

2.^a El tít. 8.º libro III de la ley de Enjuiciamiento civil, en cuanto á la legitimación por concesión Real, de que trata el art. 120 y concordantes del Código, como caso de dispensa de ley, cuyo procedimiento no está especialmente establecido por aquél, y habrán de seguirse aplicando á tales casos las disposiciones comprendidas en el título y libro expresados de la ley de Enjuiciamiento civil.

3.^a En cuanto á la formación de las leyes y otras disposiciones del Poder ejecutivo que puedan tener carácter civil, la Constitución del Estado y leyes y reglamentos orgánicos correspondientes, conforme á lo que tenemos dicho acerca del Derecho anterior al Código en el Art. I de este mismo capítulo.

4.^a La ley de 28 de Noviembre de 1837 y sus disposiciones complementarias, que creemos no deben reputarse derogadas por el art. 1.º del Código, en lo relativo á la fuerza obligatoria y promulgación de los Reales decretos, Reales órdenes y demás resoluciones del Poder ejecutivo, que, *sin tener el carácter de leyes*, se refieran á materias civiles, lo cual deberá seguir determinándose con arreglo á aquellos preceptos.

CAPÍTULO II

SUMARIO.—Fuentes del Derecho civil español.

- Art. I. PRINCIPIOS, PRECEDENTES Y DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.—A. Fuentes directas (continuación).
- § 1.º 2.^a La costumbre.—1. Consideraciones generales.—2. Del uso.—3. Requisitos del uso para que produzca costumbre.—4. Especies de ésta y modo de influir en las leyes positivas (costumbre *según ley, fuera de ley y contra ley; general y local ó especial*).—5. Del fuero.
- § 2.º 3.^a La jurisprudencia del Tribunal Supremo.—6. Inicial.—7. Vicisitudes de su creación y desarrollo histórico.—8. Autoridad de las Sentencias del Supremo.
- § 3.º Jurisprudencia anterior al Código civil.—9. Costumbre.—10. Doctrina legal ó jurisprudencia.
- Art. II. CÓDIGO CIVIL.
- § 1.º Texto.—11. Costumbre contra ley, y desuso de las leyes.—12. Costumbre especial ó local; omisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.
- § 2.º Jurisprudencia según el Código civil.—13. Costumbre.—14. Jurisprudencia.
- § 3.º Explicación.—15. Ineficacia de la costumbre y del desuso para derogar las leyes.—16. Costumbre del lugar.—17. Omisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.
- Art. III. RÉGIMEN VIGENTE.
- § 1.º Criterio de transición.—18. Reglas de Derecho.
- § 2.º Resumen de fuentes legales del nuevo Derecho civil común.—19. Enumeración de las aplicables á las materias de este capítulo.

ART. I

PRINCIPIOS, PRECEDENTES Y DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL

A. FUENTES DIRECTAS

§ 1.º

2.^a La costumbre.

1. Dicho queda (1) que la generación del Derecho positivo inicia, por regla general, el nacimiento de las instituciones jurídicas con el *uso*, le da carácter de regla jurídica con la *costumbre*, eleva ésta á precepto escrito con la *ley*, y finalmente le explica, aclara y completa por su aplicación en los Tribunales de justicia, creando lo que se llama *jurisprudencia*.

Nuestras leyes han reconocido estos grados de la génesis jurídica, según lo demuestran los elegantes conceptos que nos ofrecen de cada una de estas ideas.

(1) Núm. 4, cap. 4.º, t. I, 2.^a edic., *Introd.*

2. *Uso*, dice la ley de Partida (1), «es cosa que nasce de aquellas cosas que hombre dice e face, e sigue continuamente por gran tiempo, e sin embargo ninguno». «Costumbre (2) es derecho ó fuero que non es escrito; el qual han usado los homes luengo tiempo ayudándose de él en las cosas e en las razones sobre que lo usaron.»

3. Son requisitos esenciales para que el *uso* produzca *costumbre* y ésta, *regla de Derecho*: 1.º, que aquél se conforme con el Derecho natural; 2.º, que no sea contrario al bien común; 3.º, que sea establecido públicamente, y no por actos furtivos ó clandestinos; 4.º, que sea tolerado por el legislador; 5.º, que la observancia de este uso, que origina la costumbre, sea constante y general durante el plazo de diez ó veinte años, y 6.º, que se hayan dictado, de acuerdo con el uso establecido, *dos sentencias uniformes* (3).

4. Con estas condiciones, la *costumbre es regla jurídica positiva*, que influyó en la ley española, interpretando y aclarando su sentido—*costumbre según ley*;—supliendo sus omisiones—*costumbre fuera de ley*;—y aun derogando los preceptos de la ley antigua ó anterior á su nacimiento—*costumbre contra ley* (4).

Esta doctrina, que en cuanto á la autoridad de la costumbre contra ley ofrece en el antiguo Derecho divididos los juicios de los escritores, fué, sin embargo, la aceptada por declaraciones del Supremo, según notaremos en el párrafo 3.º de este Artículo.

Hay quien opina que la ley de Partida (5) fué derogada por la 1.ª, tít. 28 del Ordenamiento de Alcalá — 1.ª de las de Toro, que es la 3.ª, tít. 2.º, lib. III, Nov. Rec.—y por la 11 del mismo título, libro y Cuerpo legal; fundándose en que en aquéllas se dice «no embargante que contra las dichas leyes de Ordenamiento y Premáticas se diga y alegue no son usadas ni guardadas... ca por ellas es nuestra intención y voluntad que se determinen los pleitos y causas, no embargante los dichos fueros y usos»: y en la última se lee que «todas las leyes del Reino que expresamente no se hallan derogadas por otras posteriores, se deben observar literalmente, sin que pueda admitirse la excusa de decir que no están en uso».

Ambos textos, siquiera el primero en su parte final sea más expuesto á dudas, ofrecen un aspecto capital y negativo de inobservancia de la ley, sin que directamente aquél, ni tampoco indirectamente éste, motiven esa inobservancia en la introducción de costumbre contraria, sino tan sólo en la falta de *uso* ó aplicación de la ley á casos prácticos, bien

(1) L. 1.ª, tít. 2.º, Part. I.

(2) L. 4.ª, tít. 2.º, Part. I.

(3) LL. 2.ª y 5.ª, tít. 2.º, Part. I. En la edición que de las Partidas hizo la Academia de la Historia, se exigen de treinta juicios arriba, pero ya sabemos que es preferida la de Gregorio López, cuya doctrina consignamos en el texto. (Sent. 27 Marzo 1860.)

(4) L. 6.ª, tít. 2.º, Part. I.

(5) Véase un brillante artículo que sobre esta materia publicó D. Domingo Rivera en la acreditada *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, t. 37, pág. 345 y siguientes.

desde que fué formada, bien en un largo plazo. Por eso, á nuestro juicio, el sentido de estos textos legales no era equivalente á la condenación de la costumbre contra ley como *fuerza de Derecho* en el anterior al Código civil— que para ser tal, es preciso que sea entre otras cosas de luenga práctica, notoria existencia, y, sobre todo, tolerada por el legislador, firmes garantías de respeto á la autoridad de aquél, que sólo mediante su tácita voluntad podía producir regla jurídica, lo que hace ilusorio el pretendido peligro de anarquía é imperfección social—sino que tuvo el doble fin, desde el punto de vista *histórico*, de posponer el Derecho foral y consuetudinario á las leyes del Ordenamiento de Alcalá y posteriores, y en el orden *científico*, el de consagrar la racional doctrina de que la fuerza de las leyes no se pierda por su falta de uso ó de oportunidad de hechos que exijan su aplicación; es decir, declarar *imprescriptible* la autoridad del precepto legal por la acción del tiempo en que no se ha presentado ocasión de aplicarle.

Obsérvese, pues, que entre la ley de Partida y la Recopilación, que se quieren relacionar, existe en orden á su *objeto* un antagonismo evidente, porque en la primera se habla de *uso* y en la segunda del *no uso*; y cosa bien distinta es la introducción de una regla contraria á la de la ley, para una relación ó caso por ella previstos, que parte del supuesto de haberse presentado la necesidad de aplicarla, á su *simple inobservancia*, por no haberse convertido en hechos las hipótesis que la inspiraron.

Y es de advertir que, habiendo sido un verdadero problema de exégesis la influencia derogatoria de la ley 11, tít. 2.º, lib. III, Nov. Rec., respecto de la 6.ª, tít. 2.º, Part. I, hasta contraproducente nos parece la cita de aquélla, que declaraba vigentes *todas las leyes* mientras *expresamente no se hallasen derogadas*; y bien notorio es, por su contexto, que ni expresa, ni tácita, ni directa, ni indirectamente, alude la Recopilada á la de Partida, para derogarla.

Todo esto se entiende siempre que la costumbre sea *general*; *generalidad* que, atendida la pluralidad de nuestras legislaciones civiles, no alcanzaba á toda España, y si sólo significa que la costumbre tuviera igual autoridad, en orden al territorio, que la ley del país en que se introduce; pues que, para este efecto, tienen el carácter de nacionalidad independiente las provincias regidas por una legislación civil distinta.

Surge aquí la oportunidad de indicar, si debía admitirse con fuerza de ley la costumbre *local ó especial*, que también sancionaba la 6.ª, tít. 2.º, Part. I, al decir, «mas si la costumbre fuese especial estonce no desataría la ley sino en aquel logar tan solamente do fuese usada». Á pesar del respeto que nos merece la opinión del Sr. Escriche (1), que reproduce sin distinción la doctrina de Partida, creemos que la autoridad de la costumbre local pudo admitirse en la costumbre *fuera de ley*, pero no en la *según ley y contra ley*.

(1) *Diccionario de Jurisprudencia y Legislación*, t. II, pág. 582, columna 2.ª
TOMO II.
5

No hay inconveniente alguno en que se reconozca la fuerza de la costumbre *fuera de ley*, porque no la interpreta ni la contradice como las otras dos. La ley nada ha dicho, directa ni indirectamente, sobre el particular que la costumbre reglamenta; no hay incompatibilidad alguna entre el precepto legal y la práctica consuetudinaria, y, por consiguiente, ésta es perfectamente lícita y atendible, y constituiría el mayor de los absurdos rechazar esta acción supletoria y compatible con la ley, que la costumbre local produce.

Comprueban esta verdad multitud de prácticas eficaces que, sin afectar á la ley, ni aun para explicarla, se observan en algunas localidades de España, reconocidas explícitamente en algún caso por la ley misma (1).

No sucede lo propio con la costumbre local *según ley ó contra ley*: 1.º, porque esto sería contrario á la *uniformidad ó unidad de aplicación* de la ley en todo el país, y haría imposible la llamada *jurisprudencia*, creando tantas interpretaciones usuales cuantos fueran los tribunales y las costumbres locales de los territorios de su jurisdicción; 2.º, porque esto es, por tanto, contrario á la *generalidad* de la ley, que vendría á ser desnaturalizada ó destruída por el capricho de los particulares, y 3.º, porque á ello se opone también especialmente el Real decreto de 4 de Noviembre de 1838, que, al crear los recursos de nulidad—hoy de casación,— se propuso uniformar la jurisprudencia, fijando por medio del Tribunal Supremo una sola inteligencia á la ley, para que se tuviera presente en su interpretación y aplicación por todos los Tribunales de España.

5. En el sentido legal (2) en que aquí tomamos la palabra *fuero*, es: «*cosa en que se encierran dos cosas... uso é costumbre que cada una dellas ha de entrar en fuero para ser firme... mas el fuero ha de ser en toda é sobre toda cosa que pertenezca señaladamente á la justicia... é por esto es mas paladino que la costumbre ni el uso é mas concejero: ca en todo lugar se puede decir é entender...*» En la época de las Partidas el *fuero* era la última y más perfecta forma del Derecho consuetudinario en España; puede decirse el punto de unión entre la costumbre y la ley. Después perdió esta forma de la regla jurídica la mayor parte de su importancia, sin embargo de existir algún Fuero (3).

§ 2.º

3.ª La jurisprudencia del Tribunal Supremo.

6. En otro lugar (4) examinamos los diversos sentidos que la palabra *jurisprudencia* representa, concluyendo por fijar su concepto, equi-

(1) El art. 1.562, causa 2.ª de la ley de Enj. civil, declara que procede el desahucio cuando ha expirado «el plazo de aviso que debiera darse con arreglo á la ley, á lo pactado ó á la costumbre general de cada pueblo»...

(2) L. 7.ª, tit. 2.º, Part. I.

(3) Por ejemplo, el del Bailío.

(4) Núms. 8, 9 y 10, cap. 4.º, t. I, 2.ª edic., *Introd.*

valente á la *uniformidad en las decisiones judiciales*, en el cual se nos ofrece como una importante fuente del Derecho positivo, á la par que dijimos que no era posible reconocer en todos los Tribunales tan augusta misión, pues de hacerlo así, no se lograría la apetecida unidad de criterio, ni menos éste podría ser superior á todos, que se destruirían mutuamente por su propia é individual autoridad, siendo por ello preciso encomendar esta elevada función social á *un solo tribunal*, superior en jerarquía á todos los demás.

La jurisprudencia en España ha sido una *fuentes* importante del Derecho civil, y el Tribunal encargado de sentarla con sus fallos, que han de ser *fundados y publicarse* en la *Colección Legislativa*, es el *Tribunal Supremo*.

7. He aquí ahora, en breves palabras, las vicisitudes por que ha pasado la gestación histórica de esta idea en España, antes de la publicación del Código civil.

Todos nuestros Códigos (1), al determinar que para la interpretación y aplicación de las leyes, en la parte que fueran dudosas ó deficientes, se acudiera por los Jueces y Tribunales al Rey, negaron á aquéllos el importante derecho de la interpretación usual é impidieron la aclaración y perfección sucesivas de las leyes patrias por los fallos judiciales.

Á pesar de que la costumbre inveterada de nuestros Tribunales fué no fundar sus decisiones, la fuerza misma de la razón y la incipiente influencia del movimiento filosófico, que más tarde había de desarrollarse en tan grande escala, hizo que bajo la forma de *vistos y atentos* comenzaran á fundamentar sus fallos, hasta el punto de haberse recomendado esta buena práctica á algunas Audiencias (2).

Á poco (3) fueron suprimidos los *vistos y atentos* por las cavilaciones y dudas de los litigantes; de suerte que en el siglo pasado hubo sólo aspiraciones á esta racional reforma, que encontró oposición y resistencia en las mismas esferas donde había de germinar la nueva idea, siendo preciso desistir de ella por entonces.

El nacimiento de la *jurisprudencia* exigía, ante todo, la creación de un Tribunal, de la más elevada categoría, lo que tuvo lugar con la Constitución de 1812, al establecer el Tribunal Supremo de Justicia para que conociera del recurso extraordinario de nulidad, cuya institución pasó por todas las vicisitudes de aquel Código político.

(1) Citamos, por ejemplo, la L. 1.ª, tit. 28, Ord. de Alc.—1.ª de Tor. y 3.ª, tit. 2.º, lib. III, Nov. Rec.—que dice: «Y mandamos, que cuando quier que alguna duda ocurriese en la interpretación y declaración de las dichas leyes de Ordenamientos y Preámbricas y Fueros ó de las Partidas, que en tal caso recurran á Nós y á los Reyes que de Nós vinieren para la interpretación dellas: porque Nós, vistas las dichas dudas, declararemos y interpretaremos las dichas leyes como conviene al servicio de Dios Nuestro Señor y al bien de nuestros súbditos y naturales, y á la buena administración de nuestra justicia.»

(2) Á las de Palma y Barcelona. (Nota 1.ª, tit. 10, lib. V; y 1.ª, tit. 16, lib. XI, Nov. Rec.)

(3) R. C. de 23 de Junio de 1778.

Este recurso extraordinario de nulidad fué en un principio admitido, tanto para los negocios civiles, como para los criminales, hasta que por efecto de las circunstancias anormales en que se hallaba sumido el país á consecuencia de la invasión francesa, y en virtud de consulta elevada á las Cortes por aquel Supremo Tribunal (1), decretaron aquéllas (2) que no había lugar á dicho recurso contra las sentencias ejecutorias dictadas en las causas criminales.

Las reacciones de 1814 y 1823 mataron en flor esta reforma, hasta que en 1836 volvió á aparecer con el restablecimiento de la Constitución de 1812, si bien mientras se formara otra posterior, que fué la de 1837.

No obstante, el año 1830 se publicó la ley de Enjuiciamiento mercantil, que exigió á los Tribunales de comercio de primera instancia consignasen en sus sentencias los fundamentos de hecho y de derecho en cuya virtud las dictaban; si bien casi fué estéril esta reforma, porque no sólo no se exigía, sino que estaba prohibido tal requisito para los fallos de las Audiencias y del Consejo de Castilla, cuando este último conociera del recurso de injusticia notoria en materias mercantiles.

Cultivada, aunque tímidamente, esta esencial reforma, aparece en su desarrollo histórico el Decreto de 4 de Noviembre de 1838, por el cual se instituye el recurso extraordinario de nulidad, pero sobre más amplias bases que en el año 1812, tanto para anular los fallos en que hubiera infracciones de fondo ó de forma, como para resolver la cuestión litigiosa al propio tiempo que determinar el verdadero sentido y espíritu de la ley, unificando la jurisprudencia, á cuyo fin se exigió al Supremo que fundara sus sentencias. Á las pronunciadas por Juzgados y Audiencias no se les preceptuó este requisito, y sí solo que al remitirse los autos al Supremo se acompañara también una noticia de las razones ó motivos en que se apoyaran las decisiones objeto del recurso.

El año 1845 se organizaron los Consejos provinciales y el Real, para el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa, disponiéndose que sus decisiones fueran fundadas.

Por Real decreto de 6 de Marzo de 1846 se agregó una sección á la *Colección Legislativa*, para publicar en ella, con el nombre de jurisprudencia civil y administrativa, los fallos del Supremo y las decisiones del Consejo de Estado.

La ley provisional para la aplicación del Código penal en 1848 dispuso lo propio en cuanto á las sentencias dictadas en las causas criminales.

Por Real decreto de 20 de Junio de 1852, sobre los procedimientos que debían seguirse en las causas por delitos contra la Hacienda pública, se previno lo mismo en cuanto á la necesidad de fundar las sentencias, y además se estableció por primera vez el *recurso de casación*.

También la Instrucción de 30 de Septiembre de 1853 ordenó se fun-

(1) En 20 de Mayo de 1813.

(2) En 17 de Julio siguiente.

darán y publicaran en la *Gaceta*, los fallos pronunciados por el Supremo en las cuestiones de competencia, á la vez que se hicieron varias reformas importantes en el recurso extraordinario de nulidad.

Igual fué la resolución adoptada en la Real Cédula de 30 de Enero de 1855 para los pleitos de Ultramar.

Finalmente, la ley de Enjuiciamiento civil (1), al fijar las reglas para la redacción de las sentencias en todas las instancias (2), exigió que los fallos fueran motivados, y planteó el recurso de casación (3) fundado en *infracción de ley ó doctrina legal*, para todos los negocios civiles, disponiendo la publicación de sus sentencias en la *Gaceta de Madrid* y *Colección Legislativa* (4).

Igual doctrina, en cuanto á la publicación y fundamentación de las sentencias y planteamiento del recurso de casación para asuntos civiles (5), contienen las leyes sobre la materia de 18 de Junio de 1870 y 22 de Abril de 1878, dictadas con los propios fines de crear y uniformar la jurisprudencia.

La fundamentación de las sentencias dictadas en los asuntos de comercio, que en primera instancia venía observándose desde la publicación de la ley de Enjuiciamiento mercantil, se exigió también en las pronunciadas por las Audiencias y el Supremo, por el Real decreto de 12 de Enero de 1859, así como su publicación en la *Gaceta* y *Colección Legislativa*. Suprimidos los Tribunales de Comercio por el Decreto-ley de 6 de Diciembre de 1868 y derogada casi totalmente la ley de Enjuiciamiento mercantil, se rigen estos negocios por las mismas reglas que los civiles en cuanto á la redacción y publicación de sus sentencias y recurso de casación contra ellas.

8. Esta noticia histórica de las vicisitudes por que ha pasado la institución del Tribunal Supremo, y la necesidad de fundar las sentencias de todos los Tribunales y publicar las de aquél, no sería bastante á nuestro propósito de demostrar que las doctrinas consignadas en los fallos de dicho Tribunal constituían *jurisprudencia*, y eran, por tanto, una importante fuente del Derecho civil español, antes del Código civil, mientras no se depurase la verdadera autoridad de sus fallos.

Sobre este punto se ofrecen tres soluciones distintas: una que niega á las sentencias del Tribunal Supremo el valor y la fuerza de la ley, ó lo que es lo mismo, que sus fallos hayan de ser respetados como doctrina legal (6); otra, tan extrema como la anterior, que atribuye esta impor-

(1) Tanto la vigente desde 1.º de Enero de 1856, como la actual de 3 de Febrero de 1881.

(2) Arts. 333 y 372, respectivamente.

(3) Tit. 21.

(4) Arts. 1.087 y 1.793, respectivamente.

(5) También hoy está admitida para los criminales, por la L. de Enj. crim.

(6) Don José M.ª Pantoja, «Prólogo del autor» al *Repertorio de la Jurisprudencia civil de España*.—Gómez de la Serna, «Errores jurídicos modernos», artículo publicado en el t. 33, pág. 258 de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*.

tancia á cualquier fallo del Supremo, aunque sea *único* sobre la materia (1), y últimamente, otra que no duda en otorgar á sus sentencias la autoridad de doctrina legal cuando son *dos ó tres ó más*, por completo idénticas en espíritu y criterio, sus declaraciones sobre un mismo tema (2).

De ellas, sólo la primera y la última merecen seria consideración.

He aquí las principales reflexiones, que en apoyo de cada una se aducen.

Para fundar la primera, se acudió á razones más de un orden especulativo ó teórico que de un carácter legal y práctico, terreno propio de esta cuestión. Al efecto, se dice que es absurdo otorgar á la interpretación usual igual ó mayor fuerza que á la ley; que lo es también erigir en dogma el error de apreciación á que están sujetos, como hombres, los Magistrados de un Tribunal, por elevada que sea su categoría, é imponer este error á todos los demás, sacrificando la libertad de criterio de los Tribunales inferiores é impidiendo que se perfeccione la inteligencia y aplicación de las leyes.

En apoyo de la contraria, y dentro del impropio orden teórico en que se trata esta cuestión, se refuta la anterior, teniendo en cuenta que la ley, mientras no es interpretada y aplicada á la realidad de los hechos que caen bajo su dominio, es una potencia sin eficacia, una regla inflexible é inútil, que no cumple su fin sino mediante su aplicación; y como ella, por sí sola, no se aplica, sino que esta importante función pública corresponde á los Tribunales, previa siempre su interpretación, para que esa aplicación sea racional y no empírica, resulta, que no hay ley sin interpretación, ni sin ésta aplicación posible y, por tanto, que no cabe suponer exclusivismo y predominio censurable entre elementos todos de una misma cosa, sin cuyo concurso aquélla ni se concibe ni existe; que, si es verdad lo de que *errare humanum est*, éste es un sello de limitación que afecta á todo lo humano, lo mismo á la función de aplicar las leyes, que á la de dictarlas y, por tal motivo, vendríamos á concluir en la necesidad de vivir sin aquéllas, no pudiendo desconocerse con fundamento que la mayor categoría de un Tribunal constituye una racional presunción de garantía relativa de acierto, por las condiciones de mayor ilustración, independencia y práctica de sus miembros.

No es estimable fundamento el temor de que el error de apreciación se imponga á los Tribunales inferiores por el Supremo, porque el creerlo así equivale á desconocer toda idea de sociedad y de poder, cuya organización exige la distinción de jerarquías y grados de autoridad.

Tampoco es exacto que se sacrifique la libertad de criterio de los Tribunales inferiores, porque si aquélla había de ser completa y amplia, igual cargo puede hacerse á la ley que fija la regla y que no realiza siempre ó casi nunca el ideal del Derecho y de justicia.

(1) Esta suele ser muy general y equivocada creencia, que conviene combatir.

(2) Ortiz de Zúñiga, *Jurisprudencia civil de España*, t. I, Introd., pág. 19.

Finalmente, todas las razones que combatimos pudieran tener algún fundamento si se invocaran contra la opinión de que un solo fallo del Tribunal más elevado del país fuera bastante á constituir molde invariable para la aplicación de las leyes, es decir, *jurisprudencia*; pero no cuando se exige que sean varias las decisiones uniformes, en cuyo caso la meditación es más profunda, la observación más completa, el cálculo más cierto y el error menos probable. Así, lejos de impedirse que se perfeccione la inteligencia y aplicación de las leyes, lo que se consigue es facilitar estos ideales, impedir la anarquía judicial y crear un organismo legal, uniforme y evidente, que preste condiciones de certeza á los derechos de los particulares.

Además, si la *unidad de Derecho* es la nota de perfección de las legislaciones positivas, preciso es reconocer la imposibilidad de conseguirla sin la *unidad de jurisprudencia*.

Más cierto era aún en el orden práctico, con relación á España, que los fallos *repetidos y uniformes* del Tribunal Supremo constituían *doctrina legal ó jurisprudencia*, y que ésta venía siendo una importante fuente de Derecho civil español, de análoga fuerza á la ley, y si se quiere á las veces, de más utilidad y certeza, puesto que ofrecía *aplicado* el Derecho escrito.

Basta para convencerse de ello, además de las declaraciones del Supremo, que citamos en el párrafo inmediato, lo explícitamente dispuesto por las leyes (1), que introdujeron en nuestro *Derecho judicial* el recurso extraordinario de casación.

Todas ellas presentan como fundamento del recurso de casación el ser el fallo de que se interpone contrario á *doctrina legal, doctrina admitida por la jurisprudencia, ó doctrina*; frases todas, que se emplean en las mismas, atribuyendo explícitamente la facultad de crearla, uniformando la aplicación de las leyes, al Tribunal Supremo.

Se entendía, pues, por *doctrina legal, ó doctrina de jurisprudencia*, la que con *repetición* y uniformidad sentaba el Tribunal Supremo en sus fallos cuando conociera de los recursos de casación, sobre algún punto ó tesis jurídico-legal, dando solución á cuestiones ó problemas más ó menos controvertidos.

Esto es lo que constituía la *jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en el sentido de *fuentes* del Derecho civil español, como ha sido considerada, y contra la cual no se reputaron lícitas resoluciones opuestas; pues la infracción de doctrina se estimó como motivo de casación.

Repetimos que esto no debe confundirse con aquellas decisiones del Supremo que son *singulares ó contradictorias*, pues en este caso no constituían *doctrina ó jurisprudencia*, y sí sólo antecedentes de ella, que pueden prosperar y formarla si se pronuncian otras iguales, ó destruirse por la adopción de doctrina repetida y contraria á la iniciada en el primer fallo; siendo, por tanto, lícito opinar contra estas sentencias singulares ó contradictorias.

(1) Las de Enj. civ., y las de Cas. civ., de 18 de Junio de 1870 y 22 de Abril de 1878.

§ 3.º

Jurisprudencia anterior al Código civil.

9. COSTUMBRE.—La costumbre, legalmente acreditada, deroga el fuero ó ley antigua anterior á ella; pero queda derogada por una ley ó costumbre posterior que la contradiga, conforme á la ley 6.ª, tít. 2.º, Part. I, y á la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1).

La ley 4.ª, tít. 2.º, Part. I, se limita á definir «qué cosa es costumbre e cuántas maneras son de ella», sin determinar ni tasar la prueba con que deben acreditarse las legislaciones especiales (2). Es decir, que puede justificarse la costumbre por los medios ordinarios de prueba.

Hay costumbre inmemorial cuando se verifican todos los requisitos y circunstancias que prescribe la ley 1.ª, tít. 17, lib. X, Nov. Rec. (3).

10. DOCTRINA LEGAL Ó JURISPRUDENCIA.—La doctrina legal admitida por la jurisprudencia de los Tribunales tiene fuerza de ley (4).

Es motivo de casación la infracción de la doctrina legal admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (5).

La jurisprudencia no la forma una sola resolución, sino por su misma naturaleza supone reiteradas resoluciones de idéntica especie (6).

Al citar como infringida doctrina legal, es necesario precisar cuál sea y á qué particular se refiere, y que «está admitida por la jurisprudencia de los Tribunales» (7).

Las doctrinas que se citan como infringidas sin hacer mención de su texto, ó sin más expresión que la de sus fechas y sin determinar los puntos de Derecho á que se contrae la supuesta infracción y el concepto en que se alegan, no deben ser tomadas en cuenta (8).

Los fallos del Tribunal Supremo deben servir de regla á los Jueces en casos análogos, sin que sea lícito á ningún Juzgado insistir en sus apreciaciones particulares, contrarias á la inteligencia y aplicación de la ley que fijó el Supremo de una manera preceptiva (9).

No tiene autoridad para formar doctrina legal la práctica de una sola Audiencia, ni mucho menos de una sola Sala (10).

No pueden invocarse como verdaderas doctrinas, dogmas abstractos de moralidad y justicia, sino las leyes que sean pertinentes, y la jurisprudencia donde concretamente se hallen dichos dogmas (11).

No puede servir de fundamento legal para la casación el invocar principios

- (1) Sents. 26 Septiembre 1860, 6 Junio 1867 y 7 y 30 Junio 1869.
- (2) Sent. 12 Octubre 1868.
- (3) Sent. 25 Junio 1867.
- (4) Sent. 9 Marzo 1859.
- (5) Sents. 12 Octubre 1860, 6 Junio y 18 Octubre 1863, 25 Enero y 16 Diciembre 1864, 13 y 21 Noviembre 1865 y 1.º Marzo 1867.
- (6) Sents. 30 Junio 1866 y 10 Febrero 1886.
- (7) Sent. 10 Febrero 1860.
- (8) Sents. 15 Diciembre 1860 y 8 Enero 1863.
- (9) Sents. 13 Septiembre 1860, 30 Enero y 28 Noviembre 1861.
- (10) Sents. 28 Noviembre 1863, 21 Junio 1864 y 3 y 30 Junio 1866.
- (11) Sent. 20 Junio 1863. Confirman esta doctrina y la establecida por las sentencias de la nota anterior, las de 21 Mayo 1859, 11 Febrero 1860, 10 Abril, 25 Septiembre y 11 Diciembre 1862 y 6 Octubre 1866.

abstractos de Derecho, porque su aplicación ha de combinarse con lo que las leyes y la jurisprudencia tienen establecido para casos concretos (1).

No son doctrinas de jurisprudencia las opiniones ó deducciones que abusivamente suelen formularse bajo la arbitraria denominación de doctrinas de Derecho ó jurisprudencia (2).

Tampoco lo son las establecidas por el Consejo de Estado (3); opiniones ó reglas que no sean conformes á principios consignados expresamente en las leyes, ó que estén en oposición directa con sus preceptos (4); ni, por último, las meras razones ó deducciones que con el supuesto nombre de doctrinas formulan las partes, sino las que directa y necesariamente emanan de la legislación y están adoptadas por la jurisprudencia de los Tribunales (5).

Cualquiera que sea el mérito de una obra de texto, su doctrina no puede invocarse como fundamento de un recurso de nulidad, por no autorizarlo la ley (6).

Las opiniones y doctrinas de autores y jurisconsultos, por muy autorizados que sean, no pueden tomarse en cuenta como motivo de casación, sino en cuanto estén fundadas en la ley ó en la jurisprudencia admitida por los Tribunales (7).

Las opiniones de jurisconsultos no pueden servir para fundar un recurso de casación, que sólo procede por infracción de ley ó de doctrina legal (8).

Las doctrinas de los comentaristas no tienen el carácter de doctrinas legales, ni puede fundarse en ellas el recurso de casación, que se da solamente por infracción de ley ó de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (9).

No puede tener aplicación para la resolución de un caso la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo al decidir otros distintos de aquel á que la jurisprudencia trate de aplicarse (10).

No se halla atribuida al Tribunal Supremo la misión de interpretar leyes y preceptos de legislaciones extranjeras, que es forzoso aceptar como cuestiones de hecho cuando fuese necesario para la aplicación del Derecho patrio (11).

(1) Sent. 16 Abril 1884.

(2) Sent. 25 Septiembre 1862.

(3) Sent. 22 Septiembre 1865. Se entiende que esto se refiere á los efectos de la casación civil, pero no á la jurisprudencia administrativa, que constituye las decisiones de aquel alto Cuerpo.

(4) Sent. 21 Mayo 1859.

(5) Sents. 10 Abril y 19 Diciembre 1862 y 6 Octubre y 22 Diciembre 1865.

(6) Sent. 11 Febrero 1860.

(7) Sents. 14 Marzo y 14 Diciembre 1861; 3 Febrero, 13 Mayo, 25 Septiembre y 28 Octubre 1862; 13 Abril, 12 y 21 Junio 1864, 30 Diciembre 1865, 5 Febrero y 30 Junio 1866, 16 y 30 Diciembre 1867, 23 Junio 1868 y 13 y 27 Octubre 1873.

(8) Sents. 24 Marzo 1882 y 9 Mayo 1884.

(9) Sent. 25 Febrero 1885.

(10) Sents. 5 Enero, 21 Junio, 24 y 27 Septiembre 1867, 8 Julio 1871, 27 Febrero, 28 Septiembre y 15 Octubre 1872.

(11) Sent. 19 Noviembre 1904.