

## **Breve diatriba sobre la casación**

Walter Astillón

Al igual que en los otros campos del conocimiento humano, las grandes innovaciones en el terreno legislativo han estado precedidas de procesos de condensación en el plano de la doctrina jurídica.

Sabemos, por ejemplo, que el Código Civil de Napoleón es el resultado de los grandes aportes teóricos de la Escuela Culta de Francia, así como de los juristas posteriores, como Domat y Pothier, dentro del marco gigantesco del derecho romano-justiniano;

Sabemos que el Código Civil alemán tiene en su retaguardia la gigantesca obra teórica de los pandectistas;

Sabemos que las reformas procesales civiles alemana y austríaca se apoyan en la labor desplegada por los estudiosos que desemboca en la polémica Windscheid - Muther, y reúne figuras como Wetzell, Bethmann-Hollweg, Bekker, Wach, Bülow, Gierke, Kohler, Degenkolb y Franz Klein, entre otros muchos;

que la moderna codificación penal se inspira en la Ilustración, está precedida por las doctrinas de Feuerbach, Romagnosi y Carrara, y se apoya en las concepciones teóricas de Karl Binding, Liszt, Mayer, Beling; etc., etc.

Y para terminar con un ejemplo costarricense, la promulgación de las leyes que revolucionaron nuestro Derecho Público fue precedida por el esfuerzo doctrinal de Eduardo Ortiz, Gonzalo Retana, Rodolfo Piza Escalante y el imponente conjunto de sus continuadores y discípulos.

Pues bien, aunque parezca sorprendente, no pasa lo mismo con el ***instituto de la casación***, a pesar del enorme peso que ha tenido a la cabeza de las instituciones judiciales durante los últimos doscientos años. ¿Cuáles monografías, cuáles artículos, cuáles tratados, cuáles discusiones científicas precedieron la creación del recurso de casación en 1790, por parte de los convencionales franceses? Simplemente ninguno.

La instauración del tribunal y del recurso de casación no fue el producto de una innovación científica o de un salto adelante de la doctrina jurídica, sino, cruda y simplemente, de la lucha por el poder en los albores de la Revolución Francesa.

Se trata, entonces, de un hecho insólito, pero no gratuito, en la historia doctrinaria y legislativa de Occidente; y creo que vale la pena estudiarlo para tratar de comprenderlo y sacar conclusiones. Veamos.

## 1. El nombre 'casación'

Ya en la Francia renacentista, pero especialmente a partir de un Reglamento de 1738, había quedado bien definido y separado de otras funciones lo que se conocía como '**demande en cassation**', la cual correspondía por lo general a una sección del Consejo del Rey llamada **Conseil des Parties**, órgano de 'justicia retenida' presidido por el propio Rey o por su Canciller.

Cabe suponer que la palabra francesa 'cassation' (casación) del verbo '**casser**' (derivado del latín *quassare*: **sacudir violentamente, romper en pedazos**), fue escogida ex professo para distinguir enérgicamente la intervención de aquel '*Conseil de Parties*' de la de los tribunales corrientes de apelación, que reformaban o revocaban (no 'hacían trizas') las resoluciones impugnadas; porque en el primer caso se trataba de intimidar, de persuadir a los jueces (y en particular a los Parlamentos) de respetar y mantener la supremacía de la justicia real. Y aunque esta '*demande en cassation*' fue algo diametralmente diferente de lo que años después, en 1790, fue el propio 'recurso de casación' creado por la Revolución Francesa, el nombre fue conservado, y de esa manera pasó a la posteridad.

## 2. Antecedentes histórico-políticos

La toma de La Bastilla del 14 de Julio de 1789 rompe el equilibrio de fuerzas que se mantenía en los años anteriores entre pueblo y burguesía por una parte, y rey, nobleza y alto clero, por la otra parte; y da a los primeros la iniciativa política.

Usando esa iniciativa los burgueses crean la Asamblea Nacional y otros órganos democráticos, promulgan la Constitución y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; derogan muchas leyes y costumbres del Antiguo Régimen, etc. Con todo ello los revolucionarios se proponían fundar un nuevo orden político democrático basado en la igualdad, la libertad, la fraternidad y la propiedad.

Pero esto no significaba ni de lejos que en ese momento la revolución estaba ya consolidada: Por el contrario, el Rey continuaba reinando y, junto a los nobles y el alto clero seguía teniendo enorme fuerza en diferentes capas de la población; de modo que por largo tiempo la Revolución tenía que continuar derrotando sus iniciativas restauradoras, sus maniobras, sus sabotajes y sus chantajes.

Entre los partidarios del Antiguo Régimen había muchos juristas que habían ejercido de notarios, de abogados, de procuradores y de JUECES antes del 14

de Julio, los cuales se mantenían quietos, pero que al menor signo de debilidad de la Revolución, se sumarían resueltamente a la contra.

El caso de los jueces era particularmente grave: para continuar dando el servicio de la justicia, la Revolución tuvo muchas veces que reclutar juristas donde los hubiera e integrar con ellos los tribunales en todo el País. Y el temor de la Asamblea Nacional de que estos jueces, interpretando de mala fe la legislación revolucionaria, bloquearan su avance, respondía a un peligro real.

### **3. ¿Cuál fue el remedio? Condiciones**

En ese momento histórico (a un año y medio de La Bastilla) es cuando surge en la A.N. la idea de crear un órgano que, usando un instrumento adecuado, se encargaría de defender a la ley de los ataques de los jueces.

El órgano, después de varias propuestas, se llamó: **tribunal de casación**.

El instrumento, superando algunas dudas, terminó llamándose **recurso de casación**.

**Dos** principios fundamentales del pensamiento ilustrado presidieron su creación: la supremacía de la ley, como expresión de la voluntad general (y el consiguiente deber legal de protegerla por parte del Tribunal de casación); y la separación e independencia recíproca entre los poderes del Estado (como límite del poder del Tribunal).

### **4. Posición del nuevo órgano**

En primer lugar hay que poner en claro que se trataba de un órgano de carácter legislativo, NO JUDICIAL.

El art. 1 de la Ley de 27 nov - 1º dic. De 1790 dice:

"Se establecerá un Tribunal de Casación junto al Cuerpo Legislativo".

Sobre ello nos dice el diputado Le Chapelier:

"...Cree el Comité que la casacion de las sentencias contrarias a la ley ... debía atribuirse a un Tribunal de Casación que, situado entre los tribunales y la ley, quede encargado de la vigilancia completa de la ejecución. Este derecho de vigilancia debe conferirlo el Cuerpo legislativo, porque a la facultad de dictar la ley sigue naturalmente la de vigilar su observancia ..."

En suma, se trata de un órgano

- i) inmediatamente subordinado a la Asamblea Nacional,
- ii) que no pertenece al poder judicial (que a la sazón estaba compuesto por los jueces de instancia y de apelación: Decreto de 1º-5 de 1790),
- iii) pero tiene rango superior a los tribunales de justicia.

## 5. Cometido y funciones

El art. 3 de la Ley de 27 nov - 1º dic. de 1790 dice que la misión del Tribunal de Casación es anular

"...toda sentencia que contuviese una violación expresa del texto de la ley..."

Es decir, prevalece una **concepción negativa**: el tribunal es una especie de Canciller cuyo cometido es simplemente **eliminar** las sentencias violatorias de la ley

Sólo muchos años después se consolidará una **concepción positiva**, cuando se asigne a la (ya judicializada) Corte de Casación, además de anular la sentencia errónea, la tarea de exponer la interpretación correcta de la ley, y de unificar la jurisprudencia.

El Tribunal, en el cumplimiento de sus funciones, no dictaba sentencia, como un órgano judicial, sino que se pronunciaba por 'decreto', como la Asamblea Nacional misma.

El sistema establecido por la ley de 1790 era el siguiente:

- a) Anulada la sentencia por violación flagrante de ley, el caso pasa a otro juez, quien decide libremente;
- b) Si ocurre lo mismo con el segundo juez, por insistir en la violación legal, el caso pasa a un tercer juez;
- c) Si ocurre de nuevo, entonces el Tribunal remite el caso a la Asamblea Nacional (*référé législatif*), para que haga una interpretación auténtica de la norma violada.

Ahora bien, al cumplir sus funciones el Tribunal tenía que respetar los límites impuestos por el principio de separación de los poderes, de modo que:

Como parte del Legislativo, al conocer del recurso el Tribunal de Casación no podía inmiscuirse en el caso judicial; tenía que limitarse a constatar que la sentencia recaída en dicho caso, o el procedimiento seguido, contuvieran una violación flagrante de ley, y anularlos sin más;

Por la misma razón, al anular, el Tribunal tenía que devolver el caso al juez competente.

Quiero insistir en **que inicialmente** no fueron parte de los objetivos del Tribunal de Casación

ni fijar la correcta interpretación de la ley,

ni conseguir la uniformidad de la jurisprudencia.

De ello hay, según lo vemos en la cita que hace François Géný (en *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*; Madrid, 1902; pág. 81 y sigtes.) abundantes testimonios en los Archivos del Parlamento francés, como es el caso del diputado ROBESPIERRE, quien en la sesión del 18 de Noviembre de 1790, en la que se discutía precisamente el proyecto para implantar la casación, manifestó:

"...esa expresión de **jurisprudencia de los tribunales**, en la acepción que tenía en el Antiguo Régimen, nada significa en el nuevo; debe borrarse de nuestro idioma. En un Estado que cuenta con una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley; de ese modo tenemos que siempre hay identidad de jurisprudencia..."

Y ello fue reafirmado en la misma sesión por el diputado Le Chapelier con las siguientes palabras:

"...El Tribunal de Casación, lo mismo que los tribunales de distrito, **DEBE CARECER DE JURISPRUDENCIA PROPIA**. Si se diese en el Tribunal de Casación esta jurisprudencia, la más detestable de todas las instituciones, habría que destruirla. El fin único de las disposiciones sobre las cuales vais a deliberar, es impedir que se introduzca (*aplausos*)..."

Aquellos objetivos fueron identificados por la doctrina mucho tiempo después, a raíz de la reforma de 1837, para justificar *a posteriori* la persistencia del instituto de la casación.

EN RESUMEN:

Bajo la afirmación ideológica de los principios de la supremacía de la ley y de la separación de los poderes del Estado, el Tribunal de Casación fue creado como un órgano contralor adscrito al Cuerpo legislativo, con el único propósito de impedir, mediante la nulidad de las sentencias judiciales, que los jueces hicieran un uso contrarrevolucionario de las nuevas leyes de Francia, votadas democráticamente para alcanzar los ideales de la Revolución.

## 6. Fracaso de los objetivos originarios de la casación

De lo expuesto creo poder inducir que el tribunal y el recurso de casación fueron el fruto de una improvisación desesperada de los constituyentes franceses de 1790, en su esfuerzo de impedir uno de los muchos riesgos a que la Revolución se vio expuesta desde el principio: **la desnaturalización de las leyes revolucionarias por la vía de la interpretación judicial.**

Porque la improvisación llevó, entre otras cosas, a un error de diagnóstico:

a) la importancia del peligro de una 'contrarrevolución de los jueces' parece haber sido sobrestimada;

b) el aparato montado para detenerla no era el adecuado, visto el crecido número de juzgados y tribunales del país, frente a trámites tan aparatosos y lentos como el *référé législatif*.

Lo cierto es que el tribunal y el recurso de casación fracasaron en su propósito originario (para el que fueron diseñados) de detener la supuesta escalada contrarrevolucionaria de los jueces. Y entonces me hubiera parecido lógico esperar que se planteara su disolución; pero las cosas no fueron así, sino que, para justificar su existencia, se le fue modificando insensiblemente hasta convertirlo en algo parcialmente diferente. Pero además el esfuerzo no dio sus frutos, porque la cúpula revolucionaria que lideraba el Cuerpo legislativo (clave del funcionamiento del sistema implantado) perdió el control y pronto se hundió en el Terror, dando lugar, a través de la llamada 'reacción termidoriana', a una restauración blanda primero (Consulado e imperio de Napoleón) y a una restauración fuerte después (el regreso de los Borbones).

Con los años fracasó la idea de situar el Tribunal de Casación fuera y por encima del sistema judicial; se abandonó la idea de que sus miembros no serían jueces. Por el contrario, el Tribunal se judicializó con el nombre de Corte de Casación, y pasó a ser la cabeza del sistema judicial.

En virtud de la reforma de 1º de Abril de 1837, el recurso de casación sufrió algunos retoques para convertirse en un instrumento interno al sistema judicial, tal como es todavía. Su función originaria, meramente negativa, se convirtió en positiva, en cuanto a que la tercera casación consecutiva decretada en un caso obliga al tercer juez de renvío a fallar en el sentido indicado por la Corte.

Y es a partir de esa reforma que la doctrina y algunas legislaciones empiezan a proclamar que la correcta interpretación de la ley y la uniformidad de la jurisprudencia son los dos objetivos de la casación. Pero esto suena como una nota falsa en la melodía del conjunto, porque sabemos que al inicio las cosas no fueron así; y porque entendemos que una institución diseñada para cumplir un objetivo, difícilmente podría estimarse apta para cumplir otro profundamente diferente. Se trata obviamente de una adaptación tardía, que no debería llevarnos a olvidar el objetivo real, originario, que indujo a los legisladores revolucionarios a diseñar el instituto.

Entendemos que el viejo tribunal de casación, siendo de naturaleza legislativa, por virtud del principio de separación entre los poderes del Estado, estuviera obligado a abstenerse de resolver sobre el fondo de la causa; y entendemos que, por la misma razón, ese tribunal resolviera el caso 'dentro de los límites cuantitativos y cualitativos del recurso planteado'; y entendemos que por idéntico motivo, el tribunal renviara el caso a otro juez de igual materia y grado, para que lo fallara de nuevo. Todo esto tenía que ser así por tratarse de la interacción entre dos órganos que pertenecían a 'poderes' distintos.

Pero ¿qué razones hay para que tales limitaciones, formalismos e incomodidades continúen vigentes, cuando hace casi dos siglos que desapareció su causa (es decir, la interacción entre órganos pertenecientes a poderes distintos), dado que desde entonces el tribunal de alzada y la corte de casación son ambos órganos judiciales y pertenecen al mismo poder del Estado?

## **7. La posición antihistoricista de los juristas**

Unas décadas después de que tuvieron lugar los cruentos hechos políticos que condujeron al establecimiento del tribunal y el recurso de casación con las características señaladas, los juristas de la Escuela francesa de la Exégesis hacen caso omiso de todas aquellas peripecias históricas y abordan el tema de la casación desde el punto de vista del derecho positivo.

De esa manera se privan ellos mismos de entender la casación en sus reales dimensiones, y construyen una imagen estilizada que las oculta, con pésimos resultados desde los puntos de vista cognoscitivo y heurístico.

Yo creo que si los juristas hubieran tenido una imagen clara de lo ocurrido, hubieran estado en capacidad de desembarazarse de lo que la institución tiene de caduco, y hubieran construido un diseño más ágil y funcional, sin sacrificar los valores sustanciales.

Pero el problema es que el jurista, por su formación, se encierra en una jaula de normas que le impide ver más allá, y fácilmente cae en la construcción de sistemas autorreferenciales y pseudoracionales. Y esto es lo que me parece que ha ocurrido en la construcción de la doctrina de la casación.

Embarazadas con semejantes carlancas, las cortes de casación no han podido responder a cabalidad el requerimiento del litigante de someter su pleito a una revisión plena en cantidad y calidad.

La sola contemplación de las normas positivas hacen olvidar al jurista que la casación fue, en su origen, un instrumento de defensa armado precipitadamente para ganar una batalla política, y le despeja el camino para efectuar una racionalización que conduce a una imagen armoniosa, sin

contradicciones, de aquel instituto; donde los objetivos de la recta interpretación de la ley (cuya premisa lógica es que sólo hay una solución verdadera) y de la uniformidad de la jurisprudencia (cuya premisa lógica es que sólo una sentencia es correcta) aparecen como fines superiores, excelsos, de la justicia.

Para llegar a ello echa mano de expresiones altisonantes, abstractas, con una fuerte carga emotiva, como la reconfortante "seguridad jurídica". Porque, en efecto ¿quién vería con malos ojos que se aspire a la 'correcta interpretación de la ley' o a la 'uniformidad de la jurisprudencia'?

Pero aquella recta interpretación de la ley, aquel único sentido verdadero de la ley ¿es humanamente asequible? ¿Cómo lo reconoceremos?

Y por la otra parte ¿es deseable la unidad de la jurisprudencia? ¿no entraña una solución autoritaria? Si el imperativo de la unidad de la jurisprudencia suprime la libertad de decisión del juez ¿es ello deseable? ¿es compatible ese imperativo de unidad de la jurisprudencia con el principio de la independencia del juez? ¿cuál valor debe prevalecer?

## **8. Conclusión**

En conclusión, tenemos que la casación no sirvió para cumplir con el objetivo que le asignó originariamente la Asamblea Nacional francesa (defensa de las leyes revolucionarias contra la interpretación judicial contrarrevolucionaria); pero tampoco sirvió para cumplir los objetivos asignados con posterioridad por la política legislativa de La Restauración (la correcta interpretación y aplicación de la ley; la uniformidad de la jurisprudencia)

Y entonces hay que empezar por preguntarse, sin los imperativos de interpretar rectamente la ley y unificar la jurisprudencia ¿merece subsistir la casación entre las instituciones procesales modernas? La respuesta me parece obvia.

Creo, en fin, que las cosas deben plantearse en términos más modestos, menos ampulosos y retóricos. Se trata, fundamentalmente, de la cuestión de satisfacer de la mejor manera posible el derecho que tiene toda persona a llevar su litigio sentenciado ante un nuevo juez que revise, en sus aspectos esenciales, lo actuado y fallado por el primero, en la esperanza de que produzca un fallo más justo; y ese cometido puede plantearse con ventaja sin recurrir a las tortuosas e ineficientes vías de la casación.