

Joaquín Costa y el tema de la jurisprudencia
en el Congreso jurídico de Barcelona en 1888 (*)

Por JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO

I

La preparación del Código civil motivó la celebración de varios congresos jurídicos. Tengo conocimiento de estos cuatro:

— El *Congreso de Jurisconsultos* celebrado en Madrid en el año 1863.

— El *Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*, que tuvo lugar en Zaragoza, siendo inaugurado en la Diputación provincial el 4 de noviembre de 1880 y concluso el 7 de abril de 1881.

— El *Congreso Jurídico Español* o *Congreso Nacional de Jurisconsultos* de 1886, celebrado en Madrid, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

— Y el *Congreso Jurídico de Barcelona* de 1888.

Joaquín Costa intervino activamente en los de Zaragoza de 1880-1881 y fue uno de los ponentes en el de Madrid de 1886.

El mismo dio cuenta del primero en una conferencia que pronunció el 18 de febrero de 1881 en la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación —que cambiaría su denominación el 18 de junio del mismo año por Real Academia de Jurisprudencia y Legislación— titulada *El espíritu del Derecho aragonés y del Congreso de Jurisconsultos aragoneses* (publicado en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 88, 1.º semestre, 1881, páginas 457 y siguientes, y 89, 2.º semestre, páginas 71 y siguientes; y después, ampliando y reordenando en sus últimos epígrafes, en *Estudios Jurídicos*, Madrid, imprenta de la «Revista de Legislación», 1884) y en su libro *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses* (Madrid, imprenta de la «Revista de Legislación», 1883).

(*) Debo a Antonio Ortega Costa su iniciativa de invitarme a trabajar entorno de este tema, para el que me facilitó fotocopias de la correspondencia entre Durán y Bas y Homs y Homs con su abuelo Joaquín Costa, así como de los borradores de las contestaciones de éste. Este artículo es ampliación del que le ha enviado para su publicación en el «Boletín de la Fundación Joaquín Costa».

En la ficha académica del León de Graus en la Real Academia de Jurisprudencia aparecen, entre otras, estas dos menciones:

— «1887, enero, 9. Se acordó un voto de gracias por su participación en el Congreso Nacional de Jurisconsultos.»

— «1887, julio, 6. Nombrado para representar a la Academia en el Congreso Jurídico de Barcelona.»

Tengo a la vista la notificación de su nombramiento firmada por el entonces Secretario General de esta Corporación Luis de Urquiola, con fecha 6 de julio de 1988.

En el libro de actas de esta Corporación, en la correspondiente a la Junta de Gobierno del 25 de septiembre del mismo año, presidida por Francisco Silvela, figura la referencia al acuerdo y el informe que, de los correspondientes apartados, transcribo a continuación:

«Seguidamente se dio cuenta de la invitación oficial dirigida a la Academia por el Ilustrísimo señor don Manuel Durán y Bás, Presidente, y don Juan Homs y Homs, Secretario de la Comisión organizadora del Congreso de Barcelona, en la cual con frases muy lisonjeras para la Corporación, la Comisión, suplica concurren al Congreso el Presidente y los Presidentes de la Academia y ocho delegados nombrados por la misma a tenor de lo dispuesto en los números 1 y 2 del Reglamento del Congreso y ruegan, además, se ponga en su conocimiento los nombres de dichos señores Presidentes y Delegados y se le remita nota de los escritores de Derecho pertenecientes a la Academia con el fin de invitarles a asistir.

»El Secretario que suscribe manifestó que apenas recibida la invitación y con fecha de 6 de julio último contestó a la Comisión organizadora aceptándolas; comunicó a la misma los nombres de los señores Presidentes y de los ocho Delegados que el Excmo. señor Presidente designó: señores Danvila, Romero Girón, Marqués del Vadillo, Costa, Maluquer, Macaya, Torres Campos, don Manuel y Gallardo; envió nota de 47 académicos que han publicado obras de Derecho a los efectos indicados en la invitación; remitió a los Delegados sus respectivos nombramientos; comunicó a los señores Presidentes de la Academia su carácter de miembros natos del Congreso y pidió al Secretario de la Comisión organizadora varios ejemplares de la circular, reglamento y cuestionario para distribuirlos entre los representantes de la Academia, los cuales fueron remitidos con atenta comunicación. Acto seguido se dio lectura de las aceptaciones remitidas a la Secretaría por los Delegados señores Torres Campos, Macaya, Maluquer y Gallardo; de la renuncia del Marqués del Vadillo y del nombramiento del señor Díaz Moreno acordado por el Presidente para reemplazarle; de dos expresivas comunicaciones de los señores Presidentes señores Groizard y Romero Robledo, excusándose de asistir al Congreso y de otra del señor Presidente y Ministro de la Gobernación señor Moret, manifestando que si los deberes de su cargo lo consentían, tendría una satisfacción en asistir al Congreso Jurídico de

Barcelona y que esta satisfacción sería mucho mayor por poder ostentar en él la representación de la Academia.

»La junta quedó enterada.

»El señor Danvila usó de la palabra para expresar a la Junta que podía estar satisfecha de la representación que la Academia había tenido en el Congreso jurídico de Barcelona porque no sólo sus Delegados habían tenido en las tareas del Congreso una intervención notable tomando parte en ellas los señores Romero Girón, Díaz Moreno, Torres Campos, Maluquer y el mismo, aún cuando la suya hubiera sido más modesta, sino que todos ellos habían merecido las mayores atenciones por parte del Congreso alcanzando el señor Romero Girón la honra de presidir alguna de sus sesiones y él la de desempeñar una Vicepresidencia, y todos habían recibido las más halagüeñas pruebas de consideración y de afecto por la Comisión organizadora y particularmente del Presidente Excmo. señor don Manuel Durán y Bas.

»La Junta oyó con la mayor satisfacción las manifestaciones del señor Danvila acordando consignarlo así en el acta, y a propuesta de dicho señor que se dirija una comunicación expresiva a don Manuel Durán y Bas, haciéndole presente la complacencia y el agradecimiento de la Academia por las atenciones que ha recibido en el Congreso jurídico de Barcelona.

»Asimismo, y a propuesta también del señor Danvila se acordó dirigir un oficio al señor Homs, Secretario de la Comisión organizadora del Congreso, encareciéndole se sirva remitir una colección de las ponencias presentadas en el mismo.»

Joaquín Costa había redactado para este Congreso una ponencia para el tema primero: *¿Qué condiciones debe reunir la jurisprudencia para disfrutar de la autoridad de doctrina legal?*, y, sin embargo, nada se dice en el acta de que asistiera. Como veremos, no asistió, pese a que había enviado su ponencia.

Efectivamente, en el temario del Congreso Jurídico de Barcelona, detrás del enunciado de este primer tema, figuran los nombres de sus ponentes:

«Ilustrísimo señor don Bienvenido Oliver, Subdirector de los Registros Civil y de la Propiedad y del Notariado.

»Don Enrique Gil Robles, Catedrático de la Facultad de Derecho de Salamanca.

»Don Joaquín Costa, Abogado del Ilustrísimo Colegio de Madrid.

»Don Magin Pla y Soler, Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona.»

Asimismo, en el número 16, año II, de la revista «La Reforma Jurídica», Barcelona, 15 de agosto de 1888, en el elenco de delegados designados para el Congreso Jurídico de Barcelona de 1888 figura Joaquín Costa entre los de la citada Real Academia de Jurisprudencia de Madrid. Enuméranse en dicha revista los designados por el Colegio de Abogados, por las Academias de Jurisprudencia y Le-

gislación, de Derecho administrativo y de Derecho, y por el Colegio de Notarios, todos de Barcelona, por la Comisión Española de la Fundación Savigny, por los Colegios de Abogados de Madrid, Zaragoza, Lérida y Valencia (indicándose, sin citar nombres, que también habían designado delegados los Colegios de Abogados de Albacete, Sevilla, Teruel, Granada, Málaga, León, Salamanca, Valladolid, Bilbao, Vitoria, Palma, Reus, etc.), por las Audiencias de Granada, Palma y Sevilla, por las Direcciones Generales del Registro de la Propiedad y el Notariado y de Instrucción Pública, por las Facultades de Derecho de Granada, Valencia, Zaragoza, por el Colegio Notarial de Madrid (y, sin dar nombres, indicaba que también habían designado delegados los Colegios de Notarios de Albacete, Burgos, Granada, Sevilla, Valencia y Valladolid), por el Supremo Tribunal de la Rota y por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, y añadiendo otros invitados nominalmente sea como los jurisconsultos de Madrid o como escritores jurídicos que se citan con sus nombres y apellidos.

¿Qué ocurriría para que Joaquín Costa no concurriera a la celebración del Congreso? ¿Cuál pudo ser la causa de su inhibición después de haber redactado su ponencia?

II

Antonio Ortega Costa, Director del Boletín «Fundación Joaquín Costa», me ha facilitado fotocopias de las cartas cruzadas por su abuelo con Manuel Durán y Bas y con Juan Homs y Homs, Presidente y Secretario de la Comisión Organizadora del Congreso Jurídico de Barcelona, además de copias de los borradores de las escritas por Costa, mecanografiadas por personal de la Fundación, pues me resultaban ininteligibles por su letra los originales de los que me había adjuntado fotocopia.

Por orden cronológico tengo a la vista:

1. Carta de Manuel Durán y Bas, fechada en Barcelona el 25 de abril de 1888, dirigida a Joaquín Costa a quien da el tratamiento de «muy señor mío apreciable compañero»; en la cual le dice que, por encargo de la Comisión Organizadora, «tengo el gusto de suplicar a usted confidencialmente que se sirva aceptar la ponencia sobre el primer tema, para pedírselo oficialmente, si nos honra accediendo a nuestra invitación». Al dorso de la carta aparece el borrador de la contestación de Costa, que le dice a Durán: «Aceptaré gustoso la ponencia que se sirva brindarme confidencialmente para el Congreso Jurídico de Barcelona. Tema 1.º Felicítandole por la celebración que me parece provechosísima».

2. Oficio fechado el 26 de mayo de 1888, dirigido por el Presidente de ese Congreso Manuel Durán y Bas y el Secretario Juan Homs

y Homs, a Joaquín Costa —indicativo de que el Congreso jurídico debía celebrarse en septiembre con motivo de la Exposición Universal «recientemente inaugurada»— en el cual le expresan que, «deseosa la Comisión organizadora de dicho Congreso jurídico de que las ponencias de los temas que deben discutirse estén confiadas a jurisperitos en quienes compitan el vasto saber científico con su amor al perfeccionamiento de la legislación patria y concurriendo en usted estas cualidades, tiene el gusto de ofrecerle oficialmente la ponencia sobre el tema primero del cuestionario que con el Reglamento y circular adjuntos le cabe el honor de remitirle, esperando merecerle que se servirá aceptarlo, y remitir oportunamente su autorizado dictamen en el plazo que el artículo 7 del citado Reglamento señala».

3. Carta de Durán y Bas a Joaquín Costa, fechada el 8 de agosto siguiente, en el cual le dice: «Mi estimado amigo y distinguido compañero: aguardando estos días el verme favorecido con la Ponencia de usted sobre el tema primero de los que deben discutirse en nuestro Congreso no había querido distraerle de sus ocupaciones; pero como de los cuatro hay impresos ya dos y Oliver me tiene ofrecido para antes del 15 el suyo, me permito suplicarle que para dicha fecha, si le es posible, me remita el que tenga redactado, pues deseamos que todos estén impresos y circulados cinco o seis días antes de la apertura del Congreso para que la Comisión de conclusiones pueda formularlas y se hagan conocer antes de la discursión por si alguien quiere presentar alguna enmienda». Sigue la carta hablando del Congreso ya en puertas.

4. Carta del 10 del mismo mes de agosto, también de Durán y Bas, contestando a otra de Joaquín Costa que le había llegado la víspera (de la que no tengo copia), en respuesta de la cual le aclara:

«Puede usted enviar su ponencia en cuartillas, como lo han hecho todos los demás compañeros. No pueden imprimirse las ponencias en Madrid, porque la impresión es uniforme y se ha combinado de manera que sirva para el tomo de Actas del Congreso. Si usted lo desea, le remitiremos las pruebas, si no se corregirán aquí con todo el esmero posible, insertándose fielmente el original.» Sigue una expresión de agradecimiento y lleva una amplia postdata alabando la Exposición e invitando a visitarla.

5. Borrador de una carta de Costa a Durán y Bas, sin constancia de su fecha, pero que debió datarse el 20 de agosto, según resulta de la contestación de Raymundo Durán, que después referiremos con el número 7. Su párrafo 1.º dice:

«Temo mucho no haber acertado a comprender el propósito de ustedes con respecto al tema 1º; no encontré manera de ceñirme a su tenor literal, lo uno, por la idea que tengo de que la jurisprudencia no debe recibir valor de la doctrina legal, de regla obligatoria con mérito para la casación; lo otro, por haber encontrado tan a mantillas, y puede decirse que por hacer, la teoría acerca de esta fuente

de Derecho; al menos a mi me ha cogido de nuevas, no obstante, el dictamen del Congreso jurídico de aquí. Luego, escrita en un estado de ánimo que no podría usted formarse idea, no extrañará que cien veces haya estado a punto de faltar a mi compromiso, arrepentido de haberlo contraído, al verme imposibilitado de corresponder a la confianza de la Comisión que usted preside y hacer un dictamen digno del Congreso.»

En el segundo párrafo pondera los esfuerzos de Barcelona con su Exposición y la vitalidad de la preparación del Congreso jurídico, y en el tercero y cuarto, escribe:

«Dios sabe cuanto siento no poder asistir a él. He tenido que retirarme absolutamente de todo. Dejé la geografía. En el Congreso Vinícola no quise tomar parte, aunque me enviaron una representación las Diputaciones Provinciales de Huesca y Zaragoza. El jurídico de Madrid lo presencie, y no todo, desde la tribuna del público, aunque había contribuido a organizarlo y redactarle los temas. El doctor Charcot y don Federico Rubio me han recetado, como suprema y única medicina a mi mal nervioso, para la vida de agitación de Madrid, que huya a la tentación de repetir el esfuerzo de años atrás que me descompuso.

»Acepte la invitación honrosa de ustedes como muestra de adhesión, y teniendo en cuenta que si el Congreso había de votar, como espero que vote, soluciones descentralizadoras en materia de jurisprudencia, convenía tal vez por razones obvias que la propuesta de ello procediese de aquí más bien que de ahí. No es ese trabajo descosido e inmaduro, lleno de nudos y de ripios, lo que yo esperaba, ni lo que ustedes tenían derecho a esperar, pero no he podido más.»

El párrafo 5.º explica que estaba diciendo a sus amigos de la Institución que debían de organizar una excursión a Barcelona antes del cierre de la Exposición. Después de la despedida añade en una postdata:

«Ruego a usted que no deje de encargar que me envíen pruebas de mi dictamen, tendré que corregir alguna frase, atenuar algún adjetivo demasiado crudo y pintoresco, necesito estas cuartillas, fueron sin corregir.»

6. Copia de una carta de Homs a Costa, fecha 21 del mismo mes, que, en sus dos primeros párrafos, dice:

«Con algún retraso, debido a la ausencia del señor Durán y Bas, a quien iba dirigida, recibí la parte de su ponencia con las instrucciones para la impresión, que han sido trasladadas ya al regente de la imprenta.

»No acusé antes el recibo de dichas cuartillas porque, diciéndome usted que el 18 mandaría las restantes, esperaba hacerlo cuando las hubiera recibido todas. No tome usted a mal, dada la premura del tiempo, que le importune pidiéndole la pronta remisión de las cuartillas que faltan.»

Siguen la expresión de gracias y la despedida, Costa debió contes-

tar esta carta el día 25, según se deduce de la siguiente de Homs, que referiré en el número 8.

7. Carta de Raymundo Durán del día 24 siguiente, en la que éste escribe a Costa:

«En ausencia de mi señor padre, que se halla en el Vernet, tengo el mayor gusto en acusar a usted recibo de sus cuartillas sobre su dictamen con respecto al tema 1.º de los que han de discutirse en el próximo Congreso jurídico.

»En postadata que leo en su carta de 20 del corriente veo manifestados sus deseos de usted de que se le envíen las pruebas del dictamen. Desgraciadamente no podrá ser esto por impedirlo la premura del tiempo, toda vez que a tenor de los artículos 8 y 10 del Reglamento del Congreso, que debe obrar en su poder, los dictámenes de los Ponentes han de estar impresos y a disposición de las personas invitadas y de las Comisiones de Conclusiones antes de la apertura del Congreso, o sea, antes del 1 de septiembre.

»Esta sencilla indicación convencerá a usted de que por imposibilidad material no es posible, contra nuestro gusto, remitir a usted las pruebas, ya que entre ir y venir se perderían los días que falta para inaugurarse el Congreso.

»La corrección de pruebas está encomendada al Secretario de la Comisión organizadora, o sea al Presidente de la Academia de Derecho don Juan Homs y Homs; si usted quiere designar por telégrafo alguna persona amiga de usted que haga la corrección, yo tendré mucho gusto en comunicarlo así en Secretaria.

»Dice usted también en su carta que no podrá usted venir, por haberle aconsejado los médicos que huya usted de la vida de agitación de Madrid. Pues precisamente por esto debiera usted venir a descansar unos cuantos días, aún cuando fuera con el propósito naturalísimo de no tomar parte activa en las tareas del Congreso. Su voto de usted a las conclusiones ha de dar mucha autoridad a la resolución adoptada; y no debe usted —cuyo talento conozco principalmente por relación a mi señor padre— abandonarnos y privarnos de su valiosa cooperación.»

Termina insistiéndole en que visite la Exposición y fiestas, pidiéndole y expresando su amistad, antes de la despedida.

8. Carta de Juan Homs y Homs a Costa, fechada el 27 de agosto, que dice en su primer párrafo:

«Acabo de recibir su apreciada del 25 y a su tiempo recibíéronse también las cuartillas mandadas por usted que se hallan ya en la imprenta y que cuidaré de comprobar, a fin de que la ponencia de usted pueda repartirse oportunamente.»

El tercer y último párrafo lamenta:

«Siento que no pueda hacer usted en la ponencia las rectificaciones de datos a que alude, pero ya se hará cargo usted de la presión

del tiempo que impide que se la complazca en este punto, como hubiese deseado este su afmo. s.s.q.e. y b.s.m.»

9. Otra carta, fecha 26 de septiembre, del mismo Homs a Costa contestándole una otra suya —de la que no tengo el texto ni su borrador—, diciéndole:

«Recibí su favorecida del 23, alegrándome sobremanera que haya terminado el consabido incidente, puesto que así tendremos el gusto los partidarios de la ponencia de usted de verla en el lugar que corresponde en el tomo de actas donde podrá ser leída y compulsada, más bien que en el cuaderno suelto.

»Ha de permitirme usted, pues, que en nombre de la Mesa, no dé por recibido su oficio, por lo que, y no por falta de atención, deja de considerarlo *oficialmente*, le ruegue que así que le sea posible se sirva devolver corregida su ponencia a fin de que pueda empezarse cuanto antes la impresión del tomo. Se le remitirán a usted las pruebas conforme le indiqué.»

Sigue la despedida y hay una postdata de Durán y Bas:

«Ruego encarecidamente al amigo y distinguido compañero don Joaquín Costa que no prive al Congreso de su luminosa ponencia sobre el tema 1.º, corrigiéndola como guste, pues hay que reimprimir la para contenerla en el tomo. La Comisión de conclusiones tuvo presente lo por usted sostenido y lo votado en el Congreso de Madrid. A este obsequio le quedaré permanentemente agradecido, así como a que se sirva votar sobre las Conclusiones por el valor que tiene su voto...»

10. Borrador sin fecha de una carta de Costa a Homs con este texto:

«No habiendo llegado mi dictamen a tiempo de ser tenido en cuenta en el debate y en las conclusiones, parte por culpa mía, parte por culpa del correo, escribí a usted diciéndole que lo retiraba y rogándole que tuviera la bondad de mandar que me devolvieran el original. Ahora que han quedado ustedes ya libres de la preocupación del Congreso, por cuyo brillante éxito cordialmente les felicito, me permito insistir en mi ruego, autorizando a la Comisión para que gire contra mí por el coste de la composición, si acaso hubiera sido impreso en todo o en parte. Con ocasión de escribirlo, he visto que el problema tiene suma trascendencia y que está todavía por estudiar; así que me propongo trabajarlo con más espacio para que mi conclusión sea menos indigna del asunto. Ruego a usted que tenga la bondad de dar la adjunta al escribiente del Congreso.

»Estimaría mucho el envío de los impresos del Congreso; deseo muy especialmente ver la Memoria de usted, sobre todo desde que leí a propósito de ella cierta censura de carácter chauvinista, escrita por ese periodista a quien no se le cae de los labios la frase aquélla de que España es una tribu de pretensiones. Creo que efectivamente estamos en punto a la ciencia del Derecho lo mismo que en todo

lo demás o en último término si se quiere, entre Europa y Africa: ni hay razón para que sea de otro modo; en la Historia estamos como en la naturaleza, todo se organiza.»

11. Carta del 14 de septiembre de José María Pereyra a Costa, que debe responder a la anterior de Costa a Homs y que alude a la contestación de éste que no conocemos:

«Tengo el gusto de devolver a usted los sellos de comunicaciones que me ha remitido, los que no son necesarios por las razones que dé a usted el señor Homs en su carta.»

12. Borrador de la carta, fechada a 16 de septiembre de 1888, de Costa a Homs, a quien le escribe quejoso, estos cuatro primeros párrafos:

«Recibo su favorecida de anteayer con los dictámenes no agotados que se ha servido remitirme (entre los cuales siento que no estén los del tema 1.º, y el discurso sobre Jurisdicción administrativa) y muy de veras le agradezco, que leeré con provecho y deleite; el otro paquete remitido a la calle de Almagro creo que llegará mañana.

»Me ha sorprendido y disgustado sobremanera la noticia de que mi Dictamen fue impreso y repartido. En mi carta del 25 yo le decía que “si mi ponencia no había de quedar impresa por todo el día 1.º, me devolviera el original”; le decía que era condición y pie forzado el que corrigiera yo pruebas, por razones que le expuse entonces, y antes al señor Durán; porque, como eso no podía ser ya, por haber llegado el original tan tarde a la imprenta, etc., daba, desde luego, por retirado el dictamen y le rogaba me lo hiciera devolver.

»Había propuesto yo al señor Durán que se imprimiera en Madrid, porque yo corrijo siempre dos veces cuando menos; no pudiendo ser, me ofreció que se enviaría pruebas, conté con esto al remitir la primera mitad el día 15, le supliqué que no olvidara ordenar dicho envío; se lo supliqué a usted luego, como pasaban tantos días sin recibir dichas pruebas y me reclamaba usted el original mucho después de haberlo remitido, comprendí que ya no podía ser que corrigiera yo despacio pruebas y llegaran a tiempo para el día 1, y como yo había hecho el dictamen para un debate, no para un libro (que para un libro había tenido que hacerlo más despacio y con otro desarrollo) decidí recogerlo como cosa que no había podido servir para ese objeto, pero que serviría en otra parte y se lo dije a usted.

»Esto, no obstante, no se atendió a que estuviera para el día 1, desatendiendo el que recibiera yo pruebas. Aún así, no estuvo para dichos días. Parecía natural que entonces siquiera, pasada ya la oportunidad, importando lo mismo que transcurrieran dos días o seis sin repartirlo, y aún supuesto que yo no hubiera querido retirarlo, se me hubiera enviado pruebas, primero porque había yo advertido que en el original había errores de hecho o hechos inseguros que comprobaría mientras se imprimían (verbigracia, la compilación criminal de 1875, en vez de 1879, etc.) y por respeto al Congreso y a las... [pala-

bras ilegibles], ya que no para dejar a salvo la seriedad del autor, no debiera llevarse a sabiendas inexactitudes al Congreso; 2.º, porque lo había puesto yo como condición reiteradamente y que era de satisfacer aunque fuera sólo un simple deseo; o hasta un capricho, y yo no creo que sea nunca un capricho el que el autor revise sobre el molde de la imprenta lo que escribe y ha de quedar con un cierto carácter de permanencia.»

Después de señalarle algunos ejemplos de casos, en que él personalmente tuvo el cuidado de que cada autor pudiera corregir sus pruebas, explica al comenzar el párrafo 6.º: «Digo a usted todo esto porque vea que no es una puerilidad el que insista en retirar mi dictamen»; y concluye este párrafo y el siguiente con este texto:

«...pues se trata de una condición con la cual conté al escribir el dictamen, pues a no haber contado con ella no se lo habría enviado o lo habría enviado más tarde.

»También insisto en que dicho dictamen, no obstante, el buen deseo y celo de usted, ha quedado extraño al Congreso, y, por tanto, no quedará el libro de Actas sin un miembro al separarlo de él. Usted lo entregó a la Comisión de Conclusiones, pero ésta no tuvo tiempo de tomarlo en cuenta (conozco la precipitación y aún atolondramiento con que no pueden menos de hacerse esas cosas). Mi dictamen fundamentalmente es: 1) no debe haber recurso de casación; 2) no debe haber Tribunal Supremo. Pues bien, ni yo mismo podría votar sobre esto, ni saber si alguien en el Congreso, y, por tanto, en España, piensa como yo, si es eso una genialidad excéntrica, por que no se ha puesto a votación, mientras que sí podrá votar sobre las conclusiones de las enmiendas. Ni siquiera sobre una cosa tan inocente como la enseñanza del Derecho aragonés, catalán, etc., en la Universidad de Zaragoza, Barcelona, etc., hay una conclusión para votar. Y si bien hay una igual a esta de mi dictamen, está copiada del dictamen del Congreso de Madrid. Por esto le decía que mi dictamen no llegó a tiempo y que no habiendo entrado en el Congreso podría recogerlo. De todos modos siento que no haya podido ser, pues no teniendo el original enviado ni copia, que no me quedé, no podré utilizar sus datos sin rebuscarlos otra vez en los libros de donde los tomé, por ignorar si en el impreso habrá erratas, cosa fácil teniendo yo tan mala letra.»

No disponemos de la carta que Homs escribió a Costa en contestación a ésta. Y en la cual, sin duda, adjuntaría el texto original de la ponencia de Costa para que éste pudiera corregirlas; pues así resulta de las siguientes cartas. También en ellas aparece que Costa envió su voto al tema 1.º

13. Carta fechada el 16 de octubre de 1888 de Homs a Costa, en la cual le dice:

«Se recibió oportunamente en esta Secretaría la hoja de votación del tema 1.º por usted suscrita.

»Me permito recordarle la conveniencia de que se sirva usted mandar su ponencia corregida a la mayor brevedad a fin de proceder a su reimpresión para el tomo de actas.»

14. Borrador de una carta de Costa a Homs, fecha de 22 de octubre de 1888, que dice:

«Creí poder leer los dictámenes y enterarme de los problemas ventilados en el Congreso a tiempo de poder votar sus conclusiones, pero me ha sido absolutamente imposible, y sólo en señal de adhesión al Congreso, con ánimo de escribir el mismo día o el siguiente, envié la votación sobre el tema 1.º, en que podía hacerlo con menos escrúpulos, aunque siempre con alguno, por no haber oído las razones de los restantes congresistas (no soy partidario de ese sistema de votaciones que inventó el Obispo de Barcelona Costa y Borrás).

»Por mi perezosa, dolencias, etc., estaba ahora en falta con usted y con el distinguido Presidente del Congreso (a quien saludo y contesto en ésta) por la carta con que me honraron últimamente. Estimando en lo que vale su insistencia por el afecto que demuestra a la persona, no, claro está, como juicio del dictamen a que sólo puede tenerse por digno de imprimirse en virtud de esa indulgencia... [palabras ilegibles] que nos caracteriza para juzgar cosas y personas —y sintiendo tener que recordar a costa mía el adagio aquél malo y rogado— me excusarán ustedes que les suplique que no retarden el dar pruebas a la impresión del tema 1.º por aguardar mi dictamen, pues yo de ningún modo publico cosa que, hecha, amén de tanta prisa y al par tan poco fundada, sin antes rehacerla, y en mi situación actual no puedo dedicarle ni siquiera un día, ni podré hasta el año que viene.»

15. Carta escrita por Durán y Bas el 30 de octubre de 1888 a Costa, en la cual, después de excusarse de no haber podido escribirle, como deseaba, durante ni a la terminación del Congreso jurídico, insiste en rogarle que haga «un esfuerzo para introducir en su Ponencia las correcciones que crea necesarias introducir y devolverla con ellas para su inclusión en el tomo». El resto de la carta, por su letra, me resulta difícil de descifrar; pero, al parecer, insiste en tratar de convencerle y de excusarse porque se hubiera publicado el fascículo de su ponencia sin haberlo podido corregir su autor.

16. Borrador de una carta de Costa a Durán y Bas, fechada en Madrid a 5 de noviembre de 1888, de cuyo texto, salvando errores de entendimiento de su difícilísima letra, resulta que le contesta:

«Me es muy sensible ver vivo todavía el incidente baladí de mi dictamen, al punto de que se distraiga por ello una persona como usted que en estos momentos ha de estar agobiada de atrasos de trabajo, después de tan larga serie de visitas y solemnidades ruidosas a que por su posición ha tenido que consagrarse en cuerpo y alma. Si no fuera mi desestimiento cosa tan llana y la insistencia y empeño de ustedes tan fuera de mi comprensión, sentiría remordimiento por

ello. Por Dios, señor don Manuel, ¿por qué dan ustedes importancia a cosa tan indiferente y tan insignificante? Aunque fuera un capricho mío, ¿qué mal hay en pasar por él? ¿A qué mantener preocupación por esa cosa ya vieja y olvidada? Independientemente de todo juicio y apreciación que pudiera dividirnos, hay estos dos hechos: 1) el dictamen se imprimió y repartió contra mi voluntad manifestada cuando aún era tiempo de retirarlo de la imprenta; 2) aun impreso contra mi voluntad no llegó al Congreso en tiempo hábil, quedó fuera de él, y es la hipótesis más favorable para dicho escrito, porque si se dice que lo estudió la Comisión de Conclusiones, entonces ya no es que no llegó a entrar, es que entró y lo echaron, pues que no fueron admitidas a discusión sus conclusiones. Si estas dos premisas no dan de sí para todo el mundo la consecuencia se venga a mí sin yo forzarlo ni llamarlo, declaro que no entiendo de lógica y que no se me ocurre nada que decir a ustedes para justificar mi conducta, en la cual no puede ver el más susceptible y puntilloso cosas que nadie pueda sentirse mortificado. Si yo hubiera pensado y dicho, verbigracia que tal vez se tuvo en cuenta alguna consideración relacionada con las conclusiones del dictamen para retardar su impresión, y que se repartió impreso a última hora como pago de una deuda, juzgando que el no circularlo había de molestarme, tendrían ustedes mucha razón en hacerme cargo, pero si lejos de eso, he extremado el lado contrario, tomando sobre mí sin pretensión de que me lo imputaran a delicadeza, toda la culpa: 1) diciendo que la no impresión en tiempo había sido efecto producto de mi tardanza (a pesar de que tal vez dista esto algo de lo cierto), y 2) diciendo que el trabajo es tan abominablemente malo que necesita una nueva mano, y aún muchas, para hacerse merecedor de la letra de molde.

»No me lleva ningún interés a defenderme y mantengo, por tanto, esta inculpación a mi propio, por librarme de las cuales habría de inculpar a alguien, y a fe que no valdría la pena [ilegible] «Yo me digo: O la Comisión Organizadora presentó oficialmente mi dictamen a la Comisión de Conclusiones para que pudiera darle el exequator y la Comisión de Conclusiones se lo negó, no haciendo presentación de él al Congreso (esto es, no sometiendo a discusión la del dictamen de que se trata), y en tal caso no llegó a ser dictamen, e imprimirlo como tal, por una complacencia sin objeto y sin justificación, sería doblar el desdoro que, a ser yo caviloso y de poco ánimo, pudiera haber sentido con la repulsa; o la Comisión de Conclusiones no pudo, con la precipitación, atender a más que a las enmiendas y dictámenes impresos y aún no a todos, en cuyo caso mi dictamen no fue admitido ni rechazado como tal, y podrá imprimirse al final sin inconveniente, como una de tantas memorias o dictámenes presentados para ilustración del Congreso, si yo no encontrase mejor el aplazar la publicación de mi *trabajo* [sigue un entre paréntesis ilegible] que se ha hecho para eso.

»En otro orden de consideraciones, y sin perjuicio de que yo entienda que tiene la gente demasiadas cosas a que atender para que vaya a preocuparse de si se imprimió o no imprimió con las actas un escrito más o menos, puesto que ustedes piensan de otro modo, para prevenir las posibles extrañezas parece que habría de bastar el que se diga que el dictamen del señor Costa no pudo imprimirse a tiempo, o no fue remitido, etc., para ser tenido en cuenta en la discusión del tema 1.º, por lo cual lo ha recogido el autor.

»Y si esto no basta, pueden sin escrúpulo alguno decir “que yo mismo lo condené por pésimo a la oscuridad”, descartando en absoluto por lo que a mi respecta toda cuestión de amor propio; que he comprado demasiado caro, a precio de algo que vale algo más que la propia vida, el derecho de no hacer caso de murmuraciones ajenas, para que fuera ahora a preocuparme del que dirán: Ni porque lo digan ha de ser, ni ha de dejar de ser porque lo callen. Yo encuentro esta cosa tan indiferente y sin otra consecuencia, como el no haberse enviado el dictamen de otro ponente: se anunciaron cuatro ponencias, se publican dos, esto es todo, no quita ni añade nada a esto, al menos con respecto a ustedes, el que no se repartiera por equivocación a última hora con el título de dictamen un folleto firmado por el que en el programa resultaba ponente; si añadiera o quitara algo sería para éste y éste toma sobre sí cuanto quiera decirse de él y de su escrito.

»Ultimamente, no se trata ya de la corrección de pruebas, las tengo corregidas en un ejemplar, y me sería bien sencillo remitirlo; es que no habiendo respondido al fin inmediato para que se escribió y sin el cual no se habría escrito, carece de razón de ser incluidos en el libro de actas como una más que es, no quiero que se publique. Se publicará otra cosa sobre ese tema y en igual sentido, cuando pueda ocuparme en ello, ahora no puedo. Sentiré mucho que esta explicación no satisfaga porque no tengo otra.

»Agradezco mucho las reflexiones que me hace, hurtando del tiempo que tanto necesita; estimo la intención y el afecto que se las dicta y siento mucho que mi manera personal de ver eso de la publicidad y los Congresos en relación con nuestro caso, no me permite deferir al consejo de una persona a quien tanto respeto como jurisconsulto y como patriota, a quien tanto aprecio como compañero y como amigo. Esperando ocasión en que poder serle útil, me reitero con la mayor consideración, suyo afmo. q.b.s.m.»

III

Tengo sobre mi mesa de trabajo para su cotejo:

— Una fotocopia del dictamen de Joaquín Costa para el tema 1.º del Congreso Jurídico de Barcelona de 1888, con este pie: «Barcelona, Imprenta de Jaime Jepús, calle del Notariado, número 9, 1888».

Me lo ha facilitado mi amigo y compañero Miguel Casals Colldecarrera, que la ha obtenido del ejemplar hallado en una caja que contenía las ponencias de los Congresos de Zaragoza y Barcelona.

— Y el libro de Joaquín Costa *Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1890-1893, abierto en la página 287, donde comienza el Apéndice: *La casación, el Tribunal Supremo y la jurisprudencia*, con esta nota indicativa a pie de página: «Ponencia redactada para el Congreso Jurídico de Barcelona, en 1888, sobre el tema 1.º: *Condiciones que debe reunir la jurisprudencia para disfrutar de autoridad de doctrina legal*, en el supuesto todavía de la subsistencia de las Audiencias territoriales».

He cotejado ambos textos y he hallado muy escasas y poco importantes diferencias.

1.º Los subtítulos, que en el folleto se destacan del texto dejando espacio entre ellos, en el libro se unen al texto, y en lugar de ordenarse en números romanos, éstos pasan a ser arábigos. La letra de esos subtítulos se cambia de versalitas a negritas.

2.º Hay palabras que en un texto comienzan con minúscula y en el otro con mayúscula, algún entre comillas se añade o se suprime expresando su contenido en cursiva, y también se ponen en cursiva algunas palabras que no lo estaban. La única errata de cierta importancia es la advertida por el mismo Costa, en su carta a Homs del 16 de septiembre, en la sexta línea comenzando por el final de la página 15 del folleto, que pone «de 1875», refiriéndose a «la compilación criminal», que era de 1879, tal como aparece, ya corregido, en la línea 9 de la página 305 del libro.

3.º Vemos interpoladas algunas adiciones. He anotado las siguientes:

— En el antepenúltimo párrafo del epígrafe 1.º, que comienza con las palabras «el problema se agrava y...», en la página 290 del libro, a diferencia de la página 5 del folleto, entre la penúltima frase que concluye con un signo de interrogación y la penúltima que comienza: «la materia de la jurisprudencia...», se intercala: «las únicas reglas de la sana crítica que el legislador había sancionado estaban en el Código de las Partidas, pero cuando se ha echado mano de ellas, el Tribunal Supremo las ha recusado, como derogadas o modificadas en su esencia por la Ley de Enjuiciamiento Civil».

— Al título el epígrafe 3.º, se añade: «la casación y el Tribunal Supremo».

— En el mismo apartado 3.º, al final de su tercer párrafo, detrás del entreparéntesis «(sentencia de 21 de febrero de 1867)», se adiciona una larga referencia a la Resolución de 27 de mayo de 1890, evidentemente posterior a su ponencia y a la correspondencia que hemos referido.

Al final del párrafo 6.º del mismo apartado 3.º en lugar de «(Giner de los Ríos)» pone «(F. Giner)».

— En el mismo apartado 3.º, al final del párrafo que concluye cerca de la mitad de la página 23 del folleto y detrás de las últimas palabras «recurso de súplica», se añade en la correspondiente página 315, «o de injusticia notoria, según han opinado muchos en España, a vista del quiebro dado al artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, tan trascendental en la teoría y tan ilusorio y baldío en la práctica. Ya desde un principio habían resultado soberanas las audiencias (...)»; y aquí, donde he puesto los puntos suspensivos, sigue una larga cita de Manresa que concluye con el mismo párrafo hacia la mitad de la página 316.

— Al final de la primera línea de la página 24 del folleto, entre el punto y coma y el guión, se intercala en la página 317 del libro: «o como dice el señor Pla Soler, que “es más difícil precaverse uno contra el error, que conocer y enmendar el que otro haya padecido”».

— Y en el apartado 5.º, donde termina su transcripción de las conclusiones del Congreso Jurídico Español, celebrado en Madrid en 1886, segunda línea de la página 42 del folleto, se añade detrás de las comillas de cierre: «(Giner de los Ríos, Oliver, Pantoja, Costa)». Nada más ha advertido.

Siendo así, ¿cómo explicar las siguientes afirmaciones de Costa?

— Estando aún en pruebas la ponencia, «tendré que corregir alguna frase, atenuar algún adjetivo demasiado crudo y pintoresco» (Postdata de la carta a Durán y Bas del 20 de agosto).

— «Con ocasión de escribirlo, he visto que el problema tiene suma trascendencia y que está todavía por estudiar; así me propongo trabajarlo con más espacio para que mi conclusión sea menos indigna del asunto» (borrador de la carta a Homs, sin fecha, referida por nosotros en el número 10).

— «Como yo había hecho el Dictamen para un debate, no para un libro (que para un libro habría tenido que hacerlo más despacio y con otro desarrollo) decidí recogerlo como cosa que no había podido servir para ese objeto, pero que serviría en otra parte» (...) «porque había yo advertido que en el original había errores de hecho o hechos inseguros que comprobaría mientras se imprimían (verbigracia, la compilación criminal de 1875, en vez de 1879, etc.)» (carta a Homs del 16 de septiembre).

— «Pues, yo de ningún modo publico cosa hecha, amén de tanto prisa y al par tan poco fundada, sin antes rehacerla» (carta a Homs de 22 de octubre de 1888).

— «Se publicará otra cosa sobre este tema y en igual sentido, cuando pueda ocuparme en ello, ahora no puedo» (carta a Durán y Bas de 5 de noviembre de 1888).

No parece, pues, vistas las escasas correcciones y diferencias de ambos textos, que éstas fueran la verdadera razón de su negativa.

Pero, en dos de sus últimas cartas, resulta que Costa deja entrever otra razón distinta y, tal vez, decisiva de su negativa.

— «También insisto en que dicho dictamen, no obstante, el buen deseo y celo de usted ha quedado extraño al Congreso y, por tanto, no quedará el libro de Actas sin un miembro al separarlo de él, usted lo entregó a la Comisión de Conclusiones, pero ésta no tuvo tiempo de tomarlo en cuenta» (carta a Homs de 16 de septiembre).

— «Yo me digo: o la Comisión Organizadora presentó oficialmente mi dictamen a la Comisión de Conclusiones para que pudiera darle el *exequator* y la Comisión de Conclusiones se lo negó, no haciendo presentación de él al Congreso (esto es, no sometiendo a discusión la del dictamen de que se trata), y en tal caso no llegó a ser dictamen, e imprimirlo como tal por una complacencia sin objeto y sin justificación, sería doblar el desdoro que, a ser yo caviloso y de poco ánimo, pudiera haber sentido con la repulsa —o la Comisión de Conclusiones no pudo, con la precipitación, atender a más que a las enmiendas y dictámenes impresos y aún no a todos, en cuyo caso mi dictamen no fue admitido ni rechazado como tal, y podrá imprimirse al final sin inconveniente, como una de tantas memorias o dictámenes presentados para ilustración del Congreso, si yo no encontrase mejor el aplazar la publicación de mi *trabajo*» (...) «Ultimamente, no se trata ya de la corrección de pruebas, las tengo corregidas en un ejemplar, y me sería bien sencillo remitirlo, es que no habiendo respondido al fin inmediato para que se escribió y sin el cual no se habría escrito, carece de razón de ser incluido en el libro de actas como una más que es, no quiero que se publique» (carta a Durán y Bas de 5 de noviembre de 1888).

Ahora bien, de ser ciertas esas suposiciones de Costa, ¿cuál pudo ser el motivo por el cual la Comisión de Conclusiones no tuvo en cuenta su ponencia o dictamen?

Trataré de discernirlo en los siguientes epígrafes.

IV

El cuestionado dictamen del jurisconsulto altoaragonés merece un análisis, aunque sea hecho brevemente y en términos muy generales.

Está dividido en cinco partes, más la propuesta de conclusiones. El título puesto, a cada una, enuncia una tesis claramente definitoria y rotunda, conforme fue el estilo del León de Graus. Las seguiremos una a una para mayor fidelidad al pensamiento del autor.

«1. *La jurisprudencia, como fuente del Derecho, debe recibir una definición legal y precisa, dejando de ser este vocablo un enigma susceptible de los más contradictorios sentidos.*»

Lo primero que se advierte en este enunciado es que, además de aludir al significado de la palabra *jurisprudencia*, plantea una cuestión que se halla fuera de la pregunta objeto del tema.

Esta pregunta es: *¿Qué condiciones debe reunir la jurisprudencia para disfrutar de la autoridad de doctrina legal?* En cambio, el epígrafe de Costa plantea la consideración de aquélla como *fuerza del Derecho*, no como *doctrina legal*.

La expresión «doctrina legal» fue introducida en España por el Real Decreto de 4 de noviembre de 1832, como «la que surge de la ley misma o resulta lógicamente de su contenido». La misión de fijarla ha sido considerada tarea del Tribunal Supremo en la realización de su función. Y la Sala 1.^a del mismo lo ha definido como la establecida por ella misma, «en repetidas e idénticas resoluciones».

Antes de promulgarse el Código civil, ciertamente, las dudas podían parecer mayores y su distinción de las fuentes de Derecho resulta más imprecisa. Pero el Código no colocó la jurisprudencia entre las fuentes del Derecho enumeradas en el artículo 6, con lo cual quedaría claro que la determinación de la «doctrina legal» no constituía una nueva fuente, sino sólo una explicación, resultante de su labor interpretativa. Hoy, después de la reforma de 31 de mayo de 1974, el artículo 1.6 expresa: «*La jurisprudencia completará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.*»

El planteamiento hoy es otro, aunque, sin duda, tampoco éste escaparía a las críticas desfavorables de Joaquín Costa, como podremos ver al comentar el apartado 2.º de su dictamen.

Por otra parte, es sabido que la palabra *jurisprudencia* ha tenido y tiene diversos significados:

— En Roma fue definida: «*Divinarum atque humanarum rerum motitia, iusti atque, iniusti scientia*» (Dig. 1, 1, 10, 2); y no se estimó obra de los Jueces, sino de los Jurisconsultos.

— En Alemania, desde el siglo pasado, se entiende como expresión equivalente a *ciencia del Derecho*.

— Entre nosotros viene entendiéndose, en un sentido restringido pero de uso generalizado, como la doctrina expresada por el Tribunal Supremo en su labor de interpretación del Derecho.

Esta última acepción estaba menos clarificada hace cien años.

En este punto 1.º de su dictamen, Joaquín Costa acusa confusión en la determinación de:

— cuáles son los Tribunales de quienes dimana la jurisprudencia; y de

— qué principios de ciencia corresponden a las «reglas de la sana crítica» de cuya infracción dimana la posibilidad de casar sentencias.

La primera causa de confusión —dice Costa— se sintió tan pronto como, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, «se estableció

por primera vez el recurso extraordinario de casación para el caso de que se hubiese cometido en una ejecutoria infracción de la doctrina legal admitida por la jurisprudencia de los Tribunales».

No olvidemos que las sentencias de las *Reales Audiencias*, antes *Reales Chancillerías* o *Regius Senatus*, habían venido teniendo gran interés tanto para los jurisperitos —en cuanto al análisis de sus fundamentos y razones— como para los jurisperitos por el conocimiento de las posibilidades o probabilidades de éxito en los temas objeto de fallos anteriores. Por ello, en especial en los siglos XVII y XVIII, abundaron las publicaciones de volúmenes de decisiones de las diversas Audiencias —comentados por prestigiosos autores.

El Tribunal Supremo fue el sucesor del *Real Consejo de Castilla*. Apareció en la Constitución de Cádiz (artículo 259) con el nombre de *Supremo Tribunal de Justicia*, y como órgano jurisdiccional específico para resolver los recursos de casación. Tuvo alternativas, determinadas por la alternancia política, y se llamó también *Supremo Tribunal de España y las Indias*. Su nombre y estado actual se sitúa en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855.

Costa recordó que, a los cuatro años de esa ley, un Fiscal del Tribunal Supremo, Seijas Lozano, informando como tal, decía de ella que «reconoce, y con fuerza obligatoria, la jurisprudencia de los Tribunales, de todos los Tribunales, teniendo que refrendarla y darle el paso este Supremo, aunque sea contra su opinión»; y que, en tanto nuestra anterior legislación «denegó esa fuerza a la jurisprudencia, conteniéndola en su esfera doctrinal, al dársela hoy, se viene a introducir una nueva legislación general» (...) «multiforme, varia, contradictoria, como lo que constituyen todas las sentencias indistintamente de todos los Tribunales».

«Después —sigue Costa— ha mudado en la opinión de las gentes —no en el texto de la ley, que sigue siendo el mismo— este concepto, y se ha trasladado (...) el centro productor de jurisprudencia desde las Audiencias al Tribunal Supremo», y califica a aquélla de «enorme masa caótica, llena de vaguedades, de deficiencias y de contradicciones».

Por ello, repetía lo mismo que había formulado la ponencia 3.^a del Congreso Jurídico Español de 1886, en Madrid —que, con él, formaron Bienvenido Oliver, José María Pantoja y Francisco Giner de los Ríos—, que la jurisprudencia española adolecía del vicio capital de carecer de forma o de «tenerla tan vaga, tan incierta, tan poco definida, de contornos tan indecisos». «Enmarañada y tal como es la legislación, al fin tiene una expresión concreta» —sigue diciendo dicha ponencia y repite el dictamen de Costa—. «Por eso existe, a juicio nuestro, un problema que demanda solución con mayor apremio que la codificación de las leyes, y es la definición de la jurisprudencia». Costa, en su dictamen para el Congreso de Barcelona, con-

cluía ese primer apartado, pidiendo: pues, «hemos de vivir con ella, sepamos quién es y dónde podremos encontrarla».

«2. *Las doctrinas admitidas por la jurisprudencia de los Tribunales en ningún caso debe imponerse a éstos como obligatoria.*»

Antes de abordar este apartado me parece útil recordar cual había sido el criterio predominante en el *ius commune* acerca de las decisiones de los Tribunales como interpretativas del Derecho. Criterio que había sido seguido del modo más fiel, precisamente, en Cataluña.

Entre los autores —como en Cataluña repetía Tomás Mieres hacia la mitad del siglo XV— la interpretación de los Jueces se reputaba *necesaria* a diferencia de la de los Doctores, pero se estimaba *no general*, es decir, no extensiva fuera del propio caso resuelto. En esa perspectiva, siglo y medio después, Fontanella explicaría que las sentencias «*ultra non extendatur quam importat verborum sonus*», por lo que «*mínima mutatio facti mutat totum ius*»; y, en igual sentido Joseph Ramón dictaminaba que las decisiones de la Real Audiencia de Cataluña «*non obligat in futurum, nec habeant vim legis generalis*».

Esta concepción la compartía plenamente Costa; quien, por otra parte, frente a la escuela francesa de la exégesis, no consideraba la interpretación como una simple formulación de un silogismo, del cual la ley fuese la premisa mayor, el hecho la menor y la sentencia su conclusión. La cual, de ese modo, no tendría sino la función de subsumir el hecho en el precepto legal correspondiente.

Más de diez años antes de que Geny mostrara la imposibilidad de ese simplismo que ni siquiera seguían los Tribunales franceses, ya mantenía Costa la más pura concepción clásica de la interpretación, en unos términos que anticipan el concepto de la «concretización» del derecho que, en los últimos cincuenta años, se ha impuesto en la ciencia jurídica alemana.

«El carácter ordinario de la ley —dice en ese apartado de su ponencia— es la generalidad: contiene los casos únicamente por modo de potencia y hay que decidirlos de ella uno a uno por un trabajo reflexivo de adaptación que es a lo que llamamos interpretar la ley. La interpretación no es, en sustancia, otra cosa sino la medida o contraste de algo individual por algo específico, de otro modo, la reducción de un tipo específico a las proporciones de un hecho, a un hecho en proyecto, con el fin de determinar la conducta que debe seguir el sujeto autor para que el hecho resulte conforme al tipo propuesto e impuesto [no olvidemos que Costa aquella primavera había ganado su oposición a Notarías]; ora de un hecho ya ejecutado al objeto de decidir, caso de que no coincidan, lo que ha de restarse, añadirse o rectificarse en él para que quede lograda la conformidad. El legislador legisla para la especie, para una especie dada de hechos.» «Cada uno de los infinitos hechos homogéneos abarcados debajo de una ley, conserva, no obstante, esa homogeneidad un carác-

ter propio e incommunicable, que lo distingue de todos sus congéneres y hace que no sea aplicable a unos la interpretación, o sea, la adaptación del precepto hecho para otros, y que se requieran, por esto, tantas interpretaciones directas de él como casos vayan ocurriendo. Por otra parte, aún supuesta la identidad de los hechos, de dos concursos o combinaciones del hecho, de dos situaciones de Derecho, la relación entre estas situaciones o hechos y la regla o precepto general, no obstante, relación objetiva, necesaria, única, puede no presentarse al entendimiento del intérprete tal como ella es, puede el entendimiento apreciarlo de un modo y en el otro de un modo diferente, equivocado éste, acertado aquél, o en parte acertado y en parte erróneos entre ambos.»

No puedo estar de acuerdo con este final subjetivista y relativista al que llega —y en lo que se anticipa quince años a Eugen Ehrlich, el primero que proclamaría la *doctrina del Derecho libre*—; pues, pienso que entre todas las apreciaciones habrá siempre diferencias de razón y, entre ellas, debe buscarse mejor dotado tal como reclamaba Bartolo. El mismo Costa viene a admitirlo cuando, en la página siguiente, dice: «El formar juicio no es cosa arbitraria, como el querer o no querer, dados los términos “hecho jurídico” y “ley general”, fuera de nosotros, la verdad de ellos y de su relación se nos impone, a pesar nuestro, de modo objetivo». Sin embargo, enseguida vuelve a insistir en el subjetivismo de cada juzgado, en que cualquiera que sea su grado jerárquico, no debe ponerse traba ni limitación de ningún género.

Dejando aparte esa expresión de subjetivismo relativista, la exposición de Costa en torno a lo que es la interpretación, concuerda con las más recientes posiciones metodológico-jurídicas alemanas, en la consideración de tipos y series de tipos —no de conceptos, a diferencia de como, en tiempo del León de Graus, hacía la dogmática pandectística—, de los concursos y combinaciones de supuestos de hecho y de su cotejo con el hecho tipo de la norma considerada, todo lo cual exige una labor de adecuación que el Juez ha de realizar en cada caso concreto. «Llamado a concretar la declaración impersonal del legislador para dar pauta a un estado jurídico determinado y personalísimo» —sigue el jurista altoaragonés— «lo que ha de poner de suyo es el juicio para interpretar entre ambos y relacionarla una con el otro».

En este apartado 2.º hallamos incluso un párrafo en el cual anticipa apreciaciones que el neohegelianismo jurídico formularía, ya entrado este siglo, con Binder y Schönfeld, y que recientemente vemos mantenidas por Larenz. Especialmente lo muestran así estas frases que espigamos del dictamen de Costa: «El juzgador no se limita a aplicar mecánicamente la ley, sino que, al aplicarla, la desarrolla, la aclara, la suple, la reelabora y perfecciona, la vivifica, en suma, conforme a las inspiraciones de la razón común y a impulsos de la nece-

sidad histórica para la que fue dada». Pero llega un día —sigue el dictamen— en que la letra de la ley se nos presenta en oposición «con las evoluciones interiores del Derecho», y entonces «esa oposición, esa antinomia, el juzgador tiene que resolverla de momento. La presión incontestable de la realidad le obliga a armonizar sus interpretaciones en el sentido vivo de la ley, salvando los respetos debidos a la letra por medios indirectos en que fueron maestros los pretoros en Roma».

Ahora bien, aquella afirmación de subjetivismo, sin traba ni limitación, pienso que, si bien podemos afirmarla del *juicio*, no cabe extenderla a su *pauta*. Esa diferencia entre «pauta» y «juicio» creo que nos la puede aclarar una distinción clásica: entre *intelección* de la norma —o sea, la inteligencia de su sentido, de su *mens* y *ratio*— y la *interpretación*, propiamente dicha, como mediación que es entre la ley y la realidad, entre norma y hecho. Mediación que *concreta* el derecho como *lo que es justo* en el caso contemplado. Este concepto de interpretación corresponde, sin duda, a lo que expone Costa. Pero la intelección, inteligencia o comprensión del *sensus legis*, es algo previo, en cierto modo, a la interpretación o mediación entre la norma inteligida y el hecho enjuiciado; aunque muchas veces la labor interpretativa sirva, a su vez, para aclarar aquella intelección, tal como aclara, asimismo, los perfiles jurídicos del hecho examinado. Por tanto, la intelección de la norma no puede depender de un juicio subjetivo del intérprete. Y, en ese sentido, no parece contradictorio, sino una garantía para la seguridad jurídica, que un Tribunal Supremo tenga la misión específica de determinar esa intelección, inteligencia o comprensión del sentido de la norma de que se trate. Esta podrá ser la pauta o una de las pautas del juicio; pero no debemos confundirla con este mismo, puesto que éste supone un paso hacia el hecho —respecto del cual, consiste en una concretización, mediación o acomodación, o sea, en la interpretación propiamente hablando—, paso que se opera entre la norma inteligida y el derecho jurídicamente diagnosticado.

Pienso que ahí radica el punto débil de la brillantísima y traslúcida tesis del León de Graus acerca del subjetivismo en la interpretación sin traba ni limitación de cada juzgador, que no puede alcanzar a la debida intelección de la norma.

«3. *Es preciso no perturbar la formulación de la jurisprudencia. La casación y el Tribunal Supremo.*»

Parte Costa de la necesidad de que los Tribunales disfruten de «un cierto grado de libertad» que, entiende, queda perturbado si «la jurisprudencia una vez formada la vincula a ella, dándole carácter de ley y autorizando la casación por infracción de sus doctrinas o de sus reglas».

Ciertamente, reconoce que en Francia, «teóricamente hablando y

según la letra de la ley, todo juzgador es libre en sus juicios e interpretaciones de la ley», y que, en España, Gómez de la Serna —siendo Fiscal del Tribunal Supremo— escribía en 1862: «Entre los errores jurídicos más trascendentales que oímos todos los días, es uno el de atribuir a los fallos que el Tribunal Supremo pronuncia en los recursos de casación una fuerza igual a las de las leyes» —Añadamos nosotros que tampoco en el siguiente año el Código civil atribuyó a la jurisprudencia fuera de fuente del derecho.

Pero Costa insistía: «Si tal fue la intención del legislador, no calculó bien el alcance de sus premisas, y como era natural, la lógica de los hechos se le ha impuesto hoy, lo mismo en Francia que en España, la única verdadera jurisprudencia es la del Tribunal Supremo, y no hay otra.» Expresa la razón de este resultado repitiendo palabras que Ortiz de Zúñiga, siendo Magistrado del Tribunal Supremo, había pronunciado veinte años antes: «Que al no haber una autoridad superior a la de este Tribunal, puede, por razón de su elevada jerarquía, declarar cuáles [de los principios, reglas y dogmas admitidos por la jurisprudencia de los Tribunales] merecen aquella calificación [de doctrina legal, a que alude la Ley de Enjuiciamiento Civil] y, como por otra parte su alta potestad no puede fraccionarse, porque faltaría la concentración indispensable para la unidad y la uniformidad de la doctrina, sólo este mismo Tribunal puede ser el competente para regular cuáles son los dogmas jurídicos aceptados por la jurisprudencia y cuáles deben repelerse como opuestos a los ortodoxos principios del Derecho.» Y así como recordaba Costa, el Tribunal Supremo había reiterado: «La jurisprudencia o práctica constante de una sola Audiencia no es bastante por sí para constituir doctrina legal ni puede invocarse como fundamento de un recurso de casación» (sentencias de 28 de noviembre de 1863, 21 de junio de 1864 y 3 y 30 de junio de 1866).

Por esto Costa plantea: ¿Qué es el Tribunal Supremo? Y en su examen analiza de modo especial el fundamento que le atribuían quienes habían teorizado en dicho tema, comenzando por Meyer, según quien dicha institución —explica Costa— es una consecuencia de:

— «la necesidad de garantizar la aplicación uniforme de las leyes en todo el territorio;

— »y la necesidad de que esa garantía no esté confiada al poder legislativo ni al ejecutivo, por exigirlo así el principio de la independencia de los poderes.»

El León de Graus se enfrenta con ambas razones:

a) A la primera contrapone este criterio suyo: «El amor de la unidad, de uniformidad, de la simetría de los pueblos llamados con más o menos propiedad neolatinos, incapacitados por herencia para sentir y tal vez aún para comprender eso que es la gloria y la fortuna de Inglaterra, la libertad individual, el “selfgovernment”; la variedad apenas distinguida de la anarquía, le causa vértigo y como dolencia

la huyen y la atacan por medios exteriores y de fuerza uniforme que puede suministrar el derecho concebido al modo material y mecánico que les es propio, según su dogma “a una nación, un sólo centro de poder y un Código único”». Y al final de este apartado agrega que en Inglaterra —mostrada por Meyer como excepción a la necesidad de unificar— la verdadera causa de darse ese hecho es que «no se ha desconfiado de los Tribunales, sino al contrario, que han hecho de ellos la clave de su constitución política; que en Inglaterra no padecen esa obsesión e idolatría de la unidad con que los pueblos del continente se gozan en violentar las leyes de la naturaleza para acomodarlas a los postulados de una teoría enteca, desmentida a cada paso por la realidad» (a este tema de la uniformidad volverá él y, con él, nosotros).

b) La segunda razón aducida por Meyer trata Costa de ponerla en contradicción consigo misma. Así toma la afirmación, que el mismo autor hace, de que «el Tribunal de Casación no decide entre un demandante y un demandado, sino entre el poder legislativo y la autoridad judicial», para objetar: «por consiguiente no es un órgano del poder judicial, porque de lo contrario se ostentaría juez y parte a un mismo tiempo. Si las Cortes evacuaran consultas que los Jueces les hicieran como trámite previo para mejor proveer dentro del juicio colaborarían directamente en el ejercicio de las funciones judiciales y serían poder legislativo y judicial a un mismo tiempo». Por ello, continúa, «no es otro el caso del Tribunal Supremo: no limitándose a decidir contiendas entre particulares, ejerciendo de hecho la potestad de establecer doctrina con carácter preceptivo y teniendo en la mano el medio de hacerle prevalecer contra toda oposición, y de imponerla a los Jueces, a los Letrados, al país, es órgano legislativo tanto como judicial; sus preceptos más que jurisprudencia son verdadera ley, sin que se oponga a ello la circunstancia de ser dictados en forma de considerandos o de fallos sobre casos concretos, que siga denominándose, a secas, Tribunal». Y concluye que sería «una jurisdicción mixta, no deducida analíticamente de la filosofía del Derecho y desde luego contraria a los dogmas políticos imperantes en nuestro siglo».

Costa avanza hacia el origen de la casación, surgida de la desconfianza que «en los mismos países inspira el poder judicial a los otros dos», y en la convicción de que, según palabras de Meyes, «era preciso asegurar el imperio de la ley sobre la autoridad del Juez y evitar que la jurisprudencia de los Tribunales alterase, modificase o abogase la ley». Los revolucionarios del 89, en Francia, creyeron resolverlo, convirtiendo el Consejo Real en Tribunal de Casación. La preocupación penetró en la llamada doctrina del «justo medio», iniciada por Montesquieu y desarrollada por los eclécticos de 1830 en el reinado de Luis Felipe, sistema de desconfianza que explica con una larga frase de Giner: «Por desconfianza del Rey, inmixión del Parlamento

en sus asuntos personales y domésticos; por desconfianza del Parlamento, inmixión del Rey en la composición del Senado; por desconfianza del Senado, privilegios de la otra Cámara en asuntos de capital interés; por desconfianza del Congreso, censo electoral y censo de elegidos; por desconfianza de los Tribunales, lo contencioso-administrativo y enjuiciamiento especial para los Ministros y altos funcionarios; por desconfianza del municipio y de la provincia, centralización, y a este tenor, la indiscutibilidad de las sentencias judiciales, las trabas de imprenta y de la asociación y tantos otros impedimentos, en fin, de la política constitucional y representativa.»

La desconfianza de los Tribunales como guardadores de la ley, llevó a idear el remedio —explica Costa— de «un cuerpo único, de naturaleza híbrida, encargado de asegurar el positivo cumplimiento y la aplicación uniforme de toda la nación. Pero, ¿quién guardará al guardador?» Porque, «si la influencia que ha de ejercer sobre todos los Tribunales le permite sentar una jurisprudencia general o uniforme que puede ser extraña u opuesta a las leyes, ¿cuál será la autoridad que reprima sus excesos?» Esta objeción la puso el mismo Mayer, pero la creía salvada si este Tribunal se limitaba a casar la sentencia, sometiéndose el asunto de nuevo «a uno de los Tribunales de apelación para que otra vez la ventilen y fallen en el fondo». Costa advierte que este procedimiento podría convertirse en el cuento de nunca acabar, si el Tribunal que dictase la nueva sentencia mantuviera la misma violación de ley que la casada. Y si la nueva sentencia la dicta el mismo Tribunal que cesó la recurrida, dice Costa, se concentra en dicho órgano «la totalidad del poder judicial y se deposita en sus manos la estampilla del Rey, de las Cámaras y del Ministerio, con facultad de dispensar o negar a su arbitrio el «*exequatur*» a todo género de leyes, de órdenes y de reglamentos».

El jurisconsulto altoaragonés señala que, así, se llega a un «callejón sin salida»; por lo cual, «por fuerza ha de ser equivocada una doctrina» que, una vez llegado a él, sólo exclame —en palabras de Meyer—: «Es que las instituciones del hombre no admiten una perfección absoluta.»

Esta crítica de Costa da en el blanco del fundamento político inicial de esta institución. Pero no agota el fundamento jurídico, basado en la estimación de la conveniencia de que, en su intelección, la ley se enriquezca por su contraste en la práctica de un Tribunal superior, que actúe por razones jurídicas y no políticas, tanto más tratándose de materias de Derecho privado.

Pero la crítica de Costa no se detiene ahí. Transcribe un dictamen del Consejo de Estado de Francia del 10 de enero de 1806, el cual —después de afirmarse que lo decidido por los Tribunales de apelación «se reputa ejecutorio e inapelable, porque de lo contrario, ¿en dónde habría de interrumpirse la serie de esos exámenes ulteriores?»— reconoce: «Sin embargo, la firmeza de las sentencias pronunciadas

por estos Tribunales descansa, no en la *certidumbre* de que son justas, sino en la *presunción* de su justicia. Pero está en la naturaleza que toda presunción el ceder a la verdad en contrario, cuando ésta se demuestra. Si se da, pues, un fallo en oposición formal, con un precepto de la ley, la presunción de su justicia desaparece, porque la ley es y debe ser la justicia de los Tribunales. He aquí porqué la casación tiene la potestad de anular las ejecutorias de los Tribunales.»

Está claro, y Costa lo resalta, que ese dictamen deja «en pié la antinomia sin resolverla»; pues, «los fallos del Tribunal de Casación son últimos y definitivos, y la sociedad pone su sanción coercitiva al servicio de ellos, para compeler a su cumplimiento, no porque tenga la certeza de que son justos, sino porque se presume que lo son», ya que «puede suceder que confirme errores del Tribunal sentenciador, y puede cometerlos donde no existan, *in peius reformando*, que diría Ulpiano. Por ello concluye que la lógica no ve en este (el Supremo), sino una de tantas estaciones de tránsito y sigue su camino acusando de antojadiza y arbitraria a la doctrina que se detiene aquí». Sin embargo, lo que Costa no señala es que el argumento de Consejo de Estado francés trata de destacar que no trata en la casación de ser «una estación más, sino del repaso a efectos de la intelección de las normas que efectúa un Tribunal especializado en ello».

Después de haber mostrado el que estima fallo lógico del razonamiento del Consejo de Estado de Francia, Costa contempla otro flanco de la tesis que combate: la idea de que es de interés público que exista una interpretación uniforme de la ley, acerca de lo cual, aquí en España, habían puesto el acento Arrazola y Gómez de la Serna. Y ataca la lógica de esa observación envolviéndola con su crítica: «Por esto no se permite restablecer el juicio, sino sobre la llamada cuestión de derecho, porque sólo la cuestión de derecho interesa a la sociedad. Ahora bien, pues es así, ¿la sociedad habrá de mostrarse parte en esos recursos, habrá de intervenirlos todos el Ministerio Fiscal, a fin de sostener la recta interpretación de la ley? Atendido el fin del recurso, efectivamente, así habría de ser; pero el legislador ha tenido que apartarse de los principios, porque “la intervención de dicho Ministerio podría desviar la condición de los litigantes, agregando sus esfuerzos a los de la parte a cuyo lado se colocase” (Ortiz de Zúñiga). Es decir, que se crea un recurso en interés público, no en interés de los particulares, y cuando parece que apunta un conflicto entre ambos, no se vacila en sacrificar el primero en aras del segundo...»

Y, en otro punto del mismo flanco, profundiza su ataque, aquí ya con argumentos jurídicos acerca de la interpretación: «La pretensión de abstraer en la realidad los dos elementos intelectuales del juicio, no ha servido más que para embrollar el procedimiento, penetrándole de sombras y resucitando en él antiguas contiendas de

nominalistas y realistas. Los litigios versan siempre no sobre *hechos* a secas, sino sobre “hechos de derecho”, sobre *hechos jurídicos*, y como es fácil comprender, no hay manera de colocar el adjetivo a un lado y el sustantivo a otro, porque aquél sin éste carece de existencia fuera del pensamiento, y éste sin aquél quizá a otras esferas de la actividad (industria, ciencia religión, etc.), pero es indiferente el Derecho, y no puede dar materia al procedimiento. Se trata de algo que consta de un sólo elemento, no de dos, hecho y Derecho, como solemos decir en fuerza de hábito o para abreviar; de algo, por tanto, indivisible, y no puede moverse contienda, sino sobre todo él».

Sin embargo, al realizar la diagnosis de un hecho jurídico, efectuamos dos operaciones distintas: una, la de comprobar su realidad y su conocimiento fiel, y otra, la de cotejarlo —en ese «ir y venir con la mirada», en palabras de Engisch—, como tal hecho jurídico, con las pautas posibles para calificarlo bien, primero, y enjuiciarlo correctamente, después. Operaciones distintas, aunque sean interdependientes, y que, sin separar el hecho y el Derecho, contemplan el hecho jurídico entero desde el punto de vista de su autenticidad, de una parte, y desde la determinación de las pautas adecuadas para su calificación y juicio, de otra.

Esto explica que —como reconoce el mismo Costa— el Tribunal Supremo pasó a considerar, no ya como error de hecho, sino como error de Derecho, que permite la casación, el error en la calificación del acto o del hecho sobre el que versó la prueba.

Cierto es que la cuestión abarca muchos aspectos, algunos de los cuales pueden ser estimados mejor por el juzgador ante quien se efectúa la prueba, dada su mayor inmediatez de conocimiento y otros aspectos que el Tribunal Superior, más especializado y experto en la intelección de las normas, puede contrastar con mejor amplitud de perspectiva.

Ello ha llevado a que nuestro Tribunal Supremo haya ido precisando, cada vez más, cuáles son las cuestiones que se reputan de hecho y por ello quedan sujetas a la apreciación de su prueba por el órgano decisor. Casals Coldecarrera, en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, *Metodología de la aplicación del Derecho*, ha deducido de su cuidadísimo examen de las decisiones de este más alto Tribunal —aunque sin darle carácter exhaustivo— que éste ha señalado como tales:

— La determinación de la buena o mala fe de las partes en conflicto.

— La existencia o inexistencia de temeridad en las pretensiones y actuación de las partes en conflicto.

— La calificación del concepto de pública estimación que pueda merecer la conducta de la de una persona, o la repudiación de su torpeza.

— La valoración de las pruebas en orden a la existencia de incapacidades.

— La identificación de la finca objeto de la acción reivindicatoria como juicio de identidad.

— La valoración del contenido de los supuestos fácticos en que ha de apoyarse la interpretación de un contrato o de las declaraciones jurídicas negociales.

— La formulación del juicio de valor sobre la existencia y estimación de hechos en que se basa la calificación de nulidad de testamentos por dolo, error o fraude.

— La formulación de juicio de valor sobre el elemento de gratuidad que caracteriza la donación, así como la estimación de la concurrencia de ingratitud a efectos de revocación de la donación.

— La estimación del sentido de las cláusulas testamentarias y de la validez de los testamentos.

— La valoración de imputabilidad y de la concurrencia de dolo o negligencia en la acción de reclamación de daños y perjuicios.

Es decir, en general, en toda realización de juicios de valor que no estén efectuados directamente por la ley.

Joaquín Costa advierte la posibilidad de que el Tribunal de Apelación haya apreciado erróneamente la cuestión de hecho, pero calificado bien según esa mala apreciación; y dice que, en este caso, la Sala de Casación «tiene que lavarse las manos y además los oídos para no escuchar las leyes del verdadero dueño de la cosa litigosa, que resulta despojado por la torpeza o la malicia del autor de la sentencia cuya santidad se nos impone».

Sin embargo, es de advertir que no es así en el supuesto del motivo 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que, cuando éste no quepa, tampoco se remediaría de no existir el Tribunal Supremo y el recurso de casación.

Y, por otra parte, es de destacar que el Tribunal Supremo nunca ha renunciado a hacer justicia en sus sentencias, aunque toda la técnica del recurso de casación por infracción de ley— como ha explicado muy bien Casals Coldecarrera en su referido discurso— se basa en el carácter limitativo que tiene la norma —en el sentido de que «ningún órgano decisor, pueda dictar una resolución a la cuestión debatida que contradiga o infrinja lo precisamente dispuesto en una norma jurídica»—, incluso en las normas que no son flexibles, sino rígidas, ocurre que tan sólo si su presupuesto de hecho «coincide exactamente de la *quaestio*, puede hablarse de que la norma jurídica constituye el límite de la actuación del órgano decisor»; y el funcionamiento estructural de las normas, aunque sean *rígidas* «no puede considerarse», mecánicamente, «como límite de la actividad valorativa del caso por el órgano decisor». Con esa perspectiva y dada la posibilidad de casación motivada por error en la calificación jurídica de los he-

chos, pierde bastante fuerza el último de los argumentos de Costa que hemos expuesto.

Es cierto, sin embargo, que la preocupación de nuestro Tribunal Supremo de resolver justamente ha dado lugar a que, algunas veces, haya sido acusado injustamente de contradecirse para hacer justicia en casos concretos. Este es, sin duda, el principal riesgo que comporta el sistema de casación —como comenté haya ya bastante años, y mostré en alguna materia concreta—, en el cual, la injusticia del caso recurrido para apreciarse ha de ir conjugada con alguna infracción legal, que permita casar el fallo estimado injusto, a fin de abrir paso para dictar otra sentencia más justa. Lo cual ha dado lugar a que, a veces, se fuerce la interpretación hasta retorcer la propia doctrina, y que, a fin de evitar contradecirse, y, a la vez hacer justicia concreta, se haya encerrado, en algunas materias, en una *techné* complicada, a fin de abrirse paso por donde, en otras ocasiones, lo había dificultado.

«4. *Debe renunciarse al imposible de reducir la jurisprudencia a unidad por fuerza exterior, tal como la ejercida por la institución del Tribunal Supremo.*»

«Mi dictamen —escribiría Costa a Homs en la carta del 16 de septiembre— es: 1.º) no debe haber recurso de casación; 2.º) no debe haber Tribunal Supremo.»

La primera negativa acabamos de ver que el altoaragonés la razonó en el epígrafe 3.º; la segunda trata de justificarla en este 4.º

Al comenzarlo, el León de Graus, dando por demostrado en el anterior el «ilogismo de la institución», pregunta: «¿No se redimirá tal vez y no se compensará o neutralizará esta perturbación que introduce en la Administración de Justicia, con el beneficio de la unidad elaborada en sus sentencias, sean éstas ejecutorias, sean simplemente de casación?»

«Para contestar con más desahogo a esta pregunta —sigue exponiendo— descartaremos la cuestión de saber si hay o no derecho a procurar esa unidad por imposiciones exteriores; si sería de cierto beneficioso el lograrla por tal camino, y si su ausencia representa positivamente una imperfección. Aunque el pleito había sido ya fallado hace mucho tiempo, con pronunciamiento favorable a la unidad, como la ciencia ni la opinión revisten de santidad la cosa juzgada por ellas, como una y otra mantienen sus juicios en revisión perpetua, se ha abierto desde hace poco una nueva instancia, donde una parte de la nación y de sus científicos impugnan los fundamentos de la anterior sentencia defendiendo los fueros y acreditando las excelencias de la variedad. Dejemos esto en tal punto y planteamos la cuestión en un terreno neutral: ¿es posible la unidad? ¿Puede traerla el Tribunal Supremo?»

Pienso que ese párrafo de Costa es muy significativo. Frente al

unitarismo, que proponía el Proyecto de Código Civil de 1851, la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 había aceptado la solución más ecléctica de los apéndices de Derecho foral, aún cuando no acababa de satisfacer a Costa, ni tampoco a Durán y Bas, quienes habrían preferido que, de momento, se comenzara por efectuar codificaciones diversas para cada uno de los derechos peculiares, y, especialmente, en lo referente al valor de las costumbres y al carácter supletorio o subsidiario de los preceptos legales que no fueran de Derecho necesario y como tal imperativo.

La diversidad en Derecho civil, que estaba en nueva instancia con buenas posibilidades de salvarse, al menos en la parte más importante, en el terreno de la codificación, ¿podría perderse por la vía de la unidad judicial, en la última instancia de casación del Tribunal Supremo?

Ya en el tercer párrafo del apartado 3.º de su dictamen, el altoaragonés, refiriéndose a la «compañía gallega» advierte que en ésta «tan importante» institución jurídica, dado su carácter consuetudinario y territorialmente limitado, resulta que es «una cuestión de Derecho, y como esa infinitas, acerca de la cual no puede formarse nunca jurisprudencia por muchas veces que se ventile en los Tribunales [correspondientes al territorio en que se vive] y por mucho que se escandalicen unánimes la ciencia y el sentido común».

Costa ni se planteaba —pues seguramente le resultaba inconcebible— que el Tribunal Supremo interpretase y formara jurisprudencia en materia consuetudinaria de territorios correspondiente a Derechos no regidos por el Derecho común español. Y de concebir su posibilidad, temería sus consecuencias.

Ciertamente, el Tribunal Supremo, después de la vigencia del Código civil, había venido extendiendo la aplicación de éste a materias no aplicables a las regiones forales según el criterio del originario artículo 12 del Código civil, apoyándose en diversas justificaciones, pero «sin fundamento serio para ello» —según escribió Castán Tobeñas—. Las razones aducidas por el Tribunal Supremo fueron:

— Porque las disposiciones de los derechos especiales coincidían con las del Código civil; verbigracia en Cataluña, las materias reguladas por el Derecho romano, como las de causa de los contratos (sentencia de 20 de diciembre de 1894), novación (sentencia de 2 de marzo 1897) y bienes parafernales (sentencia de 15 de febrero de 1908). En ese caso esa inomisión tuvo el agravante de que para la enajenación de éstos según el Derecho romano, que se venía aplicando en Cataluña, la mujer no necesitaba licencia de su marido.

— Simplemente, como expuso Castán Tobeñas, por el hecho de que los artículos del Código civil tuvieran «mayor sencillez y conocimiento más fácil o porque, a veces, resultan anticuados los preceptos del Derecho foral».

— Por vía «un tanto arbitraria y abusiva», como, el considerar

suprimidas en Cataluña las cláusulas derogatorias y las *ad cautelam*, invocando como razón los términos generales en que se halla redactado el artículo 793 del Código civil (sentencia de 27 de febrero de 1914).

— Por un craso error —como en materia de sucesión intestada, por entender equivocadamente que la Ley de Mostrencos de 16 de mayo de 1835, regulaba totalmente la sucesión intestada, repetido en muchísimas sentencias, que culminó al 1 de febrero de 1958, en la cual el Tribunal, ya percatado de su error, prefirió imponer su reiterado criterio, autodeclarándose fuente de Derecho y repitiendo la misma insostenible argumentación; sin atender a las contundentes razones de Gil Berges, en *Los mostrencos en el Tribunal Supremo*, de Isabal, Carner, Maspons, Areito, etc.; ni las serenas, pero rotundas críticas de Castán Tobeñas y de Castro y Bravo, que escribió a este respecto: «La Ley de 1835 ni por su letra ni por su fin regulaba la sucesión *ab intestado*. La solución judicial es totalmente injustificada».

Joaquín Costa, desde la posición por él defendida en materia de la formación del Derecho y de la prevalencia que reconocía a la costumbre del ámbito local o territorial más reducido, sobre las leyes en las materias que no son de Derecho necesario regulado racionalmente en éstas, podía haber mantenido, en este frente de la jurisprudencia, una actitud ajustada a aquélla. Y así pudo haber defendido que las sentencias de las Audiencias Territoriales debían constituir jurisprudencia respecto del Derecho correspondiente a su respectivo territorio sin que tuvieran aplicación general fuera de él; y que en estas materias no cupiera acudir en apelación ni en casación al Tribunal Supremo.

Pero atacó frontalmente, rechazando del modo más total que la jurisprudencia debiera declararse por el Tribunal Supremo, cuya existencia impugnó del mismo modo que la casación.

Ese ataque pienso que fue apasionado y enfocado con perspectiva unilateral, ahondando implacablemente en todos los efectos, omitiendo la menor atención a las ventajas que su superior competencia puede reportar, y sin considerar la posibilidad de corregir en buena medida aquellos defectos, ni tampoco las desventajas que su radical rechazo pudiera reportar.

El juriconsulto altoaragonés termina este apartado 4.º afirmando que: «Los hechos expuestos creo que son bastantes para llevar al ánimo el convencimiento de que si la unidad de la jurisprudencia, en sociedades numerosas y complejas, como son las modernas nacionalidades, no es una utopía irrealizable, ha de procurarse por medios *dinámicos* y dentro de la más absoluta libertad. En ésta, como en tantas otras esferas de la vida, el derecho es incoercible e incentralizable: al cabo de medio siglo de implecable ojeo, de combinaciones las más ingeniosas y sutiles, de ardides y sorpresas de todo género, no ha logrado el legislador tener la unidad a tiro ni una vez sola; cuando más comprimida y acorralada creía tenerla veíala dispersa por

los aires como impalpable aliento, para reaparecer a lo lejos, arco iris, seductor espejismo, y empeñarle a nueva persecución, igualmente estéril que las anteriores. Todo nacía de haber equivocado el camino. En vez de buscar la unidad viva, la unidad orgánica, en el movimiento interior de los hechos que lo llevan siempre latente, la hizo depender de condicionamientos exteriores y, lo que es más, accidentales (...), depongamos el miedo que siempre hemos tenido y seguimos teniendo a la libertad (...), prefiramos, también en esto del Derecho, la calidad, en vez de sacrificarlo como ahora al número y a la simetría; tengamos más confianza en la espontaneidad de la vida y dejemos de ser maquinistas del Derecho: lo mecánico, lo coactivo, para el mundo de la física, fuera del cual carece de toda eficacia, que no sea morbosa y perturbadora. Buscando el reino de Dios y su justicia, puramente y por ella misma, la unidad se nos dará por añadidura.»

«5. La jurisprudencia ha de producirse por todos los Tribunales puestos en relación y comunicación por medio de la imprenta.»

Veamos, pues, cuál es la solución defendida en el dictamen de Joaquín Costa para que se produzca ese resultado, internamente, con libertad y espontaneidad:

«Interpretar una ley, adaptarla a los infinitos casos particulares que van demandando su aplicación, es obra harto más difícil que decretar desde un punto de vista general esa misma ley. Cuando la obra de la interpretación está encomendada no a un Juzgado o Tribunal, sino a varios [él propugnaba que a todos], que juzgan conforme a ella cuestiones del mismo género simultáneamente, pero aislados unos de otros, se impone a todos y cada uno el arduo trabajo de relacionar motivos y designios de la ley con las necesidades concretas, individualísimas, a que atendió acudir con ella el legislador (...), no existiendo mediador alguno que le agite y renueve y lo precipite en una corriente de elaboración activa y continua, a una ley no le corresponderá una jurisprudencia, sino centenares de jurisprudencias; casos iguales serán apreciados con criterio diferente; habrá Juzgados, habrá Audiencias, pero propiamente no habrá un orden judicial (...). El Derecho nacional no alcanzará el beneficio de esa elaboración sorda, callada, molecular, que se obra en los Tribunales, y que contribuye más a su progreso que la acción atropellada y tardía casi siempre y a menudo irreflexiva del legislador.»

Los fundadores de la casación diagnosticaron ese mal, sigue Costa: «En su pensamiento, la unidad era la sustancia de la constitución; la libertad, un accidente en el juicio: si resultaban incompatibles, el accidente debía ceder a la sustancia.» Por eso, idearon la casación y el Tribunal Supremo.

Pero ahora —prosigue su dictamen— «aunque muy perezosamente van invirtiéndose los términos y apuntándose nociones jurídicas más generosas y amplias; reputamos la independencia del juicio atri-

buto esencial de las personas llamadas al ejercicio de las funciones judiciales, concebimos la unidad de un modo menos material, menos militar, menos matemático, viéndola quizá en conjuntos armónicos que habría producido mareos a la pasada generación; nos cabe en la cabeza, aunque todavía no sin dificultad y repugnancia, que una cosa puede ser todo y parte a un mismo tiempo, organismo total y miembro de otro organismo superior, centro de unas funciones y periferia para otras; que puedan, por tanto, conciliarse los fueros de la autonomía con las exigencias legítimas de la centralización». Para lo cual, consideraba necesario «sustituir la acción perturbadora y antijurídica de la institución del Tribunal Supremo, con otro instrumento regulador que no sea incompatible con la libertad judicial» [ya hemos visto en el apartado 1.º de este mismo dictamen, cómo lo estimaba y cómo entendí cuáles debían ser sus límites preciosos y convenientes].

A ese fin, el jurisconsulto altoaragonés no podía aceptar el remedio que, hacía más de treinta años, había pensado el Marqués de Gerona —según una cita que de éste hace— de instituir un sistema de interpretación auténtica; el cual —dice— «no podía ser más desdichado, entre otras razones, porque la interpretación auténtica no es propiamente interpretación, sino sustitución de una ley, quizá oscura en su expresión, por otra ley más explícita, la cual necesita, lo mismo que aquélla, ser entendida y adaptada, esto es, interpretada por el juzgador».

La solución propugnada por él era la misma que había sido propuesta al Congreso Jurídico Español de 1886 en Madrid, por la ponencia del tema 3.º, formada, como antes he anticipado, por Bienvenido Oliver, José María Pantoja, Francisco Giner de los Ríos y el propio Joaquín Costa.

Recordemos también que Costa, en su carta a Durán y Bas del 20 de agosto —excusando, por prescripción médica, su asistencia al Congreso de Barcelona—, le había escrito: «El jurídico de Madrid lo presencié y no todo, desde la tribuna del público, aunque había contribuido a organizarlo y a redactarle los temas». No sabemos en qué medida esta ponencia había sido redactada por Costa —aunque es evidente que las tesis defendidas corresponden a su pensamiento, tanto en lo referente a la costumbre como a la jurisprudencia con algunas salvedades que vamos a ver. Esa ponencia, en la parte referida a la jurisprudencia, tiene algo menos de un quinto de extensión que el dictamen de Costa, para el Congreso Jurídico de Barcelona.

La remisión y transcripción que él hace en su dictamen abarca más de dos páginas de la ponencia del tema 3.º del Congreso de Madrid. Comienza en el párrafo de ésta que se inicia: «No es extraño por todo esto que los más eminentes...», aunque Costa lo inicie por estas tres últimas palabras, «los más eminentes...». Era natural que, al no copiar lo referido, quitara la referencia. Pero la diversidad de

criterio entre él y la ponencia de la que formó parte y que tal vez él redactó —y en este caso, le fue rectificado—, se observa patentemente en dos lugares del primer párrafo del texto objeto de su transcripción:

— Uno, en la cuarta frase del párrafo de la ponencia que comienza: «Examinaría y clasificaría todas las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo por las Audiencias, por los Juzgados de Primera Instancia»; pero de la cual Costa, al transcribirla, suprime las palabras «el Tribunal Supremo, por», y las sustituye por puntos suspensivos.

— Otra, al final del mismo párrafo que, en su dictamen, Costa concluye de transcribir «en lo futuro, etc.», y hace punto y aparte, siendo así que la ponencia de Madrid, antes de llegar al punto y aparte, contiene estas dos frases más: «Al recurso de casación quedaría por objetivo el mismo de la apelación, el interés privado de los litigantes y respecto del interés público, ya queda dicho que las sentencias del Tribunal Supremo concurrirían, al igual que las de primera y segunda instancia, a formar la jurisprudencia o doctrina legal. Dicho elevado Tribunal seguiría creándola y definiéndola; sólo que no sería el único a definirla o crearla».

Es decir, la ponencia al tema 3.º del Congreso Jurídico Español celebrado el año 1866 en Madrid no proponía la total abolición del recurso de casación y mantenía la institución del Tribunal Supremo, que Costa pretendía que desaparecieran totalmente.

Veamos ahora la transcripción que Costa efectúa de la referida ponencia:

«“Los más eminentes jurisconsultos de nuestro siglo —dice aquel dictamen—, Filangieri, Holtius, Schrader, Savigny, Bornemann, Roeder, al contemplar la admirable regularidad con que se desenvolvía el Derecho en Roma bajo el imperio de las instituciones honorarias, han echado de menos en los Estados modernos el edicto del pretor, como complemento del Derecho legal y del Derecho consuetudinario, y propuesto su restauración. Tal vez con lo que precede encontrará justificada el Congreso la necesidad de que se constituya un centro reductor, presidido por un jurisconsulto, con la misión, no de crear la jurisprudencia, que esto incumbe privativamente a los Tribunales, sino de sistematizarla, sincretizándola en lo que llamaríamos, para abreviar, con una palabra del tecnicismo jurídico de Roma, el *Edicto*, y de refundir éste periódicamente, haciendo una edición nueva de él todos los años. Dicho centro sería distinto e independiente del poder judicial, para que el órgano uniformador no fuese, como ahora, Juez en propia causa, y pudiera tomar en cuenta la jurisprudencia de *todos* los Tribunales y Juzgados indistintamente. Examinaría y clasificaría todas las sentencias dictadas por las Audiencias y por los Juzgados de Primera Instancia; cotejaría las formas más comunes de interpretación observadas en ellas, con las leyes y doctrinas interpretadas, y de este estudio sacaría por consecuencia que tal regla debía

adicionarse al Edicto; que tal otra debía subrogarse en lugar de su correlativa, registrada en él anteriormente; que tal parte del Edicto renovado conservaba su aceptación y debía quedar en la edición nueva, etc.; junto con lo general y más frecuente, apuntaría las variantes, aún las más singulares, en que a las veces se anuncian sentidos nuevos llamados a desarrollarse y prevalecer en lo futuro, etc.

»'Las ventajas que esta institución, si se adopta algún día, ha de reortar, son muchas y muy calificadas.

»'Ese gran caudal de experiencia atesorado en los estilos de las Audiencias y de los Juzgados, se habrá puesto al alcance de todo el mundo; así como ahora, con un trabajo ímprobo, no se llega a poseer sino una parte mínima de la jurisprudencia, y aún ésta poco definida, entonces, gracias al Edicto, con un esfuerzo mínimo se conocerá toda, y no se dará otra vez el caso, sino a lo sumo por rara excepción, de que los Tribunales de justicia tengan que declarar que no es doctrina legal la invocada como fundamento de sus pretensiones o de su defensa por el litigante, de sus fallos por el juzgador: se habrá dado a la Administración de Justicia una nueva garantía de acierto, a la vida del individuo y de la familia una condición más de normalidad. Luego, no obstante, carecer de sanción obligatoria el Edicto y continuar siendo libre, a pesar de él, la interpretación judicial de las leyes, será medio eficaz para uniformar la jurisprudencia: por ministerio suyo se generalizarán rápidamente las variantes más racionales y más consonantes con el espíritu de la sociedad en cada tiempo: los Tribunales inferiores saldrán de su aislamiento; puesto cada uno de ellos en relación de pensamiento con todos los demás por medio del Edicto, se combinarán en él los resultados de su labor individual, haciéndose con esto más uniforme, más fecunda y menos penosa que ahora la obra del juzgador. Las sentencias consentidas concurrirán lo mismo que las casadas a la formación de la jurisprudencia, sin necesidad de abrir un proceso solemne con los inconvenientes gravísimos que hemos enumerado. Por otra parte, definida en términos precisos la *doctrina legal*, condensada y puesta por orden conforme a las categorías de los Códigos o de las leyes, sus progresos han de ser forzosamente más rápidos y visibles: la evolución del Derecho en ella se obrará con la misma regularidad que en Roma, no en el misterio y de un modo vago e impalpable, sino a la vista y al alcance de todo el mundo. Ya sabemos que tanto los yerros como los aciertos de la jurisprudencia son infinitesimales, porque no afectan cada vez más que a un hecho sólo; pero así como los primeros van siendo menos cada día y quedando desde luego eliminados en la selección artística que precede a toda refundición, los aciertos, al contrario, acumulándose año tras año, ora como elemento o materia constitutiva, ora como término de comparación o de crítica, sobre la obra objetivada de la jurisprudencia, la desarrollan paulatinamente, la purgan de errores y de deficiencias, la acercan cada vez más

a la perfección. Consolidada (el pretor romano habría dicho *traslaticia*) por el espíritu conservador que es propio de la función judicial, en aquello que significa atributos permanentes de la naturaleza humana, cualidades intrínsecas de una civilización o convicciones de una colectividad durante un período más o menos largo de su historia, la jurisprudencia puede decirse que es antigua siempre, penetra, al modo de los aforismos de la sabiduría popular, en el fondo de la cultura general y va rodeada de todos los prestigios de la tradición; por otro lado, hallándose sometida incesantemente al contraste de la realidad, revisada de todos los días, retocada todos los años, sin pretensiones de infalible y de sagrada como la ley, en continuo movimiento desde el hecho al Derecho y desde éste a aquél, viviendo sólo para el minuto presente, no tiene tiempo de envejecer y hacerse desusado: de esta suerte, siempre nueva y siempre antigua, vivifica la idea del Derecho y mantiene un perpetuo equilibrio y armonía el pensamiento con la realidad, los ideales relativos de cada tiempo con las máximas positivas a que tienen que atemperarse los actos humanos para ser legítimos; y descarga a los organismos legislativos de la grave responsabilidad que más o menos merecidamente se les suele achacar, porque dejan de hacer aquello para que son, y no pueden menos de ser incapaces, según tiene acreditado una larga experiencia. La jurisprudencia, organizada de esta suerte, sirve como depósito donde se van acumulando los cambios insensibles que experimenta en su sentido jurídico la comunidad social, y que no podría percibir el legislador, para que éste los recoja cuando formen un cierto caudal que haya persistido sin cambios apreciables durante cierto tiempo. La ciencia y la opinión común pasan así a la ley por una como infiltración incesante, después de haber hecho alto en esa estación intermedia de la jurisprudencia y de haber tomado en ella cuerpo y sangre” (Giner de los Ríos, Oliver Pantoja, Costa)».

El dictamen del León de Graus para el Congreso de Barcelona, aún sigue argumentando, en contra del Tribunal Supremo: «Que una institución como ésta, de origen casi sobrenatural, reglamentada por monarcas absolutos, consolidada por los revolucionarios de la Constituyente, recibida en todas partes como un presente de los dioses, obedece a las mismas leyes biológicas que los demás Tribunales; que podemos desprendernos de él sin que se note la falta del más insignificante tornillo o engranaje en la gran maquinaria del Estado, sin que se conmueva el edificio de la justicia, sin que sufra ningún peligroso retroceso la unidad legislativa de la nación».

A su juicio, «publicadas y reunidas en haz» cada año las sentencias de la Audiencias y Juzgados que se hicieran ejecutorias al año siguiente, «habría prevalecido la solución que obtuvo más votos, o la que pareciese mejor razonada y más conforme con el espíritu de la institución y con la letra de la ley, y de ese modo, sin fuerza ni conminación de ningún género repugnante al carácter de la función

judicial, por el libre y espontáneo acatamiento de la conciencia de los Jueces a una verdad que directamente se les revelaba, se habría llegado a la unidad en menos tiempo que por mediación del Tribunal Supremo, y desde luego con más probabilidades de acierto, porque todas las Audiencias y Juzgados juntos por fuerza han de saber muchísimo más que él. Y si la unidad no se lograba por entero, sería porque racionalmente no podía ni debía lograrse y lejos de implicar la diversidad forzosa negación de la justicia, como parece, sería al revés su más alta consagración: ¿qué mal habría, por ejemplo, en que las Audiencias de Zaragoza y Barcelona, atendiendo a las tradiciones legales del país, o los precedentes de sus Tribunales, y al sentido jurídico dominante en su foro y entre los contratantes, hubiesen admitido en aquella hipótesis la imprescriptibilidad de la acción de retroventa, mientras otras Audiencias lo declaraban prescriptible por veinte o por treinta».

«Conclusiones.» Joaquín Costa terminaba su ponencia o dictamen con las siguientes:

«Por la virtud de las reflexiones que anteceden, el ponente tiene el honor de recomendar a la Comisión de Conclusiones las que siguen:

»1.^a La formación de jurisprudencia acompaña necesariamente, por ley natural, a la función de interpretar y aplicar judicialmente las leyes, y, por consecuencia, deben concurrir a ella todos los Tribunales de la nación, de cualquier orden y grado que sean.

»2.^a La existencia de un Tribunal Supremo, lejos de regular, perturba la formación de la jurisprudencia y es incompatible con la vida normal de la misma.

»3.^a Las doctrinas de la jurisprudencia deben sistematizarse en una institua clara, según el orden mismo de los Códigos, y publicarse una edición nueva de ella todos los años, previa refundición, hecha a la vista de todas las sentencias que pronuncian los Tribunales y Juzgados de España, por un centro especial, distinto e independiente del poder judicial.

»4.^a El recurso de casación no responde a ninguna categoría racional en el Derecho, y debe suprimirse.

»5.^a La interpretación de las leyes debe ser siempre absolutamente libre, sin que el criterio personal del juzgador encuentre la menor traba en fallos anteriores, propio ni ajenos. Por consiguiente, la autoridad de las doctrinas admitidas por la jurisprudencia de los Tribunales, ora conserve su estado actual, ora se compendie y metodice en la forma propuesta en la conclusión 3.^a, ha de ser puramente moral y científica, y por *infracción* de ellas no ha de admitirse recurso de casación, en el supuesto de que éste subsista.

»6.^a Admitida la *infracción*, de la jurisprudencia de los Tribunales como mérito para producir la casación, es contraria al sentido racional de la Ley de Enjuiciamiento y a la doctrina sobre costumbre

local consagrada en el Código castellano de las Partidas y en las demás legislaciones civiles de la península, la declaración hecha por el Tribunal Supremo de que la práctica constante de una Audiencia, aún versando sobre costumbres vigentes exclusivamente en su territorio, no tienen bastante autoridad para que puedan invocarse útilmente como fundamento de un recurso de casación.

»7.^a Todas las sentencias pronunciadas por las Audiencias deben imprimirse y publicarse oficialmente dentro de los treinta días siguientes a su fecha; y de las pronunciadas por los Juzgados de Primera Instancia, únicamente aquellas que ofrezcan mayor interés desde el punto de vista de la jurisprudencia, si bien haciendo constar la aspiración de que todas ellas lleguen a obtener un día el beneficio de la publicidad.

»8.^a Otra condición de normalidad para la obra de la jurisprudencia es que el Derecho civil enseñado en cada Universidad sea el vigente en el territorio a que ésta corresponda; y que cuando un doctor o licenciado sea designado para desempeñar funciones judiciales en territorio cuyo Derecho civil no hubiese cursado oficialmente, deba sufrir, como trámite previo a la toma de posesión, un examen riguroso, donde pruebe que aquel derecho le es perfectamente conocido. Madrid, 19 de agosto de 1888.»

Cotejando estas conclusiones con las cuatro primeras propuestas por la ponencia del tema 3.º del Congreso Jurídico Español de Madrid —pues las cinco últimas del mismo tema se refieren a la costumbre—, que fueron firmadas por los ponentes B. Oliver, J. M. Pantoja, F. Giner de los Ríos y el mismo Costa, el 20 de noviembre de 1888, pero que fueron rechazadas por el Congreso en las votaciones, puede observarse:

— La primera de uno y de otro coinciden literalmente hasta las palabras «deben concurrir a ella»; y a partir de ahí, mientras Costa propone «todos los Tribunales de la nación de cualquier grado que sean», la ponencia del Congreso de 1886 terminaba «las Audiencias y los Juzgados de Primera Instancia, lo mismo que el Tribunal Supremo».

— La segunda de Costa, que aboga en contra de la existencia de un Tribunal Supremo, no aparece entre las conclusiones del tema tercero de 1886.

— La tercera de Costa es igual que la segunda del tema tercero de 1886, con la sola diferencia de sustituir el inciso de ésta «que reproduzca las categorías fundamentales de los Códigos» por «según el orden mismo de los Códigos».

— La cuarta del León de Graus, que pide la supresión del recurso de casación, diciendo que «no responde a ninguna categoría racional en el Derecho», no aparece en la ponencia tercera de 1886.

— La quinta del altoaragonés corresponde a la cuarta del tema tercero de 1886, con las diferencias: de que la llamada a la conclusión tercera hecha por Costa, en la ponencia de Madrid es a la segunda,

debido a que Costa intercala otra segunda, no existente en aquélla, y de que, en su inciso final, a partir de «infracción de ellas», la conclusión de la ponencia del Congreso de Madrid termina «no debe admitirse el recurso de casación, salvo en lo tocante a aquellas ramas del Derecho que no se hallen codificadas», mientras la propuesta de Costa dice «no ha de admitirse recurso alguno de casación, en el supuesto de que éste subsista».

— No aparecen entre las conclusiones de la ponencia del tema tercero del Congreso de 1886 en Madrid, las propuestas de Costa: sexta, impugnatoria también del recurso de casación; séptima, proponiendo la impresión de publicación oficial de todas las sentencias de las Audiencias y de las que ofrezcan mayor interés entre las de los Juzgados de Primera Instancia, con la aspiración de que un día pueden publicarse todas, y octava, propugnando que en cada Universidad se enseñe el Derecho civil vigente en el territorio que le corresponda y que quienes sean designados para ejercer en él funciones judiciales, deban pasar un examen riguroso del correspondiente derecho.

V

Tengo a la vista el ejemplar conservado en la Biblioteca Nacional de Madrid del volumen de *Actas del Congreso Jurídico de Barcelona, septiembre de 1888*, publicadas por la Comisión organizadora, Barcelona, Imprenta de Jaime Jepús y Roviralta, calle del Notariado, número 9, 1889. En él no aparece publicada la ponencia de Joaquín Costa. Y, al final de la página 140 del volumen, se halla esta nota aclaratoria:

«Nota. La notable ponencia del señor don Joaquín Costa, que para la discusión hubo de ser conocida manuscrita y no impresa (hemos visto que sí fue impresa), por causas superiores a la voluntad de la comisión organizadora, no ha podido continuarse [será contenerse] en este libro en virtud de razones de delicadeza del autor, que se han debido respetar, aún cuando sea sensible no tenga dicho importante trabajo la publicidad de que es digno.»

De los cuatro ponentes del tema primero: Bienvenido Oliver, no presentó ponencia; ya hemos visto lo ocurrido con la de Joaquín Costa, y, así, solamente presentaron las suyas: el catedrático de la Universidad de Salamanca, Enrique Gil y Robles, y el Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, Magín Pla y Soler. Y tan sólo este último asistiría al Congreso, como él mismo expresó al comenzar su discurso (cfr. página 143) al que después me referiré: «Me veo precisado a hacer uso de la palabra, por ser el único aquí presente de los ponentes del tema que se discute.»

Un primer examen de este tema primero nos muestra que fue desarrollado durante todo el día 2 y su votación se efectuó en la mañana del 3 de septiembre.

El volumen de las actas publica, primero, las ponencias de Gil y Robles y de Pla y Soler, y, seguidamente, las enmiendas presentadas por José María Borrell y Soler, Buenaventura Agulló y José Milá y Pi.

a) La *ponencia de Enrique Gil y Robles* ofrece dos características fundamentales: una, su punto de partida filosófico-jurídico, y otra, su perspectiva práctica de moderar y matizar las conclusiones de la ponencia al tema tercero del Congreso Jurídico Español de Madrid de 1886.

El punto de partida filosófico-jurídico de este ilustre catedrático de la Universidad de Salamanca es el mismo concepto de jurisprudencia, considerado como «algo más que ciencia, porque es sabiduría del Derecho»; «es el saber filosófico del Derecho, de aquellas razones supremas que trascienden del orden propiamente jurídico»; que arranca «de la primera parte de aquella elegante y profunda definición»: *divinarum atque humanarum rerum notitiae*, que funde los conocimientos fundamentales y auxiliares del Derecho, y desde la cual «discierne lo que llaman los lógicos *ultima diferencia*, la segunda parte *iusti atque iniusti scientia*».

Pero —añade— la jurisprudencia no es sólo esto, sino que «brilla también por la importante nota que indica la composición etimológica del término *prudencia iuris*; mostrándose al propio tiempo que hábito del entendimiento, hábito de la voluntad, prudencia de la justicia, virtud con la que a la vida se atempera el Derecho, midiendo con razonable cautela las relaciones y circunstancias de eso que ahora se llama el momento histórico»; que, en definitiva «no puede significar otra cosa que la prudencia, el tema práctico que en la *realidad* discierne la justicia y la injusticia con el doble criterio de la idea y del hecho».

Por ello, Gil y Robles entendía que la jurisprudencia era labor que debía desarrollarse al legislar, al sancionar las costumbres y al interpretar las normas escritas o consuetudinarias; misiones, la primera, del legislador, y las otras dos de los Tribunales de justicia. Pero, en la segunda labor, en cada región de Derecho especial, una asamblea o comisión permanente debería ordenar cuanto expresara usos para facilitar la labor de los Tribunales.

En su perspectiva práctica, este ponente, mostró su discrepancia con la ponencia de Giner de los Ríos, Pantoja, Oliver y Costa en el Congreso de Madrid de 1886, por estimar ésta órganos jurisprudenciales al Tribunal Supremo (hemos visto que Costa no admitía este Tribunal, según expreso en la ponencia que presentó para el de Barcelona), a las Audiencias Territoriales y hasta los Juzgados de Pri-

mera Instancia. Gil y Robles estima que —aparte de la jurisprudencia puramente doctrinal y privada— el ministerio jurisprudente de los Juzgados y Tribunales, «no puede ser, sin embargo, igual, por no ser iguales ni el saber que se les supone, ni el arbitrio que se les encomienda, ni la extensión territorial de sus jurisdicciones respectivas». Y así lo razona —basándose especialmente en «la más cumplida experiencia y prudente madurez de Magistrados encanecidos» y en el menor agobio de asuntos— para deducir sus conclusiones.

Es de notar que —a su juicio, que resulta contrapuesto al radical rechazo del Tribunal Supremo que proclama Costa— el arbitrio jurisprudente «ha de estar, según buenos principios de filosofía del Derecho, sujeto a ciertas condiciones, que ni lo encadenen o anulen, ni le dejen una libertad ilimitada de que no suele gozar el mismo arbitrio inherente a la soberanía. El círculo en que haya de moverse es más bien que materia de disquisición científica, asunto de política prudencial, en consideración de la moralidad y cultura pública, del *sentido jurídico* del pueblo, de la consiguiente fuerza y significación de la costumbre, del adelanto de la legislación escrita, con otras muchas circunstancias, entre las cuales ninguna más digna de cuenta y reflexión que el estado de la magistratura».

De las conclusiones propuestas por el catedrático salmantino interesan, en especial, los siguientes particulares:

«2.^a La doctrina legal es un verdadero derecho honorario procedente: o de la *sanción delegada* que ciertas sentencias prestan al *uso* jurídico, declarando *habitual* y convirtiéndole *ipso facto* en costumbre, o de la *interpretación* que por justo y prudente *arbitrio* dan al Derecho consuetudinario o escrito los Tribunales de justicia.»

«3.^a Los Juzgados de Primera Instancia o Tribunales de Partido no podrán convertir el *uso* en *costumbre*, ni establecer jurisprudencia interpretativa con carácter de doctrina legal obligatoria para los casos sucesivos.»

«6.^a Las Audiencias regionales de cada Estado nacional son órganos y factores de jurisprudentes de doctrina legal en el territorio de su jurisdicción, en el doble concepto de interpretación del Derecho vigente y sanción del consuetudinario.»

(En nota a pie de página explica así las palabras «de cada Estado nacional»: «Por el espíritu y criterio del informe comprenderá el Congreso que no expresan éstas y otras frases parecidas el principio republicano federal, orgánico o sinalagmático, del Derecho nuevo, de cuya doctrina no puede estar más distante el autor». Es decir, Enrique Gil y Robles mantenía los conceptos clásicos de «Estado» y de «nación», y no los revolucionarios jacobinos y garibaldinos, ni el hegeliano, que hoy prevalecen.)

«8.^a El Tribunal Supremo de Justicia emite en los recursos correspondientes *doctrina legal*, interpretativa o *consuetudinaria*...»

«9.^a Contra toda sentencia definitiva fundada en interpretación

o uso jurídico contrarios a Derecho escrito o costumbre sancionada, se otorga apelación ante la Audiencia correspondiente y recurso de casación por *lesión de equidad*.»

«10.^a Contra la sentencia fundada en caso contrario a Derecho escrito o consuetudinario, que dictare en recurso de casación por lesión de equidad, en los juicios de mayor cuantía, la Sala correspondiente del Tribunal Supremo de Justicia, se otorgará, un recurso de *revista de suplicación*, en la forma siguiente:

»Para los negocios de Castilla, ante una Sala extraordinaria constituida por la otra de Castilla y de León y Galicia.

»Para los de estos reinos, por las dos Salas de Castilla.

»Para los de Aragón, por la Sala de Cataluña, por las Salas vasconavarra y aragonesa.

»Para los de Navarra y Vascongadas, por las Salas aragonesa y catalana.

»La sentencia en que se decida este recurso tendrá por objeto anular, confirmar o modificar el fallo anterior suplicado.»

Las propuestas 12.^a y 16.^a se refieren a la peculiaridades de la «*jurisprudencia honoraria en materia penal*», a la que señala un campo mucho más restringido.

b) La *ponencia de Magín Pla y Soler* es más empírica y ceñida al Derecho constituido, aunque muy bien documentada incluso doctrinal e históricamente.

El ilustre Magistrado, entonces Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, partió de la necesidad de interpretación de las leyes ante cada circunstancia de hecho, tal como —dice— ya advirtieron los redactores del Código civil francés, a despacho de los sueños de Napoleón. A esta necesidad responde la jurisprudencia «llamada a determinar el sentido y alcance de las leyes y a llenar los vacíos que se encuentren en las mismas», y que puede ser «usual o judicial, obra la primera de los jurisconsultos y la segunda de los Tribunales», «que constituyen el Derecho científico» y que «podrían comprenderse bajo la denominación de jurisprudencia, tomando esta palabra en la acepción de ciencia o conocimiento del Derecho en sus aspectos teórico o especulativo o práctico».

La jurisprudencia doctrinal —explica Magín Pla— «ha disfrutado por largo tiempo de autoridad de doctrina legal, constituyendo una de las fuentes del Derecho»; pero —concluye después del análisis que efectúa— «se ha de concluir que actualmente en España no tienen autoridad de doctrina legal las opiniones de los jurisconsultos por sí solas, si no están robustecidas por la sanción de la autoridad».

Quedan sólo con «autoridad de doctrina legal» la jurisprudencia judicial o de los Tribunales, «que se encuentra en los fallos de las cuestiones deducidas en juicio, y que, por lo mismo, no tiene paridad con el *ius honorarium*, nacido de los edictos de los Magistrados que

en Roma estaban investidos del *ius discendi*». Como precedentes, cita el Digesto 2, 3, 38; la Partida 1, 2, 5, y la Pragmática de Pedro el Ceremonioso de 15 de marzo de 1374. Esta «revela la existencia de verdaderas costumbres judiciales; viniendo a confirmarlo el cuidado que se nota en los tratadistas en buscar las sentencias del antiguo Senado el apoyo de sus opiniones; y la circunstancia remarcable de llevar varias de sus obras el título de *resoluciones* o *decisiones* del mismo Senado».

A su juicio: «Puede afirmarse en términos absolutos y categóricos que es admisible y hasta necesaria, y está admitida en los juicios civiles, y que no tiene ni debe tener cabida en los criminales, para suplir el silencio de la ley, sino en todo caso únicamente para fijar su acertada inteligencia y recta aplicación y para la apreciación de circunstancias atenuantes no previstas en la misma.»

«Encomendada a aquel alto Tribunal [el Supremo] la formación de la jurisprudencia, claro es que ahora no pueden formarla las Audiencias, y esto, no sólo por virtud de la prescripción de la ley, sino también porque las sentencias que la constituyen han de ser las que tengan mayores presunciones de acierto; presunciones que suben de punto en las que ponen a término el juicio, después de repetida, y prolíja discusión de las cuestiones litigiosas y de las resoluciones recurridas.» Sin perjuicio de que los fallos de las Audiencias, «mientras no existía un centro judicial para este fin precisamente establecido, forzosamente hubieron de formarla, por lo menos en los territorios que tienen legislación especial, conforme ha reconocido el Tribunal Supremo, aceptando como doctrina legal la jurisprudencia admitida por la Audiencia de Barcelona, según puede verse en varias sentencias, entre ellas las de 20 de diciembre de 1863 y 28 de septiembre de 1867».

De las conclusiones propuestas por Pla y Soler —coherentes con su ponencia— extracto:

1.^a «Actualmente no disfrutan en España de la autoridad de doctrina legal las opiniones de los jurisconsultos, mientras no estén aceptadas por los Tribunales.»

2.^a «Podría, sin embargo, otorgársela sin este requisito cuando acerca de la naturaleza y efectos de determinados actos jurídicos que, en razón a no estar regulados por las leyes, debiesen regirse por los principios generales del Derecho, existiese una opinión común y constante que hubiese llegado a servir de guía para la formalización de los contratos y la ordenación de las últimas voluntades.»

Las propuestas conclusiones 3.^a y 4.^a se refieren a la inadmisión de jurisprudencia penal, según previene la 5.^a: 1.^o «para fijarla verdadera inteligencia de la ley penal», y 2.^o «para determinar circunstancias atenuantes equivalentes o análogas».

La 6.^a exige para formar jurisprudencia más de dos sentencias en un lapso de mínimo de diez o al menos de cinco años.

7.^a «La jurisprudencia, para disfrutar de tal autoridad, ha de reunir los requisitos intrínsecos de que deben estar adornadas las leyes para ser moral y legalmente obligatorias, y además el otro requisito de no ser contraria a las leyes».

(La exigencia del primero de estos dos requisitos internos nos muestra que Pla y Soler, aunque sólidamente ceñido al Derecho constituido, no era positivista.)

8.^a «Como requisito extrínseco es necesaria la publicidad.»

9.^a «Desde que se halla establecido el Tribunal Supremo, sus sentencias son las únicas que forman jurisprudencia autorizada.»

10.^a «Antes del establecimiento de este Tribunal, la formaban las sentencias de las Audiencias de los territorios que tienen legislación especial.»

10.^a «La publicación en la Gaceta de todas las sentencias del Tribunal Supremo ha producido inconvenientes en la práctica.»

11.^a «Para evitarlos podría adoptarse uno de los dos siguientes sistemas:

»Primero.—Que se publiquen las sentencias decisorias de cuestiones en que fuese precisa la jurisprudencia por oscuridad, ambigüedad, antinomia o deficiencia de las leyes.

»Segundo.—Que el Tribunal Supremo en pleno, o su Sala de Gobierno o la de justicia, que tiene a su cargo la decisión de los recursos de casación en el fondo, constituyese una Comisión legislativa, la cual, examinando periódicamente las sentencias, extrajese de ellas y publicase la jurisprudencia que resultare establecida.»

c) *La enmienda de José María Borrell y Soler*, delegado del Colegio de Abogados de Barcelona y que, en ella, se presenta como ocupado «por afición y por necesidad, más en el estudio y solución de casos prácticos que en desenvolver problemas científicos», expresaba su preocupación —que decía era común a quienes, por profesión o en defensa de sus derechos debían acudir a los Tribunales de justicia—, ante el lamentable desorden en que se encontraban las resoluciones, las soluciones contradictorias, «resultando una verdadera inseguridad jurídica en el foro y un temor quizá exagerado, pero con un gran fondo de verdad en letrados litigantes», resultando o «prolijo o difícil» el estudio de las sentencias precedentes por la «superabundancia de material», «incierto en sus resultados y apremioso en el modo de verificarlo».

A su juicio, debía circunscribirse la autoridad legal a las sentencias del Tribunal de Casación, es decir, las que resuelven asuntos que llegan «depurados, espurgados de las incidencias y superfluídas que los embarazan durante su curso limitada la discusión a un concepto puramente legal y partiendo de hechos que se tienen por indubitables, y la decisión se limita a sí, en lo en ellos establecido, fue o no acertada la aplicación que se hizo de la ley».

También razonó que la doctrina de los autores sólo debería considerarse fuente de jurisprudencia cuando se refiriese a «instituciones arraigadas sin ley expresa, hijas de un Derecho puramente consuetudinario o establecido quizá contra la misma ley por ese Derecho», y que debe excluirse la opinión de autores contemporáneos y las discusiones pendientes, sino circunscribiéndose «a causas que pueden llamarse finidas y para cuyo conocimiento la única luz es la misma doctrina».

Para precisar en qué consiste la jurisprudencia, señaló la necesidad de distinguir «dos cosas totalmente distintas: la solución de la contienda y la regla dogmática que la sirve de fundamento. Aquélla dará lugar a la cosa juzgada, de ésta debe nacer la jurisprudencia».

Mas, para formarla, entendía que no eran aceptables todos los fundamentos de aquellas declaraciones judiciales, debiendo distinguirse según el Tribunal de casación se hubiese: limitado a aplicar la ley, fijando la inteligencia de ésta, o si se vio «precisado a suplirla y hasta quizá apartarse de ella». Explicando que se podía dar este último supuesto, porque la ley «no es perfecta ni puede ser eterna»; y que ante los «nuevos horizontes de perfeccionamiento jurídico, las costumbres o modo de ser social, que se modifica y cambia a cada momento, por manera tan insensible como cierta, creando nuevas necesidades y apagando otras, dando vida a relaciones desconocidas y matando las existentes; ambos elementos hacen desaparecer los motivos de la ley, y, por tanto, exigen la anulación de ella. Mas este proceso de transformación es tan constante como paulatino: se siente en casos aislados antes que lo observe la generalidad, presentándose al Tribunal sin que la opinión pública la exhiba, tiene aquél que resolverlo primero que aquélla reclame su remedio y el Juez, mirando a la equidad, atendiendo a los principios, esos sí eternos, de Derecho natural, falla a veces el caso concreto, justamente, mas contra el Derecho positivo».

A juicio de José María Borrell y Soler en estos casos, «la decisión judicial, que no puede alcanzar a regla de jurisprudencia, debe empero ser tenida en cuenta como autoridad, como elemento preparatorio de la modificación de la ley».

Como conclusiones, propuso, consecuentemente:

«1.º Que la jurisprudencia, para disfrutar de la autoridad de doctrina legal, debe limitarse a fijar la inteligencia de la ley.

»2.º Que las sentencias del Supremo Tribunal de Justicia deben ser la única fuente de jurisprudencia.

»3.º Que no deben disfrutar de autoridad dichas sentencias, sino las reglas de ellas deducidas.

»4.º Que una Comisión de Magistrados del Tribunal Supremo, en periodos no menores de un quinquenio, fije la doctrina que con carácter legal de jurisprudencia (conclusión 1.ª) se deduzca de las sentencias dictadas hasta aquella fecha —concrete también en principios

o reglas la doctrina que no merezca aquel concepto y que no disfrutará de autoridad legal—. La publicación de estos resúmenes no excluirá la de las sentencias íntegras, en la forma que viene practicándose.

»5.^a Que ante todo se proceda a determinar las reglas de jurisprudencia que se deducen de la sentencias proferidas hasta el presente.

»6.^o Se excepciona de las conclusiones precedentes, y para las instituciones jurídicas que carecen de ley expresa, que en todo o en parte las regula, la admisión de las doctrinas de los autores como jurisprudencia a ellas aplicable.»

d) La *enmienda de Buenaventura Agulló*, registrador de la propiedad y publicista, formulaba, sin exposición de motivos, una propuesta negativa y radical. La primera, que cambiaba la cuestión al plano de las otras dos:

«1.^o La jurisprudencia no disfrutará de la autoridad de doctrina legal.

»2.^o El juicio arbitral y el de amigables componedores serán forzoso en materia civil.

»3.^o Los Tribunales se limitarán el nombramiento de los Jueces árbítrios o de los amigables componedores, en ciertos casos, y a la ejecución de las sentencias y laudos.»

d) La *enmienda de José Milá y Pi*, tampoco lleva razonamientos de sus propuestas; pero el día primero del Congreso, pronunciaría un discurso justificándolas. Eran estas tres:

«1.^a Las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, en materia civil, publicadas en la «Gaceta de Madrid», por acuerdo de la Sala de Gobierno de aquél, sentarán jurisprudencia para el efecto de que pueda alegarse violación como infracción de *doctrina legal* en los recursos de casación, *siendo apreciable su pertinencia en cada caso por el Tribunal sentenciador*.

»2.^o Los fallos de las Salas civiles de las Audiencias Territoriales, publicadas de análoga forma que las sentencias del Tribunal Supremo por acuerdo y juicio también de sus Salas de Gobierno, servirán, en su respectivo territorio, de autorizados precedentes doctrinales, sin que, empero, puedan imponerse como preceptos legales infringibles para el efecto de casación.

»3.^o Las opiniones de los autores de Derecho constituirán otro elemento científico de la jurisprudencia; mas no doctrina legal, sino en cuanto hayan sido aceptadas por el Tribunal Supremo.»

VI

La sesión del día 2 de septiembre de 1888 fue presidida por Durán y Bas; actuaron de Secretarios, Ricardo Sasera, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, y Manuel de Las Heras, Notario del Colegio de Madrid. Ocuparon asientos de preferencia en la mesa, como Presidentes Honorarios, Laureano Figuerola, José de Carvajal y Vicente Romero Girón, los tres de Madrid, siendo el tercero delegado de la Real Academia de Jurisprudencia, y, como Vicepresidentes, Federico Enjuto; Manuel Danvila, delegado de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, y Antonio Rodríguez de Cepeda, Delegado del Colegio de Abogados de Valencia. Leída el acta de la sesión inaugural, quedó aprobada, y Durán y Bas cedió la presidencia a Laureano Figuerola.

Presentadas las enmiendas al tema primero, y puesto a discusión éste, hicieron sucesivamente uso de la palabra: Acacio Charrín, José Milá y Pi, Martín Trías y Doménech, Mariano Ripollés y Magín Pla y Soler.

a) El *discurso de Acacio Charrín*, brillante juriconsulto y Abogado del Colegio de Madrid, fue una rotunda afirmación de que era necesaria la unidad en la jurisprudencia y que su unificación debía efectuarla el Tribunal Supremo a través del recurso de casación. Vino a ser una réplica breve a la ponencia de Joaquín Costa y, en parte, a la de Enrique Gil y Robles, e incluso a la de Magín Pla y Soler, en cuanto a lo referente a las antiguas instituciones consuetudinarias de los territorios con Derecho especial.

«¿Qué es jurisprudencia?» Su respuesta comenzó por excluir que el tema que se debatía se refiriera al concepto expresado en el *Corpus Iuris*.

Y si bien reconocía: «Jurisprudencia sabéis todos que son las máximas, las opiniones, las teorías que exponen los hombres dedicados al *estudio del Derecho*, para la interpretación y explicación de las leyes; máximas, teorías y opiniones que unas veces han venido a formar un cuerpo de Derecho, un verdadero Código, elevándose a la categoría, como se elevó la sabia jurisprudencia romana por virtud de la sanción que les prestó la autoridad imperial (...) o llegan a constituir un cuerpo de doctrina que bien merece el dictado de ciencia, como ocurre hoy con el *Derecho internacional*, porque esas opiniones y esas teorías vienen a sentar doctrinas jurídicas basadas en las relaciones naturales y necesarias de los individuos y de los pueblos y fundadas en los mismos principios de Derecho natural.» Y, en este sentido, «todos contribuimos a crear la jurisprudencia: los Tribunales que fallan, los profesores que enseñan, los escritores de Derecho, los que ejercemos la profesión».

«Sin embargo, señores —advierte—, no se refiere a estas opiniones y comentarios de los escritores de ayer, ni a los de hoy, el tema que discutimos, sino a la *jurisprudencia de los Tribunales de Justicia*; esto es, a los principios, a las reglas, a las doctrinas de Derecho que los Tribunales sientan al interpretar y aplicar la ley en los diferentes casos sometidos a su decisión.»

«Por *doctrina legal* entiendo yo —dice— la que tiene más o menos explícitamente su fundamento y apoyo en la ley o en las reglas de Derecho; que es una deducción, una consecuencia lógica de los preceptos mismos de la ley o que se deriva directamente de los principios de Derecho, las reglas, las máximas, las declaraciones que se fundan en esos principios y en esos preceptos como emanados directamente de ellos (...) constituyen, a mi juicio, lo que se llama *doctrinas verdaderamente legales*, y declaradas una y otra vez por los Tribunales de Justicia, interpretando y aplicando las leyes, bien aclarando o explicando sus variedades o incoherencias y contradicciones, o ya supliendo y llenando sus vacíos u omisiones deben tener fuerza legal para la resolución de los casos idénticos a aquellos en cuya decisión fueran declaradas y sentadas.»

Y aquí, en ese punto, se enfrentó con la ponencia de Joaquín Costa (sin citarla *nominatin*), en tanto negadora del carácter obligatorio y de la verdadera fuerza de ley a la jurisprudencia. Hoy, contrapone Charrín, «en el estado actual de nuestras legislaciones civiles, si la doctrina legal con tal carácter no existiera, no tendrían solución posible muchos de estos conflictos o cuestiones entre particulares que se someten diariamente a la decisión de los Tribunales de Justicia». Y no sólo porque «nuestras leyes civiles, ya viejas, se nos presentan en tal estado de confusión, de divergencia, de contradicciones», sino que, aún dándose una ley «todo lo perfecta y acabada, que la limitada inteligencia del legislador pueda hacerla, siempre resultará que esa ley, que no ha de ser casuística, necesita interpretación o explicación, y tiene, por tanto, la necesidad de las diferentes declaraciones de los Tribunales de Justicia, o sea, de la *jurisprudencia de los Tribunales...*» y «viene la *doctrina legal* en esa misma interpretación y explicación».

Dice Charrín que, «si esa doctrina legal no llega a tener carácter obligatorio, una vez reunidas ciertas condiciones; si todos los Jueces y Tribunales pueden interpretar y explicar la ley, y éstos la explicarán de distinta manera», no habría «verdadera interpretación de la ley», ni «solución a los conflictos o cuestiones entre particulares, o habrían distintas soluciones para casos idénticos, resultado de esa diferencia de interpretación la incertidumbre del Derecho, la confusión de la justicia, es decir, los males todos consiguientes a la vaguedad, oscuridad o deficiencia de una ley que no ha tenido ni puede tener una verdadera y derecha interpretación».

Por eso, concluye «que debe existir doctrina legal con carácter

obligatorio», y que debe ser la jurisprudencia de los Tribunales, que «disfrute de la autoridad de doctrina legal»; para lo cual, «ha de ser una, constante y repetida y declarada por un Tribunal único, y publicada en forma conveniente en el órgano oficial, o sea en la *Gaceta*»; y así: «tener carácter obligatorio para que los Tribunales ajusten a ella sus fallos debiendo ser la infracción de la doctrina que esa jurisprudencia siente, motivo y fundamento bastantes para el recurso de casación».

«La verdad es una —sigue— y no puede ser otra cosa; del mismo modo no existe más que una doctrina legal: la que se apoye más o menos explícitamente en la ley, o se derive o emane de ésta de una manera directa y legítima; la jurisprudencia, por tanto, ha de aspirar siempre a obtener esta unidad de doctrina que es la garantía única que podemos conseguir de esa doctrina que es la verdaderamente legal.»

Pero subraya «la imposibilidad de obtener la doctrina legal si no existiera un Tribunal único y supremo, encargado de formar jurisprudencia»; mas «porque ese Tribunal, que se compone de hombres, por grande que sea su sabiduría y mayores aún sus deseos de acuerdo, puede equivocarse, hay que exigir necesariamente la repetición de sus declaraciones en el mismo sentido, en la misma forma y con igual espíritu y tendencia, para reconocer en las máximas o reglas que asiente el carácter de verdadera doctrina legal.»

«He visto —advierte— en los dictámenes de los señores ponentes combatidas estas afirmaciones». Así sigue:

— «En alguna ponencia [la de Costa] se combate la unidad de la jurisprudencia fundándose de que no existe en España la unidad de Derecho, y se exponen opiniones contrarias al recurso de casación, y claro es que para este señor ponente, está de más el Tribunal Supremo.»

— «En otra ponencia [la de Gil y Robles] se pretende que la jurisprudencia sea establecida por los Tribunales regionales [no dice que toda, sino solamente la correspondiente a su Derecho peculiar], constituidos en una u otra forma; pero respondiendo a la diversidad de legislaciones civiles vigentes en España.»

El no estaba de acuerdo con estas dos posiciones: «Yo reconozco esta variedad; pero reconocedme también vosotros la necesidad de unidad de la jurisprudencia.»

Esta «no crea un Derecho nuevo»; «tiene sólo por objeto la recta interpretación, la debida aclaración y la justa aplicación de esas leyes; no hay pues motivo alguno para manifestar recelo de que la unidad de la jurisprudencia venga a matar, a concluir, ni siquiera a desvirtuar, la variedad del Derecho establecido». [Sin embargo —como hemos visto antes (IV, 4), resumidas por Castán Tobeñas—, en varias ocasiones, el Tribunal Supremo aplicó el Código civil en materias que

no debían regirse por él, según el originario del Código civil, artículo 12].

Sigue Charrín advirtiendo que «costumbres que no pueden invocar en su apoyo fuero alguno, y, sin embargo, han sido sancionadas y lo son hoy, por repetidas declaraciones de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo»; y pregunta: «¿cómo se explica que los que más encarecidamente piden que se respeten esas costumbres se declaran contrarios a la jurisprudencia y a la doctrina legal con carácter obligatorio? Pues si esa doctrina legal, o esa, jurisprudencia, no deben llegar a tener nunca ese carácter, ¿cómo podrán dar lugar a esas costumbres?» [Costa contestaría, sin duda, que esa sanción no les debía ser necesaria, que había necesidad de ella].

Ante las soluciones: de crear Tribunales regionales [de Gil y Robles] y de que todos los Tribunales de Justicia puedan formar jurisprudencia [Costa proponía incluso la participación de los Juzgados de Primera Instancia], preguntó cómo la formarían todos, si cada uno «crearía una doctrina suya»: «¿Cuál de aquéllas sería la verdadera para fundar o impugnar el recurso de casación?» [recordemos que Costa no lo admitía]. E insistió: «Creo firmemente en la necesidad de una jurisprudencia establecida por un Tribunal único, como medio único también de obtener la recta interpretación de las leyes; pero a condición de que esa jurisprudencia reúna las condiciones de que (...) sea uniforme, constante y repetida».

Concluye su discurso: «Tendremos una ley [por el Código civil], expresión de la unidad y de la variedad de nuestro Derecho civil; más la aplicación de esta ley traerá consigo la formación de una jurisprudencia, la cual, si llega a reunir las condiciones que he señalado en mi discurso, debe tener y tendrá la autoridad de doctrina legal, porque será el complemento de la ley misma, y esa ley y esa jurisprudencia, creedme bien, harán en adelante más fácil que ha sido hasta ahora la realización de la Justicia en nuestra patria.»

b) El *discurso de José Milá y Pla* se puso en la línea del enfoque práctico que trataba de que se facilitase a particulares, Letrados y Jueces el conocimiento de la doctrina legal. Por ello, ya de entrada, enuncia: «No hablo de la jurisprudencia en la elevada esfera científica en que la definió Ulpiano, la entendió Justiniano y la explicó Heinecio; ni la tomo en el alto sentido de significar la *sabiduría del Derecho*, de que empieza ocupándose el señor Gil y Robles (...). Me refiero al auxiliar precio de la legislación a la función práctica encomendada por el legislador a los Tribunales de Justicia para que, interpretando la ley, supliendo sus vacíos, aclarándola, uniformándola en sus aplicaciones, forman, por su labor incesante y costosa, esto que se llama *doctrina legal*, y que según nuestro Derecho constituido viene a tener, en lo civil fuerza de ley, a lo menos para dar lugar a los recursos de casación.»

Milá y Pi entra en la polémica, ya planteada en las ponencias, enmiendas y discursos anteriores, para exponer su opinión:

— «Para mí no tiene duda: confiar la formación de la doctrina legal al mismo legislador, sería matar el Derecho consuetudinario, sería destruir, sería herir de muerte el elemento histórico del Derecho (...). Debe encomendarse, pues, esa función al poder judicial.»

— En cuanto a la opinión de los doctores, no compartía el parecer, «respetable y frecuentemente sostenido», del Magistrado Magin Pla, estimando que «debe ser sólo uno de los elementos científicos de la doctrina legal, uno de sus precedentes, en una palabra, una de las fuentes en que debe beber la función jurisprudente, pero no más (...) y por esto entiendo acertadas las declaraciones del Tribunal Supremo de Justicia sobre que las opiniones de los autores de Derecho sólo constituyen doctrina legal cuando son aceptadas por la jurisprudencia de los Tribunales». Si, en otro tiempo, la formulaban era porque «las distinciones de clase y la abundancia de fueros privilegiados torturaban la jurisdicción de los Tribunales» y «las obras de los jurisconsultos eran los únicos faros que iluminaban el mundo jurídico».

— Concretada la función judicial de la formación de la jurisprudencia como doctrina legal, discrepa en parte de la opinión de Acacio Charrín, opinando «que también las Audiencias Territoriales han de entrar en ese concierto de formar jurisprudencia». Aunque matizara su función del modo con el que creía que ambas esferas serían compatibles.

— «Soy partidario en lo jurídico —dice— de lo que llama uno de los ponentes, con feliz frase, la *unidad federal* del Derecho; quisiera para el Derecho civil la verdadera variedad de la unidad, principio en que estriba la Ley de Bases para el Código civil, aprobada por las Cortes de la nación, y a ese ideal creo nos acercáramos más y más dando mayor autoridad de la que hoy gozan a los fallos de las Audiencias, sin perjuicio de conservar íntegramente las atribuciones actualmente otorgadas al Tribunal Supremo.»

Para ello, deberían publicarse las sentencias de aquéllas en un boletín, que proponía se creara, propio de cada Audiencia.

Mas no para darles fuerza de doctrina legal; «pero sí para concederles en aquel territorio igual fuerza por lo menos que a las opiniones de los autores, a fin de que sirvan de precedentes autorizados al factor único reconocido de la doctrina legal, el Tribunal Supremo, constituyendo juntamente con las expresadas opiniones otro elemento científico de la jurisprudencia, otra fuente en que pudiera la jurisprudencia inspirarse».

Con ello estimaba que se reportarían las siguientes ventajas:

Primera.—«Cada territorio, cada comarca, cada provincia tiene su especial fisonomía, sus costumbres típicas; adapta a su modo de ser característico las leyes y hasta tiene su manera propia de litigar

o de plantear sus cuestiones litigiosas (...). En su virtud, algunas veces, el Tribunal Supremo no se halla en condiciones de interpretar fielmente las prácticas, usos, estilos y formas de contratar de cada una de equéllas, porque el eco de sus particulares necesidades no llega al centro de la Monarquía, en donde reside, con el virgor, con la claridad con que se perciben y conocen en el lugar de nacimiento (...). Créese por tanto, al efecto, un cuerpo de doctrina regional que temple la tendencia uniformista mal entendida, y al cual puede acudir el Tribunal Supremo para resolver con mayores garantías de acierto, los casos nuevos o dudosos, aceptando lo que estime aceptable y corrigiendo o rechazando lo que debe serlo.»

Segunda.—Hace falta «el norte de la jurisprudencia que guíe al litigante en sus pretensiones y al Letrado en sus consejos»; pues, «son numerosísimos pleitos que mueren después de la segunda instancia».

Tercera.—Hay juicios en los que la ley no autoriza el recurso de casación por quebrantamiento de ley, como los ejecutivos, los posesorios y otros, para los cuales, podrían llenarse «el vacío que hoy a veces se deplora», en sus puntos oscuros y dificultades».

Cuarta.—La ventaja de unificar criterios en las Audiencias en las que hubieran dos Salas de lo Civil.

Finalmente, abogó, para «evitar la avalancha de sentencias», por la propuesta de Gil y Robles y de Pla Soler de que «la Sala de gobierno del Tribunal Supremo escogiera las que debieran publicarse». Y afirmó que «las sentencias deben pesar, no por su número, sino por su calidad».

c) *El discurso de Martín Trías y Doménech*, miembro de la Junta de Gobierno de la Academia de Derecho de Barcelona —de la cual era presidente Juan Homs y Homs—, penetró en la discusión en el estado en que, según entendía, se hallaba en aquel momento en el Congreso.

— Respecto de la opinión de Magín Pla acerca de la doctrina de los autores en el supuesto en que —según hemos visto— éste le daba fuerza de doctrina legal, advirtió: «Bien se echa de ver que en estos casos, más que la opinión de los autores, constituye fuerza legal la costumbre generalizada, lo que se llama Derecho consuetudinario, base y fundamento de toda legislación sólida y estable».

— Respecto la jurisprudencia de los Tribunales, entró en la discusión de dos cuestiones:

Primera.—¿Cuáles Tribunales han de contribuir a formar jurisprudencia? ¿Cuál debe ser el órgano jurisprudente?

Resume: Según el ponente Pla y para Charrín, sólo debe formar jurisprudencia el Tribunal Supremo. Según Gil y Robles y Milá y Pi, han de formarla también las Audiencias Territoriales en el territorio de su circunscripción jurisdiccional. Frente a todos ellos, Costa estima que deben contribuir a forma jurisprudencia todos los Tribu-

nales [y Juzgados de Primera Instancia, no lo olvidemos] que existen en la nación.

Entrando ya en liza, parte del significado del verbo juzgar. El juzgador, dice Trías y Doménech, «conoce plena y perfectamente el hecho y la relación jurídica, el acto perturbatorio y la ley; pero no la ley en la letra muerta y fría, sino en su espíritu vivificador, en sus principios fundamentales (...) debe resolver el caso acudiendo necesariamente a los eternos e inmutables principios de la filosofía del Derecho, del Derecho natural, llamando en su auxilio a la lógica y aún al simple sentido común». La interpretación de la ley, «en su acepción más lata exige amoldar el Derecho, con la rigidez de sus preceptos, al caso concreto de que se trata».

Frente a la objeción, opuesta a las opiniones de que todos los Tribunales constituyan jurisprudencia, de que esto sería introducir la anarquía, consentir una diversidad de criterio, irritante a veces, lamentable siempre, pues ha de buscarse y obtener a toda costa la uniformidad, exclama: «Siempre la uniformidad ¡Cuántos sofismas se han sostenido, cuántos progresos se han hecho imposibles, y lo que es peor, cuántos atropellos se han realizado en aras de la uniformidad». Resume las afirmaciones de Costa —de que el Tribunal Supremo no obtiene la uniformidad, de la cual Trías y Doménech dice que es «un mito, una ilusión engañosa, no existe»; y concluye: «Tengo la convicción arraigadísima de que esta diversidad no puede menos de existir y existirá siempre, cualquiera que sea la organización que se dé al Tribunal Supremo, porque surge de la esencia de todo organismo humano que debe desempeñar la difícilísima y sagrada misión de aplicar el Derecho y, como se dice, está en la naturaleza de las cosas».

Segunda cuestión: ¿Cuál debe ser la fuerza de la jurisprudencia, ora nazca de un órgano único, ya se origine por los fallos de todos los organismos judiciales?

Después de destacar la diversidad de criterios que también advierte en las respuestas a esta cuestión, expresa:

— Que considerar sólo obligatoria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo «es petrificar e inmovilizar, como dice el señor Costa, una fuente de Derecho de suyo movable y continua, y además es correr el riesgo, como sucede hoy, de que se acojan por verdades inconcusas y obligatorias principios aún no bien depurados y acrisolados, pero que se contienen en un sólo fallo del Tribunal que impone su criterio».

— Y en caso de generalizar la autoridad de doctrina legal y el carácter de precepto obligatorio a la jurisprudencia que nace de los fallos de todos los Tribunales, pregunta: «¿Por qué negar tales carácter y autoridad a las opiniones de los jurisconsultos?» Y compara: «los considerados de las sentencias, dictadas dentro de un período breve y casi siempre premioso, bajo el peso de ocupaciones múlti-

ples» con «los dictámenes de los jurisconsultos que penetrados de las necesidades y del sentir de su época, consagran sus talentos y sus observaciones, en la soledad de su biblioteca al estudio de una sola rama del Derecho, tal vez de un punto concreto de la legislación positiva».

Concluye: «Mas no, señores: ni las opiniones de los jurisconsultos, ni las sentencias de los Tribunales, deben ir revestidas de la autoridad legal. Unas y otras son fuente valiosa de jurisprudencia; pero de jurisprudencia libre, con valor puramente doctrinal y científico». Y advierte que el propio Tribunal Supremo, en sentencia de 11 de diciembre 1865 lo expresó: «Las sentencias de este Tribunal Supremo, sólo son autorizados e indispensables precedentes para la uniformidad de la jurisprudencia, sin que sus determinaciones puedan imponerse como preceptos legales infringibles para el efecto de la casación a los que por razón de oficio tienen el deber de consultarlos y estudiarlos.» [He confrontado este considerando que es el antepenúltimo en la casación de la jurisprudencia civil de la RGL y J, volumen XII, número 438, página 460. Comienza: «Considerando, por lo que respecta a las sentencias que invoca dictadas por este Supremo Tribunal que éstas...» y sigue igual que la cita de Trías y Doménech. Y el siguiente considerando dice: «Considerando además que dichas sentencias sólo exponen doctrinas legales sin aplicación al presente caso»].

Trías y Doménech termina repitiendo una cita del Procurador General del Tribunal de Casación de Francia en 1837 —ya recordada por Costa, en su ponencia—, expresiva de que los fallos de los Tribunales no deben imponerse por la razón de la fuerza, sino por la fuerza de la razón: *non razione imperii, sed rationis imperio*.

Hemos visto antes (II, 9) que Juan Homs y Homs, en su carta a Costa del 26 de septiembre, se incluía entre «los partidarios de la ponencia de usted». También he dicho que Homs, además de Secretario del Congreso, era entonces Presidente de la Academia de Derecho de Barcelona; pues bien, Martín Trías y Doménech, al comienzo de su expuesto discurso, indicó que se veía compelido a levantarse «por las bondadosas instigaciones de mis compañeros». ¿Era la posición que expuso en su discurso la dominante en esta Academia de Derecho y, como las de Homs y del propio Trías Doménech, próxima a la de Costa? Digo «próxima» y no «idéntica» porque, como vamos a ver enseguida, Ripollés señaló una importante diferencia entre ellas.

d) *El discurso de Mariano Ripollés*, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y miembro de la Comisión de Conclusiones —conclusiones que cuando tomó la palabra ya habían sido propuestas a la Asamblea, según muestran este discurso y el siguiente de Pla y Soler— lo comenzó diciendo que no tomaba la palabra para defender el trabajo de esa Comisión —que no había sido atacado—, sino debido a que, «por obsequio» de ésta, se había

inscrita su nombre en los turnos; y advirtió: «Vengo a sostener opiniones completamente radicales y opuestas a las hasta aquí sostenidas.»

Incluía también, en su oposición, el discurso de Martín Trías, que le había precedido en el uso de la palabra, «que ha dicho que sostenía íntegra la opinión de la ponencia de don Joaquín Costa»; pero dijo Ripollés: «He notado cierta contradicción entre esta afirmación y la defensa que ha hecho».

Pienso yo que esa contradicción la encontraba en que no se había manifestado en contra del recurso de casación. «Yo vengo a sostener aquí —anunciaba Ripollés— que la jurisprudencia, en el tono y sentido que se le da en las ponencias todas, menos en la del señor Costa, es decir, como doctrina legal, como base y fundamento para dar lugar al recurso de casación y para que surta los efectos de un precepto legal sustantivo, a todos obligatorio, yo la rechazo en absoluto. Entiendo que no debe tener la jurisprudencia este carácter, que no debe tenerlo en el terreno de la teoría ni en el terreno de la práctica; que la doctrina legal no reviste esa fuerza en el orden jurídico, y que si la tiene en el orden de los hechos, no debería tenerla.»

«Vengo, señores —declaró—, a sostener íntegra la conclusión tercera, que he firmado con otros compañeros, para que sirviera, según el artículo 10 del Reglamento de base a la discusión y votación de esta Asamblea. La interpretación de las leyes debe ser siempre absolutamente libre.»

Hoy se dice «que debe ser la jurisprudencia base y fundamento de *doctrina legal*. ¿Qué significa esta frase? (...) ha venido a la ciencia, sin fijarse su valor dentro del tecnicismo del Derecho», con la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «pero no debe tener la significación que se le da en la práctica. Aunque la jurisprudencia sea efectivamente la vida real, la vida judicial y manifestación oficial del Derecho no puede servir para que se funden en ella recursos ante los Tribunales Superiores, ni menos puede servir para que, por ese medio, legislen los Tribunales».

Después, rectificó la tesis sostenida por Gil y Robles, en su ponencia, de que la jurisprudencia sancione la costumbre. «La costumbre —opone— no necesita la sanción de los Tribunales de Justicia (...). La costumbre es fuente del Derecho por sí sola, fuente soberana y más que eso la verdadera generadora, directora y sancionadora del Derecho.» «...sobre todo tratándose de pueblos que viven, como Aragón, bajo un régimen jurídico en que la costumbre no sólo suple la ley, sino que es fuente permanente de Derecho, aún para romper y derogar el fuero.»

«El Tribunal Supremo de Justicia —dice después— se creó para uniformar la jurisprudencia, y todo el mundo entendió que se trataba de uniformar la práctica y los procedimientos de los Tribunales inferiores; pero ha resultado que, en vez de uniformar la jurisprudencia, se pretende uniformar el Derecho, lo cual es muy diferente, y además

se legisla dando a sus decisiones una extensión y una preponderancia que no tienen». Y subraya que se ha dado a las sentencias del Tribunal Supremo de España «un alcance que el mismo rechaza», según la sentencia de 1865, citada allí aquella misma tarde por Trías y Doménech.

Contra la afirmación de Charrín de que —según le extracta Ripollés— «el ideal científico y nacional era la unidad de la jurisprudencia en la manera de ser de los Tribunales; la unidad del Derecho, como fundamento del poder social», pone que, la unidad del Derecho y de la jurisprudencia «no son posibles, porque una y otra significarían el estancamiento del Derecho: porque la unidad no puede concebirse allí donde existe una sociedad racional y libre, sino allí donde no es posible el progreso, porque mientras exista esta variedad, que tan mal se comprende y tanto se rechaza, pero que es la única fuente de adelanto jurídico, habrá choques de ideas y opiniones, diversidad de intereses; habrá, en una palabra, un modo de ser civilizador y progresivo; modo de ser que España puede alcanzar mejor que ninguna otra nación de Europa, por lo mismo que esta variedad se halla encarnada en toda su historia».

e) La sesión del 2 de septiembre terminó a las seis y media de la tarde, al concluir el *discurso* de Magín Pla y Soler que hizo uso de la palabra como único de los ponentes del tema discutido que se hallaba presente, y con el fin de exponer —dijo— «algunas breves y sencillas consideraciones sobre las conclusiones formuladas por la Comisión nombrada al efecto, lo cual me dará ocasión de contestar a algunas ideas vertidas en las brillantes peroraciones que con tanto gusto hemos escuchado».

De esas consideraciones que expuso, interesan las que refirió a la conclusión tercera —que acabamos de ver patrocinadas por Ripollés— y que la Comisión había recogido como alternativa de la primera, precisada por la segunda, Pla y Soler destaca que esta tercera «acertadamente se califica de antitética de las anteriores» y de ella dice que «si no hubiese dominado el criterio de dar mayor amplitud a la discusión no podría en rigor ser propuesta ni discutida porque, en mi humilde sentir, está completamente fuera del tema.»

Explica:

«El tema parte del supuesto de que existe realmente una jurisprudencia con autoridad de doctrina legal, y por eso pide la fijación de las condiciones que debe reunir la jurisprudencia para disfrutar de tal autoridad. Si no se diese por supuesta la existencia de la doctrina legal, no vendría al caso pedir la determinación de sus condiciones.»

«La Comisión organizadora se encontró con una Ley del Procedimiento Civil que establece el recurso de casación, no sólo por infracción de ley, sino también por infracción de doctrina legal, que, por tanto, ha de ser obligatoria como lo es la ley. Al admitir, pues, la autoridad de esta doctrina, partió pues de un hecho real e histórico».

Hasta aquí, las razones se centran en que la propuesta se salía fuera de la cuestión planteada. Pero, en seguida, entra a defender por razones de fondo su posición; al decir «que la admisión de esa autoridad de la doctrina legal, es a la vez un hecho racional. Rechazar la doctrina legal obligatoria equivale hasta cierto punto a negar la necesidad indiscutible de la legislación». Y dos párrafos más adelante continúa defendiendo su posición:

«La legislación como obra humana, no es de esperar que sea perfecta. Siempre han quedado y quedarán en ella, según tengo dicho en la ponencia, oscuridades que aclarar, ambigüedades que deslindar y precisar, antinomias que conciben deficiencias que suplir, crudezas que suavizar. Y, ¿qué recurso queda para remediar tales defectos?

»El poder legislativo no puede estar en funciones permanentes. Esta tarea ha de confiarse a la jurisprudencia, que viene a ser un complemento necesario de la legislación.

»Los derechos civiles no pueden dejarse en la incertidumbre.»

«Conviene, pues, que la jurisprudencia, reuniendo las condiciones que pide el tema, disfrute de autoridad obligatoria, a fin de que desaparezca en lo posible la incertidumbre. Interesa a los particulares, para saber a qué atenerse en sus actos jurídicos; interesa a los abogados, que estiman la dignidad de su profesión, para tener criterio seguro en los consejos que les piden y en la dirección de los litigios; interesa a los Tribunales, para tranquilidad de su conciencia.

»Y no cabe decir por esto que los Tribunales invadan las atribuciones del poder legislativo al formar jurisprudencia, limitada, como lo está, a aclarar oscuridades, deslindar y precisar ambigüedades, conciliar antinomias y suplir deficiencias de las leyes.»

Respecto de la conclusión cuarta —que planteaba si debía ser motivo de casación, ante la respectiva Audiencia Territorial, el quebrantamiento de práctica constante de la misma que versara sobre costumbres vigentes exclusivamente dentro de su territorio—, mostró su disconformidad; ya que, una vez establecido el Tribunal Supremo, las sentencias que formen su jurisprudencia «han de ser las que reúnen mayores presunciones de acierto»; pues, éstas, «suben de punto en las que se dictan, después de repetida y prolija discusión de las cuestiones litigiosas y del examen de las resoluciones recurridas», «llegado ya el límite que ha tenido que fijar la ley para evitar que se hagan interminables los litigios».

De la quinta, concreta «que sólo podría y debería atribuirse valor legal a la doctrina de los jurisconsultos cuando existiese opinión común y constante acerca de la naturaleza y efectos de determinados actos jurídicos que, en razón de no estar regulados por las leyes, deban regirse por los principios generales del Derecho, y cuando esa opinión común y constante, hubiese llegado a servir de guía para la formalización de los contratos y la ordenación de las últimas voluntades».

De su conformidad a la séptima y octava, dice: «Las sentencias, se ha dicho, reciben su valor, no de su número, sino de su conformidad con la ley y con los buenos principios de Derecho; inútil es, por consiguiente, atender al número. Pero de aceptar semejante doctrina, vendríamos a parar en el gravísimo inconveniente de que en cada litigio se habría de hacer juicio crítico de las sentencias que se invocasen, originándose cuestiones enojosas e interminables.»

»Los Tribunales no tienen la misión de legislar, sino tan sólo la de decidir cuestiones litigiosas y sus resoluciones, cuando quedan firmes, determinar irrevocablemente el Derecho controvertido para las personas a quienes alcance la cosa juzgada; mas no lo estatuyen con carácter general obligatorio. Sin embargo, si fallan repetidas veces en igual sentido, mediando entre la primera y la última resolución un espacio de tiempo dentro del cual haya sido posible equilar el valor científico de la primera, la conformidad de las resoluciones induce fundadas presunciones de acierto y concluye por formar jurisprudencia, a la cual puede racionalmente atribuirse el valor de doctrina legal.»

VII

Pienso que, antes de pasar al examen de las conclusiones del Congreso, puede ser útil tratar de poner en orden las distintas posiciones expuestas en ponencias, enmiendas y discursos:

a) Tenemos un sólo punto en el cual existe plena unanimidad. Ninguna de ellas toma postura exegética. Para todos, *interpretar es algo más que aplicar mecánicamente la ley al hecho sometido a juicio; no se trata de una simple subsunción del hecho en la norma.* Así dicen:

— Costa: «Cada uno de los infinitos hechos homogéneos abarcados debajo de la ley, conserva, no obstante, esa homogeneidad, un carácter propio e incommunicable, que lo distingue de todos sus congéneres y hace que no sea aplicable a unos la interpretación, o sea, la adaptación del precepto hecho para otros, y se requieren, por esto, tantas interpretaciones directas de él como hechos van ocurriendo.»

— José María Borrel y Soler: La ley «no es perfecta ni puede ser eterna»; el modo de ser social «se modifica y cambia a cada momento por manera tan insensible como cierta, creando nuevas necesidades y apagando otras»; «proceso de transformación, tan constante como paulatino», que «se siente en casos aislados antes que lo observe la generalidad, presentándose al Tribunal», el cual, «mirando la equidad, atendiendo los principios, eso sí, eternos de Derecho natural, falla en cada caso concreto justamente, mas contra el Derecho positivo».

— Charrín (que es el menos alejado de la doctrina de la exégesis): «Aún suponiendo que se diera una ley todo lo perfecta y acabada que la limitada inteligencia del legislador pueda hacerla, siempre resultará que esa ley no ha de ser casuística, necesita interpretación o explicación»; que puede ser, como antes ha dicho, bien aclarando o explicando sus vaciedades e incoherencias y contradicciones, o ya supliendo y llenando sus vacíos u omisiones.

Pla y Soler: «Siempre han quedado y quedarán en ella (la legislación), que como obra humana, no es de esperar que sea perfecta (...), oscuridades que aclarar, ambigüedades que deslindar y precisar, antinomias que conciliar, deficiencias que suplir, crudezas que suavizar.»

Esto explica la importancia de la jurisprudencia de los Tribunales, pero el problema comienza cuando se trata de determinar cuál es su *valor* y cuáles sus *límites*. Vayamos por partes:

b) En cuanto la *determinación de su valor*:

También hay acuerdo en que las sentencias deciden el caso y constituyen cosa juzgada cuando no quepa recurso a un Tribunal superior. Pero, a partir de aquí, comienzan las discrepancias en lo que se refiere a la *doctrina dimanante* de esas sentencias.

— Ha de ser puramente moral y científico (Costa, Trías y Doménech, Agulló, Ripollés).

— Constituye doctrina legal (Gil y Robles, Pla y Soler, J. M. Borrell y Soler, Milá y Pi, Charrín).

— Es fuente del Derecho, en cuanto tiene valor y fuerza de ley (conclusión 1.^a).

c) En cuanto a la determinación de los *Tribunales de quienes dimana la jurisprudencia*, hay variedad de criterios:

— Sólo el Tribunal Supremo (Pla y Soler, J. M. Borrell y Soler, Charrín).

— Además, las Audiencias Territoriales, para el Derecho peculiar y especial de su respectivo territorio (Gil y Robles, Milá y Pi); si bien Milá y Pi restringe: «No pueden imponerse como preceptos legales infringibles para el efecto de casación.»

— A todos (Costa, Trías y Doménech y Ripollés).

— A ninguno (Agulló).

d) En cuanto al valor de la jurisprudencia de Juzgados y Tribunales respecto de la costumbre:

— Gil y Robles creía que las sancionaba.

— Trías y Doménech y Ripollés, según estimaban el criterio de Costa, afirmaron que las costumbres no necesitaban esa sanción, que de por sí constituyen fuente de Derecho.

e) En cuanto a la conveniencia del *recurso de casación*:

— Lo defendieron como necesario Gil y Robles, Pla y Soler, J. M. Borrell y Soler, Milá y Pi, Charrín.

— No lo combatió ni defendió, Trías y Doménech.

— Lo rechazaron: Joaquín Costa —que incluso se mostró expre-

samente contrario a la existencia de un Tribunal Supremo por encima de las Audiencias Territoriales— y Ripollés.

— Para Agulló carece de sentido, dada la función que otorga a los Tribunales.

Ninguno profundizó si, dado el recurso de casación, cabía compaginar la autoridad de la jurisprudencia, como doctrina legal, con lo declarado por el mismo Tribunal Supremo en la sentencia de 11 de diciembre de 1865. Creo que sólo resultaría posible concordarlo si no se considera fija e inamovible la doctrina legal, sino, contrariamente, dinámica siempre en busca de la mejor razón para cada caso concreto.

f) En cuanto a la *doctrina de los autores*:

— Para quienes (Costa, Triás y Doménech y Ripollés) consideran la jurisprudencia de los Tribunales con valor únicamente moral y científico, no existe diferencia esencial con la de los Tribunales, y, en cada caso, deberán ponderarse una y otra.

— Según Pla y Soler, hemos visto que, a falta de ley aplicable, la opinión común de los jurisconsultos debe considerarse doctrina legal en materia de principios generales del Derecho.

— Para Milá y Pi constituye un elemento científico de la jurisprudencia, pero no doctrina legal, sino en el caso de que fuera aceptada por el Tribunal Supremo.

g) En cuanto al *modo de seleccionar la jurisprudencia*:

— Debería existir un centro reductor, presidido por un jurisconsulto, e independiente del poder judicial que, cada año, clasificara todas las sentencias dictadas por Tribunales y Juzgados, las cotejase con las leyes y doctrinas interpretadas, formando con ello como un edicto, que periódicamente debería refundirse con una edición nueva cada año (Costa, Triás y Doménech, Ripollés).

— La jurisprudencia establecida debe tener como requisito extrínseco la publicidad; y la Sala de Gobierno o el Pleno deberían seleccionar y precisarla, examinando periódicamente las sentencias dictadas (Pla y Soler y J. M. Borrell y Soler, con matices diversos).

— Ha de ser repetida, constante y publicada en la Gaceta (Charrín).

— Debe bastar la publicación de las sentencias: las del Tribunal Supremo en la Gaceta y las de las Audiencias respectivas en una publicación oficial de éstas, tratándose de materias de Derecho especial de su territorio.

La perspectiva que ofrece el repaso efectuado, creo aclara el fondo jurídico de la discrepancia principal. Esta dinama en la preocupación, para unos, de la seguridad jurídica, y, en otros, de la necesidad de no petrificar el Derecho y de mantener su dinámica adecuación a la vida real.

— Para aquéllos la seguridad jurídica se obtiene con una jurisprudencia unificada.

— Según los segundos la dinámica jurídica sólo se consigue si

el pueblo vive activamente el Derecho en sus costumbres; de cuyo respecto dinama, a la par, la mejor seguridad jurídica para ese pueblo, que las vive, y para sus juristas prácticos, compenetrados con él.

Creo importante destacar la advertencia de Enrique Gil y Robles de que se trata de un tema que es «más bien que materia de disquisición científica, asunto de política prudencial, en consideración de la moralidad y cultura pública, del *sentido jurídico* del pueblo, de la consecuyente fuerza y significación de la costumbre, del adelanto de la legislación escrita, con otras muchas circunstancias, entre las cuales ninguna más digna de cuenta y reflexión que el estado de la magistratura».

VIII

Llegamos al día 3 de septiembre de 1888 en el cual se votaron las conclusiones propuestas para el primer tema.

Durán y Bas cedió la presidencia a Federico Enjuto, y actuaron de Secretarios Homs y Charrín, los Presidentes Honorarios Laureano Figuerola y José de Carvajal y el Vicepresidente Manuel Danvila, ocuparon asientos de preferencia en la mesa.

Las conclusiones habían sido formuladas por una Comisión formada: por José Vilaseca Mogás, primer Delegado del Colegio de Abogados de Barcelona; por el Catedrático de la Universidad de Zaragoza, Mariano Ripollés, y por Eduardo Dato Iradier, Delegado del Colegio de Abogados de Madrid.

La Comisión de escrutinio, para este tema primero, estaba constituida: por el Notario de Barcelona y prestigiosísimo jurisconsulto Félix María de Falguera; por el Magistrado, Presidente de la Academia de Jurisprudencia de Barcelona y ponente, Magín Pla y Soler; por Ramón Castellar; por el Registror de la Propiedad y enmendante, Buenaventura Agulló, y por el Delegado del Colegio de Barcelona y comunicante José María Borrell y Soler.

Ante todo, llama la atención el hecho de que tan sólo las conclusiones segunda, décima y undécima obtuvieron voto favorable —de las cuales estas dos últimas eran referentes a los negocios criminales—. Tampoco obtuvieron votación favorable ninguna de las enmiendas presentadas por Buenaventura Agulló y José Milá y Pi. Las de J. M. Borrell y Soler no se pusieron a votación, éste, sin duda, debió retirarlas.

Las conclusiones que fueron propuestas y sus respectivas votaciones fueron las siguientes:

	<i>Votos</i>			
	<i>Sí</i>	<i>No</i>	<i>condic.</i>	<i>Abst.</i>
1. ^a «Entiéndese por doctrina legal la jurisprudencia contenida en las sentencias de los Juzgados y Tribunales, y revestida de carácter, valor y fuerza de ley, para los casos ulteriores formalmente idénticos y para fundar en su infracción el recurso de casación».	41	171	1	28
2. ^a «Entiéndese por doctrina legal la jurisprudencia contenida en las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, a los efectos que se indican en la conclusión anterior.»	119	94	1	27
3. ^a (Antitética de las anteriores.) «La interpretación de las leyes debe ser siempre absolutamente libre, sin que el criterio personal del juzgador encuentre la menor traba en fallos anteriores, propios ni ajenos. Por consiguiente, la autoridad de las doctrinas admitidas por la jurisprudencia de los Tribunales, ha de ser puramente moral y científica, y por infracción de ellas no ha de admitirse recurso de casación.»	88	129	2	22
4. ^a «Admitida la infracción de la jurisprudencia de los Tribunales como fundamento para producir la casación, debe ser también motivo de recurso el quebrantamiento de la práctica constante de una Audiencia, cuando verse sobre costumbres vigentes, exclusivamente, en su territorio.»	90	117	1	33
5. ^a «A falta de precepto lega, claro y terminante, podría considerarse la opinión de los jurisconsultos como doctrina legal, para los efectos de interponer recurso de casación.»	51	164	1	25
6. ^a «El Tribunal Supremo de Justicia emite, en los recursos correspondientes, doctrina legal, interpretativa o consuetudinaria en la tercera de tres sentencias conformes, sobre hechos formalmente idénticos.»	94	114	1	32
7. ^a «Para que la jurisprudencia obtenga la autoridad de doctrina legal, son necesarias tres sentencias del Tribunal Supremo conformes, sobre hechos idénticos, siempre que hayan transcurridos cinco años entre la primera y la tercera, y no sean contrarias a las leyes.»	80	127	1	33
8. ^a «Para que la jurisprudencia tenga la autoridad de doctrina legal, bastará con una				

	<i>Votos</i>		
	<i>Sí</i>	<i>No</i>	<i>Cond. Abst.</i>
sola sentencia del Tribunal Supremo de Justicia.»	137	202	26
9. ^o «Sólo se publicarán en la <i>Gaceta</i> o <i>coleccion oficial</i> las sentencias en que fuese precisa la fijación de jurisprudencia por oscuridad, ambigüedad, antinomia o deficiencia de las leyes. La designación de las sentencias que hayan de publicarse estará a cargo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo.»	100	110	31
10. ^a «No es admisible, en los negocios criminales, la jurisprudencia con autoridad de doctrina legal.»	137	71	33
11. ^a «Podrá admitirse la jurisprudencia como doctrina legal:			
»Primero.—Para fijar la verdadera inteligencia de la ley penal.			
»Segundo.—Para determinar circunstancias atenuantes de igual entidad o análogas a las previstas en ella.»	129	72	8 32

Las conclusiones de la enmienda de Buenaventura Agulló arrojaron este resultado:

	<i>Votos</i>		
	<i>Sí</i>	<i>No</i>	<i>Cond. Abst.</i>
1. ^a «La jurisprudencia no disfrutará de la autoridad de doctrina legal.»	75	117	49
2. ^a «El juicio arbitral y el de amigables componedores serán forzosos en materia civil.»	24	171	46
3. ^a «Los Tribunales se limitarán al nombramiento de los jueces árbitros o de los amigables componedores, en ciertos casos, y a la ejecución de las sentencias y laudos.»	23	176	42

Y las propuestas en la enmienda de José Milá y Pi, el que sigue:

	<i>Votos</i>		
	<i>Sí</i>	<i>No</i>	<i>Cond. Abst.</i>
1. ^a «Las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia en materia civil, publicadas en la « <i>Gaceta de Madrid</i> », por acuerdo de la Sala de Gobierno de aquél, sentarán jurisprudencia para el efecto de que pueda alegarse su viola-			

	Votos			
	Sí	No	Cond.	Abst.
ción como infracción de <i>doctrina legal</i> en los recursos de casación, <i>siendo apreciable su pertinencia en cada caso por el Tribunal sentenciador.</i> »	46	140	3	52
2. ^a «Los fallos de las salas civiles de las Audiencias Territoriales publicadas en análoga forma que las sentencias del Tribunal Supremo, por acuerdo y a juicio también de sus Salas de Gobierno, servirán, <i>en su respectivo territorio</i> , de autorizados precedentes doctrinales sin que, empero, puedan imponerse como preceptos legales infringibles para el efecto de la casación.»	67	121	2	51
3. ^a «Las opiniones de los autores de Derecho constituirán otro elemento científico de la jurisprudencia; mas no <i>doctrina legal</i> , sino en cuanto hayan sido aceptadas por el Tribunal Supremo.»	75	106	2	58

Renuncio, por falta de otros datos, a valorar ese rechazo general.

Sólo hago notar que la única conclusión referente a la jurisprudencia civil, fue la segunda, pero mediatizada por el rechazo de la primera (de la cual, dijo Magín Pla y Soler, que era complementaria); es decir, parece, por ello, que su aprobación no proponía que se diera a la jurisprudencia valor ni fuerza de ley, para los casos posteriores formalmente idénticos, ni para fundar en su infracción el recurso de casación, puesto que esto se había quedado rechazado al votarse negativamente la conclusión cuarta.

IX

En posesión ya del máximo de datos posibles para explicar la queja manifestada por Joaquín Costa (en sus cartas a Homs del 16 de septiembre y Durán y Bas del 39 de octubre), voy a tratar de dar explicación a su negativa para la publicación de su ponencia en las Actas del Congreso.

A Homs le escribió que ninguna conclusión de su dictamen se puso a votación, siendo así que incluso se votaron las contenidas en las enmiendas. «Y si bien hay una igual a ésta de mi dictamen, está copiada del dictamen del Congreso de Madrid.»

De su dictamen comenta Costa a Durán y Bas: «Impreso contra su voluntad [la del propio Costa] no llegó al Congreso en tiempo

hábil y quedó fuera de él, y es la hipótesis más favorable para mi escrito, porque si se dice que lo estudió la comisión de conclusiones, entonces, ya no es que no llegó a entrar, es que entró y lo echaron, pues no fueron admitidas a discusión sus conclusiones.»

Hemos visto, que su conclusión tercera que, salvando la supresión de algunos incisos, era idéntica a la cuarta que la ponencia propuso del Congreso de Madrid de 1886, y éste rechazó, fue propuesta al de Barcelona por Mariano Ripollés. También hemos advertido que Magín Pla y Soler la tachó de estar completamente fuera del tema: «¿Qué condiciones debe reunir la jurisprudencia para disfrutar de la autoridad de doctrina legal?» Al pedir que se fijaran esas condiciones se daba por supuesto la existencia de doctrina legal. Todo el dictamen de Costa impugnaba la aceptación de ese supuesto previo.

Parece que algo de esto había sospechado Costa desde un principio; pues, en su carta a Durán y Bas del 20 de agosto, le decía: «Temo mucho no haber acertado a comprender el propósito de ustedes con respecto al tema primero, no encontré manera de ceñirme a su tenor ligeral...»

¿Fue, pues, por una cuestión de procedimiento que su ponencia no se tuvo en cuenta al redactar las propuestas de conclusiones? Sin embargo, sí se puso a votación la conclusión tercera, propuesta por Ripollés. ¿Se debió esto a una atención para éste, ya que estaba presente y había intervenido en la discusión? ¿Se pensó que, al hacerlo así, se contentaría, a la par, a Joaquín Costa? Tal vez se pensara así. Pero lo cierto es que no le contentaron, así como tampoco le convencieron los ruegos de Juan Homs y Homs —que se había declarado partidario de su dictamen— ni los de Durán y Bas.