

**EL JUEZ Y LA LEY:
LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS
(Castilla, 1489 - España, 1855)**

Carlos GARRIGA, Marta LORENTE
Profesores titulares de Historia del Derecho
de la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares. II. Motivación de sentencias y modelo de juez bajo la Monarquía Católica. III. La obligación de motivar las sentencias en España: 1. El experimento constitucional gaditano. 2. El constitucionalismo moderado. IV. El modelo judicial español. V. Reflexión final

I

LAS grandes revoluciones que conmovieron al mundo a finales del Setecientos legaron a la historia constitucional dos tipos de normas: la constitución «*garanzie*» (América) y la constitución «*indirizzo*» (Francia). Ambos modelos han sido identificados y rescatados en su dimensión problemática por M. Fioravanti en una modélica síntesis (1), que servirá de marco conceptual a estas páginas. Si la referencia es obligada, no lo es la especificación de los caracteres con los que el historiador italiano construye los mencionados tipos, ya que basta para nuestro propósito subrayar uno procedente del modelo de constitución «*indirizzo*»: el factor «legicentrico», entendido como el «punto *sul quale la rivoluzione* media entre individualismo e *statualismo*» (2).

AFDUAM I (1997), pp. 97-142.

(1) M. FIORAVANTI: *Apunti di storia delle costituzione moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, 1995, pp. 99 y siguientes.

(2) *Ibid.*, p. 59. Sobre el «legicentrismo» del modelo francés, centrándose en la Declaración de 1789, vid. S. RIALS: *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, París, 1988, pp. 369 y siguientes.

Revolución mediante, Francia construye una novedosa comprensión de la ley como exclusivo y excluyente «lenguaje de derechos» (3), frente a la constitucional (y americana) permanencia de la técnica jurisprudencial entendida como garantía de «rights» (4) propia del mundo anglosajón. Las complejas relaciones existentes entre Constitución, ley y derechos en su dimensión histórica presentan un campo abonado para la reflexión actual (5), que busca comprender los orígenes de presentes preocupaciones de naturaleza constitucional (6). Creemos no errar si afirmamos que después, no ya de la formación del «sistema europeo de control de constitucionalidad» (7), sino de su actual formulación, la historiografía constitucional está siendo consecuente con su contexto, que no coincide precisamente con el que la arropaba en sus orígenes, por más que pueda traer causa de ellos: «... tengo la impresión de que al celebrar el Bicentenario de la Revolución Francesa, lo que estamos celebrando realmente son sus exequias» (8). Aun cuando utilizadas muy libremente, estas palabras de Rubio Llorente nos sirven como ejemplo de marco creado por el jurista de aprovechamiento para el historiador, que intenta un discurso que trascienda del estrecho ámbito en el que lo encorsetó una percepción legalista de su objeto de estudio.

No es este el lugar indicado para extendernos en todo ello; bástenos simplemente hacer lo que hemos hecho: localizar una problemática y apostar por una cierta orientación conceptual. Ambas cuestiones nos sirven para formular un interrogante al que aspiramos a contestar con las presentes páginas, siquiera parcialmente: ¿en qué modelo de los anteriormente enunciados podríamos insertar la tradición constitucional española? Podría parecer al lector que esta pregunta tiene una finalidad retórica en exclusiva, ya que el paradigma francés, de corte legalista y, consecuentemente, estatalista y centralista, pesa sobre nuestra historiografía, que no historia, constitucional (9).

Sin negar influencias o similitudes, intentaremos dar cuenta no del panorama general, sino de algunas de las piezas que lo componen, para poder redefinirlo

(3) Cfr. una brillante exposición de tal concepción, E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, 1994.

(4) J. P. REID: *Constitutional History of the American Revolution. The Authority of Rights*, Madison, 1983. Por supuesto, dicha concepción sufrió modificaciones: en este sentido, cfr. M. J. HORWITZ: *The Transformation of American Law. 1780-1860*, Cambridge (Mass.) and London, 1977.

(5) De reciente traducción y con capítulos de aprovechamiento histórico, G. ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, (trad. de M. GASCÓN y epílogo de G. PECES-BARBA), Madrid, 1995.

(6) Un ejemplo hispano: R. L. BLANCO VALDÉS: *El valor de la Constitución*, Madrid, 1994.

(7) P. CRUZ VILLALÓN: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, 1987.

(8) F. RUBIO: «Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad», en *El poder judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa*, Madrid, 1990, p. 93.

(9) Un ejemplo reciente, A. NIETO: *Los primeros pasos del Estado constitucional*, Madrid, 1996.

desde ellas. No será, empero, la moda de los tiempos la que nos lleve a hablar de pluralismo jurídico, sino de ley: de la ley decimonónica y de su protección, o mejor, de su indefensión, pues de eso se trata. De entre todas las carencias imaginables, pocas resultan más significativas, en efecto, que la que se infiere del análisis de las resistencias que impidieron durante largos años declarar obligatoria la motivación de las decisiones judiciales.

Una primera quiebra de la constitución «indirizzo» se advierte, ya que nuestra cronología se opone a la francesa: su revolución especificó la obligación desde un primer momento (10). Independientemente de la virtualidad que tuviera la apuesta de las dos constituyentes (11), de lo que no cabe duda es de que la ley, entendida como expresión de la voluntad general (12), se apresuró a defenderse de la actividad de los jueces, obligándoles a formular la conclusión de un silogismo que, pretendida y utópicamente, anulaba la existencia de la jurisprudencia (13).

Ahora bien, nos debemos preguntar ¿puede un mero *decalage* cronológico desvirtuar la naturaleza de una experiencia constitucional hasta tal punto que obligue al historiador a desclasificarla, invalidando así el modelo de referencia con el que supuesta y tradicionalmente la identificamos? Dejemos para las conclusiones la tarea de responder a este interrogante; no obstante, conviene sentar ya una premisa. Como ya hemos afirmado, la existencia de profundas resistencias que impidieron declarar como *principio general* (14) la obligación de motivar las decisiones de jueces y tribunales a lo largo de la primera mitad del siglo pasado es simplemente un dato empírico, pero de honda significación conceptual, tanto que debiera llamar la atención: creemos que no es posible hablar de ley, ni —por lo tanto— de constitucionalismo de impronta legalista

(10) Ley 16-24 de agosto de 1790, tit. V, art. 15. Con posterioridad, la primera norma de 1793 constitucionalizó el principio en su art. 203. La importancia de esta decisión se resalta en la cerrada (re)construcción histórica de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, que afirma que «la motivación de las sentencias es un componente absolutamente esencial del sistema del reino de la ley y de la libertad a él inherente». *La lengua...*, cit., p. 175.

(11) No podemos extendernos aquí ni en las causas que animaron a las constituyentes francesas para tomar tal decisión ni en la fórmula por la que apostaron. Una buena síntesis de naturaleza comparativa puede consultarse en G. GORLA: «*Introduzione allo studio dei tribunali italiani nel quadro europeo fra i secoli XVI e XIX*», en N. PICARDI e A. GIULIANI (a cura di): *L'Ordinamento giudiziario. I: Documentazione storica*, Rimini, 1985, pp. 327-470.

(12) Art. VII de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Sobre esta cuestión, la cita, por clásica, no debe omitirse: R. CARRÉ DE MALBERG: *La loi, expression de la volonté générale*, 1930 (ed. fotostática de G. Burdeau, París, 1984).

(13) Como es sabido, la expresión es de Robespierre: «*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*». Sobre la quiebra de esta concepción, haciendo un seguimiento del instituto del «référé», vid. la clásica obra de Y. L. HUFTEAU: *Le référé législatif et les pouvoirs de juge dans le silence de la loi*, París, 1965.

(14) La citada ley francesa de 1790 fue la primera que contuvo la obligación general de motivar todas las sentencias, civiles y penales, de todos los jueces y tribunales.

sin reflexionar sobre la prolongada ausencia, no ya de la práctica efectiva de motivar las decisiones judiciales, sino incluso de la mera generalización de su obligación (15).

Es verdad que el legado que habían recibido nuestros primeros constituyentes era muy negativo a este respecto, pero no lo es menos que también la Asamblea Nacional Francesa se había enfrentado con la misma herencia: la antigua prohibición de motivar los fallos llegó, incólume, hasta las fronteras de las transformaciones constitucionales francesa y española. La reflexión comparada se impone y no es simple, ya que no basta ampararse en fáciles expedientes que recurren a la lentitud o desconexión de nuestro proceso codificador para explicar lo tardío de la implantación de la obligación destinada a transformar el hacer de jueces y tribunales: Francia no necesitó Códigos para enunciarla (16).

Por lo que se ha dicho hasta aquí se comprenderá que el análisis de la motivación de las decisiones judiciales es un simple, pero importante observatorio, desde el cual se puede reconstruir el proceso histórico de vinculación del juez a la ley. Somos conscientes que historiar sus implicaciones es una empresa tan costosa que excede a las posibilidades de las presentes páginas, centradas exclusivamente en el análisis de un proceso que, abierto en Cádiz, se cerró en 1855, con el objeto de establecer su cronología y calificar su naturaleza. Para ello, la presente comunicación intentará especificar los caracteres del legado que recibieron nuestros primeros constituyentes, es decir, lo que bien podemos llamar el modelo jurisdiccional castellano (II); diferenciar dos formulaciones constitucionales: la radical gaditana (III.1) y la propia del moderantismo español (III.2), en su relación con el lento proceso a lo largo del cual se generalizó, mediante una suma de disposiciones sectoriales, la obligación de motivar sus decisiones a todos los jueces y tribunales; y caracterizar el modelo de juez, esta vez decimonónico, que está en la base de todo ello (IV); reconsiderando, desde el observatorio de la motivación y para concluir, la naturaleza de nuestro primer constitucionalismo (V).

(15) Como ejemplo de «despreocupación», cfr. las páginas dedicadas a la cuestión en la excelente obra de I. DE OTTO *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes*, Madrid, 1991, pp. 292-295.

(16) Ni para idear otros instrumentos garantistas. Cfr. el art. III de la *Loi sur l'établissement du Tribunal de Cassation*, décrétée le 27 de novembre 1790, sanctionnée le premier décembre suivant: «Il annulera toutes procédures dans lesquelles les formes autort été violées, & tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi».

Et jusqu'à la formation d'un code unique des loix civiles, la violation des formes de procédures prescrites, sous peine de nullité & la contravention aux loix particulieres aux différentes parties de l'empire, donneront ouverture á la cassation». (Utilizamos la selección de textos incluida en la obra de J. L. HALPERIN: *Le tribunal sous la revolution (1790-1799)*. (thèse pour le doctorat d'Etat, juin 1985, vol. II, p. 650)

II

Carlos III prohibió en 1768 a la Audiencia y demás jueces de Mallorca la práctica de motivar las sentencias que hasta entonces observaban, *dando lugar a cavilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extensión de las sentencias, que vienen a ser un resumen del proceso, y las costas que a las partes se siguen* (17). Culminaba así la uniformización del aparato judicial de los reinos de las Españas –como entonces se decía– que venía desarrollándose, mediante la expansión del modelo castellano, desde que Felipe V dictara a comienzos del siglo los Decretos de Nueva Planta (18).

Con anterioridad, durante los siglos XVI y XVII, habían podido coexistir en este mismo suelo –las Españas– dos soluciones contrapuestas al problema de la motivación de las decisiones judiciales, que a fin de cuentas respondían –y no es casual, como iremos viendo– a la disparidad de regímenes políticos que convivían más o menos pacíficamente en el seno de la Monarquía Católica (19). Mientras que en la Corona de Castilla, desde que hay noticias de su actuación, los tribunales *tan Supremis quam infimis, sententiae proferunt absque aliquo motivo, rationes, vel causa* –como a finales del siglo XVII constataba Matheu y Sanz (20)–, los reinos de la Corona de Aragón vieron cómo a lo largo del siglo XVI se imponía a sus jueces y tribunales la obligación de motivar las sentencias que dictaban. Así ocurrió en Cataluña en 1510 (21), en Aragón en 1547 (22) y en Valencia en 1564 (23). No es

(17) R[real] C[édula] 23-6-1778 [*sic*, por 1768] (=NoR 11.16.8). Cfr. J. M. SCHOLZ: «Colecciones de jurisprudencia y dictámenes», en *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Valencia, 1978, pp. 277-336. esp. 298-299. Para la rectificación de la fecha, vid. J. M. MARILUZ URQUIJO: «La acción de sentenciar a través de los apuntes de Benito de la Mata Linares», en *Revista de Historia del Derecho*, 4 (1976), pp. 141-159.

(18) Para este argumento, C. GARRIGA: «Las Ordenanzas de la Real Audiencia de Cataluña (1741). (Una contribución al estudio del régimen de la Nueva Planta)», en *Estat, Dret i Societat al segle XVIII. Homenatge al Prof. Josep. M. Gay i Escoda*, Barcelona, 1996 (=Initium, 1), pp. 371-396, con cita de la bibliografía fundamental.

(19) Para una caracterización general de ambos, véase X. GIL PUJOL: *Las claves del Absolutismo y el Parlamentarismo. 1603-1715*, Barcelona, 1991.

(20) L. MATHEU y SANZ: *Tractatus de re criminali*, Venecia, 1730, III, cap. XII, § 1, núm. 26. En igual sentido, p. ej., J. B. VALENZUELA VELÁZQUEZ: *Consilia sive responsa Juris*, Coloniae Allobrogum, 1727, t. II, cons. CLXIX (pp. 366-377), núm. 53 (p. 379).

(21) Cortes de Monzón, 1510, cap. 55: «*rots los Judges qui daran sententias diffinitivas... en quasevol Cort o Consistori que sien, encara que fossen en nostra Reyal Audientia, o de nostre Loctinent general, hajan e sien tenguts de exprimir en las ditas sententias diffinitivas los motius quels hauran moguts per axi declarar, e diffinitivament sentenciar*» (*Constitutions y altres drets de Catalunya...*, Barcelona, 1704, lib. VII, tit. III, ley II). Cfr. J. P. FONTANELLA: *Sacri Regii Senatvs Cathaloniae Decisiones*, Barcinone, 1639, dec. CCLXXXVII (pp. 712-715), nn. 18-19 (p. 714).

(22) Cfr. J. SESSE: *Decisionvm Sacri Senatvs Regii regni aragonvm, et Cvriae Domini Iustitiae Aragonum caesarvm civilivm*, Caesaravgvstae, 1624, III, dec. CCXC (ff. 260v-262r), esp. nn. 2 y 6.

(23) Cfr. T. CANET APARISI: *La Audiencia valenciana en la época foral moderna*, Valencia, 1986, p. 48.

fácil saber, en el estado actual de nuestros conocimientos, cuál era la práctica anterior en estos reinos, pero en todos los casos la motivación fue impuesta mediante sendas disposiciones reales, que no obstante configuraban en cada uno de ellos otros tantos regímenes diferentes, que no parece necesario entrar a pormenorizar aquí (24). Frente a este panorama legal característico de los reinos de la Corona de Aragón, pues, en Castilla imperaba, sin ninguna contradicción y como una de las principales características de su estilo judicial (25), la práctica de no motivar las sentencias, que aquí fue siempre alentada, desde luego, por las constantes disposiciones de la Monarquía favorecedoras del secreto.

Se buscará inútilmente –entre toda la masa del Derecho castellano– algún precepto que contenga una prohibición explícita de motivar, que probablemente no fuera necesaria (26). Era una cuestión de *estilo* (y éste, máxime en los tribunales superiores, *facit lex*), por más que respondiera a los designios de la Monarquía, que tuvo siempre en el secreto una de sus más importantes armas jurídico-políticas. Nos bastará con recordar ahora que la obligación de registrar los votos concurrentes a la formación de las sentencias en un libro *ad hoc* que pesaba sobre los jueces superiores, fue siempre acompañada de la expresa prohibición de argumentar el sentido del fallo: *syn poner cabsas y razones algunas de las que les mueven* (27).

La Monarquía hispánica se nos aparece así, ella misma, durante los siglos XVI y XVII –en toda su complejidad– como un magnífico exponente de la abigarrada situación europea en punto a la motivación de las decisiones judiciales, y ello tanto por lo que se refiere a la obligación misma cuanto al modo diverso como se configuró allá donde se impuso (lo que deberá ser tenido en cuenta para valorar el significado de la motivación en el Antiguo Régimen). Si echamos un vistazo a la situación coetánea (esto es, anterior al Setecientos) de los restantes territorios europeos, en efecto, observaremos que la disparidad es la única nota común –si así puede decirse– que tienen sus respectivos derechos (legales o no), aunque muy probablemente predomine la práctica o estilo de no motivar (en ningún caso resultante de una prohibición taxativa) frente a la obligación (legal) de expresar las causas o motivos de la decisión judicial (28). Así ocurría, p. ej., en Francia al

(24) En Aragón y Valencia, a petición de parte. Cfr. J. M. SCHOLZ: *Colecciones, cit.*, pp. 298 y siguientes.

(25) Para esto último, F. RANIERI: «El estilo judicial español y su influencia en la Europa del Antiguo Régimen», en *España y Europa, un pasado jurídico común*, Murcia, 1996, pp. 101-118.

(26) Y justamente por esto es posible que en determinados casos se procediese a la motivación de las sentencias, tal como detecta, en el Buenos Aires del siglo XVIII, A. LEVAGGI: «La fundamentación de las sentencias en el Derecho indiano», en *Revista de Historia del Derecho*, 6 (1978), pp. 45-73.

(27) R[real] P[rovisión] Medina del Campo, 24-3-1489 [=Ord. 1489, en *Libro de las Bulas y Pragmáticas de los Reyes Católicos* (Facs. de la ed. de Alcalá de Henares, 1503, con prefacio de A. GARCÍA GALLO y M. A. PÉREZ DE LA CANAL, Madrid, 1973), por donde se cita, con numeración ideal y correlativa de capítulos], cap. 14.

(28) Para todo lo que sigue, con carácter general, véase PH. GODDING: «Jurisprudence et motivation des sentences, du moyen âge à la fin du 18e siècle», en CII. PERELMAN et P. FORIERS, eds., *La*

menos desde el siglo XIV (y a despecho de las peticiones en contrario que se registraron en los siglos XVI y XVII) (29); y así ocurría también en los tribunales de los territorios italianos de la Monarquía: Milán, Nápoles, Sicilia; mientras que otros tan característicos como la *Ruota* florentina o la Rota romana tenían la obligación (que hasta la sanción oficial de Pío V nacía de la costumbre en el caso de la segunda) de expresar los motivos de sus decisiones (30), y de manera tan peculiar que ha llevado a G. Gorla a hablar de un *stilo rotale* de motivar (31).

Sea como fuere (y no hay exageración en decir que prácticamente cada caso era peculiar), todas estas soluciones eran de *Derecho propio* y, por tanto, prevalecían si eran divergentes frente al *Derecho común*.

Y lo eran (32). El Derecho común afirmó desde un primer momento como regla general la inconveniencia de motivar las sentencias y, en consecuencia, no consideraba obligatorio que los jueces expresaran la *causa* –tal era la formulación corriente– de sus decisiones (*exprimere causam in sententia*). El *Corpus iuris*,

motivation des décisions de justice, Bruxelles, 1978, pp. 37-67 (así como el ensayo de síntesis del primero, en pp. 415-426); J. LLOBELL TUSET: *Historia de la motivación de la sentencia canónica*, Zaragoza, 1985, pp. 17 y ss.; y sobre todo, el excelente trabajo de G. P. MASSETTO: «Sentenza (diritto intermedio)», en *Enciclopedia del diritto*, XLI, Milano, 1989, s.v., pp. 1200-1245, esp. 1224 y ss., así como los más específicos que se citan en las notas siguientes.

(29) Véase el trabajo clásico de T. SAUVEL: «Histoire du jugement motivé», en *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, LXXI (1955), pp. 5-53; así como J. P. ROYER: *Histoire de la justice en France, de la monarchie absolue à la République*, París, 1995, pp. 56-57, 103.

(30) Vid. ahora, por todos, M. ASCHERI: *Tribunali, giuristi e istituzioni dal medio evo all'età moderna*, Bolonia, 1989, pp. 55-183 y bibliogr. ibi cit.; G. DOLEZALEK: «Reports of the Rota (14 th.-19 th. centuries)», en J. H. BAKER, ed., *Judicial Records. Law Reports and the Growth of Case Law*, Berlín, 1989, pp. 69-99.

(31) Véase, entre otras aportaciones suyas que podrían citarse, «Sulla via dei "motivi" delle "sentenze": lacune e trappole», en *Diritto Comparato e Diritto Comune Europeo*, Milán, 1981, pp. 716-755; e *infra* n. 37.

(32) Así, expresamente, M. CORTIADA: *Decisiones Cancellarii et Sacri Regii Senatus Cathaloniae, sive praxis contentionum et competentiarum Regnorum inclytae Coronae Aragonum super reciproco in Laicos et Clericos Jurisdictione*, Lugduni, 1714, t. I, dec. XXIV («De sententia in causis contentionum inter Iudices Ecclesiasticos, et seculares Regios ordinarios», pp. 247-272), nn. 45-52: «Quod licet de jure communi Iudex non teneatur in sententia causam exprimere, communiter Doctores in cap. sicut per illum tex. de senten. & de re judicat. [...] Tamen in Cathalonia, tam Regius Senatus quàm alii Iudices inferiores tenentur exprimere rationes & ponere motiva in sententiis, quibus ad declarandum moventur, ita ut clarè liqueat in quo partium justitia constat [...]. Idem in Regno Aragonum [...] & i Regnis Valentiae, Sordiniae, & Majoricarum. Ideoque motiva sunt pars sententiae, & ab eis interpretationem recipiunt, illamque declarant, ut talis sit sententia, qualia sunt motiva [...] quae intellige in sententiis definitivis de quibus loquitur constit. 2. de sententis; secus in interlocutoriis [...]. Item intellige de definitivis priorum confirmatoriis, licèt ex noviter deductis confirmentur, ne detur occasio iterum supplicandi, tanquam à novis capitibus, & ne in una, & eadem causa plures supplicationes super meritis definitivae contingant [...] sed verius [...] esse in iudicis arbitrio nova apponere motiva, & ita praxim observare testantur [...] & tandem intellige in causis civilibus; secus in criminalibus, in quibus non solent apponi motiva in sententiis, vel provisionibus in Regio Concilio Cathaloniae, nec in aliis Curiis inferioribus [...]» (p. 254).

como es sabido, no proporcionaba al respecto ninguna orientación, pero una decretal de Inocencio III había consagrado la legitimidad de la decisión inmotivada *propter auctoritatem iudicariam praesumi debet* (33). Fundamentalmente sobre esta base, y obviamente para satisfacer sus propios intereses, los juristas construyeron una doctrina que recomendaba abiertamente ocultar la *causa* de las decisiones judiciales. La conveniencia (o el peso de las circunstancias) era la principal razón que aconsejaba actuar así:

«*Notissima est in iure conclusio, quod in sententia non est causa inserenda, alius enim fatuus esset iudex, qui id faceret, utpote, quia aperit viam suae ipsius impugnandae sententiae...*» (34).

Se trata de proteger la sentencia y amparar al juez frente al posible error de la causa. Como quiera que el magistrado está amparado en su autoridad al sentenciar por una *praesumptio iuris* sería *fatuus* aquel que se arriesgara a invalidar la sentencia (motivando un recurso en su contra y exponiéndose a ser convenido para juzgar de su responsabilidad) por haberse fundado –insertándola– en una *causa falsa*. Esta es la razón principal, de la cual derivan las restantes esgrimidas por los juristas para fundamentar la regla de la no motivación. Claro es que había excepciones relativas a ciertos supuestos, comúnmente admitidas, y desde luego hubo voces discordantes, que argumentaron a favor de expresar los motivos (35), pero lo que más nos importa aquí y ahora es buscar la razón última de la regla general: si todos sienten como un peligro claro la *causa falsa* es porque nadie tiene certeza acerca de la causa verdadera. Cualquiera que esté mínimamente familiarizado con el Derecho jurisprudencial del Antiguo Régimen convendrá en que la incerteza jurídica, como una de sus principales notas distintivas, dificultaba enormemente motivar las sentencias (al modo como hoy lo entendemos) (36). De hecho, allí donde se motivaba muy a menudo esta operación constituía un acto propio y separado de la sentencia o decisión (que el tribunal dictaba *a posteriori*, siguiendo un esquema no por casualidad muy similar al de la *quaestio* (37), y en

(33) X 2, 27, 16: *Sicut nobis* (1199). Cfr. LLOBELL TUSET: *Historia de la motivación*, cit., pp. 117 y ss.

(34) H. DE CAEVALLOS: *Practicarvm et variarvm quaestionvm communivm contra communes...*, Toledo, 1600, lib. 2, qu. 718 («*Vtrum in sententia excommunicationis omisio causa reddant nullam sententiam communis contra communem*», pp. 360-361). Cfr. MASSETTO: *Sentenza*, cit., página 1224, que debe consultarse para todo lo que sigue acerca de la doctrina jurídica.

(35) Cfr. CORTIADA: *Decisiones*, cit., dec. XXIV, y FONTANELLA: *Sacri Regii Senatus*, cit., dec. CCLXXXVII.

(36) Para el argumento, L. LOMBARDI: *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, rist.: Milano, 1975; A. CAVANNA: *Storia del diritto moderno in Europa. I. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1979.

(37) Que consistía en un resumen del proceso, dando cabida a la argumentación de ambas partes, con refutación de los argumentos de la vencida. Cfr. GORLA: *Sulla «via» dei motivi*, cit.

ocasiones era de carácter secreto o se hacía pública tan sólo a petición de parte; de suerte que la motivación cumplía casi siempre una función meramente *endoprocesal* (38).

Desde esta perspectiva, aparece claro que las disposiciones que imponen la motivación responden a razones concretas de política jurídica, que habrá que explicar en atención a las circunstancias jurídico-políticas de cada territorio (39), en principio las únicas capaces de impulsar a abandonar el muy seguro secreto que está en la lógica del *ius commune*, asumiendo los evidentes riesgos que comportaba la motivación. A falta de un estudio detenido de esta cuestión, la explicación no puede prescindir de la circunstancia de que frente a la Castilla absolutista imperasen en la Corona de Aragón regímenes políticos contractualistas, que por esto mismo se asentaban sobre la base del respeto al Derecho regnícola o tradicional (integrado en el marco del Derecho común) y, en consecuencia, situaban el argumento político prevalente no en el secreto sino en una publicidad capaz de mostrar el cumplimiento de los órdenes de prelación que así lo fijaban. Es muy significativo, en este sentido, que la motivación no alcanzase a las sentencias de los pleitos criminales.

Eran excepciones en el panorama europeo. Como decíamos, la lógica propia del Derecho común conducía a la no motivación, que justamente por ello era la regla general. Esto no significa que allí donde prevaleció faltara cualquier tipo de garantía y reinase incluso formalmente el más puro arbitrio; significa tan sólo que los particulares podían tener otras garantías distintas y más apropiadas a un derecho jurisprudencial y no legal como era el *ius commune*. Allí donde se impuso, en efecto, la regla de la no motivación propició la formación de un conjunto de mecanismos institucionales, con toda probabilidad dependientes en su detalle de las circunstancias jurídico-políticas peculiares del lugar, pero en todo caso apropiados a garantizar la justicia de las decisiones judiciales inmotivadas. Es muy importante resaltar esta idea, porque más que cada una de sus piezas aisladamente considerada, importa el resultado final de su ensamblaje, en la medida que sirviera para caracterizar una cierta manera de administrar la justicia. Así ocurrió al menos en Castilla, donde la inveterada práctica de no motivar las sentencias determinó desde la Baja Edad Media la formación de un modelo jurisdiccional peculiar, que concentraba la garantía en la persona –y no en la decisión– del juez, tal como consagraron los Reyes Católicos en las Ordenanzas dictadas para la Chancillería de Valladolid en 1489 (40).

(38) Cfr. M. TARUFFO: «L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo», en *La formazione storica del Diritto moderno in Europa*, Firenze, 1977, II, pp. 599-633.

(39) Tal como ha ensayado M. ASCHERI para Florencia: «Firenze dalla Repubblica al Principato: la motivazione della sentenza e l'edizione delle Pandette», en su *Tribunali, cit.*, pp. 55-83.

(40) Véase para esto y todo lo que sigue, C. GARRIGA: *La Audiencia y las Chancillerías castellanas (1371-1525). Historia política, régimen jurídico y práctica institucional*, Madrid, 1994.

En Castilla, la persona de los jueces debía ser, en efecto, la encarnación rutilante de la justicia real: los jueces, y especialmente los jueces supremos, que actuaban *como si* fueran el rey y habían de servir de ejemplo a los inferiores, se comprometían mediante juramento –y naturalmente, esa era la idea, arriesgaban al hacerlo la salvación de su alma inmortal– a guardar las Ordenanzas, asegurando también –como el ldo. Juan García de Haro, oidor de la Chancillería de Valladolid, en 1499– «que no bibiría con caballero nin señor nin otra persona alguna, nin lleuaria acostamiento nin quitaçión alguna dellos, nin reçibiría presente nin dádiba nin otra cosa alguna de ninguna persona que fuese pleyteante nin truxiese pleyto en la dicha Avdiencia o esperase de lo traer» (41). Si la justicia no figuraba objetivada en el fallo, debía manifestarse en la conducta de sus artífices, los jueces, que de este modo vivían condenados por razón de su oficio a representar sin descanso el papel de Astrea en el teatro de la vida. A falta de la ley, el juez era la imagen viva de la justicia.

O debía serlo. Alcanzar este objetivo no era empresa fácil en una sociedad que no estaba formada por individuos libres e iguales, sino vinculados –ha llegado a decirse– mediante un «sistema de gracias generativas de obligaciones singularmente libres y conjuntamente vinculantes»; «una sociedad de familias varias, de las consanguíneas a las religiosas pasando por las mercantiles, con sus propios mecanismos básicos de compulsión y composición»; una sociedad, en suma, de patronazgos y clientelas, trabada de relaciones que a menudo resultaban ser incluso más vinculantes que las obligaciones jurídicas (42). El juez, que por razón de su oficio tenía un extraordinario poder en una sociedad tan inevitablemente litigiosa como aquella, debía resistir –como había jurado– la tendencia natural y escapar a las ceremonias y los ritos del orden social, manteniéndose firme, hierático, cauteloso, hirsuto, circunspecto, silencioso...

No era retórica. Este objetivo fue desde un primer momento perseguido con verdadero ahínco por la Monarquía, que para ello articuló un conjunto muy severo de prohibiciones y aplicó con rigor (desigual, según las épocas) una política judicial claramente favorecedora de la ajénidad social de los magistrados.

Los jueces, que por principio no eran naturales de sus distritos, no debían entablar en ellos ninguna relación económica que fuera más allá de la estrictamente necesaria para el sustento de su casa (43). De hecho, la retribución que

(41) Archivo de la Chancillería de Valladolid, Libro del Acuerdo I. f.110rv.

(42) Por todos, B. CLAVERO: *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*. Milano, 1991: las citas en pp. 189 y 193-194.

(43) Y en contra de la doctrina tradicional: *cfr.* G. LÓPEZ: en su glosa *Juez cualquier a Partidas 5.5.5* (que citamos por la ed. de 1555), así como las referencias de las dos notas siguientes; y en general, C. GARRIGA: «Observaciones sobre el estudio de las Chancillerías y Audiencias castellanas (siglos XVI-XVII)», en *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, a cura di B. CLAVERO, P. GROSSI, F. TOMÁS Y VALIENTE, Milano, 1990. II, pp. 757-803, pp. 777 y ss., y la bibliogr. *ibi cit.*

percibían no buscaba tanto remunerar el servicio real cuanto erradicar de su alma la *codicia mala*, concebida —en palabras de Castillo de Bovadilla— como un «desordenado amor de bienes temporales» (44); esto era, evitar que para asegurar su adecuado mantenimiento pudiesen granjearse cualquier beneficio al margen del salario (45). La avaricia, el peor de los pecados, no sólo daba lugar en el juez a los delitos más graves que podía cometer en su oficio, el cohecho y la baratería (*i. e.*, la venta de la justicia por precio), sino que además lo exponía a contactos perniciosos e inconvenientes para la buena administración de la justicia.

Por esto mismo, los jueces debían mantenerse ajenos a cualquier tipo de relaciones sociales allende los muros de la casa de la Audiencia (donde para favorecer esta actitud en ocasiones se les procuraba vivienda). Hoy resulta difícil concebir —o tomar en serio— hasta qué extremos se llevaron estas prohibiciones, y el rigor con que por momentos se aplicaron las sanciones *ipso iure* resultantes de su incumplimiento: nada de visitas, cortesías, amistades, bodas, juegos, banquetes, charlas, bautizos, reuniones... (46). Como en texto celeberrimo dijo, no sin asombro, el noble don Diego Hurtado de Mendoza, hablando de los letrados: éstos eran «gente media entre los grandes y pequeños, sin ofensa de los unos ni de los otros: cuya profesión eran letras legales, comedimiento, secreto, verdad, vida llana y sin corrupción de costumbres; no visitar, no recibir dones, no profesar estrechez de amistades, no vestir, ni gastar suntuosamente; blandura y humanidad en su trato, juntarse a horas señaladas para oír causas, o para determinarlas, y tratar del bien público» (47). Así era, o debía ser. Sanciones aparte, hay numerosos ejemplos de remociones y traslados a otros tribunales motivados simplemente por las vinculaciones adquiridas a veces como consecuencia del mero transcurso del tiempo. Tanto daba: como la mujer del César, el juez no sólo tenía que ser imparcial, sino que además había de parecerlo. La idea fue muy bien expresada, no sin ironía, por el ldo. León, alcalde de la Chancillería de Granada, ya en 1522: «los jueces no hemos de tener conversación con nadie, sino yr a juzgar y en acabando sobirnos al çielo» (48).

(44) J. CASTILLO DE BOVADILLA: *Política para corregidores y señores de vassallos, en tiempo de paz, y de guerra*, Amberes, 1704; ed. facs., Madrid, 1978, lib. II, cap. 12, nn. 34 y ss. (I, pp. 563 y ss.)

(45) J. B. LARREA: *Allegationvm Fiscalium*, Lugduni, 1665, alleg. CIV: «Si salaria aliquo modo minuerentur, uel non sufficerent Magistratibus, an posset aliquo modo negotiatio et mercatura eis permitti» (II, pp. 133-135).

(46) Por lo tardío, es sumamente ilustrativo el tratamiento de L. DOU Y BASSOLS: *Instituciones del Derecho público general de España...*, II, Madrid, 1802, lib. I, tit. VIII, cap. VIII, sec. II (pp. 4 ss.)

(47) *Guerra de Granada*, Ed., intr. y notas de B. BLANCO GONZÁLEZ: Madrid, 1976, pp. 105-106. Aparte de los trabajos ya citados y de las numerosas disposiciones prohibitivas recogidas en la Nueva Recopilación y en las Ordenanzas de los tribunales, véase para esto, R. L. KAGAN: *Pleitos y pleiteantes en Castilla, 1500-1700* (trad. de M. Moreno), Salamanca, 1991, pp. 163 y ss.

(48) *Apud* GARRIGA: *La Audiencia*, p. 287.

Y así se pretendía, en efecto. Cualquier otro comportamiento podía quebrar la imagen imparcial de los jueces y, por tanto, socavar la confianza de las gentes en la justicia. Esto era especialmente importante cuando actuaban el oficio, ya fuera en su casa, recibiendo las informaciones del hecho y el derecho de los pleitos que hacían los abogados, ya en la casa de la Audiencia, y entonces tanto públicamente en los estrados como al amparo del secreto que reinaba en el acuerdo: allí debían exhibir toda su autoridad, aquí guardar el mayor secreto (para que la decisión adoptada en conciencia se beneficiase de la confianza de los particulares).

En los estrados los jueces debían mostrarse rectos y severos, actuando «con toda gravedad conforme a lo que representan» (la autoridad real), prestando atención a la vista de los pleitos o las peticiones de las partes y eludiendo todo lo posible entrar a debatir con los abogados el derecho de sus patrocinados, «porque no se colijan los votos dellos» (49). Este punto era importante, y fue objeto de numerosas reconvenciones: bajo ningún concepto debían los magistrados descubrir su ánimo a las partes del pleito, haciendo públicos de facto e inopinadamente sus votos (50).

Retirados al acuerdo los jueces del pleito –y sólo ellos–, tres votos conformes de toda conformidad bastaban para sentenciar en definitiva cualquier pleito, en el bien entendido de que los votos debían pronunciarse nudos, «sin decir palabras, ni mostrar voluntad de persuadir a otros, que le sigan», esto es, evitando en lo posible argumentar las causas y razones: al menos en la intención, la justicia no resultaba de la deliberación del colegio, sino que era fruto de la espontánea concurrencia de tres jueces en una misma solución (51). Justamente por ello, no había ningún inconveniente en que los magistrados de cualquier modo impedidos o ausentes votasen por escrito, bajo un riguroso secreto, contribuyendo así a la formación de la voluntad del órgano. No era algo excepcional: la extraordinaria lentitud de la justicia unida a la notable movilidad imperante entre los magistrados (imprescindible para evitar su arraigo, y aun sin contar las múltiples comisiones

(49) *Apud* GARRIGA: *La Audiencia*, pp. 209, 378-379, 458.

(50) *N[ueva] R[ecopilación]* 2.4.36, 2.5.6. *Cfr.*, p. ej., LARREA: *Allegationvm, cit., alleg.* CXVIII, n. 18: «magistratibus secretum iniunctum suffragiorum, vt non reuelent ea, quae a iudicibus de causa, aut animi sui motu censerit» (II, p. 212).

(51) «Ansimismo mando à vos el dicho mi Presidente, que digais a los dichos nuestros Oydores, que [...] parece que en los Acuerdos, [...] algunos de ellos, muestran que les pesa, si los otros no los siguen en sus votos; y aun se preguntan con porfia, que responderan a tal, y tal fundamento, que no se ha de entender, ò que no se entiende como los otros lo dicen; y que esto no es bien que se haga, ni diga, que es muy vedado a todo juez, y dà causa a juzgar los negocios con passion, de que se recrescen inconvenientes, que de aqui adelante cada uno diga su voto libremente, sin decir palabras, ni mostrar voluntad de persuadir à otros, que le sigan, y que tengan silencio, y no atraviessen, ni atajen al que votare» (RC Toledo, 5-9-1525, *Recopilación de las Ordenanzas de la Real Audiencia, y Chancillería ... de Valladolid*, Valladolid, 1765, ff. 214r-223r, cap. 73; NR 2.4.18, 33 y 2.5.45; GARRIGA, *La Audiencia*, pp. 388 y ss.). *Cfr.* J. SOLÓRZANO PEREIRA: «Papel político, con lugares de buenas letras, sobre la variedad de los dictámenes de los hombres, asi en el juzgar, como en el discutir, a cerca de cualquier cosa», en *Obras varias posthumas del doctor...*, Madrid, 1766, pp. 201-208.

particulares que por lo común acumulaban) hacían de la votación por escrito un expediente imprescindible para que no se paralizara la maquinaria judicial. Muy pronto se llegó a admitir como válidos los votos que hubieren dejado por escrito los oidores muertos, regulándose incluso con cierto detalle la forma como debían registrarse sus escritorios y las condiciones en que debían ser abiertos (e inmediatamente después de utilizados, claro está, rotos o quemados) (52).

Al cabo, la justicia era una cuestión de cantidad: tanta justicia tienes como votos recibe tu causa. Como decía el lcedo. Villena, al poco de implantado este régimen (c. 1498), *por vn voto se quita la asyenda a vno o se da o dexa a otro* (53).

Un sistema de justicia tan frágil como éste exige mantener en secreto todo el andamiaje de la decisión, no sólo mediante el compromiso –adquirido mediante juramento y consiguientemente amparado por la *poena falsi*– de no revelar jamás y bajo ningún concepto el contenido de las deliberaciones (54) (excepción hecha, llegado el caso, de la persona del rey o su comisario, el visitador, que para esto solía recibir una autorización especial), sino también ocultando la eventual y –como es fácil suponer, tratándose de un derecho tan incierto como aquél– sumamente frecuente diversidad de votos (55). Una vez redactada, en efecto, la sentencia había de ser firmada por todos quienes concurrieron a su formación, aunque no estuviesen conformes con el resultado de la votación, para crear así una apariencia de unanimidad que se tiene por fundamental para la credibilidad de la justicia (56); tras esto, como ya se dijo, los votos eran registrados en un libro, brevemente, «sin poner causas, y razones algunas de las que les mouio à votar» (57). Nada de cuanto haya ocurrido en el Acuerdo debe trascender, todo ha de quedar oculto bajo el velo de la unanimidad (58). Esto último es de todo punto fundamental para mantener en secreto el voto de cada cual (y preservar, por tanto, *ad futurum*, su imagen de juez recto).

(52) Vid. GARRIGA: *La Audiencia*, pp. 391 y ss.; y, en general, A. M. HESPANHA: *Visperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo xvii)*, trad. esp. F. BOUZA, Madrid, 1989, pp. 227-228.

(53) *Apud* GARRIGA: *La Audiencia*, p. 433.

(54) Que además recibió en 1594 el beneficio de un régimen de prueba muy privilegiado: NR 2.5.82; extensamente comentada por A. NARBONA: *Commentaria in tertiam partem nouae Recopilationis legum Hispaniae*,..., Toletí, 1624, pp. 230-260.

(55) Así describe el trámite F. A. DE ELIZONDO: en su *Práctica universal forense de los Tribunales de España, y de las Indias*, 10 vols. (Madrid, 1793), V, pp. 280-281: «y dando principio á la votacion el mas moderno [...], sin hacer ostension de sabios, explicando sencillamente su dictamen con libertad, y brevedad, sin fundarle en sutilezas, y sí en ley, u opinion mas común, separándose de su voto, y retractandole aquel, que hallase, despues de oír a los demás, juzgaron estos mejor, sin discordar jamas por capricho, ó preocupacion, ni atender a lo que saldra resuelto; y sí solo a lo que dicte á cada uno su conciencia: guardando profundamente el secreto, que se jura al ingreso de la Magistratura, segun lo exigen las leyes, y las ordenanzas».

(56) Ord. 1489, cap. 15, refundida con otras en NR 2.5.41; *vid.* también 26 y 2.7.6.

(57) Ord. 1489, cap. 14, en la versión de NR 2.5.42.

(58) GARRIGA: *La Audiencia*, p. 387. La sentencia debe ser leída públicamente en los estrados por los magistrados que la dictaron personalmente, para mayor autoridad.

Así pues, completamente ignotos los motivos de la decisión, la justicia ha de resultar *erga omnes* de la conducta exquisitamente imparcial de los jueces antes de la decisión, que se prolonga en la apariencia de unanimidad creada mediante la firma de la sentencia por todos tras su adopción (pero no nunca de la decisión misma). Un comportamiento distinto en cualquier sentido a lo largo del proceso puede quebrar la confianza del pleiteante y atentar contra la imagen de la justicia, frustrando la consecución del efecto deseado.

Un modelo jurisdiccional tan frágil como éste, que todo lo fía a la apariencia, manifiesta en la conducta de un grupo muy reducido de magistrados, sólo puede funcionar al precio de ser muy generoso en el establecimiento de garantías para los particulares y sumamente riguroso en la articulación de los mecanismos de control precisos para asegurar el comportamiento adecuado. Si a pesar de éstos los magistrados quiebran la imagen de la justicia, entonces las garantías deben servir para dar cauce a la desconfianza de los pleiteantes. La más importante de ellas era la recusación. Con toda lógica, la doctrina agrupa aquí –como garantías– la recusación y la apelación, íntimamente unida a la cual (como ahora diremos) se encuentra la responsabilidad judicial: «Duo sunt contra iudicij improbitatem remedia. Ante sententiam recusatio. Post sententiam appellatio: Iudex enim ob gravamina jam illata non recusatur, sed ab eo appellandum est» (59). Si bien se mira, la apelación era ante todo e inevitablemente considerada como un ataque a la persona (y no sólo a la decisión) del juez, y vivía entreverada o confundida por ello con la responsabilidad común. De hecho, la responsabilidad del *iudex iniuste iudicans* –muy generosamente contemplada, en los términos del Derecho romano-canónico, por las Partidas– se hace depender directamente de la declaración de la injusticia de su juicio (60). El problema era distinto en el caso de los tribunales supremos, que justamente por su condición de tales concluían ordinariamente (sin ulterior recurso) los pleitos y estaban por ello exentos de responsabilidad culposa (esto es, de la civil que no derivase de delito: las llamadas demandas de mal juzgado por impericia) (61). De aquí la extraordinaria importancia que adquirió en

(59) CRESPI DE VALDAURA: *Observationes illustratae decisionibus Sacri Supremi Regii Aragonum Consilii, Supremi Consilii S. Cruciatæ, et Regiæ Audientiae Valentinae*. Lugduni, 1677. p. I, observatio X (pp. 147-156), § II, n. 33 (p. 155), que añade: «Atque hæc duo æquiparari solent, ut in cap. super eo 12. de appellationibus, ubi licet de Jure Canonico posse ante sententiam appellari dicatur: id tamen intelligitur cum rationabili causa».

(60) Vid. C. GARRIGA: «Control y disciplina de los oficiales públicos en Castilla: La visita del Ordenamiento de Toledo (1480)», en *Anuario de Historia del Derecho Español (=AHDE)*. LXI (1991), pp. 215-390, esp. epígr. 5 y 9, n. 119.

(61) Cfr. CASTILLO DE BOVADILLA: *Política para corregidores*, lib. V, cap. 3, nn. 55-65, donde debate y resuelve la cuestión «Si contra Presidentes y Oidores de las Audiencias Reales, se admitirán demandas de mal juzgado por impericia, ó por ignorancia» (II, pp. 548-550); así como C. GARRIGA: «La expansión de la visita castellana a Indias: presupuestos, alcance y significado», en prensa (a publicar en las Actas del XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho indiano), para una explicación del régimen, en este punto irregular, de los oidores de las Audiencias indianas.

las instancias supremas la recusación, y la novedosa función que tuvieron que soportar en ellas los procedimientos de control, y singularmente la visita (62). En última instancia, la justicia dependía del riguroso cumplimiento del régimen de los oficios, de modo que la disciplina y el control aparecían como la única forma de garantizar la rectitud de los jueces superiores en el ejercicio de los mismos.

Bien podría decirse que la justicia era una justicia de hombres y no una justicia de leyes. Como ha podido observarse, en efecto, la clave del modelo jurisdiccional castellano reside en la persona y no en la decisión de los jueces, máxime si de los integrantes de los tribunales supremos se trata, que una poderosa corriente doctrinal entendía que podían juzgar en conciencia, *praeter allegata et probata*, pues no en vano «representan la persona Real, y como el Rey juzgan segun Dios en la tierra, la verdad sabida, y por presunciones, aunque no concluyan, y segun les dicta su conciencia, y pueden exceder de las leyes» (y es muy probable que así sucediera a menudo en la práctica) (63). No es sorprendente, por esto, el espléndido desarrollo de la literatura dedicada a glosar la figura del *iudex perfectus*, que obviamente era un dechado de virtudes morales, cuyo sentido último estamos ahora en condiciones de valorar adecuadamente. Gabriel Alvarez de Nolasco, p. ej., publicaba a mediados del siglo xvii una obra de este género que, tomando como modelo a Cristo Jesús, desarrollaba ampliamente este tópico («Hunc oportet esse gravem, sanctum, severum, incorruptum, inaludabilem, contraque improbos nocentesque in misericordem atque inexorabilem, erectumque et arduum, et potentem, vi et maiestate aequitatis veritatisque terrificum») (64), desglosándolo en otras tantas calidades o virtudes del buen juez (65). En último término, todos lo sabían, ésta era la única garantía en verdad posible (66).

El modelo jurisdiccional castellano no era, así pues, un orden de legalidad y sólo podía ofrecer a los litigantes una garantía moral (67). Aquí radica justamente

(62) C. GARRIGA: *Génesis y formación histórica de las visitas a las Chancillerías castellanas (1484-1554)* (Universidad de Salamanca, 1989), pp. 945-954 (para la recusación).

(63) ¿Cómo motivar estas sentencias? CASTILLO DE BOVADILLA: *Politica para corregidores*, lib. 5, cap. 3, n. 58 (II, p. 549); *cfr.* GARRIGA: *La Audiencia*, pp. 388-389, y la bibliogr. *ibi cit.*

(64) J. SPIEGEL: *Lexicon juris civilis*, Lugduni, 1541, p. 266 (citado por R. AJELLO: *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli 1976, p. 343).

(65) G. ALVAREZ DE VELASCO: *Iudex perfectus sev de iudice perfecto Christo lesv domino nostro vnice perfecto, vivorum et mortuorum iudici dicatvs*, Lugduni, 1662, con las siguientes rúbricas: I. Forma Virginali; II. Aspectu vehementi et formidabili; III. Luminibus oculorum acribus; IV. Neque hominis neque atrocis; V. Sed reuerendae cuiusdam tristitiae dignitate; VI. Grauen; VII. Sanctum; VIII. Seuerum; IX. Incorruptum; X. Inaludabilem; XI. Contraque improbos, nocentesque in misericordem; XII. Inexorabilem, Erectum et Arduum; XIII. Potentem vi et Maiestate; XIV. Aequitatis, veritatisque Terrificum; XV. Librorum cumulo circumstante.

(66) «La sentenza è, insomma, motum animi, e nell'animo del magistrato è l'unica garanzia di legalità offerta del ordinamento» (AJELLO: *Arcana juris, cit.*, pp. 338 y ss., que es fundamental para este argumento; la cita en p. 341).

(67) Para todo ello, y este calificativo, P. L. ROVITO: *Respublica dei togati. Giuristi e società nella Napoli del Seicento*, vol. I, *Le garanzie giuridiche*, Napoli, 1981, *passim*, pero esp. pp. 348 y ss.

su razón de ser. Traducido al plano institucional, esto significa que la sentencia no tiene vida propia: no es más que un fallo, que no se explica a sí mismo y depende en todo de sus jueces. De ahí que éstos, los jueces, deban ser apartados del pleito (mediante la recusación) o sancionados e incluso removidos del oficio (en trámite de responsabilidad) si atentan (con una conducta moralmente reprobable) contra la autoridad e imparcialidad de la justicia.

Con toda su complejidad, este modelo es, como tal, plenamente coherente hasta en sus últimos pormenores. Las reglas que integran el régimen jurídico de la justicia en Castilla se hallan de tal modo imbricadas que el quebrantamiento de cualquiera de ellas bastaba para poner en peligro la consecución del resultado pretendido, es a saber, la justicia aparente de la decisión. Por supuesto, esto no significa que los elementos componentes de este modelo fueran radicalmente originales, pero sí que fueron ensamblados de un modo peculiar y en buena medida incompatible con la motivación de las sentencias. Como a este propósito dijo el muy ortodoxo don Juan de Palafox y Mendoza, *el secreto en los tribunales es en lo que consiste su mayor autoridad y dezensia* (68). Aunque no sepamos que hayan sido estudiadas desde esta perspectiva, las cosas no podían ser igual en la Corona de Aragón, y de hecho –hasta donde se sabe– no lo eran: así, p. ej., en las Audiencias de sus reinos no se consideraba necesario mantener el secreto de los votos antes de la sentencia (69), que en Castilla era un extremo de todo punto capital (70), y en cambio se consideraba inaceptable la admisión de votos por escrito, que en Castilla circulaban como moneda corriente (71). Si bien se mira, ambas medidas eran perfectamente coherentes con la motivación de las decisiones, e incompatibles, por tanto, con el secreto. Posiblemente sea exagerado decir que la causa eficiente de la peculiar configuración del modelo jurisdiccional castellano sea la no motivación de las sentencias, pero es evidente que aquél resulta plenamente coherente con esta práctica. Es muy ilustrativa, en este sentido, la historia de las vicisitudes que atravesó la Audiencia de Cataluña en el siglo XVIII: conservando la mayor parte de su

(68) Carta a SM, Puebla de los Ángeles, 4-6-1641, en Biblioteca Nacional (Madrid), ms. 12697 (Correspondencia de don Juan de Palafox y Mendoza, obispo de Puebla de los Ángeles y visitador de la Nueva España), Quaderno 2, ff. 55v-59r. Cfr. C. GARRIGA: «La visita y el gobierno de la justicia en Indias (siglos XVI-XVII)», en prensa, a publicar en *Jahrbuch für Geschichte von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas*. En el mismo sentido, p. ej. (y hay muchos), se dirigía Felipe V al Consejo Real, el 24-2-1701: «y porque el secreto es el alma de las resoluciones, en cargo, y mando se observe religiosamente en quanto se tratáre, y resolviere» (*apud* ELIZONDO: *Práctica Universal Forense. cit.*, parte I, cap. IX, pp. 144-145).

(69) FONTANELLA: *Sacri Regii Senatvs. cit.*, dec. IX: «De quibusdam suspicionibus, quam constitutiones nostrae non admittunt. Et signantes de ea, quae versatur circa proprolatione voti, ad interpretationem const. 11 tit. de recusa. om. iudi». (pp. 24-27).

(70) Uno de los motivos más justos de recusación, decía LARREA, *Allegationvm. cit.*, alleg. CXVIII, n. 5 (II, p. 209).

(71) Cfr. la interesantísima *Observatio X* de CRESPI DE VALDAURA: «De absentium voto non admittendo, tam a jure communi, quam a nostro» (*Observationes. cit.*, p. I, pp. 147-156).

régimen tradicional (y desde luego la motivación de las sentencias) tras y en virtud del Decreto de Nueva Planta, el mayor peso que desde entonces tuvieron en su seno los magistrados castellanos favoreció el paulatino, pero incesante desplazamiento de los modos propios de aquél en beneficio de las prácticas provenientes de Castilla. Cuando en 1736, a instancias de estos magistrados, se prohibió a la Audiencia de Cataluña la motivación de sus sentencias, la implantación del modelo jurisdiccional castellano *in totum* era ya irreversible. Las Ordenanzas dictadas poco después, en 1741, eran un trasplante literal –y, en rigor, contrario al Decreto de Nueva Planta– de aquel modelo (en la que probablemente fuera, además, por ser tan tardía, su presentación más acabada) (72).

Este modelo, en fin, que tras su imposición a la Audiencia y demás jueces de Mallorca por Carlos III en 1768 puede ser justamente calificado de español, figura recogido todavía –como no podía ser menos– en la Novísima Recopilación de las Leyes de España, de modo que llegó incólume al siglo XIX, y fue, en consecuencia, la herencia judicial que el Antiguo Régimen legó al régimen liberal.

Era un caos. Que el modelo jurisdiccional cuyas líneas maestras hemos resumido fuera coherente significa que no podía cambiar sustancialmente desde sus mismos presupuestos, pero no, ni mucho menos, que fuese además racional y estuviese ordenado. Como el Derecho y todo el entramado institucional del Antiguo Régimen, el aparato jurisdiccional era una formación de aluvión, una y mil veces reformado en sus detalles, pero nunca propiamente refundado. Privilegios anacrónicos, ceremoniales pesados, reglas absurdas...: así lo veían (porque así lo sufrían) los hombres del Setecientos. La crítica de la justicia fue, ya se sabe, uno de los motivos favoritos del pensamiento ilustrado también en España (73). Sin embargo, nuestros «filósofos» no llegaron a explicitar en sus escritos un modelo alternativo. Aunque los más lúcidos criticaron con agudeza el caos de las opiniones, que tornaba ilusoria cualquier pretensión de certeza jurídica, no parece que la motivación de las sentencias estuviera entre sus más perentorias aspiraciones (74).

No hay de qué sorprenderse, si no olvidamos que otro tanto ocurrió en Francia, donde con muy buena voluntad pueden llegar a espigarse un par de breves citas, y

(72) Para todo esto, véase GARRIGA: *Las Ordenanzas de la Real Audiencia de Cataluña (1741)*, cit., pp. 387-393.

(73) Véanse: F. TOMAS Y VALIENTE: *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVIII)*, Madrid, 1969, pp. 93 y ss.; M. P. ALONSO ROMERO: *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, 1982, pp. 317 y ss.

(74) Así, muy notablemente, J. F. DE CASTRO: *Discursos críticos sobre las leyes y sus interpretes, en que se demuestra la incertidumbre de éstos, y la necesidad de un nuevo, y metódico Cuerpo de Derecho, para la recta administración de justicia*, II, Madrid, 1765, esp. lib. III, disc. IV y V. Cfr. J.-H. SCHOLZ: «De camino hacia el templo de la verdad. La crítica de la justicia en el siglo XVIII español», en *Mayans y la Ilustración. Simposio Internacional en el Bicentenario de la muerte de Gregorio Mayans*, Valencia, 1981, II, pp. 573-609.

no más, interesantes a la cuestión en las obras todas de los padres fundadores (75). Y sin embargo, la lógica del régimen de la ley (*l'avènement de la loi*, evocado por Michelet) llevó, tras la Revolución, al establecimiento fulgurante de la obligación de motivar las sentencias (76). Todo había cambiado.

¿Y aquí? ¿Por qué no pudo ocurrir lo mismo en la España de 1812?

III.1

En 1835, el diputado Porret puso en conocimiento del Estamento de Procuradores al que por entonces pertenecía que «durante los tres años que fuí juez de primera instancia en el partido de Figueras en la época constitucional, motivé siempre las sentencias cuando se trataba de objetos de importancia ó de complicada discusión» (77). Una lectura apresurada de este testimonio podría llevarnos a afirmar que nuestro primer constitucionalismo rompió con la antigua práctica castellana, que había dado lugar a la prohibición de 1768. No obstante, observe el lector que el diputado Porret puntualizó que el juez Porret *solía* motivar cuando *consideraba* que el asunto lo merecía. Al juez constitucional le pareció que el advenimiento de unos nuevos tiempos le obligaba a cambiar la antigua práctica, pero de sus propias palabras se puede deducir que su actividad no fue consecuencia de imposición alguna.

De hecho, de los textos normativos que integran el complejo constitucional doceañista se desprende que ni al constituyente, ni al legislador ordinario, les preocupó lo más mínimo hacer modificaciones en la situación heredada. La Constitución sólo indicó que se motivaran los autos de prisión (78), sin hacer referencia alguna a otras decisiones judiciales, incluidas, por supuesto, las sentencias de jueces y tribunales. Podría pensarse que nuestro primer constituyente creyó que el texto de la primera norma no era el lugar indicado para tratar del tema, pero no fue así; tenemos datos suficientes para documentar el rechazo al cambio: antes de que se promulgara y jurara la Constitución, el diputado Cea quiso forzar a las

(75) Además de los trabajos citados de SAUVEL, TARUFFO (que hace de esto su argumento) y MASSETTO, puede consultarse, más que nada para el contexto, CH. PERELMAN: *La lógica jurídica y la nueva retórica* (trad. de LUIS DíEZ-PICAZO; Madrid, 1979), pp. 201 y ss.

(76) Aparte de los citados, y en un contexto mucho más amplio, J. P. DAWSON: *The Oracles of the Law*, Connecticut, 1978, esp. pp. 375 y ss.

(77) *Diario de Sesiones de las Cortes* (DSC). *Estamento de Procuradores* (EP), sesión (s.) 12-1-1835.

(78) Art. 293: «Si se resolviere que al arrestado se le ponga en la cárcel, o que permanezca en ella en calidad de preso, se le proveerá auto motivado, y de él se entregará copia al alcaide, para que la inserte en el libro de presos, sin cuyo requisito no admitirá el alcaide a ningún preso en calidad de tal, bajo la más estrecha responsabilidad». Manejamos la edición de las Constituciones españolas realizada por J. DE ESTEBAN: *Las Constituciones de España*, Madrid, 1982 (reimpr. 1983).

Constituyentes a que se declarase obligatorio como punto general la motivación de sentencias (79). O lo que es igual: para Cea, nuestro 1811 podía identificarse con el 1790 francés, y lo demostró en su proposición (80), de la que se infería claramente una novedosa concepción de la ley (81).

Interesa resaltar que la propuesta de Cea quedó en vía muerta (82). La dejadez de nuestros primeros constituyentes –la expresión es intencionada– sorprende, porque no sólo no se adoptó, en el sentido que fuese, una decisión expresa, sino que ni tan siquiera tuvieron a bien las Cortes discutir concretamente la propuesta de uno de sus diputados. Ahora bien, ¿esto significa que en el modelo constitucional gaditano no existiera un espacio donde asentar el famoso axioma del sometimiento del juez a la ley?; o mejor, antes de hablar de sujeciones, ¿cabía en aquel modelo la comprensión revolucionaria de la ley?

Una rápida lectura de los textos normativos doceañistas podría llevar a pensar en la formulación de un nuevo concepto de legalidad, desconocido hasta entonces. Desde el *Discurso preliminar* (83) al proyecto de Código Civil de 1821,

(79) D. JOSÉ DE CEA, diputado suplente por el reino de Córdoba, presentó un proyecto de decreto a las Cortes relativo a precisar a los magistrados a fundar sus sentencias. Se leyó y pasó a la comisión de justicia. DSC, s. 31-3-1811. Antes de que se constituyesen las Generales y Extraordinarias, en el proceso que desencadenó la consulta al país, encontramos peticiones similares: cfr. el informe del Ayuntamiento de Palma (20-9-1809), reproducido en *Cortes de Cádiz. I: Informes oficiales sobre Cortes. Baleares* (estudio preliminar y notas de F. SUÁREZ), Pamplona, 1967, p. 201.

(80) «Para evitar todo resentimiento, agravio ó queja de los litigantes contra los tribunales, las Cortes generales y extraordinarias por ahora, y sin perjuicio de lo que se establezca en adelante, deseando quitar á la malicia, fraude y arbitrariedad todo pretexto, y asegurar en el público la exactitud, celo y escrupulosidad de los magistrados, han venido en decretar que en toda decisión, ya pertenezca á lo principal de la causa, y á algún incidente, dada por cualquiera de los tribunales civiles, militares ó eclesiásticos, en quienes residan legítimamente facultades para decidir, se expongan las razones, causas y fundamentos en que se apoyan; y mandan para desviar enteramente el arbitrio judicial y toda sospecha, que las decisiones se funden, no sobre la nuda autoridad de los doctores, que con sus opiniones han alterado el derecho, constituyendo lo incierto y arbitrario, sino sobre el texto expreso de las leyes, ordenanzas ó estatutos; y cuando no se encuentre ley expresa para el caso, acudan á VM para la interpretación ó extensión, y así se cumpla y ejecute con derogacion de cuanto sea contrario á este decreto». *Ibid.*

(81) La proposición de Cea, junto con otras (de ellas da cuenta la comisión en su informe. Cfr. DSC, s. 19-4-1811) abocó a la comisión de justicia de las Cortes a la redacción de un proyecto de Reglamento (definido por la comisión como «Reglamento para que las causas criminales tengan un curso más expedito, no padezcan los reos más de lo justo, y se evite la arbitrariedad de los jueces») que, a pesar de que se discutió parcialmente, no se convirtió en Decreto. No obstante, la discusión entablada en torno a su articulado adquirió carácter constituyente, ya que sirvió para obviar la correspondiente a parte del título V del proyecto constitucional en la que se recogieron, sintetizados, muchos de los principios y soluciones que previamente se habían consignado en el proyecto de Reglamento.

(82) Ya que a la comisión autora del proyecto de Reglamento no le pareció oportuno considerar la motivación de las decisiones judiciales como garantía. Con posterioridad, ni la comisión constitucional ni las constituyentes consideraron que fuese necesario realizar cambio alguno (excepción hecha del art. 293) para garantizar el sistema legal que de la primera norma apuntaba.

(83) Manejamos la edición introducida por L. SANCHEZ AGESTA, A. DE ARGUELLES: *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, Madrid, 1981.

pasando por el mismo texto de la primera norma gaditana, hay un nutrido conjunto de textos normativos que parecen responder a una novedosa concepción, debida, fundamentalmente, a la emergencia de la ley como fuente exclusiva y excluyente de derecho (84).

No obstante, y para evitar malentendidos, debemos aclarar un primer punto: las Cortes reunidas bajo la vigencia de la primera norma gaditana entendieron que la ley era, primariamente, la *ley constitucional* y ante todo la propia Constitución. Es más, las leyes ordinarias, que eran las restantes, se consideraban «secundarias» respecto de la primera –y por esto mismo «primaria»– norma. Constitución y leyes, así entendidas, eran el «origen de todos nuestros derechos, de todas nuestras obligaciones» (85). Derechos y obligaciones que eran concebidos en términos generales: «La ley ha de ser una para todos; y en su aplicación no ha de haber acepción de personas» (86); consecuentemente, «el Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía...» (87). Las constituyentes rechazaron tradiciones para hacer una apuesta de futuro (88): la Constitución garantizaba la libertad civil e igualdad legal de los concebidos ya como españoles; las leyes, sobre todo los Códigos civil y penal, tenían como misión perfeccionar en ese sentido la legislación y, finalmente, cerrando el círculo, tocaba a los jueces aplicar las leyes a los casos particulares.

Ahora bien ¿cómo y quién debía vigilar la «escrupulosa observancia» que los jueces debían mantener respecto de las leyes? Recurramos de nuevo al *Discurso preliminar*, porque en él se responde breve y concisamente a nuestra pregunta: el cumplimiento de las leyes se asegura mediante la «inspección» que de todos los jueces y tribunales hace el Tribunal Supremo, institución necesaria –se dice– ya que «delegada por la Constitución a los tribunales la potestad de aplicar las leyes, es indispensable establecer, para que haya sistema, un centro de autoridad en que vengan a reunirse todas las ramificaciones de la potestad judicial» (89). La idea es clara, y es la siguiente: se pensó que la protección de las normas radicaba exclusivamente en la (re)organización del aparato judicial.

(84) El negativo puede contrastarse en J. VALLEJO: *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, 1992.

(85) Cfr. el proyecto de Código Civil. Manejo la edición incluida por J. F. LASSO GATTE en el v. II de su *Crónica de la Codificación Civil (Génesis e historia del Código)*, Madrid, 1970, pp. 14 y 16.

(86) Cfr. *Discurso preliminar, cit.*, p. 95.

(87) Art. 258.

(88) Cfr. las siguientes palabras: «Como toca a la Constitución determinar el carácter que ha de tener en una nación el código general de sus leyes positivas, deben establecerse en ella los principios de que han de derivarse aquéllas y cualesquiera otras disposiciones que bajo el nombre de ordenanzas o reglamentos hayan de dirigir las transacciones públicas y privadas de los individuos de una nación entre sí o las que celebre con los súbditos de otros Estados con quienes puedan entablar comunicación. Estas reglas no sólo han de servir para la formación de nuevas leyes, sino para dirigir a las Cortes en la derogación o reforma de las que sean incompatibles con el nuevo sistema planteado por la Constitución». *Discurso preliminar, cit.*, pp. 96 y 97.

(89) *Discurso preliminar, cit.*, p. 102.

Del texto de la primera norma (con su correspondiente Discurso preliminar) y del constitucional proyecto de Código civil podemos deducir que la Constitución de 1812 apostó por el clásico modelo de división de poderes en el que se diferenciaba con claridad el órgano creador de las normas y el conjunto de aquellos que debían aplicarlos. Hasta aquí, dirá el lector: ¿qué más puede añadirse a la mera (y tradicional) lectura de los artículos 15 y 17 del texto gaditano? (90): división de poderes, supremacía del legislativo y subordinación del juez a la normativa procedente de aquél; triunfo de la ley y administrativización de la justicia, en definitiva. Pero, llegados a este punto, podemos empezar a matizar dicha lectura. Del complejo constitucional gaditano puede extraerse, sí, una importante matriz normativa; no obstante, ésta debe colocarse en el terreno de la utopía, una utopía con la que hubiera querido cancelarse toda una cultura jurídica firmemente asentada en la pervivencia de un aparato institucional que no se alteró:

«Encargada por V.M. de arreglar un proyecto de Constitución para restablecer y mejorar la antigua ley fundamental de la Monarquía, se ha abstenido [la Comisión] de introducir una alteración sustancial en el modo de administrar la justicia, convencida de que reformas de esta trascendencia han de ser el fruto de la meditación, del examen más prolijo y detenido, único medio de preparar la opinión pública para que reciba sin violencia las grandes innovaciones» (91).

La gran innovación era la ley; la gran tradición, la justicia: la comisión encargada de redactar el proyecto de Constitución nos confiesa veladamente que novedad y tradición podían yuxtaponerse, pero no subordinarse. Las palabras de Cea quedaron en el olvido: con él se socavaron los cimientos de una concepción que pugnaba por emerger:

«La uniformidad y la igualdad son los caracteres que más interesan en las leyes: si se interpretan arbitrariamente por equidad ó con otro pretexto, se destruirá su uniformidad, tan necesaria para la libertad social» (92).

En este contexto, creemos que ya un poco más despejado, sorprende menos el desinterés por introducir novedad alguna en la práctica de jueces y tribunales (93).

(90) Art. 15: «La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey».

Art. 17: «La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley».

(91) *Discurso preliminar, cit.*, p. 97.

(92) *DSC*, s. 31-3-1811.

(93) Nos sigue siendo de utilidad el discurso de Cea. La práctica que aquí interesa es la descrita por él: «La inteligencia arbitraria pende de las glosas, que parece fué el más antiguo modo de interpretar la ley; otros la toman de los tratadistas especiales, ya por las resoluciones ó decisiones varias de controversias de cosas practicables, ya por las respuestas de escritores públicos, cuál por los adicionadores, el qué por sus autores extranjeros; y de aquí las varias encontradas doctrinas, sin buscar para el caso la ley justa, razonable y precisa». *Ibid.*

sobre todo si no se pierde de vista que al flamante legislativo sí que le preocupó –y mucho– la sujeción del aparato institucional heredado a su autoridad (94), al mismo tiempo que estuvo interesado por su uniformización y la jerarquización de sus componentes, en una clara apuesta por diseñar un Estado centralista. No podemos entrar a hacer una descripción y valoración de la misma, pero podemos intuir sus contornos haciendo un rápido balance de dos nuevas instituciones directamente conectadas con el tema que nos ocupa: una, de naturaleza orgánica: el Tribunal Supremo; otra, de índole procesal: el recurso de nulidad. La «inspección» de la que nos hablaba la Comisión no es nada más que el resultado de la suma de una y otra piezas; un resultado que debe valorarse como alternativa a la inexistente decisión de prescribir a jueces y tribunales que dieran cuenta de las razones en las que se apoyaban para formular sus decisiones (95).

La Constitución atribuyó al Tribunal Supremo el conocimiento de los recursos de nulidad que se hubieran interpuesto contra las sentencias dadas en última instancia para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad de jueces y magistrados (96). La responsabilidad que se *vehiculó* a través del recurso de nulidad era la que se consignó en otro artículo constitucional, el 254: «Toda falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal hacen responsables personalmente a los jueces que la cometieren». El constitucional recurso de nulidad fue desarrollado en el Decreto de 24 de marzo de 1813, que lo hizo extensivo a todas las instancias, estructurando así un mecanismo jerarquizado que desembocaba, finalmente, en el Supremo Tribunal de Justicia, garante como tal de la suprema «inspección» (97).

A esta normativa sobre el recurso de nulidad debe añadirse algún que otro dato y, sobre todo, una serie de consideraciones. En 1813 se privó por decreto a las causas penales de recurso de nulidad; al mismo tiempo, parece que la nulidad cabía sólo por infracción de forma procesal, y no de ley material, y, finalmente, se había privado de instancia suprema a pleitos que, provenientes del período pre-

(94) La normativa sobre responsabilidad de empleados públicos es una constante a lo largo de los dos primeros períodos constitucionales. Las Cortes intentaron, desde un primer momento, que sus decisiones fueran cumplidas: en este sentido, cfr. el Decreto de las Cortes, comunicado al Consejo de Regencia el 17-7-1811 y circulado el 21-7-1811, sobre responsabilidad de empleados por incumplimiento de leyes, decretos y órdenes o por retraso en su aplicación (publicado en la *Gaceta*, 6-8-1811). Consecuentemente, las Cortes aprobaron otro Decreto de 11-11-1811, circulado el 16-11-1811, haciendo efectiva la responsabilidad de los empleados conforme al decreto anterior, declarando vacantes los destinos de los empleados que retrasasen la aplicación de leyes y decretos y suspendiendo y abriendo procesos a jueces y magistrados infractores (publicado en la *Gaceta*, 29-11-1811).

(95) Sobre todo ello, aunque parcialmente, *vid.* M. LORENTE: «División de poderes e interpretación de la ley», en *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Madrid, 1989, pp. 401-421.

(96) Art. 261, noveno.

(97) Dejamos fuera de este estudio el análisis de otros mecanismos que tuvieron por objeto la mencionada inspección, ya que todo ello nos conduciría a tener que dar cuenta del funcionamiento del Tribunal Supremo. Sobre él, *vid.* L. MORENO: *Los orígenes del Tribunal Supremo (1812-1838)*, Madrid, 1989.

constitucional, estaban pendientes de la resolución de recursos de injusticia notoria o segunda suplicación. Una mezcla de nuevos y viejos problemas confluyó, así pues, no sólo en el Tribunal Supremo (98), sino fundamentalmente en las Cortes, que tuvieron que atender a las consecuencias que arrojó la reformulación constitucional del antiguo recurso de nulidad; aquéllas afectaban tanto a las instituciones judiciales como a los ciudadanos partes en un procedimiento (99).

Excepción hecha del recurso de nulidad, la normativa doceañista no articuló mecanismo procedimental alguno que tuviera por objeto proteger las disposiciones legales de la (errónea) interpretación de los jueces. Lo único que preocupó es que éstos quebrantasen las reglas de un doble juego: el generado por la novedosa atribución y reparto de la jurisdicción (100) y el antiguo de las prácticas procesales, al que debemos añadir la novedad constitucional (101). Si a la parquedad de remedios procesales le añadimos que la doble naturaleza del recurso de nulidad lo conectaba con el problemático campo de la responsabilidad de los empleados públicos, no nos debe extrañar que todo lo que –por así decir– no cupiera en la «nulidad» ante jueces y tribunales, se llevara a las Cortes para exigir de éstas una declaración de responsabilidad por infracción a la Constitución.

Al compás de consultas y denuncias, el legislativo sintió la necesidad de defender su supremacía frente a amenazas potenciales y reales procedentes del aparato institucional heredado, desarrollando una práctica, ciertamente de origen constitucional, pero de resultados imprevisibles. O más que eso, sentando las bases de un sistema que abocaba a las Cortes a convertirse en el garante no sólo de la Constitución, sino también de la ley (102). No volveremos a resumir aquí cuál fue el desarrollo de los artícu-

(98) Consulta del Tribunal Supremo de Justicia sobre si los recursos de nulidad son extensivos a las causas penales (1813). Archivo del Congreso de los Diputados (ACD), Serie general (SG), leg. 12, exp. 101. Consulta del Tribunal Supremo de Justicia para que las Audiencias de ultramar que se hallen autorizadas para conocer de los recursos de nulidad, lo esten igualmente para reponer el proceso, devolviéndolo y dando cuenta al Tribunal Supremo de justicia (1823). ACD. SG. leg. 70, exp. 30.

(99) Que recurrieron a las Cortes «en nulidad» como si del Tribunal Supremo se tratasen: Tadeo Calatayud, vecino de Valencia, recurrió a las Cortes en nulidad para que el Tribunal Supremo aceptase la sentencia en grado de segunda suplicación que había dado el Consejo de Castilla en 1819 (1820). ACD. SG. leg. 34, exp. 9.

(100) A lo largo de los dos primeros periodos constitucionales se promulgaron numerosas normas que tuvieron como objetivo la reordenación del aparato judicial heredado. Sin lugar a dudas, la más importante fue el Decreto de 9 de octubre de 1812 que contenía el Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia.

(101) Nos estamos refiriendo a la regulación constitucional de las garantías que la primera norma hizo en su capítulo III del título V (De la Administración de justicia en lo criminal) y a la constitucionalización del arbitraje y la conciliación (capítulo II del mismo título).

(102) La Audiencia de Valencia se quejó del abuso con que se procedía en los recursos de nulidad de sentencias ejecutorias en juicio contencioso, por extender los abogados la protesta a toda providencia que causa agravio. La Audiencia acudió a las Cortes para que dictasen una resolución general que pusiera fin a prácticas semejantes, a pesar de saber que la propia Audiencia tenía facultad para castigar esos excesos (1820). ACD. SG. leg. 33, exp. 9.

los 372 y 373 de la Constitución, bases del procedimiento por infracciones a la primera norma (103); interesa sólo destacar que la vía abierta por dicho procedimiento tenía una vocación expansiva: partiendo de la defensa de la Constitución, desembocaba en la defensa de la ley o, mejor aún, de la normativa procedente de las Cortes.

El peligro fue detectado rápidamente. En una clarividente proposición, el diputado Echevarría expuso a las Cortes que debían limitar sus actuaciones, ya que –argumentaba– «corresponde a los respectivos Tribunales declarar la responsabilidad por infracciones de Constitución ó de las leyes, y que nunca debe deliberar sobre semejantes materias el Congreso, á no convertirse en un Tribunal general, por donde pasen todas las causas civiles y criminales del Reyno». Echevarría propuso que «toda infracción de Constitución y de las leyes que pueda reclamarse en los tribunales, no debe ser oída en el Congreso», declarándose «que los Tribunales superiores siguiendo el ordenamiento gradual, conozcan sobre haber lugar ó no á la formación de la causa de responsabilidad... reservándose las Cortes la citada declaración en las infracciones de disposiciones generales así de la Constitución como de las Leyes, que no están sujetas á la inspección de los Tribunales de justicia» (104).

Independientemente de que Echevarría detectase claramente cuáles eran las consecuencias a las que abocaba el procedimiento por infracciones a la Constitución (y a las leyes), no acertó a identificar su causa. Porque, de un lado, el valor dado por los constituyentes a la primera norma les obligó a establecer un mecanismo de defensa específico que la reforzaba, toda vez que multiplicaba sus garantías; pero, de otro, no acertaron a establecer un sistema de protección de las leyes respecto de la interpretación que de las mismas hicieran los integrantes del aparato de justicia. Si a todo ello le añadimos que muchas de las normas de origen parlamentario fueron consideradas secundarias, pero constitucionales, la vis atractiva del procedimiento por infracciones convertía tendencialmente a las Cortes, no al Tribunal Supremo (105), en la institución en la que se residenciaba el núcleo central de la «inspección» de la actividad de los jueces y tribunales (106).

En suma, los caracteres gaditanos de la «defensa de la Constitución» pueden trasladarse, con ciertas cautelas, a la correspondiente «defensa de la ley». Esta debía protegerse no de la interpretación que de ella hicieran jueces y magistrados,

(103) M. LORENTE: *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución*, Madrid, 1989.

(104) ACD. SG. leg. 71, exp. 47.

(105) La indefinición del Tribunal Supremo fue sentida por la institución misma. Repárese en la fecha de este expediente: Consulta del Supremo Tribunal de Justicia para que se declare si está facultado para proceder de oficio a la formación de causa a los magistrados por infracción de ley (1822). ACD. SG. leg. 72, exp. 17.

(106) No debemos olvidar que en el escalón inferior del aparato de justicia gaditano se encontraban los alcaldes constitucionales: Consulta del Supremo Tribunal de Justicia sobre su competencia para juzgar a un Alcalde constitucional que hace las veces de juez de primera instancia (1820-1823). ACD. SG. leg. 35, n. 163.

sino del incumplimiento; no importa tanto la interpretación cuanto la infracción. O lo que es igual, dicho con otras palabras, la relación entre el juez y la ley se articuló en unos términos que pretendieron garantizar el «acatamiento» de la urdimbre institucional heredada a la supremacía del legislativo. La responsabilidad de jueces y magistrados por quebrantamiento de ley se basó en la noción de desobediencia activa, y no en la vinculación sustantiva, si por tal entendemos la protección de la legalidad constitucional frente a la interpretación judicial (107).

La motivación de las decisiones judiciales no era necesaria en este contexto. No obstante, su inexistencia generó algunas consecuencias de interés para la calificación del modelo constitucional, la más llamativa de las cuales consistió en la remisión a las Cortes como prueba de la infracción de Constitución o ley toda la documentación de los pleitos. En cierto modo, esta práctica se asemeja mucho, si bien se mira, a la avocación de las causas, por más que el objetivo que perseguía fuera simplemente detectar la responsabilidad de los jueces por quebrantamiento de ley o Constitución (108). La inexistente discusión sobre la necesidad de motivar las decisiones judiciales no sólo sustituyó con la responsabilidad de los jueces el papel que debía haber ocupado la reflexión sobre la defensa de la ley, sino que este vacío motivó también otros desplazamientos, echando así raíces una práctica discursiva que, como veremos, se desarrolló notablemente a lo largo del siglo.

En el experimento gaditano convivieron novedosas concepciones con antiguas prácticas, que intentaron utilizarse para *vehicular* la instalación de las primeras. Fue imposible: la mescolanza no pudo arrojar un saldo positivo, ya que unas y otras resultaron ser abiertamente incompatibles. La noción de ley abstracta, general, derogatoria y autosuficiente (con o sin recurso a la interpretación del legislativo), no pudo desarrollarse en el modelo constitucional gaditano: la preeminencia constitucional y la herencia institucional y cultural lo impedían. La

(107) El Tribunal Supremo consultó a las Cortes sobre la conveniencia de exigir responsabilidad a los jueces que hubieran incumplido la obligación de remitir los informes sobre las causas principiadas en su territorio, obligación consignada en la Constitución y en el Reglamento de 1813. Las Cortes señalaron que no había lugar a la formación de causa por tal concepto, ya que eran conscientes de que muchos jueces no disponían de ejemplares de la Constitución y de los Decretos de las Cortes. (1820-1822). ACD. SG. leg. 72, exp. 20.

(108) Expediente sobre la suspensión del pronunciamiento de una sentencia en el caso de que no sean devueltos los exhortos al concluirse el término de prueba (1823). Las Cortes, por la fecha, no pudieron pronunciarse sobre el tema. ACD. SG. leg. 72, exp. 23. El Conde de Macede se dirigió a las Cortes exponiendo que la demanda entablada ante la Audiencia de Galicia contra el Marqués de Lazán sobre reclamación del mayorazgo debía verse en la audiencia conforme a la orden de 17-2-1812 y el Reglamento de 9-10-1812 (1813-1814). AC. SG. leg. 12, exp. 17. Las Cortes decidieron no deliberar sobre un expediente remitido a las mismas, pero lo hicieron después de un informe de su comisión de legislación que señaló lo siguiente: «en vista de este expediente entiende que el suplicante se equivoca cuando supone que es voluntaria en los poseedores la desamortización de los bienes vinculados, pues desde luego en virtud de la ley quedan en la clase de libres en los términos prevenidos por la misma, aunque los poseedores no hagan la división ni dispongan de ellos y aunque manifiesten su voluntad contraria a la ley...» (1822). ACD. SG. leg. 36, exp. 34.

suma de ambos factores hizo que fuera imposible –o innecesario– declarar como punto general la obligación de motivar las decisiones judiciales.

El laboratorio doceañista legó al siglo no sólo el recuerdo de su gloriosa Constitución, sino una forma de afrontar los problemas surgidos de la adecuación de los aparatos institucionales y la cultura jurídica a las necesidades de una sociedad aún muy tibiamente individualista que había pugnado por nacer, fruto del desgarró revolucionario. En rigor, la experiencia fue irrepitable: tras la muerte de Fernando VII, los tiempos no fueron favorables al mantenimiento de la noción de preeminencia constitucional. Uno de los obstáculos a la emergencia de la ley fue, así pues, derrumbado; sin embargo, otras limitaciones sobrevivieron, a las cuales debemos sumar, además, las procedentes de la construcción de una potente Administración, que fue la característica fundamental del constitucionalismo moderado. Pero a pesar de modificaciones y cambios, el juez estatal nació, sin duda, en Cádiz.

III.2

En 1855 se cerró un ciclo, abierto en 1829, a lo largo del cual se generalizó la obligación de motivar las decisiones judiciales. El constitucionalismo moderado completó una obra comenzada por Fernando VII en solitario: del Código de Comercio y su correspondiente Ley de Enjuiciamiento Mercantil a la Ley de Enjuiciamiento Civil se sucedieron una serie de normas que impusieron tal obligación de forma sectorializada.

Podríamos aventurar una hipótesis explicativa, considerando que este proceso sufrió la suerte de la codificación: su parálisis y cuarteamiento serían así un reflejo de nuestro atormentado proceso codificador. No obstante, esta explicación resulta insuficiente, ya que no puede sortear el principal de los escollos: con posterioridad a la generalización de la obligación de motivar, jueces y tribunales tuvieron que fundamentar sus fallos a pesar de no tener ni un Código Civil ni una Ley de Enjuiciamiento Penal. Así pues, olvidándonos por ahora de la jurisdicción administrativa, el grueso del Ochocientos asistió al establecimiento de una primera jurisprudencia legal que pronto se identificó, y además de modo exclusivo, con la procedente del Tribunal Supremo, cuya actividad no deja de ser sorprendente: casación sin Código (civil) y Código (penal) sin casación, fueron las características principales de un periodo que se cerró, definitivamente, en 1889 (109).

(109) Sobre la insatisfacción que produjo el proceso de extensión de la fundamentación, no cabe mejor cita que la de M. ORTIZ DE ZÚÑIGA: «Fundamentación de las sentencias», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (RGLyJ), t. XXIX (1866), pp. 113-126

Pero no sólo la obvia cronología de nuestra codificación formula interrogantes a la lentitud y cuarteamiento que adornaron el mencionado proceso. Otros datos, más específicos, nos ponen ante la necesidad de reflexionar imaginativamente con el objeto de encontrar el origen o naturaleza de las resistencias a las que nos hemos referido en la introducción a estas páginas. Nos centraremos en el análisis de tres de ellas: (i) una discusión de las Cortes del Estatuto; (ii) la consideración de la ley de 1838 sobre recursos de nulidad, y (iii) una primera aproximación a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de 1838 a 1855 bastarán a nuestros propósitos, aun cuando somos conscientes de la multitud de pequeñas y grandes piezas que dejamos al margen.

Como sucediera en la experiencia constitucional gaditana, la sectorialización de la motivación fue acompañada de un permanente desplazamiento de medidas que califican el modelo moderado de defensa de la ley y, consecuentemente, de juez. Como ya advertimos en el epígrafe anterior, la valoración, que no descripción pormenorizada, de dicho desplazamiento nos ocupará más tarde (IV). Centrémonos, por ahora, en los caracteres del proceso de generalización de la fundamentación de los fallos judiciales.

(i) El 9 de enero de 1835 se leyó en el Estamento de Procuradores una petición sobre «algunas medidas urgentes en la administración de justicia». De éstas, sólo nos importa la primera: «Que se obligue á fundar los fallos, así interlocutorios como definitivos, civiles o comisiones judiciales, de cualquier clase ó fuero, por privilegiado que sea, con expresion de la ley, práctica ó doctrina en que se apoyen, y explanacion del hecho en lo que convenga» (110). Por primera vez en nuestra historia parlamentaria, una Asamblea asistió a una discusión motivada por el intento de implantar la fundamentación de las decisiones judiciales (111).

A pesar de todo, la Asamblea no se dejó convencer, o por mejor decir, vinculó indisolublemente la suerte de la motivación a la de la codificación: si ésta no se perfeccionaba, aquélla no cabía (112). La forma de «sujetar» a los jueces no pasaba por la implantación de la obligación de motivar, sino por «la residencia» (esto es, la responsabilidad) de los mismos (113). Porque, lógicamente, sin motivación sólo cabía hablar de responsabilidad en antiguos términos por más que se entendiera necesaria su modernización. Después de una interesantísima discusión, en la

(110) DSC (Estamento de Procuradores), s. 9-1-1835.

(111) *Vid.* sobre todo la intervención de Sampons. *Ibid.*

(112) *Cfr.* las palabras del Secretario del Despacho de Gracia y Justicia: «... desde luego, conocerá el Estamento que mientras no haya buenos códigos es ociosa la petición. Dice esta que podrán citarse las leyes, y al parecer en su defecto las prácticas ó doctrinas en apoyo de los fallos. Pero yo preguntaré: el que tomara en su mano la obra de Ceballos, titulada *Comunes contra Comunes*, ¿no hallaría doctrinas para todo? ¿Y quien le podría hacer una reconvenccion?...». *Ibid.*

(113) *Ibid.*

que se esgrimieron antiguos y nuevos argumentos a favor y en contra de la fundamentación de los fallos, el estamento votó en contra de la implantación del principio de la motivación (114).

No cabe la menor duda de que esta petición, junto con otros materiales, sirvió de base para la redacción del Reglamento Provisional para la Administración de Justicia, texto que, consecuentemente, no hizo suya la necesidad de establecer la obligación de motivar los fallos. La percepción de la legislación existente en términos de caos lo impedía (115); esta concepción se impuso sobre la que concebía la fundamentación de los fallos como garantía de derechos (116). Esto es muy importante. Cierto es que en Cádiz se había optado por una solución continuista, esto es, por no introducir reforma alguna en la práctica de jueces y tribunales; sin embargo, la decisión tomada por las Cortes del Estatuto nos revela claramente el giro de nuestro constitucionalismo moderado: la fundamentación de sentencias era un principio que afectaba, *fundamentalmente*, al disciplinamiento de la administración de justicia. El binomio motivación/garantía resultará, a partir de entonces, impensable (117): la lógica de la construcción del Estado, como en tantos otros campos, era una lógica de naturaleza administrativa, desconectada por completo de las necesidades de los individuos que formaban la sociedad sujeta a tal administración.

Pero esta lógica se expresaba en términos antiguos, aun cuando se intercalase entre ellos alguna que otra novedad. Oigamos al Secretario de Gracia y Justicia expresarse en este exacto sentido:

«Antes de la sancion de una ley debe haber la mas libre y detenida discusion pública; pero cuando se llega al último resultado, es decir, cuando recibe la san-

(114) *DSC* (Estamento de Procuradores), s. 12-9-1835: Votos a favor, 34; votos en contra, 83.

(115) En una edición del mencionado Reglamento hecha en 1844 en Madrid (imprenta de D. Miguel de Burgos) se recogen unas «Advertencias copiadas de la primera edición». Entresacaremos algunos para apuntalar nuestro argumento: «Resiéntese además la legislación de una lastimosa incoherencia, efecto de esos mismos tiempos y sucesos. Hemos dicho que para ir saliendo del paso (por no poder hacerlo con la legislación antigua) se han ido añadiendo pegotes, parches, botanas y remiendos... que hacen un todo ridículo y absurdo...», «... Pero el formar códigos no es obra del momento...», «...Y por último, convendrá llevar las cosas y los códigos á punto de que los tribunales y jueces al pronunciar sus fallos citen la ley ú ordenanza en cuya virtud deciden».

(116) En este exacto sentido, *cfr.* la intervención de González: «Dice Montesquieu “que toda pena que no se funde en absoluta necesidad es tiránica é injusta”. ¿Y cómo se probará dicha necesidad? No hay otro medio para ello que manifestar los fundamentos que pueda tener el juez para dar su sentencia, mucha mas cuando se trata de los derechos sagrados de los españoles, que están pendientes de la arbitrariedad y el capricho de los jueces». *Ibid.*

(117) «Ha añadido por fin SS que se funden los fallos, sin excluir ninguno de ellos, diciendo que esto presentaría una especie de garantía á los interesados. Yo no creo que pueda presentar sino motivos de disputa, máxime en el estado actual de cosas, en que los señores peticionarios han conocido que por la confusion de leyes pueden aplicarse supletoriamente prácticas y doctrinas». De la intervención del Secretario del despacho de Gracia y Justicia. *DSC* (Estamento de Procuradores), s. 12-1-1835.

ción y cuando en virtud suya la autoridad manda, empezando por la militar y concluyendo por la paternal, sería sumamente intempestivo, y se disminuiría su prestigio, si el padre, por ejemplo, en todas las correcciones hubiese de dar al hijo la razón y el detalle de los antecedentes que le han movido á ello» (118).

Si nos hemos detenido en esta discusión parlamentaria es porque es un buen exponente no sólo de la opinión de los hombres del treinta y cinco, sino del pensamiento moderado sobre la motivación de las decisiones judiciales. El cuarteamiento de la obligación de motivar se debe entender en esta clave: la ley, no las necesidades de los ciudadanos, era la que pedía la implantación de la fundamentación de los fallos. Oigamos, en este exacto sentido, las palabras de un buen jurista:

«Cuestión es, y no ajena de interés y curiosidad, si conviene que los jueces funden las sentencias, esto es, que manifiesten las razones en que apoyan su decisión. Puede asegurarse, sin embargo, que cuando hay códigos claros sobre los cuales estribe solidamente el fallo judicial, es preferible el razonamiento á la mera decisión: pero cuando, como entre nosotros sucede, las leyes son confusas, incoherentes y aun contradictorias, y cuando es preciso seguir la práctica mas autorizada de los tribunales, es menos expuesto á inconvenientes, omitir los fundamentos de la decisión, pues de insertarse estos, se harian difusas alegaciones y se daría pábulo con ellas á la cabilosidad de los litigantes» (119).

Y aún hay más. No debemos olvidarnos de una importante cuestión: el siglo asistió a la promulgación de pocas leyes parlamentarias; así pues, no fue la ley, entendida como expresión de la voluntad general, la que requería la motivación, sino cualquier texto normativo al que pudiera atribuirse la condición de reformar, por completo, una parcela de la vida jurídica del país. No debe, pues, extrañar que un simple «hombre de ley» conocedor de los «achaques habituales de nuestra administración de justicia» poseyera en su día la «intima persuasión ... si, pudiendo, dilata por un solo día el aplicar al mal algún remedio», ya que no temió «el fallo de un Parlamento español el Ministro que se apresura á satisfacer una necesidad por todos sentida», cual era, entre otras, la siguiente:

«Los Tribunales y Jueces fundarán siempre las sentencias definitivas y las interlocutorias de igual clase, cuando así lo reputen conveniente, exponiendo con claridad y concisión las cuestiones de hecho y de derecho, y citando las leyes ó doctrina legal en que se apoyen.»

El lector habrá imaginado ya a qué texto corresponden los entrecomillados: por Real Decreto de 30 de septiembre se aprobó la *Instrucción para arreglar el*

(118) *Ibid.*

(119) M. ORTIZ DE ZUÑIGA: *Elementos de la practica forense*, Madrid, 1843, t. I, p. 291.

procedimiento en los negocios civiles con respecto á la Real jurisdiccion ordinaria. La famosa, y criticada, Instrucción del Marqués de Gerona no llegó al Parlamento; como su principal responsable decía, la experiencia y no la voluntad general, legitimaba suficientemente: la fundamentación de los fallos no necesitaba de ésta para convertirse en principio.

(ii) En esta senda de consolidados surcos avanzará el siglo. Al comprender la obligación de fundamentar los fallos como una necesidad administrativa, no nos debe sorprender que el constitucionalismo moderado se apresurara a implantarla en los procedimientos administrativos y remolonease a la hora de establecerla en las causas civiles. No entraremos a analizar el campo penal, ya que hablar de la fundamentación de los fallos en las causas criminales nos obligaría a realizar una doble reflexión que sobrepasa nuestras posibilidades en el momento presente, si no se olvida que dicha historia debiera conectarse con la correspondiente a la justicia militar y, por supuesto, con la suerte de la casación penal (120).

Más modestamente, intentaremos dar cuenta del *decalage* existente entre la jurisdicción civil y la administrativa este específico campo. No nos ocupará aquí hacer una valoración de los orígenes de la tutela jurisdiccional de la administración; bástenos saber que desde los mismos comienzos de la (re)organización de la jurisdicción administrativa encargada de solventar los «negocios contenciosos de la administración» se obligó tanto a los Consejos provinciales (121) como al Real (luego de Estado) a motivar todas sus resoluciones (122). Lo cierto es que tanto unos como otro eran organismos nuevos a los que se dotó de unos instrumentos procedimentales también nuevos (123).

Más difícil resultaba alterar todo un orden: el civil, todavía apenas delimitado y gestionado en su vertiente conflictiva por unas prácticas de muy antigua rai-gambre, entre las que destacaba la amparada por la vigencia de una famosa ley recopilada: como bien recordaban muchos autores, cuyas obras eran auténticas

(120) Ley provisional prescribiendo reglas para la aplicación de las disposiciones del Código Penal de 1848, art. 1: «Los Tribunales y jueces fundarán las sentencias definitivas exponiendo clara y concisamente el hecho, y citando el artículo ó artículos del Código Penal de que se haga aplicación».

(121) Ley de Organización de los Consejos Provinciales, 2 de abril de 1845, art. 16: «Las sentencias de los consejos provinciales serán siempre motivadas».

(122) Real Decreto de 30 de diciembre de 1846, aprobando interinamente el reglamento sobre el modo de proceder en los negocios contenciosos de la administración que se ventilen en el Consejo Real, art. 205: «El Consejo motivará todas sus resoluciones definitivas, y la seccion las providencias interlocutorias por las cuales conceda ó deniegue reposicion de otra».

(123) Paralelamente, el Real Decreto de 20 de junio de 1852 sobre jurisdicción de Hacienda y represion de los delitos de contrabando y fraude, especificó en su art. 8: «Las Salas de las Audiencias y los jueces de primera instancia que conozcan de las causas de Hacienda, fundarán las sentencias definitivas, esponiendo clara y concisamente el hecho y citando la disposición penal que aplique, como está prevenido respecto de las causas criminales de fuero común».

guías para los jueces (124), «... en la sentencia no deben fundarse las razones que haya tenido el juez para dictarla» (125).

En definitiva, y hasta 1855 ¿qué debía hacer el juez o magistrado que no fuera miembro del Tribunal Supremo? En primer lugar, asumir una dura realidad: «Nuestra imperfecta legislación es un confuso laberinto, en que apenas es dado, ni aun á fuerza del mas ímprobo estudio, ni de un esclarecido ingenio, conseguir cumplidamente los altos obgetos para que ha sido establecida la justicia» (126). En segundo lugar, y a pesar del caos, jueces y magistrados debían intentar alcanzar la justicia en sus fallos, disciplinando su conciencia mediante la interiorización del orden de prelación de fuentes castellano, esto es, a través del recurso a un expediente ajeno por completo a lo que hoy definiríamos como jerarquía normativa (127). Finalmente, como ya advertimos, no debía el juez hacer públicos los resultados de tan complejas operaciones mentales, ya que el silogismo no dejaba de ser de difícil manejo: los decimonónicos «puntos de hecho» debían ser primero calificados y después, fallada la controversia, con el arsenal supuestamente normativo que proporcionaban siglos de historia patria que se expresaba a través de unos textos de los que, en muchas ocasiones, no disponían los operadores jurídicos. Por ello, no le faltaba razón a J. M. Rodríguez cuando recomendaba a los jueces que de no haber ley alguna en los códigos sobre el punto en cuestión (o no encontrarla, añadimos nosotros), «... arreglará el juez su fallo á lo que, segun los datos del negocio, crea más conforme a la razon y mas equitativo ...» (128).

(124) Sin poder extendernos en ello, no podemos olvidar la carencia de medios de los integrantes del aparato de justicia. Baste para ello un ejemplo: como bien decía Martín Carramolino, el objeto de su obra era el de «... coleccionar y ordenar todas las disposiciones para que ... jueces y alcaldes (que por su aislamiento social no tienen á quien consultar) sepan á no dudar que aquellas son todas sus atribuciones hasta el día, y que sin acudir á las colecciones de leyes y decretos de que generalmente se carece ...». J. MARTÍN CARRAMOLINO: *Metodo actual de la sustanciacion civil y criminal en la jurisdicción real ordinaria*, Madrid, 1839, p. 4.

(125) M. ORTIZ DE ZÚÑIGA: *Biblioteca judicial ó tratado original y metódico de cuanto hay vigente en la legislación y en la practica con relacion a los juzgados de primera instancia*, Madrid, 1839, t. I, p. 147.

(126) *Ibid.* p. V.

(127) Intentaremos explicarnos advirtiendo previamente al lector respecto de posibles confusiones: aunque no estamos en la Alcalá de 1348 durante el reinado de Alfonso XI, sino en las décadas centrales de la España decimonónica, la «ciencia jurídica» se seguía expresando en términos muy antiguos. Compruébese esta afirmación mediante la lectura de un texto significativo, de Ortiz de Zúñiga de nuevo, que recomendaba a los jueces atenerse a dicho orden:

«Para toda decision juridica deben los jueces rejirse por las disposiciones legales, y no por la opinion de los autores é interpretes del derecho; requiriendo en cuanto á la observancia de aquellas este orden gradual: 1o. las leyes y disposiciones contenidas en las compilaciones modernas y recientes, 2o. las insertas en la Novísima Recopilacion. 3o. en lo que por ellas no se pudiera determinar, las del Fuero Real y los municipios de cada poblacion en cuanto estuvieran en uso y no hubiesen sido derogadas. 4o. a falta de otras leyes, las contenidas en el Código de las Partidas». M. ORTIZ DE ZÚÑIGA: *Elementos*, cit., p. 292. En el mismo sentido, *cfr.* J. M. RODRÍGUEZ: *Instituciones practicas ó curso elemental completo de práctica forense*, Sevilla, 1842, pp. 345-346.

(128) *Ibid.*

En este contexto, no debe sorprender lo tímido de la apuesta de 1838, año en que se promulgó la famosa ley de los recursos de nulidad, ni tampoco la actividad desarrollada por el Tribunal Supremo entre 1838 y 1855. No obstante, del análisis de una y otra se infieren datos suficientes para apoyar la siguiente afirmación: al formularse como un principio de interés administrativo, no sólo quedó fuera de juego la comprensión garantista de la fundamentación de los fallos, sino que, al mismo tiempo, se entendió que la defensa de la ley era una mera consecuencia de la reorganización institucional, no un objetivo a alcanzar en virtud de la implantación de instrumentos procesales (129).

(iii) El Real Decreto de 4 de noviembre de 1838 sobre recursos de nulidad suele comprenderse como la primera de las piezas a partir de las cuales se instaló en España el instituto de la casación. Independientemente de que, más adelante, formulemos ciertas puntualizaciones respecto de esta cuestión, lo cierto es que la primera jurisprudencia española, razonada y conocida, es la producida por el Tribunal Supremo a partir de la fecha que nos viene ocupando: de 1838 a 1855 el Tribunal conoció de los recursos de nulidad, haciendo públicos sus fallos a través de la inserción de los mismos en la Gaceta.

Tres son los caracteres que adornan la primera jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya que éste falló en muy pocas ocasiones (130), anuló en menos (131) y, sobre todo, motivó muy ligeramente. Aun cuando la escasa actividad del Tribunal pueda ser imputada a la regulación normativa, esto es, al propio Decreto de 1838, el expediente legal no sirve para explicar la razón de la debilidad de las fundamentaciones del Supremo. Porque, y aun cuando la valoración se formule desde una óptica actual, no cabe duda de que dicho Tribunal se expresó confusa y parcamente.

Documentemos mínimamente esta última afirmación. A pesar de la obligación que sobre él pesaba, en numerosas ocasiones el Tribunal no fundamentó su decisión o lo hizo utilizando expresiones como las siguientes: «... lo que las leyes exigen» (132); «... leyes claras y terminantes y doctrinas legales incon-

(129) Antes de entrar en todo ello, debemos hacer una puntualización: por más que la Ley de Enjuiciamiento Mercantil de 1830 impusiera por primera vez la motivación de las sentencias, esta gran y atrevida «innovación» fue tímida y limitada: «... mientras razonaban sus fallos, raras veces ejecutorios, los Tribunales de primera instancia en materias mercantiles, las Audiencias, que decidían los recursos de alzada, y el Consejo de Castilla, que fallaba los de injusticia notoria, tenían precisión de abstenerse de toda motivación, porque la ley general que la prohibía se hallaba aun vigente, y la especial de Comercio no había hecho en ella más que una leve excepción». M. ORTIZ DE ZÚÑIGA: «Fundamentación...», pp. 114-115. En definitiva, puede afirmarse que es 1838 la fecha que interesará; 1830 fue, simplemente, una «excepción». En este exacto sentido, puede consultarse la literatura jurídica más significativa como, por ejemplo, la obra de L. GÓMEZ NEGRO: *Elementos de práctica forense*, 3.ª ed. Valladolid, 1830.

(130) La fuente para el recuento es la *Gaceta*: 1839 (1); 1840 (0); 1841 (1); 1842 (1); 1843 (2); 1844 (6); 1845 (10); 1846 (12); 1847 (10); 1848 (7); 1849 (9); 1850 (16); 1851 (6); 1852 (11); 1853 (7); 1854 (17).

(131) El Tribunal declaró que «había lugar» para el recurso en 34 ocasiones.

(132) *Gaceta*, 25-11-1844. Resolución a un recurso de nulidad interpuesto en la Audiencia de Sevilla.

cusas ...» (133); «... doctrinas legales que rigen en materia de posesión y adquisición de los frutos y rentas poseídas ...» (134); «... practica constante de los tribunales ...» (135) e, incluso, llegó a dar por sentado la vigencia de las «... leyes canónicas ...» sobre el estupro frente a la regulación de las Partidas (136). Al mismo tiempo, el Tribunal no se molestó en reflexionar sobre la sin duda difícil convivencia de textos jurídicos de diferente procedencia cronológica: así, los textos de las Partidas, Leyes de Toro, Novísima Recopilación, Constituciones de Cataluña (con su correspondiente aplicación subsidiaria del «... derecho canónico y civil ...») (137), aderezados con la «... doctrina legal ...» basada en los mismos (138), se mezclaron en la jurisprudencia del Tribunal sin problema alguno con la Constitución de 1812, el Código de Comercio, el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia y, en definitiva, con toda la normativa decimonónica, por caótica que ésta fuera.

No se nos interprete mal: la inexistencia de derecho codificado obligaba al Tribunal a entender vigente el caudal normativo procedente del Antiguo Régimen; pero, y es ésta la cuestión en la que queremos hacer hincapié, el Tribunal no creó con estos materiales un derecho jurisprudencial. La primera jurisprudencia del Tribunal Supremo, esto es, el producto de la norma de 1838, produce al observador actual una sensación de estupor: doctrinas y prácticas indeterminadas e injustificadas se entremezclan con textos normativos de diferente naturaleza en la fundamentación de los fallos del alto Tribunal cuando éste tuvo a bien expresarse. La «doctrina» nacida de la resolución de los recursos de nulidad poco tuvo que ver con la defensa de la ley; muy por el contrario, puede afirmarse que fue un mero cauce para la reproducción de prácticas conocidas y, por lo tanto, muy alejadas del deseado silogismo. Así formulada, esta jurisprudencia tampoco sirvió de referente educador para jueces y tribunales, cuya actuación no pudo ser muy sofisticada; años más tarde, los operadores jurídicos levantarán acta de lo insatisfactorio de la misma:

«Pero como todas las instituciones son buenas ó malas segun se realizan en la práctica, lo que importa es que este sistema se ejercite convenientemente y que la

(133) La expresión procede de la resolución dada a un recurso procedente de un pleito de mayorazgo que había enfrentado en la Audiencia de La Coruña a María de la Merced Carvajal y Teresa Rabiela. *Gaceta*, 20-1-1845.

(134) La expresión en *Gaceta*, 27-11-1849.

(135) *Gaceta*, 5-4-1844. Resolución a un recurso de nulidad interpuesto en la Audiencia de Barcelona.

(136) *Gaceta*, 4-1-1846.

(137) *Gaceta*, 25-5-1845.

(138) La expresión procede de la resolución dada por el Tribunal a un recurso de nulidad interpuesto en la Audiencia de Madrid de la que fue ponente F. A. Silvela. La «doctrina legal» aludida provenía de la interpretación de las Leyes de Partidas y NoR sobre las obligaciones contraídas por «miedo y fuerza» en las que intervenía el «dolo y la mala fe». *Colección legislativa*, 1954 (9).

redacción de las sentencias sea tan metódica, tan razonada y tan perfecta cual su importancia exige. Con este objeto la regla 44 de la ley provisional para la aplicación del Código penal y el artículo 333 de la de Enjuiciamiento civil contienen, respectivamente, prescripciones sencillas y acertadas; mas la experiencia ha demostrado que no son suficientes, porque diariamente se presentan á la vista sentencias defectuosas, unas por su excesiva estension y por comprender particularidades y circunstancias innecesarias; otras por su excesivo laconismo y no contener las precisas para fijar convenientemente las cuestiones controvertidas: algunas por confundir los resultandos con los considerandos espresando en éstos lo que debe comprenderse en aquellos, ó lo que es peor, consignando en los primeros lo que únicamente debe tener cabida en los segundos, y no pocas tambien por colocar en los considerandos la parte verdaderamente resolutive del fallo» (139).

El lector excusará la longitud de la cita, pero nos sirve de síntesis calificativa de un proceso que se abrió con la norma de 1838; ya, para concluir, volvamos a ella.

El deseo de proteger la literalidad de la ley de la interpretación que de la misma se hiciera por jueces y tribunales animó a que los legisladores franceses impusieran, primero, la obligación de motivar todas sus decisiones, y, segundo, intentaran asegurar el edificio de la legalidad creando un Tribunal de Casación vinculado al legislativo. El Ochocientos español también terminó asistiendo a la generalización de la obligación de motivar e, incluso, a la instalación de un Tribunal de Casación, por mas que éste fuera diferente al primero francés. A pesar de la aparente similitud, no pueden identificarse ambos procesos y no sólo por razones de cronología, sino también porque las causas que animaron a los legisladores franceses y españoles fueron muy diferentes.

El análisis de la primera jurisprudencia del Tribunal Supremo nos lo demuestra, ya que de su «doctrina» no se deduce interés alguno por la construcción de un régimen legal. El Tribunal no era la última instancia de un entramado judicial que «aplicaba» normas, fueran éstas las que fueran, explicándose públicamente, sino un órgano que debía ocupar uno de los huecos creados por la destrucción de parte del aparato institucional procedente del Antiguo Régimen. La norma de 1838 no respondió a las necesidades creadas por la novedosa «ley», sino por las procedentes de la reorganización de la administración, a las que debemos sumar la problemática de una litigiosidad pendiente (140), en absoluto desdeñable.

Vistas desde esta perspectiva, no deben extrañarnos las limitaciones impuestas por la norma de 1838. La primera de ellas atendía, lógicamente, a la economía procesal en la lógica del Antiguo Régimen: sólo pudo interponerse el recurso de

(139) L. DE ARRIETA: «Observaciones acerca de la esposicion de motivos en las sentencias judiciales y sobre otras cuestiones con ella relacionadas», en *RGLyJ*, t. XXX, p. 403.

(140) En el origen del Real Decreto de 4 de noviembre de 1838 se encuentran una serie de consultas enviadas por el Tribunal Supremo a las Cortes constituyentes que versaban sobre la resolución que debía aquél darles a numerosos recursos de nulidad, segunda suplicación e injusticia notoria. *Vid.* J. A. LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación española. Procedimiento Civil*. Madrid, 1972, p. 16.

nulidad contra las sentencias de revista de las Audiencias y del Tribunal especial de Guerra y Marina, en lo que no fueran conformes con las sentencias de vista. Ahora bien, si profundizamos sólo un poco, intentando comprender el mecanismo procedimental, nos podemos encontrar con explicaciones tan vetustas como la que se deduce del siguiente texto doctrinal:

«De las providencias que dictan los Tribunales superiores no se admite el recurso de apelación, porque *estos representan inmediatamente la persona del Monarca* en la administración de la justicia; pero se puede suplicar para ante los mismos, con el objeto de que las enmienden, si hubieren méritos para ello» (141).

La segunda limitación afectó a las causas criminales y los procedimientos posesorios y ejecutivos, que quedarán privados explícitamente de recurso al Supremo (142). A estas exclusiones debemos sumarles otras implícitas, ya que también se negó el recurso a las sentencias de revista de algunos tribunales especiales, así como a los pleitos de propiedad fallados por las Audiencias, contra cuyas sentencias no cabía súplica. Si el lector nos ha seguido, convendrá en que concuerda con todo lo expuesto hasta aquí. La privación del recurso y, consecuentemente, el definitivo silencio de jueces y tribunales en dichas causas y pleitos, no contradecía ningún fundamento esencial de los modelos constitucionales de 1837 ó 1845.

Historiadores y juristas se han preocupado por resaltar las causas por las que pudo interponerse el recurso de nulidad, entre las cuales destaca la «infracción de la doctrina legal», o la devolución de las causas a las Audiencias una vez que, resuelto el recurso, la sentencia del Tribunal fuera estimatoria. No cabe duda de que éstas u otras cuestiones resultan de un indudable interés para una historia preocupada por los perfiles de la casación española. Pero, en nuestra opinión, dicha historia se resiente hasta perder sentido si no se integra en una más genérica que se preocupe por la fundamentación de las decisiones judiciales, las del Supremo y las del conjunto de jueces y tribunales (143).

(141) M. ORTIZ DE ZÚÑIGA: *Biblioteca, cit.*, t. III, p. 157 (la cursiva es nuestra, para denotar un planteamiento característicamente *ancien régime*).

(142) Art. 6.

(143) Al mismo tiempo, creemos que puede afirmarse la existencia de un vacío historiográfico que nos impide dar por resuelta la cuestión de los «orígenes de la casación española» en 1838. No disponemos de estudios que se planteen como problema la pervivencia, utilidad y adaptación del antiguo, y por ello conocido, remedio procesal de la nulidad. Un remedio que, no olvidemos, en su primera traducción decimonónica no se limitó a ser el antecedente de los recursos de casación resueltos en exclusiva por el Tribunal Supremo, sino que también pudo interponerse en todas las demás instancias, por más que sólo se regulase con (relativa) claridad el régimen de aquellos que debían ser resueltos por el Supremo. En definitiva, el término «nulidad» por el que se apostó en 1838 debería hacernos reflexionar conteniendo excesos: los que se deducen de la identificación de su significado con el de la casación.

Sobre esta cuestión, repárese simplemente en dos testimonios: J. M. Rodríguez se preguntaba si la nulidad genérica regulada en las Partidas había sido derogada por el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia, siendo su opinión la contraria (*Instituciones, cit.*, p. 351). Ortiz de Zúñiga también daba cuenta de la dificultad de dibujar los contornos de la nulidad ya que las leyes

Vistas desde esta perspectiva, la norma de 1838 y la jurisprudencia creada en virtud de la misma, no hacen sino confirmar lo ya repetido varias veces hasta aquí: la obligación de fundamentar legalmente las decisiones judiciales fue una consecuencia y no un presupuesto de la reorganización del aparato de justicia. ¿Cuáles fueron entonces los criterios básicos de dicha reorganización? Ahora lo veremos.

IV

Hasta aquí hemos tratado de explicar por qué la llamada revolución burguesa no rompió en España con la tradición jurisprudencial del Antiguo Régimen, implantando un sistema de legalidad, garantizado en el plano judicial por la obligación de motivar las sentencias. Ahora es necesario indagar qué consecuencias tuvo este punto de partida en la articulación del aparato jurisdiccional español, tratando de valorar las medidas que se adoptaron para reformar la administración de la justicia a lo largo de la primera mitad del siglo XIX. Si, como ya hemos dicho, la imposibilidad o la inconveniencia de implantar la motivación de las sentencias provocó un desplazamiento de la problemática judicial hacia otros terrenos, es necesario saber ahora en qué dirección y con qué resultados. La pregunta no deja de ser retórica, porque las posibilidades eran francamente limitadas: ante la imposibilidad o la inconveniencia de imponer la lógica propia de un régimen de legalidad, implantando la obligación de motivar las sentencias, no había otra salida que el arreglo o la reforma —la adaptación, en suma— del aparato de justicia heredado a las nuevas circunstancias y necesidades, sin quebrar su propia lógica interna (o sea, sin atentar contra sus principios). Ante la ausencia de alternativa (derecho legal), no había otra opción que mantener lo existente (derecho jurisprudencial).

Basta para comprobarlo con analizar los principales textos normativos dictados para organizar la administración de justicia, primero por los liberales de Cádiz y después por los —muy poco liberales— moderados (144). No hace falta decir que no predicamos al hacerlo una historia *normativa* de la justicia, ni albergamos la ilusión

«... no determinan de una manera clara é indudablemente cuáles son las faltas que anulan el procedimiento, ni cuáles las infracciones que invalidan las sentencias; y prevalidos de esta omisión, los autores enumeran prolijamente infinitos casos de nulidad; pero tento por mas acertado, en vez de seguir su ejemplo y sus doctrinas, guiarse por los principios consignados en nuestra moderna legislación, no porque ellos resuelvan esta grave dificultad, sino por la analogía y conexion que dichas doctrinas legales tienen con esta cuestión jurídica ...» (*Elementos, cit.*, p. 235). Los «principios» a los que aludía Ortiz de Zúñiga eran los contenidos en la norma de 1838.

(144) Una útil selección de estos últimos, en J. PAREDES: *La organización de la justicia en la España liberal. (Los orígenes de la carrera judicial: 1834-1870)*, Madrid, 1991, aunque debe consultarse con cautela y no exime de acudir a la colección legislativa (*cf.* la reseña de M. LORENTE, en *AHDE*, LXI, 1991, pp. 826-833). Si otra cosa no se indica, citamos las disposiciones correspondientes a esos años por esta obra, y las del período gaditano por la *Colección de Decretos y Órdenes*, cit.

de llegar por esta vía a la realidad de las cosas, haciendo caso omiso de la práctica institucional. Muy al contrario, se trata simplemente de leer el discurso normativo en clave interpretativa de la política judicial desarrollada durante la primera mitad del siglo XIX, a la búsqueda de los problemas que preocuparon y en pos de identificar los tópicos que circularon; o si se prefiere, pretendemos aislar los tópicos que circularon para reconstruir el argumento del discurso normativo.

Y lo primero que hay que decir es que fue abiertamente continuista. Los constituyentes gaditanos uniformaron el aparato judicial, eliminando aquellos privilegios y diferencias anacrónicas que denunciaban ya los hombres del siglo XVIII, pero apenas sin alterar sus mecanismos de funcionamiento (145). En este último terreno, que es el que aquí importa, la continuidad se mantuvo incluso en el plano normativo, ratificándose la vigencia del viejo Derecho judicial (146) (que debe suponerse por fin abrogado –aunque expresamente no se diga– por las Ordenanzas dictadas para las Audiencias en 1835) (147).

Salvado esto, ¿qué queda?

Un conjunto de textos que, globalmente considerados, permiten afirmar que la experiencia constitucional gaditana, al definir cuáles eran los problemas principales, marcó el desarrollo posterior, a lo largo del cual se acogieron también sus soluciones: calidades y responsabilidad del juez, que son consiguientes a una definición de la justicia en términos puramente formales, en cuanto que resultantes del juego de las instancias y los votos (148). Debidamente conjugados, estos elemen-

(145) *Vid. supra*, n.73. Una sucinta exposición de la organización judicial bajo la Constitución de 1812 puede verse en C. MUÑOZ DE BUSTILLO: «La organización de los tribunales españoles (1808-1812)», en *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Madrid, 1989, pp. 545-561. Puede consultarse también, M. PESET y J. L. SOBERANES: «El poder judicial en las Cortes de Cádiz», en *Estudios en Homenaje al Profesor Diego Sevilla Andrés. Historia, Política y Derecho II*, Valencia, 1984, pp. 775-797.

(146) Decr. CCI, 9-10-1812, cap. I (De las Audiencias), art. XXII: «Cada una de las Audiencias..., teniendo presentes la planta y facultades que se les da por la Constitución y esta ley, propondrá a la Regencia del reino dentro de quatro meses, contados desde el recibo del presente Decreto, las ordenanzas que crea más oportunas para su régimen interior..., remitiendo copia auténtica de las ordenanzas que actualmente rijan; y la Regencia, oyendo al Consejo de Estado, formará con vista de todas una ordenanza para el régimen uniforme de todas las Audiencias..., y la pasará a las Cortes para su aprobación. Entre tanto se gobernarán las Audiencias por sus actuales ordenanzas en cuanto no se opongan a la Constitución, y a lo que aquí se previene». Nada se sabe acerca de la ejecución de este propósito, pero es posible que algo se intentara, porque hay constancia de que al menos el regente de la Chancillería de Granada trabajaba en ello por esta época (cfr. P. GAN GIMÉNEZ: *La Real Chancillería de Granada (1505-1834)* Granada, 1988). Posteriormente, el Reglamento provisional (26-9-1835), art. 88, dispuso asimismo: «Mientras que se arreglan y uniforman en cuanto sea posible las ordenanzas de las Audiencias..., se gobernarán éstas por el presente reglamento, y por las ordenanzas y prácticas que actualmente las rijan en cuanto sean conciliables con él...».

(147) Las nuevas ordenanzas, que fueron dictadas muy pronto, por RD 19-12-1835, no incluyen ninguna cláusula derogatoria. Pueden consultarse en la *Colección de las Leyes, Reales Decretos, Órdenes, Reglamentos, circulares y resoluciones generales expedidas sobre todos los ramos de la administración y gobierno del Estado*, II (Madrid, Imprenta del Castellano, 1840).

(148) Amén de muchas otras más concretas, las disposiciones principales pueden verse citadas en las notas siguientes. Para la consideración de la responsabilidad del juez hemos tenido muy

tos compusieron el discurso normativo judicial de la primera mitad del siglo XIX, cuyo argumento resultará muy familiar al lector de las páginas de este ensayo dedicadas al Antiguo Régimen. Sólo cuando la obligación de motivar las sentencias hizo efectiva la introducción del principio de legalidad en el ámbito judicial, pudo comenzar a quebrarse el modelo de justicia hasta entonces imperante. Analicemos, pues, muy brevemente, los términos en que se plantearon estos problemas y las soluciones arbitradas para resolverlos, antes de apuntar las oportunas conclusiones.

¿Quiénes eran o podían ser jueces? ¿Qué calidades o requisitos debían concurrir en sus personas? La respuesta que los constituyentes gaditanos dieron a esta pregunta estaba llamada a prevalecer durante buena parte del siglo: aparte otros requisitos objetivos,

los jueces y magistrados «deberán gozar de buen concepto en el público, haberse acreditado por su ciencia, desinterés y moralidad, ser adictos a la Constitución de la Monarquía, y haber dado pruebas en las circunstancias actuales de estar por la independencia y por la libertad de la Nación» (149).

Está claro. Supuestos unos requisitos mínimos y objetivos, el criterio que sirve para definir la figura del juez es la moralidad y la fidelidad, o, si se prefiere, la moralidad definida en términos que elevan al primer plano la fidelidad política (comprobada mediante expedientes e informes) (150). En esto ya no hubo ningún cambio: por supuesto, el signo político de la fidelidad varió al compás de la coyuntura, pero nada más; el de las *calidades* –la imagen del juez, de este modo entendida– fue seguramente el problema fundamental del aparato judicial durante el siglo XIX. Como dejó establecido el Real Decreto de 29 de diciembre de 1838:

«En todos los casos de ascenso, gracia o promoción prefijados en este Decreto, será requisito indispensable la buena conducta moral y política del interesado acreditada en debida forma» (151).

presente el estudio de A. GIULIANI y N. PICARDI: *La responsabilità del giudice*, rist. aggiornata, Milano, 1995.

(149) Recuérdese que la Constitución, en su artículo 251 estableció: «Para ser nombrado magistrado o juez se requiere haber nacido en el territorio español, y ser mayor de veinte y cinco años. Las demás calidades que respectivamente deban estos tener, serán determinadas por las leyes». Como en efecto hizo el decr. CLI, de 17-4-1812, al precisar las «calidades que deben concurrir en los que han de ser nombrados Ministros del Supremo Tribunal de Justicia» (aquellos que, para dar ejemplo a los inferiores, deben poseerlas «en grado eminente»); muy poco después literalmente extendido a todos los jueces y magistrados, en virtud del decr. CLXVIII, de 3-6-1812 («sobre las calidades que deben tener los empleados en la judicatura»). En aplicación de este criterio político, el decr. CCII, de 9-10-1812, autorizó a cesar a aquellos que «no mereciesen la confianza del Gobierno».

(150) Posiblemente en aras de esto, fue suprimido incluso un requisito como el del desarraigo (decr. CCII, 9-10-1812, art. 3, que no considera impedimento «el que sean naturales de la provincia o partido en que hayan de ejercer sus funciones»), que estaba en la lógica del modelo imperante, y fue, de hecho, rigurosamente establecido por los moderados: RD 7-3-1851, art. 9, y RD 10-6-1851, art. 1.

(151) Artículo 18 del RD 29-12-1838, estableciendo reglas para mejorar la condición de los magistrados y jueces, en cuya exposición se dice: «La alta importancia de la administración de justi-

Con estos presupuestos, ni los constituyentes gaditanos, primero, ni los gobernantes moderados, después, podían escapar a la lógica de las instancias y los votos. Como queda dicho, esta lógica respondía, ni más ni menos, a la necesidad de definir la justicia en términos formales, identificándola con la solución que concita, bajo las condiciones reglamentariamente exigidas, la conformidad del número de magistrados requerido, ora sucesivamente, agotando las instancias, ora simultáneamente, mediante la votación colegiada de los tribunales. Esto es lo principal. Cualesquiera variaciones que se realicen sobre este esquema, y hubo algunas, responden a consideraciones de política judicial y posiblemente sean significativas para una historia de la justicia, pero desde luego son por completo irrelevantes para introducir ninguna variación en la calificación del modelo. Con todo, éste se mostró muy estable incluso en sus detalles, porque la regulación gaditana de 1812 fue reproducida, en ocasiones literalmente, por el Reglamento provisional de 1835 (152).

El tres continuó siendo el número clave. La Constitución determinó que los pleitos (civiles, se entiende) fueran vistos como máximo a través de tres instancias (art. 285), dos de las cuales habían de ser colegiadas y resolvían por mayoría de tres votos (153). Esta era la regla general y más fundamental, así que podemos prescindir de todo lo demás. En rigor, la única modificación apreciable respecto a la situación heredada está en la revitalización de la tercera instancia, alcanzada mediante la prohibición constitucional de que unos mismos jueces sentenciasen los pleitos en vista y revista (154) (que, todo hay que decirlo, era una viejísima aspiración, remontable en sus propios términos cuando menos hasta la rebelión de

cia pende en gran parte de la suficiencia y prestigio de los jueces: y éstos los tienen indudablemente mayor cuanto más exquisitas pruebas de aptitud e integridad hayan precedido a su nombramiento», entre las cuales está, desde luego, la de una «conducta irrefragable», para facilitar lo cual existirá en la Secretaría de Gracia y Justicia «un registro general, u hoja de servicios, méritos y calidades de cada uno de los jueces, a la que se pueda acudir tanto para sus promociones, como para sus destituciones». Véanse también, p. ej., las disposiciones siguientes: RD 6-10-1835, mandando que para las plazas de jueces letrados y ministros togados no se propongan más que los sujetos que tengan las circunstancias que se expresan; RO 25-12-1837, nombrando una comisión para elaborar un proyecto de ley relativo a las circunstancias que deben adornar a los magistrados y jueces, y otro acerca de la responsabilidad judicial; RO 20-12-1838, con ciertas prevenciones relativas a la pronta administración de justicia; Circular de 26-6-1842, trazando a los tribunales y jueces la línea de conducta que deben seguir; o, en fin, las relativas a la responsabilidad judicial citadas en la n. 173.

(152) Decreto CCI, 9-10-1812. «Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia»; RD 26-9-1835, que contiene el Reglamento para la administración de justicia en lo respectivo a la jurisdicción ordinaria. Sobre este último, véase M. LORENTE: «Reglamento provisional y administración de justicia (1833-1838). Reflexiones para una historia de la justicia decimonónica», en J. M. SCHOLZ, (ed.): *El Tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt a. M., 1992, pp. 215-295.

(153) Cfr. decr. 9-10-1812, cap. I, arts. 30 y ss.; y Regl. 1835, arts. 74 y ss.

(154) Esto es, segunda y tercera instancias: art. 264. Que fue institucionalmente articulado, en el seno de las Audiencias, mediante la atribución del conocimiento de las suplicaciones interpuestas contra las sentencias de una sala a otra (o una de las otras, en función del número que tuvieran). Cfr. decr. 9-10-1812, cap. I, arts. 30 y siguientes.

las Comunidades) (155). Pero incluso esta reforma era contemplada desde la lógica del número de votos, y por esto se exigió que a la vista de la suplicación concurriesen cuando menos dos jueces más que en la segunda instancia (lo contrario podía conducir a que la sentencia ejecutoria fuese adoptada por menor número de jueces que la sentencia recurrida) (156). En último término, la justicia seguía siendo una cuestión de cantidad: aparecería tanto más cierta cuanto mayor fuera el número de jueces que conviniesen en una misma solución, y de aquí que el régimen de las instancias se hiciera depender de la conformidad o disconformidad de las sentencias dictadas en los tramos inferiores (157).

Los votos, cada uno de ellos, no tienen relevancia en sí mismos o la tienen sólo endoprosesal, porque no sirven más que al fin de formar la mayoría requerida y de ninguna manera pueden trascender: son secretos. Conforme a la regla tradicional, en 1835 se dispuso que todos los jueces asistentes a la determinación del pleito debían firmar la sentencia resultante (aunque se les permita salvar su voto, si es disidente, anotándolo, sin fundamento alguno –tal como se previene expresamente– en un libro *ad hoc*, que tiene carácter secreto) (158).

En suma, la probidad del juez, combinada con una colegialidad que indefectiblemente aparenta resolverse en cerrada unanimidad, debían servir para producir el efecto deseado: lograr que resplandeciera la justicia. De ahí que fuera tan importante que las normas se cumplieran sin remisión. Una vez más, así lo indican aquéllas de entre éstas dictadas para adaptar los viejos instrumentos a los nuevos aparatos.

Es más, la mejor prueba de que el modelo constitucional gaditano está animado por la lógica de la competencia, en función de la cual la responsabilidad personal de sus agentes sirve al fin de garantizar el cumplimiento del derecho (del cumplimiento bajo responsabilidad: recuérdese el artículo 254 de la Constitución de 1812), como los Decretos de 1811 ponen de manifiesto y alguna vez se ha dicho, debe buscarse en las disposiciones reformadoras del aparato judicial (159). Muy pronto, el mismo año de 1813 se dictó el famoso Decreto con las «Reglas para que se haga efectiva la responsabilidad de los empleados públicos», entre los cuales recibían atención específica y preferente los magistrados y jueces. Como su propio título indica, el Decreto parte del principio de responsabilidad establecido por la Constitución y busca dotarlo de efectividad, para lo cual reformula las reglas y aprovecha los procedimientos forjados en el Antiguo Régimen. Sólo a

(155) Cfr. GARRIGA: *La Audiencia*, cit., p. 374.

(156) Constitución 1812, art. 285; decr. 9-10-1812, arts. 30, 32, 33.

(157) *Ibidem*.

(158) Reglamento 1835, art. 82; Ordenanzas de las Audiencias (1835), arts. 20 y 39. Vigentes como estaban las del Antiguo Régimen, esta previsión era innecesaria bajo la Constitución de 1812.

(159) Cfr. decr. LXXVI, 14-7-1811 y decr. CVII, 11-11-1811. Cfr. LORENTE: *Las infracciones*, cit.; C. GARRIGA: «Constitución, ley, reglamento: el nacimiento de la potestad reglamentaria en España (1810-1814, 1820-1823)», en *AHDE*, LXV (1995), pp. 449-531, esp. 523 y siguientes.

partir de esta consideración puede entenderse su contenido, que consecuentemente no se mueve en el terreno declarativo de los principios, sino en el más práctico de los mecanismos institucionales. No es éste el mejor momento para entrar a detallar sus preceptos, pero sí es preciso enunciar sus características principales. Son éstas:

(i) Control jerárquico constante y encadenado desde el Tribunal Supremo hasta el último de los jueces inferiores, que busca uniformar de arriba a abajo el aparato judicial, imponiendo a todo él un modelo de conducta. Por un lado, los superiores son «responsables de las faltas que cometen en el servicio sus respectivos inferiores y subalternos, si por omisión o tolerancia diesen lugar a ellas, o dexasen de poner inmediatamente para corregirlos el oportuno remedio» (art. xiii); en consecuencia, los jueces están sometidos y someten a vigilancia constante su conducta profesional. Por otro lado, los hechos o actos –las *faltas*– que dan lugar a responsabilidad se mantienen en un notable grado de indeterminación (*abusos, lentitud, desaciertos*) (160).

(ii) La culpa del juez o magistrado se configura de manera prácticamente objetiva y está dotada de un régimen procesal sumamente riguroso, con el evidente objeto de amparar las nuevas leyes revolucionarias. Por una parte, la culpa se entiende al modo tradicional como mera negligencia o impericia, siempre que por ellas se falle contra ley expresa, pero es que además toda contravención de las leyes que arreglan el proceso origina responsabilidad (civil y disciplinaria), con independencia de la aptitud y el comportamiento del juez (161). Por otra parte, la revocación de toda sentencia dictada contra ley expresa da lugar *eo ipso* y en el mismo acto a la imposición de las penas previstas, que se ejecutarán «irremisiblemente desde luego, sin perjuicio de que después se oiga al magistrado o juez, por lo que a él toca, si reclamase» (se entiende que para exonerarse de culpa, esto es, para probar que no sentenció contra ley expresa por falta de instrucción o por descuido) (162).

(iii) La mera negligencia reiterada (que podría ser conceptualizada como culpa grave) (163) y, por supuesto, toda contravención intencionada del Derecho,

(160) Artículo XIV: «En su consecuencia, todo tribunal superior que dos veces haya reprehendido ó corregido á un juez inferior por sus abusos, lentitud ó desaciertos, no lo hará por tercera, sino mandando al mismo tiempo que se forme contra él la correspondiente causa para suspenderlo ó separarlo si lo mereciese»; aunque previniendo que no los deben «incomodar... con multas, apercibimientos, ni otras condenas por errores de opinión en casos dudosos, ni por leves y excusables descuidos»; debiendo tratarlos con *decoro*, y oyéndolos «en justicia, suspendiendo la reprehension ó correccion que así les impongan, siempre que representen sobre ello». *Cfr.* el art. VI, transcrito en la n. 165.

(161) Artículo VII: «El magistrado ó juez que por falta de instruccion ó por descuido falle contra la ley expresa, y el que por contravenir á las leyes que arreglan el proceso, dé lugar á que el que haya formado se reponga por el tribunal superior competente, pagará todas las costas y perjuicios, y será suspenso de empleo y sueldo por un año. Si reincidiese, sufrirá igual pago, y será privado de empleo, é inhabilitado para volver á ejercer la judicatura».

(162) Artículo VII, con referencia a las penas previstas en el VII. Los arts. IX a XII regulan la competencia del Tribunal Supremo de Justicia al respecto.

(163) *Cfr.* el ya *cit.* art. XIV.

causa responsabilidad penal, que entra en juego así no sólo para reprimir las conductas judiciales típicamente delictivas (prevaricación, cohecho, baratería) (164), sino también para modelar la conducta moral, social y profesional del juez, sancionando con la *pena* de privación de empleo la *incontinencia pública*, la *embriaguez repetida* y toda otra suerte de *inmoralidad escandalosa*, así como la *conocida ineptitud o desidia habitual en el desempeño de sus funciones* (165).

(iv) El Decreto refleja una cierta indistinción conceptual entre los varios tipos de responsabilidad posibles, en atención a la conducta del juez y a sus consecuencias, indistinción que principalmente se resuelve en la dilatación del ámbito de la responsabilidad penal, la cual se extiende en 1813 hasta acoger todos los supuestos sancionados con suspensión/privación de empleo, que son la mayoría (como el Código Penal de 1822 vino a confirmar). De hecho, una responsabilidad disciplinaria no existe más que como antecedente –si así puede decirse– de la penal, y la civil se contempla siempre como accesoria de una de ambas o bien (para los supuestos culposos) conlleva sanciones de uno u otro tipo. Probablemente esto estuviera determinado por el principio constitucional, pero era en todo caso coherente con la estructuración programada del aparato judicial, coronado por un Tribunal Supremo con la funciones ya vistas, y servía al fin de aprovechar las ventajas que en cierto sentido ofrecía el proceso penal, una de las cuales –y no la menor– era la configuración de una acción popular para la persecución de estos delitos (166).

(v) El mismo propósito –*mutatis mutandi*– parece haber animado el mantenimiento de la confusión entre el recurso y la acción de responsabilidad –que arranca de la identificación entre el acto (o decisión) y la persona (del juez)–, muy apropiada a la economía institucional de organizaciones precarias, desde el momento que el enjuiciamiento de la sentencia conlleva (o permite) como responsable el de su autor. Justamente por ello, debe preverse expresamente que en ausencia de recurso se concede a los agraviados «acción para acusar al magistrado o juez que haya contravenido a las obligaciones de su cargo» (167).

(vi) El problema que se encuentra en la base de este peculiar régimen –no estará de más repetirlo– probablemente no sea otro que la no motivación de las

(164) *Vid.* los arts. I a V, que al efecto actualizan el régimen tradicional, establecido en las *Partidas* (sobre el cual, *loc. cit.* en n. 60).

(165) Art. VI, que vale la pena reproducir: «Si un magistrado ó juez fuese convencido [*sic*] de incontinencia pública, ó de embriaguez repetida, ó de inmoralidad escandalosa por cualquier otro concepto, ó de conocida ineptitud ó desidia habitual en el desempeño de sus funciones, cada una de estas causas será suficiente de por sí para que el culpado pierda el empleo, y no pueda volver á administrar la justicia, sin perjuicio de las demás á que como particular le hagan acreedor sus excesos».

(166) Art. XXI, que admite la acusación de *qualquiera español* en la persecución de los delitos previstos en los seis primeros artículos, legitimando para los restantes casos tan sólo a *las partes agraviadas y los fiscales*.

(167) Art. XX, que añade: «y en este nuevo juicio no se tratará de abrir el anterior, sino únicamente de calificar si es ó no cierto el delito del juez o magistrado para imponerle la pena que merezca».

decisiones judiciales, que impide objetivar las razones del fallo y consecuentemente hace depender el acto –para bien y para mal– de la conducta personal del juez; y con seguridad es la causa eficiente de la visita de causas, como forma de control (externo y extraordinario), *i. e.*, como única vía para comprobar *ex officio*, o sea, al margen del recurso o la acción intentada por el particular (o el fiscal: art. xx) la actividad procesal de los jueces, particularmente, el acatamiento de la ley (y la Constitución) que la sentencia por principio silencia (168).

Así configurado, el régimen de la responsabilidad sirve ante todo para articular jerárquicamente el aparato judicial (tanto por vía procesal, a consecuencia de los recursos, o genéricamente judicial, por la vía del recurso de nulidad, como administrativa o disciplinaria, en cuanto que parte sustancial de las funciones que caben al superior respecto de sus inferiores), mediante la imposición de un cierto modelo de juez, caracterizado no sólo por «su puntualidad en la observancia de la Constitución y de las leyes», sino también –más genérica y significativamente– por la *buena conducta y aptitud*, apreciada en cada caso por los superiores (art. xxxi). Todos los medios previstos y hasta aquí señalados confluyen hacia este fin, revelando así que su principal objeto fue asegurar, mediante la *responsabilidad*, la fidelidad más que dudosa de un aparato como el judicial, proveniente en bloque del Antiguo Régimen. De ahí que el Decreto de 1813 –tras determinar la competencia jerárquica y fijar ciertas reglas de procedimiento (169)– culmine supeditando el nombramiento y la promoción de los jueces a la *responsabilidad*, que de este modo es puesta al servicio de las *calidades*, permaneciendo ambas entrelazadas al modo como lo estaban en el Antiguo Régimen. La responsabilidad como medio y el modelo de juez constitucional (es decir, moral y políticamente determinado) como fin.

Con un punto de exageración puede decirse, así pues, que el Decreto de 1813 articula normativamente el ideario judicial enunciado por el *Discurso preliminar* de la Constitución doceañista (170), y en buena medida retomado cuando se restableció definitivamente el tracto constitucional. En efecto, los textos siguieron las vicisitudes del régimen liberal y fueron definitivamente abrogados por la reacción absolutista que puso fin a la experiencia política del Trienio liberal, pero su argumento dominó el discurso normativo al menos hasta el Sexenio democrático, por más que desde los años treinta pretendiera ocultarse con invocaciones a la independencia del poder judicial.

(168) Para el régimen de estas visitas, vid. arts. XVI-XIX; cuyo alcance fue determinado por el XVII: «Esta visita se reducirá á exâminar las causas, sacando nota expresiva de aquéllas en que el tribunal haya tenido morosidad reparable, ó fallado contra ley expresa, ó contravenido á la Constitución, ó cometido alguna arbitrariedad ó abuso que merezca la atención del Gobierno». Como es sabido, fue puesta en práctica durante el Trienio: LORENTE: *Las infracciones. cit.*, pp. 253 y siguientes.

(169) *Cfr.* arts. XXI-XXVIII.

(170) *Vid. supra*, p. 117.

Para entonces, la responsabilidad era un tema candente, que se movía entre el inevitable mantenimiento del rancio derecho tradicional y el imposible alumbramiento de uno más adecuado a los nuevos tiempos (171), patente en la larga serie de proyectos normativos sobre la responsabilidad (que no por casualidad fue la vía más frecuentemente ensayada para reformar la organización judicial), uno tras otro fracasados (172). Aunque no podemos detenernos en la historia de estos años, verdaderamente decisivos para la construcción del Estado liberal español, el sistemático fracaso de todos estos proyectos pone ya de manifiesto la dirección que tomaba la reforma del aparato judicial. En efecto, a la idea desarrollada a lo largo de estas páginas, que es la que verdaderamente sirvió para estructurar el aparato judicial, se sobrepuso en los textos un discurso político que, proclamando con palabras altisonantes la independencia del poder judicial, entrelazaba la responsabilidad con la inamovilidad (173). Y no es así. La inamovilidad, vista como piedra angular de la independencia, no depende de la responsabilidad judicial, sino del modelo constitucional de juez: ¿cómo puede ser inamovible un juez que tiene como punto de referencia no la ley (o el derecho, si se quiere), sino la moral socialmente dominante y el signo político del Gobierno? Con tales presupuestos, el problema de la responsabilidad no podía literalmente resolverse de modo distinto a como lo fue: por vía jerárquica y disciplinaria, gubernativa (174).

(171) Cfr. ORTIZ DE ZÚÑIGA: *Biblioteca judicial*, cit., p. 6, muy gráficamente.

(172) [F. LASSO GAITE]: *Crónica de la codificación española. I. Organización judicial*, Madrid, 1970, pp. 30 y siguientes.

(173) Algo que ha querido verse, si no interesada, al menos erróneamente como el argumento principal del siglo: cfr. J. MONTERO AROCA: *Independencia y responsabilidad del juez*, Madrid, 1990; PAREDES: *La organización de la justicia*, cit. Véanse, p. ej.: RD 22-3-1837, incluyendo la ley de las Cortes que restablece la Orden y Decreto que se citan (de 29-6-1822) sobre formación de causa a los Magistrados y Diputados a Cortes; RO 25-12-1837, nombrando una comisión para que proponga un proyecto de ley relativo a las circunstancias que deban adornar a los magistrados y jueces, y otro acerca de la responsabilidad judicial: RD 29-12-1838, ya cit (supra, n. 151); Decr. Reg. 16-10-1840, declarando la inamovilidad de los magistrados y jueces; RD 8-10-1847, mandando por el Ministro de Gracia y Justicia someta a la Real aprobación y presente a la de las Cortes un proyecto de ley sobre el nombramiento, responsabilidad e inamovilidad de los jueces y magistrados (merece la pena leer su preámbulo): RO 8-10-1847, dictada a consecuencia del anterior, para la Comisión de Códigos. Noticia detallada sobre los proyectos en cuestión, en LASSO GAITE: *Crónica de la codificación*, cit.

(174) Cfr. Circular 21-1-1844, encargando a los regentes de las Audiencias que tomen las providencias necesarias para la más exacta administración de justicia («la tibieza, la falta de energía y la negligencia son defectos gravísimos, que si por una ley especial de responsabilidad no pueden corregirse judicialmente, exigen de parte del Gobierno providencias severas si ha de ejercer con fruto sobre la administración de justicia la alta y eficaz inspección que la Constitución del Estado le encomienda»). Al final del período que consideramos, y con notable sinceridad, un Real Decreto de 5-1-1855 relegó el discurso sobre la inamovilidad al terreno de la teoría («un Juez —decía tópicamente su preámbulo— no debe ser inamovible sin ser al mismo tiempo responsable, pues si la inamovilidad le hace independiente, la responsabilidad asegura á los ciudadanos que sus fallos no serán hijos del capricho ó de la arbitrariedad. Pero la inamovilidad elevada á teoría no ha podido realizarse en la práctica á consecuencia de las vicisitudes políticas, y el personal de la Magistratura ha sufrido en pocos años grandes, profundas y

No es exagerado afirmar que el discurso normativo se mueve aquí en dos niveles: el uno políticamente relevante, el otro jurídicamente eficiente. El ministro José Alonso incurrió en la deliciosa contradicción de expresar el uno y el otro en sendos párrafos basilares de una misma circular.

Por un lado, el régimen de la ley:

«Ante la ley todos son iguales: todos tienen el mismo derecho a que sean respetados los que la misma ley les atribuye; la ley y la justicia son impasibles, no reconocen amigos ni enemigos, ni ven más que el derecho y la razón de los que invocan su nombre y se acogen a su protección augusta.

El magistrado y el juez deben ser tan impasibles como la ley misma: el poder que ejercen sólo lo tienen por ella, con la ley lo pueden todo, sin ella nada absolutamente: no son el fin ni deben ser más que órganos de la ley, seres impasibles de cuyos labios salgan única y exactamente las disposiciones y hasta las palabras de la ley sin tergiversación alguna».

Por otro lado, empero, estos magistrados, que –ya se ve– deben aplicar la ley, son literalmente considerados como «sacerdotes de la justicia»:

«la magistratura de un gobierno constitucional [...] exige que la moralidad, la rectitud y la imparcialidad, que siempre han formado la esencia de la buena administración de justicia, sean más austeras y más escrupulosamente observadas».

Contra lo que *hoy* pudiera pensarse, el primero y no este segundo era el párrafo cargado *entonces* de metáforas retóricas, como el propio ministro nos desvela al final:

«Con estas calidades (moralidad, rectitud, imparcialidad), que suponen y envuelven la conducta más esmerada y decorosa, la vida más pura y arreglada de los magistrados y jueces, sus decisiones serán indudablemente justas;...» (175).

Efectivamente, de esto se trataba. Frente al imperio (retórico) de la ley, el gobierno (práctico) de los magistrados.

V

Recapitulemos. Desde un primer momento las Cortes de Cádiz instalaron en el centro de sus preocupaciones el binomio formado por las calidades y la respon-

frecuentes alteraciones») y organizó en la práctica una depuración en toda regla (entre otros, serían declarados cesantes, según su art. 3, «los que por su comportamiento en el ejercicio de sus cargos hubieren dado á conocer que carecen de la aptitud, circunspeccion y prudencia necesarias para el desempeño de la elevada misión de decidir de los mas altos intereses de la sociedad y de los individuos»).

(175) Circular (del ministro de Gracia y Justicia), 27-5-1841, para que la administración de justicia sea imparcial, recta y pronta.

Para entonces, la responsabilidad era un tema candente, que se movía entre el inevitable mantenimiento del rancio derecho tradicional y el imposible alumbramiento de uno más adecuado a los nuevos tiempos (171), patente en la larga serie de proyectos normativos sobre la responsabilidad (que no por casualidad fue la vía más frecuentemente ensayada para reformar la organización judicial), uno tras otro fracasados (172). Aunque no podemos detenemos en la historia de estos años, verdaderamente decisivos para la construcción del Estado liberal español, el sistemático fracaso de todos estos proyectos pone ya de manifiesto la dirección que tomaba la reforma del aparato judicial. En efecto, a la idea desarrollada a lo largo de estas páginas, que es la que verdaderamente sirvió para estructurar el aparato judicial, se sobrepuso en los textos un discurso político que, proclamando con palabras altisonantes la independencia del poder judicial, entrelazaba la responsabilidad con la inamovilidad (173). Y no es así. La inamovilidad, vista como piedra angular de la independencia, no depende de la responsabilidad judicial, sino del modelo constitucional de juez: ¿cómo puede ser inamovible un juez que tiene como punto de referencia no la ley (o el derecho, si se quiere), sino la moral socialmente dominante y el signo político del Gobierno? Con tales presupuestos, el problema de la responsabilidad no podía literalmente resolverse de modo distinto a como lo fue: por vía jerárquica y disciplinaria, gubernativa (174).

(171) Cfr. ORTIZ DE ZÚÑIGA: *Biblioteca judicial*, cit., p. 6, muy gráficamente.

(172) [F. LASSO GAITE]: *Crónica de la codificación española. I. Organización judicial*, Madrid, 1970, pp. 30 y siguientes.

(173) Algo que ha querido verse, si no interesada, al menos erróneamente como el argumento principal del siglo: cfr. J. MONTERO AROCA: *Independencia y responsabilidad del juez*, Madrid, 1990; PAREDES: *La organización de la justicia*, cit. Véanse, p. ej.: RD 22-3-1837, incluyendo la ley de las Cortes que restablece la Orden y Decreto que se citan (de 29-6-1822) sobre formación de causa a los Magistrados y Diputados a Cortes; RO 25-12-1837, nombrando una comisión para que proponga un proyecto de ley relativo a las circunstancias que deban adornar a los magistrados y jueces, y otro acerca de la responsabilidad judicial; RD 29-12-1838, ya cit (supra, n. 151); Decr. Reg. 16-10-1840, declarando la inamovilidad de los magistrados y jueces; RD 8-10-1847, mandando por el Ministro de Gracia y Justicia someta a la Real aprobación y presente a la de las Cortes un proyecto de ley sobre el nombramiento, responsabilidad e inamovilidad de los jueces y magistrados (merece la pena leer su preámbulo); RO 8-10-1847, dictada a consecuencia del anterior, para la Comisión de Códigos. Noticia detallada sobre los proyectos en cuestión, en LASSO GAITE: *Crónica de la codificación*, cit.

(174) Cfr. Circular 21-1-1844, encargando a los regentes de las Audiencias que tomen las providencias necesarias para la más exacta administración de justicia («la tibieza, la falta de energía y la negligencia son defectos gravísimos, que si por una ley especial de responsabilidad no pueden corregirse judicialmente, exigen de parte del Gobierno providencias severas si ha de ejercer con fruto sobre la administración de justicia la alta y eficaz inspección que la Constitución del Estado le encomienda»). Al final del período que consideramos, y con notable sinceridad, un Real Decreto de 5-1-1855 relegó el discurso sobre la inamovilidad al terreno de la teoría («un Juez —decía tópicamente su preámbulo— no debe ser inamovible sin ser al mismo tiempo responsable, pues si la inamovilidad le hace independiente, la responsabilidad asegura á los ciudadanos que sus fallos no serán hijos del capricho ó de la arbitrariedad. Pero la inamovilidad elevada á teoría no ha podido realizarse en la práctica á consecuencia de las vicisitudes políticas, y el personal de la Magistratura ha sufrido en pocos años grandes, profundas y

No es exagerado afirmar que el discurso normativo se mueve aquí en dos niveles: el uno políticamente relevante, el otro jurídicamente eficiente. El ministro José Alonso incurrió en la deliciosa contradicción de expresar el uno y el otro en sendos párrafos basilares de una misma circular.

Por un lado, el régimen de la ley:

«Ante la ley todos son iguales: todos tienen el mismo derecho a que sean respetados los que la misma ley les atribuye; la ley y la justicia son impasibles, no reconocen amigos ni enemigos, ni ven más que el derecho y la razón de los que invocan su nombre y se acogen a su protección augusta.

El magistrado y el juez deben ser tan impasibles como la ley misma: el poder que ejercen sólo lo tienen por ella, con la ley lo pueden todo, sin ella nada absolutamente: no son el fin ni deben ser más que órganos de la ley, seres impasibles de cuyos labios salgan única y exactamente las disposiciones y hasta las palabras de la ley sin tergiversación alguna».

Por otro lado, empero, estos magistrados, que –ya se ve– deben aplicar la ley, son literalmente considerados como «sacerdotes de la justicia»:

«la magistratura de un gobierno constitucional [...] exige que la moralidad, la rectitud y la imparcialidad, que siempre han formado la esencia de la buena administración de justicia, sean más austeras y más escrupulosamente observadas».

Contra lo que *hoy* pudiera pensarse, el primero y no este segundo era el párrafo cargado *entonces* de metáforas retóricas, como el propio ministro nos desvela al final:

«Con estas calidades (moralidad, rectitud, imparcialidad), que suponen y envuelven la conducta más esmerada y decorosa, la vida más pura y arreglada de los magistrados y jueces, sus decisiones serán indudablemente justas;...» (175).

Efectivamente, de esto se trataba. Frente al imperio (retórico) de la ley, el gobierno (práctico) de los magistrados.

V

Recapitulemos. Desde un primer momento las Cortes de Cádiz instalaron en el centro de sus preocupaciones el binomio formado por las calidades y la respon-

frecuentes alteraciones») y organizó en la práctica una depuración en toda regla (entre otros, serían declarados cesantes, según su art. 3. «los que por su comportamiento en el ejercicio de sus cargos hubieren dado á conocer que carecen de la aptitud, circunspeccion y prudencia necesarias para el desempeño de la elevada mision de decidir de los mas altos intereses de la sociedad y de los individuos»).

(175) Circular (del ministro de Gracia y Justicia). 27-5-1841, para que la administración de justicia sea imparcial, recta y pronta.

sabilidad del juez, para articular jerárquicamente el aparato judicial, con mayor o menor éxito, al servicio de las políticas de los gobiernos de turno, que fueron los rasgos predominantes a lo largo de las décadas siguientes, por debajo de la retórica sobre el poder judicial que se escucha cada vez con más frecuencia desde 1837. Si comparamos esta situación con el legado del Antiguo Régimen tenemos que concluir que no hay un momento de ruptura (en este terreno) no ya entre el Antiguo Régimen y Cádiz, sino entre éste y el régimen liberal de los moderados.

Estas afirmaciones no responden al propósito deliberado de sumarnos al carro provocativo de la «persistencia del Antiguo Régimen», sino más bien al intento de periodificar el tránsito al régimen liberal en atención a los elementos verdaderamente estructurales, sin dar en ningún momento por supuesto que el evidente cambio político arrastrase consigo una mutación integral y valorando en su justa medida el mantenimiento de las prácticas institucionales del aparato. Ahora bien, esto no significa que antes y después las cosas fueran igual. No lo eran, y por ello resulta imperioso marcar las diferencias que indudablemente había para caracterizar una y otra experiencias. Por una parte, parece claro que la transición del Antiguo Régimen al régimen liberal en el terreno que nos ocupa fue fruto no de la afirmación contundente del principio de legalidad, sino del desarrollo de prácticas que, como la lenta introducción de la motivación de sentencias, terminaron por garantizar de alguna manera el sometimiento del juez a la ley, sin el cual ya se ha dicho que cualquier pretensión de inamovilidad (y, por ende, de independencia) es una ilusión no menos políticamente interesada. Por otra parte, es evidente que las diferencias que separan la experiencia constitucional gaditana de sus momentos anterior y posterior estriban, primero y ante todo, en el valor de la Constitución y su trascendencia para la garantía de los derechos.

En cualquier caso, a la vista del mantenimiento de prácticas e instituciones del Antiguo Régimen, que tenían por objeto literalmente suplantar a la motivación de las sentencias en su función de garantizar el cumplimiento de la ley, no puede afirmarse que España entronizara un «régimen de legalidad» de impronta francesa. Así pues, mantener que el modelo constitucional español fue *ab origine legicéntrico* implica, ni más ni menos, rendirse a la apariencia de las palabras, desconociendo la evidencia del discurso normativo y la práctica institucional decimonónica (176).

(176) Con posterioridad a la redacción de estas páginas, hemos desarrollado algunas de las ideas aquí apuntadas en nuestro trabajo: «El modelo constitucional gaditano» (en prensa).