

sacion, porque hace imposible la continuacion del juicio: pero si se deja á salvo el derecho del demandante para hacer uso de él en otra forma, ó se declara que el demandado no viene obligado á contestar hasta que aquel acredite su personalidad; como en estos casos no se pone término al juicio, tampoco procede el recurso. En este sentido existen ya varias decisiones del Tribunal Supremo de Justicia en recursos de casacion (1).

Aunque la regla general es que se dá el recurso contra las sentencias de los Tribunales superiores, que recaigan sobre definitiva, si concurre alguna de las causas expresadas en los arts. 1012 y 1013, esta regla tiene varias excepciones, segun hemos indicado. Además de las consignadas en el art. 1014, y que espondremos en su comentario, deben considerarse como tales todos los casos en que se declara espresamente, que contra el fallo de la Audiencia no se dá recurso alguno: en este caso se hallan las sentencias á que se refieren los arts. 81, 126 y 127, 871, 919, 1105 y 1193. Véanse estos artículos, y el comentario del 76.

Debemos indicar, por último, que aunque el art. 1010 habla de sentencias pronunciadas por *Tribunales Superiores*, el recurso de casacion para ante el Tribunal Supremo de Justicia está reducido en el día á los negocios del fuero ordinario, segun hemos dicho en la introduccion del presente título.—Téngase así mismo presente, que se dá tambien este recurso contra las sentencias de los árbitros, cuando se ha celebrado el compromiso para fallar un pleito que se halla en segunda instancia (art. 818); y contra las que dictan las Audiencias en negocios de jurisdiccion voluntaria (reg. 14 del art. 1208), siempre que en unas y otras concurren las causas y circunstancias que son indispensables para que proceda el recurso en los juicios ordinarios.

ARTICULO 1012.

El recurso de Casacion puede fundarse en que la sentencia sea contra ley ó contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales.

ARTICULO 1013.

Puede igualmente fundarse en cualquiera de las causas siguientes:

- 1ª Falta de emplazamiento en cualquiera de las instancias, de los que debieran haber sido citados para el juicio.
- 2ª Falta de personalidad en el litigante ó en el Procurador que lo haya representado.
- 3ª Falta de citacion para sentencia en cualquiera de las instancias.
- 4ª Falta de recibimiento á prueba en cualquiera de las instancias, cuando proceda con arreglo á derecho.
- 5ª Falta de citacion para alguna diligencia de prueba, que haya podido producir indefension.
- 6ª Denegacion de cualquier diligencia de prueba, admisible segun las leyes, y cuya falta haya podido producir indefension.
- 7ª Incompetencia de jurisdiccion, en los casos en que no haya sido el Tribunal Supremo quien hubiere resuelto este punto.
- 8ª Haber concurrido á dictar sentencia uno, ó mas Jueces, cuya recusacion intentada en tiempo y forma, se hubiere denegado siendo procedente.
- 9ª Haberse dictado la sentencia por menor número de Jueces del señalado por la ley.

En la introduccion de este título hemos dicho que la casacion puede versar sobre el

1. Pueden verse, entre otras, las sentencias de 4 de Febrero, 19 de Mayo y 5 de Junio de 1858, 10 y 22 de Enero de 1959.

fondo y sobre la forma, fundándose aquella en que la ejecutoria ha sido dictada contra ley ó contra doctrina legal, y ésta en que ha sido infringida alguna de las reglas, ó formas mas sustanciales del procedimiento. A determinar las causas en que puede fundarse el recurso en uno y otro caso, van dirigidos los dos artículos preinsertos. Los examinaremos con separacion, cual conviene para mayor claridad, atendida la naturaleza especial de cada una de las causas indicadas, y los diferentes efectos que producen, como puede verse en los arts. 1014 y siguientes.

I.

Casacion en el fondo.—Segun el art. 1012, "el recurso de casacion puede fundarse en que la sentencia sea *contra ley, ó contra doctrina* admitida por la jurisprudencia de los tribunales." Debe entenderse, conforme á lo preceptuado en los dos artículos anteriores, que la sentencia ha de ser *ejecutoria*, ó sobre definitiva, y dictada por un Tribunal superior. En cualquiera de dichas dos causas que se funde el recurso, va dirigido á atacar la ejecutoria en el fondo, ó en su esencia; á demostrar que ha sido violada, ó interpretada y aplicada erróneamente la ley en la decision de la contienda, y á obtener la reparacion de la injusticia causada con tal motivo. Esto en cuanto al interés de las partes; que si se atiende al interés público, objeto preferente de estos recursos, es mantener en toda su pureza la ley, y fijar su verdadera inteligencia para que sirva de regla en los demás casos que requieran su aplicacion, uniformando así la jurisprudencia.

El Real decreto de 4 de Noviembre de 1838, exigia en su artículo 3º, para que hubiese lugar al recurso, la infraccion de *ley clara y terminante*. Si la ley tiene esta cualidad en su relacion con el caso á que se aplica, no debe temerse que sea infringida, ni mal interpretada; y si lo fuese, mas bien que el recurso de casacion, debería entablarse el de responsabilidad: así es que en la práctica no se estimaba literalmente tal calificacion, y se admitia el recurso siempre que se citaba como infringida una ley, sin atender á si era ó no clara y terminante. Esto mismo es lo que ha sancionado la nueva Ley de Enjuiciamiento por el artículo que estamos comentando. Si el objeto de este recurso es, como hemos dicho, uniformar la jurisprudencia, nunca puede ser mas útil la casacion que cuando versa sobre una ley oscura y dudosa.

Que la casacion está dentro de sus condiciones naturales cuando se funda en la infraccion de una ley, es un punto respecto del cual no hay divergencia de opiniones: no así cuando se permite fundarla en la infraccion de la doctrina. Si á las palabras del art. 1012 "*doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales*" se diese la interpretacion lata á que se prestan, si por esa doctrina se entendiera la opinion espresada ó admitida por cualquier tribunal sobre un punto de derecho, no determinado en la ley, es indudable que se habria establecido la casacion fuera de sus justos límites, desnaturalizando el remedio. A una doctrina de tales condiciones no puede darse el carácter de jurisprudencia, ni el valor y autoridad que tiene la ley: al lado de ella puede presentarse ó establecerse otra doctrina contraria, y conduciría al absurdo el permitir el recurso por infraccion de una doctrina, que no es mas que la opinion particular de un Tribunal superior, en contradiccion acaso, con la de otro, y aun con la de otra Sala del mismo Tribunal, pues no es raro ver que cada Sala de una misma Audiencia opine de diferente modo, y tenga su jurisprudencia particular.

No puede, ni debe entenderse, en nuestro concepto con esa latitud el artículo que comentamos. ¿Cómo ha de suponerse que se ha querido dar fuerza y valor de ley á cualquier doctrina admitida por un tribunal, que no reúne las condiciones necesarias para formar jurisprudencia? La doctrina, á que se refiere la Ley, es sin duda alguna la

doctrina legal, de cuya locucion, como sinónima de aquella, se usa en los arts. 1014, 1016, 1025 y en otros; y por *doctrina legal* debe entenderse la que tiene, mas ó menos esplicitamente, su fundamento y apoyo en la ley, ó en las reglas del derecho; la que se deriva de estas ó de aquella, como consecuencia legítima de sus principios, y bajo tal concepto está admitida generalmente en el foro, y ha llegado á constituir lo que se llama *jurisprudencia*.

La nueva Ley no ha hecho mas que sancionar lo que sobre este punto estaba ya admitido en la práctica. El Real decreto de 4 de Noviembre de 1838, aunque en su artículo 3º declaraba que solo hubiese lugar al recurso, respecto de la nulidad ó casacion en el fondo, por infraccion de ley clara y terminante, despues en el artículo 7º, al determinar la forma para interponerlo, decia, que esto se hiciera por escrito con firma de letrado, en que se citasen *la ley ó doctrina legal infringida*; de modo que vino á equiparar una y otra causa, y por ambas se admitia el recurso (1.) Tambien lo permite por las dos la Real cédula de 30 de Enero de 1855, sobre administracion de justicia en Ultramar: "habrá lugar, dice en su artículo 194, al recurso de casacion por violacion de ley espresa y vigente en Indias, ó de una doctrina legal recibida á falta de ley por la *jurisprudencia de los tribunales*." Como se vé, concreta mas el concepto; pero el pensamiento es el mismo.

En este sentido, pues, habrá de entenderse el art. 1012 que estamos comentando, y así lo viene aplicando tambien el Tribunal Supremo de Justicia, como puede verse en varias de sus decisiones en casacion. La doctrina infringida ha de derivarse de la ley ó de los principios del derecho (2): de otro modo no podría llamarse legal; y bajo este concepto ha de estar admitida generalmente por la jurisprudencia de los tribunales: no ha de ser la opinion particular de alguno de ellos, ni de autores determinados. Entendido con esta restriccion el art. 1012, creemos conveniente su precepto, y que no hay motivo para considerar establecida la casacion fuera de sus justos límites. Así la doctrina legal es el complemento, la interpretacion ó esplicacion de la ley: su violacion por tanto, es, mas ó menos directamente, la violacion de la ley misma; si no en su letra, al menos en su espíritu; y nunca es mas conveniente la casacion que en estos casos para evitar que se estravie la doctrina, y para conservar en toda su pureza los principios consignados en las leyes, ó en las reglas de derecho admitidas por la jurisprudencia.

Para permitir la casacion por infraccion de la doctrina legal, adúcese tambien como razon, y lo es, en efecto, la del estado de nuestra legislacion, compuesta de compilaciones incompletas de leyes formadas en diferentes siglos, y por tanto sin armonía ni concierto, algunas en desuso, y otras con antinomias no muy fáciles de conciliar, siendo por tanto necesario en muchos casos resolver las cuestiones de derecho con arreglo á la doctrina admitida por la jurisprudencia. Pero aunque disminuiria notablemente esta necesidad con la publicacion de un buen Código civil, no por esto dejaria de existir por completo hasta el punto de hacer innecesaria la casacion por dicha causa. Por mas perfecta que sea una legislacion, es imposible haya previsto todos los casos; y obligados los tribunales á juzgar y fallar cuantas contiendas ante ellos se deduzcan, se verán siempre en la necesidad de apelar muchas veces á la doctrina legal. ¿Y no es notoria la conveniencia de la casacion, cuando esta doctrina sea infringida, para impedir la violacion de los principios del derecho, ó la errónea interpretacion de la ley, en que por analogía ó por deducccion busque aquella su apoyo? En esto, precisamente se diferencian los negocios civiles de los penales: aquellos son siempre justiciables, aunque

1 Puede verse, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en recurso de nulidad, de 17 de Octubre de 1854.

2 Véanse, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, en recursos de casacion, de 30 de Noviembre de 1858, 20 de Enero y 5 de Febrero de 1859.

no exista ley espresa para el caso; pero en lo penal, por mas reprehensible que sea un hecho, no es justiciable, si la ley no lo ha definido y penado como delito ó como falta, y por esto no es admisible la casacion sino por violacion de ley espresa.

Creemos haber demostrado la conveniencia de que se permita la casacion en lo civil por violacion de la doctrina, siempre que esta sea *legal*, esto es, que se derive mas ó menos directamente de la ley, ó de los principios y reglas del derecho, y que se halla generalmente recibida, ó autorizada, como arriba espresamos. A esta doctrina es á la que se refiere sin duda el art. 1012 de la Ley. Mas, por no haberla definido convenientemente, se ha dado ocasion, como hemos indicado en la introduccion de este título, al abuso de fundar algun recurso en la infraccion de doctrinas, que no tienen otro apoyo que la opinion de un Tribunal superior, ó la de algun comentarista, cuyo nombre y testo se ha citado en el escrito: el Tribunal Supremo ha desestimado, con razon, tales recursos, por no ser legal, ni considerarse elevada á jurisprudencia, la doctrina que se citaba como infringida (1).

La injusticia de una ejecutoria puede nacer, ó de la falsa apreciacion de los hechos, ó de la aplicacion errónea del derecho. ¿Procederá en ambos casos el recurso de casacion en el fondo? ¿Puede el Tribunal Supremo deliberar y juzgar sobre la apreciacion de los hechos; ó habrá de atenerse á la calificacion que de ellos haya hecho el Tribunal á quo? Hé aquí una de las cuestiones mas importantes, que la nueva Ley no ha decidido espresamente, á pesar de haberlo hecho la Real cédula de 30 de Enero de 1855 para los negocios de Ultramar. Esta, despues de haber ordenado en el art. 198, que no tiene lugar el recurso de casacion, "si conformes las partes en el derecho, versase la cuestion sobre hechos," dice en el 211 que "respecto á los hechos, la Sala de Indias habrá de atenerse en la determinacion del recurso á la calificacion de aquellos, en que se haya fundado el Tribunal á quo." Siendo, como son de un mismo año ambas disposiciones, y aquella posterior á esta, parece que haya sido intencional su silencio. Sin duda se ha creido que bastaba el precepto del art. 1012, que estamos comentando.

Y con efecto, ese silencio sobre este punto, que guardó tambien el Real decreto de 4 de Noviembre de 1838, no ha sido obstáculo para que el Tribunal Supremo, sin separarse de lo que ordena dicho artículo, haya fijado su jurisprudencia conforme á la doctrina mas aceptable. El Tribunal, al decidir en casacion, no juzga sobre la certeza de los hechos, ni de consiguiente sobre el valor de las pruebas: esto lo verifica, como debe verificarlo, para dictar su fallo sobre el fondo de la cuestion, cuando ha sido casada la ejecutoria, (art. 1060); de modo que por regla general en la primera decision se atempera á la calificacion hecha por el Tribunal á quo (2).

Mas no por esto se abstiene de examinar los hechos: como el derecho es la consecuencia del hecho, los examina para ver si en la aplicacion del derecho se ha infringido la ley, y á este fin los establece en la sentencia segun lo previene el art. 1058. Tambien los examina, como es de necesidad, para ver si la apreciacion, que de ellos ha hecho la Audiencia, está ajustada á la ley, cuando el recurso se funda en la violacion de ley sobre este punto. En una palabra, al decidir en casacion el Tribunal Supremo, solo examina y aprecia los hechos, en cuanto es necesario para determinar si se ha cometido ó no la infraccion de ley, en que se funda el recurso; y si existe esta infraccion, casa la ejecutoria, ora se refiera la ley violada á la apreciacion de los hechos, ya á la determinacion del derecho. Pero si no se ha infringido ley alguna en la calificacion de los hechos, entonces la decision de la Audiencia sobre este punto es soberana

1 Véanse las sentencias de 21 de Diciembre de 1858, 23 de Febrero de 1859 y otras.

2 Véase la doctrina consignada en los *considerandos* de las sentencias del propio Tribunal Supremo, en recursos de casacion, de 13 de Octubre y 6 de Diciembre de 1856.

ó irrevocable, y á ella se atempera el Tribunal Supremo para la determinacion del recurso. Así sucede siempre que se trata de la prueba de testigos, en razon á que el artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento civil, deja su apreciacion al criterio judicial (1).

Lo espuesto se deduce de la doctrina consignada por el mismo Tribunal Supremo de Justicia en varias de sus sentencias en casacion. Tambien lo vemos confirmado por el ilustrado Sr. Marqués de Gerona en un importante escrito, que ha publicado recientemente (2). La circunstancia de haber contribuido á establecer esta jurisprudencia, como Presidente, que ha sido, de la Sala primera de dicho Tribunal Supremo, dá tanta autoridad á sus palabras, que creemos muy conveniente el trascribirlas. Dice así este distinguido jurisconsulto (3):

“La Sala primera admite y declara la casacion donde quiera que encuentra infringida una ley espresa, aun cuando esta ley sea reguladora de la prueba legal de los hechos.

“La Sala no admite ni declara la casacion donde la ley deja al arbitrio ó discrecion de los tribunales la apreciacion de las pruebas sobre el hecho mismo.

“La Sala se abstiene cuidadosamente, en virtud de las citadas disposiciones del artículo 317, de juzgar sobre los hechos comprobados únicamente por medio de testigos; hechos, cuya calificacion queda hoy mas encomendada á la sana crítica de nuestros jueces y magistrados. No habiendo ya ley civil que regule casuísticamente su criterio, tampoco puede existir infraccion alguna de esta clase en sus sentencias.

“La Sala admite y declara la casacion por infraccion ó mala inteligencia notoria de la cláusula espresa y terminante, ó sea por violacion de la ley del contrato, segun la tecnología francesa.

“La admite asimismo cuando hay error, no en la apreciacion de la prueba, sino en la calificacion del acto ó del hecho, á que se refiere, en sus relaciones con la misma ley, como v. gr.; cuando una Audiencia declara la existencia de un contrato de arrendamiento sobre hechos ó pactos, á que la ley atribuye el carácter de usufructo.”

Y concluye manifestando que “á estas cuatro reglas de doctrina pueden reducirse las bases cardinales de la jurisprudencia, hasta hoy admitida en nuestra casacion;” reglas que están conformes con lo que antes hemos espuesto.

Debemos indicar, por último, que el recurso de casacion *en el fondo*, solo procede contra la parte dispositiva de la sentencia, y no contra los fundamentos de hecho y de derecho, que puedan consignarse con mas ó menos oportunidad y acierto; de modo que, aun cuando en los considerandos se aprecie, ó explique erróneamente una ley ó la doctrina legal, si el fallo es justo, ó no se ha infringido con él, ni la una, ni la otra, no podrá darse lugar al recurso: así lo tiene declarado el Tribunal Supremo de Justicia (4).

II.

Casacion en la forma.—El objeto y fin de las leyes del procedimiento son, como hemos dicho en el §. 1.º de la introduccion á esta obra, la averiguacion de la verdad y la justa aplicacion del derecho; ellas sirven, por tanto, de garantía á los litigantes, y aseguran la recta administracion de la Justicia. Por estas y otras consideraciones es de necesidad la estricta observancia de las formas del juicio, y su infraccion se ha reputado siempre como causa de nulidad del procedimiento,

1. Sentencias de 9 de Marzo y 26 de Octubre de 1857, 23 de Febrero y 12 de Octubre de 1858, y otras muchas.

2. Nos referimos al folleto titulado: *Exámen del recurso de Casacion en España.*

3. Páginas 23 y siguientes de dicho folleto.

4. Sentencias de 13 de Octubre de 1856, y 18 de Junio de 1857.

Mas no todas las reglas del enjuiciamiento tienen igual importancia. ¿Cómo ha de compararse la informalidad de una notificacion por ejemplo, con la falta de citacion para una diligencia de prueba?

Por este motivo la nueva Ley, á imitacion de lo determinado en el Real decreto de 4 de Noviembre de 1838, y en las demas disposiciones posteriores, que tratan de la materia, ha limitado taxativamente el recurso de casacion *en la forma* á las nueve causas ó infracciones que se espresan en el art. 1013, todas las cuales se refieren á trámites, tan esenciales, que su omision produciria la indefension de la parte, ó induciria á sospechar de la rectitud ó imparcialidad del fallo. Dichas causas son las siguientes:

1.ª *Falta de emplazamiento en cualquiera de las instancias, de los que debieran haber sido citados para el juicio.*—El que no es emplazado, no está obligado á comparecer, ni puede por tanto perjudicarse lo que se haga en el juicio sin su citacion ni audiencia. Por esta razon, cuando se ha omitido el emplazamiento, lo mismo en primera, que en segunda instancia, de alguna de las personas, que deben comparecer en el juicio, ha de reponerse el proceso, por ser nulo lo actuado, tan pronto como se haga la reclamacion; y si no se accede á ello, y se continúa el procedimiento hasta dictar sentencia ejecutoria, debe esta dejarse sin efecto por medio de la casacion para los fines que espresa el art. 1061.

Nótese bien que la falta ó omision del emplazamiento ha de recaer respecto de los que debieran haber sido citados y emplazados para el juicio: de lo cual se deduce que cuando la ley no impone este deber, aquella omision no puede servir de fundamento para el recurso, por que en tal caso no existe infraccion alguna de las formas del procedimiento. Per esta razon no procede el recurso por dicha causa en los interdictos, toda vez que la Ley no exige que se emplace en ellos al demandado (1). Tampoco puede proceder por no haberse citado de eviccion á la persona obligada al saneamiento de la cosa que se demanda, pues esta citacion no es necesaria, ni esencial para la validez del juicio, y su objeto y efectos no pueden confundirse con los del emplazamiento. Lo mismo decimos respecto de las personas que no son demandadas, aun cuando tengan interés en el pleito, pues si nadie ha pedido su citacion, el Juez no debe decretarla de oficio. Pero si habiéndose dirigido la demanda contra varias personas, se hubiese omitido el emplazamiento de alguna de ellas, lo mismo que cuando se omite el de alguna de las partes, para remitir los autos al Tribunal superior en caso de apelacion, entonces procederá el recurso por esta causa. Tambien lo creemos procedente por la falta de citacion de remate en el juicio ejecutivo, en razon á que esta citacion es de esencia en dicho juicio, y produce efectos idénticos á los del emplazamiento.

Y no solo en la omision del emplazamiento, sino tambien en la de las formalidades, que exige la Ley para su validez, podrá fundarse el recurso, cuando la parte interesada haya reclamado inútilmente la subsanacion de dicha falta, pues es nulo el emplazamiento hecho sin las formalidades debidas. Pero si, á pesar de tales omisiones ó faltas se persona en el juicio la parte interesada, y hace uso de su derecho sin reclamar ni protestar contra ellas, entonces se hace ociosa la formalidad del emplazamiento, y surtirá sus efectos como si estuviera hecho legítimamente, segun lo ordena el art. 24 para toda clase de notificaciones, no pudiendo ya, de consiguiente, fundarse en tal causa el recurso de casacion. Esto es lo racional, y así lo tiene declarado el Tribunal Supremo de Justicia, por sentencia de 22 de Abril de 1856, en un recurso de nulidad, respecto de los cuales regia igual disposicion.

2.ª *Falta de personalidad en el litigante, ó en el procurador, que le haya representado.*

[1.] Así lo ha declarado tambien el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de 12 de Junio de 1858.