

## EL ORIGEN INGLÉS DE LA CASACIÓN FRANCESA

Jordi NIEVA-FENOLL

Catedrático de Derecho Procesal  
Universitat de Barcelona

**RESUMEN:** Siempre se ha afirmado un origen histórico del recurso de casación exclusivamente francés. Sin embargo, el presente trabajo, investigando en los antecedentes parlamentarios del recurso, así como en la bibliografía inglesa de la época en que la casación teóricamente nació, descubre un evidente origen inglés de la institución.

**PALABRAS CLAVE:** appeal, cuestión de derecho, House of Lords, precedente.

**ABSTRACT:** Authors have always spoken of a historical origin of “cassation” exclusively french. However, this paper, after searching the parliamentary background of the appeal, as well as the english bibliography of the time when “cassation” was theoretically born, discovers an obvious english origin of the institution.

**KEYWORDS:** appeal, point of law, House of Lords, precedent.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.— 2. ALGUNOS ERRORES DEL ESTUDIO HISTÓRICO DE CALAMANDREI.— 3. LA DESPRECIADA OPCIÓN DEL COMMON LAW.— 4. HISTORIA Y REALIDAD DE LA HOUSE OF LORDS EN EL SIGLO XVIII.— 5. LA INFLUENCIA INGLESA EN LA MEMORIA DE PIERRE GILBERT DE VOISINS.— 6. EPÍLOGO.

### 1. INTRODUCCIÓN

Es habitual despreciar las hipótesis de Derecho inglés cuando se investiga el origen de las instituciones procesales. Se parte de la base de que el Derecho de los británicos es muy distinto, que se habría separado hacia el siglo XIII del Derecho romano con el *Common Law* y simplemente se deja de lado el

estudio. Es posible que en ello tenga una influencia notable que hasta hace relativamente pocas décadas, los autores de la Europa continental no dominaban la lengua inglesa, sino más bien la francesa, y algunos pocos la alemana. Aunque tampoco hay que descartar, al menos desde BLACKSTONE<sup>1</sup>, que tenga un peso relevante el voluntario alejamiento de los autores ingleses del Derecho romano para reivindicar sobre todo la enseñanza del Derecho nacional. El excesivo peso que se daba al Derecho romano en detrimento del Derecho estatal en los planes de estudio de las Universidades no era un problema solamente inglés, ni mucho menos<sup>2</sup>. Pero en ese país tuvo especial repercusión para el futuro.

Con todo, no puede ignorarse el contacto mutuo que necesariamente tuvieron los juristas franceses e ingleses. No sólo era un factor de proximidad geográfica, sino que la lengua normanda –o *law french* u *old norman french*– fue comunmente usada en los tribunales ingleses hasta el siglo XVII y definitivamente abolida en 1731<sup>3</sup>. Junto con el inglés, ese dialecto del francés era hasta hace no tanto lengua oficial en el parlamento británico<sup>4</sup> y aún se utiliza en algunos actos formales<sup>5</sup>. De hecho el francés era asimismo la lengua culta en la Inglaterra de los siglos XVII y XVIII, momentos trascendentales en los que nos fijaremos especialmente en este trabajo. Consta que dos abogados ingleses –Erskine y Bond– asistieron a uno de los más importantes debates de la asamblea nacional francesa sobre la casación el 12 de agosto de 1790<sup>6</sup>, y no tenía sentido que lo hicieran si no entendían la lengua francesa. Por otro lado, como en parte veremos, las referencias al Derecho inglés –y estadounidense– durante aquellos debates parlamentarios fueron destacables<sup>7</sup>. No por casualidad la obra de BLACKSTONE se había traducido al francés en 1774<sup>8</sup>, no pocos años antes de la Revolución.

Además, la relación entre los juristas franceses y los ingleses existió efectivamente. Al menos dos miembros del *Comité de Constitution* formado el 7 de julio de 1789 tenían profundos conocimientos del *Common Law*. Se trataba de

<sup>1</sup> Vid. el contudente alegato de BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England*, Lib. I, London 1768, pp. 3 y ss, en este sentido.

<sup>2</sup> Vid. CACHÓN CADENAS, M., “Apuntes históricos sobre la enseñanza del Derecho procesal en la Universidad española”, en AAVV, *El aprendizaje del Derecho procesal*, Barcelona, 2011, pp. 25 y ss.

<sup>3</sup> ERSKINE MAY, T., *A Treatise upon the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, London 1844, p. 294.

<sup>4</sup> Hubo un intento en 1706 de derogar su uso oficial, pero fracasó en el parlamento. Vid. ERSKINE MAY, *A Treatise upon the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, cit. p. 294.

<sup>5</sup> <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/norman-french/> La referencia de los debates de esos años puede hallarse en <https://www.persee.fr/collection/arcpa>

<sup>6</sup> Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799) Tome XVII - Du 9 juillet au 12 aout 1790. Paris, Librairie Administrative P. Dupont, 1883, p. 737. <https://archive.org/details/archivesparlemen17pariuoft/page/736>

<sup>7</sup> Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799) Tome XX - Du 23 octobre au 26 novembre 1790. Paris : Librairie Administrative P. Dupont, 1885, pp. 29 y 31, intervención de Jean-Siffrein (o Siffrein) Maury de 25 de octubre de 1790, citando incluso a BLACKSTONE.

<sup>8</sup> BLACKSTONE, *Commentaires sur les loix angloises*, traduits de l'Anglois par Auguste-Pierre Damiens de Gomicourt sur la quatrieme edition d'Oxford, Bruselas 1774.

Jean-Joseph MOUNIER<sup>9</sup> y de Jean-Nicolas DÉMEUNIER<sup>10</sup>. Y es factible que este hecho haya tenido una mayor repercusión que la que puede adivinarse, o se reconoce, en el Derecho surgido de la Ilustración y la Revolución Francesa. La propia división de poderes se basa en las ideas de LOCKE<sup>11</sup>. El mismo sistema de libre valoración de la prueba –la *intime conviction*– está inspirado por el jurado inglés<sup>12</sup>. Y el jurado que quiso introducirse en la Francia revolucionaria<sup>13</sup> era el mismo que el inglés, el de la *Carta Magna Libertatum*<sup>14</sup>.

Esos orígenes, no siempre reconocidos expresamente pero sí barruntados en ocasiones, no se han considerado realmente con respecto al *pourvoi en cassation*. Como se ha dicho muy reiteradamente, no existe duda alguna en la doctrina de que la casación fue una novedad casi total a finales del siglo XVIII, reafirmandose en general que fue un producto netamente francés. La pregunta que se va a formular e intentar resolver en este trabajo es muy simple: ¿es posible que la casación tenga, en realidad, un oculto origen inglés?

## 2. ALGUNOS ERRORES DEL ESTUDIO HISTÓRICO DE CALAMANDREI.

El autor del estudio histórico más completo que se ha hecho sobre la casación es sin duda Piero CALAMANDREI<sup>15</sup>. El tomo I de su magna obra, aunque concluye de un modo un tanto desilusionado<sup>16</sup> al reconocer no haber encontrado precedentes del instituto ni en la historia del Derecho ni en el Derecho comparado<sup>17</sup>, en el fondo le supuso al autor una victoria doctrinal, dado que leyendo su obra da la sensación de que aquel joven profesor de treinta años<sup>18</sup> quiso ver en la casación un producto original de la teoría de la

<sup>9</sup> Es interesantísima la lectura de su memoria de 12 de agosto de 1789, llena de referencias al Derecho estadounidense y al Derecho inglés. “Mémoire de M. Mounier, sur les gouvernements et principalement sur celui qui convient à la France, lors de la séance du 12 aout 1789”. Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799) Tome VIII - Du 5 mai au 15 septembre 1789. Paris, Librairie Administrative P. Dupont, 1875, pp. 407 y ss.

<sup>10</sup> DÉMEUNIER, J.-N., *L’Amérique indépendante, ou les différentes constitutions des treize provinces qui se sont érigées en républiques sous le nom d’États-Unis de l’Amérique*, Paris 1790.

<sup>11</sup> LOCKE, J., *Two treatises on government*, London 1821, §.241.

<sup>12</sup> BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England*, Lib. III, London 1794, cap. 23, pp. 373-374.

<sup>13</sup> Art 9 de la Constitución francesa de 1791. - *En matière criminelle, nul citoyen ne peut être jugé que sur une accusation reçue par des jurés, ou décrétée par le Corps législatif, dans les cas où il lui appartient de poursuivre l'accusation. - Après l'accusation admise, le fait sera reconnu et déclaré par des jurés. - L'accusé aura la faculté d'en récuser jusqu'à vingt, sans donner des motifs. - Les jurés qui déclareront le fait, ne pourront être au-dessous du nombre de douze. - L'application de la loi sera faite par des juges. - L'instruction sera publique, et l'on ne pourra refuser aux accusés le secours d'un conseil. - Tout homme acquitté par un jury légal, ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait.*

<sup>14</sup> 39. *No freeman shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land.*

<sup>15</sup> CALAMANDREI, P., *La Cassazione civile*, Vol I y II, Milano 1920, en: “Piero CALAMANDREI, Opere Giuridiche, Vol. VI y VII.”, Napoli 1976.

<sup>16</sup> CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Vol I, p. 701.

<sup>17</sup> CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Vol I, pp. 693 y ss.

<sup>18</sup> Que eran los que tenía aproximadamente a la publicación de su obra en 1920.

división de poderes, que habría llevado a los juristas franceses a crear una especie de clave de bóveda del sistema jurídico para la protección del producto máspreciado de la Revolución: la ley, como expresión de la voluntad popular a través de la Asamblea. Es también la versión más repetida en los debates en la Asamblea Nacional francesa, de los que CALAMANDREI tomó con seguridad su inspiración. El Tribunal de casación no conocería del fondo de los asuntos<sup>19</sup>. Sería un único tribunal<sup>20</sup>, guardián supremo de la ley, nexo común de todos los tribunales de apelación<sup>21</sup>, proveniente formalmente –no en el fondo<sup>22</sup>– del *Conseil des parties* del Antiguo Régimen, situado en –o al lado de<sup>23</sup>– el poder legislativo<sup>24</sup>, abriendo una vía extraordinaria<sup>25</sup>, diferente de la apelación –sólo sería motivo de casación la violación directa de la ley, y no la mala aplicación a hechos controvertidos<sup>26</sup>–, y con la finalidad de mantener una doctrina uniforme<sup>27</sup>, no en interés de los particulares solamente, sino en el interés público de la ley<sup>28</sup>. Ciertamente, un producto del todo original, al menos a primera vista, y así quedó reflejado aparentemente en los Decretos de su creación de 27 de Noviembre y 1 de Diciembre de 1790<sup>29</sup>.

<sup>19</sup> Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1789-1800) Tome XV - Du 21 avril au 30 mai 1790. Paris : Librairie Administrative P. Dupont, 1883, p. 432. Intervención de D'ANDRÉ (Antoine-Balthasar-Joseph d'André) el 8 de mayo de 1790. También Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799) Tome XVII - Du 9 juillet au 12 aout 1790. Paris, Librairie Administrative P. Dupont, 1883, p. 737, intervención de Jacques-Guillaume Thouret informando sobre esta idea como vencedora en el proyecto.

<sup>20</sup> Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1789-1800) Tome XV - Du 21 avril au 30 mai 1790. Paris : Librairie Administrative P. Dupont, 1883, p. 432. Intervención de D'ANDRÉ (Antoine-Balthasar-Joseph d'André) el 8 de mayo de 1790.

<sup>21</sup> Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1789-1800) Tome XV - Du 21 avril au 30 mai 1790. Paris : Librairie Administrative P. Dupont, 1883, p. 666. Intervención de MERLIN (Philippe-Antoine Merlin, o Merlin de Douai) el 24 de mayo de 1790.

<sup>22</sup> CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Vol I, pp. 365 y 372.

<sup>23</sup> Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799) Tome XVII - Du 9 juillet au 12 aout 1790. Paris, Librairie Administrative P. Dupont, 1883, p. 740-741, intervención de Louis-Pierre-Joseph Prugnon de 12 de agosto de 1790.

<sup>24</sup> Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1789-1800) Tome XV - Du 21 avril au 30 mai 1790. Paris : Librairie Administrative P. Dupont, 1883, p. 672, intervención de Bertrand Barère o Barère de Vieuzac de 25 de mayo de 1790 en tono crítico, pero confirmando que esa era la intención del proyecto. También Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799) Tome XX - Du 23 octobre au 26 novembre 1790. Paris : Librairie Administrative P. Dupont, 1885, p. 336, intervención de Robespierre de 9 de noviembre de 1790.

<sup>25</sup> Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799) Tome XVII - Du 9 juillet au 12 aout 1790. Paris, Librairie Administrative P. Dupont, 1883, p. 740-741, intervención de Louis-Pierre-Joseph Prugnon de 12 de agosto de 1790.

<sup>26</sup> Esclarecedora explicación de Isaac-René-Guy Le Chapelier en Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799) Tome XX - Du 23 octobre au 26 novembre 1790. Paris : Librairie Administrative P. Dupont, 1885, p. 351, 10 de noviembre de 1790.

<sup>27</sup> Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1789-1800) Tome XV - Du 21 avril au 30 mai 1790. Paris : Librairie Administrative P. Dupont, 1883, p. 673, intervención de Stanislas Marie Adélaïde, comte de Clermont-Tonnerre de 25 de mayo de 1790.

<sup>28</sup> Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799) Tome XVII - Du 9 juillet au 12 aout 1790. Paris, Librairie Administrative P. Dupont, 1883, p. 737, intervención de Jacques-Guillaume Thouret de 12 de agosto de 1790.

<sup>29</sup> Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799) Tome XXI - Du 26 novembre 1790 au 2 janvier 1791. Paris : Librairie Administrative P. Dupont, 1885, 27-11-1790 pp. 38 y ss.

TARUFFO<sup>30</sup> ya advirtió que en ocasiones la exposición de CALAMANDREI estaba sesgada u orientada inductivamente a una conclusión, refiriéndose a la historia de la casación, apartándose lo que se alejaba de los antecedentes que sustentaban su conclusión. Para lo que ahora nos ocupa, añado yo que probablemente el apasionamiento del profesor le hizo dejar de lado hipótesis que aunque consideró de manera expresa, de haberlas analizado con mayor detenimiento o tal vez con menor rechazo mental, quizás no hubieran alterado el producto final de sus investigaciones, aunque le hubieran quitado el lustre de la originalidad a la obra de los revolucionarios franceses. Y es que CALAMANDREI ofrece algunos datos muy interesantes que, pese a que el autor pretende expresamente apartar al lector de los mismos, no se pueden pasar por alto porque me temo que son sumamente reveladores.

En primer lugar, el autor no encuentra nada parecido al *Tribunal de cassation 31* fuera de Francia, con la única excepción de la *Supreme Court* estadounidense con el control de la constitucionalidad de las leyes<sup>32</sup>. Sin embargo, ese control no estaba vigente a la fecha de los debates en la Asamblea francesa, sino que arranca en 1803 con el caso *Marbury v. Madison*<sup>33</sup>, es decir, 13 años después de la ley institutiva de la casación francesa. Por consiguiente, difícilmente pudo servir de inspiración a la *Assemblée*. Pero pese a ello, CALAMANDREI pudo haber tirado de ese hilo para dibujar un posible origen anglosajón, mas no lo hizo, sino que simplemente lo contempla como una rareza que deja de lado sin más, lo que no deja de resultar llamativo.

En segundo lugar, no encuentra el maestro ningún ejemplo anterior a la *Cour de cassation* de un órgano al que se pudiese recurrir solamente por *error in iudicando* para resolver la cuestión de derecho<sup>34</sup>, pese a reconocer que la separación entre cuestión de hecho y de derecho es algo típicamente inglés que se extiende en todos los niveles de su jurisdicción como consecuencia del jurado<sup>35</sup>. Sin embargo, como veremos a continuación, existe un paralelismo evidente entre la labor del *Tribunal de cassation* y la misión de la *House of Lords* inglesa que CALAMANDREI niega<sup>36</sup>. A esta última normalmente sólo se puede acudir por un error en un *point of law*, lo que es algo más que un indicio, insólito por otra parte, porque pocas veces se encuentra semejante precisión en la coincidencia en un posible antecedente histórico. Pero CALAMANDREI, intentando explicar esta coincidencia<sup>37</sup>, se aleja de nuevo de esta hipótesis anglosajona por considerar que esta realidad, a diferencia del *Tribunal de cassation*, no deriva de limitaciones de la competencia de la *House of Lords*, sino más bien de la conformación de los medios de impugnación en el

<sup>30</sup> TARUFFO, M., *El vértice ambiguo*, trad. de la ed. de Bologna de 1991, Lima 2005, pp. 67 y ss.

<sup>31</sup> Sobre este órgano, HALPERIN, J-L., *Le Tribunal de Cassation et ses pouvoirs*, Paris 1987.

<sup>32</sup> CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Vol I, pp. 625-626.

<sup>33</sup> 5 U.S. 137, 1803.

<sup>34</sup> CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Vol I, p. 618.

<sup>35</sup> CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Vol I, pp. 618-619.

<sup>36</sup> Al concebir que la *House of Lords* tenía una misión netamente jurisdiccional, de última instancia, sin vocación general. Vid. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Vol I, p. 623.

<sup>37</sup> CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Vol I, p. 622.

Derecho inglés<sup>38</sup> y, en realidad, de todo el sistema de jurado que obliga a esa separación entre hecho y derecho.

CALAMANDREI, en definitiva, prescinde del ejemplo inglés por otras diversas razones, aunque la principal es que la misión del órgano no tendría que ver con la del *Tribunal de Cassation*. La labor de este último era anular las sentencias discrepantes con la ley, creando de ese modo un ejemplo de preservación del ordenamiento jurídico –la nomofilaxis– a través de la jurisprudencia. Esa labor, siempre según CALAMANDREI, no era posible encontrarla en la *House of Lords* inglesa, que sería poco más que un órgano de apelación eminentemente judicial.

Sin embargo, la explicación de CALAMANDREI sufre de algunos errores. En primer lugar explicita como una de las diferencias principales con el sistema inglés que el mismo conozca el sistema de los precedentes (el *stare decisis*)<sup>39</sup>, inexistente en Francia. Sin embargo, hoy sabemos que ese sistema es muy posterior a la Revolución Francesa, y surge en Inglaterra en la propia jurisprudencia de la *House of Lords* a finales del siglo XIX<sup>40</sup>. Quiero decir con ello que no existía en la época del nacimiento del *pourvoi en cassation*. Con todo, es curioso que el autor rechace considerar este sistema de precedentes vinculantes, porque constituyen un diáfano vestigio de eficacia normativa de la jurisprudencia que acerca a las sentencias de la *House of Lords* al *ius constitutionis*. Pero probablemente el empeño en alejarse del modelo inglés le impidió considerar el paralelismo.

No obstante, es todavía más sorprendente que deje de lado evidentes analogías entre la casación y el *appeal* ante la *House of Lords*, algunas de las cuales llega a citar expresamente. Aparte de la del recurso restringido al *point of law*, existe otra también muy reveladora por su carácter nuevamente insólito. Me estoy refiriendo a la posibilidad de la *House of Lords* de acoger el recurso dictando nueva sentencia, o bien de reenviar el asunto a la instancia anterior para que dicte nueva sentencia.

Este reenvío, que constituyó objeto de mención especial en los debates de la Asamblea<sup>41</sup>, habría tenido por origen el procedimiento de la *cassation* ante el *Conseil des Parties*, en el que también se reenviaba, según cuenta CALAMANDREI<sup>42</sup>. Sin embargo, el autor se basa para afirmarlo sobre todo en

<sup>38</sup> CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Vol I, pp. 622-623.

<sup>39</sup> CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Vol I, pp. 619-620.

<sup>40</sup> Es imprescindible leer con detenimiento sobre este particular a DUXBURY, *The nature and authority of precedent*, Cambridge 2008, pp. 31 y ss. Vid. También ROSS, R. / HARRIS, J. W., *El precedente en el Derecho inglés*, pp. 123 y ss. BAKER, J.H., *An Introduction to English Legal History*, Oxford 2007, pp. 199 y ss y, aún con algunos pocos contrastes con lo ya indicado, PASSANANTE, L., *Il precedente impossibile*, Torino 2018, pp. 191 y ss.

<sup>41</sup> Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1789-1800) Tome XV - Du 21 avril au 30 mai 1790. Paris : Librairie Administrative P. Dupont, 1883, p. 673, intervención de Stanislas Marie Adélaïde, comte de Clermont-Tonnerre de 25 de mayo de 1790.

<sup>42</sup> CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Vol I, p. 341.

un escrito de 1767 de Pierre GILBERT DE VOISINS<sup>43</sup> que, como veremos después, más parece recomendar al rey lo que debería ser la casación que no describir lo que la casación era entonces. De hecho, el propio GILBERT DE VOISINS parece nuevamente inspirado en el Derecho inglés, dado que sospechosamente realiza su trabajo apenas un año después de la publicación de la primera edición de la obra de BLACKSTONE (1765). Y es que el hecho cierto es que la extraña figura del reenvío no se encuentra en otros ordenamientos de la época<sup>44</sup> que no sean el inglés. De hecho, como reconoce el propio CALAMANDREI, no se puede teorizar realmente sobre la labor del *Conseil des parties* en casación, dado que incurría en frecuentes contradicciones e ilogicidades propias del poder absoluto del soberano y decidía con frecuencia sobre el fondo de los asuntos<sup>45</sup>. Es bastante factible que precisamente por eso GILBERT DE VOISINS escribiera lo que escribió.

También fueron muy llamativas, y extensas, las discusiones en la Asamblea sobre la colocación del *Tribunal de Cassation* en los poderes del Estado, habiendo quedado situado, muy curiosamente, *auprès du corps législatif*. Y aunque la lectura de los debates parlamentarios ilustra muy claramente que la voluntad de los miembros de la Asamblea fue respetar con ello la división de poderes, destinando al garante de la ley al poder legislativo, lo cierto es que más allá de eso se da otra extraordinaria coincidencia: la *House of Lords* también es un órgano del poder legislativo, pese a su origen y división de funciones, que luego se examinarán. En todo caso, todo ello hace sospechar que en el origen de los debates pudo tener alguna influencia esta proteica posición de la *House of Lords* en el ordenamiento, posición que, por cierto, también había llamado la atención de MONTESQUIEU al describir el sistema inglés y ver que era, precisamente, una parte del poder legislativo la autoridad suprema que, constituida como tribunal, se encargaba de moderar la ley en favor de la misma ley, reveladoras palabras, por cierto<sup>46</sup>.

Nuevamente todo ello se ve confirmado por un pasaje de uno de los juristas más citados e influyentes de aquella Asamblea: Philippe-Antoine MERLIN, también llamado Merlin de Douai. En una importante intervención, no es que estableciera un paralelismo entre la *House of Lords* y el *Tribunal de Cassation*, sino que directamente califica a la *House of Lords* como Corte de casación. La contundencia del pasaje es tan fuerte que merece la pena reproducir el párrafo<sup>47</sup>:

<sup>43</sup> ANTOINE, M., "Le mémoire de Gilbert de Voisins sur les cassations. un épisode des querelles entre Louis XV et les parlements (1767)", *Revue historique de droit français et étranger* (1922-), Quatrième série, Vol. 35 (1958), pp. 1-33. La memoria está reproducida en dicho artículo.

<sup>44</sup> Tampoco realmente en el francés, al menos no de manera realmente institucionalizada, sino simplemente discrecional. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Vol I, pp. 354-355.

<sup>45</sup> CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Vol I, p. 351.

<sup>46</sup> MONTESQUIEU, op. cit. I, p. 301: "C'est donc la partie du corps législatif, que nous venons de dire être, dans une autre occasion, un tribunal nécessaire, qui l'est encore dans celle-ci; c'est à son autorité suprême à modérer la loi en faveur de la loi même, en prononçant moins rigoureusement qu'elle."

<sup>47</sup> Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1789-1800) Tome XV - Du 21 avril au 30 mai 1790. Paris : Librairie Administrative P. Dupont, 1883, p. 666, 24 de mayo de 1790. <https://>

*Les Anglais j'ose le dire, Messieurs, les Anglais vous ont donné là-dessus une grande leçon. Ces hommes qu'on nous a cités si souvent comme des maîtres en fait d'ordre judiciaire ; ces hommes qui ont admis l'ambulance des juges ordinaires, ont senti la nécessité de rendre sédentaires les juges de cassation. C'est à leur chambre-haute qu'ils ont attribué le pouvoir exclusif de casser les arrêts qui contreviennent aux lois du royaume et assurément, il serait difficile de leur persuader qu'ils eussent mieux fait, pour leur intérêt national, de confier ce pouvoir à un tribunal errant.*

Después de semejante discurso, muy poco queda que decir o incluso especular. Corresponde ahora acudir a las fuentes inglesas, a fin de comprobar las sospechas y, en definitiva, para confirmar o descartar que las conclusiones que tantas veces hemos repetido de CALAMANDREI eran, en cierta medida, erróneas. CALAMANDREI conocía este pasaje<sup>48</sup>, y lo cita un poco alterado aunque sin manipular en absoluto su contenido. Lo que sucedió es que simplemente no dio crédito a la afirmación de un jurista de la talla de MERLIN, que cita en otros pasajes de su obra, pero que en este punto decide dejarlo incomprensiblemente de lado, despreciando el hecho de que fue uno de los principales legisladores de la norma. Y para ello se basa en una frase sacada del debate del mismo día, el 24 de mayo de 1790, pronunciada por Guillaume François Charles GOUPIL DE PRÉFELN<sup>49</sup> en la que este habría dicho que “*ce moyen –la casación– a manqué jusq'à présent à toutes les nations modernes*”.<sup>50</sup> Sin embargo, leyendo el pasaje entero se hace evidente que la concepción de GOUPIL DE PRÉFELN acerca de lo que tendría que ser la casación no era exactamente coincidente con lo que había dicho MERLIN, y que además la afirmación es claramente exagerada para resaltar la importancia de la protección de la legislación, pero no va más allá pese a su contundencia.

Es posible que el hiperbólico –y conocido– aserto de ROBESPIERRE sobre la sustitución de la jurisprudencia por la ley le influyera demasiado<sup>51</sup>. En todo caso, no es extraño que CALAMANDREI hubiera cometido estos errores. Al fin y al cabo, utiliza en su obra poquísima bibliografía inglesa<sup>52</sup> y ninguna obra de la época en inglés, lo que quiere decir que no pudo consultar fuentes directas. Es desconocido qué hubiera sucedido de haber consultado esas fuentes. No es posible saber si hubiera prevalecido la voluntad de otor-

[archive.org/details/archivesparlemen15pariuoft/page/666/mode/2up](http://archive.org/details/archivesparlemen15pariuoft/page/666/mode/2up)

<sup>48</sup> CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Vol I, p. 393.

<sup>49</sup> Curiosamente acabó siendo juez del *Tribunal de Cassation* en 1800, un año antes de su muerte. Vid. MICHAUD, L-G., *Biographie universelle ancienne et moderne ou histoire, par ordre alphabétique de la vie publique et privée de tous les hommes...*, Paris 1816, t. XVII, p. 191.

<sup>50</sup> Op. cit. p. 668.

<sup>51</sup> Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799) Tome XX - Du 23 octobre au 26 novembre 1790. Paris : Librairie Administrative P. Dupont, 1885, p. 516, intervención de Robespierre de 18 de noviembre de 1790 : “*Ce mot de jurisprudence des tribunaux, dans l'acception qu'il avait dans l'ancien régime, ne signifie plus rien dans le nouveau ; il doit être effacé de notre langue. Dans un État qui a une Constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi ; alors il y a toujours identité de jurisprudence.*”

<sup>52</sup> CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Vol I, pp. 597-598.



gar originalidad a la Asamblea francesa, o hubiera cedido finalmente dándole más relevancia, o al menos alguna relevancia, al antecedente inglés.

### 3. LA DESPRECIADA OPCIÓN DEL *COMMON LAW*.

Una de las cosas que más me sorprendieron la primera vez que leí la *Casazione civile* fue precisamente que la casación parecía haber nacido como un hongo en el bosque: de repente y prácticamente de la nada. Y además sin paralelismos claros en ninguna institución anterior, y desde luego no en Francia, como se encargaba de subrayar el propio CALAMANDREI.

En esa época, en Inglaterra se estaba empezando a desarrollar la doctrina del precedente, es decir, del *stare decisis*, dado que hasta entonces la jurisprudencia había tenido el mismo valor ejemplificativo que en cualquier otro lugar de Europa<sup>53</sup>, como atestigua Matthew HALE en pleno siglo XVII con clarísimas palabras a través de las que ni siquiera considera “derecho” propiamente dicho a la jurisprudencia<sup>54</sup>. De hecho, esa doctrina del precedente vinculante no se consolida en Inglaterra hasta bien entrado el siglo XIX, es decir, mucho después de la instauración de la casación, pero sí existía ya esa idea de la eficacia ejemplificativa de la jurisprudencia, eficacia que no concurría realmente en el resto de Europa.

Además, en esa época estaba vivo un interesante debate doctrinal sobre el positivismo en el que existían posturas enfrentadas entre los que le daban más valor a la ley y los que no asumían que el juez, como dijo MONTESQUIEU<sup>55</sup>, fuera solamente la boca que pronunciara sus palabras<sup>56</sup>. Lo más curioso es que la posición del jurista inglés probablemente más influyente en la Revolución Francesa, Jeremy BENTHAM, era justamente favorable al antiguo *non exemplis, sed legibus iudicandum est*<sup>57</sup> que se sublimó en Francia. Existen dos libros de este último autor que lo demuestran. En el primero, la *Introducción a los principios de la moral y la legislación*<sup>58</sup>, BENTHAM hace una decidida

<sup>53</sup> DUXBURY, op. cit. p. 35.

<sup>54</sup> HALE, M., *The history of the common law*, London 1779 (publicada por primera vez postumamente en 1713), p. 67: “Judicial decisions. It is true the decisions of courts of justice, though by virtue of the laws of this realm they do bind, as a law between the parties thereto, as to the particular case in question, till reversed by error or attain, yet they do not make a law properly so called, (for that only the king and parliament can do); yet they have a great weight and authority in expounding, declaring, and publishing what the law of this kingdom is, especially when such decisions hold a consonancy and congruity with resolutions and decisions of former times; and though such decisions are less than a law, yet they are a greater evidence thereof than the opinion of any private persons, as such whatsoever.”

<sup>55</sup> MONTESQUIEU, Barón de, (Charles-Louis de Secondat), *De l'esprit des lois*, reedición de la ed. de Paris 1748, Paris 1979, I, p. 301.

<sup>56</sup> DUXBURY, op. cit. p. 38.

<sup>57</sup> Codex 7, 45, 13

<sup>58</sup> BENTHAM, J., *Introduction to the principles of morals and legislation*, London 1823, con primera edición de 1780.

defensa de la ley<sup>59</sup> con el objeto de elaborar un código penal<sup>60</sup>. Habla incluso del *pannomion*, como forma de describir una colección completa de las leyes en vigor<sup>61</sup>, refiriéndose después a la manera de elaborar un código civil, un código penal y una ley constitucional<sup>62</sup>, quejándose del desorden que suponía tanto el *common law* –cuyo origen estaba en el *judiciary*<sup>63</sup>– así como en general de los ordenamientos europeos de la época.

Reflexiones similares realiza en los *Traité de Législation civile et pénale*<sup>64</sup>, obra extraída de manuscritos de BENTHAM y en los que se dan argumentos precisos de por qué es importante tener un cuerpo de leyes<sup>65</sup>, y a qué razones obedece la importancia misma de tener leyes<sup>66</sup>.

Si de BENTHAM retrocedemos unos años a BLACKSTONE<sup>67</sup>, encontramos una soberbia explicación de la realidad del Derecho inglés de la época. Se refiere al *common law*<sup>68</sup> como una *antient collection of unwritten maxims and customs*<sup>69</sup>, y recuerda que en una democracia el derecho de legislar pertenece al pueblo –*rectius*, a la gente (*people*)–<sup>70</sup> representado en la *House of Commons*, en la que dicha gente, de entre sí misma, elegía –y elige– a sus representantes<sup>71</sup>, con el añadido, obviamente, de la *House of Lords*, el vestigio del consejo real y de la propia monarquía, estableciendo un balance entre esos tres centros de poder.

Lo más interesante para el tema que nos ocupa es que se refiere BLACKSTONE también a la jurisprudencia, y la describe como las colecciones de sentencias<sup>72</sup> que desde el siglo XVII aproximadamente y de manera irregular<sup>73</sup>, junto con las obras de la doctrina, habrían recogido los dispersos usos del *common law*<sup>74</sup>. Y se le da a esas costumbres positivizadas en la jurisprudencia un valor obligatorio del que los jueces sólo podrían apartarse justificando su carácter absurdo o injusto<sup>75</sup>, es decir, a través de la motivación, otorgándoles un nivel idéntico al de las leyes imperiales del Derecho roma-

<sup>59</sup> BENTHAM, *Introduction to the principles of morals and legislation*, vol II, cit. p. 272.

<sup>60</sup> BENTHAM, *Introduction to the principles of morals and legislation*, vol. I, cit. p. II.

<sup>61</sup> BENTHAM, *Introduction to the principles of morals and legislation*, vol II, cit. p. 272.

<sup>62</sup> BENTHAM, *Introduction to the principles of morals and legislation*, vol II, cit. pp. 273 y ss.

<sup>63</sup> BENTHAM, *Introduction to the principles of morals and legislation*, vol II, cit. p. 275.

<sup>64</sup> BENTHAM, Jeremy, *Traité de Législation civile et pénale*, t. III, Paris 1820, pp. 185 y ss.

<sup>65</sup> BENTHAM, Jeremy, *Traité de Législation civile et pénale*, t. I, Paris 1802, pp. 146 y ss.

<sup>66</sup> BENTHAM, *Traité de Législation civile et pénale*, t. I, pp. 108 y ss.

<sup>67</sup> BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England*, Lib. I, London 1768.

<sup>68</sup> Sobre su origen y elaboración, vid. BRAND, P., *The Making of the Common Law*, London 1992.

<sup>69</sup> BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. I, cit. p. 17.

<sup>70</sup> BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. I, cit. p. 49.

<sup>71</sup> BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. I, cit. p. 51.

<sup>72</sup> BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. I, cit. p. 71.

<sup>73</sup> BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. I, cit. p. 72.

<sup>74</sup> BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. I, cit. pp. 63-64.

<sup>75</sup> BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. I, cit. pp. 70-71.

no<sup>76</sup> pero con mayor legitimación democrática frente al Derecho romano, siempre según BLACKSTONE<sup>77</sup>, al provenir de la costumbre.

A pesar de ese valor de la jurisprudencia, más relevante que el que se le daba en el resto de Europa, la ley, el *statute law*, también en Inglaterra, tenía un valor jerárquicamente superior al *common law*<sup>78</sup>. En realidad, un acto parlamentario, como decía BLACKSTONE<sup>79</sup>, *is the exercise of the highest authority that this kingdom acknowledges upon earth*. Por tanto, el valor de la ley era ciertamente central y supremo, además de la expresión de la voluntad del *people*, insisto, de la gente. Esas ideas eran inéditas en los ordenamientos europeos de la época.

Fueron decisivas tanto esa forma de ver el Derecho, como probablemente una voluntad reformadora de BENTHAM que el mismó lamentó<sup>80</sup> que no concurría en BLACKSTONE en torno a darle más valor a la ley<sup>81</sup> y a su codificación excluyendo incluso a la *equity* por su profunda imprecisión<sup>82</sup>. Esas conclusiones, junto con la preponderancia del poder legislativo enunciada por MONTESQUIEU<sup>83</sup> –inspirado por la *English Constitution* por cierto– influenciaron sin duda y muy particularmente a los diputados de la Asamblea. La propia Asamblea estaba destinada a ser un evidente remedo de la *House of Commons* y, como ya vimos, sus referencias a la doctrina inglesa fueron constantes en sus debates. Por otra parte, insisto en que es bien sabido que MONTESQUIEU describe la división de poderes hablando en el cap. VI, Lib. XI de su obra de la *Constitution d'Angleterre*.

En estas condiciones, no cuesta demasiado aventurar que Francia se vio influída por tales ideas al concebir el valor de la ley y, subsiguientemente, el valor de la jurisprudencia. No hay que olvidar que BENTHAM estuvo en Francia en época revolucionaria, de manera que hasta le hicieron ciudadano francés, como reconoce él mismo<sup>84</sup>. Es cierto, no obstante, que sobre el punto de la jurisprudencia hubo en Francia discrepancias que en poco tiempo desaparecieron. Aunque al principio el *Tribunal de Cassation* no estuvo destinado a crear jurisprudencia, debió de crearla, porque existió un *Bulletin des jugements du Tribunal de Cassation* que por desgracia se perdió en un incendio

<sup>76</sup> BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. I, cit. p. 71.

<sup>77</sup> BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. I, cit. p. 74.

<sup>78</sup> BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. I, cit. p. 89.

<sup>79</sup> BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. I, cit. p. 185.

<sup>80</sup> BENTHAM, J., *A fragment on government or, a comment on the Commentaries*, London 1823, p. VII.

<sup>81</sup> Dice BENTHAM, *A fragment on government or, a comment on the Commentaries*, cit. p. XIX: "The Law is no man's enemy; the Law is no man's rival. Ask the clamorous and unruly multitude—it is never the Law itself that is the wrong; it is always some wicked interpreter of the Law that has corrupted it."

<sup>82</sup> BENTHAM, *A fragment on government or, a comment on the Commentaries*, cit. p. IX.

<sup>83</sup> MONTESQUIEU, Barón de, (Charles-Louis de Secondat), *De l'esprit des lois*, reedición de la ed. de Paris 1748, Paris 1979, I, pp. 294 y ss.

<sup>84</sup> Vid. BENTHAM, J., *To his fellow-citizens of France on Houses of Peers and Senates*, London 1830, p. 3.

en 1871<sup>85</sup>. Además, muy pronto, ya convertido en *Cour de cassation*, formó un cuerpo de doctrina legal con valor persuasivo y ejemplificador que sí ha llegado efectivamente hasta nosotros.

Es decir, finalmente en Francia se crea un sistema de Tribunal Supremo similar al inglés, y desde luego al estadounidense<sup>86</sup>. Nadie pensó en el valor vinculante de los precedentes porque el estricto sistema del *stare decisis* llegó a Inglaterra después, como se ha dicho, a finales del siglo XIX. En consecuencia, el sistema de la casación no sería original francés, sino un reflejo probablemente mejorado del sistema inglés de la *House of Lords* en esa época, y quizás en parte de la *Supreme Court* de EEUU. No obstante, esta arriesgada conclusión precisa ser demostrada volviendo a BLACKSTONE y examinando cómo desempeñaba su misión en ese tiempo la *House of Lords*.

#### 4. HISTORIA Y REALIDAD DE LA HOUSE OF LORDS EN EL SIGLO XVIII.

La *House of Lords* en el siglo XVIII era claramente, como cuenta BLACKSTONE, una cámara legislativa de aristócratas que tenía una faceta de enjuiciamiento. En ello no era diferente que cualquier Consejo real europeo de la época. Estando concentrado el poder en el monarca, este *Magnum Concilium* y *Curia Regis* que representaba la *House of Lords* atendía los asuntos legislativos y judiciales de los que estaba encargado el rey, con funciones de apelación desde 1620<sup>87</sup>. Y como en Inglaterra, tras la Revolución Gloriosa de 1688 el rey había quedado despojado de poder efectivo, quedó quizás un tanto desubicada la posición de la *House of Lords* como un órgano que conservó esas importantes atribuciones legislativas<sup>88</sup> y judiciales, pero sin tener como base el poder regio absoluto de antaño, posición que ha llegado prácticamente hasta nuestros días. De hecho, la *House of Lords* conservó sus funciones judiciales hasta 2009<sup>89</sup>.

Pero como se dijo, lo importante es saber cómo era la misión judicial de la *House of Lords* a finales del siglo XVIII. BLACKSTONE<sup>90</sup> define a este órgano como la *supreme court of judicature*, dedicada únicamente a los *appeals* y a los *writs of error*. Dejando de lado estos últimos, que eran avocaciones discrecionales de asuntos ya juzgados por otro tribunal, y centrándonos exclusivamente en los *appeals*, creados en 1620<sup>91</sup> y habiendo mantenido esa compe-

<sup>85</sup> HALPERIN, op. cit. p. 13.

<sup>86</sup> En realidad, se trata de manifestaciones comparables de la función nomofiláctica de los tribunales supremos del *civil law* y del *common law*. Vid. TARUFFO, Michele, "Precedente y jurisprudencia" en *Páginas sobre justicia civil*, Madrid 2009, pp. 567-568.

<sup>87</sup> BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England*, Lib. III, London 1768, p. 454.

<sup>88</sup> Al menos hasta la Parliament Act 1911, que supuso el principio del fin del poder de veto de la *House of Lords*. Vid. también *R (Jackson) v Attorney General*, 13-10-2005.

<sup>89</sup> Constitutional Reform Act 2005.

<sup>90</sup> BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. III, cit. p. 56.

<sup>91</sup> BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. III, cit. p. 455.

tencia desde entonces hasta principios del siglo XXI<sup>92</sup>, el papel del órgano en los mismos era solamente la rectificación de cualquier *injustice or mistake of the law* cometido por los jueces inferiores. Era por tanto una última instancia –*last resort*– en cualquier proceso<sup>93</sup>, una *distinct jurisdiction*, una apelación al rey en el parlamento, en la que bajo ningún concepto se admitía nueva prueba para la revisión del caso, considerando una práctica ajena al Derecho inglés –no así al Derecho romano o al canónico– revisar la sentencia de un tribunal inferior sobre la base de pruebas que no se practicaron en la instancia<sup>94</sup>. Lo cual era lógico porque, como reconoce BLACKSTONE, los tribunales solían confiar en el jurado la resolución de la cuestión de hecho<sup>95</sup>, que ya no puede ser modificada por un tribunal superior<sup>96</sup>. Y hay que recordar que los jurados no motivan, sino que sólo le dan la razón a una de las partes<sup>97</sup>, motivo por el que difícilmente podría un tribunal superior corregir la argumentación fáctica de un jurado, al desconocerla por completo.

Por consiguiente, sólo errores de derecho<sup>98</sup>, imposible practicar prueba alguna, *distinct jurisdiction*, apelación en el parlamento... Si estos cuatro datos claves, junto con todo lo que ya se ha explicado, no persuaden al lector de que esta es la base de la casación que se creó en Francia, quizás le convenza la traducción que se hizo al francés de este pasaje de la obra de BLACKSTONE en 1774<sup>99</sup>:

*Et sur le même principe, on pouvoit sans contrédit toujours appeller au Roi en Parlement, (...). Mais la Chambre des Pairs n'admet aucune nouvelle preuve, étant une jurisdiction distincte & très-au-dessus de celles qui révisent & corrigent leurs propres actes : comme dans les secondes audiences & bills de revue. Car c'est une pratique inconnue à notre droit (quoique constamment suivie dans les Cours*

<sup>92</sup> Se renunció en 1670 a examinar asuntos en primera instancia. Vid. JONES, D. L., "The Judicial Role of the House of Lords before 1870, en AAVV, *The Judicial House of Lords: 1876-2009*, Oxford 2009, p. 6.

<sup>93</sup> BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. III, cit. p. 56.

<sup>94</sup> Merece la pena reproducir el pasaje en que BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. III, cit. p. 455, explica este punto: "...an appeal to the king in parliament was always unquestionable allowed. But no new evidence is admitted in the house of lords upon any account, for this a distinct jurisdiction : which differs it very considerably from those instances, wherein the same jurisdiction revises and corrects its own acts, as in rehearings and bills of review. For it is a practice unknown to our law, (though constantly followed in the spiritual courts) when a superior court is reviewing a sentence of an inferior, to examine the justice of the former decree by evidence that was never produced below. This is the general method of proceeding in the courts of equity."

<sup>95</sup> BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. III, cit. p. 452 : "for, if any matter of fact is strongly controverted, this court is so sensible of the deficiency of trial by written depositions, that it will not bind the parties thereby, but usually directs the matter to be tried by a jury".

<sup>96</sup> Lo recuerda BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. IV, Oxford 1770, p. 384, para la jurisdicción penal: "But if such attainder of the vendor was by verdict, on the oath of his peers, the alienee cannot be received to falsify or contradict the fact of the crime committed." El subrayado de la palabra "fact" es del propio BLACKSTONE, quien añadía que el condenado sólo podía discutir el momento en que el crimen fue cometido o alegar su alienación.

<sup>97</sup> Cfr. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. III, cit. p. 378.

<sup>98</sup> Insistía BLACKSTONE en ello en una obra anterior, precursora de la que se está examinando: *An analysis of the laws of England*, London 1757 (1ª ed. 1756), p. 100.

<sup>99</sup> BLACKSTONE, *Commentaires sur les loix angloises*, , cit. pp. 309-310.

*spirituelles) quand une Cour supérieure révisé la sentence d'une Cour inférieure, d'examiner la justice du premier décret par une preuve qui n'avoit jamais été produite dans la Cour inférieure.*

Es materialmente imposible que estas palabras no influyeran a aquellos que crearon el *Tribunal de cassation* dieciséis años después, porque prácticamente las copiaron. Y son demasiado insólitas en el panorama europeo de la época –que seguía el Derecho romano y el canónico– como para pensar que en dos países distintos se les ocurrieron a los juristas exactamente las mismas ideas, con la diferencia de que la invención de los ingleses es anterior y fue incuestionablemente conocida por los franceses de la *Assemblée*.

Es posible que incluso el mecanismo del reenvío tenga un curioso origen, también en Derecho inglés. Henry ELSYNGE, en 1663, describe un caso en el que una *petition* fue examinada por el parlamento, que partía de un proceso que los jueces encontraron tan difícil en un “*point of law*”, que se abstuvieron de proceder hasta que los *Lords* del parlamento les dijeron cómo debían juzgar<sup>100</sup>. Es decir, parece como si utilizaran un mecanismo parecido a los *responsa* de los jurisconsultos imperiales romanos. Es más, es posible que exista cierta inspiración en ese antiguo mecanismo.

Pero lo importante es que por fin encontramos, no solamente de nuevo la limitación al “*point of law*”, sino una razón del reenvío. Recordemos que desde 1670<sup>101</sup> la *House of Lords* no conocía de procesos en primera instancia, sino que eran competencia exclusiva de los jueces ordinarios. Dichos jueces parece que podían formular una especie de cuestión prejudicial. La forma de darle respuesta, alejada del fondo fáctico del asunto, puede que influyera posteriormente en la *House of Lords* a la hora de dar respuesta a los *appeals*.

Si a ello le unimos que habiendo conocido en primera instancia un jurado, era imposible discutir la cuestión de hecho y, por lo tanto, resolver el asunto definitivamente, encontramos finalmente una pintura precisa de lo que era el mecanismo del *appeal* en la época, sustancialmente idéntico al de la *cassation*: recurso ante una “jurisdicción distinta” que era un órgano del poder legislativo, limitado a las cuestiones de derecho, en el que no se podía practicar prueba alguna y que reenviaba el asunto a los jueces de instancia para su decisión definitiva. No ya la semejanza, sino la identidad es tan evidente que no merece la pena extender más esta explicación.

<sup>100</sup> ELSYNGE, H., *The ancient and present manner of holding Parliaments in England with their privileges*, London 1663, p. 224: “it was to demand Judgment in a Case depending in the Common pleas, which was of such difficulty for point of Law, that the Judges did forbear to proceed, and so the Lords of Parliament directed them on which side to give judgment. Note that the Commons joined with the Lords to damn the recoignance of Elizabeth de Burgo, but the Commons din not join in the assent touching G. de Stanton's petition, for there the Lords direct Justice to be done in another Court.”

<sup>101</sup> JONES, D. L., “The Judicial Role of the House of Lords before 1870, cit. p. 6.

## 5. LA INFLUENCIA INGLESA EN LA MEMORIA DE PIERRE GILBERT DE VOISINS.

La ya citada memoria<sup>102</sup> es un documento dirigido a mejorar y agilizar el funcionamiento de la casación en el *Conseil de parties*, que se acostumbra a situar como el texto precursor de la casación revolucionaria. Como ya se advirtió, el escrito de este consejero del rey es escasamente posterior a la obra de BLACKSTONE, y este es un dato importante porque el documento contiene datos que verdaderamente hacen sospechar de un trasvase de ideas entre un texto y otro.

Comienza GILBERT DE VOISINS diciendo que la casación no es una vía de recurso ni de pura jurisdicción<sup>103</sup>, dado que no es una vía ordinaria, sino más bien una vía legítima y extraordinaria de plenitud de poder, al representar al rey. Lo que recuerda poderosamente a la “*distinct jurisdiction*” de BLACKSTONE.

Continúa el jurista francés añadiendo<sup>104</sup> que la casación sólo procede por errores de forma y contravención de las ordenanzas, siendo esta última “*le moïen de cassation le plus clair et le plus précis*”, lo que conduce a pensar que sólo es posible alegar errores de derecho. Es decir, otra coincidencia destacable.

Además<sup>105</sup>, la casación no se atribuye a ningún tribunal ni a ninguna comisión, sino que vendría directamente del poder real<sup>106</sup> cuando la vía jurisdiccional se haya concluído, pudiendo hasta ser activado de oficio<sup>107</sup>. Obviamente, GILBERT DE VOISINS se enfrenta con la dificultad de que en Francia en la época regía una monarquía absoluta sin un parlamento al estilo inglés, por lo que hace competente para la casación al rey y su consejo. En el fondo, nada muy diferente a la *House of Lords* en su origen. Es decir, nos situamos ante un mecanismo del que decide el poder legislativo de la época.

Pero en uno de los puntos que más se extiende el jurisconsulto galo es el hecho de que en casación no se trata el fondo de los asuntos, que pertenece a los tribunales, y por ello se procede al reenvío<sup>108</sup>. Reconoce el autor expresamente que esta regla de no decidir sobre el fondo de los asuntos no ha sido siempre respetada, aunque insiste en que deberá serlo en el futuro, si bien, a diferencia de lo que sucedía en Inglaterra, no expresa justificación alguna a este parecer, que más bien parece enfocado a evitar el colapso del órgano

---

<sup>102</sup> En ANTOINE, M., “*Le mémoire de Gilbert de Voisins sur les cassations. un épisode des querelles entre Louis XV et les parlements (1767)*”, *Revue historique de droit français et étranger* (1922-), Quatrième série, Vol. 35 (1958), pp. 1-33.

<sup>103</sup> Op. cit. p. 21.

<sup>104</sup> Op. cit. pp. 22-23.

<sup>105</sup> Op. cit. p. 28.

<sup>106</sup> Op. cit. p. 33.

<sup>107</sup> Op. cit. p. 30.

<sup>108</sup> Op. cit. pp. 30-33.

casacional<sup>109</sup>. No dice el autor que no se pueda practicar prueba alguna en casación, pero la prohibición de juzgar sobre el fondo de los procesos es lo suficientemente explícita como para incluir tal cuestión en la intención del autor.

En definitiva, que de repente la célebre memoria de GILBERT DE VOISINS cobra sentido y desvela su trasfondo. No es sólo un documento sobre el origen de las bases de la casación en Francia. Es más bien una declaración de intenciones de lo que el autor quería que fuera la casación, siguiendo de manera solapada el modelo inglés. El documento es ciertamente revelador, pero no en el sentido que se le ha dado tradicionalmente.

¿Y por qué de manera solapada? Porque GILBERT DE VOISINS, como otros poderosos de su época<sup>110</sup>, tenía miedo de que los vientos de libertad de Inglaterra pudieran convertirse en una revolución en Francia, y la historia le dio la razón. Hasta dejó escritos sus resquemores<sup>111</sup> al respecto. Quizás no consideró prudente que un consejero real hiciera una referencia tan explícita a Inglaterra.

Por tanto tenían razón aquellos autores que desautorizó CALAMANDREI y que apuntaban –más bien intuyeron lejanamente– un origen inglés de la casación: CONZO<sup>112</sup> y WALDECK<sup>113</sup>. De todos modos, estos autores no hacen más que una cita inmotivada y extraordinariamente sucinta del sistema inglés. De haber abundado en la cuestión, hubieran encontrado varias sorpresas y, en todo caso, que su intuición era completamente cierta.

## 6. EPÍLOGO.

Los historiadores<sup>114</sup> relatan la existencia de una anglofobia en la Francia revolucionaria, larvada durante siglos, que pese a todo, como hemos visto no afectó a muchos de los juristas franceses más brillantes, que revelaron claramente el antecedente inglés. Pero más adelante, por alguna razón, dicho antecedente quedó en el olvido, hasta el punto de que HALPERIN habla de la creación de la casación como un proceso lento, complejo y en parte inaprehensible<sup>115</sup>.

Es decir, el modelo inglés pareció quedar en el más completo de los olvidos para casi todos, incluido el autor que está escribiendo estas líneas. No es

<sup>109</sup> Op. cit. p. 32: “*Mais la cassation est une voie d'autorité, réservée pour des cas extraordinaires où elle se trouve d'une espèce de nécessité. Plus donc elle doit estre rare...*”

<sup>110</sup> Vid. STONE, B., *Reinterpreting the French Revolution*, Cambridge 2002, p. 37.

<sup>111</sup> Que recoge BAKER, K. M., “On the problem of the ideological origins of the French Revolution” en *Inventing the French Revolution*, Cambridge 1990, pp. 23 y ss.

<sup>112</sup> CONZO, N. M., *Intorno alla cosa inrevoabilmente giudicata*, Napoli 1836, p. 23.

<sup>113</sup> WALDECK, B. F. L., *Die Nichtigkeitsbeschwerde als alleinige Rechtsmittel höchster Instanz*, Berlin 1861, pp. 30-31.

<sup>114</sup> STONE, B., *Reinterpreting the French Revolution*, Cambridge 2002, pp. 115 y ss.

<sup>115</sup> HALPERIN, op. cit. p. 23.



que el producto final fuera idéntico al inglés, dado que probablemente la mayor diferencia se cifra en que la *House of Lords* creaba jurisprudencia, mientras que no era esa la intención –quizás no inicial, aunque probablemente sí inmediatamente posterior– del *Tribunal de cassation*. ¿Qué sentido hubiera tenido que el *Tribunal* publicara un *bulletin* si no creaba jurisprudencia? Pero incluso dejando este tema al margen, en la mayor parte de todo lo demás las concomitancias son, como ya se ha dicho, ciertamente destacables y muy llamativas.

Más adelante, el órgano casacional, ya convertido en *Cour*, dio a luz un tribunal del que *de facto* ya no se puede decir que estuviera *auprès du corps législatif*, igual que el resto. Pero produjeron, ya incuestionablemente, jurisprudencia y además condicionaron su admisión a través de motivos de casación y complejas restricciones formalistas que ya separaron definitivamente a los órganos casacionales europeos del modelo inglés, que además conoció la innovación del carácter vinculante de los precedentes, ajeno a la Europa continental.

Con todo, la finalidad nomofiláctica es la misma en todos estos órganos, aunque llegando a la misma por caminos diferentes. Quién sabe si siendo conscientes de estos orígenes comunes no sería el momento de buscar un modelo más uniforme de tribunal supremo para la mayoría de países, tal vez no olvidando del todo el origen paralegislativo –no legislativo– del órgano<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> Vid. NIEVA FENOLL, J. “¿Un juez supremo o un legislador “supremo”?”, *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, Madrid 2016, pp. 423 y ss.

