



Autores: Hitters, Juan Carlos

Título: Breve reseña histórica de la casación civil francesa(su importancia en el derecho moderno)

Revista El Derecho T. 99-963 [1982]

Documento disponible para consulta y descarga en la Biblioteca Digital y Repositorio Institucional de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. [<http://repositorio.scba.gov.ar>]

Consultas a repositorio@scba.gov.ar



Esta obra está bajo licencia 2.5 de Creative Commons Argentina. Atribución-No comercial-Sin obras derivadas 2.

Autor/es: Hitters, Juan C. El Derecho 99-963 [1982]

BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA CASACIÓN CIVIL FRANCESA (Su importancia en el Derecho moderno)

SUMARIO: I. Antecedentes históricos de la casación civil. El sistema del derecho romano. — II. Historia de la casación francesa en la época moderna. Su verdadero nacimiento.

I

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA CASACION CIVIL. EL SISTEMA DEL DERECHO ROMANO

Para aprehender en su acabada dimensión el instituto casatorio nada mejor que el estudio historiográfico, ya que de esta manera resulta posible divisar sus verdaderas fronteras; y esto —como lo hace ver Calamandrei— no es un lujo literario, porque aquí el examen retrospectivo tiene —quizás— mayor trascendencia que en otras regiones jurídicas si se toma en cuenta que por un raro fenómeno las cuestiones atinentes a los recursos extraordinarios han sido legisladas —y en casi todos los países sucede lo mismo— hace ya mucho sin que posteriormente se los haya dado por vía legislativa la revitalización que hubiera sido necesaria (1).

Este buceo en las honduras de los años nos servirá para descubrir el verdadero origen del recurso de casación, y a partir de entonces será posible comprender su finalidad y alcance, sobre todo teniendo en cuenta el replanteo funcional que se viene advirtiendo en las últimas décadas —por lo menos en el plano doctrinario— al describirse el rostro no tan formalista del instituto, por oposición a épocas anteriores (2).

Pone en evidencia Calamandrei que en puridad de verdad el derecho romano no conoció este carril impugnatorio de la manera que actualmente se lo concibe. Hundiendo las raíces en esa fuente puede advertirse que en la legislación romana no existió esta vía impugnatoria como es hoy entendida, en el sentido de un carril idóneo para romper determinadas sentencias. Empero será útil tener en cuenta que en aquella época ya se distinguía el *ius litigatoris* del *ius constitutionis*. En el primer caso estaba en juego sólo el interés individual del justiciable, mientras que en el segundo se debatía un valor más trascendental, un defecto más alarmante que la simple injusticia, puesto que no se trataba —dice Calamandrei— de un mero error de hecho —como el caso del fallo injusto— sino de un vicio de derecho que implicaba una inobservancia de la ley en su alcance general y abstracto. En la última hipótesis había un peligro de carácter constitucional y político que excedía los límites de la controversia inter partes (3).

He aquí —como lo señala el autor citado— el germen del recurso de casación, pues si bien —como se dijo— en Roma no se tenía conocimiento de esta vía de ataque de las sentencias, la distinción entre el *ius litigatoris* y el *ius constitutionis* fue fértil para demostrar que entre los diversos errores que puede producir un fallo injusto, algunos tienen una dimensión que sobrepasa el interés individual y atañen a las relaciones entre la ley y el juez. No es, pues, la contraposición entre error fado y error iuris, lo que está en la base de esta dicotomía, sino el reconocimiento de una especial categoría de vicios jurídicos que tienen una trascendencia o gravedad política que no se advierte

en los de-más defectos en que puede caer un dispo-sitivo sentencial (4).

Si bien es cierto que la aparición de la dupla “Corte de casación-recurso de ca-sación” se dio recién —como luego vere-mos— en Francia en el siglo XVIII, no debe por ello pasarnos desapercibido que la institución recursiva de marras nació mucho tiempo antes.

Ya en las fuentes romanas se advierte la contraposición entre sentencia nula por defectos de forma (virtualmente inexis-tente), y sentencia injusta por vicios in indicando. Esta última pasaba en autori-dad de cosa juzgada si no era recurrida en tiempo. En cambio la primera —por el contrario— nunca adquiriría el carácter de inmutable; por lo que, en consecuencia, siempre era apelable, ya que llevaba con-sigo un germen patógeno que no le per-mitía pasar en autoridad de cosa juzga-da (5).

En la distinción que antecede, encuen-tra Calamandrei el embrión del recurso de casación, pues se entendía que era nula la decisión, cuando el juez desconocía la existencia en abstracto de una norma ju-rídica existente, ignorando así el derecho vigente. En esta hipótesis aparecía algo mucho más grave que una simple injus-ticia, dado que no sólo estaban en juego los simples intereses del vencido, sino que, como ya se dijo, se trataba de la inobser-vancia de la ley en su alcance general y abstracto; “de tal modo, que la injusticia de la sentencia lleva consigo, en este caso, un peligro de carácter constitucional y p lítico, con alcance que excede la controversia singular, proveniente de la revelación del juez contra la ley, cuyo intérprete estaba llamado a ser. Esta composición entre la injusticia que afecta al particular (quien, si quiere, puede reaccionar contra ella mediante la apelación) y la injusticia que ofende a la ley en su alcance general (por la cual, sin necesidad de apelación no se forma jamás una sentencia capaz de constituir cosa juzgada), se formula en las fuentes romanas con la famosa con-traposición a la cual se remonta siempre cuando se habla de los orígenes de la ca-sación: mientras en el primer caso —agre-ga Calamandrei— el juez pronuncia con-tra ius litigatoris, en el segundo pronuncia contra ius constitutionis (L. I, § 2, D, 49,8 Marco) (6) y viene de este modo a ofen-der, no al derecho subjetivo del particular, que queda igualmente sacrificado cualquie-ra sea el error, de hecho o de derecho, del cual derive la injusticia de la sentencia, sino la observancia de la ley como pre-cepto abstracto, el acatamiento de la vo-luntad del legislador, y casi podríamos de-cir, anticipándonos a conceptos modernos, el principio constitucional de distribución de los poderes, en virtud del cual el juez está llamado a aplicar la ley, y no a crearla o reformarla a su arbitrio” (7).

Nótese que en el derecho romano apare-ce este concepto base, según el cual entre los diversos errores in iudicando que puede padecer un decisorio injusto, algunos están —ya lo dijimos— por encima del interés individual y atañen a las relaciones entre la ley y el juez (8). Se ve aquí con claridad meridiana el germen de una de las finali-dades de la casación actual, la nomofilaquia, es decir, la defensa de la ley contra el poder omnímodo de los jueces; función esta que como luego veremos, estuvo hiperdesarrollada en la época de la Revolu-ción Francesa, de tal manera que por en-tonces, copó —por así decirlo— la función casatoria, reduciendo la actividad funcio-nal del órgano máximo de justicia, a este mero contralor nomofiláctico.

La importancia de la profunda investi-gación histórica que sobre el tema llevó a cabo Calamandrei —siguiendo a los ale-manes— está, sin duda, en haber recalca-do esta fortísima reacción, que hubo en Roma, por parte de la ley para defenderse de la rebelión del juez, reconociendo una categoría especial de vicios de derecho que (por contraposición con las demás de de-recho, y con todas las de hecho) tienen esa gravedad institucional (9) que no se ad-vierte en ningún otro (10). Debe acotarse que la sentencia que iba contra el ius constitutionis era nula, como si se tratara del caso del exceso de poder, ya que en el pri-mer caso sobrepasaba justamente el inte-rés individual (11), y en el segundo se pro-nunciaba supra iurisdictionis (12).

Mas tal cual ya lo pusimos de relieve, el derecho romano carecía de un medio recursivo idóneo para atacar los fallos que llevaban consigo esta gravedad política. En efecto, la nulidad de las

decisiones que padecían de dichos errores se producía ipso iure sin la mediación de ningún carril impugnatorio, *sententia nulla*, significaba ―dice Calamandrei— ninguna sentencia, o sea, acto inexistente (13); por lo que no era necesario para nada el ejercicio de recurso alguno, sino que bastaba una resolución meramente declarativa a petición del interesado.

Puede apreciarse, por lo que se lleva dicho, que en el período histórico mencionado, si bien se detectó con claridad la diferencia esencial existente entre los vicios comunes de un dispositivo sentencial, y aquellos de gravedad institucional, no se regló por entonces ningún medio de ataque contra estas últimas decisiones. Claro está que al genio romano no le podía pasar desapercibido el grave daño que podrían producir dichas sentencias; de allí entonces que las mismas nunca pasaban en autoridad de cosa juzgada, pues eran consideradas —como vimos— totalmente inocuas, es decir, inexistentes (14).

Por ello —dice el publicista florentino a quien seguimos en este punto— que “para que pudiera nacer la primera idea de un medio especial de impugnación que constituyera, bajo el aspecto procesal, como el arquetipo de nuestro recurso de casación, era necesario que se realizase una profunda transformación en el concepto general de la nulidad de la sentencia, concebida, no ya como inexistencia jurídica inicial y absoluta de la sentencia viciada por ciertos defectos, sino como vicio de una sentencia existente que, aun sin pedir a la sentencia que existiese jurídicamente, abriera, sin embargo, acceso a un remedio especial encaminado a anularla”. Y justamente esta mutación se operó en el derecho estatutario italiano, perfeccionándose luego en el derecho común, donde el fallo, no era ya considerado como antes, inexistente, sino impugnabile (15), de tal forma que si no se la atacaba a tiempo, pasaba en autoridad de cosa juzgada sea cual fuese el defecto en que hubiera incurrido el judicante (16).

Repárese que a partir de entonces se delimita con claridad el concepto de impugnación, apareciendo coetáneamente la idea de nulidad sanable, es decir —como apunta Calamandrei— una anulabilidad que podía ejercitarse mediante una vía especial de ataque —la querella *nullitatis*— (17) distinta a la apelación, ya que si esta última no era utilizada por el agraviado en tiempo idóneo, el fallo devenía inmutable. La gran diferencia está en que este carril, no era concebido como una simple acción declarativa tendiente a demostrar la inexistencia de la sentencia, sino que se trataba de una acción modificativa orientada a dejar sin efecto —por jerarquía— una providencia anulable y, por ende, válida mientras no fuera casada (18).

Respecto a las causales que permitían el ejercicio de la querella *nullitatis*, se tuvo siempre en cuenta la equiparación ya prevista en el derecho romano entre la sentencia nula por defectos de actividad y la sentencia injusta por vicios considerados más graves; aunque entonces esta gravedad no era vista ya con un criterio esencialmente político como antes, sino que se buscó en una mayor evidencia del error, “partiendo del principio de que *notoria iniustitia et nullitas fraterizent et aequiparentur* (la notoria injusticia y la nulidad son hermanas y se equiparan), se admitió especialmente por influjo del derecho canónico que todo error indicando, de derecho o de hecho, pudiera dar lugar a la querella de nulidad, con tal que fuese abiertamente comparable en la sentencia, *notorius manifestus, expressus*” (19).

Demuestra con justeza Calamandrei que esta figura impugnatoria del derecho estatutario y común poseía —desde la perspectiva procesal— la estructura que hoy tiene el recurso de casación en la legislación italiana y francesa, aunque la imbricación entre el órgano jurisdiccional supremo y el medio de impugnación es totalmente extraña a los ordenamientos judiciales italianos anteriores a la codificación que no concibieron un tribunal superior unificador de la justicia (20).

HISTORIA DE LA CASACION FRANCESA EN LA EPOCA MODERNA. SU VERDADERO NACIMIENTO

Se ha señalado ya que en el antiguo de-recho romano pueden encontrarse restos embrionarios del recurso de casación. Mas, como es sabido, el concepto moderno del instituto sub examine recién arranca globalmente en Francia, a través de la obra legislativa de la Revolución (21) que renovando el esquema que existía en la época monárquica lo transformó en un instrumento para la defensa de la ley contra el poder omnímodo de los jueces. Es este el origen de la casación —en sentido moderno—, que nació —y esto es bueno tenerlo siempre presente— por mediación de la creación de un organismo político —no jurisdiccional— que cumplía funciones de control constitucional, vigilando la actividad de los jueces; ejerciendo un contralor meramente negativo (*iudicium rescindens*) que se limitaba a dejar sin efecto los fallos considerados extralimitados, reenviando luego las actuaciones a otro magistrado para que decidiera nuevamente la causa (22).

Cappelletti, con su meridiana claridad, pone énfasis en destacar —siguiendo a Calamandrei— que antes de la Revolución es factible encontrar la llamada *demande en cassation*, que se incoaba ante el Rey, quien tomaba conocimiento de la queja a través del *conseil des parties*, o sea, por conducto de una sección especializada de su propio Consejo de Gobierno. Esta vía de ataque contra la sentencia de los Parlaments —que no eran otra cosa que tribunales de justicia de última instancia, situados en varias ciudades— podía dar lugar a la anulación (casación) cuando las decisiones judiciales “violaban las ordenanzas reales”.

Pero como bien dice el autor primeramente citado, si el arquetipo del actual juicio de casación puede hallarse en el de-recho romano —como fuente muy mediatada, según lo vimos—; y en la *demande en cassation* prerrevolucionaria —donde tuvo una vida intrauterina, podríamos añadir nosotros— el verdadero acto de nacimiento del sistema casatorio en el sentido moderno del instituto, aparece en la época de la Revolución, justamente sobre la base de las ideologías de entonces (23).

Estas corrientes del pensamiento fueron expuestas por Rousseau y Montesquieu, basadas en la omnipotencia de la ley y en la igualdad de los ciudadanos ante la misma, así como en la rígida separación de los poderes, donde el juez cumplía la función meramente pasiva de aplicar la ley sin poder siquiera interpretarla.

Por ello en 1790, vio la luz el Tribunal de Cassation, creado justamente como un órgano de control constitucional (no judicial) (24) situado al lado del poder legislativo para ejercer un contralor sobre los jueces, evitando que éstos invadieran las esferas legislativas en su afán de querer “interpretar” las normas jurídicas.

No obstante el nombre de Tribunal —que será sustituido posteriormente por el de Court (Corte)— el organismo de referencia tuvo, en su origen —como ya se expresó— funciones eminentemente políticas y, por lo tanto, no precisamente judiciales. Constituía —en suma— la típica expresión de la profunda desconfianza de los legisladores revolucionarios hacia los jueces; el mismo resquemor que en los primeros años de la Revolución los llevó a reiterar el absurdo intento justiniano de prohibir a los judicantes todo poder de interpretación de las leyes, reservándolo al *Corps législatif*, que, debía prever hasta la interpretación misma, mediante decreto dado a petición de los magistrados, cada vez que estos tuviesen dudas sobre la significación de un texto legal (o sea, el llamado *référé facultatif*) suprimido, junto con la prohibición de la interpretación judicial, por el

Código de Napoleón (25).

Por otra parte —y esto resultará de mucha valía tenerlo presente— como el poder judicial no debía interferir sobre el legislativo, tampoco éste estaba autorizado a inmiscuirse en aquél; y, por ende, el Tribunal de Cassation que no cumplía —tal cual lo adelantamos— tareas judiciales; cuando anulaba una decisión debía necesariamente hacer funcionar el re-envío, justamente para no atribuirse competencia jurisdiccional. En consecuencia, como los miembros de dicho órgano no eran jueces, tenían que remitir la causa a éstos para que la juzgaran de nuevo. Y ello fue así justamente porque, como ya lo acotamos, el principio de división de los poderes les impedía a los ministros del referido cuerpo que se arrogasen funciones judiciales (26).

Es éste el origen del “reenvío” que nació sobre la base de la situación apuntada. Por ello su verdadera comprensión histórica servirá para desterrarlo de nuestro vademecum procesal, ya que la moderna casación —por ser ejercida por un ente jurisdiccional— no debe mantener este tipo de remisión al órgano inferior (27), salvo en los casos de nulidad por vicios formales, cuando el tribunal supremo se ve imposibilitado de componer positivamente la litis (28).

El papel regulador del órgano casatorio fue sufriendo en Francia una transformación desde su creación —a través de los decretos del 27 de noviembre y del 1° de diciembre de 1790— hasta la consagración definitiva de su poder de regulación positiva por la ley del 1° de abril de 1837. Analizando cuidadosamente dicha evolución se verá que si bien fue instituido como custodio de la ley, su misión se amplió poco a poco por el influjo legislativo y por la propia tendencia del tribunal, hasta convertirse en el organismo que mantiene la dirección suprema de toda la interpretación jurídica (29).

Buscando siempre la perspectiva histórica debemos señalar, como ya algo anticipamos, que existieron grandes diferencias entre el antiguo Consejo de Partes (Conseil des Parties) de la época monárquica y el Tribunal de Casación de la etapa pos-revolucionaria, dado que este último sólo tomó del primero, algunas reglas de procedimiento y el régimen interno (30). Si bien no debe descartarse cierta analogía entre ambos andariveles recursivos, lo cierto es que las diferencias fueron abismales. En efecto, la queja ante el Consejo de Partes era de carácter *excepcional* y *extraordinaria* y apuntaba a reparar los perjuicios que a los súbditos causaban las ordenanzas, habiendo sido muy poco utilizada, y casi siempre resuelta en forma arbitraria. En cambio el recurso de casación moderno, pese a ser también considerado esencialmente *extraordinario* (31) ha llegado a ser —dice Geny— de uso frecuente, y tiene en miras llevar a cabo la rectificación jurídica.

Lo cierto es que el art. 1° del referido decreto del 27 de noviembre y del 1° de diciembre de 1790, creó el nombrado órgano para que funcione cerca del cuerpo deliberativo con total independencia del poder jurisdiccional; ya que más bien estaba por encima de éste, algo así como una prolongación del legislativo para inspeccionar —como llegó a decirse— la estricta aplicación de la ley. Se daba por entendido en Francia, en aquella época, que a la facultad de dictar las leyes le seguía naturalmente la de vigilar su observancia, de ahí esta misión cuasi-legislativa cumplida por el Superior Tribunal (32). El art. 3° del decreto citado, le confería al órgano de marras la función de anular “...toda sentencia que contuviese una violación expresa del texto de la ley...”, prohibiéndole terminantemente conocer el fondo del asunto.

Dicho instrumento legal creó paralelamente el référé legislativo obligatorio para la hipótesis de que hubiera lugar a una segunda casación en el mismo asunto, en cuyo caso el tribunal tenía obligación de enviar las actuaciones al Poder Legislativo para que emitiera la interpretación oficial y obligatoria, pues se entendía que si se repetían las anulaciones era porque el texto de la ley era oscuro (33).

Repárese que paralelamente a este sistema interpretativo obligatorio funcionaba otro, el *référé* facultativo —utilizado con muy poca frecuencia— que autorizaba a los jueces (en caso de oscuridad de las normas) a suspender el curso del procedimiento, y a remitir la causa al Poder Legislativo para que aclarara las dudas hermenéuticas (34).

Estos rígidos y heterónomos sistemas de interpretación fueron definitivamente derogados —luego de algunas marchas y contramarchas— el 1° de abril de 1837, ya que habiendo sido creados con el pretexto de mantener la separación entre los poderes Legislativo y Judicial, habían resultado contrarios a su fin, terminando por subordinar este a aquél, al conferir al cuerpo deliberante (legislativo) la misión de decidir un litigio particular. De esta forma se entendió —con razón— que la interpretación de la ley sólo debía ser llevada a cabo por los jueces, por lo que se le quitó esta atribución al Poder Legislativo.

El organismo de casación, con el tiempo fue afirmando y extendiendo sus originales funciones, siendo hoy considerado como el intérprete soberano del derecho. Es conveniente por último destacar que esta prolongación de sus funciones se ha ido operando por decisión autónoma del propio tribunal (35) ya que la ley que fija sus atribuciones no ha cambiado —en sustancia— desde el año 1790 (36); dado que como es sabido, esta norma sólo autoriza la casación en los casos de contravención expresa del texto legal (art. 3°, decreto del 27 de noviembre) del año citado.

Parécenos oportuno reiterar que mientras tuvo vigencia el *référé* legislativo, dicho poder —y no el judicial— fue el intérprete final de las normas. Pero con la reforma de 1837 (ya citada), al suprimirse este tipo de interpretación comienza una notable evolución de las funciones del tribunal. A partir de entonces el organismo de casación obtuvo una total independencia adquiriendo de esta forma mayor importancia y autoridad, al no depender ya la interpretación del cuerpo legislativo (37).

En efecto, nótese que a posteriori de dicha modificación el órgano bajo análisis controlaba no sólo la violación expresa del texto de la ley; sino su falsa aplicación, y lo que es más trascendente aún, su errónea interpretación (38) (contralor este que antes hacía el Poder Legislativo) (39). Empero, es de señalar que hasta la reforma de 1837 el Tribunal de Casación no podía imponer a sus inferiores una solución jurídica positiva, pues estaba vigente el principio que vedaba a los jueces supremos conocer el fondo de los asuntos. Pero en la fecha indicada se dispuso que después de la segunda casación, fundada en las mismas causales que la primera, la tercera jurisdicción que conociera en el asunto, debía conformarse con la decisión del Supremo Organismo en la cuestión de derecho resuelta por éste (40). Con dicha sustancial modificación se alteró la hasta entonces jurisdicción meramente negativa del organismo de referencia, que a partir de ese momento ejerció un positivo e inmediato influjo sobre la dirección de la interpretación jurídica.

Resumiendo lo expresado en este esteno-gráfico desarrollo histórico que hemos hecho de la casación francesa, cabe tener en cuenta que si bien el recurso tuvo su origen mediato en la etapa prerrevolucionaria —en la llamada *demande en cassation*— que se interponía ante el Rey; su verdadero nacimiento en el sentido moderno del instituto debe computarse —como ya se dijo— a partir de la Revolución, justamente teniendo en cuenta las ideologías reinantes entonces, basadas en la omnipotencia de la ley y en la desconfianza que los legisladores revolucionarios tenían hacia los jueces.

Con la anulación del *référé* legislativo el tribunal adquirió una total independencia y a partir de ese momento fiscaliza: 1) la infracción expresa de la ley; 2) la falsa aplicación de la misma y 3) la errónea interpretación de la misma (41).

1 - HITTERS, JUAN CARLOS, Fines de la casación, publicado en la obra en honor al doctor AUGUSTO M. MORELLO, Ed. Platense, año 1982, p. 29. Conf. CALAMANDREI, Casación civil,

Ejea, p. 4.

2 - VÁZQUEZ SOTELO, La casación civil (Revisión crítica), Ed. Ediser, Madrid, 1979, p. 75, núm. 204.

3 - Nótese que este es el germen del recurso de gravedad institucional del inc. 4º, del art. 18, de la ley 1386, de la Provincia de Chubut (véase MORELLO-HITTERS, La casación en la Provincia de Chubut, JA, boletín, diciembre 17 de 1980).

4 - CALAMANDREI, Casación Civil, p. 25, Ed. Ejea, año 1959.

5 - De allí la norma que decía "no parece haber necesidad de apelar cuando la sentencia no obliga en derecho" (L. 4, C quando prov., 7, 64).

6 - Hace notar CALAMANDREI (La Casación Civil, Editorial Bibliográfica Argentina, t. I, ps. 70/72) que el jurisconsulto romano, EMILIO MAR-CRO, al ocuparse de la distinción entre el ius liti-gatoris y el ius constitutionis, pone en evidencia que el derecho romano adivinó -anticipándose casi en 20 siglos- la idea desarrollada en la Revolución Francesa, respecto del conflicto que puede plantearse entre los poderes legislativo y judi-cial, sobre el tema de la observancia de las leyes.

7 - CALAMANDREI, Casación Civil, ob. cit., ps. 24/25.

8 - VICENTE J. CARAVANTES (Tratado histórico, crítico, filosófico de los procedimientos judiciales en la nueva Ley de Enjuiciamiento, Madrid, 1856, ps. 83/84) mucho antes que CALAMANDREI, había hecho notar que en Roma hubo notoria diferencia el caso de que una sentencia afectara intere-ses públicos o privados. En la primera hipótesis, el obligado podía negarse a su ejecución y pedir la nulidad del fallo aunque hubiera sido dictado por el propio pretor. En la segunda, si el deci-sorio había sido pronunciado por un juez inferior podía apelarse. Sobre el particular decían las leyes romanas: Cum praetor, cognita causa, per errorem, vel etiam ambitiosse, juberet hoereditatem ut ex fideicomisso restitui, etiam si non sit fideicomissum, rei publicae interes restitui, propter verum iudicatorum auctoritatem. Contra constitutiones autem iudicatur, eum de jure constitutionis, non de jure litigatoris, pronunciat. Nam si iudex volenti se ex cura muneris, vel tutelae, beneficio liberorum, vel aetatis aut privilegis excusare dixerit. Neque filios, neque aetatem, aut ullum privilegium ad muneris vel tutelae excusationem prodesse. Quod si de jure suo probantem admiserit, sed idcirco contra eum sententiam dixerit, quod negaverit, aum de aetate sua, aut de numero libe-rorum probasse, de jure litigatoris pronuntiasse in- telligitur (L. 1, parág. 2, Dig.)

9 - Véase CALAMANDREI, LA CASACIÓN CIVIL, t. 1º, vol. I, ps. 70 y sigtes., núm. 22.

10 - CALAMANDREI (LA CASACIÓN CIVIL, t. 1º, vol. I, p. 63). Aclara e1 autor citado que en esa época por lo general la validez de la sen-tencia no dependía de si era o no justa, empero en casos excepcionales podía ser dejada sin efecto cuando la injusticia alcanzaba una especial gra-vedad, es decir, cuando se refería no a la QUAESTIO FACTI, en la que el magistrado era considerado como un árbitro, sino en la QUAESTIO IURIS, donde la observancia estricta de la ley constituía una premisa inquebrantable.

11 - Calamandrei, La Casación Civil, T. 1º, VOL. I, P. 76.

12 - KOHLER (PROEZESS UND NEICHTPROZESS, p. 121, citado por CALAMANDREI, LA CASACIÓN CIVIL, ob. cit., t. 1º, vol. I, p. 79) afirma que la nuli-dad insalvable de las providencias dictadas contra IUS CONSTITUTIONIS fue una decisión política de los emperadores con la finalidad de hacer prevalecer su legislación central SOBRE LOS derechos locales que se intentaban afirmar en las partes más remotas del dilatado imperio romano. Advuértase de paso el embrión de otro de los fines de la casa-ción, el de la uniformidad de la jurisprudencia.

13 - Dice el autor citado que la expresión NULLITAS SENTENTIAE, utilizada en el derecho intermedia no se advierte en las fuentes justineanas. En efec-to se encuentra en ellas la locución latina "nulla sententia" (L. 1, C. de sent., VII, 44), lo cual, empero, debido a que "nulla" está empleada atributivamente (igual que NEC-ULLA), no predicativa-mente, no significa lo que expresa la traducción literal de estos dos vocablos en italiano, sino que quiere decir solamente: NINGUNA SENTENCIA, O sea, sentencia inexistente (LA CASACIÓN CIVIL, t. 1, vol. I, ps. 42/43, núm. 6)

14 - CALAMADREI, La Casación Civil, ps. 24/26; conf. CARLOS EDUARDO, Enciclopedia Jurídica Ameba, v. 20, p. 546. Idem mismo autor Nociones sumarias sobre las nulidades procesales y su medio de impugnación, LL, 43-343.

15 - Hitters, Juan Carlos, La revisión de la cosa juzgada, Editora Platense, núm. 16, ps. 37 a 41.

16 - Hace notar De la Plaza (LA CASACIÓN CI-VIL, P. 34) que en la época de la República no se concebía que un fallo pudiera recurrirse, pero se toleraba la incoación de una "acción" de nulidad por vicios formales sin plazo de prescripción alguno, que apuntaba a la declaración de inexistencia del dispositivo sentencial.

17 - Hitters, Juan Carlos, LA REVISIÓN DE LA COSA JUZGADA, ob. cit., núm. 18., p. 43 y siguientes.

18 - Recalca Calamandrei (LA CASACIÓN CI-VIL, t. 1º, vol. 1, p, 163) que la QUERELLA NULLI-TATIS, es de origen netamente italiano y nace a raíz del ensamble del concepto romano de inexistencia por vicios de procedimiento y de la idea germánica de fuerza formal de los fallos.

19 - CALAMANDREI, La Casación Civil, ps. 27/28.

20 - Calamandrei, La Casación Civil, p. 31.

21 - Hitters, Juan Carlos, FINES DE LA CASACIÓN, PUBLICADO EN LA OBRA EN HONOR AL DOCTOR Augusto Mario Morello, EDITORA PLATENSE, AÑO 1982, P.29 Y SIGUIENTES.

22 - CALAMANDREI, Casación Civil, p. 25.

23 - CAPPELLETTI, El control judicial de la constitucionalidad de las leyes, UNA de México, ps. 13 a 15.

24 - HITTERS, JUAN CARLOS, La Casación Nacional, JA, 1979-II-806/807. Véase, GENY, Mé-todo de interpretación y fuentes en el Dere-cho Privado positivo, Ed. Reus, Madrid, 1925, p. 76.

25 - Cappelletti, EL control judicial de la constitucionalidad de las leyes, ob. cit., p. 15.

26 - Conf. CALAMANDREI. VOZ Cassazione civile, ACTUALIZADA POR Carlo Furno, EN EL NOVISSIMO Digesto Italiano, II, Torino, UTET, 1958, ps. 1060/1061.

27 - De todos modos como bien lo pone de resalto ENRIQUE VESCOVI (Temas de casación..., ps. 1 a 8) poco importa en Francia -desde la perspectiva dogmática- la distinción entre vicios de forma y de fondo, dado que en los dos casos hay reenvío.

28 - HITTERS, JUAN CARLOS, Fines de la Casación, PUBLICACIÓN EN HONOR AL DOCTOR AUGUSTO MARIO MORELLO, OB. CIT.

29 - Geny, Francisco, ob. cit., ps. 640/641.

30 - GENY, ob. cit., p. 75.

31 - GENY, ob. cit., p. 76.

32 - GENY, FRANCISCO, ob. cit., ps. 76/77. Los jueces del órgano de casación eran nombrados por elección popular como los demás magistrados.

33 - GENY, FRANCISCO, ob. cit., ps. 76/79, Semejante sistema implicaba que la ley debía bastar para todo y que el encargado de interpretarla no tenía atribuciones para buscar fuera de ella los principios destinados a resolver los conflictos que se planteaban ante él. Además, esta concepción legislativa de la Constituyente, puntualiza GENY, no fue un fenómeno único, ya se habían producido análogas consecuencias con motivo de las codificaciones célebres. Es conocida la famosa Constitución de Justiniano, que declaraba perfecta su obra legislativa, prohibiendo todo comentario privado y reduciendo la fundón judicial a la de un autómatas, reservando al Emperador la elucidación de las dudas que podía suscitar la norma (véanse -en el mismo sentido- las disposiciones promulgadas por Pío IV después del Concilio de Trento, principalmente la Bula de confirmación BENEDICTUS DEUS).

34 - Dicho esquema se diferencia del RÉFÉRÉ obligatorio, pues éste funcionaba -como es sabi-do- en los casos de conflictos manifiestos de dos sentencias sucesivas del mismo expediente sometidas a la censura del Tribunal de Casación.

35 - GENY, FRANCISCO, ob. cit., ps. 85 a 87.

36 - Téngase presente que algo similar ha acontecido con nuestra Corte Suprema de Justicia da la Nación en los casos de la "arbitrariedad" y "gravedad institucional" que han producido un verdadero estiramiento del art. 14 de la ley 48.

37 - HITTERS, JUAN CARLOS, La casación civil en Alemania, sus rasgos definidos, JA, año 1982.

38 - El sabio HENRION, en su tratado de L'autorité judicüire, escrito en 1810, pronunciábase en nombre de la sana doctrina jurídica contra esta extensión de poderes del

Tribunal Supremo, juzgándola abusiva, y al mismo tiempo reconocía que la práctica contraria a sus opiniones estaba ya fuertemente arraigada en los hechos (De L'autorité judiciaire, capítulo 31, sec. 10; véase GENY, ob. cit., p. 89).

39 - Tan lejos se fue en la noción, bastante elástica ya, de la falsa interpretación, que en 1824, un jurisconsulto muy al tanto de la práctica del Tribunal Supremo, después de describir con animación las etapas diferentes de su jurisprudencia, creyó poderlas resumir así: "En una palabra, hay casación siempre que, acerca del efecto, de la extensión y sanción de la ley se contravengan las reglas usuales de aplicación, las tradiciones de la magistratura, la filosofía de la jurisprudencia (GENY, ob. cit., p. 90).

40 - Esta reforma -acota GENY- dígase lo que se quiera, sacrifica la regla terminante de la Constituyente que prohibía al Tribunal de Casación decidir previamente el litigio (ob. cit., p. 91).

41 - Es de señalar que, por la reforma del año 1967, la interposición del recurso de casación, no tiene más efecto suspensivo (VESOOVI, ob. cit., ps. 10 a 12).