

Notas sobre el valor de la Jurisprudencia

(en el Título preliminar del Código Civil)

SUMARIO: Introducción.—1. La falta de interés por el Proyecto del Título Preliminar del Código civil.—2. El texto articulado y el Anteproyecto de Ley de Bases.—La discutida inconstitucionalidad del Anteproyecto.—4. «El principio de separación de los poderes estatales» en la discusión parlamentaria.—5. Leyes de Bases y Leyes articuladas.—6. Los textos prelegislativos y legislativos; la palabra «cierta» y sus múltiples acepciones.—7. La acepción admitida en el Título Preliminar del Código civil.—8. La fallida conexión entre el Título Preliminar del Código civil y el Anteproyecto de Bases de Ley Orgánica de la Justicia.—9. «Jurisprudencia» y «doctrina legal».—10. La inconstitucionalidad parcial interna del Título Preliminar del Código civil.—11. Sobre el concepto de doctrina legal.—12. Caracteres de la doctrina legal.—13. La posible influencia de la jurisprudencia de las Salas I y VI del Tribunal Supremo sobre los Tribunales penales (génesis del conflicto en las Cortes).—14. La doctrina, contraria a la influencia vinculante de la jurisprudencia en lo penal y procesal penal.—15. La Ley de Reforma de la casación de 1933.—16. La «cierta trascendencia normativa» de la jurisprudencia y la casación penal en causas de muerte.—17. La «cierta trascendencia normativa» y la congruencia en la casación.—18. La «cierta trascendencia normativa» y los documentos auténticos en casación.—19. La «cierta trascendencia normativa» y el recurso de casación en interés de la Ley.—20. La diferencia entre las sentencias civiles y penales.—21. La diferencia entre la cosa juzgada civil y la penal.—22. Las «máximas de la experiencia» en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.—23. La jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo antes y después de la entrada en vigor del Título Preliminar del Código civil.—Colofón.

(*) Comunicación a las Jornadas de Derecho Civil (Facultad de Derecho de Zaragoza, abril de 1975).

SIGLAS

ADA: «Anuario de Derecho Aragonés».
 ADC: «Anuario de Derecho Civil».
 LBOJ: «Ley de Bases Orgánica de la Justicia».
 LOE: «Ley Orgánica del Estado».
 LOPJ: «Ley Orgánica del Poder Judicial».
 MF: «Ministerio Fiscal».
 NEJS: «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix».
 RAP: «Revista de Administración Pública».
 Rev. Der. Jud.: «Revista de Derecho Judicial».
 Rev. Der. Priv.: «Revista de Derecho Privado».
 RGLS: «Revista General de Legislación y Jurisprudencia».
 T. S.: «Tribunal Supremo».

INTRODUCCION

La promulgación y entrada en vigor del nuevo Título Preliminar del Código civil en su texto articulado (Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo), como es natural, ha atraído la atención de los juristas, y entre ellos no debemos quedarnos indiferentes los especialistas en Derecho procesal.

En efecto, entre los múltiples problemas de esta índole que produce —y en ocasiones no resuelve— se halla tanto el de la constitucionalidad general de sus normas—la inconstitucionalidad, hoy día imposible de combatir en España por medio de un proceso, y ello es suficiente para que nos fijemos en ella—, como el de la propia entidad y ámbito de las fuentes del Derecho, con la famosa incógnita del valor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin descuidar tampoco alguna cuestión de índole técnico-legislativa, que a los procesalistas también atañe, aun en el caso de que no hubiera sido abordada en la discusión del Anteproyecto (Anteproyectos) en la Comisión de Justicia de las Cortes.

Invitados a participar en las Jornadas sobre este Título Preliminar del Código civil, que se celebraron en la Facultad de Derecho de Zaragoza durante los días 23 al 26 de mayo de 1975, aportamos una comunicación sobre «el valor de la jurisprudencia», pero por razones de tiempo y del deber de no abusar de la paciencia del auditorio hubimos de recortarla ampliamente, suprimiendo mucho material del que teníamos preparado; aquí hallamos ocasión de publicar esta comunicación completa, después de haber tratado dicho material y desechado no poca parte del mismo—en especial sobre nuestra propia aportación personal, de la que no nos hallamos satisfechos.

No es todo lo frecuente que sería de desear que los autores acudan

al examen de las discusiones parlamentarias de los anteproyectos o proyectos de leyes a fines de información y crítica, ya que estos materiales son de enorme valor para poder fijar el pensamiento de prelegisladores y legisladores y nos dan a ver—en algunas ocasiones con notable claridad, en otras con tremenda oscuridad—cuál era el alcance de su pensamiento, que aunque no tenga «vigor», en sentido legal de la expresión, siempre es de importancia, así como conocer la personalidad «jurídica» de quien propuso tal o cual enmienda, de quien la defendió o apoyó y de los miembros de la Comisión que la aceptaron o se opusieron, ya que de su ciencia jurídica—que, repetimos, en muchas ocasiones queda muy clara en cuanto a su amplitud y profundidad—ha dependido el texto legal.

Por ello no podemos dejar de comenzar esta comunicación sin alusiones previas al *iter* legislativo seguido hasta el 31 de mayo de 1974 por ese Anteproyecto, primero de Bases y luego Proyecto de Ley (?) articulado, que es el Título Preliminar del Código civil, «visto» este *iter* por los propios Procuradores en Cortes y a través de su *Diario de Sesiones*, al cual apostillaremos cuando lo tengamos por conveniente y oportuno.

1. Prescindiendo de rumores públicos corridos entre juristas—estos rumores necesarios cuando se nos priva de la información oficial oportuna—, algo sobre la larga gestación—más bien *hibernación*—del Anteproyecto de Ley de Bases del Título Preliminar del Código civil llega a nuestro conocimiento a través del Procurador ESPERABÉ DE ARTEAGA, en su oración del 14 de marzo de 1973, en la sesión del Pleno de las Cortes (discusión de enmiendas) (1):

«El Proyecto, que dictaminado se somete ahora a vuestra consideración—decía—, se envió por el Gobierno a las Cortes el 20 de octubre de 1966, o sea, hace dos legislaturas. Inserto en el *Boletín de la Cámara* del 25 del mismo mes, se nombró una ponencia para informarlo, integrada por don MANUEL BATLLE VÁZQUEZ, don Pío CABANILLAS GALLAS, don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, don RAIMUNDO FERNÁNDEZ CUESTA, don JOSÉ POVEDA MURCIA y don CARLOS TRÍAS BERTRAND. Al Proyecto se presentaron siete enmiendas, de las cuales las de los señores TRÍAS BERTRAND, HUERTA FERRER, VILLEGAS GIRÓN y RIVAS GUADILLA fueron a la totalidad. En 27 de noviembre de 1966, la ponencia comunicó a la Presidencia de las Cortes su criterio favorable

(1) Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Españolas* del 14 de marzo de 1973, Sesión del Pleno, pág. 13.

a aceptar estas enmiendas y, por tanto, a devolver el Proyecto al Gobierno, y dada cuenta oficiosa a éste, el Ministro de Justicia manifestó su deseo de que se suspendiera la tramitación. De ahí que este Proyecto de Ley de Bases se haya mantenido en hibernación en esta Cámara durante más de siete años. Y si bien no se nos oculta que esta figura es reglamentaria, porque el Gobierno, que no viene obligado a retirar un Proyecto, puede dejarlo sestear con sólo oponerse a que se incluya en el orden del día de la Comisión que ha de conocer de él, lo que es evidente, y esto no puede pasar inadvertido a un observador imparcial, es que un Proyecto así ni es, ni puede ser, un Proyecto de Ley urgente, al extremo de que haya que anteponerlo a otras reformas del propio Código.»

Este extraño fenómeno de la «hibernación prelegislativa» (!)—que no es único actualmente—pudiera tener una de sus razones en algo que anteriormente había expresado el Procurador ROSÓN PÉREZ en la discusión—Comisión de Justicia—del citado Proyecto:

«Sobre todo, a la reforma *le falta la asistencia de la opinión* (2). Al pueblo le tiene absolutamente sin cuidado lo que estamos haciendo aquí en estos momentos. Y la prueba de que le tiene sin cuidado es que este Proyecto ha estado durmiendo seis años, como decía el señor DÍAZ LLANOS, sin que nadie se inquietase (3). A la opinión—que no gusta de reformas parciales—le preocupa más la reforma y actualización del Código civil, cuya modificación sí urge. Por ejemplo, el Derecho de familia, el Libro de Obligaciones, los Estatutos que regulan las propiedades especiales y esa enorme legislación civil dispersa que había de traer la codificación.

Pero no es que falte sólo la asistencia de la opinión y que al pueblo le tenga sin cuidado todo esto; es que, además, la reforma es inoportuna, porque estamos viviendo una época de transición, una época confusa e intranquila (cada día, desgraciadamente, más

(2) La cursiva es nuestra.

(3) Yerra el señor ROSÓN PÉREZ posiblemente por falta de contacto con esa «opinión» (al menos, la de los juristas); muchos nos preocupábamos por el Proyecto y esperábamos que, dados sus graves defectos, nunca llegase a salir de esa «hibernación».

intranquila y más confusa), una época poco estable para hacer una reforma que por su propia naturaleza nace para ser firme y para ser estable» (4).

Pero no todos estaban de acuerdo, y así el Procurador MADRID DEL CACHO, en la misma sesión de la Comisión de Justicia, profería estas asombrosas palabras:

«...y es que de la reforma del Título Preliminar del Código civil no tiene que ocuparse *nadie* de modo concreto ni abstracto porque le interesa al Derecho, *no al buen pueblo* (5). Esto es cosa de que nos preocupemos los juristas» (6).

Si la responsabilidad de estas gravísimas y peyorativas palabras recae sobre quien las pronunció, no podemos por menos de preguntarnos aquí quién nombró o eligió y a quién representaba el referido preopinante. Pues si fue elegido por «el buen pueblo» y éste no se interesa (o no le interesa) por la reforma del Título Preliminar del Código civil—casi Ley Fundamental—siendo su mandatario, debió dimitir apenas pronunciadas tales palabras si con ellas representaba la opinión del «buen pueblo» (entre el cual estoy yo; que me considero antes ciudadano que jurista, y que sin compartir la opinión de MADRID, la repudio objetiva y profundamente).

2. Mas prescindiendo de estas no futesas, sino gravísimas afirmaciones, tornemos al examen del *iter* legislativo seguido en cuanto al ya vigente Título Preliminar del Código civil.

Se observó en su redacción una también muy grave irregularidad—la de comenzar la casa por el tejado—y fue puesta de manifiesto de modo bien rotundo por algunos Procuradores en la discusión del Anteproyecto de Ley de Bases.

(4) Cfr. el «Diario de las Sesiones de Comisiones» del *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, Comisión de Justicia, Sesión del 15 de noviembre de 1972, página 19.

Y continuaba dicho Procurador:

«...el proyecto del Gobierno era un cheque en blanco y el informe de la ponencia, que es un documento brillante, con más técnica que imaginación, puede ocurrir que también malogre esa meta» (*Bol. últ. cit.*, pág. 19).

(La meta, al parecer, era la propuesta por el Profesor FEDERICO DE CASTRO: «Que la Hispanidad se refleje en un Derecho civil hispánico común».)

No hacemos comentarios.

(5) La cursiva es nuestra.

(6) Cfr. el *Diario de las Sesiones de Comisiones*, Comisión de Justicia, Sesión del 15 de noviembre de 1972, pág. 22.

La irregularidad consistía, nada menos, *en que se había elaborado un texto articulado antes que un texto de Ley de Bases.*

Concretamente, sobre este punto dijo el Procurador SANZ ORRIO:

«Claro, era de suponer que cuando se comprometía el Proyecto del Gobierno a publicar en el plazo de seis meses una Ley articulada, *era porque esa Ley articulada estaba ya hecha*, y como todo lo demás se va ya deduciendo, se cae por su propio peso...» (7) (8).

Y reiteraba el Procurador BAU CARPI:

«No se dio respuesta a mi pregunta—si mi información era cierta, la Comisión General de Codificación *tenía muy avanzados los estudios del texto articulado* (9)—¿por qué se hurtó al conocimiento de estas Cortes el texto articulado, lo cual hubiera evitado el debate y muchas enmiendas a la totalidad?» (10).

Y seguía:

«...¿Por qué no se da una información amplia de los trabajos, que me consta tienen rigor, seriedad y base jurídica, de la Comisión de Codificación?» (11).

(La misma pregunta estuvimos haciéndonos los juristas españoles no pertenecientes a esa Comisión durante años. Y sin poder darnos contestación. Y debemos añadir que no por el hecho de «venir» los Proyectos de la Comisión General de Codificación tienen que ser necesariamente impecables. Cfr. lo que hemos escrito públicamente sobre uno de ellos—cierto es que se trataba de obra de un «grupo» de tal Comisión—) (12).

(7) Como en casos anteriores, la cursiva es nuestra.

(8) Cfr. el mismo *Diario de las Sesiones de Comisiones*, Comisión de Justicia, Sesión del 15 de noviembre de 1972, ap. núm. 87, pág. 87.

(9) La cursiva es nuestra.

(10) Cfr. el *Diario de Sesiones* últ. cit., pág. 18.

(11) Cfr. *Diario de Sesiones*, cit., pág. 18.

(12) Aludimos a una lamentable «Exposición y estudio para un Anteproyecto de Bases del libro I del Código penal», publicada en el número 11 de los *Cuadernos Informativos* del Gabinete de Estudios de la Comisión General de Codificación, que criticamos como se merecía en un librito nuestro titulado *Meditaciones sobre...* (sigue el largo título del Anteproyecto), publicado en Valencia, 1973, por la Colección de Estudios del Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal de su Universidad, *passim*. Y es que el hecho de ser miembro de la Comisión General de Codificación no significa, ni mucho menos, patente de infalibilidad. Creemos haberlo demostrado ampliamente en nuestros trabajos críticos—informes evacuados en nombre de la Universidad de Valencia, a petición del Ministerio de

Pero *nihil novum sub iove*. Cosa análoga sucedió con el Anteproyecto de Bases de la Ley Orgánica de Justicia. Según se decía, concretamente, en el *Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, número 33, de 1 de abril de 1969, página 14: «El sistema de trabajo que se emplea comienza con la redacción de un texto articulado completo para inducir del mismo las bases en que se apoya» (13). Huelgan comentarios sobre tal método (?) de trabajo para elaborar una Ley de Bases.

3. Otro punto de gran interés hemos de destacar en cuanto a la discusión del Anteproyecto de Bases en la Comisión de Justicia: el de la imputación que se hizo al mismo de ser *inconstitucional*.

Así, el Procurador PÉREZ OLEA, en una enmienda a la totalidad, se oponía a que se transformase el Anteproyecto en Ley de Bases, porque «la redacción del Proyecto inicial era extremadamente defectuosa y constituía en muchos casos una autorización en blanco al Gobierno, lo cual hacía de la Ley de Bases algo más que una Ley de Bases: una pura deslegalización casi de la materia» (14).

Y continuando su argumentación decía:

«En tercer lugar, porque el Proyecto de la ponencia tiene muy poco que ver con el que apareció en su día en el *Boletín de las Cortes Españolas*. Estamos en estos momentos, señores, discutiendo algo que no se ha publicado ni de lejos en el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*. Y si yo comprendo perfectamente que para la ponencia era extremadamente difícil—y *a mi modo de ver, hasta inconstitucional* (15)—promover un sistema de revisión por las Cortes de una Ley de Bases elaborada por el Gobierno, como en algún momento se pudo pensar, no me parece menos grave que creemos el precedente de que a través de las modificaciones sustanciales adoptadas por una ponencia vayamos aprobando normas en estas Cortes cuyos Proyectos no hayan sido conocidos de hecho con la antelación suficiente por el resto de los señores Procuradores» (16). Pro-

Justicia—: *Sugerencias sobre el Anteproyecto de Bases del Código procesal civil de 1966, Presente y futuro del proceso penal español e Informe sobre el Anteproyecto de Bases de una Ley Orgánica de la Justicia*, publicados en Valencia, por la Secretaría de Publicaciones de la Universidad, en 1966, 1967 y 1969, respectivamente.

(13) La cita la tomamos de PRIETO CASTRO: *Estado actual y perspectiva de la legislación para la administración de justicia*. Comunicación a la VII Reunión Anual de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, Palma de Mallorca, 1971 (publ. del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid, 1971, pág. 46).

(14) Cfr. el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, Apéndice, «Diario de Sesiones de las Comisiones», Comisión de Justicia. Sesión del 14 de noviembre de 1972, pág. 5, col. 1.^a

(15) La cursiva es nuestra.

(16) Cfr. el *Boletín Oficial* últ. cit., pág. 6.

ponía la reforma del Título Preliminar del Código civil y del mismo Código civil «por las vías constitucionales propias de una reforma, que son la redacción y la aprobación final del Proyecto por el órgano legislativo que, de acuerdo con nuestra Constitución, tiene competencia para ello» (17).

Defendiendo otra enmienda a la totalidad, el Procurador SANZ ORRIO decía que «...ese Proyecto (el del Gobierno) *infringía el orden constitucional*, el funcionamiento de las Cortes, puesto que las suplataba o sustituía por la acción exclusiva del Gobierno, incluso más bien de la Comisión de Codificación, sin que para ello hubiera ninguna razón, porque se aludía al precedente del Código civil...» (18).

Más lejos iba MARTÍNEZ FUERTES:

«Afirmando—dijo—de manera contundente que *la seguridad jurídica del país*, empezando por el propio Estado, queda afectada si se reforma el Título Preliminar según el Proyecto...» (19).

Teniendo en cuenta que:

«...el Título Preliminar del Código civil es el de mayor rango después de las Leyes Fundamentales» (20).

Otro Procurador, DÍAZ-LLANOS LECUONA, dijo, a su vez, lo que textualmente sigue—y es de la mayor gravedad—:

«Ante todo, señores Procuradores, he denunciado que el Proyecto que aquí se discute, que es el del Gobierno, *infringe la Ley Orgánica del Estado*. En primer término, porque no hay una autorización expresa, y el artículo 51 de nuestra Ley Constitucional exige de una manera clara, precisa y terminante que la autorización de las Cortes sea expresa. La ponencia, a fuerza de ser técnica en Derecho, tiene que reconocerlo, *al decir textualmente que no es constitucional*, y añadido, para contestar a la extrañeza de uno de los señores ponentes, que dicho calificativo, línea veintiséis, página cinco, se contiene en su informe» (21).

(17) Cfr. el *Boletín Oficial* últ. cit., pág. 6.

(18) Cfr. *Diario de las Sesiones de Comisiones*, Comisión de Justicia, Sesión del 14 de noviembre de 1972, pág. 7.

(19) Cfr. el *Diario* últ. cit., pág. 13. La cursiva es nuestra.

(20) Cfr. el *Diario* últ. cit., pág. 13.

(21) Cfr. el *Diario* últ. cit., pág. 16. La cursiva es nuestra.

Y añadía:

«Segunda denuncia: *infringe asimismo la Ley Fundamental*. Se concede autorización a la Comisión General de Codificación y no al Gobierno. Las Cortes no pueden delegar, porque se lo impide la mencionada Ley Orgánica y porque se halla vedado en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en favor de un órgano distinto del Gobierno o el Consejo de Ministros. Y éste es el defecto que ha enviado el Gobierno a las Cortes para que éstas otorguen autorización genérica a un órgano distinto del que está permitido en la Ley Orgánica, que tiene que obligar a todos por igual» (22).

(DÍAZ-LLANOS proponía una enmienda según la cual, y en su artículo 2.º, se diría que «el Anteproyecto se redactará por la Comisión General de Codificación, oyendo en los términos que crea más expeditivos y fructuosos a los órganos representativos de la Abogacía española, a las Facultades de Derecho y a los juristas eminentes, introduciendo, por último, el Gobierno las modificaciones que crea necesarias o convenientes») (23).

Más adelante imputaremos también nosotros inconstitucionalidad al Anteproyecto de Ley, pero no por razones del *processus* legislativo seguido, sino por razón de su propio contenido.

4. Otro hecho curioso: algunos Procuradores «olvidan» en sus intervenciones que nos hallamos oficialmente en un «Estado de unidad de poder y división de funciones», y tornaron a referirse—y sus referencias, si bien producto de un «olvido» (?), son acertadas—al principio político de «división de poderes estatales», muestra ello del vigor que conserva esta doctrina.

Así, el Procurador PADRÓN QUEVEDO decía:

«...La Comisión y el Proyecto, que el *poder ejecutivo* y el *poder legislativo* están completamente de acuerdo...» (24).

Y otro (CLAUMARCHIRANT) se explicaba, a su vez, así:

«...entiendo que si se aprueba una enmienda a la totalidad o se rechaza, no implica ninguna lucha entre el *poder ejecutivo* y el *legislativo*; es otra forma de colaboración (25). El poder

(22) Cfr. el *Diario* últ. cit., pág. 17. La cursiva es nuestra.

(23) Cfr. *Diario*, cit., pág. 2.

(24) Cfr. *Diario*, cit., Sesión de 15 de noviembre de 1972, págs. 6 y 7.

(25) Y muy curiosa, añadimos nosotros.

legislativo colabora rechazando un Proyecto, aceptándolo sin enmiendas o enmendándolo. Nadie tiene que rasgarse las vestiduras: *ni el poder ejecutivo ni el legislativo*» (26).

Estas expresiones indican el conflicto que los propios Procuradores se buscan al intentar acudir a la nueva doctrina del «Estado con unidad de poder y división de funciones», en relación con aquella doctrina de la «división de poderes estatales» (27).

(26) Cfr. *Diario*, cit., pág. 17.

(27) Decía en 1968 el entonces Ministro de Justicia, ORIOL Y URQUIJO (cfr. *El plan de reforma de la justicia y su estado actual*, discurso de apertura de los Tribunales, Madrid, 1968, pág. 26):

«En la Ley Orgánica del Poder Judicial, la proclamación de ese principio (se refería al de la independencia judicial) se formalizó con la expresión 'poder judicial', en adecuado desenvolvimiento de la teoría de división de poderes a que correspondía, por definición, la independencia de cada uno respecto de los demás. Hoy, el principio, como tal principio y realidad inexcusable, se mantiene, aunque el planteamiento de MONTESQUIEU haya evolucionado hacia el poder del Estado único con diferenciación de funciones, en que los órganos a quienes se atribuyan toman de la unidad poder la parte que les es necesaria para su adecuado cumplimiento, que así lo realizan con toda independencia al no tener necesidad de impetrar ayudas para la imposición de sus mandatos.»

Responden estas palabras al hecho de que la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 consagró el principio de «unidad de poder y coordinación de funciones», a cargo estas últimas del Jefe del Estado—aun cuando él mismo, en su discurso de presentación del futuro texto legal, discurso pronunciado ante las Cortes el 22 de noviembre de 1966, se refiriese a un «justo poder ejecutivo»—, y, en particular, al texto del artículo 31 de la misma, que (inspirado parcialmente en el art. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870) reza así:

«La función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado en los juicios civiles, penales, contencioso-administrativos, laborales y demás que establezcan las Leyes, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en la Ley Orgánica de la Justicia, según su diversa competencia.»

(Nótese aquí la desaparición de la acertada palabra «potestad», utilizada en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, y sobre ello, nuestro trabajo «La potestad jurisdiccional», en *Rev. Der. Jud.*, núms. 51-52, Madrid, julio-diciembre de 1972, páginas 45 y sigs., *passim*. Esta expresión torna a aparecer en la «Ley Orgánica de la Justicia de 28 de noviembre de 1974, base I, núm. 2.)

De esta Ley Orgánica de la Justicia se ha dicho que «consagra por primera vez en las Leyes Fundamentales el principio de unidad de poder y coordinación de funciones. El poder se corresponde con la soberanía, que es una e indivisible. Las funciones coordinadas responden a lo que en la doctrina tradicional se denomina 'división de poderes' y la doctrina constitucional actual ha sustituido por coordinación de funciones: legislativa, ejecutiva y judicial.»

La «jurisdicción no es poder distinto de los otros poderes del Estado, porque propiamente en una sociedad política no puede haber más que un poder único, como el sujeto a que pertenece, si bien el poder se diversifica en varias funciones que encarnan en órganos independientes entre sí» (cfr. HIJAS PALACIOS: «Pasado, presente y futuro de la Ley Orgánica del Poder Judicial», en *Rev. Der. Jud.*, 1970, números 43-44, pág. 414).

(Nótese el «paso» de un «poder único» a «funciones diversas», saltando por encima del fundamental concepto de «potestad».)

La desaparición en la Ley Orgánica del Estado de 1967 de un elemento en la definición legal de jurisdicción—para nosotros es la potestad como una especie de

5. Y tornemos, una vez más, al *iter* legislativo de nuestras Leyes extensas. En favor de las «Leyes de Bases», y contra las «Leyes articuladas», a someter al Parlamento se pronunciaba, siempre con motivo de la discusión del Anteproyecto de Ley de Bases del Título Preliminar del Código civil, el Procurador ANGULO MONTES, así:

poder jurídico—se puso de manifiesto por el entonces Presidente del Tribunal Supremo (y más tarde Ministro de Justicia), RUIZ-JARABO BAQUERO:

«El hecho—decía—de que la Ley Orgánica del Estado hable de justicia y no de poder o que proclame que el sistema institucional del Estado responde al principio de la unidad de poder y coordinación de funciones, no implica que haya querido proscribir la expresión poder para aplicarla a la administración de justicia» (cfr. dicho autor: *La administración de justicia en la sociedad española de nuestro tiempo*, discurso de apertura de los Tribunales, Madrid, 1971, págs. 12 y sigs.).

Otra protesta: «Ha sido lamentable—se dijo por SOTO NIETO—que en disposiciones promulgadas con posterioridad (a la Ley Orgánica del Estado) se haya sustituido la rotulación 'poder judicial' por la de 'administración de justicia'; es cierto, como se ha dicho, que el nombre no tiene por sí solo la virtud de hacer a la cosa, pero no cabe duda que la reiteración y el mantenimiento de esta denominación de dignidad mantendría más viva una constante de enderezamiento hacia su efectivización en el cúmulo de disposiciones en que se traduce la reglamentación estructural del orden de la justicia. La 'burocratización' del poder puede ofrecerse como un medio indirecto de despojo de prerrogativas» (cfr. SOTO NIETO: «Independencia del poder judicial: sus bases en la Ley Orgánica de 1870», en *Rev. Der. Jud.*, 1970, núm. 42, pág. 122).

[Por nuestra parte, hemos criticado tanto al examinar e informar sobre el «Anteproyecto de Bases de la Ley Orgánica de la Justicia» (cfr. nuestro *Informe*, citado, págs. 82 y sigs.), como al hacerlo con la base I de la Ley Orgánica de la Justicia de 28 de noviembre de 1974 (cfr. nuestro trabajo «Comentario crítico de la base primera del Proyecto de Ley Orgánica de la Justicia», en *RDPrIber.*, I, 1974, págs. 39 y sigs.), la utilización de la expresión «justicia» de un modo providencialista y triunfalista, posiblemente derivado de la doctrina de los «carismas» (?).]

Volviendo al tema, es muy significativo que los tres evidentes sostenedores de la «doctrina de unidad de poder y coordinación de funciones» (esto es, HIJAS PALACIOS, RUIZ-JARABO y SOTO NIETO) no desahucien la expresión «poder judicial». Y también el hecho de que esta doctrina siga dando lugar a confusiones con la del «poder judicial» (?).

(Que no está, ni mucho menos, periclitada, como anuncian personajes de dudoso agüero, y así, por ejemplo, dice SAINZ DE TRÁPAGA: «La justicia es una función (no lo es, decimos nosotros). No me corresponde a mí ponderar la situación que en el moderno Estado de Derecho le corresponda. Pero quizá la característica más acusada del Estado de Derecho occidental es el predominante papel que corresponde al poder judicial» (cfr. su «Discurso», en *Rev. Der. Jud.*, 1970, números 43-44, pág. 260). Y también, por ejemplo, MORENO MOCHOLÍ, con las expresiones «poder judicial» y «función judicial», en su trabajo «Semblanza de la Ley Orgánica del Poder Judicial a través de la Ciencia y de la Historia», en *Rev. Der. Jud.*, 1970, núms. 43-44, págs. 218 y sigs.)

Cierto es que se ha dicho del poder judicial: «Es una mera etiqueta» (cfr. CASTÁN TOBEÑAS: *Poder judicial o independencia judicial*, discurso de apertura de los Tribunales de 1951, Madrid, 1951, pág. 253), y que contra su existencia como tal se han alegado argumentos y exigencias, que, al máximo, pueden ser resumidos así:

«...alguna vez puede que efectivamente venga a la Cámara la reforma de nuestras Leyes procesales, civiles y penales y la Ley Orgánica de la Administración de la Justicia, que la primera vez que se reunió esta Comisión en la anterior legislatura, por boca

1) En nuestras Constituciones—hasta la de 1869—se ha consignado siempre el principio de que la justicia se administra en nombre del Rey (GÓMEZ DE LA SERNA: «Del poder judicial, de sus relaciones con los demás poderes y de las condiciones y deberes de los que lo ejercen», discurso de apertura de Tribunales de 1869, en *RGLJ*, 1869, t. 35, págs. 154 y sigs.); salvo en el pastel conocido por el nombre de «Estatuto Real».

2) Era el Rey quien nombraba a los Jueces y Magistrados (cfr. también GÓMEZ DE LA SERNA, *ob. cit.* El también rebatía este argumento—anterior a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870—en el mismo lugar, pág. 155).

3) Para que fuera tal poder precisaría:

A) Atribuir a sus órganos la función jurisdiccional o concesión de la facultad de amparo y garantía de los derechos de los ciudadanos frente a todo poder. (Esta omisión subsiste y de ella hemos tratado, en cuanto al «Anteproyecto de Bases de la Ley Orgánica de la Justicia», en nuestro *Informe*, cit. en nota núm. 12, páginas 64 y sigs.; subsiste en la misma Ley Orgánica de la Justicia de 28 de noviembre de 1974, por lo que a ella es aplicable nuestra argumentación citada; pero hay un resquicio de esperanza en el Anteproyecto de Base 22 del procesal penal, aprobado en julio de 1970 por la Comisión General de Codificación en Pleno. Cfr. sobre este punto nuestros trabajos «Los procesos aragoneses medievales y los derechos del hombre», en *ADA*, XIV (1968-69, pero publ. en 1971), *passim*, y «La defensa del derecho de libertad personal en la Historia y en la actualidad españolas», en *RAP*, núm. 69, 1972, págs. 9 y sigs., *passim*.)

B) Atribuir a dichos órganos la resolución de los conflictos jurisdiccionales entre los diversos poderes del Estado.

C) Concesión del derecho de voz para ser oídos antes de la promulgación de las Leyes, al efecto de aportar las enseñanzas que se deriven de la experiencia (todo lo contrario ha ocurrido con los Anteproyectos y Proyectos del Título Preliminar del Código civil).

D) Atribución a los propios órganos, en las jerarquías más elevadas, de la representación judicial, ampliando la intervención de los mismos en los ascensos de los funcionarios de la carrera mediante la calificación de aptitud, etc. (el discutido «autogobierno»).

E) Exigir la supresión de las jurisdicciones especiales, con excepción de aquellas impuestas por la necesidad, por la esfera en que se ejercen o por el poder espiritual de que emanen (la Ley Orgánica de la Justicia ha institucionalizado jurisdicciones especiales bajo el eufemismo, que a nadie engaña, de «Tribunal Central de lo Penal», amén de conservarse las jurisdicciones bélica y eclesiástica—ésta dudosa por carecer de alguno de los elementos esenciales para ser tal jurisdicción—).

F) Regulación, con un criterio de sano rigor, de la independencia, inamovilidad y responsabilidad.

G) Y rigurosa selección del personal judicial con instituciones complementarias de capacitación (cfr. GALLEGU MARTÍNEZ: *Organización de Tribunales*, Madrid, 1944, pág. 13).

A esta argumentación hay que añadir la deducida del examen de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, que «no podía ser íntegramente una Ley organizadora de un cuerpo judicial ni, por tanto, de una función puesta al abrigo de toda injerencia y mediatización por parte del poder ejecutivo (y de la política dominante), lo que nos lleva a la afirmación de que su título, «Ley del Poder Judicial, fue impropio y no debía inducir a confusiones, demostrando la exactitud de este aserto cierto número de disposiciones de ella» (cfr. PRIETO

del ilustrísimo señor Director General de Justicia, se nos ofreció que vendrían en tres o cuatro meses. Han pasado cinco o seis

CASTRO, arg. en *El autogobierno de la Magistratura*, ponencia a la VI Reunión de Profesores de Derecho Procesal, Madrid, 1970, pág. 5).

Frente a tal argumentación, otra, coetánea a la LOPJ y también actual, defiende la existencia de un «Poder Judicial» (con mayúsculas).

Así, decía GÓMEZ DE LA SERNA en un estado de cosas anterior a la LOPJ, mas bajo el imperio de la Constitución de 1869:

«Y que constituimos un verdadero poder y no meramente un orden de funcionarios públicos para aplicar Leyes determinadas está una y otra vez consignado en nuestra Ley Fundamental. En ella se coloca entre los poderes el judicial, se establece que los Tribunales lo ejerzan y que 'a ellos corresponde exclusivamente' la potestad de aplicar las Leyes en los juicios civiles y criminales: 'poder, potestad', exclusivamente palabras, que cada una de por sí bastan para dar idea completa de la extensión e índole de nuestras funciones y que rechazan toda participación del poder ejecutivo en las atribuciones del poder judicial» (cfr. GÓMEZ DE LA SERNA: «Del poder judicial», discurso de apertura de los Tribunales, septiembre de 1869, en *RGLJ*, 1869, t. 35, pág. 150).

Que se trataba de un verdadero poder, lo deducía el mismo GÓMEZ DE LA SERNA (entonces Presidente del Tribunal Supremo) de que «no puede admitir ciegamente todos los actos que provienen del ejecutivo» (pág. 151). «Se constituye en Juez de hecho del mismo en lo que tiene de invasor, en lo que usurpa sus funciones, no por medidas generales, porque su índole lo repugna, sino en los casos concretos que a su competencia se sujetan» (págs. 151 y sigs.); por el «deber que tiene el poder judicial de defender su competencia y de resistir las invasiones del ejecutivo, que se halla expresamente consignado en la Constitución de la Monarquía, al establecer que los Tribunales no apliquen los Reglamentos generales, provinciales y locales sino en cuanto sean conformes con las Leyes» (pág. 152).

Y por otra razón—y ésta es fortísima—: por la existencia de la cosa juzgada.

«Ante ella caen todos los poderes; la última palabra ha de ser pronunciada por el judicial; ni los Parlamentos ni el poder ejecutivo alcanzan a alterarla; está sobre todo. Sería necesario destruir un principio de justicia universal para negar esa fuerza a lo juzgado; los pueblos cultos colocarían entre los no civilizados al que consignara en sus Leyes que el poder ejecutivo pudiera anular, corregir o reformar los fallos de los Tribunales; dirían, y con razón, que esta atribución escandalosa minaba los principios sociales y que era la proclamación de las más absurdas de las tiranías. Si, pues, el poder ejecutivo y su más alta expresión, el Rey y sus Ministros, cualesquiera que sean sus opiniones respecto a la justicia o injusticia de los fallos, tienen no sólo que respetarlos, sino coadyuvar necesaria e indeclinablemente a su ejecución, sin poderla resistir ni demorar, o si los desaciertos de los que juzgan sólo admiten reparación ante sus respectivos superiores jerárquicos en el orden judicial, ¿cómo puede decirse que la institución judicial no es un poder verdadero, sino una manifestación del ejecutivo? No: la institución que tiene existencia propia; que ejerce funciones propias que ningún otro poder puede usurpar; que concentra en sí misma todo lo necesario para el cumplimiento de su misión profundamente social; que no tiene en el poder ejecutivo superior jerárquico alguno; que, por el contrario, es superior a él en cuanto a los juicios se refiere; que no responde de sus actos ante la Administración; que decide soberanamente las cuestiones que entre el Estado y los particulares se suscitan; que pronuncia las ejecutorias en las causas criminales, ejecutorias inalterables, por más que consideraciones de otro orden, que no es el de la justicia, den al Rey la facultad de mitigar su rigor arreglándose a las Leyes, y que juzga en ocasiones dadas los actos de política cuando se trata de su aplicación en un juicio, es un poder independiente de otros poderes. Aunque la Constitución no lo dijera, la lógica supliría su silencio; ante la realidad de las cosas poco significa el artificio

años sin que dicha promesa se haya cumplido, pero alguna vez tendrán que venir esos Proyectos de reforma de nuestras Leyes

con que algunas Leyes evitan la proclamación de las doctrinas en que se fundan» (páginas 153 y sigs.).

Y en el mismo sentido decía MONTERO RÍOS poco después:

«No había sido un verdadero poder del Estado... Desde hoy más, tendrá una estabilidad completa. Gozará de una inamovilidad bastante para permitirle funcionar libremente. Será, en fin, un verdadero poder del Estado, que llevará en sí mismo la razón y los medios de su existencia» (cfr. MONTERO RÍOS: «Breves indicaciones acerca de las nuevas Leyes relativas al Derecho penal y organización del poder judicial», discurso de apertura de los Tribunales el 15 de septiembre de 1870, en *RGLJ*, 1870, t. 37, pág. 249).

Otra cosa—lamentable—es que si «la Ley Orgánica de 1870, al denominarse precisamente del Poder Judicial, ya dijo mucho, si bien los hechos no fuesen tan allá... Posteriormente, si la idea parece abandonada, más bien lo ha sido en palabras no dichas, que en hechos...» (cfr. MORENO MOCHOLÍ: «Semblanza de la Ley Orgánica», cit. en *Rev. Der. Jud.*, 1970, núms. 43-44, págs. 218 y sigs.). Mas no han sido solamente «dichos», sino también «hechos», «y han sido principalmente miembros de esta Magistratura los que han denunciado la vulneración sistemática, durante un dilatado lapso de tiempo, de la LOPJ, poniendo en evidencia que ciertos actos de la potestad reglamentaria conspiraron abiertamente contra sus principios...» (cfr. PRIETO CASTRO: *El autogobierno*, cit., pág. 6).

«El poder ejecutivo encontró facilidades para infringir la LO con ocasión de proceder a 'formular y aprobar los diferentes reglamentos necesarios para la aplicación de esta Ley', según ordena su disposición transitoria I, 4» (cfr. *ob. últ. cit.*, página 6, nota núm. 6. Cita entre aquellos Magistrados a DE LA PLAZA, GARCÍA GONZÁLEZ, GONZÁLEZ DÍAZ, CONDE PUMPIDO, etc.).

Si así se afirma la existencia de un «poder judicial»—lo que se les «deslizó» a los Procuradores PADRÓN QUEVEDO y CLAUMARCHIRANT en la Sesión de la Comisión de Justicia de las Cortes del 15 de noviembre de 1972—, no menos se manifiestan públicamente—Cátedra, Magistratura—opiniones en favor del principio de división de poderes.

«Parece—dice MARTÍNEZ CALCERRADA—que en la actualidad persiste la fundamentación ocasionante de la trilogía: poder ejecutivo, poder legislativo y poder judicial; esto no sólo porque la esencia de sus respectivas actuaciones resulta diferenciada, sino porque, con más o menos intensidad, en todas las organizaciones políticas comunitarias se prevé una ordenación atinente con aquella configuración. Que luego en su 'praxis' acaezca una maximalidad en la incidencia del ejecutivo mediante la inflación operatoria de la Administración Pública, que, como en el fenómeno disgregador y mutilante del Derecho privado, invada esferas secularmente atribuidas a otros poderes, en otro aspecto que en nada desvirtúa aquella realidad: sin erigir un amago de justificante cabe atenuar la censura meramente desde el punto de vista de que el poder que 'administra' la cosa pública y, por tanto, el que manipula los medios materiales de subsistencia comunitaria es el ejecutivo y, por consiguiente, él se encarga de orientar lo administrado... De todas suertes, no puede eludirse la verdad dispar en su génesis funcional de los tres poderes, todos procedentes de la soberanía de la nación» (cfr. MARTÍNEZ CALCERRADA: *Independencia del poder judicial*, Madrid, 1970, págs. 33 y sigs.).

«...a pesar de ello—dice, a su vez, ALVAREZ GENDÍN—, el principio de la división de poderes subsiste hoy, después de siglo y medio que fue formulado de modo definitivo por MONTESQUIEU, sin duda por una necesidad de orden jurídico. La organización constitucional de los Estados contemporáneos es una adaptación más o menos reflexiva de la división de poderes, pese a lo excepcional de Estados autoritarios en épocas de anormalidad o desorden público; esta permanencia en el campo de lo jurídico, por encima del continuo sucederse de teorías, instituciones y tendencias políticas, revela una indiscutible solidez doctrinal» (cfr. ALVAREZ

procesales. Y si sentáramos ahora el criterio de que es bueno que vengan articuladas, pero por no poder venir articuladas hay que

GENDÍN: *La independencia judicial*, Madrid, 1966, Instituto de Estudios Políticos, página 21).

«Las críticas en torno a dicha doctrina—se añade por DEAN GUEL BENZU—podrán oscilar entre aquellos que la rechazan por inadmisible, impracticable, utópica o simplemente anacrónica (y cuán aislados están del mundo actual quienes tal creen, añadimos nosotros; viven en un círculo vicioso de sus propias y des-
acertadas ideas, y muestras mundiales las estamos viendo cada día), y los que no pueden aceptarla sin muy graves reservas y puntualizaciones; pero sea como fuere, lo que nadie puede razonablemente negar es cualquiera de estas dos cosas: primera, que al margen de la teoría en sí, el puro valor gramatical y terminológico de los llamados poderes no sólo fue afortunado en su tiempo, sino que continúa siendo aceptable en la actualidad (y muestra de ello es el 'desliz' hacia dicha terminología por parte de Procuradores, como los citados PADRÓN QUEVEDO y CLAU-MARCHIRANT, que lógicamente hubieran debido atenerse a la doctrina oficial de la 'unidad de poder', añadimos nosotros) y por el Derecho constituyente, y segunda, que la clásica división de poderes representó un paso gigantesco para una cada vez más perfecta y progresiva concepción y elaboración jurídico-filosófica—e incluso para la misma aparición y planteamiento formal de la idea en el Derecho científico—de lo que representa modernamente un auténtico *desideratum* para los estadistas, juristas y sociólogos en general, y para el Derecho político en particular: el Estado de Derecho» (cfr. DEAN GUEL BENZU: «Sobre el problema de la unidad jurisdiccional», en *Rev. Der. Jud.*, 1962, núm. 12, págs. 89 y sigs.).

Solidez no solamente doctrinal, sino práctica, en el Derecho comparado (¡ahí está, pese a los ciegos voluntarios!, añadimos nosotros). Tras echarle una ojeada panorámica, dice MOSQUERA SÁNCHEZ (otro Magistrado) lo que sigue:

«El poder judicial aparece hoy como el más seguro baluarte de la libertad; como el compensador efecto de la 'desdemocratización' de la Ley (muy cierto, interpolamos nosotros, pese a la palabra utilizada); como la última esperanza contra los ataques de los derechos individuales por la Administración superinterventora de nuestros días; como el encargado de suplir los efectos de la Ley y mantener el prestigio del Derecho; como el último vigilante de la Constitución; como el controlador de la legalidad del ejecutivo y de la constitucionalidad de la legislación. El poder judicial, en resumen, se ha convertido en un auténtico poder. No es extraño que se haya llegado a decir que el Estado actual tiende a convertirse en un Estado-Juez... Y es que si un día pudo decirse que la legislación constituía el acto sumo de la vida estatal, y más adelante se pudo hablar de un Estado-Administración, la creciente jurisdiccionalización de la vida permite fundadamente pensar, no ciertamente en un Estado-Juez, pues el ejecutivo y el legislativo conservan toda su importancia, pero sí en un Estado jurisdiccional o, si se quiere, en un Estado jurisdiccional de Derecho, para indicar la nueva plaza que el Estado de nuestro tiempo ha ofrecido a la jurisdicción...» (cfr. MOSQUERA SÁNCHEZ: «El poder judicial en el Estado de nuestro tiempo», en *RAP*, 1965, núm. 46, pág. 93).

Lo que ocurre—y se olvida, quizá por una mala enseñanza universitaria del Derecho político, que cunde entre la juventud y, naturalmente, que procede de personas o entidades interesadas en ello—es que *el problema de la división de poderes es diferente del de la división de funciones*. Aquél «se plantea como un régimen de garantías de las libertades más que como una mera división del trabajo, que de un papirotazo de un órgano de poder pueda sustraerse o desconocerse la libertad, sin otra preocupación que la separación técnica y funcional, pues, como dice GASCÓN Y MARÍN, siguiendo a POSADA, la teoría moderna de la división o separación de poderes plantea problema distinto del de la división de funciones» (cfr. ALVAREZ GENDÍN: *La independencia judicial*, cit., págs. 32 y sigs. La referencia la hace a GASCÓN Y MARÍN, en su *Aplicación del principio de la separación de*

devolverlas al Gobierno, señores Procuradores, renunciemos desde ahora a la reforma de los Códigos procesales, con sus dos mil artículos, y a la del resto de las Leyes materiales sustantivas,

poderes en el Derecho constitucional moderno, en el debate mantenido en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas sobre el tema «El principio de la separación de poderes», Madrid, 1951, pág. 65, y a POSADA, en su *Tratado de Derecho político*, Madrid, 1893, t. I, págs. 289 y sigs. y esp. 316 y sigs.).

Y en tal sentido de diferenciación muy clara—pese a los citados ciegos o cegatos voluntarios—de ambos principios, el Profesor PÉREZ SERRANO ponía en pluma del también Profesor RUIZ DEL CASTILLO lo que sigue:

«Las funciones del Estado obedecen a un principio económico: el de la división del trabajo, así como la división de poderes responde a un principio político: la garantía de la libertad.» Y en otro lugar añade: «La función y el poder, como se ha indicado, responden a distinta significación doctrinal. *La división de funciones aparece en las organizaciones sociales más rudimentarias* y crece y se complica, como toda especialización, a medida que dichas organizaciones se desenvuelven y progresan» (cfr. PÉREZ SERRANO: *El principio de separación de poderes*, en el debate cit., Madrid, 1951, pág. 11).

La cita completa de RUIZ DEL CASTILLO es también de gran interés:

«División de poderes y división de funciones—dice—responden a distinta filiación doctrinal y aspiran a un fin diferente. *En todos los regímenes existen y han existido siempre competencias especializadas en interés de la perfección del trabajo administrativo. Son los Estados autoritarios y burocráticos los que acentúan más esta tendencia. Las mismas Dictaduras, que significan la negación del principio de división de poderes, por lo mismo que los concentran en una sola mano, son, sin embargo, propicias a los llamados 'gobiernos de técnicos', caracterizados por una rigurosa especialización funcional*» (cfr. RUIZ DEL CASTILLO y CATALÁN DE OCÓN: *La doctrina de Montesquieu. Su actual valor*, en el mismo debate, en la Real Academia cit., Madrid, 1951, pág. 24).

Pero ¿qué es lo que se está discutiendo? La expresión «poder judicial» es anfibológica (cfr. nuestro trabajo *La potestad jurisdiccional*, cit., *passim*). Mas apreciamos que, desde el mismo MONTESQUIEU, se está tratando, si no totalmente, sí como elemento integrante, de la noción del «poder judicial» como *poder de juzgar*. Con la discusión sobre si existe o no un «poder judicial» y si debe estar o no separado de los demás del Estado, se olvida la categoría jurídica «poder», una de cuyas manifestaciones es la «potestad» (cfr. SANTI ROMANO: *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milán, 1947, pág. 194). Y este olvido supondría un error de gravedad inculcable: el dudar de su existencia sería nada menos que dudar o negar la existencia de uno de los pilares del Estado de Derecho.

Y terminemos ya con esta larga y enojosa nota, a que nos han inducido las palabras de los Procuradores PADRÓN QUEVEDO y CLAUMARCHIRANT en la Sesión de la Comisión de Justicia de las Cortes del 15 de noviembre de 1972, diferenciando un «poder ejecutivo» y un «poder legislativo».

Si no se dieron cuenta de la trascendencia de sus palabras (¡cuidado con el léxico jurídico!), quienes los eligieron, sus «amigos políticos» partidarios de la oficial doctrina de la «unidad de poder y diversificación de funciones», deberían haber protestado enérgicamente—a no ser que ambos Procuradores lo fueran por turno, no de elección—, y si se la dieron, los demás españoles, que nada tenemos que ver con esa última citada doctrina, sino aquello por lo que nos viene impuesta, tenemos derecho a que nos expliquen lo que subyace a las citadas palabras, que son o impensadas—y, por tanto, inadmisibles—o están cargadas de un profundo sentido político divergente de la doctrina «oficial».

cuando se afrontaran por capítulos importantes. Esto no puede ser» (28).

Debemos oponer que en Suecia el Código procesal uniforme—civil y penal—, el *Rättegångsbalk*, promulgado el 18 de julio de 1942 y entrado en vigor el 1 de enero de 1948—prudente medida la de tan larga *vacatio legis*—, «despacha» a ambos procesos, civil y penal, en un total de 763 (setecientos sesenta y tres) artículos, lo cual está muy lejos de los 3.180 que reúnen nuestras Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal vigentes (29).

(Hemos de hacer constar que el *Rättegångsbalk* sueco fue elaborado con sosiego y por un grupo de juristas dirigido por el gran procesalista NATANAEL GÄRDE.)

Por tanto, el argumento de la extensión de las leyes a discutir en los Parlamentos es muy relativo, máxime, y en cuanto al proceso civil, cuando se ha dicho y se reitera recientemente que «un código procesal civil no debe rebasar los ochocientos artículos y que uno de enjuiciamiento criminal podría encuadrarse entre los seiscientos y setecientos» (30).

La solución estriba en una buena preparación de los «anteproyectos», con calma y sumisión, a crítica pública previa, y en que tanto la comisión correspondiente de las Cortes como el Pleno trabajen con más asiduidad (y en que no falten los *quorums* en las sesiones, con el consiguiente retraso).

6. Interesa, ante todo, ahora, y como base de entrada en la crítica parcial que vamos a hacer del Título Preliminar del Código civil, y siempre continuando con su *iter* legislativo, saber cómo llegó y cómo salió, tanto de la Comisión de Justicia como del Pleno de las Cortes, en cuanto a los textos que nos interesan—la jurisprudencia y su valor.

(28) Cfr. ANGULO MONTES, en el *Diario de Sesiones de las Comisiones*, Comisión de Justicia, Sesión de 15 de noviembre de 1972, ap. 87, pág. 23.

(29) Hemos pretendido en nuestros informes—a través de la Universidad de Valencia y aceptados por unanimidad por su Facultad de Derecho—que se elaborase en España una «Ley procesal general», que sirviese para evitar reiteraciones y para unificar figuras procesales que se hallan en ambas con escasas diferencias (cfr. nuestras *Sugerencias*, cit., págs. 14 y sigs. y esp. 17 y sigs., e *Informe sobre el Anteproyecto de Bases de una Ley Orgánica de la Justicia*, también cit., páginas 54 y sigs.). No se nos ha hecho caso.

La economía legislativa hubiera sido enorme y la facilidad de manejo de los procesos mucho mayor.

(30) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO: «Principios técnicos y políticos de una reforma procesal», en *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, pág. 100.

El «proyecto de ley»—mejor «anteproyecto»—se publicó en el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas* del 22 de junio de 1972, y en la parte que nos afecta rezaba así:

«Art. 3.º La redacción del título preliminar se acomodará a las siguientes bases:

Primera. Se enunciarán de modo directo y sistemático las fuentes del ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta aquellas directrices que, ya recogidas por el Código, se mantienen inalteradas, así como nuevas y autorizadas elaboraciones de la doctrina adaptadas a la realidad social. En tal sentido se ponderarán el doble significado, informador y supletorio, de los principios generales del Derecho y *el innegado valor complementario que en materia civil corresponde a la jurisprudencia, ausente hasta hoy en el texto de nuestro primer cuerpo legal, ya que no de otros preceptos de nuestro ordenamiento y del 'usus fori'.*»

Texto receloso, sibilino.

Terminada la discusión del dictamen de la Comisión de Justicia el día 29 de noviembre de 1972 (31), la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 (*B. O. del E.* de 21 de marzo) insertaba el correspondiente texto:

«Art. 2.º La redacción del título preliminar se acomodará a las siguientes bases:

1.ª 4. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que establezca el Tribunal Supremo sobre aplicación de las fuentes.»

Y el texto del Decreto 1.836/74, de 31 de mayo, por el que se sancionó con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar de dicho Código civil, en la parte que nos interesa, es el siguiente:

A) En su «exposición de motivos» o preámbulo:

«A la jurisprudencia, sin incluirla entre las fuentes, se le reconoce la misión de completar el ordenamiento jurídico. En efecto, la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses da lugar a la formulación por el Tribunal Supremo de *criterios que si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autoriza-*

(31) Cfr. el *Diario de Sesiones de las Comisiones*, Comisión de Justicia de dicho día, págs. 4 y sigs.

dos y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa.»

B) En su texto:

«Artículo 1.º 6. La jurisprudencia complementará 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.»

Antes de entrar en el examen jurídico de estos textos debemos analizar una palabra que podría denominarse «macroanfibológica»—tal es su cantidad de acepciones—y que tiene gran trascendencia.

En efecto, en la «exposición de motivos» del texto articulado se habla de «cierta trascendencia normativa» de la jurisprudencia.

¿Qué significa la palabra «cierta» gramaticalmente?

Acudamos en primer lugar, como es natural, al *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* (19 ed., Madrid, 1970):

«CIERTO/TA (del lat. *certus*). Adjetivo conocido como verdadero, seguro, indubitable.

2. Se usa precediendo inmediatamente al sustantivo en sentido indeterminado: CIERTO lugar, CIERTA noche.

3. Hablando de los perros, se dice de aquellos que dan señas ciertas de la caza y que seguramente la levantan.

4. Sabedor, seguro de la verdad de algún hecho.

5. Ant. certero.

6. Germ. 'fullero'.

7. Adv. afirm. ciertamente/al cierto, m. adv. ciertamente/dejar lo cierto por lo dudoso, fr. fig. perder o abandonar lo seguro por adquirir lo que suele no lograrse/en cierto, loc. ant. de cierto/no, por cierto, loc. adv. no, ciertamente; no, en verdad/por cierto, loc. ciertamente, a la verdad/sí, por cierto, loc. adv. ciertamente, en verdad.»

Diccionario de Autoridades (ed. facsímil de la Real Academia Española, Ed. Gredos, Madrid, 1969, T. «A-C»).

«CIERTO/TA, adj., seguro, verdadero y libre de todo género de duda. Viene del latín *certus*, que significa lo mismo. Part. I, tít. 4, l. 39: E por esto les mostró santa egleſia *cierta* manera, porque lo sopiesen fazer. SANTA TERESA: *Su vida*, cap. 8: ¿Qué *cierto* es sufrir vos a quien no sufre que estéis con él? RIBAD. Fl. Sanct.: *Vida de San Remigio*: Que no les faltaría esta felicidad hasta que ellos faltasen del camino derecho y *cierto* del temor de Dios. SOLÍS: *Hist. de Nuev. Esp.*, lib. 5, cap. 23: Porque siendo *cierta* la obra importa poco a la verdad la diferencia del instrumento.

CIERTO. Significa también cosa no determinada: como en cierto lugar, cierta noche. C. lat.: *Quidam, quedam, quodam*. RIBAD. Fl. Sanct.: *Vida de San Gerardo*: Havía, antes de esta jornada a Francia, tenido Gerardo *cierta* visión. ANT. AGUST. Dial., pl. 401: En unos juegos públicos que *ciertos* romanos nobles hicieron cantó en el choro mui bien. MARQ. Gob., lib. I, cap. 14: Por no ofender a *ciertos* huéspedes de su nación que habían venido a Jerusalén.

CIERTO. Se toma algunas veces por algo más que probable, y en alguna manera seguro, por lo que se puede inferir, concebir y esperar de alguno o algunos antecedentes. Lat. *quidam*. SAAV., Empr. I.: Las niñeces descuidadas de los príncipes son *ciertas* señales y pronósticos de sus acciones.

CIERTO. Vale y corresponde también a lo mismo que tal: Y así comúnmente se dice se hizo la escritura con *ciertas* condiciones, se ajustó el contrato con *ciertos* pactos, esto es, con tales y tales pactos y condiciones, que aunque no se especifican, se suponen por hechos y convenidos. RECOP., lib. 5, tít. 15, l. 1: Si alguno pusiese sobre su heredad algún censo con condición que si no pagare a *ciertos* plazos que caya la heredad en comisso, que se guarde el contrato.

CIERTO. Usado como adverbio vale lo mismo que cierta y verdaderamente. Lat. *certo, quidem*. SANTA TERESA: *Su vida*, cap. 4: Que es verdad *cierto* que muchas veces me tiembla el sentimiento de mis grandes culpas. RIBAD. Fl. Sanct.: *Vid. de S. Geronymo*. ACOST.: *Historia de Ind.*, lib. I, cap. 2: Lo qual *cierto* no podría ser si no estuviese la tierra en medio del mundo, rodeada de todas partes de los orbes celestes.

CIERTO, CIERTO. Equivale a lo mismo que certísimamente, firmísimamente, con quanta seguridad y certeza cabe. Lat. *omnino certe*. SANTA TERESA: *Su vida*, cap. 10, y *cierto, cierto*, con verdad digo, a lo que ahora entiendo de mí, que me dará gran consuelo.

Ciertos son los toros. Frase familiar que explica estar ya seguro aquello que antes se deseaba. Lat. *certa omnino res est*. ALFAR., pl. 284: No espantemos la caza, que *ciertos son los toros*: el hurto está en la mano.

Por *cierto*. Adverbio que se suele usar cuando se alaba o se vitupera alguna acción: Como *por cierto* que ha quedado o andado garboso. *Por cierto* que ha hecho buena hacienda. Lat. *ne, profecto, omnino*. ANT. AGUST. Dial., pl. 35: Avisado penosamente, *por cierto*. Nuñ. Rmpr., 3. *Por cierto* descompassado monstruo de hermosura. NIEREMB. Difer., lib. 3, cap. 3: *Por cierto*, si se supo aprovechar, como parece,

de esta miseria, fue más dichoso por ella que por el Imperio que poseyó.

Ser cierto. Siendo *cierto*. Tener por *cierto*. Phrases con que se expresa, asegura o afirma la verdad de alguna cosa. SANTA TERESA: *Su vida*, cap. 7: *Tengo por mui cierto* que quince días antes le dio el Señor a entender que no había de vivir. RIBAD. Fl. Sanct.: *Vida de San Gerónimo*: Lo *cierto* es que llegó a la edad decrepita. CERVANTES: *Perfil*, lib. 2, cap. 20: *Tengo por cierto* que mi mal ha de tener remedio mediante tu consejo. SOLÍS: *Historia de Nueva España*, lib. 5, cap. 11: *Siendo cierto* que ya consistía su prisión en la fuerza de su palabra.»

Diccionario Crítico Etimológico (Madrid, Gredos, 1954, t. I):

CIERTO, del latín *certus*. «Decidido», «cierto», «asegurado», derivado de *cernere*, «decidir», 1.^a dosc., 2.^a mitad siglo x, *Glosas de Silos*.

«Comp. cuervo», *Dicc.*, II, 145,50, cej. IX, § 203.

DERIV. «Cierta» guía, «muerte» (1609, J. Hidalgo). «Ciertas» (Alex., 347 d.) o más comúnmente «certas» (fin siglo XII, *Auto de los Reyes Magos*, v. 23, y siglos XIII-XV). «Ciertamente», del francés *certes*, id. (o de oc. ant. *certas*, cat. ant. *certes*). «Acertar» (2.^a mitad siglo x, *Glosas de Silos*), comp. «cuervo», *Dicc.*, I, 111-116; con la ac. antigua de «acertarse», «hallarse presente en alguna parte», está relacionado el significado de la voz vasca (común a todos los dialectos, excepto el vizcaíno) *gertatu*, «suceder», «ocurrir», que prueba la existencia de nuestro vocablo ya en el latín vulgar hispánico (antes de la palatización de la *c*) y el moderno «acertar» «a» («hacer») (hacer) casualmente; en la ac. «dar» (con algo), «hacer» (algo) con acierto, el vocablo español pasó al italiano *accertare* en los siglos XVI-XVII (Sasseti + 1588: *Zaccaria*); se dijo también «encertar», «acertado», «acertador», «acertajo», «acertajón», «acertamiento», «acertero», «acertijo» (aut.), «aciertor» (h. 1600), «desacertado», «desacertar», «desaciertor». «Certano» (Berceo, Alex.), ant.; «certanidad» (Berceo); «certanidad» (1.^a cron. gral.); «certenidad» (Berceo, siglo XVI), o «certinidad» (Santillana-Cervantes), antic., «certeza» (más variantes, «cuervo», *Obr. inéd.*, 189). «Certero» (Berceo), «certería». «Certeza» (h. 1572, H. de Mendoza). «Certidumbre» («certedumbre», 1240, F. Juzgo; «certid., 1256-76, «L. del saber de Astr.»). Cultismos: «cerciorar» («aut. como neologismo»), del latín tardío y b. latín *certiorare* (latín *certiorem facere*), derivado de *certior*, comparativo de *certus*. «Certitud antic.» (siglos XV-XVI, todavía usado en América), del latín tardío *certitudo*.

CPT. «Certificar» (Berceo), del latín *certificare*: «certificable», «certificación», «certificado», «certificador», «certificatoria», «certificatorio».

Muy frecuente ya en las *Glosas de Silos*, 47; en los *Fueros de Aragón* (Tilander, § 22, 2), y en muchos textos forales de toda España (*ibídem*, página 233); en el *Cavallero Zifar*, 60, 17, etc. (*vid. Hist.*, 9; *Cuervo*, 113, b; 116, a y b). Schuschardt.

Como se verá hay acepciones para todos los gustos. No hubiera podido el legislador utilizar una palabra tan «incierta» (permítase el juego de palabras tras tan enojosas consultas, inútiles si se legislase bien) en un lugar tan claramente, «ciertamente» grave y complicativo.

Esta versión del Título Preliminar es harto confusa.

En efecto, en el artículo 1.º, 6, del texto articulado se dice que «la jurisprudencia complementará 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».

Quede bien claro que hasta aquí se trata de un «complemento» (¡a ver si también habremos de investigar sobre el significado gramatical de la palabra «complemento»!), luego de una fuente del Derecho, aunque sea indirecta. Y de entre los numerosos problemas que plantea esta norma y la correspondiente Exposición de Motivos hay uno que nos va a ocupar ahora.

Esto es, en tal Exposición de Motivos se utiliza, siempre con respecto a la jurisprudencia, la frase según la cual la reiterada del Tribunal Supremo es digna de «adquirir cierta trascendencia normativa».

Si bien es cierto que al frente de tal párrafo de la Exposición de Motivos se ha dicho que «a la jurisprudencia, sin incluirla entre las fuentes, se le reconoce la misión de complementar el ordenamiento jurídico», esa «cierta trascendencia normativa» que se reconoce a la del Tribunal Supremo. ¿En qué consiste?

Para comenzar, si la expresión «cierta» se ha utilizado en el sentido de «determinada» (?) necesitaríamos saber la entidad cuantitativa de esa «determinación» (una especie de porcentaje jurídico). ¿Hasta dónde llega esa «determinación»? No se nos dice.

Y si ha sido utilizada en el sentido de «cierta trascendencia normativa», esto es, una normativa que existe en la realidad «con certeza», sin lugar a dudas, entonces viene a resultar que la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo entra a formar parte del catálogo de fuentes del Derecho, pese a que «no se la incluya» entre las mismas.

El legislador hubiera debido aclarar la acepción de la palabra «cierta», que ahora nos sume en confusiones (32).

(32) Ello ocurre por adoptar palabras anfibológicas. Y no es el primer caso reciente.

En efecto, en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, y con respecto al Ministerio Fiscal, se dice que es «*órgano de comunicación*

Mejor dicho, nuestra experiencia nos lleva a pensar que... la acepción que se admitirá para la palabra «cierta» será la segunda del *Diccionario* («se usa precediendo inmediatamente al sustantivo en sentido indeterminado» (33): *cierto* lugar, *cierta* noche»), esto es, se opondrá a esa «certidumbre» la «indeterminación»; otro choque que se hubiera podido evitar. Y que, como consecuencia, nos deja sin saber el alcance (indeterminado) de esa «trascendencia normativa», esto es, tan en la oscuridad o más que hasta ahora estábamos. Nuestra censura por ello a los responsables de esta confusión, que ya se ha hecho inevitable.

8. Aún nos hubiera quedado un rayo de esperanza de que de una vez para siempre se intentase, al menos, aclarar el papel de la jurisprudencia en el campo de las fuentes de nuestro Derecho, ya que mientras se estaba discutiendo sobre el anteproyecto del Título Preliminar del Código civil (14 de marzo de 1973) existía un «anteproyecto de Ley Orgánica de la Justicia» (que resultó ser después la base de la Ley del mismo nombre de 28 de noviembre de 1974); había posibilidad de conectar los dos proyectos y extraer de ellos y de las atribuciones del Tribunal Supremo—a fijar en dicha Ley de Bases Orgánicas de la

entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia...» (por cierto, la palabra «comunicación» y la misma función tienen su origen directo en la regulación del MF en el Anteproyecto de Constitución de la Monarquía Española, redactado en 1929, bajo la Dictadura del General Primo de Rivera, art. 101; fórmula recogida en el Anteproyecto de Ley del Poder Judicial, también de la Dictadura citada, art. 56).

Pues bien, el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua* da ocho acepciones a la palabra «comunicación» y seis al verbo «comunicar». Interpretamos el sentido de la frase de la LOE (reproducida en el Anteproyecto de Bases de la Ley Orgánica de la Justicia de 1968, Base 68) en el de la séptima acepción de la palabra según el citado *Diccionario*, esto es, en el de la figura retórica «que consiste en consultar la persona que habla el parecer de aquella o aquellas o quienes se dirige, amigas o contrarias, manifestándose convencida de que no puede ser contrario a la del suyo propio», o sea, «comunicación = subordinación» (aunque esto no pueda ser nunca una ecuación matemáticamente, resultó serlo jurídicamente; cfr. sobre este pesimismo nuestro, y frente a optimismos ajenos, nuestro trabajo «La reorganización del Ministerio Fiscal español», en *Temas del Ordenamiento procesal*, Madrid, Ed. Tecnos, t. I, págs. 494 y sigs.).

Añadamos que la misma expresión de la LOE en cuanto a la «comunicación» se ha trasvasado a la Base 15, núm. 72, de la Ley de Bases Orgánicas de la Justicia de 28 de noviembre de 1974.

Pues bien, en conformación de nuestra tesis de que esa «comunicación» se convertiría en «subordinación» del MF al Gobierno apareció el Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal (Decreto del Ministerio de Justicia de 27 de febrero de 1969), según cuyo artículo 86 aparece claramente el MF, desde su cúspide, como sujeto a las «órdenes» del «Ministerio de Justicia», pudiendo éste darlas incluso directamente a los Fiscales de las Audiencias Territoriales y Provinciales; el criterio de la acepción séptima de la palabra «comunicación» en el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua* (cfr., sobre este trascendental punto de cómo se transforma una «comunicación» en una «subordinación», nuestro trabajo «La situación actual del Ministerio Fiscal», en *RDPr. Iber.*, 1970, fasc. 4.º, esp. págs. 781 y sigs.) frente a las corrientes optimistas.

Justicia—lo que en realidad «fuera» la jurisprudencia (mejor dicho, su resultado en cuanto reiterada: la doctrina legal) de dicho Alto Tribunal.

Veamos lo que ocurrió cuando se trató de conectar ambos proyectos, esto es, cuando aún era tiempo de aclarar el panorama sobre la verdadera esencia de la jurisprudencia, a través de la fijación de las atribuciones monopolísticas de su fautor, del Tribunal Supremo.

Dijo el Procurador DÍAZ-LLANOS LECUONA, en la sesión plenaria de las Cortes del 14 de marzo de 1973 (discusión del proyecto de Ley de Bases):

«Decimocuarto..., debo hacer resaltar una lista de los (argumentos) que a mi juicio aconsejan también la devolución del proyecto (al Gobierno).»

«A) El párrafo cuatro de la base primera proclama que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que establezca el Tribunal Supremo sobre aplicación de las fuentes.»

«Es forzoso dejar constancia de los términos en que el proyecto consagra la jurisprudencia precisamente en un sistema de legalidad (artículo 2.º de la Ley Orgánica de 15 de septiembre de 1870) y de seguridad jurídica (art. 17 del Fuero de los Españoles). De aquí que santificarla como 'fuente complementaria del Derecho', sin haber antes aprobado la Ley Orgánica de la Justicia, *es poner el carro antes que los bueyes.*»

«La función que en nuestro país ha venido teniendo la jurisprudencia por nadie puede ser negada, como tampoco la decisiva importancia que para la justicia comporta el recurso de casación por infracción de doctrina legal recogido en la LEC. Pero la nueva función que ahora pretende asignársele obliga a la inexcusable reforma previa del órgano supremo y a determinar el modo en que deba producirse si se quiere que contribuya a la seguridad jurídica, antes referida, que sólo podría lograrse por la unidad de interpretación.»

«Por otra parte, la inconcreción de la base es manifiesta. No se olvide que la jurisprudencia no es un párrafo más de las fuentes del ordenamiento jurídico, sino un número más con propia sustantividad, y ello es peligroso mientras no se publique, como acabo de indicar, la Ley Orgánica de la Justicia» (33).

Y veamos lo que decía esta última Ley «en construcción»:

La «Exposición de Motivos» del proyecto (mejor anteproyecto) de Ley Orgánica de la Justicia» (*B. O. de las Cortes Españolas* de 20 de

(33) Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Españolas* de 14 de marzo de 1973, página 24.

diciembre de 1973), al tratar (VI-X): «De la planta y ordenación territorial de los Tribunales y Juzgados. De la composición y funcionamiento de los órganos judiciales. De las atribuciones y competencia de los mismos, etc.», rezaba así:

«22-46. Al ocuparse el proyecto de la planta, composición, atribuciones y ordenación territorial de los Tribunales y de los empleos judiciales se mantienen los principios que actualmente rigen, si bien se introduzcan modificaciones tendentes a un mayor perfeccionamiento, con el fin de que la función que les está encomendada se cumpla de modo más adecuado y eficaz.»

«El Tribunal Supremo sigue configurado como el más alto órgano de la justicia (34) y cabeza de la organización judicial. Se le atribuyen las supremas funciones gubernativas y disciplinarias, y con conciencia de su alta misión y *de la trascendencia de su función creadora de la jurisprudencia*, se concreta su actividad jurisdiccional principalmente a los recursos extraordinarios de casación y revisión, que son los medios a través de los cuales —especialmente el primero— *se sienta el criterio orientador que sus resoluciones deben tener...*»

[Nos encontramos con la dificultad de saber a qué número de la LOBJ (es el 32 de la base 9.^a) correspondía en la discusión en

(34) En diversas ocasiones nos hemos quejado del empleo que se da a la voz «justicia»—triunfalísticamente—del modo que sigue y que merece ser reproducido como protesta:

«La expresión 'justicia' está mal empleada. La 'justicia' no se organiza; la 'justicia' no es una función. La justicia 'se hace', se administra, se realiza. Y, naturalmente, no se reforma 'la justicia' (?), sino sus órganos de administración y los medios de obtenerla. Quizá por un intento—fallido *a nativitate*—de dar mayor prestigio al nombre—fallido por superfetatorio, ya que mayor no lo puede tener—se ha eliminado el concepto intermedio, necesario para obtener la 'justicia': 'administración de justicia', pero nunca 'función de justicia', que en sí no puede existir como tal. La que es 'independiente' no es la 'justicia'—el problema se fija en plano filosófico—, sino en cuanto interesa al texto legal, la 'función jurisdiccional'; la justicia depende de sus propios imperativos característicos. Y son 'independientes' los 'órganos de administración de la justicia'; la función está en obtenerla y no en ella misma. Por tanto, el título de la Ley y el sentido de la expresión 'justicia', tal como se la utiliza en la Base 1.^a-1, deben ceder el paso a un uso más correcto de la terminología, en tema en el que no son admisibles las logomaquias. Háblese de 'función' jurisdiccional de ejercicio del poder judicial; por traslación, de 'jurisdicción'; de 'administración de la justicia', pero no de otro modo.»

Naturalmente, no se nos hizo caso alguno y el título de la Ley no puede ser más finchado, más pretencioso («Ley de Bases Orgánica de la Justicia»).

Cfr. nuestros trabajos «Informe sobre el Anteproyecto de Bases de Ley Orgánica de la Justicia», cit., pág. 82, y «Comentario crítico de la Base 1.^a del Proyecto de Ley Orgánica de la Justicia», en *RDPr. Iber.*, 1974, fasc. I, pág. 39.

comisión el número correspondiente, que en el primitivo proyecto venía designado con el 29 de la base 8.^a

Pero en la propia discusión del proyecto de la LOBJ (*Boletín Oficial. Diario de Sesiones de las Comisiones. Comisión de Justicia*, número 349, de la sesión del 2 de octubre de 1974, págs. 6 y 7) vemos que se «salta» en dicha discusión desde el número 28 de la base 8.^a (que en la Ley resultó ser el número-apartado «primera» del número 27 de la base 8.^a), y sin discusión, al número 29 de la misma base (en la Ley, base 9.^a, núm. 31, «el Tribunal Supremo en pleno, constituido en Sala de Justicia, conocerá de los procedimientos penales, etc.»).

Y de allí (pág. 7, col. 2.^a) se pasó a debatir sobre el número 30 de la base 8.^a, párrafo primero, que se corresponde, al parecer (según las intervenciones de MENDIZÁBAL ALLENDE, MADRID DEL CACHO y CERVIA CABRERA por la ponencia) con el referido a la «Sala de revisión de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo», esto es, al que resultó ser en la Ley el número primero, el «treinta y tres» de la base 9.^a

Esto es: se «saltó» por encima de la «competencia» de las Salas I y II del Tribunal Supremo (número «treinta y dos» de la base 9.^a en la Ley, y 29 de la base 8.^a en el proyecto).]

En resumen, no se ha innovado nada. Según el texto de la Ley (32 de la base 9.^a), «la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo *conservará la competencia que actualmente tiene atribuida...*» y «*continuará la Sala de lo Penal del mismo Tribunal con su competencia actual...*».

No se ha innovado nada; solamente imprecisiones, tanto en la Exposición de Motivos (la del anteproyecto pasó a la Ley sin variación alguna) como en el propio texto. «Conciencia de su alta misión» (del Tribunal Supremo). «Trascendencia de su función creadora de la jurisprudencia». «Criterio orientador que sus resoluciones deben tener». La montaña que esperaba DÍAZ-LLANOS parió un ratón.

Con ello no se ha aclarado nada: en la LBOJ, el «criterio orientador»; en el título preliminar del Código civil, esa «cierta trascendencia normativa» de la jurisprudencia. Nada claro. Una remisión hubiera sido utilísima, mas el asunto queda como estaba, ya que las Salas I y II del Tribunal Supremo «conservan la competencia» que actualmente tienen atribuida, con lo que además se agrava la cosa si pensamos que la «doctrina legal» no existe como base de casación en lo penal (art. 849 de la LECRIM). En todo caso, se crea una laguna. Y si siguiéramos el lenguaje tan gráfico, como irrespetuoso, del Procurador DÍAZ-LLANOS («poner el carro antes que los bueyes»), podríamos decir que «carro» y «bueyes» actúan de modo incoherente por causa de una laguna—o charco—abierto (el de la «doctrina legal» en lo penal, que nos va

a ocupar después), en el que se precisa arrojar un gran ladrillo para ver a quién y de qué salpica. Al Tribunal Supremo le toca la delicada carga de recibir parte del líquido que llena esa laguna y depurarlo; pero las salpicaduras directas y menos gratas—la crítica—deben alcanzar a quienes teniendo a su disposición material suficiente no supieron elaborar la ruta sin «baches» o «lagunas».

Más adelante volveremos sobre este tema.

Y yendo aún más lejos, no ya sólo laguna, sino antinomia entre ambas leyes, ya que no es lo mismo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo tenga «cierta trascendencia normativa», que tenga un valor de «criterio orientador».

Este confusionismo se aprecia claramente en la defensa del dictamen de la Comisión de Justicia, en la sesión plenaria del 14 de marzo de 1973:

«Novedad sustancial de este proyecto de Ley—dijo el Procurador RIVAS GUADILLA—constituye la cita de la jurisprudencia—también se ha referido a ella el señor DÍAZ-LLANOS—, *que si bien no llega a alcanzar el carácter de fuente directa* (35), complementa el ordenamiento jurídico con la doctrina que establezca el Tribunal Supremo sobre la aplicación de las restantes fuentes del Derecho.»

«Al señor DÍAZ-LLANOS le ha producido cierto temor esta consideración; pero lo que hubiera debido producirle no temor, sino estupor, es que la ponencia, siguiendo ciertas corrientes doctrinales, hubiera tratado de incorporarla como fuente directa o indirecta de último grado. Aquí de lo que se trata es de reconocer que la jurisprudencia tiene un valor complementario de las fuentes que, por lo menos, a través del recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal tiene nuestro actual ordenamiento jurídico.»

«En esta materia, la ponencia tuvo muy en cuenta especialmente la tesis de los señores ANGULO MONTES y MADRID DEL CACHO. La ponencia primero y la comisión después estimaron que era muy superior el valor de la jurisprudencia al lado de las fuentes del Derecho, que dentro de ellas, ya que su propio dinamismo le impide aplicar criterios inmutables, debiendo acomodarse a nuevas circunstancias y situaciones. Prever en la norma

(35) ¿Indirecta, pues?

legal la flexión de la jurisprudencia y condicionar su estimación no pareció necesario y quizá fuera peligroso» (36).

Una «jurisprudencia» que no es fuente, pero que «complementa» al «ordenamiento jurídico» estando «al lado y no dentro de ellas». ¿En qué orden la situamos? Los símiles más bien parecen pictóricos que jurídicos. Y no se tiene en cuenta lo que preveíase ya en el anteproyecto de Ley Orgánica de la Justicia (de Bases) y su Exposición de Motivos y pictoricismos vagos, sin imagen clara de lo que «la jurisprudencia» (los legisladores parecen tenían miedo de la expresión «doctrina legal») significa.

Nada tampoco aclaró el entonces Ministro de Justicia, ORIOL Y URQUIJO, que se limitó a una simple glosa de la Exposición de Motivos, sin más (37).

9. Se ha tratado de pronunciar una diferenciación entre los conceptos de «doctrina legal» y «doctrina jurisprudencial», que aparecen en ocasiones mezcladas en las sentencias y autos del Tribunal Supremo.

DE CASTRO describe así dicha diferencia:

«Doctrina legal es la que tiene valor normativo conforme a la que se ha de fallar el pleito (*ratio decidendi*); doctrina jurisprudencial es una clase de doctrina que sirve para autorizar, que crea una presunción en favor de una determinada interpretación o principio que no resulta directamente de una ley; la doctrina legal y la doctrina jurisprudencial aparecen así unidas, pero no confundidas, en el momento de la admisión del recurso» (38).

(Aquí vamos a hallar a título de escolio y de nuevo la palabra «cierta», indeterminada.)

(36) Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, Sesión Plenaria del 14 de marzo de 1973, pág. 35.

(37) «Aun cuando el Proyecto alude a la jurisprudencia—dijo—como doctrina establecida por el Tribunal Supremo, no le confiere el rango de fuente directa ni autónoma, ya que se produce con ocasión de aplicar las demás fuentes y tiene el alcance de complementar el ordenamiento jurídico. Indiscutiblemente, la tarea de aplicación e interpretación de las normas en contacto con las realidades de la vida permite la formación de *criterios* (otra palabra que hace dudar, y mucho), que si bien no entrañan la *elaboración propiamente dicha* de normas nuevas y distintas contienen matizados desarrollos, que al proceder del órgano superior de la administración de justicia (por una vez se ha utilizado la palabra 'justicia' correctamente, decimos aquí nosotros) han de reputarse singularmente autorizados y dignos de alcanzar cierta eficacia normativa y orientadora (este 'orientadora' debe ser un recuerdo de la Exposición de Motivos de la entonces futura Ley Orgánica de Bases de la Justicia, 22-51) (cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Españolas* del 14 de marzo de 1973, Sesión del Pleno, pág. 43).

(38) Cfr. DE CASTRO BRAVO: *Derecho civil de España*, parte general, t. I, Madrid, 1955, págs. 569 y sigs.

La expresión «doctrina legal»—la utilizada por la LEC y de la que los fautores del Título Preliminar del Código civil huyen—apareció en el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, en el que si bien, según su rúbrica—y dictado en uso de la autorización concedida por Ley de 21 de julio del mismo año—, se trató de reglamentar los recursos de segunda suplicación y de injusticia notoria, su preocupación fundamental fue la de establecer el régimen definitivo de los «recursos de nulidad» atribuidos al conocimiento del Tribunal Supremo (39). Según su artículo 7.º, se podría interponer el recurso por escrito y con firma de Letrado—y representación de Procurador con poder especial—, citándose en aquél «la Ley o *doctrina legal* infringida» (40); pero no se decía en tal norma legal que pudiera ser esta «doctrina legal».

La Real Cédula de 20 de enero de 1855, sobre reforma de la Administración de Justicia en las provincias de Ultramar, abrió el recurso «de casación» (art. 194) «por violación de Ley expresa y vigente en Indias o de una *doctrina legal* recibida a falta de Ley por la jurisprudencia de los Tribunales, relativa al fondo o sustancia de la cuestión resuelta por el fallo que se pretende anular».

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, en su artículo 1.012, decía a su vez que «el recurso de casación puede fundarse en que la sentencia sea contra Ley o contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales», y así aparece una acepción amplia de lo que «doctrina legal» pudiera ser: en sentido amplio, la «doctrina sentada por los Tribunales, cualquiera que sea su clase y categoría, al decidir las cuestiones sometidas a ellos» (41).

Por uno de los más grandes procesalistas españoles de la época, VICENTE Y CARAVANTES, y tomando como base el «recurso de casación» del citado artículo 1.012 de la LEC de 1855, se decía que «servirá para formar jurisprudencia sobre la cuestión legal que haya sido discutida y resuelta en el pleito». «Véase, pues, que el objeto constante de este recurso es el de uniformar la jurisprudencia» (42).

Expliquemos con él la expresión «doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales».

Uno de los más autorizados intérpretes de la Ley, al hacerse cargo de esta disposición, se expresa en estos términos:

(39) Cfr. PLAZA: *La casación civil*, Madrid, 1944, pág. 98.

(40) Cfr. PLAZA, *ob. cit.*, loc. cit.

(41) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español*, Madrid, 1962, t. I, 10.ª edición, pág. 376.

(42) Cfr. VICENTE Y CARAVANTES: *Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid, Imprenta y Librería de Gaspar Roig, Ed., 1858, t. III, pág. 458.

«La Ley pocas veces da nueva y expresa aprobación a los principios capitales, a los dogmas inconcusos de la ciencia del Derecho; tomándolos por base edifica sobre ellos; no les da nueva sanción, porque sería absurdo dársela a lo que la recta razón, la conciencia universal del género humano y mil generaciones se la han dado; los considera de un orden superior; teme profanarlos si los toca, y sabe que están muy sobre la obra que emprende y que son más duraderos que ella, porque se derivan de la naturaleza racional del hombre y porque en todos los países, en todas las épocas y en todas las circunstancias son Ley, sin necesidad de que como Ley los formule el legislador.»

«Pero ¿son acaso estos principios eternos de moral y de justicia, que están impresos en el corazón, en la conciencia humana, a los que se refiere el artículo 1.012 de la Ley de Enjuiciamiento Civil? No vacilamos en decidírnos por la negativa. Así lo prueba el exigirse en dicho artículo que la doctrina sea *admitida por la jurisprudencia de los Tribunales*, esto es, admitida como *legal* por la *jurisprudencia práctica*, y si se refiriera a aquellos principios serían atendibles en todo caso por suponerse como base de toda buena legislación y guía segura de toda jurisprudencia sabia. *La doctrina a la que se refiere la Ley* es la que se deduce del espíritu de la legislación, la que se forma por medio de reglas de la interpretación doctrinal y de teoremas deducidos de la ciencia del Derecho. Si estas doctrinas, si estos teoremas, se hallan completamente fuera de la Ley, no serán admitidos por la jurisprudencia y no tendrán la fuerza necesaria para dar lugar su infracción al recurso de casación. Así se comprende que se lamentase el ilustrado Fiscal del Tribunal Supremo de Justicia, en el dictamen que llevamos citado, de que se diera dicho recurso por esta causa fundándose en que apenas se dictará sentencia alguna contra la que no haya lugar a él, porque apenas habrá ninguna que no esté apoyada en el sentido opuesto por una doctrina, y asimismo en que semejante disposición no está apoyada con el ejemplo de nación alguna. En Francia, en efecto, no se admite el recurso de casación cuando se infringe doctrina o máxima del Derecho que no se halla admitida en la legislación.» «En el hecho de haberse ocupado el legislador de la confección de las Leyes y de los Códigos, con cuyo auxilio debe funcionar la sociedad—dice Mr. DALLOZ en su *Repertorio*—, han abrogado necesariamente, si la Ley no reproduce su espíritu, esas máximas o adagios, especies de reglas de Derecho tradicional, pero vagas, arbitrarias y, por tanto, peligrosas... En su consecuencia, la máxima de Derecho que no se halla revestida con carácter legislativo, no puede dar lugar al recurso de casación.» «Mas por nuestra parte si juzgamos exagerada la importancia que se ha dado por el

primer intérprete que citamos a la palabra *doctrina*, creemos asimismo que se la disminuye en demasía por el segundo. Nuestro Derecho ha sabido, pues, darle su justo valor exigiendo que esta doctrina se halle apoyada por la jurisprudencia. En el artículo 5.º del Real Decreto de 4 de noviembre de 1838 se consignó que se citara al interponer el recurso de nulidad *la doctrina legal infringida*, con cuya palabra *legal* daba a entender claramente que se había aquélla de deducir de las Leyes o que había de tener carácter legal por hallarse admitida por la jurisprudencia.» «En el artículo 194 de la Real Cédula de 20 de enero de 1855 para Ultramar se da lugar al recurso de casación por violación de *doctrina legal recibida, a falta de Ley, por la jurisprudencia de los Tribunales*; una expresión semejante se encuentra en el Real Decreto de 20 de junio de 1852 respecto a las causas criminales por delitos contra la Hacienda pública. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ratifica, en sus artículos 1.015, 1.027, 1.029, 1.060, 1.064, 1.073, la disposición del 1.012 sobre que haya lugar a casación por infracción de *doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales*, y el 1.025, en su § 2.º, y los 1.016, 1.018, 1.024 y 1.074 expresan que dicha infracción sea de *doctrina legal o de derecho*» (43).

(De lo que estamos convencidos es de que, según el tenor del artículo 7.º del Real Decreto de 1838, la «doctrina legal» era una fuente directa del Derecho, aplicable a falta de Ley.)

Si VICENTE Y CARAVANTES nos da una amplia idea de la casación, un corolario claro lo estableció DE BUEN—con una nueva acepción del concepto—: según él, la jurisprudencia, como fuente de Derecho, sería «la doctrina sentada por los Tribunales en cuanto adquiere *fuera normativa* y se impone así como obligatoria para lo sucesivo» (44).

[(No incluyó DE BUEN la famosa palabrita que tanto nos acongoja: «cierta» (influencia normativa o trascendencia normativa).]

En un sentido aún más jusspositivo, para CLEMENTE DE DIEGO la «jurisprudencia» (no tenga cuidado el lector, no descentramos el tema, por las íntimas relaciones que entre ella y la «doctrina legal» existen) es estrictamente «el criterio (otra palabra que viene a cuento en la Exposición de Motivos del Título Preliminar del Código civil y en el de la LBOJ) constante y uniforme de aplicar el Decreto mostrado en las sentencias del Tribunal Supremo» (45).

(43) Cfr. VICENTE Y CARAVANTES, *ob. cit.*, t. cit., págs. 481 y sigs.

(44) Cfr. DE BUEN: *Introducción al estudio del Derecho civil*, Madrid, 1932, página 326.

(45) Cfr. CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, Ed. Suárez, 1941, t. I, pág. 103.

Y resumiendo: ha pocos años se ha dicho que «la noción de jurisprudencia que se puede extraer de los textos legales de nuestro Derecho positivo viene, pues, a coincidir con la acepción más común en los ordenamientos jurídicos de tipo continental: jurisprudencia es la interpretación de la Ley o del Derecho vigente realizada por los Tribunales de Justicia, y en sentido más estricto, es la interpretación de la Ley realizada por el Tribunal Supremo» (46).

Se ha dicho también, por el autor últimamente citado, que la distinción entre «jurisprudencia» y «doctrina legal» del Tribunal Supremo ha sido mantenida en términos claros por la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, en base: a) a la posibilidad de una doctrina legal no reconocida por la jurisprudencia (art. 1.729, núm. 10); b) a la «posibilidad de formar jurisprudencia» en recursos de casación por infracción de Ley y no de doctrina (art. 1.782) (47), y «signos de una distinción entre doctrina legal y doctrina jurisprudencial se pueden apreciar en algunas sentencias del Tribunal Supremo; pero en el léxico jurisprudencial predomina la tendencia a utilizar como sinónimas ambas expresiones y, de hecho, en la práctica nunca se ha formulado la distinción en los términos rigurosos con que se propone en teoría» (48).

(46) Cfr. LALAGUNA: *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1969, pág. 50.

(47) Cfr. LALAGUNA, *ob. cit.*, págs. 53 y sigs.

(48) Cfr. LALAGUNA, *ob. cit.*, pág. 54.

Cita aquí la definición de DE CASTRO (cfr., *supra*, texto sobre la nota núm. 38) como «quizá la más penetrante», pero que... «no logra delimitar con claridad ambos conceptos. Probablemente porque una distinción más precisa no se puede establecer».

El proceso, para nosotros, tiene como función la satisfacción de pretensiones o de resistencias (cfr. nuestro trabajo «El proceso como función de satisfacción jurídica», en *Temas de Ordenamiento Procesal*, cit., t. I, págs. 353 y sigs., *passim*).

Esta satisfacción se consigue totalmente a través de la puesta en acción, de la actuación práctica de la sentencia mediante su ejecución.

Si consideramos el *processus* de formación de la jurisprudencia—el «proceso» por antonomasia, pero reiterado—hallamos un notable paralelo, que se manifiesta con mayor intensidad en cuanto descubramos que si la jurisprudencia—sentencias reiteradas, en su acepción de «doctrina legal»—se expresa, en cuanto «a su valor, como un fenómeno de interpretación del Derecho escrito» (cfr. LALAGUNA, *ob. cit.*, página 63, y art. 1.º-6 del Tít. Prel. Cód. civ.), y que en «este proceso de interpretación, tanto como los elementos normativos cuentan los fácticos» (cfr. LALAGUNA, *ob. cit.*, pág. 62), cosa paralela ocurre en un proceso aislado de formación de una sola sentencia—que por sí sola no constituirá «doctrina legal»—; según nuestras ideas, en aquel trabajo citado expuestas, en el «proceso» el Juez parte de la interpretación de dos o más «apariencias de Derecho»—normativas—con su base en elementos fácticos; de aquí, y a través de la prueba de los hechos (y no de la del «Derecho»), el Juez llega a una convicción jurídica—siempre basada en los hechos, como probados o no probados—, y es esta convicción la que plasma en la sentencia, creando así el estado de «satisfacción jurídica» (compartido o no).

Y en el plano de la jurisprudencia, como «proyección de la validez de un

Cuando se atribuye a la doctrina legal un «valor normativo» que no deriva directa y claramente de la Ley, se está reconociendo la necesidad de la interpretación para que la doctrina legal pueda existir. Cuando se intenta evitar la confusión entre la doctrina legal y la doctrina jurisprudencial..., se viene a subrayar la vinculación de la doctrina legal con el ordenamiento jurídico, y tras esta conexión, la dependencia de la interpretación jurisprudencial a la Ley. *La noción de doctrina legal queda así en esa zona imprecisa de confluencia entre la actividad legislativa y la actividad jurisdiccional* (49). La doctrina legal no es ni Ley escrita ni pura creación jurisprudencial, pero su existencia depende tanto de la Ley como de la jurisprudencia (50).

El nuevo Título Preliminar del Código civil no ha aclarado las cosas al afirmar la «formulación por el Tribunal Supremo de criterios que si no entrañan la elaboración de normas *en sentido propio y pleno* (he aquí el punto de confusión), contienen desarrollos singularmente *autorizados* (otra expresión confusa) y dignos, con su reiteración, de adquirir *cierta trascendencia normativa*».

Podría haberse llegado a exponer una solución, que estimamos necesariamente incompleta (véase últimamente lo que LALAGUNA dice en cuanto al punto de encuadramiento de la «doctrina legal»: estamos de acuerdo con él); podríamos decir que *la jurisprudencia es una categoría jurídica estática*—estaticismo que está confirmado por la fuerza de la cosa juzgada de las sentencias que la integran—, una categoría jurídica

criterio de interpretación... a futuras situaciones de conflicto que posean una estructura fáctica semejante» (LALAGUNA, *ob. cit.*, pág. 63), lo que hace es reproducirse en mayor escala lo que con una sola sentencia se ha producido; ésta se proyecta hacia la práctica («satisfacción real», *vid.* nuestro trabajo *cit.*) a través de la ejecución, forzosa o no forzosa, y la jurisprudencia se proyectará, también a efectos satisfactivos, sobre aquellas situaciones jurídicas prácticas posteriores.

«Concretamente—sigue LALAGUNA, *ob. cit.*, pág. 65—, en los países de Derecho civil codificado nos encontramos con una estructura jurídica conformada fundamentalmente por normas de carácter general, pero cuya eficacia concreta depende de la aplicación que se haga de ellas por los Tribunales en las decisiones de los casos. Una atenta observación de este fenómeno permite sostener que las decisiones singulares cumplen en el ordenamiento jurídico de cualquiera de estos países una función tan indispensable como la de las normas generales.»

Ahora bien, la cuestión se complica cuando la base jurídica de una sentencia sobre un supuesto fáctico nuevo, pero idéntico a otro ya visto y resuelto anteriormente por los Tribunales, no es una norma (una Ley), sino la propia jurisprudencia, que adopta aquí su *facies*, o mejor, tracto de «doctrina legal».

Es la propia jurisprudencia la que crea jurisprudencia; es la continuada solución de conflictos iguales, dando lugar a satisfacciones jurídicas de la misma índole, la clave de tal satisfacción jurídica, y no se trata de un círculo vicioso, sino de un anillo correcto, en el cual es la jurisprudencia el principio y el final del mismo.

(49) La cursiva es nuestra.

(50) Cfr. LALAGUNA, *ob. cit.*, págs. 54 y 55, con ref. a HERZOG, págs. 227-228.

El problema reside en que la LOE de 10 de enero de 1967—reiteramos no olvidar que se trata de una «Ley constitucional»—(y asimismo la Ley de Bases Orgánica de la Justicia de 28 de noviembre de 1974, base primera, dos) fijan las atribuciones—potestad—de los Jueces y Tribunales en las de *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*, pero nunca les autorizan a «crear desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa» (Exposición de Motivos del Título Preliminar del Código civil); no admiten que la «jurisprudencia»—«doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo» (*idem*, art. 1.º, 6)—«complemente» el «ordenamiento jurídico» (*idem*), constituyéndose así en un «algo» (si no es fuente, ¿qué es ese «algo»?) «complementario» de tal ordenamiento.

Si, según la situación anterior, nos preocupaba a todos la no inclusión de la jurisprudencia en el artículo 6.º del Código civil y, al contrario, su inclusión en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por ello la situación era de cavilosidad, después de la entrada en vigor de la LOE de 1967 y del Título Preliminar de dicho Código civil, al negar las fundamentales normas citadas la posible efectividad jurídica exterior de la «doctrina legal», la imposibilitan para seguir actuando en la práctica como hasta ahora lo hizo, y al autorizar que esa «jurisprudencia reiterada del Tri-

RREZ ALVIZ, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, HERCE QUEMADA, DE MIGUEL ALONSO, MORÓN PALOMINO, MUÑOZ ROJAS, DE LA OLIVA SANTOS, PRIETO CASTRO y SERRA DOMÍNGUEZ se elevó una «exposición al Gobierno e informe de Profesores de Derecho procesal de Universidades españolas respecto del Proyecto pendiente de Ley de Bases Orgánica de la Justicia» con fecha de abril de 1974 (esto es, cuando aún no había comenzado la discusión del Anteproyecto en la Comisión de Justicia de las Cortes), aconsejando «la no prosecución de los trámites relacionados... (con dicho Anteproyecto)» (cfr. este «Informe» en *RDPr. Iber.*, 1974, 1, págs. 5 y sigs., *passim*); en el mismo número de esta revista, confróntese también GUTIÉRREZ DE CABIEDES: «Notas sobre el Proyecto de Bases de Ley Orgánica de la Justicia» (págs. 79 y sigs.); MONTERO AROCA: «La llamada justicia municipal y el Proyecto de Bases de Ley Orgánica de la Justicia» (págs. 155 y sigs.); SERRERA CONTRERAS: «Reflexiones sobre la jurisdicción contencioso-administrativa en el Proyecto de Bases de Ley Orgánica de la Justicia» (págs. 179 y sigs.), y—pidiendo la retirada, al menos, de la Base primera del Anteproyecto, lo cual arrastraría la caída de todo él—nosotros mismos, en nuestro trabajo citado: «Comentario crítico de la Base primera del Proyecto de Ley Orgánica de la Justicia», siempre en la misma revista y número (págs. 37 y sigs.).

No se nos hizo caso—como tampoco a nuestra conclusión, adoptada en la VIII Reunión de Profesores de Derecho Procesal, en Valencia, en 1972—sobre nuestra preocupación de que continuase la tramitación del actual «Anteproyecto de Bases de la Ley Orgánica de la Justicia», «por considerarlo inadecuado para resolver los problemas orgánicos que hoy están planteados y, en definitiva, por la insuficiencia e imprecisión de sus bases»; continuó la tramitación de dicho «Anteproyecto», que culminó en la desafortunada Ley de Bases Orgánica de la Justicia de 28 de noviembre de 1974, con la que ahora nos hallamos enfrentados en cuanto a su contenido y desarrollo, al mantener igual posición que en Valencia, en la Reunión de 1972, y al escribir nuestro trabajo crítico, publicado en 1974.

bunal Supremo» se convierta en algo que si no es una fuente «complementaria», se le parece mucho; así, aunque en la Exposición de Motivos se diga otra cosa, *resulta que en esta parte el repetido Título Preliminar del Código civil es inconstitucional*, ya que se excede atribuyendo al Tribunal Supremo otra labor—la constructiva de esa «jurisprudencia»—, que no es tan sólo la de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado», según ordena la LOE de 1967.

Si el texto adoptado para la LBOJ hubiera sido el adoptado por los procesalistas en Valencia en 1972 (cfr. *supra*), la cuestión hubiera sido diversa, ya que no solamente tratábamos de «Leyes», como inadecuadamente lo hace la LBOJ, sino de «aplicación de normas jurídicas» (54), expresión en la cual hubiera podido comprenderse el Derecho jurisprudencial. Mas no ha sido así y no es por nuestra culpa, sino por la de los autores de aquella primera Ley citada, que escogieron un texto en el que se desviaba el centro de gravedad del problema (desde el «poder judicial» a la «función», cfr. *supra*), y por los de la LBOJ, que se refirieron tan sólo a la «potestad de aplicar las Leyes, y nada más que Leyes».

11. Así las cosas echemos ahora una ojeada a «cómo es» la «doctrina legal».

«Como es notorio, al Tribunal Supremo le está encomendada la elevada misión de aplicar los principios generales del Derecho a los casos litigiosos sometidos a su definitiva resolución; así, fijándose el alcance de tales principios y de las Leyes y las reglas de su hermenéutica para su aplicación en cada caso, como *estableciendo en su reiterada jurisprudencia normas a seguir inexcusablemente por los Tribunales de Instancia, tanto que su violación puede ser motivo de casación de las sentencias*» (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I, de 12 de junio de 1926).

La evolución del concepto de «doctrina legal» nos ayudará a comprender la esencia del muy interesante fenómeno. Sigamos la descripción de DE BUEN:

«Antes de la publicación del Código civil—1889—existía lo que se llamaba doctrina legal, cuya frase surgió por primera vez en el Real Decreto de 4 de octubre de 1838, en el cual se regulaba el ejercicio del recurso llamado a la sazón de nulidad. Con la expresión 'doctrina

(54) Cfr. sobre lo que en esta reunión se expresó, PRIETO CASTRO: *Tres comunicaciones*, cit., págs. 14 y sigs.; FAIRÉN GUILLÉN: *Algunas aportaciones*, cit., páginas 16 y sigs.

en el antiguo artículo 6.º del Código civil, era fuente de Derecho (63) apuntó, a nuestro entender, al problema en vista de su resolución desde el punto de vista teórico, ya que desde el práctico este problema está resuelto.

En efecto, visto el panorama de la indudable influencia de la doctrina legal del Tribunal Supremo sobre los Tribunales inferiores, si bien no cabe discutir demasiado que no tiene calidad de fuente autónoma de producción jurídica (puesto que, a pesar de las famosas palabras «cierta trascendencia normativa», no se halla en la lista de fuentes directas, y de otra parte, la LBOJ no autoriza a los Tribunales a dictar disposiciones de carácter general), también es cierto que tiene indudable valor efectivo, pues «va ligada a una muy visible, aunque limitada, actividad creadora» (64) (la famosa «cierta trascendencia normativa»), subordinada a fuentes de valor superior (65), destinada a colmar lagunas de las mismas, imponiéndose con fuerza de coacción moral sobre los Tribunales inferiores, a los cuales se previene que en el futuro aquella dirección jurisprudencial, ya casada, está amenazada de nuevo por la casación en asuntos iguales, siempre que «las circunstancias sociales, políticas y económicas no hayan aconsejado al Juez de Instancia iniciar una nueva dirección interpretativa y decisoria» (66).

En cuanto a la doctrina legal vista por quien la crea, por el Tribunal Supremo, *supra* reproducimos lo que él ha declarado: se trata de la aplicación a la práctica de los principios generales del Derecho (Sentencia de 12 de junio de 1926), siempre que «estén sancionados por alguna Ley, por la propia 'doctrina legal' y en defecto de Ley» (67).

12. Mas dejemos al propio Tribunal Supremo que nos indique las notas que deben concurrir para formarse «doctrina legal» (68):

(63) Cfr. también GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, pág. 55, e interesante, LALAGUNA, *ob. cit.*, págs. 136 y sigs.

(64) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS: «Aplicación y elaboración del Derecho (esquema doctrinal y crítico)», en *RGLJ*, t. 178 (XC), Madrid, 1945, t. X, págs. 530 y sigs.; *La formulación judicial del Derecho y el arbitrio de equidad*, Madrid, 1953, páginas 17 y sigs.

(65) Cfr. PLAZA: *La casación civil*, cit., págs. 207 y sigs.

(66) Cfr. PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, t. II, Zaragoza, 1946, página 368.

(67) Cfr. también Sentencias de 7 de octubre de 1947, 22 de mayo de 1936, 19 de junio de 1933, 3 de diciembre de 1928 y 12 de enero de 1927, así como Autos de 13 de febrero de 1922, 24 de noviembre de 1917, 16 de junio de 1900, 8 de octubre de 1899, etc.

Cfr. esta jurisprudencia en la *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ordenada por los Profesores FENECH NAVARRO y CARRERAS LLANSANA, Barcelona, volumen V, 1959, desde la pág. 9210.

(68) Cfr. también LALAGUNA, *ob. cit.*, págs. 55 y sigs.

A) Precisa para que surja la existencia, al menos, de dos sentencias en idéntico sentido, no siendo suficiente que haya sólo una (Sentencia de 10 de febrero de 1886, Auto de 6 de octubre de 1889 y Sentencias de 7 de enero de 1924, 4 de julio de 1928, 27 de octubre de 1930, 20 de diciembre de 1927, 30 de diciembre de 1944, 8 de noviembre de 1946, 14 de noviembre de 1951, 27 de marzo de 1952, etcétera) (69).

Esto no obstante, la doctrina legal del Tribunal Supremo no debe ser estática, «inmóvil», sino «dinámica, como las mismas Leyes, que teniendo el carácter de permanentes en sus derechos, son variables en su evolución progresiva al tener en cuenta las nuevas necesidades y realidades de la vida» (Sentencia de 21 de abril de 1926).

Esto es, la doctrina legal debe ser estable, mas tal estabilidad no puede oponerse a su evolución (70).

Está claro que el problema «doctrinalmente» es de importancia y que ha dado lugar a apreciaciones algo extremadas, por ejemplo, la de quienes con diversa terminología (71) (72) pretenden que el Tribunal Supremo deviene órgano legislativo; el freno a dichos autores y apreciaciones se hallaría, en otros, en las diferencias entre «legalidad» y «legitimidad» (73), y, en último lugar, en la apreciación general de los juristas españoles de la «doctrina legal» del Tribunal Supremo, con la consideración de que ésta no es férrea, sino maleable al compás de las circunstancias de evolución general del país (74).

(69) Cfr. esta jurisprudencia y más en FENECH y CARRERAS, *ob. cit.*, vol. V., página 210.

(70) Es esta originalidad la que ha llamado la atención de juristas extranjeros, con mayor o menor fortuna. Cfr., por ejemplo, HERZOG: *Le Droit Jurisprudential et le Tribunal Suprême en Espagne*, Imp. Bousseau, Toulouse, 1942, *passim*. y esp., págs. 225 y sigs.; mas debemos añadir que el fenómeno español de la «doctrina legal» no se puede comprender sin conocimiento claro de la «legislación histórica» y no sólo la de Castilla; que un conocimiento trivial (o inexistente, que es peor) sobre la jurisprudencia del antiguo reino de Aragón puede conducir a conclusiones erróneas. Y si el historiador no entra a fondo en los problemas planteados cuando el «recurso de casación» tuvo posibilidad de «penetrar» en España (1812, Cortes de Cádiz, Guerra de la Independencia contra los franceses), su verdadera labor de investigación se deberá detener—si no es temerario, en cuyo caso no sería más que un pseudo-historiador—en el umbral de los verdaderos problemas, esto es, los que diferencian a la «casación» española de otros recursos más propiamente denominados con esta calificación (cfr. sobre estos problemas—no vistos por HERZOG—nuestro trabajo «La recepción en España del recurso de casación francés (1812-1813)», en *ADC*, Madrid, 1957, *passim*, y después en nuestros *Temas*, cit., t. I, págs. 195 y sigs.).

(71) Cfr. JOAQUÍN COSTA: *Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia*, Madrid, 1890-1893, pág. 301.

(72) Cfr. HERZOG: *Le Droit Jurisprudential*, cit., págs. 226 y sigs.

(73) Cfr. DUALDE: *Una revolución en la lógica del Derecho*, cit., pág. 277.

(74) Anotemos aquí los requisitos que según SÁNCHEZ ROMÁN deberían darse para que se formase «doctrina legal» y que nos parece muy oportuno no sólo evo-

Un clásico ejemplo de la «flexibilidad» de su criterio nos lo dan las interpretaciones dadas por la Sala I del Tribunal Supremo a la famosa «Ley de Mostrencos» de 16 de mayo de 1835 (75) (que instituía heredero al Estado, en defecto de parientes de cuarto grado). A partir de la Sentencia de 20 de marzo de 1893, el Tribunal Supremo la aplicó a los países forales hasta 1936. En la Sentencia de 11 de julio de 1936, el Tribunal Supremo marcó una reacción en favor del respeto al Derecho foral de Navarra—hasta entonces pospuesto por él mismo a la citada Ley de Mostrencos—, según el cual fuero los herederos se extendían más allá del cuarto grado, excluyéndose así al Estado, y ello textualmente lo hizo en 1936, «por haberse creado una corriente jurídica diametralmente opuesta a la que sirvió de fundamento a la jurisprudencia» anterior.

Terminada la guerra civil (1936-1939), el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 19 de diciembre de 1942, abandonó la dirección doctrinal adoptada en 1936 y tornó a la anterior diciendo, en cuanto a su Sentencia de 1936, que: Inspirada... en una orientación que trascendía del ámbito del Derecho privado, aunque en él se reflejasen sus consecuencias, no puede decirse que rectificase, por errónea o exorbitante, la doctrina mantenida en el decurso de varios lustros y reputada uniforme, aun señaladas algunas vacilaciones iniciales..., sino que acomodándose a una situación que reputó nueva estimó que por sola virtud de ésta habían desaparecido los fundamentos que el Tribunal Supremo había tenido hasta entonces; que dicha Sentencia de 11 de julio de 1936, «lejos de rectificar, ratificaba en el fondo lo establecido con anterioridad», por lo cual el Alto Tribunal volvía a su doctrina tradicional (76).

car, sino recordar en estos momentos (aunque en el Tít. Prel. del Cód. civil nada se diga, nada impide que sea completado, aunque el sistema de Decretos cada vez nos complace menos):

- 1.º El Tribunal Supremo examinaría periódicamente las sentencias de casación.
- 2.º Fijaría las reglas de Derecho que considerase posible deducir de ellas.
- 3.º Haría un resumen sistemático.
- 4.º Se preocuparía de que se hiciese una publicación periódica de la materia (no retrasada se entiende, naturalmente).

- 5.º Sólo los «preceptos» así publicados constituirían doctrina legal.

(Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, 2.ª ed., Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1899-1912, t. II, pág. 80.)

(75) HERZOG, *ob. cit.*, comenta alguna sentencia en materia de Mostrencos, pero no para extraer conclusiones sobre la continuidad de la «doctrina legal» o sus interrupciones (págs. 226 y sigs.).

(76) Cfr. también la Sentencia de la Sala I del T. S. de 30 de diciembre de 1942 y subráyese su proximidad temporal con la del texto. Ya había dos en el nuevo más antiguo sentido.

En estas ocasiones, el T. S. indicó que no se podía alegar infracción de doctrina legal existiendo una sola sentencia de contenido determinado.

B) La doctrina legal ha de considerarse con respecto a un caso idéntico (Sentencias de 7 de julio de 1882, 31 de enero de 1930), no bastando la analogía ni los razonamientos formulados en una sentencia de casación anterior que sea la positiva (la segunda, proferida de acuerdo con el art. 1.745 del a LEC, o sea, la subsiguiente a la verdadera de casación) (Sentencia de 31 de marzo de 1948) (77).

C) En sus relaciones con la «Ley», la «doctrina legal», aunque algún autor (78) diga que «se ha procurado evitar toda expresión explícita sobre su naturaleza», esto es, sobre su «condición de verdadera y propia fuente del Derecho» (79), se hallan declaraciones del Tribunal Supremo que si bien la equiparan en su propia fuerza a la Ley, sin embargo, no dejan de distinguir a ambas:

Así, «la doctrina de la jurisprudencia muy reiterada *merece igual respeto* que la Ley escrita» (Sentencias de 11 de diciembre de 1922 y 6 de abril de 1916). «Merece igual respeto», pero «no es igual».

Y de otro lado, la «doctrina legal» reconocía y acataba el principio de separación de poderes consagrado en la magnífica Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870: «El poder judicial no puede atribuirse nunca funciones legislativas y siempre deberá respetarse la obra legislativa y la jurisprudencia del Tribunal Supremo al interpretarla.» «Para el juzgador no puede haber otro criterio que el aceptado por el legislador» (Sentencia de 2 de julio de 1926) (80).

D) La función de la doctrina legal—ella misma lo declara—es, en gran medida, la de suplir lagunas legales: «La jurisprudencia contemporánea—dice la Sentencia de 19 de abril de 1915—es un intérprete dedicado a suplir omisiones involuntarias de algún concepto dado en que los redactores de preceptos legales hubiesen podido o puedan incurrir» (81). «La jurisprudencia—intérprete de la Ley—está llamada a suplir el silencio que de su análisis pudiera resultar» (Sentencia de 15 de febrero de 1916).

E) Vemos, pues, que la «doctrina legal» es una intérprete de la Ley: «La trascendental misión de la jurisprudencia es la de la inteli-

(77) Cfr. más jurisprudencia en FENECH-CARRERAS. *ob. cit.*, t. V, págs. 9218 y sigs.

(78) Cfr. PLAZA: *La casación civil*, cit., pág. 210.

(79) Cfr. PLAZA: *La casación civil*, cit., loc. cit.

(80) Si HERZOG (*Le Droit Jurisprudentiel*, cit., págs. 226 y sigs.) hubiese citado esta última sentencia después de la de 11 de diciembre de 1922, su obra hubiese quedado más clara.

(81) Se trataba de colmar una clásica laguna legal, la del artículo 177 del Código civil, en cuanto a los derechos sucesorios de los hijos adoptivos.

gencia y aplicación de las Leyes» (Sentencia de 23 de febrero de 1926), «teniendo en cuenta los fines de la institución (Sentencia de 2 de julio de 1926) (82).

F) La «doctrina legal» recuerda sus orígenes y la (incumplida) disposición transitoria número 3 del Código civil—que alude a la jurisprudencia del Tribunal Supremo como dato a tener en cuenta en las reformas decenales (!) del Código—(Sentencias de 23 de febrero de 1926 y 14 de enero de 1947).

G) La «doctrina legal»—y he aquí uno de sus caracteres fundamentales—defiende su propia *uniformidad*: «Si la jurisprudencia ha de cumplir su trascendental misión de uniformidad, contradecirla sería tanto como introducir en ella el desorden acerca de la recta inteligencia» de los asuntos debatidos y resueltos (Sentencias de 10 de junio de 1914, 10 de diciembre de 1919 y arg. en la de 14 de enero de 1927).

H) Otro de sus caracteres es el de la *continuidad*: «La función de juzgar tiene el doble concepto de resolver la colisión de Derecho planteada y la de interpretar las Leyes para los casos sucesivos» (Sentencia de 20 de junio de 1928). «Cuando la jurisprudencia ha fijado una determinada interpretación legal debe ser ésta mantenida en aras de la certidumbre y seguridad de las relaciones jurídicas, en tanto no se demuestre, por medio indubitable, la antinomia de ella con el verdadero contenido de las Leyes» (Sentencias de 30 de noviembre de 1935 y 30 de diciembre de 1942).

I) Otro carácter más de la «doctrina legal» lo es el de ser *progresiva*—su mayor originalidad, a diferencia de la rigidez del precedente jurisprudencial anglosajón (83)—(Sentencia de 21 de abril de 1926), obligando al Tribunal Supremo a completar «las realidades de la vida con sus hechos concretos» (Sentencia de 7 de mayo de 1926); la misma jurisprudencia protege las nuevas direcciones que el Tribunal Supremo pueda adoptar (Sentencia de 12 de junio de 1926), pues «cuando unos preceptos legales están en contraposición con *progresivas* concepciones jurídicas, aquéllos mueren para dar vida a otros, ya que la naturaleza, las circunstancias y las realidades de la vida tienen que ajustarse a estas evoluciones científicas» (Sentencia de 20 de junio de 1928).

(82) Cfr. también Sentencias de 20 de febrero de 1933 y 25 de mayo de 1945.

(83) Cfr. sobre ello ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR: «El precedente judicial anglosajón y la jurisprudencia española», en *RGLJ*, 1948, t. 183, págs. 508 y sigs., esp. 549 y sigs.; PUIG BRUTAU: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, cit., páginas 231 y sigs.

J) La simple desestimación del recurso *no supone* la aceptación por el Tribunal Supremo de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo *a quo* (84).

Ello se debe a que el recurso de casación funciona regido por el principio dispositivo (*Sententia debet essere conformis libello*—formalización del recurso—) y por su pleno rigor formal. Esto es, el Tribunal Supremo no puede casar una sentencia por un motivo legal que no haya sido solicitado por el recurrente; debe limitarse a aquellos por los que fue impugnada la sentencia del Tribunal *a quo*.

De esto se deduce que si el Tribunal Supremo rechaza el recurso por haber sido interpuesto basándose en un motivo erróneamente indicado (por ejemplo, el núm. 1 del art. 1.692: violación, interpretación errónea o aplicación indebida de la Ley o de la doctrina legal), en lugar de haberlo hecho por la vía de ataque a los hechos probados (núm. 7 del mismo artículo, caso muy frecuente), ello solo, de por sí, no quiere decir que la sentencia *a quo* sea «correcta» y que por ser rechazado el recurso contra ella pase a disfrutar de la calidad de «doctrina legal» la en ella contenida.

Así puede verse, por ejemplo, en las Sentencias de 28 de diciembre de 1946 (FENECH-CARRERAS, *ob. cit.*, V, pág. 8852), 23 de junio de 1953 (*id.*), 29 de mayo de 1892 (*id.*, pág. 8868), 28 de enero de 1908 (*id.*, pág. 8879), 30 de diciembre de 1927 (*id.*, pág. 8898), 27 de abril de 1929 (*id.*, pág. 8899), 18 de octubre de 1928 (*id.*), 31 de diciembre de 1930, 16 de septiembre de 1933 (*id.*, pág. 8991), 20 de abril de 1940 (*id.*, pág. 8992) y 20 de octubre de 1950 (*id.*, páginas 8992 y sigs.).

Esto es, aunque el recurso fracase, si el Tribunal Supremo no examina explícitamente la sentencia del Tribunal *a quo*, no puede decirse —ello es natural—que tiene doctrina legal; lo que hace es no entrar en su estudio por haber tropezado con un escolio previo, como lo era el del defecto formal en la interposición del recurso.

K) No constituye «doctrina legal» el contenido de la *sentencia positiva* que, a continuación de la casatoria, debe dictar el Tribunal Supremo (art. 1.745 de la LEC), y ello por la razón—peculiar de la jurisdicción positiva de dicho Alto Tribunal español—de que en ella ya no resuelve un recurso de casación, sino que se trata sencillamente de un ejercicio de su jurisdicción rescisoria, extensiva a toda la modalidad del recurso de casación por infracción de Ley o de doctrina legal

(84) Cfr. RODRÍGUEZ AGUILERA y PERE RALUY: *El recurso de injusticia notoria*, Madrid, 1962, págs. 128 y sigs.

(ése es el punto de vista adoptado en la Sentencia de 31 de marzo de 1948, FENECH-CARRERAS, V, pág. 9218).

Así ha sido la «doctrina legal» en sus líneas generales hasta el presente. ¿Qué será en el futuro bajo el imperio del nuevo Título Preliminar del Código civil? *Incógnita res.* Pues en méritos de esa «cierta trascendencia normativa» de la jurisprudencia podemos llegar a encontrar a un Tribunal Supremo, de aquí en adelante, ligado al contenido de sus propias sentencias reiteradas (85), esto es, bien puede ocurrir que su «doctrina legal» carezca de esa flexibilidad, de esa «progresividad» que actualmente la distingue del *case-law* del Derecho anglosajón y que es nota necesaria de aquélla.

Pues si el continente de la expresión es defectuoso, el contenido puede depararnos sorpresas aún más desagradables. Y vamos a examinar una de ella entre las posibles y de mayor «trascendencia».

13. Pasamos a examinar el problema: el de la posible influencia de «cierta trascendencia normativa» de la jurisprudencia de una de las Salas (I y VI) del Tribunal Supremo sobre lo penal (Sala II).

Y antes de nada veamos cómo se originó la situación actual en la Comisión de Justicia de las Cortes.

Todo comenzó por una intervención del Procurador MARTÍNEZ ESTERUELAS refiriéndose al problema de que según el texto presentado no se incluían expresamente en él las «disposiciones administrativas» después de la «Ley» (86).

Le contestó la ponencia, por voz del Procurador ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y OLANO, de este modo:

«Compartiendo totalmente la tesis del señor MARTÍNEZ ESTERUELAS, cree la ponencia que no es necesario, al menos en el número 1 de la base primera, intercalar ninguna otra precisión mayor. En cambio, *sí podría, en el número 4 de la base primera, suprimirse el final, de tal forma que dijese: «La jurisprudencia complementará el ordenamiento en materia civil con la doctrina que establezca el Tribunal Supremo sobre aplicación de las fuentes.»* Se suprimiría «Ley, costumbres y principios generales del Derecho» para que se entienda, en un sentido amplio, que 'Ley' comprende toda clase de disposiciones administrati-

(85) Cfr. también VALLET DE GOYTISOLO: «Consideraciones en torno a las fuentes del Derecho», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1974, núm. 2, pág. 40.

(86) Cfr. *Diario de las Sesiones de Comisiones*, Comisión de Justicia, Sesión del 21 de noviembre de 1972, pág. 12.

vas (87), siempre que emanen de órganos con la suficiente competencia para ello y siempre que no contradigan otra disposición de rango superior» (88).

Y respondió MARTÍNEZ ESTERUELAS—*hic sunt leones*—:

»Se sigue hablando aquí, en el punto 4 de la base primera, de 'materia civil'. Creo que el Código civil debe aspirar a tener *regulación absoluta y general de todas las fuentes del Derecho español* y que *tiene que proyectarse a todas las ramas del ordenamiento jurídico*. Dicho en otras palabras, que se puede aspirar desde este texto a *no hacer distinción entre materia civil y las que no lo son y que el valor de la jurisprudencia sea, con carácter general, el que establezca el Código*» (89).

Apoyó a MARTÍNEZ ESTERUELAS el Procurador VIOLA SAURET:

«También está en lo cierto el señor MARTÍNEZ ESTERUELAS en que, por lo menos, hay que manifestar cierta duda en estas palabras de 'materia civil' y 'materia no civil', que parece que limitan el valor de la jurisprudencia... Quizá estemos en este caso 'capidisminuyendo' o limitando las posibilidades de aplicación de esta fuente supletoria o complementaria de nuestro ordenamiento jurídico, que es la jurisprudencia, a otros supuestos que no son los estrictamente conocidos por materia civil» (90).

Intervino por la ponencia el Procurador ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y OLANO, admitiendo la tesis de MARTÍNEZ ESTERUELAS:

«Otro de los puntos que se han debatido aquí ha sido el de la posibilidad de excluir del texto de la ponencia la frase 'en materia civil'.»

«La ponencia no tiene inconveniente, si los señores Procuradores lo aceptan, en quitar el inciso 'en materia civil'. No obstante, quiere indicar que la frase 'en materia civil' se estableció porque de lo que se está hablando es de la posición de la jurisprudencia como complementaria de las demás fuentes» (91).

Consumatum est. La «jurisprudencia» del Tribunal Supremo pasa a «tener cierta trascendencia normativa» también en materia penal. Y esto se ha producido ligeramente—ligereza temporal; a juzgar por la extensión del *Diario*, en una decena de minutos, y en esos minutos se ha decidido promover un problema gravísimo contra la primitiva y más correcta redacción.

(87) Cfr., *supra*, la conclusión de los Profesores de Derecho Procesal en nuestra Reunión de Valencia en mayo de 1972, en la que proponíamos sustituir la expresión «Leyes» por la de «normas jurídicas», conclusión que no fue aceptada por los prelegisladores.

(88) Cfr. *Diario*, cit., pág. 18.

(89) Cfr. *Diario*, cit., pág. 22.

(90) Cfr. *Diario*, cit., pág. 23. La cursiva, como en otros casos, es nuestra.

(91) Cfr. *Diario*, cit., pág. 25.

«Los delitos—siguió el Procurador ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y OLANO, como si tuviera remordimiento por la gigantesca concesión hecha—deben estar definidos concretamente en las Leyes y lo mismo las penas. Por eso, la ponencia había introducido, en principio, el texto que se refería concretamente a materia civil» (relativamente bien decimos nosotros aquí).

«No obstante—continuó en seguida—, *no parece que la Ley sufra un grave perjuicio por esta supresión*, sino que quizá, dada la generalidad que se ha dado a esta base, podría admitirse.» «De manera que la ponencia *admite como única modificación*, después de atender a las intervenciones de los señores Procuradores, *la supresión en el punto 4 de las palabras 'en materia civil'*» (92).

(La Ley sufrió por esta «no distinción» un gravísimo perjuicio, al admitirse que la jurisprudencia tenga esa «cierta influencia normativa» también en materia penal.)

Y terminó de esta forma:

«Quedaría así: 'La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que establezca el Tribunal Supremo sobre aplicación de las fuentes' y después, ya en cada jurisdicción, en materia civil, *penal*, etc., se aplicarán las Leyes especiales en relación con cada especialidad. Nada más» (93).

(El inciso que comienza «...y después, ya en cada jurisdicción...», no tuvo consecuencias, que hubieran podido salvar la situación.)

Ni una sola voz se levantó contra lo propuesto por MARTÍNEZ ESTERUELAS y aceptado por la ponencia, permitiéndose así un «trasvase» de esa «cierta influencia normativa» desde un orden jurisdiccional a otro. Lo cual no puede ser más grave si atendemos al orden penal (94).

(92) Cfr. *Diario*, cit., pág. 25.

(93) Cfr. *Diario*, cit., pág. últ. cit.

(94) Llegado el momento de la votación de la base primera, dijo ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y OLANO, por la ponencia:

«La base primera no tiene modificación alguna y dice en su iniciación:

Artículo 3.º (que va a ser el segundo, pero esto no es problema). La redacción del Título Preliminar se acomodará a las siguientes bases:

Primera. 1. Se enumerarán de modo directo, sistemático, las fuentes del Ordenamiento jurídico, manteniendo las ya recogidas en el Código, así como la primacía de la Ley sobre las demás fuentes. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior» (*Diario*, cit., pág. 25).

Hubo una votación de 22 votos a favor y ninguno en contra.

Siguió ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y OLANO:

«El párrafo segundo dice: La costumbre regirá en defecto de Ley, siempre que no vaya contra la moral o el orden público, valorándose la eficacia creadora de los usos sociales con trascendencia jurídica.»

(Votación: 23 votos a favor y ninguno en contra. *Diario*, cit., pág. 26.)

«Párrafo tercero del número 1 de la base primera:

Y planteamos claramente el problema (que la Comisión y la Ley plantean y no resuelven):

Aunque las «Exposiciones de Motivos» no tengan realmente vigencia resultan de gran utilidad para averiguar lo que pensaba el legislador (y lo que «se olvidaba de pensar»); pues bien: en este caso, al suprimir

Los principios generales del Derecho, sin perjuicio de su carácter informador de las demás fuentes, se aplicarán en defecto de normas legales y consuetudinarias.» (Votación: a favor, unanimidad. *Diario*, cit., pág. 26.)

«Párrafo número 2 de la base primera:

Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte de la legislación interna española.»

(Votación: aprobado con el voto en contra del Procurador ANGULO MONTES.)

«3. Se recogerá, en el sentido hoy vigente, el *deber* de los Tribunales de fallar en todo caso y con arreglo a la prelación de fuentes antes establecidas.»

(Votación: unanimidad.)

(*Diario*, cit., del 21 de noviembre de 1972.)

Con respecto a este texto (recogido definitivamente en el art. 1, núm. 7, con redacción así: «Los Jueces y Tribunales tienen el *deber* inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido») debemos recoger una intervención de DÍAZ-LLANOS Y LECUONA (en la Sesión del día 22 de noviembre de 1972), que merece la pena transcribirse, aunque sea en esta nota—por no desviarnos del tema en el texto.

El Presidente de la Comisión dijo: «Estamos en la base tercera.»

E intervino DÍAZ-LLANOS en los siguientes términos:

«...me parece recordar es el Código civil y la Ley Orgánica de los Tribunales quienes contienen un precepto similar, aunque de redacción distinta; era aquel que decía que el Tribunal que se niegue a fallar, so pretexto de silencio u oscuridad de la Ley, incurrirá en responsabilidad.

En definitiva, era una fórmula de sanción a los Tribunales que dejasen de cumplir el *deber* que positivamente en esta base se dice, que concretamente se establece.

Creo que los preceptos vigentes son más claros y, sobre todo, establecen una responsabilidad que ahora se elimina... ¿Por qué se ha saltado lo de incurrir en responsabilidad?» (*Diario de las Sesiones*, cit., pág. 2). La ponencia le contestó que eso estaba en la base anterior, ya aprobada.

Efectivamente, DÍAZ-LLANOS metió el dedo en la llaga, poniendo a la ponencia en trance de confesar una grave contradicción en que había incurrido.

Y así, el Procurador FERNÁNDEZ NIETO, por dicha ponencia, decía:

«Aquí se ha añadido en todo caso, quizá para reforzar ese *deber* inexcusable de los Tribunales de fallar con arreglo a las fuentes del Derecho. Con esta matización se mantenía la *obligación* de fallar con arreglo a la prelación de fuentes ya establecida» (*Diario*, cit., pág. 3).

Irritante contradicción o confusión: la ponencia confundía los conceptos fundamentales de «deber» y «obligación»; hubiese sido oportuno que alguien le señalase la necesidad de prepararse leyendo alguna obra de teoría general del Derecho, como, por ejemplo, la de SANTI ROMANO (*Frammenti di un dizionario giuridico*, Milán, Giuffrè, 1947, *Doveri, obblighi*, esp. págs. 104 y sigs.), para evitarse la confesión de un error tan enorme.

Se limitó DÍAZ-LLANOS a insistir en que: «...no estoy conforme con el fondo, aunque, 'como he perdido el tren', no voy a insistir en el tema de la supresión del párrafo que establecía que en caso de no fallar se incurría en responsabilidad, párrafo que no había motivo para que ponencia rectificara» (*Diario*, cit., pág. 3).

Y es que la ponencia, con su muy defectuoso texto—no nos cansaremos de criticarlo acerbamente—, ponía en duda nada menos que la naturaleza del *derecho*

la expresión «en materia civil» y no distinguirla de la «no civil» (entre ellas, la «penal»), la Comisión, de un «distinguir» previo, pasó conscientemente, y a instancia del Procurador MARTÍNEZ ESTERUELAS, a un «no distinguir»; el texto del Título Preliminar del Código civil, en su Exposición de Motivos, hizo lo mismo («cierta trascendencia normativa», sin distinguir órdenes jurisdiccionales, como anteriormente había propuesto la Comisión y se ve por las «excusas» del coponente ESCRIVÁ

de acción, del cual ha dicho—reconociendo que se trata de un verdadero derecho—que no es un derecho especial, material o procesal, sino que debe comprenderse entre los derechos que emanan de la personalidad (cfr., por ejemplo, HELLWIG: *System des deutschen Zivilprozessrechts*, I, Leipzig, 1912, pág. 291).

De acuerdo con esta idea, se ha considerado modernamente a la *acción* como una manifestación típica del *derecho de petición*, reconocido en las Constituciones (así, COUTURE: *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1951; *Las garantías constitucionales del proceso civil*, Buenos Aires, 1948, pág. 39); este derecho es, en síntesis, el de acudir a la autoridad pública requiriéndola a que dirima un conflicto (por causa del cual, en este caso, existe el proceso), y tal relación jurídica entre individuo y Estado expresa la función constitucional de la jurisdicción de administrar justicia a quien la pida. Este poder jurídico no puede ser arrebatado a nadie, pues emana de la personalidad.

Tal doctrina, que también hemos cultivado (cfr. FAIRÉN GUILLÉN: «Acción», en *NEJS*, *passim*, y «La acción, Derecho procesal, Derecho político», en *Estudios de Derecho procesal*, Madrid, Ed. de la Rev. Der. Priv., 1955, págs. 87 y sigs., esp., *passim*), tiene el acierto de ver claramente el entronque del Derecho procesal con el político desde el punto de vista de la acción; parece evidente que ésta es una manifestación del derecho constitucional de petición.

Además, centra adecuadamente a la acción, esto es, la considera entre el ciudadano y el Estado.

El derecho de petición, hasta ha poco considerado como en su especie de acción, no se hallaba de modo completo en ningún texto legal español; para hallarlo genéricamente expuesto hemos de acudir al Fuero de los Españoles, artículo 21, que dice que «los españoles podrán dirigir individualmente peticiones al Jefe del Estado, a las Cortes y a las autoridades». En este tercer miembro de la enumeración.

El precepto del Fuero de los Españoles en que se incluye el referido derecho está (estaba) desarrollado en varios otros, que vamos a citar ordenadamente.

Desde luego, la antigua disposición del artículo 6 del Código civil, según el cual, «el Tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las Leyes incurrirá en responsabilidad» (de aquí el monumental error cometido al suprimir la expresión «incurrirá en responsabilidad», consecuencia del incumplimiento de una obligación de juzgar).

Tal precepto, a su vez, «estaba» desarrollado, en cuanto a la responsabilidad civil, por las que en el Código civil la regulan y por el artículo 903 y siguientes de la LEC, que dan vía procesal adecuada estatuyendo el procedimiento especial para su exacción (título VII del libro II: «Del recurso de responsabilidad contra Jueces y Magistrados»); en cuanto a la responsabilidad penal, está prevista en el artículo 357 del Código penal («El Juez que se negare a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley será castigado con la pena de suspensión. En la misma pena incurrirá el Juez culpable de retardo malicioso en la administración de justicia»), al cual proporciona un procedimiento específico el artículo 557 y siguientes de la LECRIM (libro IV, título II, de dicha Ley: «Del antejuicio necesario para exigir la responsabilidad criminal a los Jueces y Magistrados»).

Y para mayor claridad, la Exposición de Motivos de la LBOJ de 28 de

DE ROMANÍ Y OLANO), y... *ubi lex non distiguit, nec nos distinguere debemus* («doctrina legal»—aunque a alguno enfade esta expresión, peor para él—del Tribunal Supremo: Sentencias de 12 de enero de 1884, 11 de marzo de 1895, 27 de febrero de 1909, 31 de mayo de 1949, 13 de mayo de 1950, etc.).

Esto es, en ninguna parte del texto legal nuevo se dice del ámbito «complementario» que pueda tener la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (siempre confundida con la doctrina legal). Y nos preguntamos: ¿Alcanzará también al ámbito de lo «penal» esta cierta trascendencia normativa?

En otras palabras: la Comisión de Justicia parte de un texto según el cual la «jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico» *tan sólo* «en materia civil», y por causa de la desafortunada enmienda de MARTÍNEZ ESTERUELAS llega a admitir que se aplique también a los

noviembre de 1974, en sus «Directrices de las bases. I. Declaraciones generales», «tres», dice que «el principio de libre acceso a los Tribunales de justicia, *entendido como el derecho a realizar peticiones a los órganos del Estado específicamente destinados al efecto*, es una de las más importantes garantías judiciales, ya que el libre acceso a los Tribunales se considera en todos los pueblos civilizados *como un derecho fundamental*, que, en definitiva, está montado sobre el siguiente fundamento: *en un Estado de Derecho la petición de justicia constituye un derecho inalienable del individuo, que a nadie puede ser negado, como medio necesario para obtener el amparo de la jurisdicción*». «No basta, sin embargo, *con la concesión de este derecho subjetivo público...*»

Esto es, la «acción» es un derecho, y frente a él surge una obligación, que se desarrollaba a partir del anterior artículo 6 del Código civil; mas sustituida esta «obligación» por un simple y modesto «deber» (con confusión entre ambos, error que seguimos diputando garrafal), este «derecho público subjetivo», por obra del nuevo Título Preliminar del Código civil, queda «incompleto», mejor dicho, quedaría incompleto si no estuviera por delante la LBOJ en su «Exposición de Motivos» citada, en la que se declara abiertamente la naturaleza de la acción como un «derecho público subjetivo».

Nuevo y grave choque entre ambas Leyes (aunque en una de ellas, en la LBOJ, sólo se consigne, por razones ignoradas, la definición del derecho de acción en su Exposición de Motivos y no en el texto de las Bases).

¿Por qué la supresión de la expresión «incurrirá en responsabilidad», tan acertada, del antiguo artículo 6 del Código civil?, nos preguntamos con DÍAZ LLANOS. No hallamos respuesta alguna, más que la de la confusión por la Comisión de Justicia (que era *la misma* que después dictaminó y convirtió en Proyecto el Anteproyecto de LBOJ) entre las categorías jurídicas de «deber» y «obligación», categorías al alcance de cualquier jurista.

No hemos querido dejar pasar por alto este lamentable texto del nuevo Título Preliminar del Código civil.

Volviendo a las votaciones, se pasó a la del número «4»:

«La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que establezca el Tribunal Supremo sobre aplicación de las fuentes.»

Hubo «asentimiento» (?) (*Diario*, cit., pág. 26).

«5. Sustancialmente, si bien con las necesarias matizaciones, se mantendrá la actual regulación sobre la vigencia y derogación de las Leyes.»

Hubo también «asentimiento» (?).

demás «sin ningún inconveniente» (incluyendo así el *orden penal*, que es el que da lugar al más grave problema).

Quedando sin resolver el del verdadero significado de la «doctrina legal» del Tribunal Supremo en lo civil—y también en lo laboral y aun en lo contencioso-administrativo—, el nuevo texto complica las cosas hasta el *climax* al admitir que esa «cierta influencia normativa» de la «doctrina reiterada» del mismo Tribunal Supremo pueda extenderse al dominio de lo penal (y procesal penal).

14. Deberemos echar una ojeada a la doctrina sobre este punto en concreto, ya que en la *LECRIM* no se admite la figura de la doctrina legal y menos aún como clave del recurso de casación.

Aunque refiriéndose a las cuestiones prejudiciales, es aquí del caso alegar con estas palabras:

«De acuerdo con el artículo 3.º de la *LECRIM*, la resolución de las cuestiones prejudiciales, que corresponde a la Sala II del Tribunal Supremo (penal), lo es exclusivamente 'para el solo efecto de la represión' (y si la prejudicialidad 'fuere determinante de la culpabilidad o de la inocencia', la regla general es la de la suspensión del proceso penal, artículo 4 de la *LECRIM*), o aún más: cuando se trata de cuestiones de estado civil conocerá de ellas tan sólo el Tribunal civil, el cual sujetará al penal 'como base' a través de su sentencia, pero sin confusiones.»

Como el mecanismo de ambos procesos—civil y penal—es muy diferente (95) (y la prejudicialidad, por regla general, no es en lo penal cuestión de Derecho, sino de hecho) (96), a apreciar «según conciencia» por el Tribunal penal (art. 741 de la *LECRIM*), el corolario es el de la inexistencia de la «doctrina legal» como figura en la jurisdicción penal, y su «violación» hipotética no abre el recurso de casación (97).

Y yendo al proceso penal—el punto de contacto con el Derecho penal en este punto lo hallamos en el artículo 849 de la *LECRIM* y especialmente en su número 2.º—:

«El valor de la jurisprudencia como fuente del Derecho procesal penal es nulo si la consideramos desde el punto de vista legal, que no la reconoce como tal; sin embargo, es grande si consideramos el punto de vista de la realidad, ya que la jurisprudencia constante constituye una doctrina que lejos de poder ser despreciada como fuente de Dere-

(95) Cfr. GÓMEZ ORBANEJA: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Barcelona, 1947, t. I, pág. 149.

(96) Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, *ob. cit.*, t. I, págs. 143 y sigs.

(97) «No hay casación penal por infracción de doctrina legal, ni de costumbre, ni de principios generales del Derecho, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil» (cfr. VIADA-ARAGONESES: *Curso de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1962, t. III, pág. 269).

cho, hay que tener en cuenta como fuente supletoria para la interpretación de la Ley procesal penal, cuyos preceptos son desarrollados y explicados, determinando su significado y alcance. Por ello en el curso de este trabajo se encontrarán numerosas citas de sentencias del Tribunal Supremo, cuyo conocimiento es indispensable para apreciar en muchos casos un precepto legal o para suplirlo cuando carecemos de él» (98).

(Es a través de estas palabras de FENECH en donde mejor se ve la influencia de la «ficción legalista», a base de la cual se construye la doctrina legal. Según HERZOG (99): El Tribunal Supremo la aplica no como «creación jurisprudencial», sino como... «una interpretación de la Ley». Y no sólo procesal penal, sino incluso penal.)

Aunque confundiendo «costumbre» con *usus fori*, va en el mismo o parecido sentido GÓMEZ ORBANEJA:

«Tampoco la jurisprudencia es fuente de Derecho procesal. En cuanto que el cometido específico de los Jueces y Tribunales (incluyendo el Tribunal Supremo) es interpretar y aplicar el Derecho material y formal en el caso concreto o revisar esa aplicación y no crear Derecho objetivo (100). Pero la costumbre, entendiendo por tal, en Derecho procesal, los usos judiciales invariablemente observados, puede adquirir carácter vinculatorio en aquello que supla a la Ley y con tal que se acomode a los principios fundamentales de ésta. Ello es sumamente importante consignarlo con relación a la LECRIM, en donde las lagunas en puntos esenciales son más patentes que en LEC. Principal ejemplo: el interrogatorio del procesado (101) en el juicio oral (Sentencia de 30 de junio de 1928)» (102).

Mas no hay acuerdo, y así otros autores llegan a conclusión más avanzada: para ellos, la jurisprudencia es fuente (ya veremos de qué clase) del Derecho penal.

Una posición intermedia («fuente mediata») la adopta RODRÍGUEZ DEVESA:

«En términos estrictos—dice—es solamente la que emana del Tribunal Supremo cuando resuelve recursos de casación. A nosotros nos interesa, naturalmente, la jurisprudencia penal, esto es, 'el conjunto de sen-

(98) Cfr. FENECH: *Derecho Procesal Penal*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro-México-Montevideo, 1952, t. I, pág. 130.

(99) Cfr. HERZOG, *ob. cit.*, págs. 227 y sigs.

(100) Por esa razón diputábamos, *supra*, inconstitucional, en esta parte, al Título Preliminar del Código civil actual.

(101) No es ya procesado; es el «acusado».

(102) Cfr. GÓMEZ ORBANEJA: «Teorías generales del proceso penal», en *Derecho Procesal Penal*, 8.^a ed., en colaboración con HERCE QUEMADA, 8.^a ed., Madrid, 1975, pág. 16.

tencias dictadas por la Sala II del Tribunal Supremo en materia de casación por infracción de Ley, al amparo del artículo 849, 1.º, de la LECRIM'» (103).

«El valor de la jurisprudencia es inestimable para conocer el Derecho realmente vivido, los criterios interpretativos que efectivamente se aplican ('interpretación usual') (104), pues los Tribunales inferiores tienden a acomodarse a la doctrina jurisprudencial (105) sentada por el Tribunal Supremo. Sin embargo, *no tiene efectos vinculantes* porque los Tribunales conservan en todo momento su libertad frente a los precedentes y, de hecho, el propio Tribunal Supremo la ejercita, modificando a veces la doctrina sentada en resoluciones anteriores. En definitiva, *el valor de la jurisprudencia* deriva de su conformidad con la Ley» (106).

«Ejemplo de estas variaciones jurisprudenciales (recuérdese sobre lo dicho en materia de evolución de la 'doctrina legal', aunque aquí no sea completamente aplicable dado que esta 'doctrina' no existe en lo penal) lo tenemos en la doctrina del Tribunal Supremo sobre el robo con pluralidad de homicidios: inicialmente se consideró como un solo delito de robo con homicidio; después uno de los homicidios se computaba para construir el robo con homicidio, apreciándose por separado los demás; a partir de la Sentencia de 17 de abril de 1951 se considera que hay tantos robos con homicidio como personas a las que con motivo u ocasión del robo se les quitó la vida.»

«De otra parte, por muy constante que sea una tesis jurisprudencial, como ocurre con la inaplicación del artículo 71 en los delitos de imprudencia punible, no puede aceptarse cuando es contraria a la Ley» (107).

Por todo ello califica a la jurisprudencia del Tribunal Supremo como «fuente mediata del Derecho penal» (108).

Las opiniones se van radicalizando en contra de que la jurisprudencia pueda ser fuente del Derecho penal. Y decía CUELLO CALÓN:

«Entiéndese por jurisprudencia el Derecho introducido por los fallos de los Tribunales mediante la aplicación de las Leyes. La *jurisprudencia no es fuente del Derecho penal*; es el medio de aplicarlo, pero no es el Derecho mismo. Puede en algunos casos, como dice MANZINI (6.ª ed.,

(103) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho Penal Español*, parte general, 2.ª ed., Madrid, 1971, pág. 207.

(104) Cfr., *supra*, lo que dice GÓMEZ ORBANEJA.

(105) Esta expresión, dado que se manejan las de «doctrina legal» y «jurisprudencia reiterada», puede provocar confusiones.

(106) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, págs. 209 y sigs.

(107) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 210.

(108) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 205.

1908, pág. 184), dar ocasión a la emanación de normas jurídicas, pero no puede ni crear, ni cambiar, ni mudar la Ley. En España, la jurisprudencia no es fuente del Derecho penal, los Tribunales no están encargados de crear el Derecho, sino de aplicarlo (recuérdese, decimos nosotros, el artículo 31 de la LOE de 1967: 'Juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado'). Sin embargo, hoy en España la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene en el terreno penal considerable importancia por la misión que le está encomendada de interpretar la Ley, así como la de mantener la unidad de su interpretación, 'procurando, como dice SILVELA (2.º, pág. 20), que así como la Ley es una, sea también una la inteligencia que se le dé'» (109).

Y remata JIMÉNEZ DE ASÚA:

«Como se sabe, constituye *communis opinio* la negación a la jurisprudencia de valor creativo de Derecho y, sobre todo, de Derecho penal. Resumamos los pareceres en esta cita de VON HIPPEL: 'La ciencia y la jurisprudencia son de grandísima importancia para la interpretación del Derecho legal y del Derecho consuetudinario existentes, así como para el nacimiento de los nuevos, pero no constituyen fuentes de Derecho independientes. Todo Tribunal puede resolver los nuevos casos apartándose de la opinión dominante hasta entonces en la ciencia y en la práctica...'» (110). «Y además, sobre todo, no existe una sanción contra los Jueces que deciden sin tener en cuenta los fallos que precedieron a sus decisiones, aun cuando aquéllos emanaran del más alto Tribunal de la nación» (111).

Y lleva su argumentación más adelante ejemplificando:

«...No termina la individualización en la sentencia. Esta ha individualizado la pena *contracta* en cuatro años de pena *inflictiva*, por ejemplo, pero el reglamento penitenciario y hasta la práctica carcelaria seguirán individualizando aún. Y así ese sufrimiento de la pena puede ser acumulado con castigos, como la celda oscura, o disminuido con premios, como fumar o ver a los suyos. La conducta del reo lo fundamenta, pero tampoco esta individualización es lo obligatorio en sí, sino la norma generalizada, que se traduce en ordenanzas o reglamentos. Ahora bien: ¿Dirían los ególogos que el funcionario de prisiones *crea Derecho* dentro de la sentencia? Es probable que incluso a quienes tienen tan poco

(109) Cfr. CUELLO CALÓN: *Derecho Penal*, 5.ª ed., Bosch, Barcelona, parte general, pág. 171.

(110) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, t. II; *Filosofía y Ley Penal*, 3.ª ed. actualizada, Losada, Buenos Aires, 1964, t. II, pág. 250.

(111) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA: *La Ley y el delito. Principios de Derecho Penal*, 5.ª ed., Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1967, pág. 87.

respeto con la ortodoxia jurídica ha de parecerles un poco fuerte hacer tal afirmación.»

El estado de Derecho que ha asumido, pues, la democracia vigente en la mayoría de los países es *el de negar el carácter de fuente productora del Derecho a la jurisprudencia y de reducirla a mero precedente con papel de guía. En cambio, los derechos totalitarios dan una función mucho más prepotente a quienes administran justicia*. El *Denkschrift* del Ministro de Justicia de Prusia, publicado en 1933, como «esqueleto» del futuro y nonato Código penal del III Reich, subraya el carácter «creador» de los Jueces y de su jurisprudencia. Esta tiene un valor enorme en la analogía y en la supresión de las figuras delictivas (112) (113).

Y llega a una conclusión a la que no es el único: incluir a la jurisprudencia entre la costumbre o los *usus fori*:

«...La jurisprudencia..., en cuanto a la materia penal respecta, no puede tener otro valor que el de *precedente no obligatorio*... No es otra cosa que una costumbre de los Tribunales, un *usus fori*, y, por ende, subordinada a los principios que se han expuesto al hablar del Derecho consuetudinario» (114).

Ya estamos intuyendo cuál es el motivo de que las sentencias penales del Tribunal Supremo no puedan ser constitutivas de «doctrina legal».

En efecto, en tanto que en el proceso civil sigue conservándose la prueba tasada o legal en la confesión (arts. 580 de la LEC y 1.221 y 1.225 del Código civil) y en los documentos (arts. 1.218, 1.221 y 1.225 del Código civil), la LECRIM en vigor establece el principio de la prueba de libre apreciación. Su artículo 741 dice que el Tribunal penal dictará sentencia «apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio»... Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, establecido el juicio de conciencia para la apreciación de las pruebas, la expresión «convencimiento íntimo del Juzgador», formada a través del conjunto de las mismas y por todos los elementos que integren su declaración de «hechos probados», no puede servir de base, habida cuenta de su «carácter subjetivo», a una impugnación de fallos encaiminada a demostrar su injusticia (Sentencia de 9 de enero de 1905). Asimismo una Sentencia de 2 de octubre de 1915 dice que sólo al Tribunal le compete «determinar los hechos que han de ser la base de su

(112) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, cit., loc. cit., págs. 257 y sigs.

(113) JIMÉNEZ DE ASÚA adopta la posición correcta de considerar la «ejecución de las sentencias» como procesal y no simplemente atribuible al Derecho administrativo.

(114) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, cit., págs. 255 y sigs.

resolución, sin que esa 'soberana facultad' que la Ley le otorga tenga otros límites que los de la conciencia del Juzgador» (115) (116) (117).

«...El Tribunal (español, de Jueces técnicos) ha de fundamentar su sentencia, y aunque el artículo 142 de la LECRIM no requiere declarar que los juzgadores han considerado los hechos establecidos por comprobados; sin embargo, esta disposición, extremadamente censurable y, como se manifestará ulteriormente, ya quebrantada por la reforma de 1933, no legitima un 'subjetivismo' o una 'soberana facultad' en la apreciación de la prueba» (118).

15. Y, en efecto, una reacción contra el exagerado subjetivismo de los Tribunales penales se manifestó a través de la citada reforma:

«Un paso decisivo—sigue GOLDSCHMIDT—hacia una vinculación del Tribunal en la apreciación de la prueba se ha dado con la legislación de 1933.» Se adicionó al artículo 849 de la LECRIM un número segundo en los siguientes términos:

«Se entiende infringida la Ley para que pueda interponerse el recurso de casación... Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de hecho, si éste resulta de documento o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del Juzgador y no estuvieren desvirtuados por otras pruebas.»

El nuevo precepto envuelve una transmisión del artículo 1.962, número 7, de la LEC, y significa una *reprobación intencional* de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de que la prueba en materia penal se hallaba exclusivamente basada en la soberanía del juzgador. Como el artículo 142 de la LECRIM dispensa al Tribunal sentenciador de justificar su apreciación de las pruebas, se necesitó la adición siguiente al artículo 858 de la LECRIM:

«Cuando el recurrente se proponga interponer el recurso al amparo de lo preceptuado en el número 2 del artículo 849, el Tribunal sentenciador redactará un sucinto informe expresivo de las pruebas, causas o motivos que el Tribunal haya tenido en cuenta para prescindir de lo que conste en el documento o acto auténtico a que se refiera el recurrente. El testimonio de este informe y el de los particulares de la causa que crea convenientes el Tribunal se agregarán al solicitado por el recurrente.»

(115) Cfr., *infra*, más sentencias en tal sentido.

(116) El «convencimiento íntimo» a que la primera sentencia alude es, evidentemente, la *intime conviction*, del artículo 353 del *Code de Procédure Pénale* francés de 31 de diciembre de 1957, la única vinculación de los jurados.

(117) Cfr. GOLDSCHMIDT: *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, 1.ª ed., Barcelona, Bosch, 1935, págs. 99 y sigs.

(118) Cfr. GOLDSCHMIDT: *Problemas*, cit., pág. 101.

«La reforma habría sido más orgánica y eficaz si se hubiese establecido en el artículo 142 generalmente el requisito de justificar la apreciación de las pruebas» (119) (120).

Esta «penetración de los hechos» en el recurso de casación penal hará aún más difícil la labor del Tribunal Supremo a causa del problema

(119) Cfr. GOLDSCHMIDT, *ob. cit.*, págs. 103 y sigs.

(120) En la reforma de 1933, la introducción del número 2 del artículo 849 se debió a una propuesta del Diputado CASTRILLO (y así se aprobó y pasó a la actualidad con la supresión de los «actos auténticos»—pésima traducción del francés *acte*—).

Y decía el Diputado ALVAREZ VALDÉS:

«Una razón que alegó aquel parlamentario en apoyo de su propuesta: la conveniencia de que figurase en la LECRIM (extracto del *Diario de Sesiones* de 22 de junio de 1933, núm. 358, pág. 15), y así lo dijo en el preámbulo de la enmienda.»

«Por el contrario, el Diputado señor ELOLA, que defendió ésta en el Salón de Sesiones, reconoció la diferencia entre ambos sistemas de enjuiciar y que la prueba en materia penal se hallaba basada en la soberanía del juzgador, lo que había dado lugar—dijo—a la perpetración de incalificables monstruosidades, y que precisamente para acabar con ese estado de cosas había que ir a que el juicio de conciencia del juzgador pudiera ser combatido en casación si dicho criterio aparecía modificado por hechos o por documentos que demostrasen la equivocación evidente de los Magistrados» (extracto del *Diario de Sesiones* de 23 de junio de 1933, núm. 359, pág. 12) (nota de ALVAREZ VALDÉS).

Esto es, se oponía al «subjetivismo» del juzgador, representado por ese «convencimiento íntimo» de que había hablado el T. S. en su Sentencia de 9 de enero de 1905.

Y proseguía ALVAREZ VALDÉS:

«La razón (de CASTRILLO) no es válida, pues en tanto que nuestro sistema procesal civil conserva vestigios de la prueba tasada o legal, el sistema procesal penal vigente los borró totalmente, consagrando en el artículo 741 la llamada prueba moral o de conciencia. Y ¿cómo conciliar el principio de la libre convicción del Juez, en orden a la valoración de las pruebas, con el establecimiento de un recuerdo de casación basado en un error en la apreciación de las mismas?»

«Se explica que este recurso se dé en aquellos sistemas de enjuiciar en los cuales figuran normas reguladoras de la fuerza probatoria de determinados medios de prueba, ya que entonces cabe 'infracción de esas normas' por los Tribunales de Instancia (aquí otra nota de ALVAREZ VALDÉS: «Se trata entonces de un error *in judicando*, según la mayoría de los autores, porque la norma violada no es norma que disciplina el desenvolvimiento externo del procedimiento probatorio, sino como norma que limita la libertad del Juez al valorar la prueba; es norma que tiene por destinatario al Juez y que se dirige a él no en cuanto 'actúa', sino en cuanto 'juzga'»). Cfr. CALAMANDREI: *La Cassazione penale*, t. II, pág. 299)... Mas no se concibe en un sistema como el de la vigente LECRIM, donde la apreciación de la prueba no está sujeta a reglas de valoración legal.»

(Cfr. ALVAREZ VALDÉS: «La reforma de la casación penal», en *Revista de Derecho Público*, III, 1934, págs. 44 y sigs.)

Y seguía el mismo ALVAREZ VALDÉS:

«Por consiguiente, dado el sistema de la Ley en orden a la apreciación de la prueba y so pena de desnaturalizar el recurso de casación convirtiéndolo en una nueva instancia, hay que sentar que ante el T. S. no es atacable el juicio mediante el cual el Tribunal de Instancia declara 'la existencia de un hecho' en su 'materialidad' y que el debate en casación ha de versar sobre el juicio relativo a la 'calificación jurídica' de ese hecho, o empleando la terminología alemana, sobre

creado por la famosa frase «cierta trascendencia normativa», según la cual dicho Tribunal Supremo podrá, al recoger los hechos y entrar en su examen, «construir doctrina legal» con valor «normativo» (?) indeterminado basado en ellos. Aunque los supuestos de hecho y de derecho de una sentencia no deban acogerse al clásico sistema silogístico, sino que más bien sea evidente la existencia de una «interpenetración» entre «hechos» y «derecho», el conflicto de esa «determinada»—que es «indeterminada»—trascendencia normativa va a poner al Tribunal Supremo en no pocos trances graves. A él mismo y a los justiciables, naturalmente.

16. Pero aún no han acabado los avatares a los cuales nos puede llevar esa «cierta trascendencia normativa» de los «criterios reiterados», de la «doctrina reiterada» que el Tribunal Supremo pasará a establecer.

Tenemos el ejemplo del «recurso de casación en las causas de muerte» (arts. 947 y sigs. de la LECRIM): trátase de un recurso «de casación» en su principio, incluso mantenido «de oficio» (art. 951, párrafo

si el hecho es subsumible en el tipo legal» (ALVAREZ VALDÉS, *ob. cit.*, pág. 45).

«Si esto es así, se comprende cuáles sean las corruptelas de los Tribunales de Instancia que hay que evitar: las declaraciones de hechos no circunstanciadas y las que envuelvan o contengan preceptos jurídicos. Pero la primera estaba atajada por la Orden de 5 de abril de 1932, que recordaba a las Audiencias el estricto cumplimiento del artículo 142 de la LECRIM, y para terminar con la segunda se incorporó un nuevo motivo al artículo 912, que luego hemos de estudiar» (*ob. cit.*, pág. 45).

«Quizá se quiso, con el párrafo que venimos comentando, permitir el planteamiento ante el Tribunal Supremo de aquellos casos en que el Tribunal de Instancia hace afirmaciones de hecho con olvido de documentos traídos al proceso y que, sin embargo, no figuran en la resultancia probatoria, cortando el abuso que representa el que un Tribunal haga caso omiso de un hecho objeto de una prueba documental no controvertida.»

... ..

«Mas si va a quedar reducida a esto la aplicación del citado párrafo, la fórmula no es adecuada, y si resultasen insuficientes los nuevos números del artículo 912 hubiera bastado incorporar uno más, semejante al que figuraba como número 4 del artículo 5 de la Ley de 18 de junio de 1870, que decía:

Cuando en la sentencia se haya omitido o alterado la expresión de algún hecho que resulte de documento auténtico no impugnado en el proceso y que tenga directa y necesaria influencia en la calificación del delito o en la aplicación de la pena impuesta.

Digamos, para terminar, que las últimas palabras del artículo, 'y no estuviesen desvirtuados por otros medios de prueba', han quitado importancia al precepto, ya que ellas autorizan a los Tribunales de lo criminal a hacer una 'apreciación conjunta' de la prueba» (cfr. ALVAREZ VALDÉS, *ob. cit.*, págs. 45 y 46).

(Terminemos diciendo que este requisito del «informe del Tribunal sentenciador» fue eliminado por la Ley de 16 de julio de 1949, introduciéndose en su lugar un segundo párrafo en el art. 855:

«Cuando el recurrente se proponga fundar el recurso en el núm. 2 del art. 849 deberá designar, sin razonamiento alguno, los particulares del documento auténtico que muestren el error de hecho de la resolución impugnada.»)

segundo), en el cual no puede existir la «incongruencia» del Tribunal Supremo con las peticiones de las partes (art. cit.) (121), sino que de modo *inquisitivo* puede ir más allá que ellas e incluso subrogarse en su papel si dichas partes «no lo hubiesen sostenido como procedente» (artículo cit.). Pues bien: ¿Cabe pensar que las sentencias que en este gravísimo trance—en el cual la Ley se va apartando del camino de la «justicia» para entrar en el de la «gracia»—dictó el Tribunal Supremo tendrán también, si se reiteran, «cierta trascendencia normativa»? La sola idea de una respuesta afirmativa nos repugna profundamente y ni siquiera se halla en el espíritu *pro reo* de la LECRIM.

17. No sería tampoco demasiado atrevido aseverar igualmente que la diferencia del concepto de *congruencia* tiene gran influencia en la diferenciación de los recursos de casación civil y penal, y ello podemos considerarlo como una concausa para que la «violación de doctrina legal» (?) no sea un motivo de apertura de la casación penal (122).

18. Añadamos que la misma y constante dificultad con que se tropiezan las diferentes Salas del Tribunal Supremo en la determinación de lo que sea un «documento auténtico» a efectos de casación (arts. 1.692, 7.º, de la LEC, y 849, 2.º, de la LECRIM), es un obstáculo más a que se conceda «cierta trascendencia normativa» a su jurisprudencia, y aún más, en lo penal (123).

19. Y aún otra observación: en lo civil existe un recurso de casación en «interés de la Ley»—descendiente del originario francés—, a cargo del defensor de la Ley (del Ministerio Fiscal), con fines de «formar jurisprudencia sobre las cuestiones legales discutidas y resueltas

(121) «...La Sala Segunda, previos los trámites ordinarios, podrá declarar haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley o por quebrantamiento de forma, *aunque no lo hubiesen sostenido como procedente las partes personadas ni el Fiscal.*»

(122) «La congruencia en el proceso civil y en el proceso penal... están sujetas a reglas muy diversas, surgidas de una diferente conjugación entre la forma contradictoria, de una parte, y los principios dispositivo y de oficialidad, de otra» (cfr. FENECH: *Enjuiciamiento y sentencia penal*, Barcelona, 1971, págs. 89 y sigs.)

(123) Cfr. sobre estas dificultades en lo civil, por ejemplo, PRIETO CASTRO: «Los hechos en casación», en sus *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, Madrid, 1950, t. I, esp. págs. 258 y sigs. (del mismo y de DE LA OLIVA SANTOS una breve alusión en *El sistema de recursos. Perfeccionamiento del derecho de ejecución singular*, comunicación presentada a la X Reunión de Profesores de Derecho Procesal de Universidades Españolas, Madrid, 1974, páginas 25 y sigs.); FENECH: «El concepto de documento auténtico», en *RGLJ*, t. 169 (1941), año LXXXVI, págs. 216 y sigs.; GINZO SOLO: *El recurso de casación en el procedimiento criminal. El documento auténtico y el arbitrio judicial*, en la misma revista, t. 174 (1943), año LXXXVIII, págs. 42 y sigs.

en el pleito, pero sin que por ellas pueda alterarse la ejecutoria ni afectar el derecho de las partes» (art. 1.782 de la LEC), y también en materia laboral, en el artículo 185 del Decreto de Procedimiento Laboral de 13 de agosto de 1973: «...Se dará el recurso en interés de la Ley, que podrá plantear la Fiscalía del Tribunal Supremo cuando estime dañosa o errónea la doctrina sentada por aquél» (por el Tribunal Central de Trabajo, y se nos ocurre preguntar: ¿Doctrina «dañosa» o «errónea» para quién? ¿Para uno de los particulares? No. Para el «interés general», que es el de la Ley, envuelto en los oscuros y a veces temerosos paños del «bien común», que cada cual interpreta como quiere).

Aquí sí que podría hablarse de «cierta trascendencia normativa» de tales sentencias del Tribunal Supremo, por actuar en favor del *ius constitutionis* y no del *ius litigatoris*.

En materia penal no existe tal tipo de recurso de casación probablemente porque el Ministerio Fiscal interviene en todos los procesos por razón de delitos públicos, y sea o no—no es éste el lugar de discutirlo—una «parte imparcial» puede interponer siempre el recurso de casación ordinario (a menos que haya retirado la acusación), en lo cual no defiende un interés personal suyo, sino de la comunidad.

Y con el estado nuevo de cosas que instaura el Título Preliminar del Código civil, la llamada «cierta trascendencia normativa» de la jurisprudencia del Tribunal Supremo también se va a extender a *todos* los recursos de casación penales (la Comisión «no distinguió entre civil y no civil» adrede), igualando así los recursos instados por el Ministerio Fiscal a los instados por los particulares, confundiendo el *ius constitutionis* con el *ius litigatoris*...

Hay «algo que no suena bien» aquí...

20. De otro lado, existen diferencias notabilísimas entre la sentencia penal y la civil (que ya de por sí solas obstarían a la formación y extensión de un orden a otro—como quiere la Comisión de Justicia de las Cortes—de esa «cierta trascendencia normativa», de esa extraña ósmosis).

«En la sentencia penal se exige la separación de los hechos de las conclusiones definitivas de la acusación y de la defensa, mientras en lo civil las pretensiones de las partes se han de hacer constar, con la concisión posible, al mismo tiempo y en el mismo lugar que los hechos en que se fundan» (124).

«Es curioso ver cómo en la práctica se incumplen con vicios contrapuestos ambos preceptos: el penal, porque en lugar de hacer constar en la sentencia las conclusiones definitivas completas, se coloca un breví-

(124) Cfr. FENECH: *Enjuiciamiento y sentencia penal*, cit., pág. 97.

simo resumen comprensivo tan sólo del delito y la pena como sustitución de las conclusiones de la acusación, y respecto de la defensa del imputado, en la mayor parte de los casos, se limita a consignar que pidió la absolució, sin más, a pesar de que el precepto legal no autoriza resúmenes ni extractos, que perjudican la posible denuncia en casación de la incongruencia y hacen más difícil aún el problema de la identidad del hecho, a efectos de determinar los límites de la cosa juzgada en las sentencias absolutorias.»

«En lo civil, en cambio, se da la práctica viciosa opuesta..., la de sustituir el resultando de hechos por la inserción literal de la demanda y contestación de las partes, y ello a pesar del precepto concreto, que ordena de forma taxativa al Tribunal Supremo y a las Audiencias que velen por el puntual cumplimiento de lo que se ordena respecto de la forma de la sentencia, haciendo para ello las advertencias oportunas a los Tribunales y Jueces que les estén subordinados cuando no se hubiesen ajustado en sus sentencias a lo prevenido...» (125).

Pero es que además de estos vicios de la práctica, ya la fórmula de las sentencias civiles y penales es muy diferente, lo que aumenta la diferencia y la necesidad imperiosa de que el estudio por el Tribunal Supremo de unas sentencias penales no conduzcan a la creación de esa «cierta trascendencia normativa» sobre la base de la «doctrina» sentada en sentencias civiles.

21. Y enfocando el problema desde otro ángulo, válido también—la misma cosa juzgada, las cuestiones perjudiciales en su actual regulación en la LECRIM y en la LEC—, vemos igualmente que son las profundas diferencias entre las sentencias civiles y penales las que impiden que operen automática y directamente de un orden procesal al otro (125 bis), lo cual nos hace abundar en nuestro parecer de la imposibilidad—contra la cual se alza esa «cierta trascendencia normativa, sin distinguir entre dichos órdenes jurisdiccionales, indiscriminación deseada y obtenida por la Comisión de Justicia de las Cortes Españolas a propuesta del Procurador MARTÍNEZ ESTERUELAS—de que la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo pase a tener esa repetida y «cierta trascendencia normativa» en lo penal y viceversa.

(125) Cfr. FENECH, *ob. últ. cit.*, págs. 97 y sigs.

(125 bis) Cfr., por ejemplo, GÓMEZ ORBANEJA: «Eficacia de la sentencia civil en el proceso penal», en *RDPr.*, Madrid, 1945, II, págs. 165 y sigs., y en sus *Comentarios*, cit., t. I, págs. 148 y sigs.; del mismo, *Eficacia de la sentencia penal en el proceso civil*, en la misma revista, 1949, IV, págs. 601 y sigs.; del mismo, «La acción civil de delito», en *Rev. Der. Priv.*, 1949 (XXXIII), págs. 185 y sigs.; ARIAS: «La cosa juzgada penal y su eficacia sobre la materia civil», en *Revista Derecho Privado*, 1951 (XXXV), págs. 371 y sigs.

22. Y pasemos a considerar otro punto más del tema, que permitiría soslayar el «trasvase» de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Sala a Sala; peligrósísimo, como estamos viendo.

En 1893, Friedrich STEIN concibió a las que denominó «máximas o normas de la experiencia» (*Erfahrungssätze*), como «definiciones o juicios hipotéticos de cualquier contenido, independientes del caso que se examina en el proceso concreto y de los hechos que lo componen, obtenidos de la ciencia, pero no vinculados a los casos singulares de cuya observación se inducen y por ello válidos para otros» (126).

Esta utilísima figura permite justificar que la famosa «premisa mayor» de las sentencias no sea una norma jurídica, sino también un principio (o máxima) perteneciente a ámbitos extrajurídicos, como pueden serlo la familia, el comercio, el arte, las ciencias, la medicina, por ejemplo (y son numerosos en España los ejemplos de aplicación de «máximas de la ciencia médica» por la Sala VI del Tribunal Supremo en materia de accidentes del trabajo o de enfermedades profesionales) (127).

Y es este concepto de STEIN el que podría «suavizar» la diferencia entre la libérrima apreciación de la prueba por los Tribunales penales, ordenada en el artículo 741 de la LECRIM, y la prueba tasada, prevista en el proceso civil, con respecto a los medios de «confesión en juicio» y «documentos públicos».

Y con ello intentar hallar la única justificación posible a la norma que extiende el valor de la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (¡siempre! esa «cierta trascendencia normativa» de la Exposición de Motivos del Título Preliminar del Código civil, pese a que las «Exposiciones de Motivos» no gocen de fuerza legal, aunque lo disfrutaban a título de «interpretación del texto por los propios legisladores», lo cual no es ninguna futesa) a lo penal.

[Extensión bien clara, si tenemos en cuenta que la Comisión suprimió la expresión «en materia civil»—y no por casualidad—y ampliando ese campo de actuación, con autorización benévola (cfr. la no discusión,

(126) Cfr. *El conocimiento privado del Juez*, traducción española de la obra de STEIN: *Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider prozesse*, Leipzig, 1893, por DE LA OLIVA SANTOS, Ed. de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, págs. 25 y sigs.; *Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich*, 11.ª ed., de los comentarios fundados por GAUPP, Tübingen, Mohr, 1913, t. I, págs. 689 y sigs., com. al § 282, y esp. pág. II, 3, págs. 692 y sigs.; STEIN: *Grundriss des Zivilprozessrechts*, Tübingen, Mohr, 1921, págs. 159 y sigs.; STEIN-JUNCKER (con un prólogo conmemorativo de RICHARD SCHMIDT): *Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts*, Tübingen, Mohr, 1928, págs. 241 y sigs.

(127) Cfr. nuestro trabajo «La doctrina legal y el control de los hechos en la casación civil y laboral española», en *Temas del Ordenamiento procesal*, cit., t. II, páginas 1126 y sigs.

sino mero diálogo, pleno de conformidad, entre los Procuradores MARTÍNEZ ESTERUELAS y, por la ponencia, ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y OLANO), accedió al inadmisibile «trasvase» de la jurisprudencia reiterada de la Sala I del Tribunal Supremo (y también de la VI) a la II, y a la recíproca.]

Un punto de contacto entre los sistemas de apreciación de la prueba civil (y laboral y penal) se halla:

A) Del lado civil, en los artículos 609, 632 y 659 de la LEC, que imponen a los Jueces y Tribunales el aplicar las «reglas de la sana crítica» a la apreciación de las pruebas pericial y testifical, y en el artículo 1.253 del Código civil, que les impone, en la elaboración de presunciones, el atender a que «entre el hecho demostrado (indicio) y aquel que se trata de deducir (presunción) haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (128).

(128) «Los artículos 609, 632 y 659 de la LEC... dejan al Juez en libertad para apreciar 'la prueba pericial' y la 'fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos', pero debe hacerlo ajustándose a las 'reglas de la sana crítica'. Esta prescripción legal, extremadamente interesante y desconocida en los restantes derechos, y que viene a dar, como otras tantas, una fisonomía tan particular, significa lo siguiente: Entre la regulación legal de la fuerza probatoria de la confesión judicial y de los documentos, cuya vulneración puede denunciarse al amparo de la primera parte del número 7 del artículo 1.692 ('cuando en la prueba haya habido error de derecho'), y la libertad absoluta que se propugna por muchos, sin ir más lejos, acogándose a esos mismos artículos, en cuya lectura parece como si se detuvieran antes de llegar a la cortapisa de las reglas de la sana crítica, cortapisa que hallamos también en la LECRIM, aunque con una versión que puede conducir a resultados mucho más irracionales (art. 741: 'El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas...'), hay un término medio, precisamente el representado por los repetidos artículos, que no cabe duda están escritos para permitir al Tribunal Supremo un control sobre los hechos, pues si no está puesta la limitación de las reglas 'de la sana crítica' con la finalidad de vigilar su observancia, entonces sobraría y sería preferible una formulación como la de cualquier Código corriente» (cfr. PRIETO CASTRO: «Los hechos en casación», en *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, Madrid, 1950, t. I, págs. 260 y sigs.).

Es alabado este criterio con las siguientes frases:

«Esta fórmula, como nota GORPHE, tiene suficiente flexibilidad para bastarse a sí sola y hacer innecesaria una reglamentación minuciosa. Respetando el principio de libre arbitrio, que no se puede negar al Juez, ofrece una garantía contra el particularismo de impenetrable de cada 'convicción íntima' y refuerza el criterio de apreciación con una estimable base lógica objetiva» (nota de D. MARIANO RUIZ FUNES a la traducción española de *La crítica del testimonio*, de GORPHE, Madrid, Reus, 1933, págs. 22 y sigs.).

Las palabras del propio GORPHE, en el libro y texto anotados, son elocuentes:

«Sin embargo, encontramos en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881 una sabia prescripción comprendida entre las ideas que hemos expuesto: se recomienda expresamente a los Jueces apreciar siempre el valor de los testimonios 'conforme a las reglas de la sana crítica', y teniendo en cuenta las circunstancias y su sentencia puede ser casada si se averigua que no se han conformado a estas reglas (art. 659)... Esta prescripción, si se aplica con método, puede mejorar el empirismo y la subjetividad de la simple 'convicción íntima', a la vez que hace

Hagamos notar que la fórmula peligrosa del artículo 741 de la LECRIM tiene una limitación, que se debe apreciar en sentido amplio: la del artículo 717 de la LECRIM, según el cual «las declaraciones de las autoridades y funcionarios de policía judicial *tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas según las reglas del criterio racional*» (129).

Y, en efecto, también los Jueces de lo penal se hallan vinculados por las normas de la lógica y de la experiencia. Tales normas de experiencia se han establecido recientemente, sobre todo para las investigaciones que se practican sobre la «psicología de la declaración testifical» (130) (131).

[Al fijar máximas de la experiencia (arg. en el art. 717), la LECRIM se aleja de la prueba, rigurosamente libre en su apreciación, si estas máximas están fijadas legalmente: así, la ya vista sobre la fuerza de las declaraciones de los testigos (art. 717), la que prohíbe preguntas sugestivas o capciosas o reconocimiento de personas que han comparecido solas] (132).

B) Del lado procesal penal, en el ya citado artículo 717 de la LECRIM, cuyo texto hemos reproducido, *supra*.

Esto es, en general, nuestras Leyes procesales tratan de las «reglas de la sana crítica» y sus análogas «reglas del criterio humano» (artículo 1.253 del Código civil) y «reglas del criterio racional».

Y debemos añadir que la doctrina ha equiparado a las «reglas de la sana sana crítica» con las «máximas de la experiencia» (133).

[Y debemos recordar, una vez más, que las Salas I y VI del Tribunal Supremo consideran—hasta ahora—como una de sus misiones la

innecesaria una reglamentación complicada de exclusiones y de tachas de testigos» (cfr. GORPHE, *ob. cit.*, pág. 22).

(129) Para GINZO SOTO, las «reglas del criterio racional» del artículo 717 de la LECRIM son equivalentes de la frase «según su conciencia» del artículo 741, y a ellas se debe obedecer siempre (pág. 44), por lo que el Tribunal no puede aplicar ampliamente su arbitrio de «soberanía» en la apreciación de la prueba según el artículo 741 (pág. 45); la aplicabilidad de la «lógica» la hace el Tribunal Supremo al examinar alguna construcción de presunciones (Sentencia de 22 de febrero de 1935), lo que es natural si contemplamos el artículo 1.253 del Código civil (cfr. GINZO SOLO: «El recurso de casación en el procedimiento criminal. El documento auténtico y el arbitrio judicial», en *RGLJ*, t. 174 (1943), LXXXIII, páginas 44 y sigs.).

(130) Cfr., por ejemplo, LOIS ESTÉVEZ: *La exploración de la capacidad informativa del testigo y su tratamiento jurídico-procesal*, Santiago de Compostela, Ed. Porto, 1951, *passim*.

(131) Cfr. GOLDSCHMIDT: *Problemas jurídicos y políticos*, cit., págs. 101 y sigs.

(132) Cfr. GOLDSCHMIDT, *ob. últ. cit.*, pág. 103.

(133) Cfr. GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Aguilar, 1943, t. I., pág. 47; t. II, vol. 1.º, 2.ª parte, Madrid, *idem*, 1947, arg. página 674; PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal Civil*, Ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1968, t. I, pág. 514.

de controlar la aplicación de las «reglas de la sana crítica» efectuada por los Tribunales de Instancia y que incluso «crean ellas tales máximas»] (134).

Ahora bien: si el artículo 741 de la LECRIM («Apreciación de la prueba según conciencia») se viese limitado por la necesidad de que el Tribunal de Instancia se sujetase en tal «libre apreciación» a las «reglas de la sana crítica» o «máximas de la experiencia», sometién dose el control de la prueba practicada al del Tribunal Supremo, ¿hallaríamos quizá un terreno en el cual se pudiera admitir que la «jurisprudencia» de las Salas I y VI del Tribunal Supremo tuviera «cierta trascendencia normativa» en el dominio de lo penal, esto es, que obligase de modo «cierto» (?) a los Tribunales penales?

23. Veamos, antes de opinar, cuál es la dirección (son dos) adoptada hasta ahora por la Sala II del Tribunal Supremo en esta espinosa cuestión de los «frenos» a la apreciación «según conciencia» de la prueba por los Tribunales penales de Instancia.

En una gran masa de sentencias—alguna de ellas incluso posterior al Título Preliminar del Código civil—, el Tribunal Supremo, Sala II, no ha tocado el problema, limitándose a confirmar el «poder soberano» de los de Instancia en la apreciación de la prueba según su conciencia.

Y así vemos, con posterioridad a la entrada en vigor del Título Preliminar del Código civil, la Sentencia de 12 de diciembre de 1974 (*Aranzadi*, núm. 5.181):

«...quedará totalmente viva y vigente la facultad de aquél (del Tribunal de Instancia) para juzgar el caso conforme a la facultad soberana concedida por el artículo 741 de la LECRIM, valorando las pruebas practicadas en conciencia y llegando a las conclusiones que según su criterio y *su intangible e intacta potestad apreciativa* estime procedentes; dicho de otra forma, y para terminar este proemio: que la primera sentencia podrá y puede operar como medio de prueba no privilegiado en el segundo proceso o en ulterior sentencia dictada en el mismo proceso para fundar el libre convencimiento del juzgador, pero sin que produzca efectos prejudiciales de cosa juzgada por los que necesariamente haya de pasar éste» (135).

(134) Cfr. nuestro trabajo *La doctrina legal y el control de los hechos en la casación civil y laboral española*, cit., págs. 1065 y sigs. (Sala I, civil), y 1127 y sigs. (Sala VI, laboral).

(135) No en balde hicimos una referencia—por analogía—a la cosa juzgada. Cfr. *supra*.

Sentencia de 2 de julio de 1974 (*Aranzadi*, núm. 3.043):

«...al resultar plenamente libre la Audiencia criminal, según el artículo 741, sin más limitaciones que la impuesta en el número 2 del artículo 849 de la LECRIM...»

Auto de 29 de enero de 1973 (*Aranzadi*, núm. 326):

«...que la soberanía del Juez penal para fijar como obligación propia jurisdiccional la premisa menor de la sentencia, reflejo de la conducta juzgada, resulta de los artículos 142-2 y 741 de la LECRIM, en orden a poder hacer luego sobre ella la calificación adecuada en lo jurídico y plasmar el fallo...»

Auto de 2 de febrero de 1973 (*Aranzadi*, núm. 598):

«...el Juez penal, al hacer uso de *las facultades de soberanía que le concede la Ley*, está vinculado a establecer en la sentencia el hecho probado, que esclarezca y fije la conducta sometida a juicio, pues así lo determinan los artículos 142-2 y 741 de la LECRIM, cuyo cumplimiento le obliga a expresar el relato fáctico *como resultado de su convicción psicológica*, obtenida a través de las pruebas practicadas...»

Auto de 7 de marzo de 1973 (*Aranzadi*, núm. 1.162):

«...concretamente, en los artículos 142-2 y 741 de la LECRIM se otorga (al Tribunal de Instancia) la *facultad y el deber de establecer según su conciencia los hechos probados soberanamente*...»

Sentencia de 7 de junio de 1973 (*Aranzadi*, núm. 2.603):

«...(el Juez penal)... *posee libertad probatoria absoluta por propia iniciativa, ya que la convicción psicológica ni la tiene tasada ni limitada, sino que depende de su misma conciencia —artículo 741 de la LECRIM—y poder personal de creencia*...»

Sentencia de 4 de marzo de 1972 (*Aranzadi*, 972):

«...si la prueba testifical dentro del proceso penal, como una más de las dirigidas a conseguir la demostración y la certeza de los hechos investigados y *el deseado convencimiento del Juez*,

forjando su convicción psicológica, soberana y libremente, de acuerdo con el artículo 741 de la LECRIM, que sólo pone el límite de su íntima creencia...»

Sentencia de 16 de mayo de 1972 (Aranzadi, núm. 2.124):

(El Tribunal) «...estaba facultado para precisar y circunscribir su relato fáctico de manera a como lo hicieron las partes, *apreciando según su conciencia las pruebas y resultancia del juicio, conforme al artículo 741 de la LECRIM...*»

Sentencia de 25 de septiembre de 1972 (Aranzadi, núm. 3.749):

«...por constituir la premisa menor de la sentencia penal y base esencial de su estructura, el artículo 142-2 de la LECRIM exige que en los resultandos de la misma se haga expresa y terminante *declaración de los hechos que se estimen probados según la convicción psicológica de la Sala, de acuerdo con el artículo 741...*»

De toda esta serie de sentencias puede extraerse como corolario que la impugnación de los hechos probados en la casación penal no puede hacerse, a menos que estén en contradicción con otro hecho cuya certeza resulte de documento auténtico (136).

Pero he aquí que aun con anterioridad a la promulgación del Título Preliminar del Código civil, el Tribunal Supremo (Sala II siempre) adopta otra dirección, dando entrada en la apreciación de la prueba a la «sana crítica»:

Sentencia de 16 de abril de 1969 (Aranzadi, núm. 2.251):

«...en nuestros enjuiciamientos procesales civil y penal ha perdido relevancia el llamado sistema probatorio de 'la prueba tasada', instaurándose con mayor o menor amplitud el libre sistema de la apreciación probatoria... En el enjuiciamiento criminal, quizá por el carácter eminentemente público del Derecho penal..., se omiten estas reglas sobre la forma de apreciar las pruebas, *sustituyéndose por imprecisos mandatos*, tales como los contenidos en el artículo 142-2..., y, por otra parte, el esencial artículo 741 ordena apreciar 'según conciencia' 'las pruebas practicadas en el juicio', todo lo cual podrá *hacer suponer que la facultad de determinar qué hechos se admiten probados era*

(136) Cfr. FENECH: *Enjuiciamiento y sentencia penal*, cit., pág. 112.

omnínmoda, ilimitada y de libre arbitrio; entendimiento rechazable, pues la libertad que a los juzgadores se concede no quiere decir, ni mucho menos, que caprichosamente puedan afirmar o negar los hechos debatidos, sino que, por el contrario, al invocar la sana crítica y la conciencia juzgadora, la refiere y constriñe al recto examen crítico de las pruebas practicadas...»

Aquí, el Tribunal Supremo, en su Sala II, ya admitía las «reglas de la sana crítica» como moderadoras de la «apreciación según conciencia» de la prueba, prevista en el artículo 741 de la LECRIM.

Pero de mayor importancia es el hecho de que, ya bastante después de la promulgación del Título Preliminar del Código civil, el mismo Tribunal Supremo, Sala II, haya hecho expresa referencia en una sentencia suya a artículos del Código civil referentes a las «reglas del criterio humano» y a las de «la sana crítica», aplicándolas como «imperantes en el orden penal» (aunque no alude a jurisprudencia civil alguna, lo cual no deja de ser importante en cuanto a la «cierta trascendencia normativa» de la misma en lo penal).

Sentencia de 27 de diciembre de 1974 (*Aranzadi*, diciembre de 1974, núm. 5.286):

«Que si es cierto que el ánimo que impulsa al agente del delito es un hecho-consecuencia de carácter valorativo, sujeto como tal a la censura de la casación, tampoco cabe impugnar peyorativamente, como lo hace el recurso, la prueba indiciaria empleada para indagarlo por el Tribunal de Instancia, pues tal prueba, salvo en excepcionales casos de reconocimiento paladino por el autor de la infracción, será la que normalmente se utilice para llegar al conocimiento de aquel estado anímico del sujeto activo del delito, que por ser de índole psicológica e interna es generalmente de difícil inquisición, para lo cual hay que atender a signos externos y sensibles que materialicen el propósito del sujeto, como ya lo dan a entender en el plano civil los artículos 1.249 y 1.253 del Código del ramo, cuando exigen para que tenga validez la prueba indirecta de presunciones que el hecho de que ha de deducirse la presunción (hecho base) esté completamente acreditado, y que entre aquel hecho básico o de arranque y el que se trata de deducir (hecho consecuencia) haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano o sana crítica del Juez, que es lo que en el orden penal impera, hasta ser el fundamento de su libre convicción probatoria, como

proclama el fundamental artículo 741 de la LECRIM, por el que se someten a un juicio de conciencia todas las pruebas practicadas en el plenario.»

Queda claro, según esta sentencia, que los Tribunales penales, en la apreciación de la prueba, han de sujetarse, pese a la redacción del artículo 741 de la LECRIM («según su conciencia») a las «reglas del criterio humano» o «reglas de la sana crítica», previstas en el Código civil y LEC.

Aunque esta sentencia no alude a ninguna otra procedente de la Sala I del Tribunal Supremo, tenemos la impresión de que la Sala II se ve ya influida por el Título Preliminar del Código civil, y abierta un poco la puerta a éste, no sería de extrañar que la misma Sala II llegase en el futuro a aplicar «reglas del criterio humano» o «de la sana crítica» formuladas en la jurisprudencia de la primera Sala citada [y, por cierto, nos extraña mucho que en esta ocasión la Sala II no haya citado al artículo 717 de la LECRIM («reglas del criterio racional»), lo cual hubiera estado muy en su punto].

Pero a la por nosotros temida conclusión de que la Sala II del Tribunal Supremo llegue a aplicar «reglas del criterio humano» o «reglas de la sana crítica» fijadas en la jurisprudencia reiterada de la Sala I (civil), hay que oponer siempre el mismo argumento: el de la diversidad de principios que informan a ambos procesos; son muy diferentes—e incluso pueden configurarse en ocasiones como «pares dialécticos» totalmente opuestos (137)—, así como muy distinto el modo de obtener pruebas en ambos órdenes jurisdiccionales.

«Esa opinión dominante—dice GÓMEZ ORBANEJA—se justifica fundamentalmente por la diversidad de principios que gobiernan la averiguación y fijación de los hechos en los dos procesos. El civil está regido por el principio dispositivo: el Juez falla *secundum allegata et probata*; respecto de lo que no es traído al litigio ha de abstenerse de toda investigación y decisión; los hechos alegados y no contradichos son puestos en la sentencia con la misma eficacia que si el Juez quedase convencido, gracias a la prueba, de su existencia. Por añadidura, la prueba de lo discutido puede hallarse limitada por la Ley. En virtud de todo esto, admitir que el Juez penal tenga que basarse obligatoriamente en lo resuelto, respecto a una de las condiciones de la penalidad, por el otro Juez implicaría la negación de los principios de 'verdad material' y de 'inmediación' del proceso criminal» (138).

(137) Cfr. FAIRÉN GUILLÉN: «Elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento», en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, Ed. Revista Derecho Privado, 1955, págs. 251 y sigs. y esp. 260 y sigs.

(138) Cfr. GÓMEZ ORBANEJA: *Comentarios a la LECRIM*, cit., t. I, pág. 149.

Por ello, una solución del conflicto que el nuevo Título Preliminar del Código civil plantea en cuanto a la «cierta (?) trascendencia normativa» de la «jurisprudencia reiterada» del Tribunal Supremo sobre el orden jurisdiccional penal—nos abstenemos aquí de entrar en el peliagudo problema de las relaciones entre las Salas de lo civil y penal, de un lado, y las de lo contencioso-administrativo, del otro—, debe sujetarse siempre al recuerdo de tan fundamental diferencia; como resultado de este principio fijo nos parece claro que *la Sala II del Tribunal Supremo nunca podrá admitir sin más* aplicación de «reglas de la sana crítica» o del «criterio racional» que se hayan creado o aplicado por los Tribunales civiles (incluyendo a la cabeza, naturalmente, a las Salas I y VI del Tribunal Supremo), esto es, la «cierta (?) influencia normativa» podría, a lo sumo, ser «interna» de cada Sala, pero nunca extenderse a las demás; concluyendo, rechazamos rotundamente la «cierta (?) influencia normativa» (138 bis), «inter-órdenes jurisdiccionales» y, naturalmente, entre Salas del Tribunal Supremo con referencia a la de lo penal.

El Título Preliminar del Código civil ha provocado un problema (¡muchos!) al tratar de esa «cierta (?) trascendencia normativa» de la jurisprudencia, *sin discriminar los órdenes jurisdiccionales a que se refiere* (y el *iter* hacia lo peor se ve claramente, a partir de la primera redacción—la que proponía la ponencia—, limitando las cosas a la «materia civil», y tanto por la sugerencia o desafortunada enmienda del Procurador MARTÍNEZ ESTERUELAS, como de su inmediata aceptación por dicha ponencia, *sin límites a lo civil, confundiéndolo con lo no civil*).

Antes de su entrada en vigor, la Sala II del Tribunal Supremo velaba por la libertad en la apreciación de la prueba por parte de los Tribunales de Instancia (introduciendo *motu proprio* el «freno» de la «sana crítica—cfr. la Sentencia de 16 de abril de 1969—, pero sin ajustarse a ninguna «cierta trascendencia legislativa»); de aquí en adelante tememos que la situación para ella se torne difícil, por la vaguedad del texto legal y la aún mayor de la «Exposición de Motivos»—que

(138 bis) Sirva de explicación al lector el porqué de la (?) cada vez que nos referimos a la «cierta influencia normativa» de la Exposición de Motivos del nuevo Título Preliminar del Código civil; como los diccionarios nos dan tantas acepciones (cfr. *supra*, la enojosa y paciente labor a que nos ha obligado la palabra «cierta»), nosotros seguimos dudando algo de cuál será la «preferida». Tan grave es el asunto, que al utilizar la palabra—y lo decimos sin ironía—, la misma (?) hubiera debido aparecer en el texto legal para dejar mayor apertura al Tribunal Supremo. Hubiera sido extrañísimo, pero más extraño nos parece que se nos complique la vida con la utilización en «puntos clave» de palabras anfibiológicas y a sabiendas.

para eso sirven, entre otras cosas: para aclarar la mentalidad del legislador.

Y con certeza—que pensamos inevitable, tal es la gravedad de la situación provocada—estimamos que *nunca deberá poder aplicarse por un Tribunal penal una «regla de la sana crítica» POR EL HECHO DE QUE ESTA SE HALLE AMPARADA POR OTRA Sala del Tribunal Supremo; sólo podrá esta Sala II crear y controlar, en su caso, sus propias «reglas de la sana crítica» o «reglas del criterio racional».*

Y nada más.

COLOFON

Hemos comenzado este heterogéneo trabajo, en el cual sólo se intenta reflejar algunas impresiones de las muchas que nos ha producido el nuevo Título Preliminar del Código civil, por reflejar lo que en la Comisión de Justicia de las Cortes se dijo sobre «la falta de interés de la opinión pública» para el anteproyecto (lo cual hubiera podido repercutir en la famosa «hibernación» a que fue arrumbado, a la que también se aludió allí), y a unas injustas e inadmisibles palabras—por peyorativas—de un señor preopinante sobre el hecho (a su responsabilidad sus palabras, tomadas del *Diario de Sesiones* de la Comisión de Justicia) de que dicho anteproyecto no tenía por qué interesar «al buen pueblo», sino sólo «al Derecho», a «los juristas». Quizá lo que ocurre es que a «los juristas» que hubiéramos podido estar en contacto directo con el resto «del buen pueblo español»—del cual también formamos parte antes que ser juristas, y por ello protestamos enérgicamente—... no se nos informó debida y autorizadamente sobre el contenido de ese anteproyecto, como ha ocurrido en otras ocasiones.

Al manifestarse así el referido señor preopinante quedaba automáticamente inhabilitado para preopinar o votar sobre el artículo 6-1 del Decreto-Ley definitivo, que reza así: «La ignorancia de las Leyes no excusa de su cumplimiento» (139), ya que a él mismo no le importaba que el «buen pueblo» conociese o no lo que se preparaba *para él* (y no solamente para el preopinante citado (140)).

(139) No sabemos qué intervención tuvo el citado señor en la elaboración de este texto. Debería haberse opuesto de ser congruente con su anterior preopinión.

(140) Debemos hacer constar aquí algo que seguramente dicho señor ignora: en el VII Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en Uppsala en el mes de agosto de 1966, se manifestaron, en cuanto al citado principio, dos tendencias claramente opuestas: las de los juristas que representaban las opiniones

Hemos contemplado—siempre a través de afirmaciones de distintos Procuradores en Cortes—cómo, al parecer, el texto articulado de la «Ley» (luego Decreto-Ley) estaba ya preparado con antelación al de la Ley de Bases, esto es, haciendo el camino al revés.

Nos ha ocupado también—siempre a través de la discusión del anteproyecto y del proyecto en las Cortes—la faceta de la inconstitucionalidad de los mismos; pero guardamos nuestra opinión para expresar que existe, al menos, en cuanto a un punto concreto (que no vemos fuera objeto de examen desde este punto de vista por los intervinientes: el del muy dudoso papel atribuido a la «jurisprudencia»).

Es curioso cómo pese a dominar oficialmente en España, y en la actualidad, la doctrina de la «unidad de poder y división de funciones» (y de denostarse no poco contra la doctrina de la separación de poderes del Estado), hay algunos Procuradores que, indudablemente, llevados por el prestigio de que pese a todo y para algunos sigue gozando, se dejan guiar por ella, y en sus intervenciones aluden con claridad meridiana a los «poderes ejecutivo» y «legislativo».

La expresión «cierta trascendencia normativa» (de la «jurisprudencia» del Tribunal Supremo) es muy dudosa dada la enorme cantidad de acepciones de la palabra «cierta» en los *Diccionarios*—comenzando por el de la Real Academia de la Lengua—; estimamos que se ha elegido la más ambigua de todas, según la cual «cierto» o «cierta» «se usa precediendo inmediatamente al sustantivo—lo que es el caso—en sentido *indeterminado* (cierto lugar, cierta noche)», lo cual nos deja sin saber cuál es esa certeza: si es o no cuantitativa (y no se *determina* esa cantidad) o cualitativa, esto es, si pese a lo que la «Exposición de Motivos» dice, se trata de una fuente del Derecho, aunque sea indirecta.

Hubiera debido intentarse, al menos, conectar al Título Preliminar con el «Anteproyecto de Bases de Ley Orgánica de la Justicia», que ya existía a la sazón de la discusión del primero (y en el que se contenían futuras normas, tanto sobre la planta como sobre las atribuciones del Tribunal Supremo; «Anteproyecto» que pasó luego a ser la «Ley de Bases Orgánica de la Justicia» de 28 de noviembre de 1974); pero este intento de conexión, defectuosa y vagamente entablado, no dio resultado alguno, ya que en la última Ley citada, y pese a hacerse en

de los países de la Europa occidental y de América, favorables a la desaparición del mismo, por el enorme desarrollo de la actual legislación en cualquier país y la imposibilidad de que todos los ciudadanos del mismo «conozcan todas las Leyes», y las de los que representaban las opiniones de las repúblicas socialistas del Centro-Oriente de Europa, en sentido contrario: en el de mantenerlo como necesario a la comunidad.

su «Exposición de Motivos» algunas consideraciones sobre «el criterio ordenador de las resoluciones del Tribunal Supremo», etc., cuando se trató de su competencia, se la redujo a la actual vigente sin alusión alguna a su capacidad de «crear jurisprudencia» «con cierta trascendencia normativa»—lo cual en un lugar u otro hubiera debido explicarse—, y no sólo hay laguna, sino también confusionismo: no es lo mismo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo tenga «cierta trascendencia normativa» (Título Preliminar del Código civil), que tenga «valor orientador» (Exposición de Motivos de la LBOJ); una «jurisprudencia» que «no es fuente de Derecho», pero que «complementa al ordenamiento jurídico». Confusión en cuanto al lugar que esa «jurisprudencia» debe ocupar.

A través de la historia de la «doctrina legal» en nuestro ordenamiento jurídico y de los conceptos de «jurisprudencia»—*vexata questio*— «de los Tribunales», sin dejar de observar el papel monopolizador desempeñado por el Tribunal Supremo a partir de la LEC de 1855 para reducir la «jurisprudencia de los Tribunales» a la suya propia, formulada como doctrina legal única, llegamos a convencernos de que la «jurisprudencia» es una categoría jurídica estética (confirmada esta estética por la fuerza de cosa juzgada de las sentencias que la integran), una categoría jurídica que indica estáticamente el «punto de aplicación de una fuerza jurídica», mientras que la «doctrina legal» está constituida por el desarrollo de la referida fuerza—dinámica del Derecho—, de la cual sabemos la «dirección»: va hacia una «cierta trascendencia normativa»; mas no conocemos su intensidad, hasta dónde llega en ese camino, ya que el punto *ad quem* no ha sido señalado por el Título Preliminar del Código civil sino con esa «incertidumbre».

Sin embargo, sí que conocemos—a través de ella misma—los caracteres de dicha fuerza:

Precisa la concurrencia de dos sentencias conformes del Tribunal Supremo para que la «doctrina legal» pueda constituirse; dicha «doctrina» no es estática, sino «dinámica»; esto es, evoluciona al compás de las nuevas necesidades de la vida jurídica (y económica) del país—circunstancias de su evolución—; los casos sobre que versen las sentencias han de ser idénticos; se diferencia de la ley siempre con respeto del principio de separación del Poder judicial con referencia al Legislativo, así como la obra de éste; su función consiste, en gran medida, en suplir lagunas legales y en interpretar las leyes, fijando su recta inteligencia y aplicación; defiende su propia uniformidad, impidiendo que se la contradiga a efectos de tal defensa, por parte de los inferiores; mas, como ya se dijo, es «progresiva», viéndose obligado el Tribunal Supremo a

completarla por causa de las realidades de la vida y de las progresivas concepciones jurídicas.

Hay que hacer constar también que la simple desestimación del recurso no implica el que el Tribunal Supremo acepta la doctrina del inferior.

Y, finalmente, la sentencia de «casación»—en el caso de que prospere un «recurso por infracción de ley o de doctrina legal»—es la primera, la que realmente «casa», y no la segunda; y ello porque en ésta, en la positiva, lo que hace el Tribunal Supremo es simplemente subrogarse en el papel sentenciador del inferior.

Uno de los problemas más graves que, a nuestro entender, plantea el nuevo Título Preliminar del Código civil es el de si es posible o no, desde su promulgación en adelante, que la «jurisprudencia» de las Salas I y VI del Tribunal Supremo (civil y laboral) pueda tener esa «cierta influencia normativa» sobre la Sala II (penal) y sobre el resto de los Tribunales penales.

Se planteó este problema en la discusión parlamentaria por el Procurador MARTÍNEZ ESTERUELAS, al sugerir (o pedir por enmienda) a la Comisión que, en cuanto a la aplicabilidad de la «jurisprudencia», no se hiciese «distinción entre materia civil y las que no lo son», proyectándose así «a todas las ramas del ordenamiento jurídico» el Código civil.

Con gran sorpresa nuestra (al leer el *Diario* correspondiente a la sesión de la Comisión de Justicia del 21 de noviembre de 1972, fecha de los hechos), la Comisión—por voz del Procurador ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y OLANO—contestó que «no tiene inconveniente... en quitar el inciso 'en materia civil'». Así fue.

Esto es, la ponencia se hallaba ante un texto previo en que «se distinguía» sobre el valor de la jurisprudencia aplicándolo tan sólo a la «materia civil» (orden interno de la Sala I), pero lo modificó en el sentido de «no distinguir», extendiendo así el valor esa «cierta (?) trascendencia normativa» de la jurisprudencia a todos los órdenes jurisdiccionales, y no excluyendo, con su total falta de distinción, el que la «jurisprudencia» de las Salas I y VI del Tribunal Supremo pudiera aplicarse también con tal «trascendencia» a los Tribunales penales. Error pasado en consecuencias posibles, nos parece, como se verá.

Por la desafortunada intervención de MARTÍNEZ ESTERUELAS «se dejó de distinguir», admitiendo así que la «cierta influencia normativa» de la jurisprudencia se extendiera por todos los órdenes jurisdiccionales, incluido el penal. Y «donde la Ley no distingue, nosotros no debemos distinguir», según ha afirmado reiteradamente el mismo Tribunal

Supremo. El problema, en resumen, se centra en determinar si es posible que la jurisprudencia de las Salas I y VI del Tribunal Supremo opere con esa famosa «cierta (?) eficacia normativa» sobre los Tribunales penales.

La doctrina está de acuerdo en que no existe la doctrina legal en materia penal ni procesal penal (y no está incluida en la LECRIM), y ello por la razón de que el mecanismo de ambos procesos—civil y penal—es muy diferente y porque los Tribunales penales han de apreciar la prueba libremente «según su conciencia» (art. 741 de la LECRIM); no conviene olvidar el primer presupuesto, al que hemos de volver.

Si no se discute apenas el valor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en lo penal «para conocer el Derecho realmente vivido», no tiene nunca efecto vinculante en la actualidad, pues los Tribunales penales conservan siempre su libertad frente a los precedentes y, de hecho, el propio Tribunal Supremo ejercita esta libertad, modificando a veces la doctrina sentada en resoluciones anteriores, y huelgan aquí ejemplos, ya dados, *supra*.

Entrando de modo solamente incidental en ellos, hay casos y figuras que no hacen aconsejable el extender a lo penal esa «cierta (?) influencia normativa» de la jurisprudencia de las Salas I y VI; anotamos entre estos casos, el de la «casación en causas de muerte» de la LECRIM; el de la diferente figura de la «congruencia» en lo civil y en lo penal; la posibilidad de una diversa apreciación de los «documentos auténticos» en uno y otro orden jurisdiccional; lo «chocante» que va a resultar de aquí en adelante el «recurso de casación en interés de la Ley» civil y laboral—inexistente *et pour cause* en lo penal—, ya que en él sí que podría llegarse a pensar en «cierta trascendencia normativa», dado que se piensa tan sólo en el *ius constitutionis* y no en el *ius litigatoris*..., sin contar con las diferencias a considerar entre las sentencias civiles y penales y entre las respectivas cosas juzgadas.

Para intentar utilizar el concepto de «máximas de la experiencia» de STEIN (que aparecen en la LEC bajo los nombres de «reglas de la sana crítica» o «del criterio humano», y en la LECRIM bajo el de «reglas del criterio racional»), a los efectos de «suavizar» la diferencia entre la «libérrima apreciación de la prueba», ordenada a los Tribunales penales por el artículo 741 de la LECRIM, y la «prueba de fuerza legal o tasada» civil (confesión y documentos públicos), esto es, para hallar la única justificación posible al texto, que extiende el valor de la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (Salas I y VI) a lo penal y viceversa, precisa, hemos analizado la jurisprudencia de la

Sala II del Tribunal Supremo con respecto a esa «libre apreciación de la prueba» («según conciencia») del artículo 741 LECRIM, así como la introducción de las «reglas de la sana crítica» en la apreciación de dicha prueba penal, como «moderadora» de esa simple «conciencia psicológica del Tribunal».

Y hemos hallado dos tendencias:

La primera—mantenida desde hace muchos años y confirmada incluso por una sentencia posterior a la promulgación y entrada en vigor del Título Preliminar del Código civil—sigue la tendencia de conservar «las facultades de soberanía que concede la Ley» a los Tribunales penales para, en orden al artículo 741 de la LECRIM, «juzgar según su conciencia», «como resultado de su convicción psicológica» y «poder personal de creencia»; «convicción psicológica» que «no tiene tasada ni limitada», sino que es «soberana y libre». Para nada se habla en estas sentencias de límites en la apreciación de la prueba, aunque sea con motivo de observar «reglas de la sana crítica» (máximas de la experiencia).

La segunda tendencia aparece aún antes de la entrada en vigor del Título Preliminar del Código civil y ya tiene en cuenta «la sana crítica» al lado de la «conciencia juzgadora» (Sentencia de 16 de abril de 1969), así como al «examen crítico de las pruebas practicadas».

Y la Sentencia de 27 de diciembre de 1974—largamente después de la promulgación del citado Título Preliminar del Código civil—se refiere a las «reglas del criterio racional o sana crítica del Juez» en lo civil, como reglas que «imperan en el orden penal», sin citar jurisprudencia concreta alguna civil, pero, como se ve, dando entrada expresa en su «considerando» a estas figuras del Código civil y de la LEC.

Intentamos ver en esta sentencia ya cierta influencia del nuevo texto legal (esto es, la de la posibilidad del para nosotros inadmisble «trasvase» de «cierta influencia normativa» de la jurisprudencia civil sobre los Tribunales penales); pero a ello debemos oponer, una vez más, las profundas diferencias existentes entre los sistemas de principios que operan en el proceso civil y en el penal, así como, concretamente, los muy diferentes medios de obtener pruebas en cada uno de ellos.

Por ello cualquier solución debe respetar esta fundamental diferencia, impidiéndose que esa famosa «cierta (?) trascendencia normativa» de la jurisprudencia de unas Salas del Tribunal Supremo pueda influir sobre los Tribunales penales y viceversa. No cabrá que éstos, so pretexto de aquella «incierto» figura e influencia, «tomen» de otro orden de la jurisdicción «máximas de la experiencia», «reglas de la sana crí-

tica», sin perjuicio de olvidar las diferencias entre el proceso penal y los demás.

Otra cosa es que de modo «racional», pero sin la exigencia superior de esa «trascendencia normativa», la Sala II pueda admitir una «regla de la sana crítica» construida por la I o por la VI y recíprocamente, pero «sin exigencias», como hemos dicho.

VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN

Catedrático de Derecho procesal en la Facultad
de Derecho de la Universidad de Valencia