

VÍCTOR FAIRÉN GULLÉN

CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL
EN LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

LAS IDEAS DE PIERO CALAMANDREI
Y LA RECEPCIÓN DEL
RECURSO DE CASACIÓN EN ESPAÑA

Homenaje a su memoria

El día 27 del pasado mes de septiembre falleció en Florencia el Profesor Ordinario de Derecho Procesal civil de aquella Universidad, Piero Calamandrei. Con el dolor de quien ha perdido, no ya sólo a uno de sus Maestros italianos, sino también un gran amigo, le rindo aquí homenaje, rememorando algunos puntos de su personalidad y de su gran obra como jurista.

No muchos días antes de su muerte corregía, quien esto escribe, las segundas pruebas de un trabajo destinado a formar parte de los Estudios a él dedicados con motivo del XL aniversario de su docencia universitaria. Homenaje que, brutalmente, pasa a ser póstumo. La ilusión con que unas mal hilvanadas líneas se dedicaban al gran Maestro florentino queda reemplazada por el sentimiento de una catástrofe tremenda: la que supone, para el mundo de los juristas, la pérdida de uno de sus mejores hombres de esta nuestra época.

Aunque a ello se haya de dedicar otra nota, la trayectoria humana y científica de Calamandrei merece ser aquí recordada en total. Aunque sea con omisión de citas de muchas de sus obras y de su repercusión mundial; que no se puede transformar esta noticia en un catálogo bibliográfico, pues la vida, ya cerrada, de un hombre de ciencia no se contabiliza por simples títulos y páginas, ni por el simple conocimiento específico de parte de su obra limitado a cualquiera de sus facetas: ello no nos daría la completa medida de su personalidad.

Recuerdo así, no en catálogo y al azar, sino quizás por tratarse

Conferencia en memoria del fallecido Profesor Piero Calamandrei, pronunciada en el Aula Magna de la Universidad el día 5 de abril de 1957.

de una de las primeras de sus grandes monografías que estudié, «La casación civil» (traducción española, por Sentis Melendo, Buenos Aires, 1945), monumental obra comenzada en la época de la primera guerra mundial; obra en que se da gran extensión al estudio histórico de la figura, y no con simple ánimo erudito, sino «a fin de que el futuro legislador pueda obrar» por estimar necesario «que alguno prepare para él los materiales de estudio, analice con objetiva imparcialidad los institutos vigentes, los esclarezca en su génesis histórica»; acertada concepción de lo que debe ser el papel de la Historia del proceso. El desarrollo del tema, una vez examinada la evolución histórica y comparativa de la institución, constituye probablemente la obra más profunda que sobre la materia se ha escrito. (Bien es verdad que la parte dedicada al ordenamiento español es escasa. ¿Había, en la época, suficiente bibliografía de calidad sobre nuestro sistema casacional? ¿Había vínculos de conocimiento y correspondencia constante con los juristas italianos para facilitar a éstos su acceso y estudio? No ocultó su preocupación Calamandrei sobre este último punto, hasta los últimos tiempos de su vida. «No», contestaba él mismo a la segunda pregunta, y ahí una de las ideas motrices de un «Instituto» de Derecho procesal comparado italo-ibero americano.)

Recuerdo los «Studi di Diritto Processuale civile» (Padova, desde 1930; trad. española de una selección, por Sentis Melendo, Buenos Aires, 1945), en que el Maestro fue recogiendo su labor monográfica.

Recuerdo, entre ellos, el referente a los «Límites entre Jurisdicción y Administración», muestra de una de las permanentes preocupaciones que le embargaban; «La definición del hecho notorio», obra de oportunidad pre-legislativa de gran valor; la finísima «Génesis lógica de la sentencia civil»; y una notable serie de trabajos sobre la naturaleza de este acto, sus efectos y de los recursos: «Vicios de la sentencia y medios de gravamen»; «La sentencia subjetivamente compleja»; «La sentencia civil como medio de prueba»; «La sentencia como acto de ejecución forzosa»; «La sentencia declarativa de la quiebra como providencia cautelar»; «Eficacia de la sentencia declarativa de la quiebra», y tantos otros más.

No abandonó Calamandrei la dirección metodológica ya seguida en «La casación civil»; su atención se ve atraída por las relaciones existentes entre la labor de un Juez y la de un historiador. Su preocupación por el método le lleva a exposiciones de gran finura jurídica,

sociológica y psicológica: citemos el ejemplo de su «Diritto processuale e costume giudiziario»; «Giustizia e politica: sentenza e sentimento»; «La crisi della motivazione»; «La dialetticità del processo»; «Il rispetto della personalità nel processo» (conferencias pronunciadas en la Universidad Nacional de México, reunidas en un volumen intitulado «Processo e democrazia», Padua, 1954); «Processo e Giustizia» (en «Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale civile», de Florencia, 1950, Padua, 1953).

En tal terreno, la finura y sensibilidad que Calamandrei ha mostrado, cuidándose de las relaciones entre lo procesal y lo constitucional —de ello hablaré después—, le lleva a examinar meticulosamente las doctrinas procesales a que se imputó exceso sociológico —cito aquí a otro gran Maestro, también desaparecido y llorado; a James Goldschmidt—; si Calamandrei adoptó, con respecto a su doctrina, una posición, primero, de crítica (cfr. «El proceso como situación jurídica», en «Rivista di Diritto Processuale civile», 1927, I, trad. española de Sentís Melendo en «Estudios», cit.), más tarde, al asociarse al homenaje póstumo al Maestro germano («Un maestro de liberalismo procesal», en los vol. de la «Revista de Derecho Procesal», de Buenos Aires, dedicados en homenaje a Goldschmidt, 1951), se acerca considerablemente a él; su resumen de la obra del fallecido Profesor de Berlín puede aplicarse en gran medida a él mismo: «Es fácil —dice— cuando uno se pone a estudiar cómo se comportan en realidad en el proceso los hombres vivos, partes y jueces, caer en la sociología o en la psicología; pero la teoría de Goldschmidt, aun llevando la construcción dogmática hasta los límites extremos, más allá de los cuales comienza la investigación sociológica o psicológica, ha permanecido, sin embargo, en el campo del derecho, logrando, más que cualquiera otra, dar al proceso civil una reconstrucción jurídica adaptable y flexible, capaz de ajustarse a todos los accidentes de la táctica procesal, y de individualizar, con fórmulas apropiadas, su función específica».

A ello proveía Calamandrei que, sin prescindir de su formación cultural general y jurídica, entraba en la piel del «hombre de la calle», que, a través de él, pasa a ser, de un expediente polémico, una figura no ficta, sino viva, con la cual es peligroso dejar de contar.

La atención despertada en el profesor de Florencia por las instituciones políticas y sociales —históricas y actuales— (aunque en este

punto dice él mismo basarse mejor en el examen de la realidad social y su proyección en el campo de lo procesal), le llevó a escribir una pequeña monografía que personalmente estimo como de las más acertadas y brillantes de las suyas: «La relatividad del concepto de acción» (destinada a los Estudios en honor de Santi Romano; también en «Rivista di Diritto Processuale civile, 1939, I; trad. española, Sentis, en «Estudios», cit.). El «relativo» pesimismo que entre líneas pueda leerse en cuanto a la valoración de las doctrinas procesales halla su reacción más optimista en los últimos años de la vida del Maestro; las circunstancias sociales han evolucionado en sentido más favorable; la actuación de Calamandrei nos muestra cómo ya no estimaría a nuestro Don Quijote a modo de «un perturbado peligroso»; él mismo ha estado comportándose, a lo largo de muchos años, como un Don Quijote, personaje no incompatible con el «hombre de la calle», en quien Calamandrei pretende encarnarse a menudo por ser una constante en la Historia de la Humanidad.

El sentido de la Justicia y de sus aledaños lo manifiesta espléndidamente Calamandrei en extremados estudios—no sólo jurídicos—de las relaciones entre magistratura y abogacía, así como de la situación de la abogacía ante la Sociedad; «Demasiados abogados» (traducción española de Xirau, Madrid, 1926); «Elogio de los jueces escrito por un abogado» (tres ediciones; trad. española de la primera, por Sentis y Medina, Madrid, 1936; a punto de publicarse la de la tercera, en Buenos Aires); «De las buenas relaciones entre los Jueces y los Abogados en el nuevo proceso civil», trad. española Sentis Melendo, Buenos Aires, 1943; obras magistrales desde todos los puntos de vista, que encierran fuentes de sapiencia jurídica y social con la vista puesta en la Justicia.

La aportación de Calamandrei a la obra legislativa italiana fue trascendental: de gran intensidad su intervención en la preparación de lo que luego fue el «Codice di procedura civile», formando parte de una famosa Comisión con los Profesores Redenti y Carnelutti y con el Magistrado de Casación, Conforti.

Desde los inicios de la República italiana aportó su concurso como parlamentario, y en su obra puede verse la preocupación, que le llevaba hacia el Derecho constitucional, y aún más alto que éste, para fondear en puerto seguro una de las anclas del proceso.

«Hay que recordar—decía—que también el proceso es esencial-

mente el estudio del hombre: no olvidar jamás que todas nuestras simetrías sistemáticas, todas nuestras *elegantiae juris*, pasan a ser esquemas ilusorios si no nos damos cuenta que bajo ellos, de verdad y vivo, no hay más que hombres, con sus luces y sus sombras, con sus virtudes y aberraciones; no el testimonio en abstracto, sino aquel testigo veraz o mendaz; no el juramento, sino el escrúpulo religioso de aquel creyente o la indiferencia escéptica del no creyente que jura; no la sentencia, sino aquel juez con su ciencia y conciencia, con sus atenciones y distracciones; criaturas vivas, llenas, no de pura lógica, sino también de sentimiento y de pasión y de misteriosos instintos. Hoy se habla mucho en el campo del Derecho penal de la necesidad de tornar humanas las penas, y esta exigencia se expresa con una palabra elegante, hoy de moda entre los penalistas: «humanización». Yo preferiría llamarla «respeto al hombre», «respeto a la persona», y desearía que este «personalismo» (adopto una expresión actualmente corriente entre los filósofos) comenzase a corregir desde ahora mismo los excesos del abstractismo y del dogmatismo, incluso en el estudio del proceso...»

La solución de este problema, que una serie de ilustres juristas parece desesperar de hallar (y de ahí un movimiento pesimista), la buscaba el Maestro florentino por una dirección en que coincide con otras grandes figuras: «Esta es la vía a través de la cual podrán ser puestos en evidencia, como ya ha comenzado a hacer, en un ensayo magistral, el querido amigo uruguayo Eduardo Couture, los estrechos lazos que unen al Derecho procesal con el constitucional; en aquella parte proemial que en todas las constituciones de los Estados libres está dedicada a garantizar el respeto de la persona humana y la libertad de los ciudadanos, el proceso tiene una importancia preeminente» («Processo e Giustizia», 1950). Calamandrei captaba la trascendencia de la elaboración del ya desaparecido y también eminente jurista Couture (tendencia que modestamente ha seguido quien esto escribe). Ello llevaba al profesor de Florencia a mostrar su ansioso interés por el Derecho constitucional siempre que había ocasión (recuérdese ya uno de sus primeros trabajos: «Significado constitucional de las jurisdicciones de equidad», en «Archivio giuridico», 1921; trad. en «Estudios», cit.), y en especial por las construcciones positivas italianas y sus problemas, entre los que no es el menos grave el de las relaciones entre una nueva constitución, leyes correspondientes al

periodo y tendencias fascistas, y su aplicación por los Tribunales. El afán de su trabajo y amistoso le lleva en cierta ocasión a «que le salga un libro en vez de unas páginas» (carta al Prof. Redenti que precede a «La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile», Padua, 1950, con ocasión de los Estudios en honor de aquel Maestro). Recuérdense aquí, entre otros estudios, su introducción histórica al gran «Commentario sistematico alla Costituzione italiana» (por Barile y otros autores relacionados, Firenze, 1950), muestra de la agudeza con que Calamandrei interpretaba la evolución de la situación política y jurídica de Italia; «La Costituzione e le leggi per attuarla» (en el volumen «Dieci anni dopo», Laterza, 1955); «Vox constitutionis», «Sensibilità costituzionale», en su magnífica y famosa revista «Il Ponte», hasta «Corte costituzionale e autorità giudiziaria», uno de sus últimos trabajos, en «Rivista di Diritto Processuale» En. Mar., 1956, en el que imposta adecuadamente a la Corte costituzionale italiana y prevé y comenta sus relaciones con las autoridades judiciales; tuvo la fortuna el Maestro de ver en funcionamiento al Alto Tribunal italiano, por el cual tanto había abogado...

No nos puede extrañar que Calamandrei se alinee con quienes temían lo peor de una excesiva «publicación» del proceso como la acometida en la Alemania nazi (así, cfr. p. ej., «Abolizione del processo civile?», en «Rivista di Diritto Processuale civile», 1938; diversas recensiones a las tendencias procesales de una serie de autores germanos); se alineó, lógicamente, más cerca de Goldschmidt. No cayó en excesos sociológicos ni psicológicos: muestra de ello es su inolvidable «Il processo come giuoco» (en los escritos en honor de Carnelutti; también en «Rivista di Diritto Processuale», 1950), precaviendo el «abuso del proceso», sin perder el rigor constructivo científico ni la preocupación «personalística» por el proceso (recordemos, entre otros, también su «Verità e verosimiglianza nel processo civile» en la misma revista, 1955).

Para cualquiera que haya seguido o siga la trayectoria científica del Maestro desaparecido, aparecerá, a su vez, nitidamente un largo periodo de madurez, prontamente adquirida y conservada hasta los últimos tiempos de su vida; madurez que nos lleva a pensar siempre en su «relatività», relatividad no totalmente pesimista ni acientífica, ni con los caracteres de un Kirchmann; cabe mucho pensar en esta relatividad no sólo histórica, sino social, económica y psicológica del

proceso, sin que por ello, abandonando el terreno jurídico, renunciemos a construir científicamente, para cada momento, el proceso como parte del edificio total de un país o región histórica; relativismo con que Calamandrei pone en guardia frente a los peligros del orgullo dogmático y lógico; contra el peligro de que tales edificios queden vacíos de su contenido—si es que los dotamos de él—y se llenen, por sorpresa para el jurista, de otra sustancia inopinada que incluso pueda destruir su razón de existir; relatividad que no deja de consolar nuestros esfuerzos, unciéndonos como un eslabón más en la cadena de la historia de los hombres, cadena que precisa no desconocer, ni en los eslabones menos próximos en el tiempo y en el espacio, ni en los en contacto directo con nosotros, ni en cuanto a la calidad y vínculos de aquellos que se construyen y seguirán construyendo fuera del ámbito de nuestra personalidad.

Pero esta relatividad reconocida no supone desesperanza, repito, ni pesimismo a ultranza, ni pasividad, confiando—a veces, cómodamente—en potencias superiores o ajenas; supone en Calamandrei, a la inversa, la necesidad de poner en acción todos los resortes del intelecto y comprensión humanos, de volverse en torno, de examinar todos los posibles puntos—no sólo jurídicos—, no de salvación inmediata, pero sí de enlace que nos ayuden a continuar el camino en la obra de intentar la Justicia; así, enérgicamente, actúa, trabaja, vive y muere el Maestro.

Excede ya del carácter de esta obra el preocuparse de la índole de toda una serie de sus obras fundamentales al menos; de sus conocidas «Istituzioni»; de sus trabajos sobre el proceso cautelar, sobre el monitorio, etcétera. Mas quien haya conocido personalmente a Calamandrei habrá visto en él no solamente al autor de dichas obras, sino también, y en facetas muy elevadas de su personalidad, al autor del «Elogio a los jueces»; al celoso vigilante del Derecho constitucional; al enamorado de una concepción del Derecho que surge de obras como las de Cesare Beccaria (Calamandrei se cuida de reeditar su «*Dei delitti e delle pene*» en ed. sencilla pero bellísima—2.ª edición, Firenze, Le Monnier, 1950—, a la que pone un significativo y hermoso prefacio), sin disminuir por ello en su rigor en la simetría que con él alcanza nuevos matices; al estudioso de la Historia, y no sólo del Derecho, sino de toda la Civilización (recuerdo su interés y sus trabajos sobre la figura del genial Benvenuto Cellini); al literato

que nos sirve en su «Inventario della casa di campagna» una bella colección de recuerdos, de hermoso estilo, digno de antologías, descubriendo a la vez—a quienes no le conocieron—su carácter; al bibliófilo; al enamorado de Italia y de Florencia en especial; al artista, en fin, cuya obra se comprende no sólo como de ciencia, sino por su estética literaria que en no poco contribuye a su atractivo y posibilidad de comprensión.

Al gran Maestro, se unía un grande y leal amigo. No seré yo sólo quien no olvide su hospitalidad en Florencia y en su amada casa del mar, en «Poveromo»; su conversación, su finura espiritual, su sensibilidad, en fin.

Como en tantos otros casos, Florencia entregó al Mundo un grande hombre. Y como en tantos otros casos, se encargó también de entregarle los instrumentos con que grabar imperecederamente su nombre.

* * *

1. Desde hace ya bastante tiempo se percibe una lucha que se ha transmitido hasta nuestro tiempo en torno a la amplitud del recurso de casación español. Ya desde el siglo pasado se abrió camino la idea de que, o bien la «casación» debía ser simplemente una instancia más, o bien la de que, al recurso ya instaurado con ese nombre, debería abrirsele un cauce mucho más amplio, que lo haría derivar, en realidad, hacia la primera tendencia, esto es, hacia una tercera instancia con más o menos limitaciones. En cuanto a éstas, no puede decirse que exista acuerdo.

Frente a tales ideas se halla la posición de quienes pretenden conservar el recurso de casación tal como está, esto es, en lo que podríamos llamar hiperbólicamente «el máximo de su pureza», aunque esta pureza es muy relativa.

Por esto es de actualidad estudiar una vez más cómo se concibió y desarrolló el recurso en España; lo que sobre la materia se ha publicado, siendo muy meritorio, no pone, a nuestro entender, suficientemente de manifiesto cómo pensaban y actuaban los partidarios de la «casación más pura» (permitase esta expresión) frente a los más «moderados», esto es, a los que pretendían mantener una

instancia más, o transformar al Tribunal Supremo, ya desde su instauración en 1812, en un tribunal de instancia, desviando el nuevo recurso hacia uno más de los históricos de injusticia notoria o de segunda suplicación.

En esta situación se nos ocurre que sea interesante realizar un examen detenido de las ideas expuestas por los parlamentarios españoles en su actuación sobre el problema.

Son de mucho interés las palabras de GUASP sobre la explicación de la casación: se refiere a la «contingencia y relatividad que tiene la explicación dominante de la figura», esto es, a su explicación política.

A esa misma relatividad histórica de la fecundidad de los conceptos se ha referido en muchas ocasiones nuestro Maestro, CALAMANDREI, y a él hemos seguido nosotros mismos en múltiples ocasiones.

Pero es esa misma relatividad histórica, que rige a lo político como rige a lo jurídico, la que nos impulsa aún más por el camino que GUASP conoce, pero que no parece interesarle desde el punto de vista de los estudios procesales (aunque, por cierto, vemos que ahora ha insertado unas nociones de Historia del proceso en su última obra «Derecho Procesal civil»). Entendemos que no se puede fijar un buen camino para el futuro (y en este «bueno», naturalmente, también hay relatividad) si no se explican las causas de los movimientos presentes a través del estudio de su pasado; para pronosticar acertadamente, hay que diagnosticar, y, para ello, es preciso conocer la historia clínica del paciente. Esto es, el procesalista debe estudiar los antecedentes de cada estado legislativo y de opinión actual; no con ánimo de hacer arqueología del Derecho, sino de llegar al estudio de la situación actual sobre una base de conocimientos firmes.

Y este estudio, en lo que se refiere a la casación, entendemos que no puede desarrollarse examinando otra cosa, fundamentalmente, que los puntos de conexión entre lo jurídico y lo político. Pues omitirlo sería descuidar el hecho histórico de que el recurso de casación, actualmente piedra clave del edificio jurisdiccional de tantos Estados, tuvo, aparte de un nacimiento indudablemente basado en un movimiento político determinado, un desarrollo interferido e influido en muchas ocasiones por motivaciones políticas. Apareció como resultado del desarrollo inmediato de principios o bases normativas constitucionales, sentadas a su vez como consecuencia de fenómenos

históricos de enorme envergadura, a los cuales se quería favorecer, o bien combatir—desde el punto de vista contrario—por medio de armas potentes. En este último caso está el fenómeno histórico de la lucha contra la unificación o confusión de los poderes estatales en una sola persona o entidad, combate que aún no ha terminado actualmente.

2. Asistimos, lo creemos cierto, a un fenómeno histórico que pudiéramos denominar de «desnaturalización política» o de «despolitificación» de la casación. Pocos serían los juristas españoles que pretendieran, hoy, tornar a un sistema de «casación pura» como el concebido por los teóricos franceses de 1789, a no ser que este sistema se reconstruyera con independencia de lo que hoy llamamos «casación». Y, aún así, es muy posible que, otro fenómeno histórico aparecido como consecuencia de la aplicación de los principios de la Revolución francesa (esto es, el de haberse restituido a su esfera propia el Poder Judicial, entonces tan temido, no siendo en la actualidad intenso el temor de que cometa invasiones del terreno de los demás Poderes estatales), hiciera inútil esta reconstrucción.

Y para desarrollar este tema hemos creído fundamental, como se insinuó, el examen de las discusiones parlamentarias españolas sobre puntos fundamentales de nuestro recurso.

En estas discusiones hallamos como protagonistas a elementos de diversas escuelas y tendencias políticas que, de modo natural, suelen inclinarse insensiblemente o sensiblemente en materia de casación, hacia las seguidas desde el punto de vista político por la tendencia política a que ellos están ligados.

Recuérdese aquí la brillantísima exposición y consecuencias que CALAMANDREI extrajo de la discusión en la Asamblea francesa en 1790; querriamos aspirar a desarrollar aquí, para España, lo que el desaparecido Maestro hizo para Francia.

La interferencia de los problemas constitucionales en materia de casación, en España, ha sido casi constante; bien el recurso (u otro supremo de cuyo tipo nos ocuparemos ahora) penetraba a través de una Constitución, en cuyo caso la discusión de su proyecto se desarrollaba en el seno de la discusión constitucional; bien, en otra ocasión, se discutía sobre la casación en un momento en que España estaba elaborando una nueva Constitución a través de su Parlamento, dán-

dose el contrasentido de que apareciera la garantía antes que el derecho (nos referimos a la LEC de 1855); bien, como consecuencia de procederse a elaborar una ley sobre casación con anterioridad a las Leyes Orgánicas del Poder Judicial (en 1870), aquella ley tendría carácter «provisional» con todos sus inconvenientes. (Y nótese, que alguna Constitución española había declarado a las leyes de organización de los Tribunales como parte integrante de la Constitución: art. 92 de la «nonnata», de 1856.)

Si reunimos a estos factores históricos el hecho de que a partir de Cádiz se siguió, en general, un sistema político que aceptaba como propios e informantes no pocos dogmas correspondientes a la Revolución francesa, expresándolos constitucionalmente, comprenderemos la trascendencia que tiene el examen del espíritu de los legisladores españoles en cuanto al recurso de casación, puesto que así contemplaremos con mejor perspectiva su obra, vista por ellos como políticos, como juristas doctrinales y prácticos, como intérpretes de anhelos del Foro y Magistratura, como jueces y justiciables, como hombres y españoles, en fin.

Esta tarea, que debería llevarnos a recorrer todos los Parlamentos españoles en que se discutieron temas de casación, ha de limitarse, por el momento, desgraciadamente, al examen de lo ocurrido en las Cortes de Cadiz (1810-1813), en donde surge el Supremo Tribunal de Justicia, y un recurso llamado de «nulidad» en que se ha querido ver, o una casación o el origen de la misma en España.

El enorme interés de estas Cortes y la trascendencia de su trabajo en cuanto a dicho recurso para el desarrollo posterior del recurso de casación nos ha movido a examinar detenidamente cuanto en ellas se refirió al recurso de nulidad. Es el pulso de estas Cortes el que nos puede guiar a través de todo el siglo XIX hasta la actualidad, para darnos razones de la diversidad de tendencias sobre el actual recurso. Si allí se imaginó una casación pura, ésta se desvirtuó; pero más lógico es que si ya se imaginó un recurso que no era el de casación o una casación desvirtuada en cuanto a sus premisas políticas necesarias, la evolución desde este punto de partida nos llevase mejor hacia un tipo de medio de impugnación más abierto hacia la esencia de una instancia más.

No hemos sido capaces de resumir en pocas palabras el contenido de las discusiones; en esta materia la síntesis sería peligrosísima;

hay que oír a los legisladores y comentar sus palabras textuales. De aquí la imposibilidad de salir de estas solas Cortes en el marco de tiempo fijado para una conferencia. Nuestra labor continuará, desde luego, pero creemos que nunca se podrá sintetizar excesivamente sin peligro de desvirtuarla; es de enorme extensión el tema planteado.

3. Toda una serie de autores españoles se refieren al recurso de nulidad introducido para ante el Tribunal Supremo por la Constitución de Cádiz: A), como origen de la casación; B), como ya una casación; C), como un recurso análogo a ésta. Recordemos, entre muchos otros, en cuanto a la primera tendencia, a PRIETO, GÓMEZ ORBANEJA, PLAZA; en cuanto a la segunda, a GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, a PANTOJA, a LASTRES, a REUS, a MANRESA, a FÁBREGA; en cuanto a la última, al Diputado PORCEL en 1813, a VICENTE Y CARAVANTES, a ORTIZ DE ZÚÑIGA. Nótese que en esta incompleta relación hay nombres de gran influencia en materia legislativa; añadamos el constante recuerdo, en discusiones parlamentarias posteriores, del recurso de nulidad de 1812, como entrada de la casación en España.

Esto justifica que estudiemos si aquel recurso se podía identificar o era análogo a la casación originaria francesa en alguna de sus manifestaciones; y si no lo era, cuál era el objetivo que los legisladores de Cádiz se propusieron, y cómo sustituyeron el mecanismo francés de la casación a efectos de garantía de separación de los Poderes estatales.

4. Recordemos aquí los motivos básicos de la instauración en Francia del recurso de casación por la Asamblea Constituyente en 1790: protección de los principios supremos de separación de los Poderes estatales y de la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

El principio de separación de poderes, para evitar los excesos que el Poder judicial había cometido durante el «ancien régime»; tanto los habían cometido los Parlamentos contra las Ordenanzas emanadas del Rey, como el propio «Conseil des parties» —origen de la casación— que vino a llegar a ser un instrumento arbitrario del despotismo absolutista.

Hay que observar aquí que los legisladores de 1790 y posteriores dirigieron a la casación solamente contra posibles abusos del Poder judicial frente al Legislativo, mas no a la recíproca. Aquí hay que

hallar una de las razones históricas de la profunda evolución experimentada por el recurso de casación desde entonces, pues al disminuir ese temor al Poder judicial la institución se desvirtuaba en su pureza. Esto es lo ocurrido, en síntesis, en Francia.

Mediante la implantación del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley se trataba de conseguir, entre otros resultados, el de evitar que la ley, la «ley» rousseauiana, pudiera asumir significados diversos en su aplicación a los casos concretos. La interpretación judicial del Derecho constituía, a los ojos de los revolucionarios, un peligro contra ambos principios.

Siendo la prístina función de la casación la de defender, mediante su control al Derecho objetivo (nomofilaquia), su función de regular la interpretación del Derecho objetivo a través de la unificación de la jurisprudencia, aparece con posterioridad a la primera. Y esto es lógico, pues los revolucionarios evitaban dicha interpretación por medio del «référé» al legislador, esto es, bien una consulta por el tribunal al Poder legislativo para que éste interpretase auténticamente una ley dudosa, bien por medio de una anulación e interpretación auténtica formuladas por este Poder después de dos recursos de casación iguales sobre fundamentos iguales.

Recordado ya que la primitiva función de la casación francesa revolucionaria fue la de controlar la aplicación del Derecho objetivo en defensa del mismo contra posibles abusos de los tribunales, pasemos a examinar algunos textos de la Const. de Cádiz:

El principio de separación de poderes aparecía en los artículos 15, 16 y 17; este último decía:

«La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los Tribunales establecidos por la Ley.» No dio lugar a discusión alguna este artículo; la desconfianza de las Cortes se manifestó al discutirse el artículo 15, con respecto al Rey. Y los hechos demostraron, en 1814 y en 1823, cuán fundada era esta desconfianza de toda una serie de Diputados si pensaban en Fernando VII.

Este principio se desarrolló en el Título V de la Constitución; el artículo 242 reproducía en esencia al 17, y el 243 contemplaba el problema desde la vertiente de los Poderes legislativo y ejecutivo; el 244 fijaba la uniformidad de las normas procesales ante todos los Tribunales.

El artículo 259 creaba un Supremo Tribunal de Justicia, y el

261 fijaba las facultades del mismo, muy heterogéneas. Entre ellas interesa específicamente la 9.ª:

«Conocer de los recursos de nulidad que se interpongan contra las sentencias dadas en última instancia para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad de que trata el artículo 254. Por lo relativo a Ultramar —añadía—, de estos recursos se conocerá en las Audiencias en la forma que se dirá en su lugar.»

Y es completada por la 10.ª atribución del Supremo Tribunal de Justicia, que estimamos ha sido descuidada en su estudio:

«Oír las dudas de los demás Tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere, para que promueva la correspondiente declaración en las Cortes.»

En el primer inciso del artículo 261, 9.º, aparece el famoso recurso de nulidad; el artículo 254, al que hace referencia, dice:

«Toda falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal hace responsables personalmente a los jueces que la cometieren.»

5. Este artículo (254) fue aprobado el 20 de noviembre de 1811, sin que se hiciera en la discusión mención alguna sobre su posible relación con el futuro 261, 9.º, en cuanto a la amplitud de las nulidades en el proyecto de éste previstas. Recuérdese este hecho, que después surgirá su trascendencia.

Pero de la discusión pueden extraerse consecuencias de estas manifestaciones del Diputado LUJÁN sobre la responsabilidad judicial:

«Esta responsabilidad tan apetecida —decía— será nula si en algún caso deja la ley a los jueces guardar o no la formalidad que debe arreglar el proceso; si queda en arbitrio extender o restringir los términos o dilaciones de las causas; y en una palabra, si no se dispone que la ley sea solamente la que regule los litigios, la que conceda sus términos y la que señale todas las formalidades que debe haber en todas y cada una de sus complicadas y variadas actuaciones...»

«El Juez es una ley que habla», resumía. Recordemos palabras semejantes en boca del Canciller D'AUGUESSEAU, autor del Reglamento francés de 1738 y precursor del recurso de casación Revolucionario.

Apunta en LUJÁN el clásico argumento de la arbitrariedad de los

jueces al interpretar disposiciones dudosas o vagas, argumento básico contra el que en Francia se elevó como dique, la casación, pero con esta fundamental diferencia: la casación francesa, por sus fundamentos doctrinales, tendía predominantemente a combatir la interpretación de las leyes materiales; la Constitución de Cádiz (y la argumentación de LUJÁN no se sale de este punto, lo que es de gran interés) se dirige a combatir los abusos en la interpretación de las leyes procesales.

Reiteramos, además, la observación ya hecha de que en la discusión del artículo 254 ni LUJÁN ni ningún otro de los intervinientes (CALATRAVA, ANER, ESPIGA, DOU, CREUS, ZORRAQUÍN, ARGÜELLES, VILLAFANE, ZUMALACÁRREGUI, VILLAGÓMEZ, MENDIOLA, MORALES GALLEGO y AZNÁREZ) hicieron mención alguna del problema de las nulidades a que se iba a referir el artículo 261, 9.º, en relación con el que se discutía; por lo que en su momento se habrá de interpretar éste literalmente, entendiéndose que *toda* infracción de ley procesal podía dar lugar al recurso de nulidad.

El párrafo 10 del artículo 261 es de gran interés, aunque no se refiera directamente al recurso de nulidad: «Oír las dudas de los demás Tribunales sobre la inteligencia de alguna ley y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere para que promueva la conveniente declaración en las Cortes».

Se trata, a nuestro entender, de una manifestación de la figura del «référé législatif facultatif» francés fijado en el Decreto de 16 de agosto de 1790, artículo 12, Título II, destinado a evitar que tales dudas movieran a cualquier tribunal a una interpretación abusiva de la ley; a tal efecto, se dirigía consulta por el Tribunal al Poder legislativo para que éste produjera una interpretación.

Pues bien, el artículo 131, 1.º, de la Constitución de Cádiz, refiriéndose a las facultades de las Cortes, les concede la de «proponer y decretar las leyes e *interpretarlas* y derogarlas en caso necesario».

Este «référé» legislativo, que creemos ha sido olvidado por los procesalistas, nos da un camino de garantía política que viene a sustituir en no escasa medida a la constituida por la casación en Francia; aquí, la garantía de la separación de los Poderes estatales se defiende no al Judicial (casación), sino al Legislativo. El artículo 261, 10.º, en relación con el 131, 1.º, nos da la clave del porqué no hay en la Constitución de Cádiz un recurso de casación por «viola-

tion de la loi», si bien con este sistema no dejan de abrirse lagunas.

Ni el artículo 261, 10.º, ni el 131, 1.º, dieron lugar a discusión. En el 131, 1.º, se trató brevemente sobre la palabra «proponer», mas no sobre el «interpretar», por VILLANUEVA y MUÑOZ TORRERO.

6. Entrando en el examen del artículo 261 de la Constitución hay que hacer constar ante todo que, aun prescindiendo de la naturaleza del recurso previsto en su párrafo 9.º, no era un Tribunal de casación puro: basta ver sus atribuciones en materia de conflictos de competencia y criminales para conocer y juzgar de delitos cometidos por altas personalidades políticas, etcétera.

En la discusión sobre el Supremo Tribunal de Justicia (artículo 259), el CONDE DE TORENO, repitiendo una vez más el tema del temor a posibles abusos del poder judicial («leit-motiv» de la casación francesa), decía:

«La potestad legislativa es la menos temible de todas; la remoción frecuente de sus individuos, elegidos por los ciudadanos; la publicidad de sus sesiones... y lo numeroso de su corporación, reunida en un solo punto..., hacen muy difícil se desmande en perjuicio suyo por la naturaleza de su forma». «No así las potestades ejecutiva y judicial, especialmente la última.» (Sesión de 21 de noviembre de 1811.)

El temor manifestado por el CONDE DE TORENO con motivo de las atribuciones penales del Tribunal Supremo de Justicia se justificaba en una oración de MORALES GALLEGO, hablando de la necesidad de «poner una regla fija en el sistema judicial para que tengan término los pleitos», que era «asunto que, en verdad, requiere una reforma tal que evite en lo sucesivo la arbitrariedad de los jueces, nacida en gran parte de la confusión de las leyes. Ésta, y el abuso que se ha hecho de ellas, introdujeron la mala costumbre de que el Consejo (entiéndase de Castilla) avocara a sí el conocimiento de muchos negocios, arrebatando los autos de los tribunales territoriales por medios no conocidos, y atribuyéndose facultades muchas veces contrarias a las leyes». (Sesión de 28 de noviembre de 1811.)

Téngase en cuenta la «Planta» del Consejo de Castilla y su actuación confusa; la posición de MORALES GALLEGO es paralela a la de los representantes franceses opuestos al «Conseil des parties» en la Asamblea Constituyente.

Aprobado, tal como está el párrafo 9.º del artículo 261, ZORRAQUÍN propuso una adición muy interesante.

Hela aquí textualmente:

«Pertenece igualmente al Supremo Tribunal de Justicia el conocer (por el recurso que se estime más conveniente) del abuso que los jueces hicieran de su autoridad en la mala aplicación de las leyes en la tercera instancia, a efectos de reparar el agravio que con esta determinación se causaría, y exigir la más estrecha responsabilidad de los jueces por el cumplimiento sustancial de sus deberes.»

Fijémonos bien en la frase «abuso que los jueces hicieran de su autoridad en la tercera instancia, a efectos de reparar el agravio que con esta determinación se causaría».

¿Estábamos ya nada menos que ante un proyecto de instauración de lo que luego se llamó en España «Recurso de casación por infracción de ley», aumentando en ella el interés particular y teniendo ya el Tribunal Supremo jurisdicción positiva?

No, no era éste el caso. ZORRAQUÍN estaba imbuido por la idea de convertir al Tribunal Supremo en un Tribunal de instancia, idea que se transmitió hasta nosotros a través de todo el siglo XIX; comenzaba ya la lucha entre la tendencia «casacionista más pura» (permitase de nuevo esta expresión, también relativa) y la favorable a un recurso supremo más o menos emparentado con una instancia. Él mismo lo reconoció, al rectificar, diciendo no haber pretendido referirse «precisamente al recurso de injusticia notoria ni a otro alguno, sino que sólo al ciudadano agraviado por la tercera instancia quedase el arbitrio de una cuarta instancia». («Diario de Sesiones» del 30 de noviembre.)

La adición de ZORRAQUÍN se discutió con el artículo 262, referente a que todas las causas civiles y criminales fenecieran en el territorio de las audiencias. En la discusión se manifestó, por boca de ANER, la necesidad de crear una cuarta instancia ante el Tribunal Supremo para los casos en que la Sala de revista de la Audiencia revocase las dos sentencias anteriores; se manifestó una especie de cálculo de probabilidades según la combinación de los resultados de las sentencias de instancia por su orden, con escasa altura jurídica; se oponía MORALES GALLEGO a la admisión de un recurso de injusticia notoria ante el Tribunal Supremo, imbuido por el temor a los abusos suce-

didos con el Consejo de Castilla; rectificaba ARGÜELLES, por la Comisión:

«El recurso de nulidad—decía—tendrá solamente lugar en los casos en que no se observen en la tercera instancia las formalidades que la Ley prescriba para el examen de las causas». «Declarada la nulidad—continuaba—, el proceso se devolverá a la Audiencia respectiva...» No dejando de protestar contra el recurso de injusticia notoria, en términos crudísimos en cuanto a su nombre, proponiendo, naturalmente, su supresión.

En la discusión de la adición de ZORRAQUÍN se reprodujeron parecidos argumentos, y su propuesta fue rechazada, desapareciendo así los recursos de injusticia notoria y segunda suplicación, lo mismo que desaparecía el Consejo de Castilla. El único recurso de que conocería el Supremo Tribunal de Justicia sería el de nulidad, sin que haya en la Constitución texto alguno, ni en su discusión indicio de ningún género que permita mantener por el momento postura diferente.

Todo lo expuesto deja perfectamente claro que en la discusión, centrado el problema sobre el de las instancias, no se hizo alusión alguna al recurso de casación, y menos al de casación por infracción de ley; el recurso de nulidad fue explicado por ARGÜELLES como limitado a controlar por el Supremo Tribunal de Justicia «la observancia en la tercera instancia de las formalidades que la ley prescriba para el examen de las causas», y así quedó también este recurso en el Reglamento de Tribunales de 9 de octubre de 1812.

7. A la vista de este panorama histórico intentaremos interpretar doctrinalmente la labor de las Cortes.

Según CALAMANDREI, el hecho de admitirse en Francia, por el Decreto de 27 de noviembre-1.º de diciembre de 1790, el recurso de casación por causa de «un procedimiento en el que se hayan violado las normas procesales» siempre que se trate de «formas procesales prescritas so pena de nulidad», desnaturalizaba el sentido político de tal recurso.

En efecto, esta ordenación tenía su base en el pensamiento de que también las normas procesales eran leyes que el Juez debía respetar. Pero era esto lo que desnaturalizaba políticamente a la casación, por no tener en cuenta la profunda diferencia existente,

desde el punto de vista político, entre la violación de la ley cometida por el Juez «in judicando» y la cometida «in procedendo»; la primera constituía un abuso de la facultad de «declarar» la ley, lo que constituye el oficio característico y exclusivo del Juez, mientras la segunda no difiere de la simple inexecución de un precepto jurídico que puede ser cometida por cualquier funcionario o por cualquier ciudadano, de suerte que sólo en la primera podía verse el abuso del Juez frente a la voluntad del legislador, abuso a que tanto temía la Revolución francesa, y que fue precisamente la base de la casación.

Esta confusión de los juristas revolucionarios franceses provenía de la confusión ya sufrida por el «ancien régime», para el cual, en toda violación, por los Tribunales, de Ordenanzas reales, había un error «in procedendo» por cuanto que se actuaba de modo diverso a como ellas ordenaban, «proceder».

Al tratar el Tribunal de casación francés de 1790 anulaciones por errores «in procedendo», entraba a examinar la relación procesal viciada, entraba en el conocimiento de los hechos, puesto que debía dedicarse a examinar cuál habría sido el hecho del juez que constituía tal error, y solamente podía anular cuando esta investigación de los hechos diera resultado positivo. Ahora bien, con ello el Tribunal de Casación se salía de su principio general: «En matière de cassation, le Tribunal ne pourra jamais connaître du fond des affaires» (art. 20, Cap. V, de la Constitución de 1791). Además de esta consideración, que el Maestro italiano basa en su concepción sobre la actividad del juez al aplicar normas procesales a lo largo del juicio (y que plasmó en su aguda crítica a BELING sobre la distinción de los errores «in judicando» y los errores «in procedendo»), la desnaturalización política de la casación, ya producida por esto, se aumentaría si solamente se admitiera la casación por algunos errores procesales, esto es, «por los cometidos sobre normas prescritas bajo pena de nulidad»; y esto, por la razón de que, de aceptar en principio la idea de la casación por quebrantamiento de forma, habría que extenderla a la de todas las normas procesales, por mostrarse en todos los casos la voluntad de violar la ley.

Al admitir, pues, la casación por infracción de normas procesales, el recurso francés se desnaturalizaba políticamente, y aún más, pasando de un criterio político a otro procesal, si solamente se aplicase a la violación de ciertas normas procesales y no a la de todas ellas.

Aplicando estas ideas al recurso de nulidad español de 1812, recordemos que en él se hace remisión al artículo 254, y que éste se refiere a «*toda* falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso», por lo que el recurso puede impostarse en el primer estadio de desnaturalización política a que se refiere CALAMANDREI.

Añade el profesor italiano, comentando el Decreto de 1790 y la Ley de 24 de Brumario del año IV, que, cuando la casación era pronunciada por error «in procedendo», el juez inferior estaba obligado a observar la formalidad procesal cuya inobservancia había sido puesta de manifiesto por el Tribunal de casación: decía este texto que «en los casos en que el procedimiento haya sido casado, será recomenzado a partir del primer acto en que las formas no hubieran sido observadas»; reposición al estado anterior, según la clásica fórmula española.

Para nuestro caso, ARGÜELLES, el miembro de la Comisión que mejor sentido jurídico demostró a lo largo del debate, decía:

«Declarada la nulidad, el proceso se devolverá a la Audiencia respectiva, para que, repuesta la causa a su anterior estado, se vuelva a ver por el Tribunal que la cometió.»

Con esta frase se muestra cómo el recurso de nulidad no solamente atendía al interés público en exigir responsabilidad a los Magistrados de instancia, sino también al de las partes; el proceso se recomenzaba y terminaba de nuevo.

Es preciso formular claramente esta aseveración de ARGÜELLES, pues contribuye a aclarar la finalidad del recurso, que, según algún autor, tendría como única finalidad la de exigir la responsabilidad de los Magistrados, sin examinar con mayor detenimiento la importancia de las expresiones «reposición» y «devolución a la Audiencia» del proceso.

La solución pensada por ARGÜELLES aparece también plasmada en el Reglamento de Tribunales dictado por las propias Cortes el 9 de octubre de 1812; en él se previene que las partes han de ser emplazadas ante el Supremo Tribunal de Justicia para que «usen de su derecho» (art. 54, Cap. I); esto es, se da apertura al interés individual—no contemplado, fijémonos bien, por la primitiva casación francesa—; se previene también la ejecución provisional de las sentencias recurridas, bajo fianza (art. 48) «de estar a las resultas si se mandase reponer el proceso»; esto es, el proceso no había ter-

minado con el recurso; su finalidad no era solamente la de exigir responsabilidad a los Magistrados, sino también la de, provocada la nulidad, su reposición al estado y tribunal anteriores para su nueva instrucción.

La extensión del recurso de nulidad del artículo 261, 9.º, casi textualmente, a los Tribunales inferiores, por obra del citado Decreto, en su artículo 13, párr. 8.º, contribuyó también a demostrar que, al anular, el Tribunal Supremo no actuaba como un genuino Tribunal político de casación, sino como otro Tribunal cualquiera.

Así, pues, conociendo el Supremo Tribunal de 1812, de los «recursos de nulidad», no efectuaba una labor casatoria, según había sido pensada por los revolucionarios franceses de 1790.

Ello resulta de la propia «desnaturalización política de la casación» que aparece al admitírsela por quebrantamiento de forma, de un lado, y del otro, del hecho, que surge en la Constitución de Cádiz, de combatirse el temido peligro de abuso del Poder judicial en la interpretación de las leyes materiales (causa genuina de la casación) no mediante un recurso, sino por un «référé» al legislador, por la consulta que a través del Tribunal Supremo se le había de efectuar por intermedio del Rey, para que el primero, de acuerdo con la facultad del artículo 131, 1.ª, interpretase la ley dudosa.

8. Así, pues, lo que por algunos se ha llamado «casación española» del artículo 261, 9.º de la Constitución de Cádiz, era una garantía procesal ascendida a la categoría política fundamental, pero muy escasa relación tenía con la verdadera casación política francesa y con sus motivos causales de aparición.

Podría decirse que, habiendo entrevisto o visto la Comisión de Constitución los dos caminos de elaboración de una garantía jurídica (de control de la observancia respectiva de las normas procesales de un lado, y de las normas materiales del otro), eligieron para aquel control, una solución que los legisladores franceses habían adoptado para este último caso, para la protección del Derecho objetivo material, y, en cambio, para esta protección, acudieron a abrir la vía interpretativa al Cuerpo legislativo, a través del «référé» del artículo 261, 10.º y del 131, 1.º

Esto es: si los legisladores de Cádiz previeron la necesidad de un mecanismo de control de la actividad de los Tribunales para ga-

rantizar la separación de los Poderes estatales ya instaurada, no lo desarrollaron, ni mucho menos, como sus compañeros franceses de 1790. La función fundamental que éstos le atribuyeron desde el punto de vista político, fue en España atribuida al Cuerpo legislativo; y la que desnaturalizaba políticamente a la casación fue exactamente la que se atribuyó al Supremo Tribunal de Justicia, pero con acusados matices privatísticos, de amparar también el interés de las partes.

Anotemos, por último, en cuanto a la discusión de la Constitución de 1812, el alto interés del movimiento a favor de ulteriores instancias, propendiendo a que el nuevo Supremo Tribunal de Justicia viniera a ser uno más de éstos; ello muestra el comienzo de una vía que se continúa a través de todo el siglo XIX, con impulso bastante para llegar hasta nuestros días; impulso que no logran frenar los que eran partidarios de una recepción total de la casación francesa. (Aunque fuera una casación a su vez ya muy evolucionada desde 1790.) El hecho de que este esfuerzo fuese de pocas consecuencias prácticas frente al primero puede tener una de sus razones motrices en la visión que ya tenían del problema de las atribuciones del Tribunal Supremo muchos de los legisladores de Cádiz.

9. Las Cortes continuaron su trabajo sobre el establecimiento del Supremo Tribunal de Justicia. En sesión de 20 de enero de 1812, el CONDE DE TORENO pedía que la Comisión correspondiente presentase un proyecto sobre el mismo; en la sesión de 17 de marzo de 1812—dos días antes de la solemne Promulgación de la Constitución—se presentaban las propuestas de cuatro Decretos (cuatro: uno, para el Tribunal Supremo de Justicia; otro, para el de Marina y Guerra; otro, para el Tribunal de Órdenes, y el último, para el especial de Hacienda): un paso más en el camino de despolitificación de la supuesta casación por lo especial de los demás tribunales superiores; desigualdad de los ciudadanos por razón de su estado o actividad.

En dos Decretos de 17 de abril de 1812 se fijaba el modo de nombrar los Magistrados del Supremo Tribunal de Justicia y las cualidades que habrían de reunir; se hacía alguna referencia a las atribuciones del Alto Tribunal, pero sin aclarar nada en cuanto al recurso de nulidad.

El 20 de junio de 1812, con ocasión de su instauración, pronunciaba solemne discurso el Presidente del nuevo Tribunal Supremo —el primero de la larga lista—, D. RAMÓN DE POSADA Y SOTO; este señor no hizo referencia alguna al recurso de nulidad. Al día siguiente, las Cortes iniciaban la discusión de un proyecto de Reglamento de Audiencias y Juzgados de primera instancia, que había de contener normas sobre el recurso de nulidad.

10. La discusión fue muy prolija y confusa, y con razón. No es posible que unos ciudadanos deliberen con tranquilidad y dediquen plena atención al estudio de estos y otros problemas jurídicos cuando de vez en cuando se interrumpe el debate para que las Cortes conozcan acontecimientos históricos tan retumbantes, en los sentidos figurado y propio de la palabra, como la batalla de Arapiles.

Los artículos referentes al recurso de nulidad pasaron prácticamente sin discusión, la cual se centró, en general, sobre problemas de organización judicial. (Sesiones desde el 22 de julio de 1812, con intermitencias.)

El artículo 47 afirmaba la competencia exclusiva del Supremo Tribunal de Justicia para conocer de los recursos de nulidad «que se interpongan de las sentencias de revista de las Audiencias de la Península e Islas adyacentes, o de las de vista que causen ejecutoria».

El problema, como se ha insinuado, se resolvía de otro modo cuando se tratase de recursos de nulidad de Ultramar; en tal caso eran conocidos por otra de las Salas de la Audiencia, o por otra Audiencia, según los casos (artículo 268 de la Constitución), lo cual nos indica por otra vía la diferencia notable de este recurso con el de casación propiamente dicha.

Tiene interés para nosotros, especialmente, lo que prevenía el artículo 269 de la Constitución sobre el recurso de nulidad en Ultramar: «Declarada la nulidad, la Audiencia que ha conocido de ella dará cuenta, con testimonio que contenga los insertos convenientes, al Supremo Tribunal de Justicia, para hacer efectiva la responsabilidad de que trata el artículo 354».

Aquí, las labores de anular y reponer se encomiendan, evidentemente, a la Audiencia de Ultramar, y la de exigir responsabilidad a los Magistrados, al Supremo Tribunal, en la Península. ¿Qué haría la Audiencia con el proceso ya repuesto al estado anterior al acto

nulo? Entendemos, por los argumentos ya expuestos y los que aún se expondrán, que debía continuarse, a partir de tal momento, por el Tribunal que lo cometió.

Ya hemos visto también cómo en el Decreto de 9 de octubre se prevenía la ejecución provisional de las sentencias recurridas en nulidad, bajo fianza, para estar a las resultas en caso de reposición del proceso y de su devolución al inferior; el efecto que ocurre a la mente de modo más directo es el de continuar el proceso, y para estar a las resultas de esta continuación y de la nueva resolución es para lo que se exigiría la dicha fianza. Queda claro que el recurso de nulidad impedía la formación de cosa juzgada.

El artículo 53 se refería a la interposición del recurso de nulidad en la Sala de la Audiencia en donde se hubiera causado la ejecutoria, en el plazo de los ocho días siguientes a la notificación de la sentencia (lo que también indica que se trataba de oponerse a la formación de la cosa juzgada); el 54, a la admisión del recurso por la Sala y remisión de los autos originales al Supremo Tribunal de Justicia, con citación de las partes «para que acudan a usar de su derecho», según su expresión, quedándose la Sala con testimonio a petición de parte. Y poco más hay de interés en este Reglamento en cuanto al recurso de nulidad ante el Tribunal Supremo.

Es de interés el artículo 13, párrafo 8.º, de este Decreto, sobre las facultades de las Audiencias: «Conocer de los recursos de nulidad que se interpongan de las sentencias dadas por los jueces de primera instancia en las causas en que, procediéndose por juicio escrito, conforme a derecho, no tenga lugar la apelación; cuyo conocimiento será para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad de que trata el artículo 254 de la Constitución».

En relación con este texto hay que notar, ante todo, que se utiliza casi la misma expresión gramatical que en el artículo 261 de la Constitución, lo que indica el ánimo del legislador de extender el recurso de nulidad a otros Tribunales.

Con ello queda eliminada la idea de que este recurso pudiera tener su base en infracción de normas materiales (la «violation de la loi» de la casación francesa). Y de otro lado, en este caso, el recurso de nulidad queda reducido a una especie de «apelación por quebrantamiento de forma» ante las Audiencias; se encomienda a

estos órganos, Tribunales característicos, sin que en torno a ellos surjan dudas como las que surgieron y fundadas en torno a la calidad de organismo jurisdiccional del Tribunal de Casación francés primitivo. Una vez más, con esto, caen por su base todas las demás posibles elucubraciones en torno al artículo 261, 9.º, y su posible relación con el recurso francés originario. El pensamiento de los legisladores se aclara; el recurso de nulidad español tiene un móvil fundamental que no es el de la casación francesa, y que, según algunos autores, lo desvirtúa además.

El recurso de nulidad de 1812 parecía que habría de aplicarse también a los juicios criminales, puesto que también se refería a las normas del proceso penal el artículo 254; mas no fue así. La Ley de 17 de junio de 1813, con objeto de que el castigo del delincuente fuese pronto, y a fin de evitar la posible abundancia de recursos derivada del deseo de diferir el cumplimiento de las condenas, excluyó al juicio penal de la posibilidad de dicho medio de impugnación; un paso más hacia la impostación de tal recurso como medio particular, no general, como una casación debía haber sido.

11. Terminando ya: podemos sentar las siguientes conclusiones que a otra mejor argumentación se someterán:

1.ª Los legisladores de Cádiz, aun mostrando su temor hacia posibles abusos del Poder judicial contra el Legislativo, no sintieron este temor en la medida de los legisladores franceses de 1790, si bien habían aceptado el principio político de separación de los Poderes estatales, al igual que ellos.

2.ª El temor hacia la arbitrariedad de los jueces se hizo sentir más bien con respecto a las normas procesales y su aplicación.

3.ª Las Cortes no previeron ningún recurso contra la violación por los jueces y Tribunales de normas materiales (errores «in judicando») con vistas a evitar su interpretación; antes bien, incluso suprimieron los antiguos recursos de injusticia notoria y segunda suplicación ante el Consejo de Castilla.

4.ª Las Cortes previeron, con el fin de evitar la interpretación de leyes dudosas que pudieran llevar a los Tribunales al abuso, un sistema de «référé» al legislador, por medio de consulta del Tribunal Supremo de Justicia a través del Rey, para que las Cortes mismas procedieran a tal interpretación.

5.^a Las Cortes regularon un recurso de nulidad que atendía solamente a controlar la observancia de todas las normas procesales hecha en el Tribunal inferior y en la última instancia, considerando no sólo el interés público a través de la exacción de responsabilidad a los Magistrados culpables, sino también el privado, por la reposición del proceso al estado anterior y devolución al Tribunal inferior para que lo continuase y sentenciase de nuevo.

6.^a Este objetivo, a conseguir a través del Tribunal Supremo de Justicia, lo extendieron también a favor de las Audiencias en los casos en que los jueces de primera instancia sentenciasen en juicios que careciesen de apelación.

7.^a Este recurso, concebido en tales términos, sólo podría compararse al de casación francés por violación de formas, esto es, a aquel que por el hecho de aparecer había ya desnaturalizado el propio recurso como medio de controlar la separación de los Poderes estatales; si contemplamos la influencia del interés privado, tal y como la vieron los legisladores de Cádiz, se concluye con la escasa relación entre ambos.

8.^a El recurso de casación propiamente dicho, esto es, por «violación de la loi» y con la finalidad prevenida por los legisladores franceses, no sólo no apareció en la Constitución de 1812, sino que en ella se ve un medio, legislativo, a través de actuación no jurisdiccional de un organismo *judicial* que la sustituye parcialmente (el «référé»).

12. Hemos tratado de examinar, sin prejuicio alguno y con la máxima objetividad, uno de los supuestos caminos y momentos de entrada del recurso de casación en España. La institución no aparece, como se ha visto, en sus líneas y motivos esenciales; lo que aparece, sí, es una garantía política y jurídica de tipo máximo; tan elevado, que consta en la Constitución; pero no es una casación propiamente dicha; no se tenía en España —o al menos no se demostró en 1811— tanto temor a posibles extravíos del Poder judicial como habían demostrado los juristas franceses renovadores del país; y fallando esta causa, al menos en su expresión, es lógico que no apareciera el efecto.

No podemos dejar de apuntar, como línea fundamental que debe conducir a lo largo del estudio de la evolución del recurso de casación español, el pensamiento citado; cuanto menos se temía al Poder judicial en relación con los demás del Estado, menos trascendencia política

pasaba a tener la interpretación judicial de las leyes, y, por lo tanto, la rígida diferenciación entre «Derecho» y «hechos».

Y sí es interesante constatar también cómo, después de momentos históricos en que el Poder legislativo ha predominado de modo notorio, aparece una desconfianza lógica hacia él; y así, por ejemplo, recordemos, en Francia, las atribuciones concedidas al Senado —ya en sistema legislativo de moderación, bicameral— por la Constitución del Año VIII (La Consular) sobre anulación de «actos que le sean deferidos como inconstitucionales por el Tribunado o por el Gobierno»; y tras el período revolucionario y Constitución de 1848 (de Poder legislativo unicameral), la Constitución de 1852 —la paralela a la del Año VIII, la que preludia el establecimiento del II Imperio como la del Año VIII había preludiado la del I— concedía también al Senado la facultad de oponerse a la promulgación de normas inconstitucionales.

Esto es, la atención política, centrada antes en el recurso de casación (posibles abusos del Poder judicial), se dirige en otros momentos históricos hacia el Poder legislativo y ejecutivo (control de la constitucionalidad, también proyectada por los legisladores de Cádiz, mas no a través del Supremo Tribunal de Justicia y «nulidad»). Hoy día son muchos países —entre ellos Italia— que tienen estatuida una vía específica —como la hubo en España durante la II República— para controlar la constitucionalidad, a través de un Tribunal constitucional, diferente, como es natural, del Tribunal de casación. Este es el punto al cual, posiblemente, debe ir a terminar la divergencia en torno a nuestro recurso de casación que tanto preocupa a los juristas españoles; sin confusiones. De un lado, un recurso ante el Tribunal Supremo, recurso que puede ser de mayor amplitud que el actual (aunque sin amplitud excesiva, bien entendido); de otro lado, una garantía política ante un Tribunal constitucional.