

L'aplicació judicial del Codi Civil de Catalunya

L'aplicació judicial del Codi Civil de Catalunya

Institut de Dret privat europeu i comparat
Universitat de Girona
(Coord.)



Documenta
Universitaria

Dades CIP recomanades per la Biblioteca de la UdG

CIP 347(467.1) APL

L'Aplicació judicial del Codi Civil de Catalunya / Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona (coord.). -- Girona : Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona : Documenta Universitaria, 2023. -- 1070 pàgines ; 23 cm
Conté: El papel de la jurisprudencia: tradición y derecho catalán contemporáneo / Jesús Delgado Echeverría ...
ISBN 978-84-9984-672-0

I. Delgado Echeverría, Jesús. Papel de la jurisprudencia: tradición y derecho catalán contemporáneo II. Universitat de Girona. Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona 1. Dret civil -- Legislació -- Catalunya 2. Catalunya. Codi civil

CIP 347(467.1) APL



No es permet un ús comercial de l'obra original ni la generació d'obres derivades per altres persones que no siguin les propietàries dels drets. És la llicència més restrictiva ja que només permet que altres persones es descarreguin l'obra i la comparteixin amb altres sempre i quan en reconeguin l'autoria, però sense fer-ne modificacions ni ús comercial.

© dels textos: els seus autors

© de l'edició: Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona

© de l'edició: Documenta Universitaria

ISBN primera edició: 978-84-9984-659-0

Segona edició, ampliada, revisada i actualitzada als RDL 5/2023 i 6/2023.

ISBN: 978-84-9984-672-9

DOI: 10.33115/b/9788499846729

Girona, 2024

Les Vint-i-dosenes Jornades han estat organitzades per l'Institut de Dret privat europeu i comparat de la Universitat de Girona, en col·laboració amb l'Ajuntament de Tossa de Mar i el suport de:

Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, Drets i Memòria

Universitat de Girona

Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya

Col·legi Notarial de Catalunya

Facultat de Dret UAB (Deganat)

Facultat de Dret UB (Deganat)

Facultat de Dret UdG (Deganat)

Col·legi de l'Advocacia de Girona

Col·legi d'Advocats de Terrassa

Col·legi de l'Advocacia de Figueres

Sumari

Primera ponència **El paper de la jurisprudència** **en el dret civil català actual**

El papel de la jurisprudencia: tradición y derecho catalán contemporáneo	11
Jesús Delgado Echeverría	
La creación de la norma jurisprudencial y los tribunales superiores de justicia. El diálogo entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia.....	44
Francisco de P. Blasco Gascó	
La sentència del tribunal d'instància com a objecte cassacional.....	109
Francisco Javier Pereda Gámez	
Tècnica cassacional i accés al TSJC.....	160
Joaquim Bayo Delgado	

Segona ponència **L'aplicació judicial del Codi Civil de Catalunya**

Llibre primer del Codi Civil de Catalunya

Principales líneas jurisprudenciales del TSJC en materia de prescripción y caducidad	206
Fernando Lacaba Sánchez	

Alguns problemes de l'aplicació de les normes del CCCat en matèria de prescripció. Èmfasi especial en el camp de la responsabilitat civil	263
Sonia Ramos González	

Llibre segon del Codi Civil de Catalunya

Jurisprudència del llibre segon del Codi Civil de Catalunya.....	306
Maria Eugènia Alegret Burgués	

Adquisicions oneroses i titularitats dels cònjuges en el règim de separació de béns i dels convivents en parella estable*	354
Albert Lamarca i Marquès	

L'actualització del dret de filiació a la llum de la jurisprudència	448
Esther Farnós Amorós	

Llibre quart del Codi Civil de Catalunya

Sucesión contractual e intestada: práctica notarial, experiencia jurisprudencial y doctrina de la DGDEJM	513
Jesús Gómez Taboada	

La sucesión testada en Catalunya: práctica notarial, jurisprudencia y doctrina de la DGDEJM.....	542
Pablo Vázquez Moral	

Jurisprudència sobre la transmissió de la delació. Els seus efectes civils, fiscals i registrals.....	622
Enrique Peruga Pérez	

Llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya

- La jurisprudència sobre el libro quinto del CCCat.....654**
Antonio Recio Córdoba
- La jurisprudència sobre l'ús turístic dels habitatges
al llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya694**
Esther Sais Re
- El pacte comissori en la jurisprudència del Tribunal
Superior de Justícia de Catalunya712**
Rosa Milà Rafel
- La revisió judicial de les resolucions de la Direcció
General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació752**
Miriam Anderson

Llibre sisè del Codi Civil de Catalunya

- La primera experiència en l'aplicació judicial del nou
llibre sisè del Codi civil de Catalunya816**
Jordi Seguí Puntas

Comunicacions

- La reforma de la casación civil: efectos sobre la casación
civil autonómica846**
José-Ramón García Vicente
- La prescripció de la pretensió al pagament de les despeses
de la comunitat de propietaris863**
Tomàs Gabriel García-Micó
- Barreres arquitectòniques i comunitats de propietaris:
anàlisi de l'aplicació judicial de l'art. 553-25.5 CCCat876**
Guillem Izquierdo Grau

El usufructo con facultad de disposición: su desarrollo por la jurisprudencia en Cataluña	909
M ^a Patricia Represa Polo	
Desheretament per absència de relació familiar: la interpretació de les audiències provincials de Barcelona i Tarragona.....	935
Rosa M. Garcia Teruel	
El Dret català de contractes: del Dret <i>aplicable</i> al Dret <i>aplicat</i>	967
Lídia Arnau Raventós	
L'aplicació del règim de la conformitat del Codi civil de Catalunya per les Audiències Provincials	985
Roger Barat i Rubio	

El papel de la jurisprudencia: tradición y derecho catalán contemporáneo

Jesús Delgado Echeverría

Catedrático de Derecho civil, jubilado

Profesor honorario de la Universidad de Zaragoza

Sumario

1. Tranco primero: *Hacia 1871*
2. Tranco segundo: *Hacia 1921*
3. Tranco tercero: 1971. II Congrés Jurídic Català
4. Tranco cuarto: 2023

1. Tranco primero: *Hacia 1871*

«La jurisprudencia es la *ciencia del derecho*. El emperador Justiniano, siguiendo la escuela filosófica de los jurisconsultos romanos, la definió más pomposamente. Es, según sus palabras, *la ciencia de las cosas divinas y humanas, el conocimiento de lo justo y de lo injusto*. Esto equivale a decir: que la jurisprudencia es la filosofía de lo justo. Grande es la extensión de esta ciencia, porque comprende cuanto regulan las leyes; las cosas de derecho divino, las humanas, los derechos, las obligaciones, y para decirlo de una vez, se extiende a cuanto encierra la idea de lo justo y de lo injusto».

1.1. Este párrafo procede de los *Prolegómenos del Derecho* escritos por Pedro Gómez de la Serna, publicados por primera vez en 1845 y por sexta y última en 1871, año de la muerte de su famoso autor, en ese momento (desde 20 de julio de 1869) Presidente del Tribunal Supremo.¹ Jurisprudencia es la ciencia del Derecho. La definición de Justiniano la aprendíamos de memoria en latín (tal como estos Prolegómenos transcriben en nota a pie de página, con cita exacta de las Instituciones) los estudiantes de Derecho

1 Y buen conocedor de los tribunales y su práctica. Es el autor de la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855 y la de la Ley hipotecaria de 1861, por encargo de sus compañeros de la Comisión de Códigos. Había sido Ministro con Espartero. RUIZ BALLÓN, A. (2021). GÓMEZ DE LA SERNA Y TULLY, PEDRO. *Diccionario de Catedráticos españoles de Derecho (1847-1984)*. <https://humanidadesdigitales.uc3m.es/s/catedraticos/item/14850>. RUIZ BALLÓN, ANTONIO, PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA (1806-1871). *Apuntes para una biografía jurídica*, Madrid 2013, 353 p.

en la segunda mitad del siglo xx; ignoro si hoy la conocen los graduados del xxi.²

Jurisprudencia es la ciencia del Derecho. Por eso, de acuerdo con el mismo Decreto de 1 de octubre de 1842 que introdujo la asignatura de *Prolegómenos*, «las facultades académicas de leyes y de cánones se refunden en una sola, tomando el nombre de facultad de jurisprudencia». De modo que estos *Prolegómenos* vienen a definir la jurisprudencia como la ciencia que se estudia en aquella facultad que confiere el grado de licenciado a quien ha concluido la «carrera literaria del abogado». Jurisprudencia sería la ciencia del abogado, la que este estudia en la Universidad. Su facultad mantuvo el nombre de Jurisprudencia hasta la ley Moyano (1857) que le dio el de Derecho con que seguimos conociéndola.

Es obvio que en el contexto de estas vigésimo segundas Jornadas de Derecho catalán en Tossa, dedicadas a *La aplicación judicial del Código Civil de Cataluña*, Jurisprudencia es algo así como aplicación judicial de la ley, la práctica o la doctrina de los tribunales. Algo muy distinto, aunque no sin relación con aquel concepto.

«Modernamente se ha dado a la palabra jurisprudencia una acepción desconocida antes, empleándola para significar el derecho no escrito que viene reconocido por los fallos de los tribunales, aplicando e interpretando la ley, o supliéndola en sus omisiones. En este sentido va tomando mayor ampliación de día en día. Así vemos que se da el nombre de jurisprudencia a la práctica seguida constantemente por el Parlamento en una materia determinada, y que lo mismo se va haciendo con las prácticas de la Administración.»

Este párrafo lo añade Gómez de la Serna en su edición de 1868. En las anteriores (y se mantiene en todas), en otro lugar (p. 130 de la 5ª), al tratar de

2 Estos *Prolegómenos* se escribieron para una nueva asignatura introducida en una reorganización del plan de estudios producida por Decreto de 1 de octubre de 1842. Sirvieron, en efecto, de libro oficial de texto, prescrito en las listas ministeriales desde 1846 a 1867, último año en que las hubo y, posiblemente, hasta algo más tarde. El mismo autor se precia de que, en su primera edición, «la mayor parte de las Universidades lo adoptaron por texto de sus lecciones». Hubo otros textos de *Prolegómenos*, pero ninguno alcanzó ni de lejos el éxito del escrito por el catedrático, ministro, fiscal y presidente del Supremo en el sexenio revolucionario. Incluso llegó al otro lado del Atlántico (es una historia muy descuidada entre nosotros la de las obras de derecho de autores españoles impresas en las repúblicas hispanas independizadas y que fueron objeto de estudio en sus Universidades), reimpressa en Bogotá en 1868 (de la tercera edición de Madrid, 1865), como «Texto adoptado por la Universidad de los Estados Unidos de Colombia».

la interpretación, cuyas fuentes serían la costumbre, la doctrina y la equidad, escribe: «Bajo el nombre de *práctica de los tribunales* comprendemos lo que suelen llamar los autores *interpretación usual*», que considera una forma de costumbre y, por lo tanto, ley general, «cuando la repetición de sentencias semejantes en casos semejantes señala un modo unánime de entender la ley a los que están encargados de la administración de justicia». Advierte que es «más difícil fijar esta costumbre que la que dimana del pueblo» y, tras algunas otras consideraciones, termina: «Ya en otro lugar hemos dicho que a esta práctica se la da modernamente el nombre de *jurisprudencia*». Modernamente, ¿desde cuándo? Porque esta coletilla que equipara *jurisprudencia* con *práctica de los tribunales* e *interpretación usual* es, en los *Prolegómenos*, también novedad de la edición de 1868.

1.2. En 1873 se imprime en Barcelona una obra muy especial, titulada *Memoria sobre las fuentes de conocimiento y método de enseñanza de la asignatura de ampliación del derecho civil y códigos españoles, presentada por Don José María Planas y Casals, para tomar parte en los ejercicios de oposición anunciados para la provisión por este medio de dos cátedras de dicha asignatura, vacantes en las facultades de derecho de las universidades de Barcelona y Oviedo*.³

Su autor, en efecto, ganó la primera plaza, la de Barcelona.⁴

3 Barcelona. Establecimiento tipográfico de Jaime Jesús Roviralta, Calle de Petritxol, número 10, bajos. 1873. Parece que su autor hizo la impresión de la Memoria con la finalidad de presentar ejemplares al Tribunal que debía juzgarla: «el cual [trabajo] nos permitimos dar a la prensa, al único objeto de facilitar su lectura, de otra suerte muy difícil, dada su extensión y condiciones» «a los ojos de los dignos individuos del tribunal de censura». Las prisas de la ocasión explicarían la falta de índice, extraño en una obra impresa con cuidado y sin reparar en gastos (notas al pie, sumarios o titulillos marginales en muchos de sus capítulos). Mientras que de las obras de madurez de José María Planas se conocen ejemplares en más de una veintena de bibliotecas en todo el mundo, de la *Memoria* solo conozco el ejemplar digitalizado de la biblioteca de la Universidad Complutense. Este lleva en una de las páginas de cortesía la dedicatoria autógrafa del autor «Al Sr. Domingo Ramón Domingo de Morató», que era en efecto el Presidente del Tribunal de oposiciones que le otorgó la primera plaza (la segunda, la de Oviedo, se la llevó Mariano Ripollés tras ganar un recurso contra la no provisión por empate a votos). Tribunal de lujo (Vocales: Benito Gutiérrez, Augusto Comas, Gumersindo Azcárate, Benigno Cafranga Pando, Salvador Torres Aguilar, Francisco Sales Jaumar; Secretario: José Manuel Piernas) que, dada la coyuntura política, no se formó hasta el año 1874.

4 HERNANDO SERRA, M. P. (2021). PLANAS Y CASALS, JOSÉ MARÍA. *Diccionario de Catedráticos españoles de Derecho (1847-1984)*. <https://humanidadesdigitales.uc3m.es/s/catedraticos/item/16744>; JOAN PALOMAS I MONCHOLÍ, en Real Academia de la Historia, *Diccionario Biográfico electrónico*, <https://dbe.rah.es/biografias/61511/jose-maria-planas-y-casals>.

Al estudiar las fuentes de conocimiento del derecho civil español, señala en primer lugar los Códigos y en segundo las obras o escritos de los jurisconsultos. Y añade: «Esto en general, pues en nuestro país y circunscribiéndonos al derecho civil, que es el que ahora nos importa, no cabe prescribir (sic., por prescindir) de otra fuente de conocimiento que viene por su naturaleza a ocupar un lugar intermedio entre los Cuerpos legales y las obras de los jurisconsultos, y esta es *la llamada Jurisprudencia civil contenida en los fallos del Tribunal Supremo de Justicia*, de que nos será preciso ocuparnos en segundo lugar».

Pero jurisprudencia es término que comparece también en su Memoria con el viejo sentido de ciencia del derecho (jurisprudencia civil y canónica, jurisprudencia patria, p. 111; jurisprudencia nacional, p. 132).

Nos interesa aquí en especial el tratamiento que Planas da a las fuentes del conocimiento de los Derechos «que son propios de cada uno de los varios territorios que conserven hoy día su peculiar legislación civil», que son los de «Cataluña, Aragón, Navarra, Vizcaya y Mallorca»; muy en particular, lo que dice sobre «jurisprudencia» en el Derecho catalán.

En estas fechas, ya había tenido ocasión el Tribunal Supremo de ocuparse de asuntos de importancia para el Derecho catalán, y los autores catalanes de dar cuenta de ello.⁵ En primer lugar, el Tribunal se había pronunciado sobre el Derecho vigente en Cataluña que él debía aplicar en concepto de Derecho supletorio. Desde la S. de 12 de diciembre de 1862, el TS entendió que, de acuerdo con el Decreto de Nueva Planta (Novis. Rec., 5, 9, 1), estaba vigente la Ley única, título 30, l. 1º, vol. 1º, de las Constituciones y otros derechos de Cataluña, según la cual «en los casos no prevenidos por los dichos usages, constituciones y otros derechos, deban decidir las causas según las disposiciones del derecho canónico, y en falta de este del civil y doctrinas de doctores; y que no las puedan decidir y declarar por equidad, si no es que sea regulada y conforme a las reglas del derecho común y las que refieren los doctores sobre materias de equidad». Pero, al decir de Planas (p. 187), «la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo

5 Así, por ejemplo, la segunda edición de Vives y Cebriá en 1861 (la primera era de 1834), está «acomodada a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo sobre algunas materias», como indica Planas (1873, p. 254), de quien es también la observación de que la obra de Vives, a pesar de los muchos inconvenientes que le señala, «es la única de consulta de que se echa mano en Cataluña, y sus doctrinas son invocadas a cada instante en sus Tribunales».

sobre el derecho supletorio de Cataluña presenta un notable carácter de inconsecuencia, de vacilación y de vaguedad», lo que, si bien «tiene una perfecta, aunque sensible, explicación en la movilidad extraordinaria de sus individuos», aumenta las dudas y confusiones que existen sobre el verdadero derecho supletorio de Cataluña. El efecto, el Tribunal empieza por eliminar del derecho supletorio las opiniones de los doctores (los autores catalanes que se ocupen de las especialidades no legisladas de su derecho, especifica Planas), que ahora solo podrán invocarse en casación cuando viniesen confirmadas uniformemente por la jurisprudencia de los Tribunales (Ss. 4 mayo 1859, 5 febrero 1866 y 30 diciembre 1867). La infracción de la «jurisprudencia de los Tribunales» debía servir como fundamento del recurso de casación según la primera ley de enjuiciamiento civil, la de 1855, y encauzar la doctrina de los autores catalanes a través de esta jurisprudencia de los Tribunales podría ser una de las consecuencias de la aprobación de la ley procesal que había de aplicarse en toda España. La Audiencia de Barcelona citaba doctrina de autores catalanes antiguos. Pero muy pronto el Tribunal Supremo declaró que «doctrina de los Tribunales», dijera lo que dijera la Ley, era solo la construida por el mismo Tribunal Supremo.⁶

Doctrina legal, recurso de casación y Tribunal supremo⁷ se constituyeron en el restringido triángulo en que podía existir la jurisprudencia. Residenciar la jurisprudencia exclusivamente en el Tribunal Supremo servía al fin de «unificación de la jurisprudencia de los Tribunales», que se ve reforzada por

6 El art. 1012 de la ley de Enjuiciamiento civil que empezó a regir en 1.º de Enero de 1856 decía: «el recurso de casación puede fundarse en que la sentencia sea contra ley o contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales», con lo que parecía claro que el legislador de entonces se quiso referir, al utilizar el plural, también a la jurisprudencia sentada por las Audiencias. El art. 1015 precisaba, utilizando las mismas palabras, que «La Sala primera conocerá de los que se funden en que la sentencia sea contra ley, o contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales»; pero el siguiente 1016, quizás para acortar, se expresaba así: «Si el recurso se hubiere interpuesto por ser el fallo contra ley o doctrina legal, y a la vez...», lo que daba pie para entender que «doctrina legal» era la «doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales». Pero siempre Tribunales en plural.

7 «Doctrina legal, doctrina jurisprudencial y Tribunal Supremo» son los tres polos que, según Coca, constituyen el esqueleto básico de su monografía (Miguel COCA PAYERAS, *La doctrina legal (Estudio de su naturaleza y contenido, así como de la incidencia ejercida sobre ella por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo)*, Bosch Casa editorial, Barcelona, 1980, p. X).

la publicación oficial de las Sentencias del Tribunal Supremo en la Gaceta de Madrid, primero en la parte «no oficial» pero, desde 1845, en la «parte oficial», recibiendo así «el carácter oficial tan propio de sentencias dictadas en último grado, y tan preciso para formar reglas de jurisprudencia» (de la Real Orden de 27 de mayo de 1845).⁸ Al año siguiente (Real Orden 6 de marzo de 1846) se ordena publicar las sentencias del Tribunal Supremo de justicia en la Colección legislativa de España, junto a las leyes, decretos, reales órdenes y reglamentos, y a las decisiones del Consejo Real, lo que da pie a Planas para afirmar que «la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido considerada por el poder público como parte de la legislación del país».⁹

Consecuencia importante (¿o, más bien, causa?) ha sido la tendencia del Tribunal Supremo a unificar el Derecho civil en España. La jurisprudencia no es «propia y peculiar de una sola localidad de nuestra patria, como sucedía con los cuerpos legales estudiados en el anterior capítulo. Todas las distintas legislaciones que en lo civil existen en la Nación, todas ellas han sido completadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo», que es «lazo de unión entre las diversas legislaciones civiles de nuestra patria, a cuya unificación se encaminan siempre sus fallos, en la medida que lo permite la índole especial de los negocios judiciales».¹⁰

«Unificar la jurisprudencia» se convertía en la finalidad o función principal del recurso de casación civil en un país sin código civil, para lo que el Tribunal Supremo empezaba por fijar autoritariamente los cuerpos legales y las normas vigentes en cada uno de los territorios hasta formar órdenes de prelación de fuentes (listas ordenadas de cuerpos legales históricos), precedidas siempre por las promulgadas en los últimos tiempos para toda España (derecho común, derecho general, siempre discutida la terminología). Primero y más difícil, para el Derecho castellano (¿Estaban vigentes los fueros locales? ¿Qué hacer con el Fuero Juzgo? Incluso fue cuestión decidida por el Tribunal Supremo qué edición impresa de las Partidas era preferible); luego, para las cinco legislaciones especiales (Planas evita decir Derechos forales, y no es el único), que Planas ordena en el orden de importancia según su

8 MIGUEL COCA PAYERAS, *La doctrina legal (Estudio de su naturaleza y contenido, así como de la incidencia ejercida sobre ella por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo)*. Bosch, Casa editorial, Barcelona, 1980, pp. 34-35.

9 PLANAS, 1873, p. 224).

10 PLANAS, 1873, p. 225.

apreciación: Cataluña, Aragón, Navarra, Provincias vascongadas (Vizcaya) y Mallorca. El Derecho valenciano (que a veces aparece en los planes de estudios de la licenciatura) está derogado. Nadie menciona a Galicia.

La unificación de la jurisprudencia y de las diversas legislaciones civiles de nuestra patria a que se encaminan siempre los fallos del Tribunal Supremo opera especialmente mediante la aplicación de leyes generales que fueron concebidas las más de las veces teniendo en cuenta únicamente las normas y prácticas del derecho castellano. Desde los Decretos de las Cortes de Cádiz sobre abolición de señoríos (1811) o de acotamiento de heredades (1813), pasando por leyes de abolición de mayorazgos (1820), de bienes mostrencos (1835) o de gracias al sacar (1838), todas tuvieron alguna incidencia en las legislaciones especiales, pero fue la primera ley de enjuiciamiento civil (1855), precisamente aquella en que se apoyó el TS para su «autoelevación de rango»,¹¹ la que incidió más profundamente en las legislaciones civiles especiales, por lo mismo que contiene muchas disposiciones de derecho civil. Cosa comprensible esta, dada la ausencia de Código civil y la diversidad de prácticas en los Tribunales, pero que evidenció la anomalía de que una ley de enjuiciamiento modificara instituciones de derecho civil y, así, del Derecho catalán, en términos siempre discutidos sobre los que el Tribunal Supremo decía la última palabra unificadora (disposiciones sobre abintestatos, testamentos y desahucios, retractos y sus plazos, tutela y curaduría y su incidencia sobre la madre viuda, adveración y apertura de testamentos, venta de bienes de menores o incapacitados...).

Es evidente la incidencia de la ley hipotecaria de 1861, que Planas, registrador de la propiedad cuando escribe su Memoria considera «la más perfecta y notable de las que existen en nuestra legislación»;¹² de la Ley del notariado de 1862, la de matrimonio civil de 1870 (que se aprobó «sin perjuicio además de lo que se dispone por el Derecho foral vigente, respecto a los efectos civiles del matrimonio, en cuanto a la persona y bienes de los cónyuges y de sus descendientes»), y las del registro civil y sobre los efectos de la pena de interdicción civil de la misma fecha.

Cuando en España los juristas empiezan a interesarse profesionalmente por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, bajo el concepto de «doctrina legal» cuya infracción sirve para fundar recursos de casación,

11 COCA, *Doctrina legal*, pp. 24 y 32.

12 PLANAS, 1873, p. 159. Planas fue registrador, por oposición, en Villanueva y la Geltrú, del 21 de mayo de 1872 hasta el 4 de julio de 1874, fecha de la toma de posesión de su cátedra.

y las sentencias motivadas de este Tribunal se publican en la Gaceta de Madrid y en la Colección legislativa, los juristas catalanes tienen fuertes motivos para estudiarla y también para temer cómo puede incidir en la aplicación del Derecho propio. La función unificadora de la jurisprudencia del Tribunal Supremo es explícita y se desarrolla en el recurso de casación en un contexto legal en que no hay código civil y los cuerpos legales históricos vigentes son de difícil acceso, no sólo intelectual, sino ya físicamente, porque hay pocos ejemplares para ser consultados.

Para los juristas catalanes, uno de los puntos más importantes es la fijación del derecho supletorio. El Tribunal Supremo acepta el derecho canónico y el romano, pero no, en definitiva, la doctrina de los autores (antiguos, de los coetáneos no hay cuestión), que en determinado sentido era la verdadera «jurisprudencia» (ciencia y práctica) del Derecho civil catalán. La admisión de la doctrina de los autores cuando estuviera recogida en sentencias de los tribunales (y, ya en la Lec. 1881, las opiniones de los jurisconsultos a que la legislación del país diera fuerza de ley)¹³ abría paso teóricamente a la consideración de la doctrina sentada en sus sentencias por la Audiencia de Barcelona (que podía considerarse sucesora de la Audiencia real y del *Sacrum Senatum Cathaloniae*, a la manera que el Tribunal Supremo sucesor del Consejo de Castilla) como jurisprudencia. Pero el Tribunal Supremo no entendió en este sentido el art. 1729.10 Lec., y estas sentencias de la Audiencia de Barcelona (lo mismo que las de las demás Audiencias) no se publicaban oficialmente.

2. Tranco segundo: *Hacia 1921*

2.1. José María Planas falleció en 1923, a los cincuenta años de la publicación de su Memoria de cátedra. Sus enseñanzas en las aulas fueron recogidas y publicadas varias veces por sus discípulos y, tras su muerte, con el título de *Derecho civil español común y foral*, para que el lector pudiera encontrar en esta obra, dice su editor y anotador, «el pensamiento del

13 Ley de enjuiciamiento civil de 1881, art. 1729.10. (no habrá lugar a la admisión del recurso de casación) «Cuando se citen como doctrina legal principios que no merezcan tal concepto o las opiniones de los Jurisconsultos a que la legislación del país no dé fuerza de ley».

eminente Profesor, sobre temas tan trascendentales como los que plantea el Derecho civil en general, y por modo especial en Cataluña».¹⁴

Cataluña (también, aunque menos, el resto de los países con legislación propia) está presente en esta obra al tratar de cualquiera de las instituciones de Derecho civil. Por lo que aquí nos interesa, aparece de manera característica en los epígrafes de jurisprudencia y de la doctrina legal en el capítulo de fuentes del derecho (I, p. 93 ss). La jurisprudencia, que tiene en la práctica muchísimo valor, es verdaderamente «las opiniones y resoluciones de los jurisconsultos y las sentencias de los tribunales». Esta jurisprudencia tuvo gran valor antiguamente, «sobre todo en Cataluña, donde tenían fuerza las opiniones de los jurisconsultos y las sentencias de la antigua Audiencia Catalana, sobre las que basan los grandes estudios de aquellos. En menor grado acontece lo mismo en Aragón. En Castilla tuvieron poca importancia [...]». Aunque el Tribunal Supremo comenzó reconociendo el valor de las sentencias de la antigua Audiencia y la doctrina de los doctores en Cataluña, hoy ya no es así. Sólo las sentencias del Tribunal Supremo se publican coleccionadas, en cambio «no constituyen jurisprudencia, ni se encuentran coleccionadas gran parte de ellas, las sentencias de los demás Tribunales». Aquí el que fue primer director de la Revista Jurídica de Cataluña nos recuerda que los fallos de la Audiencia de Barcelona sí se insertan en la revista que él dirigió.¹⁵

La impronta de José María Planas y Casals en esta atención continuada e institucional a la jurisprudencia (y a la «pequeña jurisprudencia») es decisiva. En 1895 eligió como tema de su discurso de inauguración de las sesiones de la Academia de jurisprudencia y legislación de Barcelona, como presidente de la misma, «La jurisprudencia en sus relaciones con la

14 PLANAS Y CASALS, JOSÉ MARÍA, *Derecho civil español común y foral*, según las explicaciones dadas en la Universidad de Barcelona por ..., Publicadas y anotadas por el Dr. D. Mariano Rubió y Tudurí. Dos tomos, Librería Bosch, Barcelona, 1925.

15 Cien años más tarde, en 2023, el Portal de la Revista Jurídica de Cataluña, al informar del proceso de renovación de la edición digital, nos recuerda que «La RJC publica 9 números anuales (4 de doctrina y 5 de jurisprudencia). Cada trimestre se publica 1 número de doctrina y 1 de jurisprudencia. Además, al acabar el año se publica un número adicional con la jurisprudencia del TSJ en materia civil». Para los juristas catalanes, las sentencias de sus Audiencias, la «pequeña jurisprudencia», ha tenido a lo largo del tiempo una presencia muy intensa en su práctica profesional, probablemente superior a la que le ha correspondido en otras partes de España. Más de 125 años de jurisprudencia en la RJC lo mostrarían.

legislación civil».¹⁶ Ese mismo año creará la Revista Jurídica de Cataluña, de la que será su primer director, con la finalidad, entre otras, de publicar las sentencias de la Audiencia de Barcelona.¹⁷

En este discurso de 1895 explica que el Tribunal Supremo, con fundamento en las leyes de enjuiciamiento de 1855 y de 1881 e infringiéndolas, se había constituido en el único exponente de la «doctrina legal», con lo que resultaban «malamente descartados los importantes y respetables fallos de las Audiencias y la doctrina por ellos admitida» (p. 17).

Enlaza de inmediato con otro lamento común en los juristas catalanes de la época. «No ha sido más venturosa, por cierto, la suerte que le ha cabido en nuestros días a otro un tiempo esplendoroso y respetado elemento de la jurisprudencia nacional: nos referimos a las doctrinas de los jurisconsultos». A este tema dedica varias páginas, primero para recordar con cierto detalle a los jurisconsultos romanos, luego, tras una referencia a Savigny, para criticar las leyes de citas castellanas y constatar que allí las opiniones de los jurisconsultos no tienen más valor que el que nace de las razones y fundamentos en que las apoyan y de la respetabilidad del que las emite.

«De modo harto distinto pasaron las cosas en Cataluña» (p. 26). Aquí «en las decisiones del Senado (Audiencia) influyen por modo notable las opiniones de los jurisconsultos y a su vez éstos fundamentan sus opiniones en los fallos de aquel respetable Tribunal, viniendo ambos elementos de jurisprudencia a confundirse y a formar parte, en cierto modo, de la legislación del país».

Recuerda de seguido (con figura de preterición): «Inútil recordar, por lo conocidos, los nombres de los grandes jurisconsultos catalanes que o

16 *La jurisprudencia en sus relaciones con la legislación civil*. Discurso leído por d. José María Planas y Casals, presidente de la Academia de jurisprudencia y legislación de Barcelona en la sesión pública inaugural de sus sesiones el día 9 de enero de 1895. Barcelona, J. Cunill, 1895.

17 El discurso tuvo eco fuera de Cataluña. Una reseña que entra atinadamente en el fondo del asunto se publicó en la *Revista de Derecho y Sociología (Una revista de vanguardia para el pensamiento jurídico hispano)*, año I, núm. 2 (febrero de 1895, p. 273), fundada y dirigida por Adolfo Posada. La firma el aragonés Juan Sala Bonañ (que añade una pincelada sobre Derecho aragonés y la admisión del testamento de hermandad), que ese mismo año ganó la cátedra de Derecho político de la Universidad de Valladolid, pero, enfermo de tuberculosis, falleció antes de poder tomar posesión de la misma. La serie completa de la revista ha sido publicada por Analecta editorial y Fundación Lázaro Galdeano en 2014.

formando parte de la Audiencia, o como comentaristas de sus decisiones, o con ambos conceptos a la vez, a tanta altura elevaron los estudios jurídicos en nuestro país. Callís, Marquilles, Peguera, Serra, Mieres, Miguel Ferrer, Oliva, Cancer, Fontanella, Xammar, Ramón, Cortiada, Calderó, Ripoll, Francisco Ferrer, Despujol, Solsona, Tristany, Vilaplana y tantos otros, fueron los que crearon en realidad aquel hermoso cuerpo de jurisprudencia catalana».

Hace algunos años, las obras de nuestros jurisconsultos clásicos nunca dejaban de consultarse, de modo que «sin Cancer y Fontanella, sobre todo, a la vista, ni siquiera se concebía el ejercicio de la profesión». Tales libros han sido arrumbados por el vendaval de la jurisprudencia civil, pues el Tribunal supremo recibió con hostilidad manifiesta este tradicional elemento de la legislación de Cataluña (en los términos que el propio Planas ya había expuesto en su Memoria de cátedras más de veinte años antes), al admitirlo con la condición imposible «sino cuando consta que han sido uniforme y constantemente aplicadas por los Tribunales de aquel territorio».

Termina recordando que el fin con que se ha establecido la casación ha sido, «el de uniformar la jurisprudencia, el de darle la conveniente unidad, siendo un centro único, con el nombre de Tribunal de Casación o Tribunal Supremo, el que la fijase».

«Bien está y sólo ventajas puede producir tal principio, en aquellos países donde hay unidad de legislación civil; pero en el nuestro donde tal unidad no existe, y donde por el modo de ser de cada una de las legislaciones en su seno existentes, cada comarca de derecho especial tenía sus tradiciones de doctrina y de jurisprudencia; esta concentración a que la casación responde, había de producir grandes inconvenientes, por el peligro, desgraciadamente traducido en hechos, según veremos luego, de que no reemplazara con ventaja los organismos que destruía y, sobre todo, de que aspirara la jurisprudencia a sobreponerse a la misma legislación» (pp. 36-37).

Concluye pidiendo a la Academia que ayude a «conseguir de los poderes públicos que se realice con la debida justicia, la formación del Apéndice del Código civil que ha de contener la legislación especial de Cataluña, tal como tiene indisputable derecho a poseerla y sin para nada tenerse en cuenta las perturbaciones que en ella ha introducido la jurisprudencia».

Poco antes había exhortado a «huir de exageraciones, que por patrióticos que sean los móviles que las inspiran, al fin sólo conducen a debilitar la causa en que se emplean; sin actitudes de protesta y de intransigencia, que a la postre y ante la ineludible necesidad de rendir a la ley el debido

acatamiento, sólo vienen a producir el abandono de los mismos intereses, cuya defensa se pretende».

2.2. José María Planas (como su hermano Manuel) militaba en el partido conservador, refractario a los planteamientos federales o confederales del Memorial de Greuges encabezado por Almirall, o a las posteriores y nacionalistas Bases de Manresa.

En estos documentos, además de un órgano legislativo propio, se exige asimismo Tribunales propios.¹⁸

Así, en el *Memorial de Greuges* (1885), al final de la conclusión 8ª y última sobre el estado de la legislación catalana, se lee:

«[E]n las regiones de derecho civil particular podría haber tribunales que, por su organización y calidades de sus individuos, ofrecieran garantía segura de la exacta aplicación de la legislación regional. Para hacer más fructífera esta reforma, deberían asimismo reorganizarse las facultades de derecho en las universidades, de manera que las diferentes legislaciones regionales fueran debidamente estudiadas y conocidas.»¹⁹

Más directas y pormenorizadas las pretensiones de las *Bases de Manresa* de 1892 (Base 8.ª).

«El poder judicial se organizará restableciendo la antigua Audiencia de Cataluña; sus presidente y vicepresidente nombrados por las Cortes constituirán la suprema autoridad judicial de la región y se establecerán los tribunales inferiores que fueren necesarios, debiendo fallarse en un periodo de tiempo determinado y en última instancia dentro de Cataluña todos los pleitos y causas. Se organizarán jurisdicciones especiales como la industrial y la comercial. Los funcionarios del orden judicial serán responsables.»

Con diversos matices, según épocas y opciones políticas, la exigencia o el deseo de Tribunales propios estaban muy extendidos en la abogacía y los ambientes jurídicos catalanes. Una manifestación especialmente fuerte de

18 Y el libre uso en el foro de la lengua catalana. Así, en la Presentación del Memorial de Greuges (Labros, 1885): «No podemos usar nuestra lengua más que en nuestros hogares y en conversaciones familiares: desterrada de las escuelas, lo ha sido más tarde de la contratación pública y también de los tribunales, en los cuales muchas veces, y por muy ilustrados que sean, ni los jueces entienden a los testigos y procesados, ni éstos entienden a los jueces».

19 La Comisión redactora estaba formada por Joan Permanyer y Ayats, Domingo Sanromá, Joseph Roca y Galés, Francisco Romaní y Puigdemongas. Fernando de Camps, Joseph Pella y Forgas. Valentí Almirall.

esta exigencia vemos en el discurso del siguiente presidente de la Academia, Joan Permanyer y Ayats, catedrático de Historia del Derecho (coetáneo de J. M. Planas y compañero de Facultad), miembro de la comisión redactora del *Memorial de greuges* y ponente de las Bases de Manresa.²⁰

«Ni bastaría tampoco que se estableciera en Cataluña una Comisión de Códigos, sino que es necesario que el poder legislativo de Cataluña dentro de una constitución regional española tenga su encarnación genuina, especial y propia en nuestra tierra. Sé que, para que la magistratura sea catalana y administre verdadera justicia y aplique el derecho en vez de mutilarlo y destruirlo, el poder llamado judicial ha de ser verdaderamente catalán e independiente del de los demás territorios, y que catalanes han de ser sus individuos, sin que sus fallos puedan nunca ser proferidos fuera de la tierra catalana.

Sé que la existencia de un poder legislativo y de un poder judicial autónomos, por consecuencia indeclinable, importa la coexistencia, autónoma también, de un poder ejecutivo.

Y sé más, sé que esto, que es conveniente y justo, es por ende necesario; y aun sé que ha sido y será otra vez». (pp. 29-30).

2.3. Es distinto el tono y se aprecia también una diferencia muy importante en la manera de entender la pluralidad de Derechos civiles españoles en otros escritos de juristas, catalanes o no, que, críticos con el activismo jurisprudencial del Tribunal Supremo en aras de la unificación del Derecho, proponen alternativas no nacionalistas.

Es el caso del aragonés Joaquín Gil Berges, de manera muy destacada en su librito sobre *Los mostrencos en el Tribunal Supremo*,²¹ en el que se lee:

«Empiezo por deplorar de todo corazón que las regiones españolas aforadas o regidas por un Derecho privado especial no hayan persistido-intensificándola hasta verla coronada por resonante triunfo-en aquella previsora iniciativa de años atrás, enderezada a constituir en Zaragoza, como centro de las demarcaciones que comprenden, un organismo de casación integrado por elementos propios suyos tomados de entre sus más eximios jurisconsultos».

20 *Discurso leído por D. ... (Joan Permanyer y Ayats) presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona en la sesión pública inaugural..., el día 6 de marzo de 1896. Necesidad de que la vida jurídica de Cataluña sea catalana en todas sus esferas y manifestaciones*, Imprenta Barcelonesa, Barcelona, 1896.

21 JOAQUÍN GIL BERGES, *Los mostrencos en el Tribunal Supremo, o sea Estudio sobre la vigencia de las instituciones forales españolas en materia de sucesiones intestadas*. Librería de Cecilio Gasca, Zaragoza, 1920.

Poco más adelante (p. 5)

«y no cejéis en vuestro empeño hasta que por vías legales, sin estridores, ni amenazas, ni violencias, hayáis alcanzado la creación en Zaragoza de un Tribunal Supremo, que lo sea exclusivamente para conocer de los recursos de casación civil, acerca de negocios que hayan de decidirse conforme a las instituciones escritas y consuetudinarias y que provengan de las Audiencias territoriales de Palma de Mallorca, de Barcelona, de la propia Zaragoza, de Pamplona y de Burgos- ésta por lo que afecta a Vizcaya-: os va en ello la salvaguardia de lo poquísimos que os queda de vuestros fueros.»²²

¿A qué iniciativa, dirigida a la constitución de un Tribunal de casación foral en Zaragoza, se refería Gil Berges? Es probable que a un documento o proclama de 1905, en el que pudo tener alguna parte el propio Gil Berges, que había sido decano del colegio de Abogados de Zaragoza. Es un impreso que se identifica a sí mismo como Documento III, anejo a la primera circular de la Comisión organizadora del Congreso Jurídico de Regiones forales (Zaragoza), que habría de celebrarse con ocasión del Centenario de los Sitios de Zaragoza. El Congreso no se celebró ni conozco otra manifestación de la iniciativa que este documento.

Dice así:

«Exposición dirigida al Ministro de Gracia y Justicia en diciembre de 1905, por la Real Sociedad Económica de Amigos del País de Barcelona, acerca de la constitución en Zaragoza de un Tribunal Supremo Foral.»²³

EXCMO. SEÑOR:

«LA SOCIEDAD ECONÓMICA DE AMIGOS DEL PAÍS DE BARCELONA, y con ella, coincidiendo en una misma aspiración, las demás Sociedades hermanas de Lérida, Zaragoza y Tudela; los Colegios de Abogados de esta capital, de Pamplona, Tarragona, Lérida, Gerona, Zaragoza, Tudela, con distinguidos Letrados de Palma de

22 Gil Berges falleció a poco de aparecer el librito *Los mostrencos*. Era doce años mayor que José María Planas, aunque murieron en fechas próximas. Habían coincidido muchas legislaturas en el Congreso de los Diputados, Planas por el partido conservador, Gil Berges por el republicano (hasta 1899, en que Castelar pidió la aceptación de la monarquía). En la discusión parlamentaria del Código civil, Planas intervino con un discurso el 10 de junio de 1885; Gil Berges lo haría los días 18 y 19 de junio de 1885, inmediatamente después del discurso y rectificaciones de Durán y Bas (Diario de las Sesiones, Congreso de los Diputados, Sesión del jueves 18 de junio de 1885, núm. 176, p. 5198).

23 Centenario de los Sitios. Comisión Organizadora del Congreso Jurídico de Regiones Forales (Zaragoza). Documento III, anejo a la primera circular. Publicado en *Revista de Derecho civil aragonés*, 1997, 1, p. 165.

Mallorca; la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona; la Diputación foral y provincial de Navarra, las Diputaciones provinciales de Barcelona, Gerona, Lérida, Tarragona, Álava y Teruel; los Ayuntamientos de Figueras, Sabadell, Teruel, Manacor y Estella; Registrador de la Propiedad de Barbastro; Cámara Agrícola Oficial de Montblanch; todos los que suscriben, verdadera representación de las regiones del N. E. de la Península española, tienen el honor de acudir a V. E. para exponer:

Tras varias páginas, la Exposición concluye:

Por todo ello, los suscritos han de interesar:

1º Se introduzca la necesaria reforma en la Ley Orgánica de Tribunales, mediante la que se establezca en Zaragoza una Sala o Sección del Tribunal Supremo, a la que deban ser sometidos los recursos de casación interpuestos en litigios, que versando sobre cuestiones de Derecho Civil, se hayan sustanciado en las Regiones del N. E. de España, y conocido de la apelación, las Audiencias Territoriales de Barcelona, Zaragoza, Palma de Mallorca y Bilbao.

2º Se dicten las disposiciones convenientes, encaminadas a la inmediata promulgación de los Apéndices al Código Civil, para dejar definitivamente establecido el régimen jurídico de cada Región sometida a un especial derecho foral.

3º Que se introduzcan las reformas que procedan en la ley de Enjuiciamiento Civil, en su Título XXI encaminadas a una mayor amplitud para la resolución de los recursos de casación, en el sentido consignado en el cuerpo de la presente exposición.

4º Que en el proyecto de la ley de organización de Tribunales, se establezca el precepto de que los Jueces y Magistrados que deban ejercer sus cargos en territorios no regidos por el derecho común o general, sean aquellos oriundos de dichas Regiones, desapareciendo las incompatibilidades, y que deban conocer el idioma o dialecto propio de la Región donde se hallen en funciones de la administración de Justicia.»

2.4. Ya en las fechas finales de este tranco y próximas a las del fallecimiento de José María Planas (fechas convulsas, de gran crispación política y social), las inquietudes por la actividad unificadora de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los deseos de crear órganos judiciales distintos y especializados se expresan en Congresos o Asambleas que reúnen a juristas de toda España.

En abril de 1917 se celebró en San Sebastián el *Primer Congreso de la Abogacía Española*. En él se constituyó una sección, la sexta, de «Derecho foral», de la que fueron secretarios Víctor Artola (Galardi) y Juan Víctor

Pradera. De sus seis conclusiones sobre Derecho foral civil interesa aquí la quinta.²⁴

«Conclusión 5ª. Debe establecerse en el Tribunal Supremo una Sala de casación que entienda exclusivamente en los asuntos en que se trata de aplicación de las legislaciones forales, debiendo constituirse con Magistrados de procedencia foral o que se hayan distinguido en el estudio de alguna de aquellas, procurando dar entrada a personas de notoria competencia en la materia, y que se hayan representadas las distintas regiones en dicha Sala. En la Dirección General de los Registros y del Notariado deberá crearse una Sección especial, para el estudio e informe de los asuntos que versen sobre materia de las legislaciones forales, constituyéndose con personal de los cuerpos de Registradores o Notarios y Letrados especializados en el estudio de ellas.»

Al año siguiente, una *Asamblea de organización jurídica* celebrada en Barcelona en abril de 1918 aprobó unas conclusiones que inciden también en el tema de la jurisprudencia.²⁵ La habilidad parlamentaria de los senadores catalanes consiguió que aquellas conclusiones se publicaran como apéndice en el Diario de las Sesiones del Senado correspondiente a

24 *Libro del Primer Congreso de Abogados Españoles, 1-9 Septiembre 1917*. San Sebastián. Marín, Mena y Cª., Impresores. (p. 394) «Conclusiones de la Sección Sexta (Derecho foral) adoptadas por la Sección, para ser leídas en la Sesión de conclusiones del Primer Congreso de Abogados españoles que se celebrará el 8 de septiembre de 1917». La conclusión tercera muestra el rechazo que les producía la jurisprudencia de la época en materia de Derechos forales: (p. 395) «Conclusión 3ª. Aprobados los Apéndices, no podrá invocarse útilmente en los pleitos que versen sobre materias de Derecho foral la jurisprudencia anterior a la fecha de su aprobación, siquiera sea conforme con las disposiciones contenidas en dichos Apéndices».

25 *Asamblea de organización jurídica*. Conclusiones aprobadas en la sesión de clausura celebrada en Barcelona el día 7 de abril de 1918. Se publicaron como anexo en el Diario de las Sesiones del Senado, 1918, núm. 44, pp. 525 ss., en cuyo Sumario se lee lo siguiente: «El Sr. Soler y March ruega al Gobierno que estudie e incorpore a la obra legislativa de la Nación las conclusiones de la Asamblea de organización jurídica, de Barcelona, y se adhiere a los deseos del Sr. González de Echávarri, en la sesión de ayer, para que se publiquen los apéndices del código civil. Manifestaciones de los Señores González de Echávarri, Junyent, Ministro de la gobernación y Presidente de la cámara». Sobre este debate parlamentario iniciado con una interpelación de González de Echávarri instando a la publicación de los Apéndices y en el que fue tema importante el de la vecindad civil (intervención de Antonio Royo Villanova), Jesús Delgado Echeverría, «Vecindad civil: presente y perspectivas de futuro», en *Actas de los XXXI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Justicia de Aragón, 2022, en publicación.

la sesión del jueves 23 de abril, a petición del senador D. Leoncio Soler y March (a la que se suma el también senador Junyent).

«Conclusión XIV

La finalidad a la cual deben su existencia los organismos que son instrumentos de aplicación del Derecho es la de ser instrumentos de satisfacción de las necesidades jurídicas del territorio en el cual funcionan. Por lo que la Asamblea afirma que no pueden corresponder debidamente a la finalidad para la cual existen si no están compenetrados con su sentir, actuar y hablar con la manera de ser del territorio en el cual funcionan; y que en caso de inadaptación, no debe ésta perturbarse y violentarse hasta a adaptarse a la manera de ser y funcionar de ellos, sino que son los instrumentos los que se han de adaptar a ella.»

No es seguro que la Asamblea quiera referirse, en esta conclusión, específicamente a los jueces y tribunales, que sin duda se comprenden entre los «organismos que son instrumentos de aplicación del Derecho». Las conclusiones de la Asamblea están dirigidas a pedir la constitución de «Comisiones jurídicas» en cada uno de los territorios con Derecho propios, cuya regulación pormenorizada (composición, funcionamiento, competencias) es objeto de dieciséis extensas Bases. Estas Comisiones serían competentes, además de para formular las reglas de Derecho integrantes del régimen jurídico del territorio, y las adaptaciones, adiciones y supresiones convenientes, también para «interpretar auténticamente y sin prejuzgar la aplicación concreta de la fórmula interpretada, las reglas de Derecho constitutivas del régimen jurídico del territorio y las modificaciones de las generales vigentes en el territorio». Nótese que la tarea de legislar es vista (al menos, parcialmente) como una interpretación del Derecho preexistente cuyas reglas se (re)formulan: una interpretación auténtica que puede no necesitar de forma de ley.

3. Tranco tercero: 1971. II Congrés Jurídíc Català

En los cincuenta años anteriores habían ocurrido acontecimientos que cambiaron profundamente la práctica del Derecho catalán y sus perspectivas de futuro.

Por orden cronológico podemos mencionar los siguientes. Supresión de la Mancomunidad por la dictadura de Primo de Rivera. Sigue sin promulgarse un Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho civil catalán (mientras que sí se aprueba el Apéndice aragonés, 1925). Un cambio

drástico: Segunda República: Estatuto de Autonomía, Parlamento, leyes civiles catalanas, Tribunal de Casación. Otro no menos drástico: Guerra civil, dictadura de Franco: supresión, derogación, abolición de leyes catalanas y de jurisprudencia. Congreso Nacional de Derecho civil, Zaragoza, 1946: Compilaciones, la Compilación catalana de 1960.

El Congreso, convocado por todas las instituciones catalanas relacionadas con el Derecho (encabezadas por la Academia de Jurisprudencia y los Colegios de Abogados), quiso mencionar, como antecedentes remotos, el Primer Congreso Jurídico Catalán de mayo de 1936, y el de Zaragoza de 1946. La Compilación, que teóricamente debía ser revisada al cumplir su primer decenio, era el centro ineludible de las ponencias y deliberaciones, pero se mostraba también muy fuerte el impulso hacia el desarrollo futuro, tomando fuerzas del pasado: la tradición jurídica catalana, evocada en el art. 1º de la Compilación, era un motivo recurrente, un punto de apoyo y una palanca, que permitía ampliar el horizonte mucho más allá del texto compilado. Una tradición encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de las que derivan los preceptos de la Compilación. Como integrante de la doctrina que encarna la tradición comparece la jurisprudencia.

La jurisprudencia no era mencionada en la Compilación de 1960.²⁶

Merece la pena anotar que la palabra «jurisprudencia» tampoco aparecía en 1960, fecha de la Compilación, en el Código civil español. Tampoco en 1971, año de celebración del Congreso. Solo en 1974 (reforma de Título Preliminar) se introdujo en el ap. 6 del art. 1º Cc., que seguirá siendo objeto de cavilaciones en muchos sentidos, partiendo de su conceptualización o no como «fuente del Ordenamiento jurídico español»: parece que no, si atendemos al ap. 1 del mismo art 1º, pero también que los Jueces y Tribunales habrán de tenerla en cuenta de algún modo, a pesar de su obligación de resolver los casos «atendiendo al sistema de fuentes establecido».

En el Congreso, como he dicho, la jurisprudencia era considerada en perspectiva histórica, como parte de la doctrina e integrada, en primer lugar, por las decisiones de la antigua Audiencia de Cataluña, prosiguiendo debates anteriores y posteriores al Código civil español. Es muy notable la exposición de Sobrequés i Vidal sobre «la Reial Audiència i la

26 Comp. 1960, art. 1.2: «Para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomará en consideración la tradición jurídica catalana, encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos se derivan».

jurisprudència» y sobre «la doctrina dels doctors i l'escola jurídica catalana dels segles XVI i XVII».²⁷

Pero, quizás pensando más en un futuro próximo en que se vislumbraba la posibilidad de un legislador catalán (aunque las conclusiones del Congreso eran bastante cautas y se limitaban a proponer una Comisión compiladora permanente con sede en Cataluña que, en general, cuidara de que el Derecho catalán se mantuviera y desarrollara por sí mismo, al ritmo de la época y de su espíritu particular), se traía a las conclusiones importantes elementos que ya había planteado el Proyecto de Compilación de la Comisión de Juristas catalanes (art. 5º), y que instancias posteriores habían hecho desaparecer en la concentrada dicción del ap. 2 art. 1º Comp.

Aquel art. 5º decía lo siguiente:

«Las normas de esta compilación se interpretarán e integrarán por los textos originarios y conforme al siguiente orden prelativo:

1. Constitucions y altres drets de Catalunya, texto de 1704.
2. Corpus Iuris Canonici y legislación canónica recibida posteriormente.
3. Corpus Iuris Civilis.
4. Doctrina común y constante de los autores de Derecho catalán, canónico y romano.
5. Opiniones de aquellos autores aceptados en sentencias de la Antigua Real Audiencia o el Tribunal Supremo de Justicia».²⁸

En las Conclusiones de Ponencia de la Sección Primera (Títol Preliminar de la Compilació del Dret civil català), antes de su debate en las Sesiones Plenarias, la 12 decía así:

«12. Cal entendre que la doctrina que integra la tradició jurídica catalana es la doctrina dels doctors, d'acceptació comuna y constant a Catalunya, així com les sentències de la vella Reial Audiència i del Tribunal Suprem de Justícia».

27 *Llibre del II Congrés Jurídic Català 1971*, Barcelona 1972. Sobrequés y Vidal, en su amplia ponencia «Historia de la producció del Dret català fins als Decrets de Nova Planta». Pp. 79-142; los epígrafes citados, en pp. 120 y 122.

28 Lo recordó en aquel Congreso Ángel Latorre, «El Derecho romano como parte integrante de la tradición jurídica catalana», pp. 203-214; ad casum, p. 213; y, a otros efectos, Lacruz Berdejo, Fuentes e interpretación del Derecho civil catalán, pp. 184-202, ad casum, p. 197.

Esta última referencia a las sentencias del Tribunal Supremo (que, como sabemos, solían ser consideradas por los autores catalanes como atentatorias al Derecho catalán) procedía del art. 5º del Proyecto de Compilación, pero no aparece con claridad en las deliberaciones del Congreso.

El ponente de esta parte, Lacruz Berdejo, en «Fuentes e interpretación del Derecho civil catalán», trata como fuentes del Derecho catalán la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho catalán (yo era aquí coponente, con indicación de la autoría de cada uno; unas líneas sobre estos principios era mi aportación personal). En el epígrafe «problemas de interpretación» introducía Lacruz muy matizadas consideraciones sobre interpretación histórica (el art. 1.1 Comp.), el concepto de «doctrina» y las distinciones entre doctrina de doctores, jurisprudencia histórica y «doctrina legal». En este contexto, afirmaba que «la jurisprudencia vale como doctrina: lo mismo la de los antiguos tribunales de Cataluña, y en particular la de la Real Audiencia, que la del Tribunal Supremo, siempre que reúna las mismas condiciones exigidas a la opinión de los doctores» (p. 197). Unos párrafos más adelante aseveraba que la «doctrina» aludida en el art. 1º de la Compilación no es, por sí, la «doctrina legal» cuya infracción configuran la Lec y la jurisprudencia como motivo de casación, para cuya aclaración daba un repaso por la ley de enjuiciamiento entonces vigente (la de 1881) y los precedentes del siglo XIX. Constatado el hecho de que no cabe plantear un recurso de casación sobre la base de la doctrina (ni, por tanto, sobre doctrina jurisprudencial puramente catalana), sugería que «sería deseable que... se abriera un cauce específico, en el recurso de casación, a la doctrina catalana unánime, de los doctores o de la Real Audiencia» (p. 199). Por eso, en las conclusiones redactadas por él, se lee: «La doctrina tradicional catalana, en cuanto fuente que comunica su virtualidad a los preceptos vigentes, debería, siendo unánime y constante, equipararse a la doctrina legal a efectos del recurso de casación». No incluye ninguna referencia a las sentencias del Tribunal Supremo (p. 202).

A la conclusión 12 de la sección primera presentó una enmienda el secretario general del Congreso, el joven profesor y abogado Luis Puig Ferriol, en la que pedía añadir a la citada conclusión que «la doctrina del Tribunal de Casación de Cataluña también integra o forma parte de la doctrina de los autores, integrante de la tradición jurídica catalana» (p. 676). La Ponencia entendió que la enmienda no era adecuada en la conclusión 12, pero aceptó adaptarla a la conclusión 46, retirando de la 12 la referencia al Tribunal Supremo de Justicia (que no consta que nadie hubiera sugerido) (p. 664). Con esta supresión de la mención al Tribunal

Supremo quedó aprobada la conclusión 12, mientras que la 46 (en el apartado de «Proposiciones») quedó así: «La doctrina de los doctores, siendo unánime y constante en Cataluña, así como la jurisprudencia del Tribunal de Casación de Cataluña, se habrían de equiparar a la “doctrina legal”, a efectos del recurso de casación».²⁹

¿Qué es lo nuevo sobre «jurisprudencia» en este Congreso de 1971? Por jurisprudencia se entiende, sin discusión, doctrina de los Tribunales (aunque en especial relación y distinción con la ciencia del Derecho), cuyas decisiones se han recopilado recientemente en repertorios: qué tribunales y cómo se manifiesta y conoce esta doctrina, queda sin explicitar, pues no es necesario una vez que su valor reconocido o pretendido es igual al de la doctrina de los doctores, como parte de la tradición jurídica catalana. Se trata, en todo caso, de doctrina jurisprudencial del pasado: la de la Real Audiencia, la del Tribunal de Casación de Cataluña (1934-1937). En las conclusiones definitivas se prescinde del Tribunal Supremo, único que en el ordenamiento español se considera a sí mismo productor de «doctrina legal» y, así, de nueva jurisprudencia. Tampoco encuentro referencia a la de las audiencias y juzgados que aplican y seguirán aplicando Derecho catalán.

Ni se plantea la posibilidad de que la jurisprudencia sea fuente del Derecho (tampoco la costumbre, aunque a ella se hicieron ciertas alusiones en el Congreso). Probablemente, no se cree que la Compilación pueda determinar las fuentes de producción del Derecho civil catalán para el futuro; y se tiende a considerar la Compilación como expresión del Derecho histórico (constituido por los textos de los cuerpos legales antiguos, la doctrina de autores y la jurisprudencia) que no se ha derogado. El Derecho histórico, las normas anteriores a la Compilación de 1960 quedaron «sustituidas por las contenidas en esta», expresión que tanto en 1960 como en 1984 se utilizó para evitar la derogación, propia de la mentalidad y la técnica codificadoras.

29 La colección *El Derecho civil catalán en la jurisprudencia*, editada por la Cátedra Durán y Bas, había llegado en 1971 a su volumen IX. En esta obra colaboraban ya Lluís Puig Ferriol y Encarna Roca Trías. Aquí jurisprudencia indicaba los pronunciamientos de las sentencias, tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias y los Juzgados, y se remontaba a fechas del siglo XIX.

En 1974 se publicó el volumen IV (no se siguió el orden cronológico), correspondiente a las sentencias del Tribunal de Casación de Cataluña, 1934-1937, naturalmente en catalán: *El Dret civil català en la jurisprudència*; creo que exclusivamente al cuidado de Encarna Roca.

Las conclusiones del Congreso se reflejaron en la ley de 1984.³⁰ En su artículo 1º se introducen las costumbres y la jurisprudencia como constitutivas, con la doctrina, de la tradición jurídica catalana que se tomará en consideración para interpretar e integrar la Compilación «de acuerdo con —otra novedad quizás de mayor importancia— los principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico de Cataluña» (también, en Disp. Final 4ª). Según la Disp. Final 2ª, «la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Casación de Cataluña, en materia de Derecho civil catalán, no modificada por la presente Compilación o por otras leyes, forma parte de la tradición jurídica catalana, y podrá ser invocada como doctrina legal a los efectos del recurso de casación».

4. Tranco cuarto: 2023

4.1. El Estatuto de Autonomía, la competencia del Parlamento en materia de Derecho civil y la constitución del Tribunal Superior de Cataluña configuran una situación jurídica de ruptura con el pasado en los modos de producción de las normas jurídicas, por más que se quiera mantener la referencia a la tradición jurídica catalana «como expresión de la doctrina de la *iuris continuatio*» (Preámbulo de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre. Primera Ley del Código civil de Cataluña). Ahora se proclama que en el sistema de fuentes del Derecho civil de Cataluña la fuente principal es la ley («como en cualquier ordenamiento jurídico moderno»), con mención de la costumbre con un «papel secundario» que en la práctica resulta desconocido. Los principios generales del Derecho propio no tienen solo la función de evitar la heterointegración mediante la aplicación del Derecho supletorio, sino que ahora también son «límite a una eventual alegación indiscriminada de la tradición jurídica catalana». Estos principios generales no son, evidentemente, los del Derecho histórico, sino los del vigente, los sistemáticos, y, muy en primer lugar los proclamados y derivados de la Constitución de 1978 y de los Convenios y Tratados sobre derechos humanos. Correlativamente, jurisprudencia es la doctrina

30 Comp. 1984 (Texto refundido): «Para interpretar e integrar esta Compilación y las restantes normas se tomarán en consideración las leyes, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina que constituyen la tradición jurídica catalana de acuerdo con los principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico de Cataluña».

establecida por los Tribunales al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Quedan abiertas muchas cuestiones, aproximadamente las mismas que respecto del Derecho civil del Estado o el de otras Comunidades Autónomas: qué tribunales producen esta doctrina con sus sentencias; cómo la producen (cuestiones, entre otras, de la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*); cómo la conocemos; a quiénes obliga o vincula —si a alguien— la doctrina jurisprudencial.

En particular, el art. 111.2 relaciona especialmente cierta doctrina jurisprudencial con el recurso de casación civil, pues «la jurisprudencia civil del Tribunal de Casación de Cataluña y la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no modificadas por el presente Código y otras leyes»³¹ «pueden ser invocadas como doctrina jurisprudencial a los efectos del recurso de casación».

La estrecha vinculación entre «jurisprudencia» y recurso de casación se robustece con la *Ley del recurso de casación en materia de derecho civil de Cataluña*.³²

4.2. El contraste con el pasado resulta muy vistoso. En la tradición jurídica catalana, tal como la entendieron sus juristas en los siglos XIX y XX, los jueces, los abogados prestigiosos, los doctos que escriben sobre Derecho propio o sobre Derecho romano y canónico aplicables en Cataluña, operan como portadores del «espíritu popular», como representantes del pueblo. Los deseos, intuiciones y concepciones jurídicas del pueblo, verdadero autor del Derecho, son expresados por los expertos en Derecho, que los encauzan bajo las pautas normativas más adecuadas en cada momento y ocasión. Pautas normativas que el legislador concretaba ocasionalmente en leyes que, consecuentemente, habían de interpretarse de acuerdo con la doctrina

31 Apreciamos aquí una concesión al pasado menos lejano (el Tribunal de Casación de Cataluña), que es quizá la que ha movido a introducir el límite de que la jurisprudencia no haya sido modificada por leyes posteriores. Pero, ¿es cierto que las leyes modifican la jurisprudencia? ¿Qué quiere decir en realidad?

32 Ley 4/2012, de 5 de marzo, *del recurso de casación en materia de derecho civil de Cataluña*. Artículo 3. Requisitos de acceso a la casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Tienen acceso a casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña los asuntos cuyo motivo de impugnación se fundamente en una de las siguientes causas: a) En la contradicción con la jurisprudencia que resulta de sentencias reiteradas del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña o del Tribunal de Casación de Cataluña. b) En la falta de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña o del Tribunal de Casación de Cataluña. El tiempo de vigencia de la norma con relación a la cual se alega la falta de jurisprudencia no impide el acceso a la casación en ningún caso».

creada por jueces y doctos: una jurisprudencia que es a la vez ciencia del derecho y práctica jurídica.

Los avatares de la codificación civil en España y la actitud dominante en Cataluña frente a ella (sin que aquí hallamos de plantearnos los límites de la Escuela histórica y de la influencia de Durán y Bas en los momentos decisivos de los años 1880-89) mantuvieron esta imagen de la tradición jurídica y de la jurisprudencia también después del Código civil español de 1889, respecto de un Derecho civil catalán no codificado y defendido ideológicamente como contrario e inmune a los ideales codificadores. No era admisible en el Derecho catalán (sino, acaso, como imposición externa inevitable) una jurisprudencia entendida como doctrina establecida por los tribunales (menos aún, el Tribunal Supremo), al interpretar y aplicar la ley. Para empezar, no había ley civil catalana contemporánea, emanada de un poder legislativo constitucional, susceptible de ser interpretada y aplicada.

Los años intensos y fugaces de la Segunda República y el Estatuto catalán, al reconocerse a Cataluña el poder legislativo sobre su Derecho civil, incorporaba a este a la normalidad histórica (es decir, la propia de un país europeo continental en el siglo xx) de un derecho legislado. Los representantes elegidos por el pueblo son quienes hacen las leyes en el Parlamento. Los jueces tienen el papel ancilar de interpretarlas para su aplicación. La tradición jurídica es un matiz de importancia residual, mientras no se llegue a codificar el Derecho civil catalán, con derogación de las fuentes históricas, como corresponde al ideal codificador.

En realidad, aunque no sabemos cómo hubiera evolucionado el Derecho civil bajo el Estatuto de 1934, la actuación del Tribunal de Casación de Cataluña indica el sentido legalista y codificador que he presupuesto. Como escribí con gran perspicacia en 1980 el entonces joven profesor Coca Payeras, es notable el «mimetismo del *Tribunal de Cassació* respecto a la actitud del Tribunal Supremo», de manera que solo pueden advertirse «tímidos intentos por construir una doctrina legal catalana».

Difícilmente podría ser de otra manera. No solo era la impronta de casi un siglo de Tribunal Supremo, sino que las leyes de enjuiciamiento civil, la organización de los tribunales, la formación de los jueces y de los abogados, en el contexto del legalismo positivista reinante; toda la cultura jurídica de la época en una Europa de la que Cataluña quería sentirse parte, conducía a un tratamiento del Derecho civil catalán como un conjunto de cuerpos legales que el Parlamento aprueba y los tribunales aplican. La interpretación que estos hacen al aplicar las leyes guía la práctica de todos los operadores jurídicos.

La Compilación pudo introducir la tradición jurídica como elemento a tener en cuenta para su interpretación e integración y evitar derogar formalmente los cuerpos legales históricos, y en 1984 incluir dentro de ella a la jurisprudencia. Pero la jurisprudencia que importaba en la práctica era la doctrina formada en las sentencias que los Tribunales dictaban en los pleitos del momento, más relevantes cuanto más recientes. Las sentencias que aparecían clasificadas por materias, con índices que agilizaban la consulta, en las páginas de la *Revista Jurídica de Cataluña*; o en los volúmenes retrospectivos, pero que en los años setenta ya llegaba a la actualidad, publicados por la Cátedra Durán y Bas: esto era la jurisprudencia.

La Compilación de 1960 era aplicada como un texto legal codificado. Carles Florensa quiso recordar en el prólogo a *La codificación del Derecho civil de Cataluña*. (2011) que «Roca Sastre entendió que la Compilación del Derecho civil de Cataluña de 1960 asumía la naturaleza de un verdadero Código en el sentido técnico de la palabra y, por esta razón, sostuvo que el Derecho civil catalán se hallaba codificado en su Compilación». Ciertamente, coexiste en el imaginario de los juristas catalanes cierto historicismo, que hoy se reconduce atinadamente al estudio de la historia del Derecho catalán en cuanto historia, con los métodos y objetivos de la historiografía.

En el siglo XXI, el legislador catalán acentúa su papel central en el sistema y presenta el Derecho civil que él formula como «cualquier ordenamiento jurídico moderno» en que «destaca el carácter principal que se otorga a la ley». La apelación a la *iuris continuatio* se hace precisamente con la intención de embridarla, circunscribirla y evitar así «una eventual alegación indiscriminada de la tradición jurídica catalana». Aunque tampoco puede cortarse totalmente el cordón umbilical con la historia, porque de ella pende la legitimación constitucional de la existencia del Derecho civil propio (art. 149.1.8ª CE).

Así las cosas, se comprende que el legislador catalán imite la reducción que en el ordenamiento español se hace de la jurisprudencia (como doctrina de un tribunal de casación a los efectos del recurso de casación), adaptándola a sus propias circunstancias: una casación con reglas catalanas.

Sobre estas cuestiones en torno a la casación hablarán con mucha mayor competencia que la mía los demás ponentes.

4.3. Antes de terminar, me gustaría proponer algunas reflexiones sobre el momento actual y el futuro predecible, volviendo también a las primeras ideas que introduje al principio de mi exposición: jurisprudencia como ciencia y práctica del derecho; nexos entre la doctrina de doctores y las decisiones de jueces. No es casual que los organizadores de estas Jornadas,

para hablar de jurisprudencia, nos hayan convocado a profesores de derecho y magistrados, investigadores académicos y operadores jurídicos (jueces, abogados, notarios, registradores).

Respecto de leyes antiguas, la jurisprudencia de los tribunales es instancia de actualización y adecuación de la norma a los nuevos tiempos. Este es el sentido capital de la apelación a la «realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas» en el art. 3º.1 Cc (de 1974, casi un siglo después de promulgado el Código de cuya interpretación se trata en primer lugar). Mientras que las leyes recientes serán interpretadas más literalmente por los tribunales. En Cataluña, para la seguridad jurídica y la uniformidad de la aplicación de las leyes, es conveniente y se propicia la creación de doctrina jurisprudencial (art. 111-2.2); pero la «actualización continuada de la legislación civil» se la reserva el legislador como una actividad propia planificada en el marco de un «código abierto» de un Derecho civil que está «sujeto hoy a un proceso de cambio mucho más dinámico que en la época de las grandes codificaciones». El legislador se constituye en el agente principal de la adaptación y cambio. En este proceso bien puede ocurrir que, si al legislador le disgusta la forma en que los jueces interpretan y aplican las leyes, el propio legislador se apresure a cambiar el texto legal. A jurisprudencia contra ley, ley contra jurisprudencia. Aunque también puede suceder que la aplicación judicial de ley, irreprochablemente correcta, ponga de manifiesto consecuencias imprevistas e indeseadas de la ley o, directamente, el error del legislador, que tratará luego de corregir con otra ley.

En este contexto, la doctrina de los autores se hace presente y decisiva en el entorno del legislador catalán, en la preparación de las leyes (asesores parlamentarios y gubernamentales, Comisión de Codificación). En el sistema del juez, la doctrina de los autores puede llegar a través de los escritos de los abogados (y, previamente, en la formación profesional de abogados y jueces), pero no puede acceder a la motivación de las sentencias. Sin que esté prohibido a los jueces citar doctrina de autores (al menos, no he visto nunca citada una disposición legal en este sentido), el hecho es que los tribunales españoles, por iniciativa del Tribunal Supremo desde sus inicios decimonónicos, son posiblemente los únicos de nuestro entorno que tienen especial cuidado en omitir (a veces, parece que en tachar) los nombres de los autores en cuyos escritos beben e incluso, a veces, reproducen extensamente. Es una práctica en la que no suele repararse, por más que, como digo, el español sea un caso excepcional. Los historiadores del derecho lo han relacionado atinadamente con la prohibición de motivar

las sentencias, propia del Derecho castellano, que la revolución liberal no superó hasta fechas muy avanzadas: de manera general, en la Lec. de 1855.³³ En la motivación o fundamentación (los considerandos, los fundamentos de derechos) de sus sentencias, no pueden mencionarse autores (aunque no sabemos por qué no se puede).

En cambio, sí que pueden los tribunales citar sentencias en las suyas. Sin que tampoco haya ley que permita, obligue o prohíba (lo mismo que respecto de la doctrina).

En el «discurso del legislador», la jurisprudencia (en algún sentido de esta palabra relacionado con los pronunciamientos de los tribunales) comparece principalmente para permitir (su violación, su contradicción o su falta) acceder al recurso de casación. Correlativamente, los tribunales de casación competentes deberán admitir el recurso así fundado (aunque luego puedan no seguir aquella jurisprudencia en la fundamentación de su fallo). Con esto, y lo que quiera decir la expresión «complementará el ordenamiento jurídico» (art. 1.6. Cc.), parece que se acaba el elenco de normas legales que señalen consecuencias deónticas (obligación, prohibición, permisión) de la «jurisprudencia» (aunque no son de excluir menciones extravagantes).³⁴

En el «discurso del legislador constituyente», la jurisprudencia que interpreta las normas jurídicas con rango de ley *será afectada* por la declaración de inconstitucionalidad de la norma (art. 161.1 CE).³⁵ Esta afectación parece que debemos referirla a un corpus de textos

33 MARTA LORENTE SARIÑENA, «La doctrina legal y el silenciamiento de los juristas en una España sin Código (1808-1889)». *Quaderni Fiorntini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XL (2011), p. 135. Transcribe un fragmento de sentencia en que se citan, con acribia bibliográfica, unas líneas del *Sistema* de Díez Picazo y Gullón, para aclarar de inmediato que la sentencia es del Tribunal Supremo... de Puerto Rico. Introduce así su estudio de la «peculiar actitud de la judicatura española que la ha llevado a obviar a la doctrina abierta y conscientemente». CARLOS GARRIGA, MARTA LORENTE, «La motivación de las sentencias (Castilla, 1489 - España, 1855)» AFDUAM I (1997).

34 Como en la incumplida, olvidada, pero nunca derogada Disposición Adicional 3ª del Código civil: la «jurisprudencia del Tribunal Supremo» es relevante (ha de ser vista) para formular «cada diez años las reformas que convenga introducir» en el Código. Muy relevante también la Disp. Ad. 1ª para la idea que el legislador decimonónico se hace de la trascendencia de la actividad jurisdiccional de las Salas de lo Civil del Tribunal Supremo.

35 CE, art. 161.1: «La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada».

producidos por los jueces de cualquier rango (que contiene «la doctrina derivada de sus sentencias»), corpus que habrá de entenderse *corregido* «por la doctrina derivada de las sentencias y autos (del TC, lo que suele considerarse su “jurisprudencia”) que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad» (art. 40-2 LOTC). No cabe recurso de inconstitucionalidad contra la jurisprudencia.³⁶

En el «discurso de los jueces», las sentencias (propias o) de otros jueces operan como premisas de las argumentaciones que llevan al fallo. En último término, su sentencia deberá fundarse en la ley (la costumbre o los principios generales del derecho), «ateniéndose al sistema de fuentes establecido». Pero las razones de las sentencias de otros jueces serán traídas como argumentos de autoridad concurrentes. Atender a lo razonado por otros jueces no solo facilita la tarea de juzgar, sino que contribuye a la deseable coincidencia de las decisiones judiciales sobre casos semejantes y a hacer más respetable o convincente el fallo para las partes y para los operadores jurídicos en general. Esto es especialmente pertinente respecto de las sentencias de los Tribunales «del vértice», cuya jurisprudencia uniforme debería servir a «asegurar la certeza del derecho, dado que una jurisprudencia uniforme evita la incertidumbre en la interpretación del derecho y la consiguiente variedad y variabilidad de las decisiones judiciales».³⁷

Para el «discurso de la ciencia del Derecho», la jurisprudencia es fuente de conocimiento sobre la práctica de los tribunales y, así, sobre

36 FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, *La norma jurisprudencial (nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 37.

37 TARUFFO, MICHELE, «Un vértice judicial abstracto», AFDUAM 22 (2018). El texto continúa: «Además, se hace referencia a la garantía de la igualdad de los ciudadanos frente a la ley, conforme al principio de *stare decisis* típico de los ordenamientos de *common law*, según el cual casos iguales deben decidirse de manera igual. Asimismo, muy a menudo se hace referencia a la necesaria previsibilidad de las decisiones futuras, ya que se considera que las partes deben poder confiar en la previsión de que los jueces futuros se comportarán de la misma manera que los anteriores. La previsibilidad también puede desempeñar una función económica, ya que si una decisión es previsible también puede evitarse recurrir al juez. Por último, una jurisprudencia constante en la interpretación y aplicación de las normas se puede conocer más fácilmente y por tanto orienta de modo más eficaz los comportamientos de los ciudadanos». Este número del *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* está dedicado a «El vértice de los sistemas judiciales», con artículos que, en su mayoría, son muy pertinentes sobre el tema de esta ponencia: <https://dialnet.unirioja.es/revista/2127/A/2018>.

la interpretación y aplicación que estos hacen de las leyes. Si la teoría del Derecho es, como a mí me parece deseable, una teoría de la práctica del derecho producida en determinadas coordenadas de tiempo y lugar,³⁸ las sentencias de los tribunales han de tener en ella un lugar destacado (aunque, por supuesto, no agotan toda la práctica del Derecho). Con esta función de conocimiento de la práctica entró en los manuales y tratados de Derecho civil en el último tercio del siglo XIX, cuando estos se ocuparon, por fin, no ya del Derecho romano o de los cuerpos históricos castellanos, sino del Derecho civil nuevo, producido por el legislador estatal y aplicado por sus Tribunales. La formación de los juristas contó desde entonces con las enseñanzas de la jurisprudencia, recibidas a través de la sistematización de la misma que hacía la doctrina de los autores. La relación entre doctrina de los autores y jurisprudencia es compleja y cambiante, poco estudiada en España. Solo en parte siguió en los siglos XIX y XX los pasos de la vecina Francia, que parece ser el ejemplo más cercano, tanto por el papel central que el recurso de casación asumió en la jurisprudencia, como por el modelo de facultad de derecho y el hecho de que el *Code* de los franceses fuera inspiración principal del español y la doctrina francesa la más conocida por los civilistas españoles. También en Francia el concepto actual y restrictivo de jurisprudencia, ligado a las decisiones de los tribunales, no acabó de imponerse hasta la segunda mitad del siglo XIX, y sus relaciones con la interpretación doctrinal de las leyes y las obras de los autores fue siempre debatida. «*Le divorce de l'École et du Palais*» es un mito persistente entre los juristas franceses, aunque las relaciones entre la Universidad o la Academia y los Tribunales fueron sin duda más complejas, también en España.³⁹

4.4. Introduzco ahora algunas consideraciones a ras de tierra. La jurisprudencia de los tribunales es consultada todavía en repertorios impresos (aunque las sentencias del Tribunal Supremo dejaron de

38 JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, «La responsabilidad civil y la teoría de la práctica musical del jazz», en *Dañar, Incumplir y Reparar. Ensayos de filosofía del Derecho privado*, Juan Antonio García Amado y Diego M. Papayannis (editores), Palestra, Lima, 2020.

39 NADER HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX siècle*, L.G.D.J., Paris, 2002, dedica un capítulo a «la sistematización de la jurisprudencia», pp. 198-249. En su opinión, más allá del «mito del divorcio», se produce una alianza que marca el carácter específico de la ciencia jurídica francesa. «Los jueces y los miembros de la doctrina forman conjuntamente un sistema jurisprudencial tan indispensable como la ley para el buen funcionamiento del derecho» (p. 200).

publicarse en papel hace mucho tiempo, por razones cuestionables), que tienen particular interés cuando abarcan periodos amplios sobre materias específicas, con el material bien elegido y ordenado sistemáticamente, tras un análisis por especialistas. Pero hoy son bases de datos digitales las consultadas diariamente desde los despachos de abogados. Quién mantiene las bases, con qué criterios, análisis, resúmenes, thesaurus, palabras clave; y quién y cómo puede acceder a las mismas, son cuestiones que inciden directamente en «el papel de la jurisprudencia en el Derecho catalán contemporáneo». No importan solo las condiciones de acceso a la jurisprudencia como bien público, sino más aún las de producción del bien, que es mucho más y distinto que la mera acumulación de textos de sentencias de los tribunales. La Inteligencia Artificial puede cambiarlo todo (ya lo hace); pero las IA tienen dueño: pienso que mejor que sea público el de las IA enseñadas para formular a pedido el informe sobre la jurisprudencia sobre un tema.⁴⁰ En todo caso, habrá que pensar sobre ello.

4.5. Y termino con unas breves indicaciones sobre jurisprudencia y fuentes del derecho: tentativas, fragmentarias y no concluyentes.

La imagen o metáfora de la «pirámide normativa kelseniana» (en realidad, la imagen procede de Adolf Merkl) ha dejado de ser útil, al menos, como principal y dominante. Presupone una identificación del Derecho con el Derecho estatal, así como la existencia de un Estado soberano; a la vez que se desentiende de la real pluralidad de Estados y la existencia de otros poderes normativos extra o supraestatales.

40 Un informe del Parlamento europeo en 2021 daba por supuesto que «dado que un número cada vez mayor de litigios derivados del Derecho internacional privado se genera como consecuencia de la internacionalización de las actividades humanas, ya sean en línea o en el mundo real, la IA puede ayudar a resolverlos creando modelos que permitan identificar la competencia judicial y el Derecho aplicables en cada caso, así como identificar los conflictos de leyes más arduos y proponer soluciones para resolverlos». Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de enero de 2021, sobre inteligencia artificial: cuestiones de interpretación y de aplicación del Derecho internacional en la medida en que la UE se ve afectada en los ámbitos de los usos civil y militar, así como de la autoridad del Estado fuera del ámbito de la justicia penal (2020/2013(INI)), 88. También, «67. Señala que la IA se utiliza de forma cada vez más habitual en el ámbito judicial para tomar decisiones más racionales y más coherentes con las leyes vigentes, y de manera más rápida; celebra que, previsiblemente, mediante el empleo de la IA, se acelere el ritmo de los procesos judiciales».

Merece la pena explorar la metáfora de la red.⁴¹ Toda la información jurídica circula entre los nodos de una red en malla (no totalmente conexas, es decir, algunos nodos no tienen conexión con otros), cada uno de los cuales puede o debe utilizarla según sus propias reglas. Algunos de estos nodos corresponden a jueces y tribunales, cada uno en su jurisdicción. Puede entenderse como fuente, para cada uno de ellos, la información que puede utilizar en las argumentaciones conducentes a sus decisiones (que serán nueva información circulante en la red), provengan de donde provengan. Un dato relevante para utilizar la metáfora de la red es que los jueces del Estado español son jueces del Derecho del Estado, de los Derechos autonómicos y del Derecho europeo; también de los tratados internacionales, en particular de las convenciones de derechos humanos.

Ya se entiende que las fuentes son diferentes (más o menos) para cada nodo. Generalizando, «desde el punto de vista argumentativo, las fuentes del derecho son los materiales que un jurista puede (o debe) utilizar como premisa de sus razonamientos (justificativos)».⁴² Jurisprudencia vendría a

41 No es una novedad, lo propusieron hace más de veinte años FRANÇOIS OST et MICHEL VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, F.U.S.L., nº94, 2002. «La thèse fondamentale de cet ouvrage est que, de la crise du modèle pyramidal, émerge progressivement un paradigme concurrent, celui du droit en réseau, sans que disparaissent pour autant des résidus importants du premier, ce qui ne manque pas de complexifier encore la situation» (p. 14). Todo tiene sus antecedentes. En 1997 el sociólogo Manuel Castell ya enunciaba en la cubierta de uno de sus libros «la sociedad red» y caracterizaba al «Estado red» (CASTELLS, Manuel. *La era de la información, I. La sociedad red*: Madrid: Alianza, 1997). En el vol. III de la misma obra mostraba «Un Estado caracterizado por compartir la autoridad (es decir, en último término, la capacidad de imponer la violencia legitimada) a lo largo de una red... Los datos disponibles y los debates recientes de la teoría política parecen sugerir que el Estado red, con su soberanía de geometría variable, es la respuesta de los sistemas políticos a los retos de la globalización. Y la Unión Europea puede ser la manifestación más clara hasta la fecha de esta forma de Estado emergente, probablemente característica de la era de la información.» CASTELLS, M.: *La era de la información. Economía, sociedad, cultura*. Vol. III, Alianza, Madrid 1998, pp. 364 y 365. Se hizo eco tempranamente de estas ideas Aurelio de PRADA GARCÍA, «Pirámides y redes: el concepto de derecho», BFD: *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, Nº 14, 1999, págs. 173-198.

42 Son palabras de Manuel Atienza, filósofo del Derecho, que a su vez cita a otro de su misma escuela, Josep Aguiló, en obras muy recomendables sobre *Fuentes del Derecho*. Manuel ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 332. Josep Aguiló, «Fuentes del Derecho», en Jorge Luis FABRA ZAMORA (coord.), Alvaro NÚÑEZ VAQUERO (coord.) *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, vol II, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 1019; *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000.

ser así el conjunto de decisiones de los jueces o la doctrina implícita en ellas que otros operadores jurídicos (señaladamente, los jueces) pueden o deben utilizar en sus argumentaciones jurídicas.

Una advertencia interlocutoria para civilistas (profesores o no) y otros juristas en general: la teoría de las fuentes del Derecho ha dejado de ser competencia profesional de los civilistas; en particular, ya no la enseñamos, pues, de acuerdo con los planes de estudio, la competencia ha pasado a los filósofos del Derecho. En el fondo, hace tiempo que no cultivábamos la teoría de las fuentes (ni la de la norma jurídica, ni la de la interpretación, ni la de los derechos subjetivos). La realidad ha desbordado por todos los lados lo que pretende decir el Código civil, en cuyo Título Preliminar de 1974 se encuentra el precipitado de la mejor doctrina civil de la época. Hoy su exégesis o comentario es casi irrelevante, salvo para una reconstrucción histórica.

La metáfora de la pirámide corresponde a la concepción del Derecho del positivismo normativista. Las herramientas que esta concepción ofrece al jurista son, por lo menos, insuficientes y, en muchos aspectos, inadecuadas, para abordar el análisis de los órdenes jurídicos actuales en el marco de las Constituciones. Los principios, los valores y los derechos humanos forman parte de nuestro ordenamiento de una manera característica y, en consecuencia, el discurso jurídico incorpora también razonamientos morales. Para el (neo)constitucionalismo (o pospositivismo) «el Derecho no puede verse como una realidad ya dada, como el producto de una autoridad (de una voluntad), sino (además y fundamentalmente) como una práctica social que comporta una pretensión de corrección o de justificación».⁴³ A esta práctica corresponde una (distinta) teoría del Derecho, con su propia teoría de las fuentes (y, en ella, de la jurisprudencia).

43 ATIENZA, *Curso de argumentación*, p. 29.