

## Sobre la recepción en España del recurso de casación francés

VICTOR FAIREN GUILLEN

Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia.  
Miembro de Número del Instituto Español de Derecho Procesal

Sumario: 1. Las tendencias actuales sobre la amplitud del recurso de casación civil.—2. La relatividad histórica de las figuras jurídicas y su trascendencia.—3. Las discusiones parlamentarias en materia de casación y su valor: A) Las discusiones de proyectos de Constituciones y el recurso de casación. B) Las discusiones sobre proyectos de ley en materia de casación con simultaneidad a las de otros proyectos. C) Las causas de perturbación en las discusiones parlamentarias. D) La aceptación de principios políticos y su trascendencia para el recurso de casación español.—4. El trabajo de las Cortes de Cádiz (1810-1813): A) Los nuevos dogmas políticos, el Supremo Tribunal de Justicia, el recurso de nulidad. B) Los autores posteriores, el recurso de nulidad de 1812 y su relación con el de casación.—5. Necesidad de estudio del recurso de nulidad del artículo 261-9 de la Constitución de 1812.—6. Las premisas políticas del recurso de casación francés de 1790 y el desarrollo de este recurso.—7. Los textos de la Constitución de 1812 relacionados con este tema.—8. La discusión parlamentaria del artículo 254 de la Constitución: A) El silencio sobre las nulidades y su amplitud. B) Las ideas de Luján sobre la responsabilidad judicial y la regulación del proceso. C) Breve comentario.—9. Facultades del Supremo Tribunal de Justicia. El significado del artículo 261-10 de la Constitución. El “référé” como medio de evitar abusos en la interpretación judicial de las leyes.—10. Otras facultades del Supremo Tribunal de Justicia.—11. El temor al Poder judicial en las discusiones.—12. La labor de las Cortes en torno al artículo 261-9 de la Constitución: A) Su discusión. B) La propuesta de adición de Zorraquín; su significación. La tendencia a convertir al Tribunal Supremo en tribunal de instancia. C) Opiniones sobre el problema con referencia al Tribunal Supremo. D) Argüelles y el recurso de nulidad. E) Discusión y resolución sobre la propuesta de Zorraquín.—13. Interpretación del trabajo de las Cortes: A) Significación política del recurso de casación por error “in judicando” y por error “in procedendo”, según Calamandrei. B) La confusión, por los juristas franceses de 1790 de ambos tipos de errores a efectos de casación y sus causas. C) La desnaturalización política de la casación como consecuencia de admitírsela por errores “in procedendo”. D) Aplicación de estas ideas a los textos de la Constitución de Cádiz y sus consecuencias. E) La imposibilidad de un recurso de nulidad por “violation de la loi” en la Constitución de Cádiz: a) Por falta de datos en la Constitución y en su discusión. b) Por la interpretación de las discusiones.

c) Por la significación del "référé" al legislador del artículo 261-10 y 131-1.—14. La significación del recurso de nulidad del artículo 261-9.—15. Examen de una opinión moderna sobre el recurso de nulidad de 1812.—16. Labor ulterior de las Cortes sobre el recurso de nulidad: A) El establecimiento del Supremo Tribunal de Justicia. B) El Reglamento de Tribunales (Decreto de 9 de octubre de 1812): a) Nulidad, devolución, reposición del proceso y la exacción de responsabilidad. b) El procedimiento. c) El recurso de nulidad ante los Tribunales inferiores (Audiencias).

1. Se nota, desde hace ya bastantes lustros, una lucha, transmitida hasta nuestro tiempo, en torno a la amplitud del recurso de casación español, y ya desde el siglo pasado se abrió camino la idea de que o bien la "casación" debía ser una instancia más, o bien la de que al recurso ya instaurado debía abrirsele cauce mucho más amplio que lo hiciese derivar en realidad hacia la primera tendencia, esto es, hacia una tercera instancia con más o menos limitaciones, en cuanto a las cuales no puede decirse que haya acuerdo.

Sería labor inútil pretender reproducir aquí concretamente las opiniones de los diversos autores de nuestro tiempo que salen en defensa de la tendencia casatoria "más pura" (permítase la expresión: o de su desviación más clara hacia la esencia de una instancia más; las publicaciones modernas están presentes en la memoria de todos: las opiniones de Plaza, Prieto, Guasp, Condomines y otros son ampliamente conocidas. Incluso en fundamentados estudios se ha dado cuenta, para la actualidad, de las opiniones personales de juristas que tuvieron gran influencia sobre la elaboración de líneas fundamentales del recurso de casación tal y como se reguló en el pasado siglo (principalmente en 1838, 1855, 1870 y 1878). Pero el cuadro general de cómo eran concebidos la creación y el desarrollo del recurso, aun habiendo sido últimamente expuesto de modo muy apreciable desde el punto de vista procesal (1), no se ha puesto, a nuestro entender, suficientemente de manifiesto, visto que no da la completa impresión de cómo pensaban y actuaban los partidarios de la casación "más pura" frente a los más "moderados", a los que quisieran tornar a una tercera instancia, a través de una modificación del recurso que lo desviase hacia la tendencia de los antiguos de injusticia notoria y segunda suplicación.

En esta situación, entendemos sea interesante realizar un examen de las ideas expuestas por los parlamentarios españoles en su actuación sobre el problema.

2. Las palabras de Guasp (2) son muy aleccionadoras en cuanto se refieren a la "contingencia y relatividad con que tiene que mirarse la explicación dominante de la figura". Y a esa misma relatividad

(1) Cfr. PLAZA, *La casación civil*, Madrid, 1944, pág. 95 y ss. PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, t. II, pág. 369 y ss.

(2) Cfr. *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, pág. 1491.

histórica de la fecundidad de los conceptos se ha referido en múltiples ocasiones Calamandrei (3), al que en este punto hemos seguido.

Pero es esa misma relatividad histórica, que rige a lo político, como a todo, la que impulsa aún más por el camino que Guasp conoce, pero que parece no interesarle desde el punto de vista de los estudios procesales. Entendemos y repetimos, que no se puede fijar un buen camino para el futuro (en este "bueno" también hay relatividad, naturalmente) si no se explican las causas de los movimientos presentes a través del estudio de su pasado (4); esto es, no con simple ánimo de arqueólogo. Esta relatividad histórica de los ordenamientos que mantengan sus preocupaciones sobre la protección de la ley (y ahí están los múltiples regímenes que prevén todo un aparato de protección de su propia constitucionalidad y de su obra legislativa) y sobre la unificación de la jurisprudencia, no es de desdenar en cuanto a su examen.

Y este estudio, entendemos 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, piedra clave actual del edificio jurisdiccional de nuestros Estados, tuvo, aparte de un nacimiento indudablemente político, un desarrollo interferido e influido con gran frecuencia por motivaciones políticas, apareciendo como resultado del desarrollo inmediato de principios o bases constitucionales, sentadas a su vez como consecuencia de fenómenos históricos de gran trascendencia, a los cuales se quería, bien favorecer, bien combatir con armas muy potentes (en este último caso está el fenómeno de la lucha contra la unificación o confusión de poderes en una sola persona o entidad, combate histórico que sigue su desarrollo).

Asistimos, lo creemos cierto, y aun contribuimos nosotros, intentando evitar soluciones negativas o apertura de graves lagunas, a un proceso evolutivo histórico que pudiéramos llamar (permitase esta otra palabra) de "despolitización" del recurso de casación. Pocos serían los autores españoles que pretendieran volver a un sistema de "casación pura" como el concebido por los teóricos franceses de 1790, 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 derivado también de los principios de la Revolución francesa—el de haberse restituido a su esfera propia el Poder judicial, no siendo en la actualidad intenso el temor de que cometa abusos o invasiones en el terreno de los demás—haría inútil la re-

(3) Recordemos aquí, p. ej. su magnífica *Relatività del concetto di azione*, en "Rivista di Diritto processuale civile", 1939, parte I.

(4) Cfr. el método seguido en nuestras monografías *El juicio ordinario y los plenarios rápidos* para determinar las causas de la existencia de un doble sistema procedimental en el proceso declarativo español actual, y en *Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo: el Ordenamiento procesal sevillano de 1360* (Barcelona, 1953, y en "Estudios de Derecho procesal", Madrid, 1955, respectivamente).

construcción de la casación pensada en 1790 (al menos, en los países de sistema jurídico continental europeo, opuesto al anglosajón).

3. Entendemos que vale la pena interpretar, a la luz de los orígenes legislativos del recurso de casación en España, las razones que, transmitidas hasta nosotros, han operado: A) en cuanto a la construcción del recurso tal y como lo conocemos, y B) en cuanto a los combates que ya desde su elaboración se libraron contra él y su desarrollo y las armas manejadas por cada parte (por cada "bando" pudiera decirse: que en el siglo XIX, en muchas ocasiones, se ligaban las discusiones sobre la casación con las diferencias políticas) (5). ambiente que el recurso halló y evolución del mismo, portado, como institución, por mentalidades que evolucionaban, llegando así hasta las nuestras, que continúan dicho proceso.

Y para desarrollar este tema, hemos creído fundamental, como se insinuó, el examen de las discusiones parlamentarias españolas sobre puntos fundamentales del recurso de casación (aquí queda reducido el tema a lo civil, por razón del homenaje que le rinde al ilustre maestro y amigo florentino ya desaparecido).

En estas discusiones hallamos como protagonistas a elementos de diversas escuelas y tendencias políticas que, de modo general—y natural—se inclinan en materia de tendencias sobre la casación a favor de las seguidas, desde el punto de vista político, por la tendencia política a que ellos siguen. Recuérdese aquí la brillante exposición que Calamandrei hizo sobre el debate seguido sobre el citado recurso en la Asamblea Constituyente francesa; querriamos aspirar a desarrollar lo que ocurrió en España con ocasión de la entrada de los nuevos principios políticos y jurídicos (6).

A) Ocurrió en España, en ocasiones fundamentales, que el recurso de "casación" tiene sus bases directas en normas constitucio-

(5) Cfr., p. ej., el siguiente cambio de frases de CALDERÓN COLLANTES y MARTOS:

CALDERÓN: "¿De cuanto acá la casación civil y la casación criminal han sido base para la formación de los partidos políticos en nuestro país? ¿Es, por ventura, una cuestión política?"

MARTOS: "Las leyes de procedimientos adjetivos y penales tienen siempre un estrecho enlace, una necesaria derivación con los principios, con las leyes, con las disposiciones de orden político."

(Cfr. "Diario de Sesiones del Congreso", Legislatura de 1869-1870, t. XI. "Diario" núm. 267, de fecha 22 de abril de 1870, págs. 3493 y 3529, respectivamente.)

De "unionistas" calificaba, más o menos irónicamente, ORTIZ DE ZÚÑIGA a ciertos partidarios de la casación (recuérdese la influencia política en la época de la publicación del partido "Unionista" o de Unión Liberal), cfr. *Reforma urgente del recurso de casación*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", t. 20, año 10 (1862), pág. 175.

(6) A partir de aquí, se aludirá en muchas ocasiones a la monumental y trascendental monografía del Profesor florentino *La casación civil*, que entendemos la más importante que sobre la materia se ha escrito. Manejamos la traducción española de SENTIS MELENDO (Buenos Aires 1945, 3 vols.).

nales, produciéndose, naturalmente, la discusión de las mismas en el seno de la constitucional; así, en Cádiz, en 1811.

Ocurrió también que la discusión sobre casación se desarrollase de modo casi coetáneo al de la elaboración de una Constitución, en momento en que ésta aún no tenía existencia jurídica, por lo que el recurso así construido se inclina a tomar las bases de las anteriores a dicha Constitución y de tendencias políticas análogas (así ocurrió en 1855, durante la discusión de la Ley de Bases de la de Enjuiciamiento civil; no había aún Constitución; las alusiones a las de 1812 y 1837 son numerosas).

B) Se produjo en algún otro caso la desdicha de que una ley de trascendencia sobre el recurso de casación se discute en ocasión de que el Parlamento tiene la atención atraída fundamentalmente por otro proyecto de ley, también en curso de discusión, con lo que el esfuerzo constructivo de los legisladores queda desviado hacia ésta; así ocurre en 1870; se discuten casi simultáneamente proyectos de ley sobre reforma de la casación y sobre el matrimonio civil; es esta última ley la que arrastra los principales cuidados de las Cortes.

Como consecuencia de procederse a elaborar leyes procesales con anterioridad a las orgánicas, se produce el hecho histórico de que tales leyes solamente tendrán carácter "provisional", con todos los defectos de una obra cuya eficacia va a ser provisional.

C) Ocurrió, en el caso concreto a que nos vamos a reducir aquí —Cortes extraordinarias de Cádiz, 1810 a 1813—, que se legisló en un estado nacional desordenado por una guerra de invasión; por hombres de nula experiencia parlamentaria, que tenían que construir todo un nuevo edificio político y jurídico para España, cargados de preocupaciones y trabajos heterogéneos que se debatían en desorden y con interrupciones continuas, no sólo debidas al propio "orden" de las diferentes discusiones, sino a la necesidad de atender primordialmente a una guerra devastadora.

D) Si reunimos a estos factores históricos, el de que se siguió un sistema político que aceptó como propios no pocos dogmas correspondientes a la Revolución francesa en su formulación y expresión normativa, se llegará a comprender la trascendencia que tiene el examen del espíritu de los legisladores españoles en cuanto al recurso de casación, puesto que así veremos con mejor perspectiva su obra, vista por ellos como políticos, como juristas doctrinales y prácticos, como intérpretes de anhelos del foro y de la magistratura, como intérpretes del sentir nacional en general, contemplado todo ello en la mayor parte de las ocasiones con elevación y nobleza, intentando superar los intereses de fracción política—ello les honra, y por ello debemos nosotros honrarlos—; como jueces y como justiciables: como hombres, en fin.

La tarea emprendida ha de llevarnos paulatinamente por todos los Parlamentos españoles en que se discutieron temas sobre derecho ca-

satorio. Pero, naturalmente, hay que comenzar por el estudio del momento en que apareció en España el recurso que se llamó de "casación" y sus antecedentes inmediatos.

4. Respondiendo este recurso en sus características esenciales a la forma específica por la que los legisladores franceses de 1790 pretendieron resolver un conflicto entre dos poderes estatales que ellos habían separado de modo genuino, la sordera de los legisladores españoles desde dicha fecha hasta 1808 nos conduce directamente a las Cortes de Cádiz, Asamblea crucial para la Historia de España y de su Derecho.

Allí aparecen—en la Constitución—una serie de dogmas políticos fundamentales de la Revolución francesa y sus garantías. Allí aparece instituido un Tribunal destinado a funcionar con claridad y limpieza de perfiles y linderos muy superior a la de los antiguos Consejos; allí, en fin, aparece un "recurso de nulidad", tema de este estudio, del que se ha dicho en muchas ocasiones ser, bien el origen de la casación, bien su primera manifestación.

Recordando, solamente a título de ejemplo, algunos autores, en el siglo pasado, Vicente y Caravantes lo declaraba "verdaderamente análogo" al recurso de casación (7); en 1846, ya Gómez de la Serna y Montalbán (8) lo relacionaban directamente con el de 1938, del que surgió el de casación en 1855—para lo civil—; Pantoja calificaba al recurso de nulidad de 1812 como recurso de casación "análogo al francés" (9); Ortiz de Zúñiga, como análogo al posterior de casación (10); Lastres los equiparaba (11); la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*—en la obra de *Comentarios*, dirigida por Reus (12), decía que "el recurso de casación trae su origen de la Constitución de 1812"; Manresa (13) expresaba que "estos recursos

(7) Cfr. VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, t. III, pág. 460, Madrid, 1858.

(8) Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, t. III, pág. 181.

(9) Cfr. PANTOJA, *Del recurso de casación: su origen, su importancia y consecuencias*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", t. 31, año 15 (1867), pág. 353.

(9) Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, t. III, pág. 181.

(10) Cfr. ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Jurisprudencia civil de España*, 1869, t. II, página 400.

(11) Cfr. LASTRES, *Procedimientos civiles y criminales*, Madrid, 1887, página 476.

(12) Cfr. *Ley de Enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881 concordada... por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia bajo la dirección de don Emilio REUS*, Madrid, 1882, t. IV, pág. 7. La citada Redacción publicó estas mismas páginas en su propia revista, t. 61 (1882), pág. 106, en lo que al origen de la casación española se refiere.

(13) Cfr. MANRESA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, 6.ª ed., Madrid, 1947, t. VII, pág. 550 y s.

(los de casación) son los mismos que antes se denominaban entre nosotros "recursos de nulidad"... El establecimiento de este remedio extraordinario tiene su origen en la Constitución política de 1812..." (y continúa su historia a través del Decreto de las Cortes de 9 de octubre de 1812, etc.).

Añadamos que en las discusiones parlamentarias posteriores sobre temas de casación, constantemente era recordado el recurso de nulidad de 1812, unas veces como antecedente y otras como propiamente de casación.

Prieto Castro ha dicho que el recurso de nulidad de 1812 fué como "el anuncio de la institución de la casación del Derecho francés" más que implantación entre nosotros, "limitándose a dar entrada al recurso sin llamarlo aún de casación, y sin contener ulteriores especificaciones acerca de su naturaleza y formas" (14); Gómez Orbaneja, que "en España, la influencia francesa se muestra desde la Constitución de 1812, la cual, sin usar aún la palabra "casación", establecía un Supremo Tribunal de Justicia con la atribución de "conocer de los recursos de nulidad, etc." (15); Jiménez Asenjo, que "la casación nace con su órgano"; el Supremo Tribunal de Justicia, "el cual fué creado por la Constitución de 1812" (16); Fábrega, que "en la Constitución de 1812, al crear el Supremo Tribunal de Justicia, consignáronse sus atribuciones, y entre ellas figura la de conocer los recursos de nulidad, que son los modernos recursos de casación" (17). Para terminar con esta incompleta lista, Plaza, en su monografía *La casación civil, citada, diferencia* el recurso de nulidad de 1812 del de casación por razones que luego serán objeto de especial atención; en otra obra (18), se refiere a él como "origen, en cierto modo", de la casación; por aquella razón no se expone aquí el pensamiento fundamental del citado autor.

Esta ejemplificadora relación sobre tomas de posición frente a la naturaleza del recurso de nulidad de 1812, podría ampliarse mucho más; parlamentarios ilustres y de gran influencia sobre la legislación procesal, magistrados, profesores, abogados; basta hojear la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* del siglo XIX para hallar constantes puntos de referencia en cuanto a la identificación del recurso citado con el de casación.

5. La repetición e intensidad de estas afirmaciones diferentes deben conducir a examinar lo que era el recurso de nulidad de 1812

(14) Cfr. PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal civil*, t. II, Madrid, 1956, página 369.

(15) Cfr. GÓMEZ ORBANEJA (en GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA) *Lecciones de Derecho Procesal*, Madrid, 1946, t. I, pág. 643.

(16) Cfr. JIMÉNEZ ASENJO, *Derecho procesal penal*, Madrid (sin fecha), t. II, página 338.

(17) Cfr. FÁBREGA, *Lecciones de procedimientos judiciales*, 3.ª ed., Barcelona, 1928, pág. 530.

(18) Cfr. PLAZA, *Derecho Procesal civil*, 3.ª ed., Madrid, 1951, t. I, página 70.

a todo aquel que desee examinar el recurso de casación español y las líneas de su evolución hasta la actualidad, si quiere tomar un partido que se apoye en una serie de conductas anteriores alineadas; esto es, debemos estudiar dicho recurso en relación con el de casación, dado el estado coetáneo de éste; si podía identificarse con ella totalmente o en alguna de sus modalidades, por responder a los mismos o a diferentes fundamentos; y en este último caso, examinar el objetivo que los legisladores de Cádiz se propusieron.

6. Sería inútil entrar aquí en el examen de la historia del recurso de casación propiamente dicho y de sus antecedentes, historia ya elaborada en general y con insuperable maestría por Calamandrei (19). En España, el moderno trabajo de Plaza ha llenado múltiples lagunas que dejaron sus antecesores en el tratamiento del tema (Mas, Pantoja, Gómez de la Serna, etc.). Aquí se va a tratar solamente de "lo que ocurrió" en las Cortes de Cádiz intentando su interpretación.

De acuerdo con el sistema parlamentario, las opiniones a que nos referiremos estaban sometidas a contradicción por el sistema de autorizaciones de que luego se usó para elaborar la Ley de Enjuiciamiento civil, en 1855 (20); se trató de la cuestión de modo oral y público.

En síntesis, los motivos básicos a que obedeció la instauración en Francia del recurso de casación por la Asamblea Constituyente, en 1790, fueron los de proteger los principios supremos de separación de los poderes estatales y de igualdad de los ciudadanos ante la ley.

El principio de separación de poderes (21), con su motivación en evitar los excesos que el Poder judicial había cometido durante el "ancien régime"; tanto los habían cometido los Parlements" contra las Ordenanzas emanadas del Rey, como el propio "Conseil des Parties", que vino a llegar a ser un instrumento arbitrario del despotismo absolutista.

Pero hay que observar aquí que las líneas básicas del instituto, tal como fué concebido, lo dirigieron solamente contra posibles abusos del Poder judicial frente al legislativo, mas no a la recíproca. Aquí hay que hallar una de las causas históricas de la profunda evolución sufrida por el recurso de casación desde entonces (22).

(19) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, cit., t. I (I y II).

(20) Cfr. sobre la elaboración de esta Ley procesal, FAIRÉN GUILLÉN, *Historia de la Ley procesal de 1855*, en "Actas del I Congreso Ibero-americano y filipino de Derecho Procesal", Madrid, 1955, pág. 435 y ss.

(21) Art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.*

Recuérdense aquí, fundamentalmente, la doctrina de MONTESQUIEU en el fundamental —para todo jurista moderno— Libro XI (Cap. VI "De la constitución de Inglaterra") de su "Del espíritu de las leyes".

(22) Es trascendental aludir aquí a las atribuciones concedidas al Se-

Mediante la implantación del principio fundamental de igualdad de los ciudadanos ante la ley, se trataba de obtener, entre otros resultados, el de evitar que la ley, "la ley" rousseauiana, no 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 para ambos principios.

Siendo la prístina función de la casación la de defender mediante su control al derecho objetivo (nomofilaquia), la de regular la interpretación del derecho objetivo a través de la unificación de la jurisprudencia, no aparece con simultaneidad a la anterior (por la razón de que los revolucionarios temían a la interpretación judicial del derecho, y la evitan mediante el "référé legislativo), si bien la estimamos ligada con la necesidad básica de unificación del Derecho.

Apareció esta última, como función de la casación, cuando el Tribunal casatorio asumió la posición de un Tribunal Supremo, con lo que se halló absorbido "por aquel mismo ordenamiento judicial que debía vigilar desde fuera de él" (23).

Pero ocurrió el fenómeno, que Calamandrei aplica a la recepción del recurso en su país, de que "a pesar de ello, la doctrina no pareció, sin embargo, darse cuenta de la transformación; y cuando el instituto se trasladó (a Italia), en medio de unas condiciones políticas absolutamente diversas de aquellas en que se encontraba en Francia en los primeros años de la Revolución, nuestros más eminentes juriconsultos vieron, sobre todo en la Corte de Casación, el ejercicio de "un poder censorio destinado a mantener inviolada la observancia de la ley" y a "contener dentro de su esfera al poder judicial", y alguno pareció considerar que el lograr la uniformidad de la jurisprudencia, consecuencia posible pero no necesaria de la Corte de Casación, no constituyese en modo alguno una finalidad de este instituto" (24). Estas aleccionadoras palabras, veremos en ulteriores estudios cómo son parcialmente aplicables a España.

Apareció, pues, como objetivo de la casación, el de velar por la unidad de la jurisprudencia, cuando desaparecía paulatinamente el temor del legislador a que los jueces interpretasen sus leyes—atentando así contra el Poder legislativo—: este temor, lógicamente, debía desaparecer con mayor rapidez en donde, por razón de la complicación y multiplicidad de sistemas de fuentes del Derecho y de

nado francés por la Constitución del Año VIII (13 diciembre 1799) en su artículo 21 sobre anulación de actos inconstitucionales, así como en la Constitución de 14 de enero de 1852; esta garantía, esta cautela —bicameralidad— contra la inconstitucionalidad de las leyes en periodos históricos que sobrevienen bruscamente después de otros en que el poder legislativo ha predominado de modo notorio, nos da una pauta para explicar el desvío de la atención de los pueblos de la casación, a los recursos de inconstitucionalidad (nos referimos a la casación tal y como se halla actualmente); de aquí la disminución o pérdida del carácter político de ésta.

(23) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, cit. t. II, pág. 102.

(24) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, III, pág. 202 y ss.: en España, PLAZA, *Casación*, cit. pág. 63 y ss.

las fuentes mismas, la interpretación se hacía vehementemente necesaria.

Pero el problema de la unidad de la legislación de un país tiene también una candente calidad política, puesto que se trata de un elemento básico de su constitución; a lo dicho sobre esta materia por Calamandrei (25) y por Plaza (26), añadamos el recuerdo concreto de la evolución y estado de los diversos regímenes jurídicos españoles en la época, que, aunque ya muy cercenados en materia de Derecho público a favor de una centralización castellana, constituían diversos elementos heterogéneos a considerar necesariamente para conseguir un buen gobierno de la nación (27).

Y lógicamente, si la calificación debía ser seguida por una interpretación jurisprudencial uniforme, la jurisprudencia a su vez podría hacer sentir su efecto unificador (en beneficio de uno de los regímenes materiales en colisión) ya antes de llegar a ella, preparándola (recuérdese, a título de ejemplo, la labor de nuestro Tribunal Supremo sobre el plazo de caducidad de los retractos forales en el siglo pasado). Esta labor jurídica, pero de indudable trascendencia política (contemplemos una vez más el en ocasiones tenebroso panorama foral español del siglo XIX), fué cumplida en más de una ocasión a través de la casación, aunque en este punto el Tribunal Supremo se aparta una vez más (si quisiéramos hacer una comparación) de la misión fundamental que al Tribunal de Casación confió la Asamblea Constituyente francesa de 1789 (28).

7. Consideramos de interés reproducir aquí, para su mejor manejo, diversos textos de la Constitución española de 1812, que tienen relación con el "recurso de nulidad" en ella introducido—relación inmediata o mediata—(29).

Aparecía en ella el principio de separación de poderes en los artículos 15, 16 y 17: este último, que afectaba al Poder judicial, quedó redactado así:

"La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los Tribunales establecidos por la ley."

(25) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, cit. II, 65 y ss.

(26) Cfr. PLAZA, *Casación*, cit. pág. 19' y ss.

(27) En la Constitución de Cádiz de 1812 aparece de modo normativo el principio de la unidad de la legislación española:

Art. 258. "El Código civil y criminal, y el de comercio, serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por tales circunstancias podrán hacer las Cortes".

Las cuales tropezaban con resistencias que se manifestaban, en general, a través de argumentaciones foralistas y localistas a lo largo de las diversas discusiones, como puede comprobarse en los "Diarios de Sesiones".

Art. 244. "Las leyes señalarán el orden y las formalidades del proceso, que serán uniformes en todos los Tribunales..."

(28) Cfr. arg. en CALAMANDREI, *Casación* cit. I (II), pág. 132 y ss. (después de la abolición del *référé* por la Ley de 1837).

(29) Se ha trabajado sobre el texto publicado por SÁNCHEZ AGESTA.

Este texto no dió lugar a discusión alguna (30); la desconfianza de las Cortes se manifestó al discutirse el artículo 15 (31), con respecto al Rey (los hechos demostraron, en 1814 y en 1823, lo fundada que era esta desconfianza por parte de una serie de diputados) (32).

Se desarrolló este principio, así plasmado, en el Título V de la Constitución ("De los Tribunales y de la administración de Justicia en lo civil y criminal". Capítulo I. "De los Tribunales").

"Artículo 242. La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales, pertenece exclusivamente a los Tribunales" (33).

"Artículo 243. Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos" (34).

"Artículo 244. Las leyes señalarán el orden y las formalidades del proceso, que serán uniformes en todos los Tribunales, y ni las Cortes ni el Rey podrán dispensarlas."

"Artículo 245. Los Tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado" (35).

"Artículo 246. Tampoco podrán suspender la ejecución de las leyes ni hacer reglamento alguno para la administración de justicia" (36).

"Artículo 254. 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."

Estas disposiciones abren el camino hacia la formación de un Supremo Tribunal, que aparece en el artículo 259:

"Habrá en la Corte un Tribunal, que se llamará Supremo Tribunal de Justicia."

"Artículo 260. Las Cortes determinarán el número de magistrados que han de componerlo, y las Salas en que ha de distribuirse."

"Artículo 261. Toca a este Supremo Tribunal:

1.º Dirimir todas las competencias de las Audiencias entre sí en todo el territorio español, y las de las Audiencias con los Tribunales especiales, que existan en la Península e Islas adyacentes. En Ultramar se dirigirán estas últimas según lo determinen las leyes.

(30) Cfr. *Diario de Sesiones de las Cortes de Cádiz (Generales y Extraordinarias)*, diario núm. 336, de 3 de septiembre de 1811, pág. 1749, t. III.

(31) Art. 15.—La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey.

(32) Cfr. la discusión en *Diario de Sesiones*, últ. cit. a partir de la página 1479; intervenciones de los diputados CASTELLÓ, ANER, MUÑOZ TORRERO, OSTOLAZA, CONDE DE TORENO, TERRERO, GUTIÉRREZ HUERTAS Y ARGÜELLES.

(33) Esta expresión ha llegado, casi textualmente, en su vigencia, hasta nosotros (cfr. art. 2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

(34) Recuérdese el texto del artículo 1.º del Cap. V de la Constitución francesa de 1791.

(35) Cfr. el artículo 2.º a. f. de la Ley Orgánica del Poder Judicial vigente.

(36) Recuérdese el texto del artículo 3.º Cap. V, de la Constitución francesa de 1791.

2.º Juzgar a los secretarios de Estado y del Despacho, cuando las Cortes decretaren haber lugar a la formación de causa (37).

3.º Conocer de todas las causas de separación y suspensión de los consejeros de Estado y de los magistrados de las Audiencias.

4.º Conocer de las causas criminales de los secretarios de Estado y del Despacho, de los consejeros de Estado y de los magistrados de las Audiencias, perteneciendo al jefe político más autorizado la instrucción del proceso para remitirlo a este Tribunal.

5.º Conocer de todas las causas criminales que se promovieren contra los individuos de este Supremo Tribunal. Si llegare el caso en que sea necesario hacer efectiva la responsabilidad de este Supremo Tribunal, las Cortes, previa la formalidad establecida en el art. 228, procederán a nombrar para este fin un Tribunal compuesto de nueve jueces, que serán elegidos por suerte de un número doble.

6.º Conocer de la residencia de todo empleado público que esté sujeto a ella por disposiciones de las leyes.

7.º Conocer de todos los asuntos contenciosos pertenecientes al Real patronato.

8.º Conocer de los recursos de fuerza de todos los Tribunales eclesiásticos superiores de la Corte.

9.º 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 art. 264. Por lo relativo a Ultramar, de estos recursos se conocerá en las Audiencias en la forma que se dirá en su lugar.

10. 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.

11. Examinar las listas de las causas civiles y criminales, que deben remitirle las Audiencias para promover la pronta administración de justicia, pasar copia de ellas para el mismo efecto al Gobierno, y disponer su publicación por medio de la imprenta.

8. Antes de entrar en el examen de las disposiciones que afectan más directamente al recurso de nulidad, anotamos que al discutirse el artículo 244 de la Constitución (el 243 del Proyecto), el diputado Calatrava propuso la siguiente adición: "El modo de enjuiciar, así en lo civil como en lo criminal, será uniforme en todos los Tribunales" (38); el diputado Espiga, la interpolación, entre la palabra "proceso" y "ni las Cortes" de la frase "que serán uniformes en todos los Tribunales". Se aprobó esta última adición (interpolación, mejor dicho) (39), retirando Calatrava su propuesta.

(37) Recuérdese aquí el sistema establecido para juzgar de los delitos los ministros y principales agentes del Poder ejecutivo por el artículo 23, Capítulo V, de la Constitución francesa de 1791.

(38) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 414, de 20 de noviembre de 1811, página 2301. a. f. y s., t. III.

(39) Cfr. *Diario de Sesiones*, últ. cit., pág. 2302.

A) El art. 254 de la Constitución (253 del Proyecto) (cfr. supra su texto) pasó sin que se hiciese mención alguna sobre su posible relación con el futuro art. 261, en cuanto a las nulidades previstas en su párrafo 9.º,

B) Pero de la discusión, pueden extraerse consecuencias de las siguientes manifestaciones del diputado Luján:

"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 señale los litigios, la que conceda sus términos, y la que señale todas las formalidades que debe haber en todos y cada una de sus complicadas y variadas actuaciones*". "El Juez es una ley que habla" (40) ... "mas para haber realizado ese tan laudable deseo es absolutamente necesario que la ley tenga bien consignados los trámites de los juicios, por manera que no puedan alterarse por otra autoridad que la ley misma" (41).

Queda clara la concepción de la preeminencia absoluta de la ley y del peligro de la interpretación en lo procesal. Referido a lo material, un legislador francés de 1790 no hubiera dicho menos:

Continuaba Luján exponiendo el por qué en los juicios ejecutivos se había podido obtener siempre la exacción de la responsabilidad judicial: "porque en la vía ejecutiva se hallan señalados por la ley los términos; éstos eran fatales; están consignadas las más menudas circunstancias; hay fórmulas establecidas para la pretensión... la falta de solemnidades, o sea fórmulas, induce nulidad; y como ésta es visible a cualquiera, podía pedir que se aplicase la ley al que la ofendía no observándola".

En virtud de ello, acababa pidiendo —nada menos—:

"Iguálense en los efectos los términos, las solemnidades y fórmulas de los juicios ordinarios, civiles y criminales, a lo que está prevenido para los ejecutivos; y esta sencillísima determinación acabará para siempre con la arbitrariedad de los jueces, como lo ha hecho en éstos" (42).

El artículo se aprobó tal y como iba en el Proyecto.

C) El discurso de Luján podría dar lugar a jugosos comentarios, tanto por verse en él ideas plenamente ligadas con las adoptadas por los revolucionarios franceses, como por su propuesta "sencillísima", que

---

(40) *El juez es imagen viva de la ley*. Recordemos aquí a D'AUGESSEAU, que tanta influencia tuvo en la evolución de la casación francesa en el *ancien régime*. (Cfr. sus *Arugas y discursos*, trad. española de ALARCÓN TORRUBIA, Madrid, 1804, t. I, pág. 150). Muchas ideas de varios de sus discursos son básicas para ciertos legisladores franceses de la Constituyente.

(41) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 14, del 20 de noviembre de 1811, página 2302, t. III.

(42) Cfr. *Diario de Sesiones*, últ. cit., pág. 1302.

no debe serlo tanto, pues aún continuamos en plena época de crecimiento de la ya numerosa familia del procedimiento. Desde el punto de vista que aquí nos interesa, apunta en él claramente el clásico argumento de la arbitrariedad de los jueces al interpretar éstos disposiciones dudosas o vagas, argumento básico contra el que en Francia se electó 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 en este punto— se dirigen a combatir los abusos en la interpretación de las leyes procesales.

Reiteramos además la observación ya hecha, de que en la discusión del art. 254—y esto, como se verá, es de trascendencia—ni Luján, ni ningún otro de los intervinientes (Calatrava, Aner, Espiga, Dou, Creus, Zorraquín, Argüelles Villagómez, Zumalacárregui, Villafañe, Mendiola, Morales Gallardo y Aznárez) hicieron mención alguna del problema de las nulidades a que se iba a referir el art. 261-9.º (260 del proyecto) en relación con el que se discutía.

9. Antes de entrar en el examen del núm. 9 del art. 261, examinemos brevemente el núm. 10: “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 del “référé législatif facultatif” francés fijado en el Decreto de 16 de agosto de 1790 (art. 12. Tit. II), destinado, evidentemente, a evitar que “las dudas sobre la inteligencia de alguna ley” llevasen a los Tribunales españoles a una interpretación posiblemente abusiva, a la cual se debía temer por los mismos fundamentos que los legisladores franceses (43); un medio preventivo para evitar los temidos abusos del Poder judicial, que sujetaba absolutamente a éste al legislativo, confundiendo interpretación auténtica y jurisprudencial (44).

En efecto, esta “conveniente declaración en las Cortes” habría que ligarla con el texto del art. 131 de la Constitución en su núm. 1:

“Las facultades de las Cortes son: 1.ª Proponer y decretar las leyes, e interpretarlas y derogarlas en caso necesario”.

A las Cortes podría llegar el asunto por medio del Rey (art. 261-9.º y 171-14; “hacer a las Cortes las propuestas de leyes o de reformas, etcétera”), aunque la vía específica la da el mismo art. 261-9.º.

En este “référé” del art. 281-10 hallamos una manifestación a nuestro entender clara, de cómo se recibió en España el sistema de garantías de la separación de poderes, defiriéndose ésta, trascendental, al cuerpo legislativo.

(43) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, cit., I (II), pág. 48.

(44) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, cit. I (II) loc. cit.; PLAZA, *Casación*. cit. arg. página 66.

El Référé de 1790, según CALAMANDREI, se hallaba ya en la Ordenanza de Blois de 1667.

Anotemos también que el núm. 10 del art. 261 no dió motivo a discusión alguna (45); y que el interesantísimo 131-1.<sup>a</sup>, se aprobó sin que en la corta discusión se hiciese referencia alguna a la “interpretación” de las leyes. (Fué solamente la palabra “proponer” la que dió lugar a escasa discusión entre Villanueva y Muñoz Torrero—por la Comisión—) (46).

**10.** Comenzando el examen de lo “sucedido” sobre el art. 261 de la Constitución, hagamos constar ante todo, que, aun en el caso—que después examinaremos—de que la figura contenida en el núm. 9 del mismo fuera un recurso de casación, el Supremo Tribunal de Justicia, ya “a nativitate” no era un Tribunal de casación puro (47).

Era un tribunal de competencias y de resolverlas en grado supremo; de conflictos jurisdiccionales (recursos de fuerza); tenía atribuciones en materia criminal por razón de delitos cometidos por personas que desempeñasen altos cargos políticos y administrativos (48) y aun judiciales—comenzando por sus propios magistrados, lo que provocó alguna protesta en la discusión— (49).

**11.** Pasemos a examinar la parte de la discusión del art. 259, que tiene, a nuestro entender, interés para el desarrollo del tema.

El Conde de Toreno, en ella, se mostraba alarmado, con otros diputados, por las amplias atribuciones penales del Tribunal Supremo de Justicia con referencia al núm. 4 del 261 (cfr. su texto, supra); se expresaba así en el tema de la “independencia recíproca de los poderes estatales”:

“La potestad legislativa es la menos temible de todas; la remoción frecuente de sus individuos... 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 ejecutivas y judicial, especialmente la última” (50).

No estimando que la Comisión preparadora del Proyecto “haya

---

(45) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 422, de 28 de noviembre de 1811, página 2342, t. III.

(46) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 366, de 2 de octubre de 1811, página 1983, t. III.

(47) Son aplicables aquí los argumentos de CALAMANDREI en *Casación*, cit. I (II), pág. 94 y ss.

(48) La solución adoptada en la Constitución francesa de 1791 para la delincuencia de ministros y agentes principales del Poder ejecutivo, era la de deferirlos a una “Cour nationale”, formada por los miembros del Tribunal de casación y por jurados (art. 23 Cap. V).

(49) Nada aporta sobre las atribuciones del Supremo Tribunal de Justicia español de 1812, la obra de HERZOG, *Le Droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne* (Toulouse, 1942); era HERZOG persona muy indicada para efectuar un examen comparativo del mismo con Tribunal de Casación de 1790.

(50) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 415, de 21 de noviembre de 1811, página 2307, t. III.

proveído de manera que se remedie el mal y *se contenga el gran poder que ejercen estas autoridades*" (51), pedía la constitución de "otro Tribunal separado del Supremo Tribunal de Justicia; elegido por las Cortes a efectos de fijar la responsabilidad de los magistrados y agentes del poder ejecutivo" (52) (que habría podido basarse, según él, por ejemplo, en el modo de juzgar antiguamente en Aragón por razón de los "greuges" o agravios cometidos por el Rey o sus oficiales) (53) (54).

Podemos contemplar la posición del Conde de Toreno como la inicial de la que arrancó la construcción francesa de la casación revolucionaria; posición basada en la desconfianza de los abusos del Poder judicial, abusos que se citan no como posibles, sino como pasados, ocurridos.

Este temor se justificaba por Morales Gallego (en la discusión de una adición propuesta por Zorraquín al texto del art. 261-9.º y que no se debatió con el texto del 262) (55), alegando la necesidad de una tercera instancia (tema sobre el que se tratará, en relación con el recurso de nulidad), diciendo sobre 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. Esta, y el abuso que se ha hecho de ellas, introdujeron la mala costumbre de que el Consejo avocara* (56) *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 mismas leyes*" (51) (58).

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.

12. El párrafo 9.º del art. 261 (260 del Proyecto), conteniendo la formulación del recurso de nulidad, se votó sin perjuicio de valorar

(51) Cfr. *Diario de Sesiones*, loc. ult. cit.

(52) *Diario de Sesiones*, cit. loc. cit. pág. 2309 col. 1.ª a. f.

(53) Le apoyó en esta petición el diputado PASCUAL (Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 416, de 22 de noviembre de 1811, págs. 2313 y s. t. III).

(54) Recordemos la solución dada por el art. 23 del cap. V de la Constitución francesa de 1791 (la "haute Cour Nationale").

(55) Art. 262.—"Todas las causas civiles y criminales se fenecerán dentro del territorio de cada Audiencia".

Cfr., infra, la adición pedida por ZORRAQUÍN al art. 261-9.º.

(56) Debía referirse al Consejo de Castilla.

(57) Cfr. la actuación del "Conseil des parties" francés en CALAMANDREI, "Casación", I (1), págs. 377 y ss.; brevemente sobre el Consejo de Castilla, PLAZA, Casación, cit., págs. 88 y ss.

(58) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 422, de 28 de noviembre de 1811, página 2344, t. III.

después la adición solicitada por Zorraquín: el "Diario de Sesiones" dice textual y únicamente sobre este párrafo tan importante:

A) "Suscitóse una larga discusión acerca de si debía hacerse mención en este párrafo del recurso de injusticia notoria, como lo creía indispensable el Sr. Zorraquín, pero habiéndose hecho presente por el Sr. Argüelles que el Tribunal Supremo de Justicia debía conocer de todas las causas relativas a cualesquiera faltas o delitos cometidos por los jueces en razón de su ministerio, y oídas las reflexiones del Sr. Gutiérrez de la Huerta sobre la necesidad de fijar un término a los juicios que la comisión creyó debían ser tres las instancias, se procedió a la votación de dicho párrafo, que quedó aprobado conforme está, sin perjuicio de las adiciones que habían indicado varios señores diputados, cuya discusión se reservó para el día siguiente" (59) (60).

(Como ya se dijo anteriormente, el interesante párrafo 10 del artículo 261 quedó aprobado sin discusión) (61).

B) La propuesta de adición de Zorraquín al párrafo 9.º del artículo 261, a discutir tras su aprobación, como hemos visto, era de un texto altamente interesante, por las manifestaciones en ella contenidas y por la discusión y exposición de puntos de vista que se produjeron en torno al tema allí planteado, tanto al discutirse el art. 262, cómo la propia adición (que, anticipamos, fué rechazada); todo ello afecta en gran medida a la actuación del nuevo Supremo Tribunal de Justicia en cuanto al recurso de nulidad (o sea, a la presente casación); rezaba así:

"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 efecto 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" (62).

"Abuso que los jueces hicieron de su autoridad en la mala aplicación de las leyes en la tercera instancia, a efecto 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 vino a llamar en España "casación por infracción de ley", aumentando en ella el interés particular y teniendo ya el Tribunal Supremo jurisdicción positiva? Notable cosa hubiera sido, y hubiera dado otra vía diversa a las escasas líneas del recurso concebido en el art. 261-9.º.

---

(59) Lo referente a Ultramar (último miembro del párrafo 9.º) se definió, a efectos de discusión, a la del art. 267 del Proyecto (268 de la Constitución) (cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 422, de 28 noviembre 1811, pág. 2342 t. III).

(60) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 420, de 26 de noviembre de 1811, página 2330, t. III.

(61) Cfr. *Diario de Sesiones*, de 28 de noviembre de 1811, núm. 422, página 2342, t. III.

(62) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 422, de 28 de noviembre de 1811, página 2342, t. III.

a) En realidad, Zorraquín, estaba imbuido por la idea de convertir al nuevo Tribunal Supremo en un Tribunal de instancia (idea que se transmite hasta nosotros a través de todo el siglo XIX) (63); comienza ya la lucha entre la tendencia "casacionista más pura" (permítase esta expresión, de contenido relativo) y la favorable a un recurso supremo, emparentado o no con los anteriores de injusticia notoria o segunda suplicación; el mismo Zorraquín, en su rectificación final, dijo no haber pretendido referirse (como lo interpretaron otros diputados y vamos a ver) "precisamente al recurso de injusticia notoria ni otro alguno, sino que sólo al ciudadano agraviado por la tercera instancia quedase el arbitrio de una cuarta instancia" (64).

C) En la discusión del proyecto de artículo 261 (260 en el propio proyecto), que precedió a la de la enmienda de Zorraquín, trasladada a él desde el 261 de la Constitución ya aprobado totalmente, se debatió sobre el problema de las instancias. (Ya era mal síntoma para él que hubiera querido ver en el proyecto de adición de Zorraquín algo referente a la casación, el hecho de fijar su discusión con la de un artículo en que se trata de las instancias.)

El problema fundamental—o de los fundamentales—se lo plantearon varios diputados, poco más o menos, en los términos en que lo hizo Añer:

"Por el sistema que se propone (el del art. 262 de la Constitución) habrá tres instancias en las causas: una en el Tribunal inferior y dos en la Audiencia, en dos distintas Salas... (65); llegará con frecuencia el caso de que la última Sala no se conforme o revoque las sentencias dadas por el inferior y por la primera Sala de la Audiencia, y en tal caso *hallo la necesidad de una cuarta instancia*, la que, en mi concepto, *deberá instaurarse en el Supremo Tribunal de Justicia*, o cuando menos, en la misma Audiencia, reuniéndose mayor número de ministros." Y añadía: "Entiendo que la justicia y el interés de los litigantes lo exigen así" (66).

Tengamos en cuenta que si bien no se discutía en este momento la adición de Zorraquín, sí se discutía un artículo al que podría ir adicionada, y que había sido propuesta para añadir al 261-9.º (esto es, al recurso de nulidad), lo que hubiera podido hacer pensar en la posibilidad de un recurso de nuevo tipo. Pero por el razonamiento

(63) Cfr. arg. en la posición de GUASP, en ob. cit. supra, y en sus Ponencias a los I y II Congresos Nacionales de Derecho Procesal (para la primera, cfr. *Actas* de dicho Congreso, Madrid, 1950, pág. 109 y ss.; para la segunda, el Boletín Informativo del Instituto Nacional de Derecho Procesal, núm. 47, de 15 de abril de 1954, págs. 8 y s.). También, últimamente, CONDOMINES (*Sobre el recurso de casación en materia civil*, en "Revista de Derecho Procesal", Madrid 1956, fasc. 4.º, passim).

(64) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 424, de 30 de noviembre de 1811, página 2354, col. 2.ª a. f.

(65) De vista y de revista.

(66) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 422 cit., pág. 2343.

de Añer—que recoge, en este caso, la media de la discusión—venimos que no se puede estar más lejos de las ideas que informaron a la casación francesa. “Cuarta instancia”, “interés particular” y “justicia”. Por otra parte, Añer era un intérprete del movimiento a favor de convertir al Tribunal Supremo en un Tribunal de instancia más.

A partir de este momento, la discusión aparece una especie de cálculo de probabilidades de justicia, de no mucha altura jurídica: por los diputados se removían, sumaban y restaban instancias; de ser cuatro, podría ser necesaria una más para conseguir el desempate si había dos favorables a cada parte (67); recordemos que Morales Gallego se oponía a la admisión de un recurso de injusticia notoria ante el Supremo Tribunal de Justicia, porque “por este medio quedaba un camino abierto para sacar los negocios del territorio de la instancia...” (68) (en el mismo discurso, había aludido a los abusos que cometía el Consejo de Castilla avocando a sí mismo el conocimiento de muchos asuntos “por medios no conocidos” y atribuyéndose facultades muchas veces contrarias a las mismas leyes; con esto se adivinará el porqué de su afirmación en este lugar; se reitera el tema de desconfianza hacia una suprema autoridad judicial).

D) Por la Comisión, Argüelles protestaba de la confusión que se había producido en algunos—y fuerte confusión—entre el recurso de nulidad, “reservado al Supremo Tribunal de Justicia, con el de injusticia notoria, que antes se interponía ante el Consejo”. “El recurso de nulidad—aclaraba—que propone la Comisión, 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, el proceso se devolverá a la Audiencia respectiva...” (69), no dejando de protestar contra el recurso de injusticia notoria en cuanto a su nombre en términos crudísimos (70); se proponía, naturalmente, su supresión (71).

---

(67) Cfr. ARGÜELLES, en *Diario de Sesiones*, núm. 422, cit., pág. 2346.

(68) Cfr. en el mismo sentido GALLEGO (*Diario de Sesiones*, núm. 424, de 30 de noviembre de 1811, pág. 2354); opinaba por su parte GUTIERREZ DE LA HUERTA que “para causas ejecutoria fuesen necesarias dos sentencias conformes”, conformándose así con el proyecto, pero apuntando su duda para el caso de que la tercera sentencia revocase las dos anteriores; y se volvía a comenzar (*Diario de Sesiones*, núm. 422 cit., págs. 2343 y s.).

(69) Cfr. *Diario de Sesiones* de 28 de noviembre de 1811, núm. 422, página 2346, t. III.

(70) “Si la injusticia era notoria —arguía—, los jueces cometían el mayor crimen posible; y siendo esto así, no debía admitirse en todos los casos sin muchas precauciones por no ser inverosímil que ningunos jueces incurriesen tan a menudo en injusticias notorias. ¿Y es posible, Señor, que siempre los había de haber, pues que solicitando el recurso, y hecho el depósito correspondiente, rara vez o nunca se negaba? Y si las injusticias notorias eran tan frecuentes, ¿cómo no lo ha sido (sic) en la misma o próxima proporción la responsabilidad de los jueces prevaricadores? ¿Cuántas Audiencias, cuántos jueces o magistrados se

E) La discusión se centró, pues, sobre el problema del número de instancias (en relación con su respectivo resultado) y sobre la conciliación o no de los recursos de injusticia notoria y segunda suplicación (72). Los mismos o semejantes argumentos se reprodujeron al tratar de la adición propuesta por Zorraquín (que comenzó cubriéndose con su deseo de que el recurso propuesto, “llámese como se llamare”, era para “precaer los daños que podían resultar al ciudadano por la arbitrariedad de los jueces”) (73), manifestándose movimiento casi general contra el recurso de injusticia notoria (así, Giraldo y Mendiola); rectificó Zorraquín —y su texto se ha insertado anteriormente—, y la propuesta fué rechazada, desapareciendo así los recursos de injusticia notoria y segunda suplicación (74), puesto que el artículo 262 fijó que “todas las causas civiles... se fenecerán dentro del territorio de cada Audiencia”.

Todo lo expuesto deja perfectamente claro cómo la tentativa de Zorraquín, no admitida, se dirigía hacia el problema de las instancias, mas no al de la “casación por infracción de ley”, de norma legal sustantiva: hacia allí le siguió el pensamiento de los demás intervinientes en la discusión del artículo 262 y de la enmienda. Argüelles, sin fijar claramente las características fundamentales del error que algunos cometían confundiendo los diversos recursos, determinó claramente, por la Comisión, el ámbito del de nulidad ante el Supremo Tribunal de Justicia: limitado a controlar “la observancia en la tercera instancia de las formalidades que la ley prescriba para el examen de las causas” (75).

**13.** A las vista de este panorama histórico intentaremos interpretar a la luz de la doctrina la labor de las Cortes:

A) Según Calamandrei (76), la admisión en Francia del recurso de casación por causa de “un procedimiento en el que se hayan violado las formas”, siempre que se trate de “formas procesales prescritas so pena de nulidad” (Decreto de 27 de noviembre-1.º de diciembre de 1790), surtía un resultado específico.

---

han visto depuestos, castigados ejemplarmente en virtud de haberse declarado la notoriedad de la injusticia? (*Diario de Sesiones*, cit., pág. 2346, col. 1.ª a. f.).

Ahora nos hemos vuelto a encontrar con esta denominación en vigor (Ley de Arrendamientos Urbanos, art. 135 y ss.).

(71) Expresaba la voluntad de la Comisión de que se suprimiese dicho recurso; abonaba por este parecer, entre otros, LUJÁN (*Diario de Sesiones*, número 423 de 29 de noviembre de 1811, pág. 2349, col. 1.ª a. p.).

(72) *Diario de Sesiones*, últ. cit., págs. 2347 y ss., interviniendo en las discusiones, además de los citados, los diputados VILLAGÓMEZ, OLIVEROS, LEIVA, MORAGUES y BORRUL.

(73) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 424. de 30 noviembre 1811, pág. 2353.

(74) Cfr. *Diario de Sesiones*, últ. cit., pág. 2355.

(75) Así quedó, desde este punto de vista, el art. 47 del Decreto de 9 de octubre de 1812 que desarrollaba el art. 261 de la Constitución.

(76) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, cit., I (II), pág. 90.

Estas normas tenían su base en el pensamiento de que también las normas procesales eran leyes que el juez debía respetar, por lo que aparecía la consideración política de que “el defecto del proceso tiene su origen en una inobservancia de la norma jurídica” (77). Pero su consecuencia era “desnaturalizar el sentido político de la casación, en cuanto no tiene en cuenta la profunda diferencia que existe, desde el punto de vista político, entre la violación de ley cometida por el juez “in judicando” y la cometida por el “in procedendo”; en efecto, la primera constituye un abuso de la facultad de “declarar” la ley, que constituye el oficio característico y exclusivo del juez, mientras la segunda no difiere de la simple inejecución de un precepto jurídico que puede ser cometido por cualquier funcionario o por cualquier ciudadano, de suerte que en la primera y no en la segunda puede verse aquella sustitución de la voluntad del juez a la voluntad del legislador que a la Revolución francesa tanto asustaba, y para impedir la cual instituyó precisamente el Tribunal de Casación”.

B) Para el maestro de Florencia, la falta de distinción de los legisladores franceses entre los errores cometidos por el juez “in judicando” o “in procedendo”, a efectos del recurso de casación, proviene de haber aceptado la idea, procedente del “ancien régime”—de la Ordenanza de Blois de Mayo de 1579, mantenida en la de 1667—, del poder general del monarca de anular toda sentencia dictada en contravención de cualquiera de sus Ordenanzas, sin “distinguir entre violación de leyes relativas al proceso y violación de leyes concernientes al fondo” (78), por la razón de que se “concebía toda violación de Ordenanzas como un error “in procedendo”, como un acto contrario a las mismas, en cuanto que ellas mandaban “proceder” de un modo diferente a aquel de como el juez había procedido”. El atentado no radicaba solamente en el hecho de que los Parlamentos juzgasen contra las Ordenanzas, o sea, que aplicasen a los hechos controvertidos normas que no respondiesen a ellas, sino, principalmente, en el hecho de que los Parlamentos desobedecieran el mandato de las Ordenanzas, o sea, no hiciesen lo que en ellas se mandaba hacer: la gravedad del caso estaba más en que el juez era un funcionario real que en que era juez (79). “Los grandes peligros que pueden derivar al ordenamiento público cuando el error de derecho que se cometa por el juez precisamente en el delicado momento en que aplica la ley al hecho, no fueron advertidos por los reyes franceses” (80). Esta falta de distinción pasó a los revolucionarios.

Y termina Calamandrei: “Si la Asamblea hubiera querido aplicar tal concepción en sus consecuencias lógicas, habría debido establecer que la transgresión de cualquier ley procesal da lugar a la casación,

(77) Cfr. CALAMANDREI, ob. cit., loc. cit. y pág. s.

(78) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, I (I), pág. 326.

(79) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, I (I), pág. 327.

(80) Cfr. CALAMANDREI, ob. cit., I (I), pág. 327.

precisamente porque en toda transgresión, aunque con diversa gravedad de efecto sobre la validez de la constitución procesal, existe igualmente la voluntad de ofender a la ley" (81).

C) Esta "desnaturalización" del sentido político de la casación residía, según Calamandrei (82), en que tratándose de anulación por error "in procedendo", el Tribunal de casación entraba a examinar la relación procesal viciada, no siendo aplicable el principio de que no podía entrar en el conocimiento de los hechos ("En matière de cassation, le tribunal de cassation ne pourra jamais connaître du fond des affaires", art. 20, cap. V Constit. de 1791), porque debía dedicarse a examinar cuál habría sido el hecho del juez que constituía el error "in procedendo", y podía anular solamente cuando esta investigación de los hechos procesales hubiese dado resultados afirmativos.

Además de esta consideración, refiriéndose al Decreto francés de 1793 y demás disposiciones en que se halla la expresión "formes de procédure prescrites sous forme de nullité", dice que es ésta la que más contribuye a esa "desnaturalización" política de la casación, pues ello la haría pasar, desde un criterio político (de considerar como motivo toda transgresión de ley procesal) a uno procesal (de considerar solamente como motivo la transgresión de aquellas leyes que *prescriben formas esenciales so pena de nulidad*) (83).

Debemos interpolar aquí nosotros que la expresión "formes de procédure sous peine de nullité" no aparece en el artículo 20 de la Constitución de 1791 (cap. V), ni en el artículo 1.º título X, Sección IV del Proyecto de Constitución girondino ("Des censeurs judiciaires") (84), ni en el artículo 99 de la Constitución de 24 de junio de 1793 (la no puesta en práctica), ni en el 255 de la de 22 de julio de 1795—la Directorial—, ni en el 66 de la de 13 de diciembre de 1799—la Consular—: pero es suficiente el Decreto antes citado. De aquí puede surgir la impresión de que los legisladores de Cádiz aplicaron ideas de las Constituciones francesas, pero no las de sus desarrollos a través de Decretos y Leyes. ¿Es acertada esta impresión? No lo podemos decir. Puede ocurrir que, conociendo también los parlamentarios españoles los desarrollos de dichas Cartas fundamentales, no estimasen del caso seguirlos para incluirlos en la Constitución que preparaban, por razones que no se nos alcanzan, porque no se hace alusión alguna a ellas en los debates. Puede ocurrir también que les moviesen a esta conducta razones de técnica legislativa constitucional (esto es, dejando el desarrollo de los principios para ulterior legislación): pero.

(81) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, cit., I (II), pág. 92.

Y dice en nota que considerando tanto los vicios "in judicando" como "in procedendo" como "simples inexecuciones de ley", no se comprende cómo la Asamblea no sintió la necesidad de extenderla a reprimir las inexecuciones cometidas por cualquier orden de funcionarios (nota núm. 91, *Casación*, I (II), página 91).

(82) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, cit., I (II), pág. 96.

(83) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, cit., I (II), pág. 92.

en tal caso, ¿cómo no lo hicieron en el Reglamento de Tribunales de 9 de octubre de 1812? Puede ocurrir, en fin—y los términos de la discusión hacen ver esta posibilidad como la más probable—, que tuvieran ideas diferentes sobre lo que debería ser el desarrollo de la norma del artículo 261-9.º y concordantes; la que en tal caso, hubiera venido a ligarse con una especie de “querella nullitatis” de las anteriores (84).

D) Así pues, resumiendo, en la mentalidad y discurso de Calamandrei pueden verse dos estadios de “despolitificación progresiva” del recurso de casación por motivo de vulneración de normas procesales:

1.º, de “despolitificación” menos fuerte, por la admisión del recurso en caso de violación de toda norma procesal.

2.º, de “despolitificación” más fuerte o desarrollada, si el recurso ha de basarse en la vulneración de alguna norma procesal de las “previstas so pena de nulidad”.

En el artículo 261-9.º de la Constitución de Cádiz se hace remisión al 254, que habla de “*toda* falta de observancia de las leyes que arreglen el proceso”; por lo que, a falta de otros datos que resulten de la discusión parlamentaria (no la hubo, como se consignó supra, sobre el tema de la amplitud de las nulidades) (85), se habría de considerar que el recurso de nulidad del 261 puede impostarse en el primer estadio de “despolitificación” señalado por el profesor italiano.

Decía aquí Calamandrei, comentando el artículo 20 del Decreto de 1790 y 24 de la Ley de Brumario del año IV, que cuando la casación era pronunciada por error “in procedendo”, el juez del “rinvio” estaba obligado a observar la formalidad procesal cuya inobservancia había sido puesta de manifiesto por el Tribunal de casación: “Dans le cas où la procédure aura été cassée, elle sera recommencée à partir du premier acte où les formes n’aurent pas été observées” (86). El imponer esta obligación daba evidentemente a la casación algo más que un puro efecto negativo.

No tenemos, desgraciadamente, a nuestra disposición norma tan clara; pero sí una expresión del miembro de la Comisión, Argüelles (que es, a nuestro entender, quien mejor sentido jurídico mostró a lo largo del debate concreto): “Declarada la nulidad, el proceso se devolverá a la Audiencia respectiva, para que repuesta la causa (87) de su anterior estado, se vuelva a ver por el Tribunal que la cometió” (88).

Así pues, en este caso, el Supremo Tribunal de Justicia no servía predominantemente el interés de la ley, sino mejor a la Justicia, desvirtuándose la casación posible; no había conflicto entre el juez y el legislador; sólo se trataba de quitar eficacia jurídica a una decisión

(84) Cfr. arg. CALAMANDREI, *Casación*, cit., I (II), pág. 92 y s.

(85) Cfr. texto super notas núms. 40 y 43.

(86) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, cit. I (II), pág. 97.

(87) Este “de”, podría ser una errata del *Diario*.

(88) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 422, de 28 de noviembre de 1811. página 2346, col. 1.ª, t. III.

viciada por cualquier defecto de construcción (89). La extensión del recurso de nulidad del artículo 261-9.º de la Constitución, casi textualmente, a los Tribunales inferiores, por obra del artículo 13, 9.º del Decreto de 9 de octubre de 1812, que desarrolló a aquél, vino a demostrar cómo el Supremo Tribunal de Justicia, al tratar de nulidades, actuaba como otro tribunal cualquiera, y no como de casación, sino como “suprema autoridad disciplinaria del ordenamiento judicial”, como diría Calamandrei (90).

Recordemos una vez más, a riesgo de parecer machacones, que nada se dijo en los debates sobre la amplitud de las nulidades previstas por el artículo 261-9.º en relación con el 254.

Con todo esto, ¿quiere decirse que no hubo, desde el punto de vista legal, jamás, “casación pura” ni siquiera en Francia? Cabe inducir esta conclusión, contrastando las opiniones de los juristas franceses en la Asamblea con sus resultados legislativos, como hace Calamandrei. Pero, en todo caso, si para el recurso suponía desnaturalización política la admisión por vicios procesales, aún más intensa es tal desnaturalización si mediante un recurso (el nuestro, de “nulidad”) sólo se contempla esa hipótesis y no la característica de “violation de la loi”; y las palabras de Argüelles que acabamos de transcribir bien claro lo muestran: “repuesta la causa de su estado anterior, se vuelva a ver”.

E) ¿Podía intentarse ver en el artículo 261-9.º de la Constitución también un recurso de nulidad sobre el fondo, reponiéndose los autos al estado anterior al de dictar sentencia? (esto es, un sistema de “casación por infracción de ley” semejante al del Real Decreto de 4 de noviembre de 1838).

a) No hay en la Constitución ni en la discusión parlamentaria ningún dato (al menos, no los hemos hallado en nuestras largas y minuciosas lecturas) que permita aseverarlo; práctica, no la conocemos: el Decreto de las Cortes de 9 de octubre de 1812 (“Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia”) tampoco da noticias que favorezcan esta hipótesis, que, de llegarse a confirmar, echaría por tierra la nuestra.

b) Antes bien, la impresión general que se recoge de las discusiones es la de que, los que impugnaban el proyecto de la Comisión, lo hacían pidiendo más instancias o un recurso de injusticia notoria; pero que ni a ellos, ni a la Comisión se les ocurrió decir que el Supremo Tribunal de Justicia pudiera, conociendo en recursos de nulidad, anular solamente la sentencia y devolver los autos al inferior para que éste volviera a fallar. (¿Se había pensado en la calidad de las normas que el juez aplicaba en el proceso lógico de elaboración que le con-

(89) Cfr. Arg. CALAMANDREI, *Casación*, cit., I (II), pág. 93.

(90) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, cit., I (II), pág. 99.

ducía a formular la sentencia?; recordemos el estricto tenor del artículo 254 de la Constitución.) De haberse pensado y dicho algo en tal sentido (esto es, de haberse insinuado un tipo de casación por "violation de la loi" como el francés de 1790), es evidente que problema tan grave, ya que no regulado por la misma Constitución —que hubiera sido lo lógico—, hubiera sido apuntado en las discusiones, puesto que al crear tal recurso, los problemas planteados por él serían gravísimos; tan graves como los que tuvieron que resolver los legisladores franceses, y tras copiosas deliberaciones.

Contribuye a asegurar nuestra tesis el texto del art. 261-10 en relación con el 131-1.º (el "référé").

No obstante, aun manteniendo tal tesis, no dejamos de pensar en la posibilidad apuntada, aunque reiteramos nuestra impresión de ser muy remota, no hallándose lo que pudiera mantenerla en las discusiones del proyecto.

Por todo lo dicho, si interpretamos literalmente el art. 254 de la Constitución en relación con la devolución del proceso que habla el 261-9.º, se llegará a la conclusión de que la figura aquí aparecida, es la de una garantía "política", pero una "casación pura", no es, si aceptamos los términos Calamandrei, de que el juez, al cometer errores procesales, no juzga (91), o mejor dicho, que juzga en otro sentido diferente (92).

c) Pero además de esta tesis, hay que tener en cuenta, en nuestro caso concreto, que el peligro de interpretación de las leyes por los Tribunales "en caso de duda sobre su inteligencia" (art. 261-10) (ei temido caso previsto por los revolucionarios franceses sobre la base de su concepto de ley), se combate, no por medio del recurso de nulidad del 261-9.º sino por la intervención del Cuerpo legislativo, consultado a través del Tribunal Supremo y el Rey (el "référé" del artículo citado y del 131-1.º).

Por ello, hay que ver que el recurso de nulidad ante el Supremo Tribunal de Justicia de la Constitución de 1812, muy poco tiene que con el sistema de casación imaginado por los juristas franceses de la Asamblea Constituyente como medio de oponerse a posibles excesos del Poder judicial.

Así pues, la "casación española", la "nulidad" del art. 261, en su origen, aparecía ya desvirtuada, tanto a la luz de la doctrina como de sus propios autores (recuérdese la expresión de Argüelles aclarando

---

(91) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, cit., I (II), pág. 91, y más ampliamente sobre esta posición de tal interés, en *La distinción entre "error in iudicando" y "error in procedendo"* en "Estudios de Derecho procesal", trad. española de SENTIS MELENDO, Buenos Aires, 1945, págs. 165 y ss., y esp. 171 y ss.

(92) Esto es lo que oponía a BELING, por la tesis mantenida en su *Revisión wegen "Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren"*, en la "Festschrift für Binding", Leipzig, 1911, vol. II, págs. 87 y ss.

el sentido del citado artículo); se trataba de una garantía procesal ascendida a la de categoría política fundamental, pero en realidad, con ninguna relación con la verdadera casación política francesa y sus motivos causales de aparición.

Aunque éstos aparecen análogamente en las exposiciones de los legisladores de Cádiz, y se plasman en su obra (recuérdense los diversos artículos de la Constitución sobre el principio de separación de poderes; el núm. 10 del 261; el 131-1.º, etc.) y se muestra evidentemente el anhelo de llegar a un vehículo que garantice esta separación, *tal vehículo no aparece en el art. 261 párrafo 9.º como análogo a la casación francesa por "violation de la loi"*.

Esta norma puede servirnos mejor como indicio de una figura diferente a la casación; el mecanismo que a ésta sustituye (mecanismo preventivo) es el del 261-10 y 131-1.º, y no el del 261-9.º por lo que el sistema general difiere fundamentalmente del casatorio francés.

Podría decirse que, habiendo visto o entrevisto los legisladores españoles —mejor dicho, la Comisión correspondiente— los dos caminos de elaboración de una garantía jurídica —de control de la observancia respectiva de las normas procesales y de las materiales— eligieron para aquel control una solución que los legisladores franceses habían adoptado para este último caso y dejaron, para el control de la observancia de las leyes materiales (para el extremadamente importante problema de su interpretación) una vía abierta al Cuerpo Legislativo ("référé del 261-10, 131-1.º").

Los que quieren ver, pues, los orígenes de la casación española (o la "casación española" en el art. 261-9.º de la Constitución de Cádiz, harán bien de examinar los artículos de la misma a que nos hemos referido; si los legisladores previeron la necesidad de un mecanismo de control de la actividad de los Tribunales para garantizar la separación de poderes por dicha Carta instaurada, no lo desarrollaron ni mucho menos, como sus antecesores franceses de 1790; el Supremo Tribunal de Justicia no era un Tribunal de casación como el francés (aunque "casase"); la función que fundamentalmente le estaba atribuida allí desde el punto de vista político, no le fué atribuida aquí; la que sí le estaba al nuestro, es la que no corresponde exactamente a la concepción prístina de los revolucionarios franceses en lo que se apartaba de las del "ancien régime".

Ahora bien: lo que a nuestro entender no cabe discutir es que el recurso de nulidad tenía su base en la necesidad, de acusados matices políticos, de sustituir a los anticuados e impopulares (ya lo hemos oído por boca de Morales Gallego, por ejemplo) recursos ante el Consejo de Castilla: necesidad general de remozar el proceso por razones que excedían del marco de lo jurídico, y que son las mismas que hicieron aparecer, con rango constitucional, en la Carta que hemos comentado, a otros principios procesales (93).

(93) Cfr. p. e. j., nuestro trabajo *Ideas y textos sobre el principio de publicidad del proceso*, en "Revista de Derecho Procesal", Madrid, 1957, fasc. 1.º.

No deja de ser también de alto interés el movimiento que se nota en los debates, a favor de ulteriores instancias, intentando que el nuevo Supremo Tribunal de Justicia fuera a ser uno más de ellos; esto 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 la recepción casi total de la casación francesa (de una casación que no era la prístina, habiendo desplazado de su lugar preeminente la función de unificación jurisprudencial a la de nomofilaquia). Que este esfuerzo, amén de la dificultad que suponía el adoptar un vehículo, como el francés, ya en plena evolución, fuese de pocas consecuencias frente al movimiento contrario, puede tener una de sus razones en la visión que ya tenían del problema de las atribuciones del Supremo Tribunal de Justicia muchos de los legisladores de Cádiz.

14. Hemos dejado para este momento el examen de la opinión de Plaza, ya que para tratar de ella era presupuesto previo, la exposición de la temática tratada por las Cortes de Cádiz en torno al recurso de nulidad ante el Supremo Tribunal de Justicia y al sistema de control de la separación de los poderes estatales.

Dice este autor, en su conocida monografía (94), que la finalidad del recurso de nulidad de 1812 no es, en suma, la del recurso de casación, puesto que se trata “de *reponer* el proceso y devolverlo al Tribunal “a quo”, para que se hiciese efectiva la responsabilidad de los Magistrados que hubiesen infringido las leyes de procedimiento”.

Esto es, parece entenderse que la única finalidad de este recurso sería la de exigir la responsabilidad judicial.

Abonaría por la posición de Plaza (que así creemos interpretar correctamente) esta expresión de Morales Gallego: “Sólo en el caso de la nulidad que propone la Comisión, podrán ir los autos al Supremo Tribunal de Justicia y esto para el *único* y preciso efecto que allí se dispone” (95).

Para nosotros, esta argumentación de Plaza no es la adecuada al caso, aunque estemos con él en la conclusión.

El concepto de “reposición” del proceso y la idea de “devolverlo”, hay que entroncarlos con la “nulidad”. Esto es, amén de que se exija responsabilidad personal a los jueces, el proceso queda “repuesto” al estado anterior, y “devuelto” al tribunal inferior. ¿Qué haría el tribunal inferior? ¿Continuarlo —siempre que se cumpliesen las normas sobre el impulso— o no continuarlo de nuevo a partir del momento anterior al de la nulidad declarada?

El mismo Argüelles, entendemos daba la solución así:

“Declarada la nulidad, el proceso se devolverá a la Audiencia res-

(94) *La casación*, cit., pág. 95.

(95) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 422, de 28 de noviembre de 1811, página 2346, t. III.

pectiva, para que, repuesta de su anterior estado, se vuelva ver por el Tribunal que la cometió" (96) (97).

Esta solución no se da solamente en el curso de una oración parlamentaria (que siempre tiene mayor interés cuando es un destacado miembro de la Comisión el que la pronuncia, como lo era Argüelles en nuestro caso), sino que, a nuestro entender, aparece también en el Reglamento de Tribunales de 9 de octubre de 1812, que desarrollaba el art. 261 entre otras materias.

En su art. 54 (Cap. I), tratando del recurso de nulidad ante el Supremo Tribunal de Justicia, dice que "la Sala admitirá el recurso sin otra circunstancia, y dispondrá que con la seguridad correspondiente, y a costa de la parte que lo interpuso, se remitan los autos del Tribunal Supremo de Justicia..., citándose antes a los interesados para que acudan a usar de su derecho; pero si alguno de estos pidiese antes la remisión de la causa que quede testimonio de ella, lo dispondrá así la Sala a costa del mismo".

Prescindiendo aquí del "acudir a usar de su derecho" ante el Supremo Tribunal de Justicia, lo cual supone una amplia abertura hacia el interés privado de las partes (lo que también se hizo patente en la discusión parlamentaria de la Constitución), interés que lógicamente habría de triunfar, no simplemente con la nulidad y exacción de responsabilidad de los magistrados, sino mejor con la nulidad y reposición del proceso al estado anterior para que se continuase y volviese a fallar. ¿Para qué se habría de quedar la Sala automáticamente a petición de parte con un testimonio?

Si añadimos a esto el argumento que emana del art. 12, párrafo 8.º del mismo Reglamento, que siguiendo los términos textuales del art. 261 Constit., amplía el recurso de nulidad para aplicarlo contra las sentencias dictadas por los jueces de primera instancia en los casos en que no haya apelación, se puede llegar a concluir que, amén de la exacción de responsabilidad, el recurso no tiene la finalidad de "matar" el proceso en un punto de su curso, sino mejor el de que una vez repuesto al estado anterior al momento de la nulidad, se continúe y termine por sus trámites.

15. A) 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 presentase un proyecto sobre la forma de constitución del citado organismo (98); en la sesión de 17 de marzo de 1812 —dos días antes de la solemne Promulgación de la Constitución— se presentaban las propuestas de Decretos (cuatro: para el Tribunal Supremo de Justicia, para el de Gue-

(96) Hemos expresado anteriormente nuestra opinión de que el "de" es una de las abundantes erratas de imprenta del *Diario de Sesiones*.

(97) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 422, de 28 noviembre 1811, pág. 2346.

(98) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 474, pág. 2662, t. IV.

rra y Marina, para el de Ordenes y para el especial de Hacienda) (99). En dos Decretos (de 17 de abril de 1812) se fijaba el modo de nombrar los magistrados y las cualidades que habrían de reunir. Entre otras cosas, se hacía referencia a las atribuciones del Supremo Tribunal de Justicia (y cfr. el encabezamiento del Decreto en la Colección Oficial que manejamos), pero sin aclarar nada sobre el recurso de nulidad.

El día 20 de junio de 1812, pronunciaba solemne discurso, el día de su instalación, el Presidente del Supremo Tribunal de Justicia, don Ramón de Posada y Soto; este señor, ni siquiera citaba en el mismo al recurso de nulidad (100). Al día siguiente, las Cortes iniciaban la discusión del proyecto de reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia, que contendría normas sobre el recurso de nulidad.

B) La discusión fué muy prolija y confusa (101). Los artículos referentes al recurso de nulidad pasaron prácticamente sin discusión, la cual se centraba, en general, más bien en los problemas de organización judicial (102).

El art. 47 del Capítulo I, 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 se resolvía de otro modo diferente cuando se tratase de los recursos de nulidad de Ultramar, art. 268 de la Constitución (103) y 48 a 52 del Reglamento (104), indicándonos este mismo fenómeno la diferencia notable del referido recurso con respecto a la casación propiamente dicha.)

---

(99) Cfr. *Diario de Sesiones*, núm. 523, pág. 2937, t. IV.

(100) Transcribió este discurso, COVELÁN (Cfr. *El Tribunal Supremo según la Constitución de 1812*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", tomo 143 (1923), pág. 3 y ss.

(101) En el tomo V del *Diario de Sesiones* de estas Cortes, y a partir de la página 3341, puede verse la discusión.

(102) Así, cfr. con ref. al art. 47, la sesión de 22 de julio de 1812, en *Diario*, número 616 pág. 3460; al 49, la de 25 del mismo mes, pág. 3469; al 49 y hasta el 56, en la misma.

(103) "A las Audiencias de Ultramar les corresponderá además el conocer de los recursos de nulidad, debiendo éstos interponerse, en aquellas Audiencias que tengan número suficiente para la formación de tres Salas, en la que no haya conocido de la causa en ninguna instancia. En las Audiencias que no consten de este número de ministros, se interpondrán estos recursos de una o otra de las comprendidas en el distrito de una misma gobernación superior; y en el caso de que en ésta no hubiere más que una Audiencia, irán a la más inmediata de otro distrito".

Este artículo iba redactado de igual forma en el proyecto: se aprobó "después de algunas observaciones" (*Diario de Sesiones*, núm. 427, de 3 de diciembre de 1811, pág. 2368, col. 2.ª, t. III).

(104) No se examinará aquí esta cuestión sino en lo que se relacione con el recurso de nulidad ante el Supremo Tribunal de Justicia.

a) El interés que tiene para nosotros, aquí, la cuestión del recurso de nulidad ante la Audiencia de Ultramar, reside en lo previsto por el art. 269 de la Constitución:

“Declarada la nulidad, la Audiencia (de Ultramar) 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 254.”

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 de Justicia en España. ¿Qué haría la Audiencia anuladora 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.

El artículo 46 del Reglamento decía que “cuando la sentencia de vista o revista cause ejecutoria, quedará a las partes expedito el recurso de nulidad; pero la interposición de éste no impedirá que se lleve a efecto, desde luego, la sentencia ejecutoriada, dándose por la parte que la hubiese obtenido la correspondiente fianza de estar a las resultas si se mandase reponer el proceso”.

Aquí se examina, pues, un posible efecto de la “reposición” del proceso con independencia de la exacción de responsabilidad.

Se aprecia claramente que la finalidad del recurso no era solamente la de “reponer para exigir responsabilidad”, sino dos: “reponer” y “exigir responsabilidad”; y la “reposición” podía dar lugar a una consecuencia —la más lógica—, la prosecución del proceso a partir del momento al cual fué repuesto; para garantizar su resultado se exigía la fianza correspondiente en relación con la ejecución de la sentencia recurrida. Esto es, el recurso de nulidad ante el Supremo Tribunal de Justicia, entendemos que evitaba la formación de la cosa juzgada (también, cfr., p. ej., el plazo del art. 53, a que nos referimos). Si de una parte contemplaba el interés público (exacción de responsabilidad), de otra parte, lo hacía ampliamente al privado (reposición, y posibilidad de continuar el proceso ante el inferior, por no haber surtido efectos de cosa juzgada).

b) El artículo 53 se refería a la interposición de recurso de nulidad (en la Sala de la Audiencia en donde se hubiera causado la ejecutoria, dentro de los ocho días siguientes a la notificación de la sentencia); 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” como se vió, quedándose la Sala con testimonio a petición de parte (este testimonio, estimamos que excede, en cuanto a su objetivo, a lo previsto en general por el artículo 62 (105), puesto que la causa no estaba ter-

(105) “Todas las Audiencias, después de terminada cualquiera causa civil o criminal, deberán mandar que se dé testimonio de ella o del memorial ajustado a

minada; cfr., el argumento citado, que surge del art. 46); el 54, se reducía a prever “la justa libertad que deben tener, por escrito y de palabra” “tanto en estos recursos” (de nulidad) “como en todos los demás negocios”, los abogados y defensores de las partes. Y en este punto del Reglamento, nada más hay que pueda contribuir a explicarnos la naturaleza del recurso.

c) Es de interés el artículo 13, párrafo 8.º, del Reglamento, sobre las facultades de las Audiencias: “Conocer de los recursos de nulidad que se interpongan en 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.”

Nótese la semejanza gramatical de esta norma con la del artículo 261 de la Constitución.

En relación con este artículo, el 11 del capítulo II del Reglamento (“De los Jueces letrados de primera instancia”) explica el alcance de este recurso, al referirse al “juicio escrito, conforme a derecho”, en que no cabe apelación (106), diciendo que queda “a las partes el recurso de nulidad para ante la Audiencia del territorio, cuando el Juez hubiese contravenido a las leyes que arreglan el proceso”.

Si tenemos en cuenta que en el artículo 13-8.º del capítulo I la misma expresión gramatical utilizada por el legislador nos indica su ánimo de extender el recurso de nulidad a otros tribunales, podemos interpretar—ya lo hicimos antes, por otra argumentación—que, desde luego, queda excluida la “violation de la loi” como motivo del citado medio de impugnación, lo cual abona por nuestro parecer, de la lejanía de nuestro recurso con respecto a la finalidad primigénita de la casación francesa.

Por otra parte, en este caso, el recurso de nulidad queda reducido a una especie de “apelación por quebrantamiento de forma” ante la Audiencia; se encomienda a este órgano, que es un tribunal característico, sin que en torno a él puedan surgir dudas como las que aparecieron en torno al primitivo Tribunal de casación francés (107). Aquí caerían por su base todas las demás posibles lucubraciones en torno al artículo 261 y su relación con la casación originaria francesa.

---

cualquiera que lo pida a su costa para imprimirlo o para el uso que estime; exceptuándose aquellas causas en que la decencia pública exija según la ley que se vean a puerta cerrada.

(106) Se trataba de tipo de juicio intermedio entre de ordinario y verbal, plenario, de tramitación más rápida que aquél; para lo cual, se le privaba de apelación. En él hemos visto una fase histórica de lo que luego ha sido el juicio de menor cuantía (cfr. FAIREN GUILLÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, cit., págs. 101 y ss.).

(107) Cfr. CALAMANDREI, *Casación*, cit., I (II), págs. 49 y ss.

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 —Calamandrei—, lo desvirtúa; aún más se desvirtúa la posibilidad de una comparación con esperanza de un resultado positivo, del citado recurso español, si lo interpretamos a la luz del pensamiento de quienes lo introdujeron y desarrollaron.