocos los países en que viene consagrada; pero esto no es una razón para que deje de establecerse en España. Por vez primera oí hablar de esta casación en un trabajo de que hace años se dió lectura en esta Real Academia, sobre la administración de justicia en los Estados Unidos. Funciona también

actualmente en muchas naciones del Nuevo Mundo. En la Argentina, México, El Ecuador, Bolivia y Costa Rica. Se confía, como es natural, al Tribunal Supremo *constituído en pleno* por la excepcional importancia de esta casación, y se limita a anular las sentencias en que se ha aplicado una ley, que está *en manifiesta oposición* de un precepto constitucional. Con aquella garantía y esta restricción, no está justificada la resistencia que ofrecen las naciones de Europa a admitir esta casación. La necesidad de mantener la división de los Poderes del Estado, y la invasión que se atribuye al Judicial, en la esfera reservada al Legislativo; distan mucho de ser fundadas.

El Tribunal Supremo, en un juicio determinado, anula la sentencia que aplica una ley ordinaria, que notoriamente infringe un precepto constitucional. En los Estados Unidos no se han dado más de una veintena de casos desde que se estableció esta casación. Es de temer que en España se dieran en mayor número. Pero no es una casación abstracta o de oficio y derogatoria de una ley. Esta continúa subsistente, como hoy continúan subsistentes los Reglamentos generales de la Administración, aunque la aplicación de alguna de sus disposiciones esté prohibida a los Tribunales, cuando se halle en desacuerdo con las leyes. Queda, pues, respetada la potestad legislativa que la Constitución confiere a las Cortes con el Rey, y el precepto del art. 5.º del Código civil, de que las leyes sólo se derogan por otras posteriores. Pero no deben dictarse leyes ordinarias que, tácita-

mente, deroguen la más fundamental, que es la Constitución, a no ser que esta misma las autorice, como entre otros casos dispone el art. 23 de la Constitución vigente, respecto de las condiciones para ser nombrado o elegido Senador. El art. 10 de la ley fundamental del Estado dispone que nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización, precepto que se encuentra repetido en el art. 349 del Código civil. Si una ley especial de expropiación forzosa no consagrara estos requisitos, y en determinado caso, el propietario perjudicado recurriese a los Tribunales, éstos ampararían y reintegrarían en la posesión al expropiado.

En orden al procedimiento, sin rebasar la esfera de la mera hipótesis, puede volverse, también por vía de ejemplo, sobre el caso de la responsabilidad civil por daños causados por una resolución ministerial. Si el resarcimiento de estos daños se hubiese demandado ante los Tribunales ordinarios y el Ministro emplazado alegare la excepción de incompetencia de jurisdicción fundado en el art. 4.º de la ley de 5 de Abril de 1904, el Tribunal Supremo estaría en situación de resolver si debía o no inhibirse del conocimiento del asunto, por haber opuesto el demandante a la ley indicada, el precepto del art. 76 de la Constitución que atribuye *exclusivamente* a los Juzgados y Tribunales la potestad de aplicar las leyes en los *juicios* civiles y criminales,

El actual estado legislativo de España no puede

ofrecer en la práctica esta cuestión. La ley de 5 de Abril de 1904, como todas las demás emanadas del Poder legislativo, deben aplicarlas los Tribunales ordinarios y hasta incurrirían en responsabilidad si dejasen de hacerlo.

Por esta causa, el Tribunal Supremo ha prestado el debido acatamiento al art. 53 de la vigente ley electoral, que somete *a su dictamen* la validez o nulidad de las actas protestadas, y de las en que se hubiese pedido la revisión del expediente en las elecciones de Diputados a Cortes; a pesar de que el artículo 76 de la Constitución le prohíbe ejercer otra función que la de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado.

¿Pero es que dentro del concepto de juzgar no cabe también que lo hagan de la validez de las elecciones, dictando sentencia, sin ulterior recurso? La contestación a esta pregunta nos lleva de la mano a tratar de

### La casación electoral

Acusa en mí atrevimiento mayor del que pueden soportar mis fuerzas intelectuales afectadas del natural sentimiento de haber visto recientemente combatido por su más próxima intervención electoral un Tribunal, al que he pertenecido catorce años; el que en estos momentos venga yo a sostener que precisamente ese Tribunal, aunque de otra suerte elegido, debe juzgar en definitiva de las actas de los Diputados.

Confieso de buen grado que la oportunidad no me

favorece; pero me rindo al respeto que debo a los principios que informan la competencia de los Tribunales. Por el examen de las actas lo que debe decidirse es si la elección se ha hecho con regularidad observando fielmente las leyes dictadas para asegurar la verdad del derecho de sufragio; y limitada en su virtud la competencia del Tribunal a juzgar si por las causas expresadas procede declarar la validez o nulidad de la elección, la materia es propia de un recurso ante el Supremo, o si queréis, de la que debe conocer este Tribunal, por razón de su alta jerarquía, ya que se trata de que no ejerza la función de legislador el que no ha sido investido de esta dignidad por el voto de sus conciudadanos.

Cierto que en la mayoría de los países regidos por el sistema constitucional, es prerrogativa del Congreso de los Diputados el examen de la legalidad de su elección. Esta materia ha sido magistralmente tratada en dos Conferencias que dió en esta misma Academia el Académico de mérito y querido amigo mío D. Adolfo Pons y Umbert, cuyo respetable padre era hermano en la Magistratura del mío, pues ambos sirvieron juntos en la Audiencia de Madrid. Demostró cumplidamente que las antiguas Cortes españolas habían comprobado siempre los poderes de los Procuradores de las ciudades y villas con voto; y que todas las Constituciones que han regido desde la del año de 1812 hasta la vigente (art. 34) confieren al Congreso la facultad de examinar la legalidad de la elección de los Diputados. Pero este mismo erudito conferenciante reconoce que Inglaterra,

cuya Cámara de los Comunes venía con precauciones minuciosas verificando los poderes de los Diputados, ha concluído por entregar esta función al Tribunal Supremo. Y dice a este propósito, con acierto, un tratadista francés: «Cet exemple de l'évolution anglais venant d'un peuple si pratique a un grand poids.» En efecto, le han seguido Portugal, el Japón y alguna otra nación.

El mismo Sr. Pons, en las mencionadas Conferencias hace un verdadero descubrimiento. Nos dice que el insigne D. Juan Bravo Murillo, en un proyecto de ley sobre elecciones de Diputados a Cortes, entregaba al Tribunal Supremo, sin ulterior recurso, el examen de la legalidad de las actas.

Este procedimiento no somete el Poder legislativo al judicial, como algunos han creído, y para evitar, además, el peligro de que el Supremo sea intervenido indirectamente por la política, entendemos que sobre las garantías que ofrece la provisión de las plazas de Magistrados en la forma que más adelante expresaremos, debería establecerse la prohibición de ser éstos nombrados Senadores, por elección o por la Corona, mientras desempeñaren el cargo.

La jurisdicción corporativa, que invoca el art. 34 de la Constitución para resolver sobre las calidades y elección de los Diputados, no es permanente ni lógicamente sostenida cuando se trata de otras materias. Los Diputados a Cortes son juzgados en el orden represivo ante el Supremo, aunque con la autorización del Congreso, que debe velar porque se respete la inviolabilidad de las opiniones y votos de

aquéllos en el ejercicio de su cargo. Por otra parte, las sentencias que dicte este Tribunal pueden declarar la incapacidad del Diputado, y deberá en su consecuencia cesar en sus funciones (artículos 3.º, 7.º y 8.º de la ley Electoral).

Además, el reconocimiento del derecho a votar para las elecciones de Diputados a Cortes corresponde también, en último término, a los Tribunales de justicia, pues la Sala de lo civil de las Audiencias territoriales conoce y falla irrevocablemente de las reclamaciones sobre inclusión y exclusión de los electores en las listas definitivas.

En cuanto a las elecciones de Diputados provinciales, el art. 53 de la ley de Administración provincial vigente admite contra las resoluciones de la Diputación, anulando o declarando la validez de una elección, un recurso contencioso ante la Sala de lo civil de la Audiencia respectiva, que regula la ley de 19 de Junio de 1911. ¿Por qué, pues, no se establece el de casación en las elecciones de Diputados a Cortes? No alcanzamos a ver la razón de la diferencia.

### **Casación administrativa**

Puede muy bien recibir este nombre la jurisdicción contencioso-administrativa, que al Tribunal Supremo atribuye la base 2.ª del art. 17 de la ley de Presupuestos de 1900 y el art. 1.º de los adicionales a la ley de Organización del Consejo de Estado de 5 de Abril de 1904. Si estas leyes no consagran en absoluto el principio de la unidad de jurisdicción,



como en Inglaterra, Estados Unidos, Bélgica y Holanda, en que los asuntos contencioso-administrativos están también sometidos a los Tribunales ordinarios, al menos en España, en vez de continuar retenida esta jurisdicción en el Poder ejecutivo y ejercerla por medio de las Diputaciones provinciales y del Consejo de Estado, como todavía sucede en Francia, se ha delegado en un Tribunal especial, que hoy forma parte de la organización judicial; aunque este Tribunal tramite los recursos por un procedimiento más adecuado a la materia que el judicial, del que en definitiva es ley supletoria la de Enjuiciamiento civil.

Se discute por los tratadistas si el recurso que hoy sólo se admite contra las resoluciones del Poder ejecutivo que vulneran un derecho particular preexistente de carácter administrativo, puede también basarse en el interés particular cuando le afecta un acto de la administración para obtener su nulidad si este acto es adoptado con *incompetencia, vicio de forma o abuso o desviación de poder (Détournement de pouvoir)* (1).

Este tema se ha desenvuelto en el discurso del

(1) En los Estados Unidos tiene esta competencia el Tribunal de Casación y la misma atribución asiste a los de cada uno de los Estados federados. Sucede otro tanto en Colombia, la Argentina, El Ecuador, Costa Rica, Méjico y Bolivia. Estos Tribunales pueden pronunciar la nulidad por exceso de poder y condenar a la reparación de perjuicios.

Presidente del Tribunal Supremo a que antes nos hemos referido. Su crítica no es de este lugar, porque nuestro anunciado propósito ha sido justificar ahora que deben atribuirse a la competencia del Tribunal Supremo, por vía de casación todos los negocios contenciosos de que actualmente conocen los Cuerpos Colegisladores, Corporaciones oficiales y Autoridades, siempre que contra la resolución recaída se citen como infringidas leyes penales, civiles o administrativas.

### Conflictos de atribuciones

Dos palabras nada más sobre *conflictos de atribuciones* entre el Poder ejecutivo y el judicial, para evitar que el segundo venga en caso alguno subordinado al primero, lo que le priva de la verdadera independencia jurisdiccional. Estos conflictos se resuelven hoy por el Poder ejecutivo con arreglo al Real decreto de 8 de Septiembre de 1887 y artículos 296 y 297 de la ley orgánica de Tribunales; pues aunque el art. 1.º de aquel Real decreto dice que corresponde *al Rey* decidir las competencias que ocurran entre las autoridades administrativas y los Tribunales ordinarios y especiales, la verdad es que en el conocimiento de las cuestiones que determinan el límite de los dos Poderes, se oye sólo al Consejo de Estado, y a propuesta suya las decide irrevocablemente el Consejo de Ministros o su Presidente. Estos conflictos de Poderes no se presentan en Inglaterra y naciones antes citadas, porque las cuestiones

de competencia las resuelven siempre los Tribunales. En España también la ley de Enjuiciamiento civil *estima la casación* de las sentencias *por razón de la materia* cuando haya abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción, conociendo los Tribunales ordinarios de los autos que no sean de su competencia o dejando de conocer cuando hubiere el deber de hacerlo (art. 1.692, núm. 6.º). Disposiciones análogas existen en las leyes de Enjuiciamiento criminal y de lo contencioso-administrativo; además es jurisprudencia constante de los Tribunales la de que las cuestiones de competencia, como de orden público, pueden alegarse en cualquiera estado del juicio. Pero ya que las leyes vigentes en España facultan a las autoridades gubernativas y administrativas para promover estas competencias a los Tribunales de justicia, es racional que se exija, tratándose de fijar los límites de las funciones respectivas, que intervengan también en su decisión Magistrados, creándose como complemento necesario un Tribunal de Conflictos, con jurisdicción que podría *llamarse constitucional*, del que formasen parte, como sucede en Francia, igual número de aquéllos del Supremo que Consejeros de Estado y presidido por el Ministro de Gracia y Justicia o el Presidente del Consejo. Este Tribunal conocería de las competencias promovidas por las autoridades de distinto orden a las judiciales, y de los recursos de queja que éstas formulan contra aquéllas. Acepta este sistema el distinguido Profesor de Derecho político Sr. Santamaría de Paredes, que sostiene en su libro la teoría

de que en el régimen constitucional existe un cuarto poder, que llama *Poder armónico*, y que éste, por medio del Tribunal de Conflictos, es el llamado a definir la autoridad que debe conocer del negocio. Otros tratadistas de Derecho administrativo arguyen, que la resolución de las competencias es meramente una cuestión de derecho, y por ello el Poder judicial es el que debe resolver, aplicando la ley al caso concreto, cuál sea la autoridad competente.

### **Nombramiento de los Magistrados del Supremo**

La primera y más esencial condición, no expresada por la ley, pero que necesariamente debe concurrir en todos los Jueces y Magistrados, es la de ferviente amor a la justicia. Es necesario que posean *la arraigada virtud que dura siempre en las voluntades de los hombres justos para dar y compartir a cada uno su derecho igualmente*, como define el Rey Sabio la justicia en su Código inmortal de las Partidas.

La carrera judicial, por la austeridad que deben observar sus funcionarios, tiene mucho de religión, y en España los que desempeñen sus cargos, además de hacer entre otros el voto público de cumplir y hacer cumplir las leyes, han de resignarse a ser humildes y pobres, por la escasa consideración que se les guarda y la modesta asignación que reciben, cosas que afectan a la dignidad e independencia del Juez y Magistrado, y consiguientemente al prestigio de la Administración de justicia. En esto distamos

mucho de las demás naciones, y sobre todo de Inglaterra, donde los Magistrados del Supremo son miembros de la Cámara de los Lores por derecho propio y títulos del Reino, y sus cargos están bien retribuidos. Han corrido algunos siglos desde que Carlos I de España y V de Alemania, administrando personalmente justicia en la Chancillería de Valladolid, *mandó a los Consejeros que se cubriesen*; el Consejo venía ya disfrutando el tratamiento de Alteza y de Muy Poderoso Señor, que ha conservado hasta la publicación de la ley Orgánica. Hay que defender la respetabilidad del Tribunal y de sus funcionarios. Para ello es necesario que los cargos sean en menor número, y que estén bien dotados. Puede llegarse a este *desiderátum* con una buena organización judicial, que amortice plazas y eleve los sueldos.

Además, por lo que hace especialmente al nombramiento de Magistrados del Supremo, en razón a lo elevado de sus atribuciones, y a que la casación no constituye una nueva y última instancia y exige un conocimiento más depurado del Derecho y de la buena práctica de los Tribunales, la elección de su personal ha de recaer principalmente en funcionarios de la misma carrera, de la categoría inmediata inferior, que se hayan señalado por su ilustración y acierto en los fallos. Pero el Tribunal Supremo no ha de ser, como dice un escritor extranjero: «Un compartiment fermé dans la Magistrature fermée.» Hay que llamar a su seno Abogados que se hayan distinguido en el ejercicio de la profesión en sus diferentes acti-

vidades (Notarios, Registradores, Secretarios), Catedráticos de Universidad que hayan adquirido merecida celebridad en la enseñanza del Derecho, y Jefes Superiores de Administración que sobre ser Letrados hayan ingresado por oposición en sus respectivas carreras. Las aguas que fertilizan la jurisprudencia no deben ser de una sola fuente. Los Abogados con su necesaria intervención en los negocios, han contribuído directamente a formar esta jurisprudencia, y la ciencia del Derecho en todas sus ramificaciones, el conocimiento de la legislación comparada y de la sociología, la perfeccionarán, dándole nuevas orientaciones, y estos últimos conocimientos son cultivados con preferencia por los catedráticos. El Tribunal Supremo ha de ser, en suma, la condensación exacta de la ciencia y de la experiencia jurídica. A este propósito decía el Sr. Alcalá Zamora, en su discurso de ingreso en la Academia de Ciencias Morales y Políticas: «Ha de combatirse la unidad de procedencia como garantía de composición de un Tribunal Supremo. Sin desconocer que la base de éste ha de estar en gran parte formada por los que adquirieron el hábito de juzgar, olvídase que es... un órgano excelso de conciencia jurídica nacional. Será imposible que responda a este carácter sin abrirle a todas las demás direcciones de la vida jurídica.»

La elección de este elevado personal no debe someterse a la voluntad ministerial, aunque se encuentre reglada por la ley. Estamos convencidos del buen deseo que preside en todos los Ministros. Reconoce-

mos que siempre se ha constituido este Tribunal con Magistrados ilustres por su talento, hecha excepción del que os dirige la palabra. Los pocos nombramientos que se han hecho en Abogados y Catedráticos, han recaído en verdaderas lumbreras del foro y de la Universidad (González Acebedo, Manresa, Aramburu); pero salvando toda clase de respetos, debemos decir que el actual sistema puede dar ocasión a que presida en la elección el favor político o personal.

Con relación a otro país, ha dicho un tratadista en esta materia, que *il suffit d'avoir été quelques années chef de service dans un Ministère pour entrer de PLANO a la Cour de Cassation, sans avoir eu de VISU l'expérience de choses judiciaires*. Si alguno de estos casos se diera en España, habría que exclamar con el príncipe de los poetas latinos: *Procul procul este profani*.

El nombramiento hecho a propuesta del Senado, como en los Estados Unidos, o por las dos Cámara reunidas, como en Suiza, determinaría en España una mayor influencia de la política sobre la administración de justicia. Hay, pues, que acogerse al sistema preconizado por un escritor extranjero, de que sean los mismos Magistrados, los Colegios de Abogados, Notarios, etc., los Claustros de las Universidades los que hagan la elección. Esta es también la opinión del Sr. Alcalá Zamora que en su citado discurso dice que «los Magistrados deben ser escogidos por el Tribunal en su potestad de constituirse o designados por las categorías de procedencia, como

selección de las mismas». A este efecto debería previamente señalarse el número de plazas que correspondiera a cada procedencia, como sucede en el Tribunal Contencioso-administrativo, para que no se alterase la proporción en que unos y otros deben constituir el Tribunal Supremo. Los Presidentes de Sala y el del Supremo serían designados por el voto de sus compañeros, como se hace en Bélgica. Las funciones del último sólo duran dos años en Suiza; pero es reelegible. Con las atribuciones de que antes hemos hecho exposición detenida y las garantías de que ahora hacemos mención, quedará más protegida la independencia del Poder judicial.

No queremos dar término a este particular de la elección de Magistrados, sin acudir al posible remedio de la tendencia expresamente manifestada por los naturales de regiones en que subsiste el derecho foral, de que se cree en sus Audiencias Salas de Casación civil, y los menos radicales, una Sala especial en el Tribunal Supremo, aquéllas y ésta integradas por Magistrados del país que conozcan y hayan aplicado sus leyes y costumbres. Hay que llevar a estas regiones el convencimiento de que su derecho escrito y consuetudinario será respetado como demanda el art. 12 del Código civil. Y esto no se consigue con vanos ofrecimientos, sino con hechos, y el más concluyente consiste en aprobar una ley que otorgue a los Colegios de Abogados de los territorios en que subsiste el Derecho foral, la facultad de nombrar uno o más Magistrados que sean Ponentes en los recursos, para cuya resolución se in-



voquen, disposiciones comprendidas en sus Códigos especiales. La concurrencia en el mismo Tribunal de sabios en el Derecho común y foral y su recta y armónica aplicación contribuirá a uniformar la jurisprudencia, y acaso en un período no lejano a que tengamos un mismo Código civil, como recientemente han conseguido las Confederaciones alemana y helvética. La demora en estas materias sólo conduce a ahondar diferencias legislativas, con grave riesgo de la unidad espiritual del Estado.

No es cosa original ni nueva la existencia de estos Magistrados, que pudiéramos llamar forales, en los altos Consejos o Tribunales. Refieren los cronistas que en 1480 había cinco Consejos en otras *tantas Salas*, y que en una de ellas se sentaban los Caballeros y Doctores naturales de Aragón, Cataluña, Sicilia y Valencia para despachar los negocios de aquellas provincias *con arreglo a sus particulares fueros y costumbres*. La ley 19 del título I del Fuero de Vizcaya, dice que los vizcaínos *tenían* su Juez Mayor de Vizcaya, que residía en la Corte y Chancillería de Valladolid, que conoce de *todas las causas* en civil y *crimen*. Y por la Pragmática Constitución de la Real Audiencia de las Baleares, se reservaban dos plazas a los jurisconsultos que hubiesen estudiado en la Universidad de este antiguo Reino, sin duda como concedores del derecho especial vigente en todo su territorio.

## Jubilación de Jueces y Magistrados

La jubilación forzosa por razón de la edad no responde a ninguna exigencia de carácter público. Mientras los funcionarios de la carrera se encuentren en aptitud de desempeñar sus cargos, conviene al bien del Estado y a la tranquilidad de los particulares que a los Tribunales recurren, aprovechar su experiencia acrisolada por el mayor número posible de años de servicios. La ley orgánica, inspirándose en estos principios *no* ha hecho obligatoria la jubilación. Un Ministro que en materia de justicia tenía un caudal de experiencia que debieron aprovechar sus sucesores, porque desde Promotor fiscal de entrada llegó merecidamente, paso a paso, a Presidente del Tribunal Supremo, reglamentó esta facultad. El Sr. Martínez del Campo, nunca bastante llorado por los que tuvimos la honra de formar parte del Tribunal en aquella época; en Real decreto de 10 de Enero de 1910, reservaba a las Salas de gobierno el derecho de informar de un modo terminante si los Jueces o Magistrados, cumplida la edad, debían o no continuar en el ejercicio de sus funciones, tomando las debidas garantías para que en estos últimos dictámenes no influyese el compañerismo. Evitado este muy humano peligro, nadie con más competencia y autoridad para conocer del estado de integridad o decrecimiento de las facultades intelectuales del funcionario. A este efecto también el Fiscal del Supremo redactó, en 18 del mismo mes y año, una Circu-

lar dirigida a sus subordinados en las Audiencias territoriales excitando su celo sobre esta materia, en la que se leen las siguientes palabras: «No se estima justo que el funcionario sea separado del ejercicio de su cargo mientras lo desempeñe bien y cumplidamente, *sean sus años los que fuesen*; por razón opuesta es injusto, y sobre injusto opuesto al interés de la buena administración de justicia que continúe desempeñándolo quien por desgracia carece de las necesarias aptitudes.»

Decretos de Ministros posteriores lo ha entendido de distinta manera. Por ellos fué jubilado un competentísimo funcionario, a quien sucedí en el cargo, porque reemplazarle no me era posible. Tan reconocida era su aptitud, que años después fué nombrado Fiscal del Supremo con aplauso de toda la Magistratura y desempeñó sus funciones hasta que nos lo arrebató la muerte.

En Alemania, nación que puede tomarse como ejemplo de buena organización judicial, no existe jubilación por causa de la edad. En Francia e Italia se eleva ésta a setenta y cinco años, en que frecuentemente, fuera de las naturalezas privilegiadas, se nota la depresión física y de las facultades anímicas, y entonces se les conceden pensiones que en Alemania, en Francia y en Portugal pueden ser iguales al sueldo íntegro en activo, respecto de los Jueces y Magistrados que cuentan más de cuarenta años de servicios. Se estima como cuestión de dignidad para el Estado que se conserve la honorabilidad y medios de vida de los que han sido verdaderos sacerdotes

de la Justicia porque en cambio la ley exige, y exige bien, en este sacerdocio, que se prive a los que a él se consagren de todo oficio, consejo u ocupación que les produzcan alguna utilidad para el ahorro. A los jubilados en España se les puede aplicar la exclamación de un tratadista francés: «¡Combien la situation est alors penible s'il n'a pas de fortune ou meme s'il en a, mais a consacré ses meilleures années a la Magistrature, après quoi il ne reste plus que de chances incertaines de parvenir!»

Se ha querido justificar la jubilación por edad, que en otras carreras podrá obedecer a razones que desconocemos, como medio de que los funcionarios progresen. Esto ha podido evitarse con el aumento de sueldo por razón de años de servicio, o sea *sur place*, y si bien es plausible que todos ellos asciendan a las categorías superiores, habrá casos en que el buen servicio demande que funcionarios que se hayan distinguido en la instrucción de las causas, fallo de los pleitos o dirección de los debates en un juicio oral y público no cambien de funciones al ascender, sin perjuicio de que honoríficamente se les otorgue la categoría que les corresponda.

En oposición a la pretendida integridad de la función de juzgar en los Tribunales e independencia del Poder judicial, acaso se alegue que los actos de influencia de los Gobiernos que hemos temido, tienen su adecuada fiscalización en las Cortes. Es verdad. Pero de esta censura no se deja sentir el resultado, aunque positivamente contribuya al desprestigio de uno y otro Poder. Nosotros somos los primeros en

pedir que el Poder armónico, bajo la responsabilidad de su Gobierno, de un modo severo inspeccione los actos y decisiones de los Jueces y Tribunales, y demande las correcciones y castigos, si merecen estas sanciones. El Ministerio fiscal tiene la representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder judicial; el Fiscal del Supremo es de libre nombramiento de aquél y Jefe del Ministerio fiscal en toda la Monarquía; de él dependen los demás Fiscales, y éste a su vez se encuentra bajo la *inmediata* dependencia del Ministro de Gracia y Justicia. No creo que pueda exigirse mayor intervención del Poder ejecutivo en los Tribunales, como no sea excitar el celo del Ministerio Fiscal y de los mismos Tribunales, y esto ya corresponde a la Potestad Real, con arreglo al núm. 2.º del art. 54 de la Constitución.

Hemos terminado penosa y pesadamente este trabajo. Ha influido mucho en su extensión el convencimiento firme que he formado de que las leyes, por sabias y previsoras que ellas sean, no remediarán los males que todos deploramos, si una adecuada organización de los Tribunales no permite, y a la vez exige de los Jueces y Magistrados, que las apliquen sin demora para que tengan la debida eficacia.



# LA JURISPRUDENCIA

Conferencia dada el día 20 de Abril de 1921

LA BIBLIOTECA  
DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN



## SEÑORES:

No aplicamos esta palabra a la ciencia de lo justo y de lo injusto (*justi atque injusti sciencia*), como la definió Ulpiano, ni la usamos en el sentido de Heineccio, aunque tendría alguna mayor propiedad, como «hábito práctico de interpretar rectamente las leyes y aplicarlas con acierto a los casos que puedan ocurrir» (*habitus practicus leges interpretandi ad aplicandique quibusvis speciebur obvenientibus*), que es definición muy semejante a la que da el Sr. Morató en su Tratado de Derecho. El nombre de jurisprudencia lo referimos en este caso a la doctrina establecida por las sentencias de los Tribunales y principalmente del Supremo, que se cita como motivo de casación en los artículos 1.692, núm. 1.º; 1.729, núm. 10, y párrafo segundo del 1.782 de la ley de Enjuiciamiento civil.

El jefe de la tribu, al resolver como juez las cuestiones surgidas entre sus subordinados, ha dictado la primera ley, y la fuente primordial del derecho, en el comienzo de todas las nacionalidades, es la cos-

tumbre. Promulgadas las leyes, las sentencias de los Jueces y Tribunales han creado después un derecho, llamado intermediario, entre las leyes escritas y los principios de la equidad.

En Roma ejercían esta última función los Pretores, por la publicación del Edicto, que fué anual, hasta que el Emperador Adriano les mandó juzgar por el Edicto Perpetuo (*Edictum perpetuum*), que hizo redactar al jurisconsulto Salvio Juliano. En la memoria de todos está también la célebre *ley de citas* del Emperador Valentiniano III, que dió fuerza de ley a las contestaciones de los jurisconsultos (*jus respondendi publice*), reconociendo éste y otros Emperadores autoridad en tal concepto a Papiniano, Gayo, Paulo, Ulpiano y Modestino, decidiendo en caso de empate la opinión del primero.

En España las *leyes del Estilo* o *Declaración de las leyes del Fuero*, no contienen más que la jurisprudencia establecida por los Tribunales Supremos de la Corte en la aplicación de las leyes del Fuero Real desde el tiempo de D. Alfonso el Sabio hasta el reinado de Fernando IV, en cuya época se presume que se publicó esta Colección; pues no consta que la formase Rey alguno, que fuera promulgada en Cortes, ni que se comunicase a los pueblos para su observancia.

Los Reyes Católicos, que tanto enaltecieron a los jurisconsultos de su época, Montalvo, Ramírez, Ayora, Montoro, maestros en la ciencia de las leyes, publicaron también una Ordenanza sobre la autoridad que deberían gozar en los Tribunales Bartolo, Bal-

do, Juan Andrés y el Abad; y un siglo después, en 1612, una obra con el título *Arte legal para el estudio de la Jurisprudencia*, todavía recomienda a la Universidad y escolares de Salamanca el estudio de las opiniones de los jurisconsultos nombrados.

Lo referido conduce a demostrar que al lado de la ley, las opiniones de los jurisconsultos y las sentencias de los Tribunales formaban de antiguo la jurisprudencia.

Actualmente, en Inglaterra, existen Tribunales ordinarios que aplican el derecho escrito *commom law*, y otro llamado de la *equity*. Si una decisión se estima contraria a la equidad *equity*, puede someterse al Tribunal de la Chancillería para continuar el proceso o ejecutar la sentencia. En los países escandinavos (Suecia, Noruega y Dinamarca) hay en cada provincia un *laghuman*, elegido cada tres años, que tiene por doble misión leer la costumbre en ciertos días solemnes e interpretarla contestando a todas las cuestiones que le son sometidas.

La importancia que en el orden legal atribuyen todas las legislaciones a la costumbre, la equidad y las decisiones de los Tribunales ha sufrido un eclipse, que ha sido parcial en las Naciones de origen latino, desde la publicación del Código de Napoleón, que sacrificó a la unidad legislativa la costumbre y la jurisprudencia. La ley que fija los efectos de la promulgación de este Código especialmente deroga las costumbres *generales y locales*, y el artículo 4.º del mismo se limita a declarar culpable al Juez por denegación de justicia, si rehusa fallar

por silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley; pero sin establecer otra fuente de derecho supletorio.

La casación en Francia, en sus primeros tiempos, no vino a ser más que un recurso eficaz para impedir que los Tribunales de instancia, en inmediato contacto con las costumbres del lugar, diesen paso a la equidad reconocida, frente al precepto de la ley escrita; criterio que ha prevalecido también en nuestro Código civil, que sólo admite la costumbre del lugar cuando no haya ley *exactamente* aplicable al punto controvertido (párrafo segundo del art. 6.º).

Las primeras leyes que establecieron en España los recursos de injusticia notoria y de nulidad, siguiendo los precedentes de la legislación francesa, sólo daban lugar a la casación contra las sentencias contrarias a la ley *clara y terminante*, y admitieron el *renvoi*, unas veces al mismo Tribunal sentenciador, y otras a distinta Sala de la que había casado la sentencia, hasta que, después de varias vicisitudes, que sería fatigoso enumerar porque oscilan según sean los pleitos de la Península o de Ultramar o el recurso se refiera a causa de contrabando y defraudación—en que por vez primera se usó en España la palabra *casación*—; definitivamente la ley de Enjuiciamiento civil de 1855, autorizó a la misma Sala que había declarado haber lugar al recurso, a fallar sobre el fondo, con vista de los autos originales *o por copia que debía enviársele, y previo informe de los Letrados de las partes*.

A propósito de estas copias, no puedo resistir la tentación de referiros que el catedrático, proceden-

te de la Universidad de Alcalá, D. Vicente de la Fuente, de quien fuí discípulo en época de la Revolución de 1868, en que se estableció la libertad de enseñanza, y no pasaba lista, para averiguar si un examinando había asistido a clase, hacía la pregunta, entre otras parecidas por lo raras, de los *Apóstolos*, y era de ver que la confundían siempre con los Apóstoles, los que no le habían oído explicar, que así se llamaban las copias de estos autos, que se enviaban al Tribunal de la Rota Romana, para conocer de los recursos, porque entonces —e ignoro si ahora también—, los originales se conservaban en el Tribunal de cuya sentencia se apelaba. Y esta prevención se tomó igualmente respecto de los autos civiles ordinarios seguidos en las Audiencias de Ultramar, si se recurría en casación, para evitar el extravío de los originales. Es de advertir que no se podía censurar al Profesor porque explicaba Disciplina de la Iglesia, que comprende el procedimiento canónico.

Se explica racionalmente que un nuevo Código que ha compilado las costumbres anteriores a la fecha que se promulgó, las derogue en lo sucesivo, porque las admitidas tienen fuerza de ley y pasaron a la categoría de derecho escrito. Así lo hace también el Código civil español en su art. 1.976, que es su disposición final. Bien entendido que esta derogación no impide que la costumbre se invoque como fuente de derecho en los pleitos que se hayan de resolver con arreglo a la legislación antigua, y en todos los en que se aplique el derecho foral, porque la costumbre es respetada en estas regiones con arreglo

a los artículos 12 y 13 del mismo Código. Pero continuarán formándose nuevos usos en el orden de la vida civil, que no tengan carácter convencional. Estos usos, generalizándose, repitiéndose y aceptándose por todo el país, y consintiéndose por el legislador, se elevarán a la categoría jurídica de costumbre. ¿Por qué no ha de ser respetada esta costumbre que constituye el fondo del Derecho y es su elemento generador? *Codificar* la costumbre, *cegando* luego su fuente, *equivale*, como acertadamente se ha dicho, *a parar el reloj* de la vida del derecho.

A este propósito, el ilustre Profesor de Derecho civil de la Universidad Central, D. Felipe Clemente de Diego, dice con razón en su discurso de ingreso en la Academia de Ciencias Morales y Políticas «El Derecho puede considerarse en dos momentos»; en el de formación y en el de existencia, luego de constituido o formado y cumpliendo su misión en la vida. Constituido y existente el derecho, otra vez el uso da el modo o forma de su actuación, y le vigoriza y completa (usos según ley) o le deforma y hasta le derrumba, convirtiéndole en letra muerta (malos usos, desusos, *desuetudo*, uso contra ley). Ahora bien, si la costumbre en que concurren los requisitos legales, que pudiéramos llamar de fondo y forma, ya que tratamos de casación, se aplicase por el Tribunal Supremo en la resolución de los recursos, ¿por qué no estimarla *al menos* como doctrina admitida por la jurisprudencia? La jurisprudencia, dice un autor: «es costumbre; ella se inspira, en efecto, en la opinión pública, en las necesidades prácticas y

cotidianas y forma el derecho *viviente*, marchando al lado del derecho puramente legislativo. El juego de la evolución crea en el Tribunal de Casación el órgano de la costumbre jurídica.» De esta suerte podría subsistir lo que llamaríamos *jurisprudencia jurídica*. El Código no reconoce esta jurisprudencia como fuente de derecho, y ya no es motivo de recurso, como antes, la doctrina admitida por los Tribunales, que no podrá en lo sucesivo invocarse para la casación. Ello no obstante, este mismo Código, rindiéndose a la evidencia, confiesa *en* la Base 18.<sup>a</sup> de las que presidieron a su redacción que la jurisprudencia ha completado la legislación entonces vigente, y en la 27.<sup>a</sup> y disposición 3.<sup>a</sup> de las adicionales del mismo, que *en* su revisión ha de utilizarse la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El Sr. Alcalá Zamora, expresa acertadamente en su discurso de ingreso en la Academia de Ciencias Morales y Políticas: «que sin la jurisprudencia, la *ley* en vida efímera, pasaría del nacimiento al estado fósil, con forma, pero sin aliento de vida. Sólo merced a esta lenta, íntima modificación, pueden conservar las leyes sus caracteres de generalidad y permanencia, y aun permitirse la pereza o el sueño en su derogación».

El mismo Tribunal de Casación de Francia, que parecía creado para poner el *veto* a toda sentencia que no aplicase rigurosamente el Código de Napoleón, en su jurisprudencia, ha evolucionado radicalmente, dando al olvido el precepto de la ley, para dejar libre paso a la equidad. El Código terminan-

temente prohibía toda investigación de la paternidad natural. Con posterioridad la jurisprudencia se ha inspirado en las costumbres y roto esta *intangibilidad*, resolviendo, dentro de ciertos límites, las demandas de investigación. En su consecuencia, el Poder legislativo ha dictado recientemente una ley que modifica en esta parte el Código francés, estableciendo la obligación del reconocimiento de los padres en los mismos casos previstos en el Código español. Es seguro que no se detendrá aquí la evolución, y no pasará mucho tiempo sin que desaparezcan por completo las limitaciones impuestas por ambos Códigos, y se admita toda clase de pruebas para investigar esta paternidad, aunque concretando los efectos legales de la misma a la deuda alimenticia en favor de los hijos ilegítimos en toda su extensión; pero sin derecho alguno a suceder en los bienes de los padres, que es lo legislado por los modernos Códigos de Alemania y Suiza, y que responde mejor a los dictados del Derecho natural. Otros ejemplos podríamos citar como el de las *sustituciones fideicomisarias*, que, a pesar de estar prohibidas por el Código de Napoleón, se han sostenido por la jurisprudencia, como legado de usufructo para el fiduciario, y de nuda propiedad para el fideicomisario.

¿Es hoy fuente de derecho la jurisprudencia? Esta pregunta admite opuestas contestaciones, según la clase de interpretación que comprendan las sentencias del Supremo. Tratándose de la conocida por los autores con el nombre de *interpretatio legis*, la



contestación, necesariamente tiene que ser afirmativa. Esta jurisprudencia no va más allá que a fijar el sentido y alcance de la norma jurídica, y limitada su función, según la acertada frase del sabio catedrático D. Felipe Clemente de Diego, «a declarar y reconocer el pensamiento jurídico contenido en las fuentes formadas» es un caso de verdadera aplicación o de efectividad de la ley escrita, y la que en este concepto se estableciera, puede citarse como doctrina infringida *en unión del artículo del Código civil a que hace referencia*, y cuya significación determina, por su propia letra, su relación con los demás preceptos del mismo cuerpo legal, sus precedentes y el propósito que presidió al redactar el artículo. En este concepto la jurisprudencia sólo puede comprender la costumbre según ley, consagrada por las resoluciones del Tribunal Supremo.

Se suscitan ante los Tribunales algunas cuestiones litigiosas, aunque no sean frecuentes, que el legislador no ha previsto o que la ley promulgada es insuficiente para decidir las, o que esta ley ofrece graves y fundadas dudas por la obscuridad con que está redactada. El Tribunal no puede abstenerse de resolverlas sin incurrir en responsabilidad. Los casos se repiten, la doctrina jurídica que preside a su decisión, es una y otra vez confirmada por el Tribunal Supremo. ¿Qué razón existe para que esta doctrina, *que de hecho forma jurisprudencia*, no se estime desde luego como una de tantas fuentes de derecho? La ley no ha hablado o lo ha hecho por modo imperfecto o sin la claridad debida. A pesar de todo esto se

dice: «es que la jurisprudencia no puede establecer verdaderas normas jurídicas, que al igual de las *emanadas* del Poder legislativo, estén dotadas de carácter *imperativo y coercible* e impongan sumisión a todos los miembros del Estado.»

En principio estamos conformes con que en España sólo al Poder legislativo corresponde la formación e *interpretación auténtica* de las leyes. En los Países Anglo-Americanos, tienen mayor consideración las repetidas sentencias de sus altos Tribunales cuando son conformes de toda conformidad; mas nosotros que hemos clamado contra las intromisiones del Poder ejecutivo en la esfera del judicial, no habíamos de aplaudir que ésta invadiera el campo del legislador. Declaramos *paladinamente* que los Jueces no deben sentirse *colocados por encima de la ley* y que la casación ofrece este peligro, cuando el Tribunal Supremo se atribuye directamente el derecho de interpretar las leyes (*interpretatio juris*). Algún caso de actualidad y muy señalado indicaremos después que lo demuestra. Pero buena parte de la responsabilidad corresponde al Poder legislativo, que no legisla.

Se ha dicho con acierto que la ciencia jurídica más que ciencia deductiva es ciencia social constituída por y para la vida. El Derecho evoluciona constantemente. Cuando esta evolución cristaliza en una fórmula definitiva y generalmente observada, deben en bien de la comunidad, aplicarla los Tribunales y ampararla la jurisprudencia para que sea exigible, mientras el Estado no la sanciona como ley.

A este efecto es oportuno citar, como también lo hace el Sr. Clemente de Diego, la opinión de Monsieur Lambert, Profesor de Historia del Derecho de la Universidad de Lyon, *que otorga* a la jurisprudencia papel predominante o único en la elaboración del derecho consuetudinario, y la de Mr. Planiol, Profesor de Derecho Civil de la Universidad de París, *que entiende que* fuera de la jurisprudencia, no hay posibilidad del establecimiento de reglas consuetudinarias con carácter obligatorio.

Próximamente se contarán treinta y dos años desde que se promulgó el Código civil, hace algunos más que rige el de Comercio. Con posterioridad han surgido nuevas relaciones en la vida civil y mercantil, que no se podían preveer al confeccionarse estos Códigos. Reducido número de leyes se han dictado que modifican o adicionan las disposiciones de aquellos, a pesar de que el Derecho ha progresado, y *que el individualismo* en que venían inspirados, cede y abre campo ante principios más humanos y justos de carácter social. Sin embargo, en el orden civil no recordamos más leyes posteriores al Código que la de Accidentes del trabajo, aprendizaje y usura, y en el mercantil la de suspensión de pagos y la de hipoteca naval. Si la revisión de Códigos se hubiera hecho cada diez años, en la forma y con las garantías que prescriben las disposiciones adicionales del civil, llegaríamos hasta aplaudir el precepto de sus artículos 5.º y 6.º, porque el menor tiempo que se exige a la costumbre para que sea aceptada como ley, es ese mismo de diez años, y entonces tendría un lugar muy

secundario la jurisprudencia. Mas en presencia de hechos, como el de que después de treinta y dos años ni siquiera se ha *adaptado* la ley de Enjuiciamiento civil al Código, y de que, el de Comercio para su aplicación en ciertas materias, como la de quiebras, entre otras, tiene por derecho adjetivo artículos del Código anterior de 1829; hay que rendirse a la realidad y reconocer con franqueza que sin que nadie sea responsable, y menos la Comisión de Códigos que se ha ocupado y se ocupa activamente de estos trabajos, correrán todavía muchos años sin lograr que las leyes positivas recojan y consagren los avances de un Derecho social mejor sentido y los nuevos usos que a su calor se formen y practiquen. El quietismo en todos los órdenes de la vida nacional, por causas generales, ha llegado en legislación a tal extremo, que leyes de interés común para todos los Países, discutidas y votadas en el Congreso de Bruselas de 1910, y firmadas por la Delegación Española, como los Convenios Internacionales de abordajes, asistencia y salvamento marítimos, no han sido ratificados aun por España; y mientras los buques de las demás Naciones navegan al amparo de estos convenios, los de España surcan aislados el mar. Entretanto, el ambiente formado por la actual intensificación en la enseñanza de las ciencias sociológicas se condensa más y más, surgirán en la vida otras costumbres, que alcanzarán el valor legal que a las locales atribuye el Código con carácter de Derecho supletorio; no se hará esperar el conflicto de éstas, con leyes escritas

inspiradas en opuestos principios, y tendrán que resolverlo los Tribunales. Se reproducirá la lucha entre el derecho que los Romanos llamaban *quiritario* y el *bonitario*, y en definitiva, aquél quedará escrito en el Código, como las leyes de las Doce Tablas, y triunfará la equidad en la doctrina de los Tribunales.

Véase, pues, que el alcance que atribuyo de hecho a la jurisprudencia está sobradamente justificado. Y digo de hecho, porque lejos de desconocer, soy el primero en censurar que a pretexto o con ocasión de juzgar, los Tribunales se arroguen la función legislativa, que corresponde a las Cortes con el Rey, y a este poder pertenece también la interpretación auténtica de las leyes conocida en las Escuelas con el nombre de *interpretatio juris*. En estos respectos soy tan exagerado, que ni admito la competencia del Tribunal Supremo para que a instancia del Ministerio fiscal pueda, en los casos dudosos, interpretar abstractamente las leyes, aunque esta instancia se publique, y a ella puedan oponerse los que pudieran sentirse perjudicados; medio de interpretación que propone un tratadista extranjero; ni soy tampoco partidario de la *casación platónica* establecida en beneficio de la ley por el art. 1.782 de la de Enjuiciamiento civil, que ni una sola vez ha sido promovida en los catorce años que he servido a la justicia en el Tribunal Supremo. Esto acredita que no es necesaria. En la aplicación de la ley llamada de represión de la usura, han surgido graves dudas, y el Tribunal las ha resuelto en los casos concretos que

las partes han sometido a su conocimiento por medio del oportuno recurso, formando jurisprudencia sin intervención del Ministerio fiscal; a pesar de que, importaba a los prestamistas, conocer previamente el alcance y sentido de los artículos de esta ley, porque la declaración de nulidad del contrato, llevaba aparejada la condena en costas al acreedor.

*Ad summum*, podríamos llegar a conceder a instancia del Ministro y solicitada por el Fiscal, una casación que ya no sería *platónica*, contra las resoluciones de los Tribunales consentidas por las partes, que manifiestamente violasen un *precepto de carácter público*, porque esto constituiría un verdadero abuso de poder, y *al Fiscal* está especialmente confiado, que la jurisdicción de los Tribunales no traspase los límites señalados por la ley.

Como curiosidad jurídica merece señalarse, que en Bulgaria el Tribunal de Casación puede, sea por su propia iniciativa, sea a propuesta del Ministro de Justicia, dirigir circulares para interpretar la ley *con carácter de Derecho transitorio*. En España, por el contrario, está prohibido a los Jueces por el artículo 4.º de la ley Orgánica provisional «dictar reglas o disposiciones de *carácter general* acerca de la aplicación o interpretación de las leyes».

Confesamos por todo lo hasta aquí expuesto, que las sentencias de casación no tienen el valor de una ley interpretativa, pero sería cerrar los ojos a la evidencia, si negásemos también que en la práctica, para declarar si el fallo recurrido infringe la ley, la costumbre local o el principio de Derecho citados en los

motivos del recurso; necesariamente hay que razonar en los Considerandos; si al caso controvertido, son o no aplicables estos preceptos y en cual concepto: y ésta es, una interpretación indirecta, de *más graves consecuencias* que la hecha por el Poder legislativo; pues la última sólo mira al porvenir y no tiene efectos retroactivos, mientras que la que podríamos llamar judicial afecta al pasado, al presente y al porvenir; porque no es una ley nueva sino que determina el sentido y espíritu de otra anteriormente promulgada, y debe regir a todas las relaciones jurídicas nacidas bajo el imperio de esta ley, aunque la interpretación recibida sea muy posterior en fecha, como las de las sentencias del Supremo, de que más adelante nos ocuparemos.

En esta determinada aplicación de la ley los Tribunales quieren siempre que presida la justicia, pero aun queriéndolo, puede resultar que se ha cometido un error. De buena fe—ésta es segura, tratándose de Jueces y Magistrados—puede repetirse el error en decisiones posteriores sobre casos que guardan analogía y tal vez en ello influya *el mal entendido temor* de que padezca el prestigio y autoridad del Tribunal si no son uniformes sus resoluciones, y la consideración también de que las sentencias contradictorias, que habrá más de una, dada la fallibilidad humana, crean una grave perturbación en los derechos de los particulares que quedan en tela de juicio. Los Tribunales inferiores, aunque antes haya sido otro su criterio, concluyen por aceptar en sus fallos la doctrina del Supremo, que no puede

constituir en tales casos verdadera jurisprudencia.

A fin de evitar este posible peligro, y por lo mismo que tengo el firme convencimiento de que por espacio de un número desconocido de años la jurisprudencia influirá poderosamente en la decisión de los pleitos, mi aspiración más vehemente es la de que concurren a su formación el mayor número de elementos, el científico y el que pudiéramos llamar práctico ilustrado, porque se ha dicho muy bien que la práctica sin la teoría degenera en rutina. Para ello es, además, indispensable que la doctrina de los Tribunales, antes de pasar a la más elevada esfera legal de la jurisprudencia, sea debidamente contrastada.

*En las Naciones Anglo-Americanas* en que rige el derecho consuetudinario, la jurisprudencia es ley; y se basa en el precedente judicial. El caso juzgado (*cas juge*) por el Tribunal Supremo *de cada uno de los Estados*, llamado (*case law*), aquilata y contrasta la costumbre. Si existe conformidad en la mayoría de las resoluciones, esta conformidad se invoca y aplica como jurisprudencia. En Inglaterra mismo en que la jurisdicción del Juez único llega a tal extremo de respeto, que es necesaria su autorización en ciertos asuntos para que se admita el recurso de apelación, y en que un solo magistrado de este grado puede fallarlos; si el negocio de que éste entiende, o una de las Secciones de la *Haut-Cour*, es de suma importancia, debe someterlo al Tribunal en pleno, donde de nuevo se discute y resuelve. Sólo en España *todos los recursos* civiles se fallan por una Sala constituida por siete Magistrados: ni aun se



exige el concurso de todos los que constituyen la Sala de lo civil para sentar jurisprudencia. Contra esto clama el Sr. Alcalá Zamora en su citado discurso y dice textualmente: «—No es lícito ni conveniente que en *casos arduos de duda*, acto de tal trascendencia, como *la formación de doctrina*, se resuelva *por el accidente de un voto, indeciso tal vez en sus vacilaciones*, y se impone entonces la nueva y más amplia deliberación, que surja con la autoridad plena del Tribunal.» El Sr. Alcalá Zamora pertenece al *Convento jurídico* del Supremo, porque *casi* diariamente informa ante sus Salas con gran brillantez y conocimiento profundo del Derecho. Por lo mismo su opinión tiene respetable autoridad. Que los casos arduos, a que se refiere el Sr. Alcalá Zamora, han existido y continúan después de la publicación del Código civil lo demuestran las propias sentencias del Tribunal Supremo.

La de 19 de Abril de 1915 (*Gaceta* de 22 de Octubre, pág. 319), reconoce al hijo adoptivo el derecho a suceder abintestato al padre adoptante, y en la comunicación que la Comisión de Códigos elevó al Ministro en 30 de Junio de 1889, motivando las enmiendas y adiciones al Código civil, por consecuencia de la discusión en los Cuerpos Colegisladores, se dice *que el Código no reconoce semejante derecho*. La de 4 de Octubre de 1815 (*Gaceta* de 24 de Enero de 1916, pág. 127), que en el caso del pleito otorga preferencia a la anotación preventiva de embargo para el pago de un crédito, sobre la inscripción de una escritura asegurando el pago de obligaciones fu-

turas, ha sido censurada en los *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, del Sr. Morell y Terry (tomo cuarto, pág. 185 y siguientes). Un caso clínico, al que con verdadera pena tenemos que referirnos, es el de las sentencias que se fundan en la ley llamada de Mostrencos, para aplicar los preceptos del Código civil a las sucesiones intestadas dentro del cuarto grado en las provincias y territorios de Derecho Foral.

El tema de esta disertación hace tiempo que lo tenía elegido. Al desarrollarlo hoy, sería en mí grave pecado de insinceridad prescindir de estas sentencias, que, sobre ser de flagrante actualidad, demuestran que es necesario depurar la doctrina del Tribunal Supremo antes de que sea admitida como jurisprudencia, tesis que vengo sosteniendo.

Por esta causa, no puedo volver la espalda al asunto, aunque bien quisiera, atendidas otras consideraciones.

Todas las sentencias referidas casan y anulan las de los Tribunales *a quo* (sentencias de 10 y 13 de Diciembre de 1919 (*Gacetas* y páginas, respectivamente, de 11, 14 y 18 de Abril de 1920; 364, 390 y 395). Afirma el Sr. Pantoja (en el prólogo de su *Repertorio de la Jurisprudencia civil española*), que por esto tienen mayor valor, pues declaran, de una manera incontestable, que el Tribunal inferior ha faltado a la ley, que ha conculcado el Derecho, que se ha separado de los buenos principios. Su crítica se ha hecho desde esta misma cátedra, siempre abierta a todas las exposiciones de doctrina, en Re-

vistas de Derecho, en la Prensa y en folletos. Ha sido tan intenso el movimiento de opinión en las regiones forales, que el Gobierno ha tenido que acogerlo en el Discurso de la Corona y ofrecer que el Ministro de Gracia y Justicia presentaría un proyecto de ley «encaminado a mantener y vigorizar la *vigencia* de las Instituciones jurídicas especiales que, «consentidas por el espíritu de la ley, vivas en las «costumbres y fecundadas por el amor a las tradiciones regionales *no han hallado en las controversias jurídicas norma segura* que disipe las dudas «que estorban a su desenvolvimiento».

En efecto, el proyecto de ley lo ha presentado el actual Ministro al Senado de acuerdo con la opinión unánime de la Comisión permanente de Codificación, declarando que la ley de Mostrencos, fuera de los llamamientos expresos que nuevamente hizo, no alteró las normas jurídicas que estaban vigentes en las regiones de Derecho foral, y que éste es el estado jurídico que regía y fué respetado por el Código civil.

Sobre estas sentencias nada he de expresar de cuenta propia. En un documento oficial decía mi venerado maestro, Sr. Alonso Martínez, desempeñando la cartera de Gracia y Justicia: «Lo declaro franca y lealmente, *mi sueño dorado* es la publicación «del Código civil; y sin embargo, renunciaría a *esta ilusión de mi vida*, la que más ambiciono en el «puesto que hoy ocupo, y la que he acariciado más «en la Comisión de Codificación; si para realizarla «hubiera de pasarse de pronto el nivel sobre todas

»las provincias españolas, *sometiéndolas a viva*  
»*fuerza a una ley totalmente idéntica*, siendo  
»como es, diferente en puntos esenciales su organis-  
»mo jurídico, *con riesgo inminente de producir en*  
»*su seno una honda perturbación*. Hay que obrar  
»por el convencimiento y la persuasión; hay que pre-  
»parar la opinión y formar las costumbres antes de  
»lanzarse a *aventuradas* reformas». Veamos ahora  
en este orden el efecto producido por las sentencias  
referidas en las países forales. Copiamos las palabras  
de jurisconsultos que ejercen sus profesiones en uno  
de ellos y que precisamente opinaban que el Código  
debía, desde luego, aplicarse a su región. El testi-  
monio no puede ser sospechoso. Dicen estos eminen-  
tes abogados: «Cuando la transición pudo, *por bene-*  
»*ficiosa reciprocidad*, operarse, emulando el ejem-  
»plo de transacción que ofrecía el Código, se repudió  
»la avenencia, y *ahora surge una de las más fu-*  
»*nestas complicaciones y uno de los más graves*  
»*daños*, quizás *fecundos en litigios*, causados por  
»la *jurisprudencia* (estoy dentro del tema), cimen-  
»tada en la ley de Mostrencos, ya que *tan súbita e*  
»*inesperada* reforma, *hija de novísima* interpreta-  
ción, lleva aparejada *una subversión* del estado ju-  
rídico; y abre la puerta a la revisión con el terrible  
ariete de las *reivindicaciones*.

En conclusión. Estas sentencias han sido causa  
inocente, entre otras de distinto orden, de un movi-  
miento de sensible retroceso en el camino que lenta-  
mente se seguía para llegar a un acuerdo o concor-  
dia entre la legislación común y las forales, que pre-

parase para un día no lejano la unificación del Derecho Patrio. Yo me duelo de ver distanciarse el propósito acariciado por mi maestro querido, y vosotros os lamentaréis conmigo, de que se aleje la unidad de la justicia, porque es el más sólido fundamento de la unidad nacional.

El Fiscal del Tribunal Supremo, en su luminosa Memoria anual, dirigida al Ministro de Gracia y Justicia, con motivo de la apertura de Tribunales de 1920, se ocupa con su reconocida competencia de esta materia, y sabiamente observa la contradicción que existe entre las sentencias de Diciembre de 1919 que se refieren a la sucesión intestada en Aragón, Cataluña y las Islas Baleares y que aplican en su integridad el Código civil, con la de 31 de Enero de 1920, dictada un mes y días después, que respeta el fuero de Vizcaya en la misma sucesión intestada (pág. LXXXV).

No nos dice el Sr. Fiscal los fundamentos legales a que esta contradicción obedece. Porque no sería, en verdad, en consideración al antes temido y hoy derogado *pase foral* o *exequatur* que el Juez de Vizcaya encargado de ejecutar la sentencia, hubiese antiguamente podido usar, providenciando con arreglo a la respetuosa fórmula *sea obedecida y no cumplida* (son palabras de la ley 11, tít. 1.º del Fuero de Vizcaya a cualquiera *carta* o Provisión Real que diese o mandase *dar* o proveer que sea o ser pueda contra las leyes y Fueros, directe o indirecte.)

No paran aquí las diferencias más o menos apa-

rentes; existen también entre las sentencias de 30 de Octubre de 1918 (*Gaceta* de 2 de Abril de 1919, página 178) y la de 22 de Febrero de 1919 (*Gaceta* de 9 de Julio, pág. 119). La cuestión legal que una y otra han resuelto ha sido discutida extensamente por el acreditado jurisconsulto y Decano del Colegio de Abogados de Zaragoza, Sr. Isabal, en la *Revista de Derecho Privado*, que prescindiendo de otros particulares que no son para este lugar, acusa de deficiente a nuestra legislación mercantil respecto del alcance o fuerza de obligar de los acuerdos tomados por la mayoría de los accionistas en las Asambleas de las Sociedades anónimas, cuando éstos directamente afectan o privan de los derechos de preferencia a ciertas acciones, lamentándose de que esta cuestión no se resuelva directamente en el Código como lo está por leyes especiales en otras naciones.

Estas contradicciones las explicaba hace más de cuarenta años un ilustre Magistrado que presidió una de las Salas del Supremo. Decía en la Introducción de su obra de Jurisprudencia civil, de todos conocida, el Sr. Ortiz de Zúñiga: «Las enfermedades y ausencias... impiden que la Sala de Casación se constituya con los mismos jueces; y en ciertas ocasiones la concurrencia de unos, en vez de otros, influyen en que todos, o la mayoría, se inclinen a determinada opinión en casos opinables y dudosos, muy frecuentes por desgracia. ¡En cuantas ocasiones puede influir la ausencia o presencia de un solo Magistrado para que prevalezca o no, una opi-

»nión determinada y *occasione o evite un conflicto de grave trascendencia.*»

Todo lo expuesto, quizás con una extensión mayor de lo que consiente una conferencia, conduce a demostrar plenamente la necesidad imperiosa de una jurisprudencia reflexivamente formada por las resoluciones del Supremo que se inspire en la doctrina de las leyes, en la opinión de los jurisconsultos y en los resultados que ofrezcan las costumbres.

La organización del Tribunal Supremo que hemos preconizado en la lección anterior y sobre todo, una Sala de lo civil constituida por antiguos, selectos y seleccionados Magistrados, Abogados eminentes y Catedráticos que se hayan distinguido en la exposición de la ciencia del Derecho en sus distintas manifestaciones, sumará todos los elementos doctrinales y consuetudinarios que pudieran desearse, para que las resoluciones del más alto Tribunal de la nación al aplicar la ley se inspiren en los casos y hechos contemporáneos, respondiendo a previsiones de orden social que no se prestan a ninguna reglamentación escrita, ni pudieron fijarse cuando se redactó la ley, porque es la parte que el Derecho escrito deja al movimiento progresivo de la equidad y de la moralidad pública.

Ahora bien, en defecto de ley *exactamente* aplicable al pleito, cuando en su consecuencia haya que recurrir para resolver la controversia jurídica a la costumbre del lugar, y en último término a los principios generales del Derecho, según preceptúa el párrafo 2.º del art. 6.º del Código civil; como ni aquella ni éste son derecho promulgado; entendemos que

para mayor garantía de acierto, deben conocer del recurso todos los Magistrados de lo civil, incluyendo a su Presidente, constituidos en Sala extraordinaria, presidida por el del Tribunal, porque la resolución que se dicte *creará verdadera jurisprudencia* y en este sentido un nuevo derecho.

Esta presidencia excepcional viene, ya por su gran importancia, establecida en el párrafo 2.º del artículo 1.743 de la vigente ley de Enjuiciamiento civil, que exige para la vista de los recursos, en defecto del Presidente titular de la Sala, que la presida el propio Presidente del Tribunal. Lo que hay es que este artículo ha caído en *desuso*, sin duda por la misma *regia* y justificada causa que impidió la sanción del Fuero de los Hijosdalgo de Castilla, que fué según el Prólogo del Fuero Viejo *las muchas priesas que ovo el Rey D. Alfonso VIII (llamado el Noble o de las Navas), porque finca el pleito en este estado*.

En el orden anteriormente expresado de suplir los Tribunales la deficiencia de las leyes, a la disposición de nuestro Código, preferimos las comprendidas en los artículos 1.º y 4.º del Código suizo, porque dignifican y enaltecen más la autoridad y ciencia de los Jueces. Dice el Código suizo que en estos casos, el Juez *decidirá* (art. 1.º, párrafo 2.º) «según las reglas que él, por su propio criterio establecería, si hubiese de proceder como legislador; y que (artículo 4.º, párrafo 1.º) el Juez aplicará las reglas del derecho y de la equidad, si la ley le reserva este poder de apreciación.» La exposición de motivos del



Código, expresa: «Que el Juez crea la norma que estimaría justa en el cuadro del orden jurídico existente; si él hiciese el oficio de legislador.» El jurisconsulto Rosell, Profesor de Derecho civil de la Universidad de Berna, y uno de los redactores del Código civil, añade: «Que esta es la *fórmula ideal* ya que deja al Juez toda libertad para consultar a su razón, a su experiencia y a su conciencia. Aplicará, desde luego, las reglas que le dicten el concepto de la justicia, las necesidades de la equidad y su inteligencia y conocimiento de la vida.»

Para mayor claridad y precisión en la Jurisprudencia, un escritor extranjero propone, que en la parte dispositiva de las sentencias del Tribunal Supremo, se exprese la nueva doctrina que se establezca con esta o parecida fórmula: «L'assurance sur la vie au profit d'un tiers denommé ne tombe pas dans la succession, en consequence casse.» Es el precepto del art. 428 de nuestro Código de Comercio. Esta necesidad, anteriormente había sido prevista por el jurisconsulto y Magistrado español, que hemos citado, en razón a su notoria competencia en materia de casación. El Sr. Ortiz de Zúñiga, en la nombrada Introducción de su obra ya indicada, dice: «Parece a muchos Magistrados que el objeto del recurso es sólo el litigio que van a resolver, y que cumplen con administrar justicia a las partes contendientes: sin considerar que este es uno de los fines, y por cierto el de menos trascendencia de la casación, y que hay otro más grave y de influjo más general y permanente, cual es la *proclamación de la doctrina*. Sobre este par-

ticular hay una preocupación, por desgracia, muy arraigada, *que consiste en huir de dogmatizar* y ceñirse al razonamiento peculiar a la decisión del pleito, faltándose por este medio a la más elevada atribución del Tribunal Supremo, y es para nosotros seguro que mientras este grave error domine no podrá la jurisprudencia obtener todo el fruto que debiera esperarse de una institución que tantos sacrificios cuesta a los litigantes y al Estado».

Para término de esta Conferencia, debemos dejar consignado: 1.º Que en Derecho estricto las sentencias del Supremo no tienen otra fuerza que la de la cosa juzgada en el asunto determinado que ha sido objeto de su resolución, pero en realidad la doctrina que ha presidido al fallo, cuando la ley ha guardado silencio sobre la cuestión litigiosa, si es repetida y constantemente aplicada a casos iguales o análogos, *forma jurisprudencia*. 2.º Que al Parlamento corresponde en definitiva consentirla, derogarla o modificarla, si entiende que no se ajusta a la equidad representada por las costumbres y los principios eternos del Derecho natural; y por este medio queda siempre a salvo la potestad legislativa que corresponde a las Cortes con el Rey; y 3.º Que para evitar que padezca el prestigio del Tribunal en algún caso, como el de las sentencias forales, es preferible que el Fiscal, que representa al Poder Ejecutivo, tenga el derecho, en defecto de los litigantes perjudicados que no ejerciten la acción de responsabilidad civil, para someter al Pleno el examen doctrinal de la sentencia y proponer al Gobierno, si

procede, la aclaración de la ley. La responsabilidad criminal que alguna vez se ha intentado, desde luego puedo afirmar rotundamente que *nunca estará justificada*.

A estos efectos, entre otros, se publican las sentencias en la *Gaceta*, y además el Presidente del Tribunal Supremo *debe* elevar al Ministro de Gracia y Justicia una Memoria anual, en la que refiriéndose a los negocios de que haya conocido la Sala de lo civil, consten detalladamente las deficiencias y dudas que haya encontrado al aplicar el Código y los artículos u omisiones que las hayan ocasionado (1.<sup>a</sup> de las Disposiciones transitorias).

Para el cumplimiento de este deber, hemos propuesto antes, que en tales casos, la Sala en pleno sea presidida por el Presidente del Tribunal, que es el que debe elevar al Gobierno la Memoria.

De éstas sólo se conocen, en parte, las que redactó con superior competencia el Presidente, Sr. Aldecoa (D. José), y esto por la transcripción de algunos párrafos que hace el notable maestro (perdido prematuramente para la ciencia), Sr. Sánchez Román en su obra *Estudios de Derecho civil*, sobre todo en el tratado de sucesiones.

Las Memorias no han merecido, hasta ahora, el acuerdo de que oficialmente se impriman y publiquen, para honrar y perpetuar el nombre de Magistrado tan insigne, y también para que sirvan de tema de discusión a los hombres de ley y preparar de esta suerte la esperada revisión del Código civil.

En estas y otras materias de la legislación patria,

continuarán imperando las palabras del Evangelio que se aplican al que habla sin que nadie le escuche. Oportunamente las cita el Fiscal del Tribunal Supremo, en la Memoria a que antes nos hemos referido: «Vox clamantis in deserto».

III

## **EL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA CIVIL**

Conferencia dada el día 27 de Abril de 1921



SEÑORES:

Hemos dicho en las lecciones anteriores que en su origen no se estableció este recurso respondiendo al principio que hoy preside a su existencia, o sea la separación de las cuestiones de derecho (*quæstio juris*) de las de hecho (*quæstio facti*), sino que solamente se aspiraba a uniformar la jurisprudencia por medio de un Tribunal único y más elevado, para evitar que al influjo de resistencias locales en la aplicación general de los Códigos y especialmente el de Napoleón, surgiesen *distintos* criterios para su interpretación, en los diferentes territorios en que habían de regir.

Por este motivo la casación no existe con el carácter de recurso extraordinario en las naciones en que prevalece en su derecho *más generalmente* la costumbre que el precepto escrito; como Inglaterra, los pueblos de su misma raza, Suecia, Noruega y Dinamarca y los países angloamericanos, en los cuales el Tribunal conoce en tercera instancia de las cuestiones de hecho y de derecho que se plantean en los litigios sometidos a su resolución, si bien en aquellos en que ha intervenido el Jurado, por no haber renunciado las partes a esta clase de jurisdicción; como al entender de la apelación el Tribunal Supremo tiene

que respetar el veredicto, realmente no puede decidir más que la cuestión de derecho, y viene al fin a ser su fallo una casación indirecta.

Según la autorizada opinión del Marqués de Girona, cuando se juzga y se legisla es muy difícil distinguir clara y precisamente el hecho del derecho; y confesando, como confesamos, que es cierto lo afirmado por este jurisconsulto insigne, que en la práctica se ofrece muchas veces el *imposible moral* de esta separación, la verdad es que viene establecida, al menos, desde la época en que los Pretores romanos redactaban la *fórmula de derecho* por el resultado del debate judicial y la entregaban al Juez para que dictase la sentencia. El procedimiento formulario, en el que intervenían el Pretor, persona perita en Derecho, y el Juez, probo ciudadano, que se limitaba a fallar un negocio determinado, ha dado ocasión a que se asimile este procedimiento al Jurado. Pero, sea de ello lo que quiera, desde que existe el Tribunal del Jurado la distinción entre el hecho y el derecho viene consagrada por las leyes; y si bien en España la casación es anterior en muchos años a este Tribunal, la distinción ha sido respetada, según lo demuestran algunas frases del dictamen del Senado de 6 de Marzo de 1865 a un proyecto de ley de casación civil; frases que, por ser muy expresivas y servirme de base para otros razonamientos, reproduzco al pie de la letra. Dicen así: «El recurso de casación no es una tercera instancia, ni tiene por objeto *reparar* las injusticias que puedan los Jueces cometer en la apreciación de los hechos que han sido



objeto de prueba en las instancias anteriores. La jurisdicción del Tribunal Supremo, mientras de la casación se trata, no puede, por lo tanto, dejar de considerar *como buenos los hechos* que el Tribunal contra cuyo fallo se recurre ha consignado como resultado de las pruebas.»

### Apreciación de la prueba en conjunto

Aparte la responsabilidad en que pueden incurrir los Tribunales por la injusticia que se dice pueden cometer en la apreciación de las pruebas, ¿qué se quiere significar con las afirmaciones del proyecto, que no llegó a ser ley, «de que el recurso de casación no puede repararlas y de que debe aceptar *como buenos los hechos* sentados por el Tribunal contra cuyo fallo se recurre»? ¿Se quiere consagrar la soberanía *absoluta* del Tribunal *a quo* en materia de apreciación de prueba? Porque con el precedente indicado se pretendería torcidamente sostener la doctrina, tal vez se ha sostenido ya, que los hechos que estima probados el Tribunal *a quo* en virtud de *todas las pruebas* apreciadas *en conjunto*, no pueden ser combatidos en el recurso, desarticulando los distintos elementos que han servido de base para formar el juicio. La doctrina así entendida, y generalmente aplicada, *cerraría las puertas de la casación*, aun en los casos especiales en que existiera infracción de ley, al estimar el valor de ciertos medios de prueba y error de hecho evidenciado por actos o documentos auténticos, no obstan-

te que por uno y otro error procede la declaración de haber lugar al recurso, con arreglo al núm. 7.º del art. 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil.

En orden a la apreciación de la prueba una cosa es que el criterio del recurrente no se sobreponga al del Tribunal *a quo*, alterando la realidad de los hechos declarados probados, o estableciendo otros contrarios a los admitidos como ciertos en la sentencia recurrida, *y otra muy distinta* que su apreciación no pueda ser combatida por errores de hecho o de derecho, atendida la consideración de que el documento o acto auténtico que evidentemente demuestra el primero, y cuya eficacia probatoria motiva el segundo, *hayan sido comprendidos y neutralizados* en esa novísima apreciación *global* que no autoriza ninguna disposición de ley.

Esta apreciación *global* debió hacerse también en Francia en la primera época de la casación, porque la censura Dalloz en su Repertorio, con las palabras siguientes: «Nada de más banal, en efecto, ni de más cómodo para los Jueces que esta fórmula tan lacónica: «Atendido que resulta de los hechos y circunstancias que», etc. Con estas palabras mágicas se cree haber respondido a todo. Pero es necesario que estos hechos y circunstancias sean *precisados* y no *alegados*.»

Cierto que en España, tratándose de obligaciones nuestra legislación abandonó por completo el sistema formulario romano, traducido en las leyes de Partida, por otro más espiritual que proclamó la ley 1.ª, tít. 16 del Ordenamiento de Alcalá: «Pares-

ciendo que se quiere un ome obligar a otro... sea tenuto de aquellos a quienes se obligó e non pueda ser puesta escepcion que non fué fecha estipulacion que quiere decir prometimiento con ciertas solemnidades de derecho.» Ley que está traducida en el art. 1.278 del Código.

Verdad también que este mismo Código y la ley de Enjuiciamiento civil admiten toda clase de medios de prueba, aun las muy discutidas, de testigos y presunciones simples. Pero precisa en esta oportunidad señalar que la prueba de documentos públicos y la confesión judicial tienen un valor que desde luego declara la ley, y que sólo quedan sometidas a la estimación judicial, según las reglas de la sana crítica, los otros medios de prueba; prescribiendo, además, respecto de la de testigos el art. 1.248 del Código civil, que los Tribunales cuiden de evitar que, por la simple coincidencia de algunos testimonios, *a menos que su veracidad sea evidente*, queden «definitivamente resueltos negocios en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados o algún principio de prueba por escrito.» Con arreglo a esta previsorá recomendación hecha a los Tribunales, bien claro da a entender el legislador que la prueba de testigos debe ser supletoria en asuntos en que suelen intervenir escrituras; y si realmente han intervenido, es consecuencia inmediata que con preferencia el juzgador debe atenerse a su contenido, reconociendo la fuerza probatoria que les otorgan los artículos 1.218 y 1.225 del Código civil.

Una sabia sentencia del jurisconsulto Paulo (li-

bro 5.º, tit. 15, párrafo 4.º) dice «*Testes cum de fide tabularum nihil dicitur adversus escripturam interrogari non possunt.*» Y aun cuando nuestro sistema espiritualista que, repetimos, domina en las obligaciones contractuales, autorice la admisión, como medio de prueba, de las declaraciones de testigos, que en otras legislaciones extranjeras está prohibida, respecto de los contratos, para cuya validez se exige que sean escritos; esta admisión no quiere significar, ni a ella hay que darle el alcance de que la simple coincidencia de algunos testimonios pueda en todo caso dejar sin efecto obligaciones que constan en escrituras; porque precisamente se las ha revestido de este requisito de forma, como prueba, que pudiéramos calificar de *preconstituída*. Ello no empece que estas escrituras puedan ser redargüidas de falsas, en cuyo caso *contra* todas así las otorgadas *ad probationem tantum* como contra aquellas que constituyen requisito esencial (*ad solemnitatem*) del acto o contrato en las mismas contenido, entre otras la de testamento, se admitiría la prueba testifical y las demás que reconoce el derecho procesal, aunque limitadas al extremo de la falsedad y serían unas y otras libremente apreciadas por el Tribunal sentenciador.

Esto último sólo se ofrece por excepción. Más en los casos corrientes, y por las consideraciones ya expresadas, no debe legalmente sobreponerse el resultado de la prueba testifical al de las escrituras cuando contienden los *mismos* que las han autorizado o sus causahabientes.

La estimación de la prueba en conjunto ofrece el censurado peligro a los Tribunales si del conjunto es una parte integrante documentos públicos y fehacientes que *per se* hacen prueba; y de otro lado existen declaraciones de testigos, dictámenes de peritos, reconocimientos y presunciones judiciales que los Tribunales pueden apreciar conforme a las reglas de la sana crítica, que no están fijadas en parte alguna y que por lo mismo su infracción no es motivo de recurso.

Sera en vano que contra los hechos declarados probados por la apreciación en conjunto de la prueba se aleguen los errores a que se refiere el núm. 7.º del art. 1.692; porque respecto de los de derecho, no es probable que el Tribunal *a quo* haya desconocido en absoluto el valor que la ley otorga a los documentos públicos, sino que su eficacia y contenido se habrá enervado, combinándolos con los restantes elementos del pleito. Será casi siempre imposible demostrar el error de hecho, porque aun siendo cierta la equivocación del juzgador, no es presumible que en sus términos se encuentre en patente oposición al texto *claro y concluyente* de estos mismos documentos.

Estaría más ajustado a la fe que merece todo instrumento público, que en vez de esa *evidencia* que pide la ley se patentice por virtud de documentos para estimar el error de hecho; se exigiera, por el contrario, que todo hecho declarado probado por el resultado de las demás pruebas sometidas a la apreciación del Juez fuese tan claro como la luz meridiana, cuando el hecho estuviera en oposición al tex-

to de escrituras o actos auténticos, si afectaba de algún modo a la substancia, interpretación o modificación de derechos y obligaciones estipuladas en estos documentos.

Una disposición procesal en este sentido sería lógica deducción del precepto del art. 1.248 del Código civil respecto del valor de la prueba testifical.

La ley suiza de 22 de Marzo de 1893 sobre organización de la justicia federal, en su art. 81, para combatir en casación la apreciación de puro hecho, *solamente* demanda que se encuentre en contradicción con los demás documentos del pleito. Esperamos confiadamente que al reformar nuestra ley de Enjuiciamiento civil se otorgue esta misma preferencia en España a la prueba de documentos públicos.

### **Hechos.—Su calificación jurídica**

Las limitaciones antes expresadas, en vez de desconocer, confirman más y más la facultad privativa del Tribunal sentenciador de examinar las cuestiones de hecho discutidas en el pleito, y su competencia única para resolver acerca de la *existencia y accidentes* de estos mismos hechos y declarar en definitiva cuáles estima probados.

Mas en estas cuestiones hay que separar la apreciación *material* de los hechos, y hasta si queréis la que pudiéramos llamar *moral*, que se refiere a la *intención* de los que los ejecutaron; de la apreciación *propriamente legal*, que puede ser opuesta a las primeras, porque la existencia y caracteres de los

mismos hechos, deba ser reconocida por virtud de disposiciones previamente establecidas en la ley, como sucede respecto de los testamentos que han de estar revestidos para su otorgamiento de ciertas formas bajo pena de nulidad; por ejemplo, la de la lectura en alta voz después de redactado.

De donde resulta que la *calificación jurídica* de los hechos y *sus consecuencias legales*, independientemente de su existencia, es ya cuestión de derecho; y si la decisión del Tribunal *a quo* es impugnada por medio del oportuno recurso, de ella debe conocer el Tribunal Supremo. A este propósito, por lo preciso de sus palabras, he creído oportuno traducir a la letra las del párrafo 3.º del art. 56 de la ley suiza antes citada: «La apreciación jurídica *errónea de un punto de hecho*, es asimilada a la violación de la ley.» *L'appréciation juridique erronée d'un point d'fait*, est assimilée a la violation de la loi.

El Tribunal Supremo, por consiguiente, no sólo es juez en las cuestiones de derecho, sino de la apreciación jurídica y de la calificación de los hechos. Así lo entendía el Sr. Ortiz de Zúñiga en su citada obra. «La calificación de si el hecho ya declarado, *pertenece a determinada especie*, está en buenos principios reconocida al Tribunal Supremo. En una palabra, las Audiencias lo niegan o reconocen, y el Supremo *lo define*. Pero flotando algunas veces esta apreciación y calificación, entre el hecho y el derecho, por lo difícil que es en ciertos casos su separación, debe seguirse la doctrina, que con relación

a la costumbre, establece el insigne profesor D. Felipe Clemente de Diego en su discurso antes relacionado: «Si en la resolución o nuda constatación de los hechos, puede haber, y hay, en efecto, un *quid facti*, que predomina sobre todo otro aspecto; en el examen de si reúnen o no los caracteres de una costumbre propiamente dicha—y añadimos nosotros—o de otro acto o contrato determinado, hay un *quid juris* que predomina sobre todo otro elemento: una apreciación eminentemente jurídica que entra por entero en la función del juzgador, y a cuyos alcances puede ir el Tribunal de Casación, como cuestión que es, plenamente de derecho.

### **Infracción de los contratos y disposiciones testamentarias**

Merecen el concepto de hechos que han de establecerse como premisas para el fallo de los pleitos, las estipulaciones de los contratos y cláusulas de los testamentos, cuyo cumplimiento se solicita. Y hechos fehacientemente probados. Si la apreciación jurídica que hiciera el Tribunal *a quo* de los pactos y disposiciones contenidas en los expresados documentos *fuese errónea*, el Tribunal federal suizo, con arreglo al precepto que antes hemos transcrito, estimaría que existía una verdadera violación de ley, y por esta causa y además, porque consecuente con su criterio, el art. 81 del mismo cuerpo legal antes citado, atribuye al propio Tribunal la libre apreciación del alcance jurídico de los hechos, casaría sin duda algu-



na la sentencia recurrida. En la ley Procesal española y en la francesa, no se ha establecido igual precepto. Muy al contrario, nuestra ley de Enjuiciamiento civil en sus artículos 1.691 y 1.692, causa y número primeros respectivamente, sólo autoriza la casación por violación, interpretación errónea o aplicación indebida *de las leyes*. Y como al amparo de este texto no puede impugnarse en el recurso la violación o interpretación errónea de las cláusulas de los contratos o testamentos; se ha apelado para ello al socorrido núm. 7.º del art. 1.692, alegando *impropiamente* errores de hecho y derecho.

Claro está, que la equivocada calificación jurídica de un contrato o testamento implica un grave error de derecho; mas se ha dicho con repetición por el Supremo y forma jurisprudencia su doctrina, que estos errores se refieren al valor de la prueba; si el Tribunal *a quo* en su apreciación ha prescindido de preceptos que legalmente determinan la eficacia de ciertos medios, de las escrituras públicas, por ejemplo, y entonces estos preceptos son los que se citan como infringidos. No es este el caso. El Tribunal *a quo* ha reconocido *paladinamente* la existencia y eficacia probatoria del contrato o testamento; pero al calificar jurídicamente su contenido, ha definido de arrendamiento o enfiteusis, lo que en realidad es un contrato de compraventa, o bien ha estimado *de* sustitución fideicomisaria, lo que en sustancia no es más que una sustitución vulgar. Para subsanar la omisión de que, en estos y otros muchos casos que pudiéramos citar, no quepa la casación directa, se

recurre por los litigantes a solicitarla por error de hecho; pero entonces hay que demostrar, nada menos que evidentemente, que las textuales palabras del documento están en *manifiesta y absoluta oposición* con el hecho sentado como probado por el Tribunal sentenciador. Y no se trata de que los contratantes y el testador se hayan expresado con mayor o menor propiedad, sino de la *verdadera esencia jurídica del hecho*, aunque no se haya detallado prolijamente en el documento. El Tribunal Supremo ha dicho repetidas veces, que para determinar la verdadera naturaleza de los actos o contratos, no debe atenderse a la denominación con que los designen las partes, sino a las estipulaciones que comprendan, y a los derechos y obligaciones que en ellos se establezcan. Y esta doctrina parece que pugna con la anterior, porque es el concepto jurídico, y no las palabras de que se hayan valido los contratantes y el testador, lo que debe tenerse en cuenta para demostrar el error.

Sobre este particular nos permitimos transcribir a la letra, por ser muy expresivo y un compendio de la materia, el siguiente párrafo de un escritor francés: «La violación de una cláusula clara y formal de un contrato *abre* la casación; pero no la falsa interpretación. Otro tanto acontece respecto de los testamentos. Igual distinción tiene lugar en cuanto a los hechos: su pura comprobación escapa al *control* del Tribunal Supremo, pero éste puede deducir las consecuencias legales. Se puede preguntar si esta jurisprudencia es lógica. No se distingue para la ley

entre la violación y su falsa interpretación. ¿Por qué distinguirlo para la convención y el testamento? Si se asimilan éstos a la ley, ¿por qué no se les asimila enteramente?»

En efecto, en Derecho español el contrato es también ley entre los otorgantes; el testamento, ley dictada por el testador, en orden a la sucesión de sus bienes. Si litigan las mismas partes que intervinieron en el contrato o los llamados a la herencia, ¿por qué no ha de interpretar el Tribunal Supremo, en último término, la voluntad de las partes contratantes y la del testador? Esta cuestión, dice el Sr. Ortiz de Zúñiga, es de más trascendencia de lo que parece. Por mi escasa autoridad, he de limitarme a expresar que una vez fijada la existencia y el sentido de los contratos por el Tribunal *a quo*, sería motivo de casación la falta de aplicación de las cláusulas en el mismo contenidas, porque infringiría el precepto del art. 1.278 del Código civil, de que «los contratos son obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado». Y en cuanto a los testamentos, procedería la casación de las sentencias del Tribunal *a quo*; si desnaturalizaban sus cláusulas o desconocían los efectos legales que éstas debían producir, porque infringirían el principio de derecho *Dicat testator, et erit lex*.

Además, lo que hemos dicho antes respecto de los hechos materiales o solemnidades externas de los actos o contratos, debemos repetirlo en cuanto a su *contenido*.

La casación procedería en todos los casos en que

la ley ha cuidado de fijar sus *caracteres y elementos constitutivos*, si a pesar de no concurrir en los que sean objeto del litigio, el Tribunal *a quo* apreciase su existencia y consecuencias jurídicas, como sucedería, por ejemplo, en los fideicomisos, de los que dice el Código civil en su art. 785 que no surtirán efecto si no se hacen de una manera expresa o imponiendo al sustituto la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero, y pudiera darse alguna sentencia que llamase a suceder a este *segundo heredero* sin concurrir en la institución las condiciones expresadas.

### Nuevos motivos de casación

Si por motivos nuevos se entiende suscitar en la *interposición* del recurso cuestiones de derecho que se *basen en hechos distintos de los controvertidos y probados en el pleito*; estoy conforme en que esto no puede hacerse, porque sería desnaturalizar la acción ejercitada y las excepciones opuestas en la discusión escrita. Pero si con ello se quiere significar que no está prohibido la cita de nuevas leyes y doctrinas, como infringidas, cuya aplicación sea más adecuada para la resolución del litigio, que las invocadas por las partes o por los Jueces en la primera y segunda instancia en los fundamentos de derecho de los escritos o en los Considerandos de las sentencias; entendemos, desde luego, y sin distinción alguna, que esta es materia propia del recurso de casación. Es, pues, pertinente y no debe recha-

zarse como nueva cuestión de derecho, toda cita legal que esté *dentro* de la *naturaleza jurídica* de la acción y de la excepción.

Según el testimonio de distinguidos tratadistas extranjeros (Touiller, Carré Boucenne), en el recurso de casación no es un pleito el que se trata de juzgar, *sino la sentencia*, o, mejor dicho, el fallo que le ha puesto término. Otros expresan el mismo concepto diciendo que es un pleito entre la sentencia y la ley.

En el supuesto, que no es caprichoso, ni traspasa los límites de la verosimilitud, de que las partes y el Juez, en algún caso, no hayan acertado a fundar sus escritos y sentencias en disposiciones de ley o de doctrina verdaderamente aplicables al pleito; no alcanzamos la razón decisiva que pueda impedir que *se encauce la cuestión de derecho* en el recurso de casación. La sentencia que en su virtud se dictase no adolecería del vicio de incongruencia, ya que en fuerza de los mismos hechos, aunque otras fueran las leyes que se hubiesen tenido a la vista, que las alegadas por las partes, el fallo necesariamente tendría que absolver, condenar o hacer las declaraciones que definitivamente formularon los litigantes en los escritos *en que trabaron la litis*. De otra parte, es doctrina admitida por la jurisprudencia, que no pueden ser base y motivo del recurso las leyes y doctrinas que erróneamente se citen o equivocadamente se interpreten en los Considerandos o parte *expositiva* de la sentencia, *sino que sólo contra el fallo* o parte *dispositiva* que infringe la ley, procede la casación,

porque puede éste ser justo y merecer todo respeto, y desacertadas aquellas consideraciones.

En materia criminal la ley de Enjuiciamiento (artículo 733), en el caso de que por el resultado de las pruebas entendiese el Tribunal que el hecho ha sido calificado con manifiesto error; autoriza al Presidente para invitar al Fiscal y a los defensores del procesado para que les ilustren acerca de si el hecho constituye otro delito del calificado, o si existe alguna circunstancia eximente de responsabilidad. Y el Reglamento del procedimiento contencioso-administrativo (art. 423) faculta al Tribunal para que en el acto de la vista se trate de algún punto, que no lo haya sido, en la discusión escrita.

En cuanto a nuestra ley de Enjuiciamiento civil, el art. 670 permite que se aleguen en el escrito de conclusiones otras leyes o doctrinas que no se hayan utilizado en la discusión anterior *y en que pueda fundarse la resolución de las cuestiones debatidas en el pleito*. Y si el recurso se ha de basar en haber aplicado indebidamente al caso litigioso esas mismas leyes y doctrinas, es evidente que en su lugar se deberán citar aquellas otras que justamente resuelven la controversia judicial.

A mayor abundamiento, el art. 359 de la propia ley de Enjuiciamiento civil, a que antes hemos aludido, no priva a los Jueces y Tribunales de la facultad de fundar sus decisiones en disposiciones de derecho más en consonancia con las cuestiones debatidas en el pleito que las aducidas por las mismas partes, y al contrario el 372, que se ocupa de la redac-

ción de las sentencias, dice, en su núm. 3.º, que el Juez o Tribunal dará las razones y fundamentos legales *procedentes para el fallo*, y citará las leyes y doctrinas que *consideren aplicables al caso*.

Terminamos este particular de nuestra Conferencia con las mismas palabras de D. Felipe Clemente de Diego, en su discurso repetidamente citado: «Frente a los hechos (el Juez o Tribunal) espera que las partes los aleguen y prueben; él juzga *juxta allegata et probata*, sin que por punto general tenga obligación, por causa del cargo, de investigarlos y aportar nuevos datos. Frente a los normas jurídicas, por el contrario, él debe conocerlas y aplicarlas convenientemente, *con independencia de lo que digan y aleguen las partes. Jura novit Curia, da mihi factum dabo tibi jus*.

### **Sentencia de fondo por consecuencia de la de casación**

La declaración de haber lugar al recurso trae como consecuencia obligada el que se dicte una nueva sentencia sobre el fondo del pleito, bien por la misma Sala que ha estimado la casación, bien por el Juez o Tribunal que pronunció la recurrida, o por otro de igual grado, al que se remiten los autos con este objeto y que se nombra entonces *Cour de renvoi*. El Tribunal Supremo en España, Italia y alguna otra nación, al anular la decisión recurrida, avoca el conocimiento del pleito para resolverlo. ¿Debe en la nueva sentencia respetar la declaración de hechos

probados de la casada, o puede libremente apreciarlos para fundar el nuevo fallo? Tratadista y Magistrado tan competente como el Sr. Ortiz de Zúñiga, que repetidamente hemos citado, sostiene que el único caso en que el Tribunal Supremo puede examinar las pruebas aducidas en el pleito y alterar la calificación de los hechos verificada por la Audiencia es en el de haber declarado que ha lugar al recurso. Esta opinión es consecuente con la anulación de la sentencia, y la idea de que el Tribunal Supremo sustituye a la Audiencia para pronunciar el nuevo fallo. Además, se encuentra justificada en el precepto del párrafo segundo del art. 1.745 de la ley de Enjuiciamiento civil, que en su primera parte textualmente dice: «*Se dictará la sentencia que corresponda sobre la cuestión del pleito.*» Esto no obstante, nos parece más ajustado a la función del Supremo, como Tribunal de derecho, carácter que nunca debe perder tratándose de estos asuntos; que la nueva sentencia se dicte *únicamente sobre los extremos respecto de los cuales haya recaído la casación*; que es el segundo y último de los particulares que comprende el párrafo citado. Así lo dispone acertadamente en lo criminal el art. 902 de la ley de Enjuiciamiento, con una precisión y claridad digna de ser imitada en el procedimiento civil. Y no se arguya en contrario que en las causas las pruebas son orales y sólo las puede apreciar el Tribunal *a quo*, mientras en los pleitos constan por escrito; porque la razón fundamental para sostener que debe respetarse la apreciación hecha en la sentencia recu-



rrida, es la de que el Tribunal *a quo debe ser en todo caso el único Juez de la prueba.*

Se explica perfectamente que en naciones en que se admite el *renvoi*, el Tribunal a que se remite el pleito para su nueva resolución esté facultado para apreciar libremente la prueba, y que esta apreciación pueda ser distinta de la que se hizo en la sentencia anulada, porque contra la nueva sentencia procede también el recurso de casación. Pero contra la que pronuncie el Tribunal Supremo en España no cabe ulterior recurso.

Si la recurrida no se casó por errores de hecho o de derecho, quedan definitivamente aceptados *como buenos* los que se declaran probados por el Tribunal sentenciador; y en ellos debe necesariamente apoyarse la nueva sentencia de fondo, aplicando para la resolución los preceptos legales que en la recurrida se hubiesen infringido por haberlos omitido o erróneamente interpretado. Si la sentencia fué casada por errores de hecho o de derecho, a tenor de las leyes y de los documentos y actos auténticos que han demostrado la evidente equivocación del juzgador, debe fallarse también el pleito.

Otra cosa sería convertir al Supremo en Tribunal de instancia con una transcendencia superior de la que a primera vista pudiera imaginarse y que hoy no hemos de determinar, dejando esta materia para otra ocasión.

Procediendo de distinto modo, en un pleito cuya sentencia se anulase, por ejemplo, a causa de incongruencia, a virtud de recurso en que no se alegaron

o no se estimaron otros motivos de infracción de ley o errores de hecho y de derecho, el Tribunal Supremo estaría facultado para revocar distintos extremos del fallo recurrido que no fueron casados o que las partes litigantes hubieran consentido, y esto sería absurdo.

### Supresión del trámite previo de admisión

Este incidente tiene un interés histórico en la casación francesa que no se ofrece en los demás países que le copiaron en sus Códigos procesales.

El recurso de casación se inició en Francia con la llamada *proposición de error*, que primero fué de hecho y después también de derecho. Fallado el pleito por los Tribunales ordinarios, conocía de la proposición el Consejo privado del Rey *sur requete*. El Canciller la hacía examinar por los llamados *Maitres de requetes* de la Casa del Rey. Más tarde, antes de admitir el recurso, Comisarios elegidos entre los Consejeros de Estado le estudiaban previamente. La Ordenanza de 1738 reglamentó esta materia, y un tratadista presenta como caso curioso el que esta Ordenanza rija actualmente en Francia, a pesar de haber desaparecido la jurisdicción retenida. La ley de Casación de 1790, que es la vigente, se refiere a aquella Ordenanza provisionalmente. Y en esto de las leyes provisionales debe correr parejas Francia con España, porque aún no ha cesado de aplicar la Ordenanza de 1783 la *Chambre de requetes*.

En nuestra Patria el *Reglamento Provisional* para la Administración de Justicia de 1835 estuvo vigente hasta 1870 en que se publicó la ley orgánica del Poder judicial, también *provisional*, que actualmente rige, aunque se han encargado de *mutlarla* diferentes Reales decretos, entre otros los mencionados en la primera Conferencia.

Todos los países que imitando la legislación francesa establecieron el trámite previo de la admisión, lo han abandonado después. Sólo queda vivo en España, pero amenazado de próxima desaparición; el proyecto de ley de Bases para la reforma de la de Enjuiciamiento civil lo ha suprimido.

Si pudo estar justificado, con todos sus inconvenientes teóricos y prácticos, como dicen jurisconsultos del renombre de Alonso Martínez (mi maestro) y Pantoja, por el gran número de recursos que se aglomeraban en el Supremo y la serie *interminable* de citas de *leyes y doctrina* que en cada caso tenían que hacer los defensores de los litigantes, antes de promulgarse el Código civil, en que la legislación era un verdadero arsenal, de donde podían tomarse toda clase de armas, en la actualidad el incidente de admisión sólo conduce a demorar el fallo de los recursos, a la repetición de vistas y al aumento, en suma, de los gastos judiciales. El mal se ha atenuado mucho. Por los motivos de casación que impugnan el juicio del Tribunal *a quo* sobre la prueba, en un período de veinte años sólo un recurso ha sido llamado a la vista sobre admisión, y recientemente; pues viene siendo práctica constante del Tribunal, desde

que desempeñé el cargo de Abogado fiscal adscrito a la Sala de lo civil, no oponerse a su tramitación si además de los indicados motivos se alegan otros por infracción de ley; y juntamente los resuelve todos la sentencia declarando si ha lugar o no a la casación.

Pocas veces, en este trámite, se ha rechazado el recurso, porque no se hayan citado con precisión y claridad las leyes infringidas y el concepto en que lo hayan sido, o porque se refieran a cuestiones no debatidas en el pleito, dispongan lo contrario de lo supuesto en el motivo o motivos, o porque notoriamente no resulte la incongruencia alegada. Estos defectos pueden ser tan acentuados que hagan de todo punto imposible el debate sobre la casación por falta de elementos indispensables que sirvan de base para formar juicio. No queremos recordar que haya acontecido alguna vez en que el Letrado nombrado de oficio contra su opinión se vió obligado a interponer el recurso, por haber manifestado fuera de término que lo consideraba improcedente. En este caso extraordinario, como en los corrientes, en que el recurso se funde en error de hecho y no se oponga para demostrarlo documento alguno; que se interponga contra sentencia en que no se da la casación, o fuera de término o sin acompañar al escrito los documentos a que se refieren los artículos 1.698, 1.699, 1.700, 1.711, 1.713, 1.716 y 1.718 de la ley de Enjuiciamiento civil: el Tribunal, con audiencia del Ponente, sin más trámites y en auto motivado, debería denegar la admisión si de toda evidencia procedía este proveído. Contra el auto, a cambio de

suprimir este incidente dispendioso, se daría el recurso ordinario de súplica, que no otorga hoy el art. 406 de la ley Procesal, y los litigantes no podrían formular la queja de que no habían sido oídos, para privarles del recurso de casación.

### **Sentencias recaídas en los incidentes de previo y especial pronunciamiento**

Las que estiman las declaraciones solicitadas con este carácter, tienen el concepto de definitivas, según la jurisprudencia, a los efectos de admitirse el recurso de casación, y se les niega esta consideración a las que declaran *no haber lugar* a que se hagan estos pronunciamientos previamente a la tramitación de la cuestión principal del pleito.

Este distinto criterio, según se resuelva el artículo en uno u otro sentido, se separa del principio de igualdad de derechos que debe existir entre las partes, dentro de un mismo procedimiento. Se funda, en mi sentir equivocadamente, en el precepto del número 1.º del art. 1.690 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque el curso del pleito puede continuar si el incidente es desestimado. Las textuales palabras del número y artículo citados, dicen que sólo tienen el concepto de definitivas las sentencias que recayendo sobre un incidente o artículo *pongan término al pleito* haciendo imposible su continuación; y la verdad es que tampoco el pleito termina por incompetencia del Juez, falta de personalidad del demandan-

te, de su Procurador o del demandado, o por defecto legal en el modo de proponer la demanda, porque alguna de estas faltas son subsanables, y el pleito continuará entonces ante el Juez que se estime competente. Además la ley de Enjuiciamiento civil en su art. 539 dispone sin distinción, que consentido o ejecutoriado el auto en que se desestimen las excepciones dilatorias, se contestará la demanda; y es evidente que no existiendo el consentimiento, el auto en que se declare la competencia del Juez o se afirme la personalidad de las partes, no es ejecutivo, porque procede contra el mismo en su tiempo y lugar el recurso de casación en la forma, con arreglo a los números 2.º y 6.º del art. 1.693 de la repetida ley de Enjuiciamiento civil.

Entendemos, por consiguiente, que debe reformarse la ley de Enjuiciamiento civil en el sentido de que en uno y otro caso, *contra todo auto* resolviendo el incidente de excepciones dilatorias o artículo de especial pronunciamiento sobre competencia por razón de la materia, o por venir sometida la cuestión por la ley o con arreglo a lo pactado, a Juez de distinto orden o grado o al juicio de árbitros o amigables componedores; debería, desde luego, admitirse el recurso de casación, porque aplazado hasta recaer sentencia definitiva, y declarada después su procedencia; anula todo el procedimiento, con perjuicio notorio del litigante que tuvo el acierto de oponerse a que continuara el pleito, sin que antes se subsanaran las faltas procesales; y que sería recompensado con el gravamen de tener que defenderse otra

vez ante Juez competente, o de una nueva demanda mejor formulada, ya que es sabido que la casación por vicios de forma repone los autos al estado que tenían cuando se cometió la falta.

De continuar la jurisprudencia actual, puede también dar ocasión *alguna vez*—y esto es muy grave—, a que el Supremo funcione como Tribunal de instancia. Por vía de ejemplo sólo presentaremos el caso siguiente: El Tribunal *a quo* se ha abstenido de fallar la cuestión principal, fundándose en que es de naturaleza administrativa; y el Supremo casa esta sentencia, porque entiende, por el contrario, que la cuestión es de índole civil. Si se hubiera debatido por medio de un incidente previo, se mandaría al Juez o Tribunal sentenciador que fallase el pleito en el fondo, por estarle atribuido su conocimiento. Pero la sentencia es definitiva, ha puesto término al juicio; se casa, porque el Tribunal *a quo* ha dejado de fallar debiendo hacerlo (núm. 6.º del art. 1.692), y entonces, necesariamente, y en fuerza de lo dispuesto en el párrafo 2.º del art. 1.745 de la ley de Enjuiciamiento civil, el Tribunal Supremo tendrá que resolver el pleito en primera y única instancia, pues el recurso estimado es por infracción de ley, y sólo en los de quebrantamiento de las formas esenciales del procedimiento, procede que se repongan los autos al estado que tenían cuando se cometió la falta.

Cierto que en algún caso se ha interpuesto el recurso por infracción de ley contra el fallo del Tribunal *a quo* que se abstuvo de resolver el pleito en el

fondo, estimando la falta de personalidad en el demandante, y que casada esta sentencia, y reconocida la personalidad, se ordenó que se repusieran los autos al estado de ser tramitados y resueltas las cuestiones con arreglo a derecho. Mas no debe repetirse el hecho de que, a la casación por infracción de ley, se le atribuya el efecto de la de quebrantamiento de forma, porque, sin quererlo, se ofrecería como resultado la resurrección de la muy censurada, y con sobrada razón suprimida, *absolución de la instancia*.

Por vía de conclusión a esta parte de la conferencia, sentamos las siguientes afirmaciones:

1.<sup>a</sup> Que los incidentes de excepciones dilatorias y de previo y especial pronunciamiento, sobre cuestiones respecto de las cuales se otorgue el recurso de casación en el fondo o en la forma, deben por completo tramitarse hasta que se dicte sentencia que cause ejecutoria, e impida que de una u otra manera se reproduzcan dentro del pleito.

2.<sup>a</sup> Que el Tribunal Supremo sólo es competente para fallar el pleito, a tenor de las motivos que hayan determinado la casación; y

3.<sup>a</sup> Que no debe entender, ni tramitar, ni fallar en primera instancia juicios, que una ley expresa y terminante no haya sometido a su conocimiento, porque pecaría gravemente de *exceso de poder*, cuando viene obligado a dar ejemplo, por lo mismo que ha de casar las sentencias de los demás Tribunales que hayan incurrido en este exceso.



He cumplido mi promesa. Si fuere de alguna utilidad quedaré asaz satisfecho, ya que mis actos los he inspirado siempre en el deseo de que la justicia, *en el fondo y en la forma*, sea por todos rectamente administrada.

HE DICHO.











REAL ACADEMIA  
DE JURISPRUDENCIA  
CURSO 1920-21



CONFERENCIAS  
34-41



ARM/91

