

# **REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

**AÑO XXX JULIO-SEPTIEMBRE DE 1962 — Nº 121**

**DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ**

**CONSEJO CONSULTIVO:**

**MANUEL SANHUEZA CRUZ**

**HUMBRETO TORRES RAMIREZ**

**JUAN BIANCHI BIANCHI**

**QUINTILIANO MONSALVE JARA**

**MARIO CERDA MEDINA**

**LUIS HERRERA REYES**

**ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA — CONCEPCION (CHILE)**

## **RAMIRO MENDEZ BRAÑAS**

**Profesor de Derecho Procesal de la  
Universidad de Chile y Ministro de  
la Excm. Corte Suprema.**

### **EL RECURSO DE CASACION (\*)**

#### **Primera Conferencia**

Sea mi primera palabra para expresar mi profundo agradecimiento al señor Director de esta Escuela, mi apreciado amigo Juan Bianchi, por las elogiosas palabras con que se ha referido a mi persona y a mi modesta labor de Profesor y de Juez.

Esos elogios, que estoy muy lejos de merecer, son fruto de su benevolencia y no de mis merecimientos, motivo que compromete mayormente todo mi reconocimiento.

Ha tenido mi amigo Bianchi la ocurrencia de hacer algunos recuerdos de mi pasado. No es posible dudar que muchas voces más autorizadas que la mía han ocupado esta tribuna. Pero mi presencia en esta cátedra tiene la particularidad de ser la de uno de los vuestros. Muy cerca de aquí está mi Talcahuano natal, que tanto quiero. En esta ciudad de Concepción hice mis estudios de Humanidades; aquí estudié Derecho y sentí las primeras inquietudes por esta rama de la ciencia.

Hay momentos determinantes en la vida del hombre en que, según lo dijera con mucho acierto Marcel Proust, en su libro

---

(\*) Ciclo de conferencias pronunciadas por el autor en el Aula Magna de la Escuela de Derecho de la Universidad de Concepción, durante los días 28, 29 y 30 de Mayo del presente año, dentro del programa de Cursos para Post-Graduados organizados por la H. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción,

maravilloso "A la busca del tiempo perdido", parece que el espíritu libre de bullicio del mundo exterior se silenciara para dejar aflorar los más nobles sentimientos, los recuerdos más tiernos.

Al encontrarme de nuevo en esta ciudad, en esta Escuela, fluye a mi mente el recuerdo de todos mis maestros y de mis compañeros de estudio; y sería injusto nombrar a algunos de ellos y omitir a otros, porque a cada uno nuestros profesores debemos parte de lo que somos y de lo que hemos aprendido posteriormente. Pero creo que mi justicia no sería completa si dejara pasar esta ocasión, que para mí es grata, llena de emotividad, si no recordara especialmente a uno de ellos; quiero referirme a mi maestro de Derecho Civil, don Esteban S. Iturra.

Y aprovecho esta primera ocasión en que me encuentro aquí, para rendir un homenaje de reconocimiento y de gratitud a la memoria del maestro incomparable, al mejor de los amigos, al brillante iniciador del estudio doctrinario del Derecho en esta ciudad. Han pasado los años y he asistido a muchos cursos y nunca he visto superadas las enseñanzas de don Esteban S. Iturra. El quiso hacer de mí un maestro, y quería que fuese —como él— profesor de Derecho Civil. Pero la vida es superior a los deseos de los hombres y circunstancias diversas me hicieron girar a otros campos de los estudios jurídicos.

\* \* \*

Traigo aquí una parte del fruto de lo que haya podido aprender a través de años de estudio y de experiencia judicial.

Dentro de la magnitud del Derecho hay aspectos que siempre resultan interesantes, porque como el Derecho es algo vivo, destinado a regir la conducta humana, las relaciones de los hombres, está siempre en un primer plano de convivencia y en esta época en que la tecnología, en que lo práctico, en que lo real, trata de superar lo intelectual o lo meramente especulativo, yo mismo más de alguna vez me he formulado la siguiente pregunta: ¿No será acaso bizantino hacer sutiles disquisiciones de Derecho cuando ya el mundo gira en torno al espacio? Pero me contesto la pregunta negativamente, porque, cualquiera que

## EL RECURSO DE CASACION

5

sea el destino del hombre, cualquiera que sea el concepto final que tengamos acerca de la vida, el hecho es que todos —unos desde un plano, otros desde uno diverso— procuramos obtener una existencia más grata, una convivencia humana más justa, una convivencia en que la vida resulte más llevadera; y para lograr aquellas finalidades el hombre no ha inventado todavía otro instrumento más adecuado que el Derecho.

Aquel poeta del Derecho Procesal —y parece paradójal que el Derecho Procesal pudiese tener poesía— que se llamó Eduardo Couture, Decano de la Facultad de Derecho de Montevideo, el primer procesalista de Sudamérica, en unos principios que él esbozó y que al final se convirtieron en el Decálogo de los Abogados, dijo, con mucha propiedad, que el Derecho es el mejor medio de convivencia humana; que la Justicia es el más alto destino del Derecho; que la Paz sustituye benévolamente al Derecho. Pero, dice a los futuros abogados: hay que creer por sobre todo en la Libertad, porque sin Libertad no hay Paz, no hay Justicia ni hay Derecho.

\* \* \*

Por amable invitación de las autoridades de esta Facultad, me ocuparé de alguno de los problemas que suscita el recurso de casación, y debo comenzar, a manera de preámbulo y para ordenar las ideas, por referirme a la naturaleza jurídica del proceso y a los antecedentes históricos que sirvieron de base al recurso.

La trayectoria del Derecho en general en nuestro país no presenta dificultades en el campo del Derecho Privado, es simple. Todos nos levantamos hasta las instituciones de Roma, pasamos un poco por el Derecho Español, hablamos de los autores franceses, desde Potier a Josserand, para concluir en el Código de Bello.

En el campo del Derecho Procesal es diferente; tiene importancia también el Derecho Francés, pero no es la fuente principal del Derecho Procesal como una autonomía propia, porque, es curioso observar, no se le atribuye en general al procedimiento la importancia que tiene en la vida colectiva. Ya que no de-

bemos olvidar que el proceso es el instrumento de la Justicia, está destinado a realizar la Justicia y, naturalmente que, según sea la forma en que él se desarrolle, con más seguridad, con más limpieza, digamos, así será de esperar el mejor resultado de este proceso, dentro del procedimiento, está el recurso de casación. Recurso de casación del que espero ocuparme en breves momentos más y el que también es discutido.

Se dice que la casación es innecesaria; que es, como quien dice, un lujo que no se aviene con la época, que es la exageración de los principios, de la especulación científica, pasando por encima de la realidad y, donde quiera que nos dirijamos, y muchas veces en los propios tribunales, por no decir en la Corte de Casación, encontramos quienes no creen en su eficacia. En el fondo ¿qué es esta aversión a la casación? Yo creo que al fin de cuentas, es falta de conocimiento de lo que este instituto significa en la vida jurídica y nada más.

He pretendido estudiar la casación de fondo en sus fuentes primarias. Ya lo diré después. En realidad, aunque la casación tiene una larga trayectoria en la vida institucional de las distintas etapas por que hubo de pasar, la casación actual, la casación de fondo, nació verdaderamente en Francia, a partir de la Revolución Francesa; a lo que dijeran Foignet y Faye, que fueron los primeros juristas de aquella época, es bien poco lo que ha agregado la ciencia del Derecho moderno. Estudiadas estas fuentes primarias, he buscado también el conocimiento en algunos autores italianos: Chiovenda, para mí el primer procesalista de todos los tiempos, un poco Rocco y, finalmente Calamandrei, quien tiene, en mi entender, la virtud, lo declaro ante los estudiantes de Derecho, de aclarar la similitud de los problemas que al jurista se le pueden presentar. Estoy cierto de que a la mayoría de vosotros os ha ocurrido alguna vez, cuando se trata de profundizar un caso, de buscar la solución al problema, nos encontramos con que todos los autores, con unas u otras palabras, van repitiendo la misma idea. Calamandrei tiene la ventaja de que generalmente proporciona una solución para la duda que tenga el estudioso. Y por último, y dentro de la filosofía del Derecho Procesal, creo que vale la pena considerar la obra de James Goldschmidt que, si bien es cierto, se resiente de aquella metafísica jurídica que es tan común al pensamiento



## EL RECURSO DE CASACION

7

alemán, posee el mérito innegable de haber implantado nuevas modalidades en el estudio del Derecho. Y, como resumen de todos ellos, Eduardo Couture, de quien hablé y a quien seguramente tendré que volver a recordar.

\* \* \*

Me parece conveniente hacer una pequeña introducción a la materia, que en forma indirecta incide en el tema central de la casación, para recordar que el supremo ideal de la justicia es el Derecho. El Derecho, supremo ideal de la justicia, regula la convivencia humana, y dentro de esta convivencia humana, el proceso es el instrumento de la libertad de los ciudadanos garantizada por la legalidad. He aquí, talvez, el primer concepto que debemos tener presente para el desarrollo futuro de nuestras observaciones: el sistema de legalidad, el estado organizado, el respeto al Derecho, tanto al Derecho objetivo como al Derecho subjetivo de los ciudadanos.

En este orden para la aplicación del Derecho, Montesquieu ya lo dijo hace muchos años, es indispensable una separación de los distintos órganos de la Administración, a través de la cual, en último término, se tiende a separar la Justicia de la Política, dos enfoques diferentes de lo que es la vida colectiva.

En el sistema de la legalidad, la actuación del Derecho se lleva a cabo en dos etapas perfectamente diferenciadas. En la primera, se formula por el legislador la norma general, mientras más general y abstracta, mejor; y luego, en la segunda, se comprueba la coincidencia entre aquella hipótesis abstracta y general y el caso práctico, real y concreto. Esa es, en sustancia, la misión de los Tribunales de Justicia, la aplicación general del Derecho a los casos particulares y concretos que deben conocer y resolver.

Así, entonces, y aunque parezca un poco curioso, el proceso civil encuentra un lugar entre las garantías constitucionales; no lo dice la Constitución Política en la enumeración de sus garantías, pero en el fondo el proceso cumple aquella finalidad pública de asegurar la legalidad por medio de la actuación de la justicia.

Una evolución a través de la Historia, que parte del proceso romano, sigue en el Derecho Común, en los Estatutos y en el Derecho Canónico, ha llevado hasta las legislaciones modernas el mecanismo del proceso civil, fundado en el principio dispositivo, fuerza motriz destinada a asegurar dos objetos diferentes, pero dirigidos a una misma finalidad: la defensa del derecho subjetivo, por un lado, y la certeza y el respeto del derecho objetivo, por el otro.

A través del tiempo, este concepto del Derecho ha sufrido hondas transformaciones. Nuestra ley procesal, sin embargo, no se ha preocupado del problema relativo a la naturaleza jurídica del proceso. En el Código de Procedimiento Civil no nos encontramos sino con el artículo 29, que hace una descripción de él y dice que se forma por las actuaciones, los documentos, los escritos que se allegan al juicio, pero el Código no explica lo que es el proceso. Entonces, hagamos un recuento de las distintas teorías que han tratado de explicarlo, en forma bastante somera porque no vale la pena extenderse más.

Surgió primeramente un criterio civilista que perduró durante mucho tiempo, tanto en la ciencia como en la jurisprudencia. Emana del Derecho Romano. Todos sabemos que después del primer período de discusión ante el magistrado *iudex*, las partes, en el proceso de la *litis contestatio*, nombraban un juez propio, para que resolviera su caso. En aquellos antiguos tiempos —y esto es interesante de señalar— el Derecho Procesal tuvo vida propia. De ahí resultó que por largos años quedara atrás la doctrina del Derecho Procesal y fuese supeditada en forma tan ostensible por el Derecho Civil.

Como se miraba el proceso con un criterio civilista privado, se dijo: bueno y ¿qué hace el Derecho en el aspecto procesal? La materialidad del Derecho está en el proceso; pero, ¿qué es esto jurídicamente?; y se recurrió a las fuentes de las obligaciones para explicarlo. Así fue como, eliminando el contrato, delito o el cuasidelito, se llegó a explicar el proceso como un cuasicontrato, figura que perduró a través de muchos siglos en los estudios jurídicos. Este es el cuasicontrato de *litis contestatio*, que no existe ya en ninguna parte hoy en día. Es claro que quienes así pensaron, olvidaron la más importante de las fuen-

## EL RECURSO DE CASACION

9

tes de las obligaciones: olvidaron que también la ley es fuente de obligaciones.

Vino en seguida el criterio procesalista. En el criterio procesalista encontramos tres direcciones, tres caminos para explicar la naturaleza del Derecho. Se dice que es una relación jurídica de carácter procesal; que es una situación procesal; o que es una entidad jurídica compleja.

El mayor mérito que, en mi concepto, tiene la teoría de la relación procesal es que fue la primera que ya pudo deslindar el campo del Derecho Procesal del Derecho Civil. Se dice en la historia del Derecho que en el siglo XVII, en Alemania, Heggel fue el primero que esbozó esta teoría. Le siguieron von Bilow y Rosemberg. En Italia, Redenti, Mortara, el gran Chiovenda, Rocco y, por último, Calamandrei.

¿Qué es en último término la doctrina de la relación procesal? Esta teoría ve en el proceso una reacción jurídica nacida de la ley. Surge de la ley porque el juez, órgano del Estado, desempeña la función pública de administrar justicia, ejerce la jurisdicción. Entonces, mediante esta relación, se crean vínculos que ligan a las partes entre sí y a ellas con el tribunal. Estas relaciones de orden jurídico dan origen a derechos y obligaciones recíprocos. El juez tiene la obligación de tramitar el pleito y de fallarlo y las partes la de cumplir esos objetivos y de pasar o aceptar el carácter impositivo de las resoluciones que se dictan.

Chiovenda reestructuró el Derecho en torno a dos ideas básicas: la relación procesal y la autonomía de la acción. Porque, hasta no hace muchos años, se concebía la acción como el derecho deducido en juicio. Chiovenda gastó gran esfuerzo para demostrar que todo aquello era falso, que la acción substancial nada tenía que hacer con la acción procesal, simple facultad de una persona de recurrir a los tribunales a exponer su problema y pedir que se lo resuelvan con el fin de obtener el reconocimiento del derecho que cree tener. Mucho se ha alabado la obra de Chiovenda, pero, en realidad, a mi juicio, el mayor mérito de ella consiste en haber sistematizado el Derecho Procesal. Aquel método exegético que se usó durante tanto tiempo, en que se iba glosando artículo por artículo el Código y, a lo más, se les agru-



paba, sin sustancia, sin armonía, fue reemplazado por Chioven-  
da por la dogmática del Derecho. El tomó las grandes institucio-  
nes procesales y a través de esas instituciones, después, pudo  
abocarse a los diferentes problemas que surgían de la aplicación  
del texto de la ley. De este modo inició su sistema con la teoría  
de la acción para seguir con la teoría de la nulidad procesal.

La teoría de la relación procesal no hace muchos años que  
fue aceptada por la jurisprudencia de los tribunales en Chile. Yo  
recuerdo un caso claro y concreto: llegó a la Corte Suprema un  
recurso de queja fundado en que un tribunal se había negado a  
declarar abandonada la instancia porque aún la demanda no ha-  
bía sido contestada. Este abandono —se dijo— no procede por-  
que todavía no hay instancia, toda vez que la demanda no esta-  
ba contestada. En aquella ocasión el Tribunal hizo un estudio  
bastante técnico y llegó a la conclusión de que, como el trasla-  
do recaído en la demanda ya había sido notificado y, en con-  
secuencia, el demandado había quedado emplazado, ya había ins-  
tancia y acogió la queja y declaró el abandono. Esta fue una de  
las primeras resoluciones en que la Corte Suprema, mediante la  
aplicación de los principios generales del Derecho, entró en el  
campo de la doctrina para resolver un caso y todavía por la vía  
extraordinaria de la queja.

La teoría de la situación procesal, no está bien claro quién fue  
el primero en formularla. Unos creen que von Bilow; otros, que  
fue el propio Goldschmidt; pero la verdad es que quien la popu-  
larizó fue este último.

En la doctrina de la situación jurídica, se considera el pro-  
ceso como un conjunto de posibilidades, de cargas y de libera-  
ción de cargas y la posición de las partes se describe como el  
estado de expectativa en que se encuentran de obtener sentencia  
favorable. En resumidas cuentas, como ya lo dijera un jurista  
alemán, se asimila el proceso al estado de guerra, y se afirma  
que el éxito lo obtendrá el más hábil, el que mejor se  
haya defendido. No tiene tanta importancia la justicia, la razón  
sustancial, como la oportunidad y eficacia de la defensa, es de-  
cir, como el hecho de que ésta fuese atinada. Aquí cobra impor-  
tancia, antes que nada, el concepto de carga procesal, que no pue-  
de equipararse a la obligación del Derecho Civil, obligación a fa-

## EL RECURSO DE CASACION

11

vor de otro, porque la carga está contemplada en beneficio del propio litigante: la carga de la prueba, la carga de fundar la demanda, etc. Lo anterior importa esbozar siempre una actuación activa de parte del sujeto procesal. Sobre él pesan estas responsabilidades llamadas cargas y él es el que se perjudica si no cumple oportunamente con el imperativo que le impone la ley.

Esto de la situación jurídica compleja es una creación de Carnelutti. Carnelutti —tan abogado como jurista, inteligente, vivo, con gran facilidad de expresión—, trató de tomar la doctrina de la relación procesal para no ver ya en cada proceso una relación tipo, sino diversas relaciones de acuerdo con las distintas situaciones que pudiesen producirse dentro del mismo. Hay aquí, en mi entender, más metafísica que juridicidad porque, al fin de cuentas, no se trata sino de la aplicación de los mismos principios.

Y por último, ya tenemos el criterio constitucionalista, el proceso institución.

Es sabido que hará cuestión de treinta años, más o menos, que ya en Francia se esbozó en el campo del Derecho Privado esta teoría de la institución; especialmente algunos autores, Renard, Hauriou, Delos, la llevaron al contrato de matrimonio y se dijo que en él más que un contrato había que ver una institución. Esta teoría de la institución, cuyos efectos sobrepasan el interés privado de las partes, se ha ido ampliando en todos los campos del Derecho, para llegar a la conclusión de que el proceso también es una institución. En último término la institución gira en torno a un concepto básico: el bien común. Todo el Derecho debe ir encaminado a buscar el bien común de los habitantes del país, a buscar el respeto de una sociedad, en el concierto universal del mundo civilizado, por la solidez de sus instituciones.

No hay, que yo conozca, más teorías que traten de explicar la naturaleza jurídica del proceso. De este esbozo extraigo como conclusión personal, la de que en realidad no se ve contraposición entre estas distintas doctrinas, porque el proceso relación jurídica lo explica todo, sea que se la considere una relación única o una relación múltiple, compleja; sea que se trate del proceso institución o sea que se trate del proceso situación jurídica; lo fundamental, en mi opinión, es mantener una unidad primaria;

el concepto de medio de la administración de justicia regulado por la ley, a través de normas que dentro del mecanismo de tramitación, tienen distinta importancia; unas, presupuestos de validez del proceso, que llegan al terreno del Derecho Público; otras, reglas consultadas solamente en beneficio particular de los litigantes. Así, extendiendo de este modo el concepto del proceso relación procesal, podemos resolver todos los problemas que se plantean en torno a una de las más interesantes instituciones del Derecho, cual es la eficacia de los actos procesales. Sirve esta teoría para solucionar los distintos casos que pueden presentarse en esta materia.

\* \* \*

Recordados los sistemas que han tratado de explicar la naturaleza del proceso y aceptando y repitiendo que, a mi modo de ver, no es necesario ir más allá del proceso relación jurídica, aceptada por toda nuestra jurisprudencia, veamos ahora cuáles son los defectos de que puede adolecer este proceso y que obstaculizarían a su plena eficacia.

Es manifiesto que la actividad del juez dentro del proceso civil se desliza en dos campos diferentes: en el campo de la tramitación y en el campo de la decisión. Hay, como decían los romanos, un *ius in procedendo* y un *ius in iudicando*; un derecho procesal, de procedimiento y un derecho sustancial, de justicia. Se ha dicho que, en realidad, en el proceso, para llegar a la sentencia que es su lógica culminación, el juez puede raciocinar empleando la antigua manera de argumentar escolástica del silogismo; buscando la premisa mayor, que sería la ley abstracta general, la premisa menor, que es el caso concreto y de cuya comparación debe fluir necesariamente la conclusión. Pues bien, creen algunos que el fallo ya no es un silogismo, sino que lo que encontrará el juez para resolver la litis será una serie continuada de silogismos y que habrá tantas cuantas sean las particularidades de cada proceso. Otros objetan la explicación del silogismo y sostienen que éste sólo es un método de comprobación, que la función de juzgar no es mecánica, no es fría, que no es una simple función, llamémosla casi matemática de comparar una premisa

## EL RECURSO DE CASACION

13

con la otra, puesto que a la justicia hay que ponerle algo interno, que el juez debe dedicar al proceso y a la sentencia todo lo que es suyo. En el fondo, es así. Sin embargo, es conveniente y necesario que en la construcción lógica de la sentencia, el juez —sea con calor, con convicción o con fe—, la desarrolle por los caminos de la argumentación lógica. Y no hay que olvidar que estos dos aspectos, el *ius in procedendo* y el *ius in iudicando*, dan lugar a una serie de problemas de diverso orden y de naturaleza diferente y a una serie de posibilidades de error, porque la actuación del juez en la parte procesal está regulada desde el momento en que provee la demanda hasta el momento en que dicta la sentencia. La ley regula los actos del juez, de las partes, de los auxiliares de la justicia, pero, en cuanto a la decisión, no hay sino un principio: el juez debe fallar con arreglo a la ley; no hay más: de fallar con arreglo a derecho. Entonces, cuando en la parte procesal se omite un trámite esencial, evidentemente se produce la nulidad. Hay nulidad por falta de emplazamiento o por omisión de recepción de la causa a prueba, o bien, las nulidades propias de los defectos externos de la sentencia.

Pero cuando viene el problema del *ius in iudicando*, ahí es mucho más grave la cosa. Surge la cuestión de la sentencia injusta y de la sentencia que infringe la ley. No es lo mismo la sentencia injusta que la sentencia que infringe la ley y surge así la pregunta que siempre se plantea ¿es acaso, la casación de fondo, un recurso para hacer justicia?

En el Derecho antiguo siempre se encontró un recurso de nulidad. Si revisamos todos los ordenamientos legales, en una gira que puede ser interesante para lo que a nosotros nos preocupa, encontramos ya en el Derecho Romano este recurso. En seguida, en la Edad Media, surge, alrededor del siglo VIII, el Derecho Común: a este Derecho Común, en nuestro país, solamente desde no hace mucho que se le atribuye la importancia que efectivamente ha tenido en el desenvolvimiento de las instituciones jurídicas. Mezcla de Derecho Justiniano con Derecho Germánico, y de acentuada influencia canónica, es el hecho que el Derecho Común de la Europa occidental, de Francia y de Italia especialmente, es fuente preciosa para la interpretación del Derecho Procesal moderno.



Decía que el recurso de nulidad sancionaba la ineficacia formal; pero, la sentencia injusta ¿cómo se enmendaba? Mediante la apelación, la *apelatio*. Bueno ¿y la casación de fondo, qué hace entonces? Como antes insinué, he oído discutir si la casación de fondo es un recurso para hacer justicia o no lo es y he llegado a una conclusión tan simple, tan elemental, que de elemental muchas veces la gente la olvida: sí, es un medio de impugnación y sirve para hacer justicia. Pero no es aquella justicia absoluta que se puede hacer en el recurso ordinario de apelación, no; es una justicia limitada, limitada dentro de los términos del recurso; es una justicia que el Tribunal de casación puede realizar en el solo evento de que la sentencia haya infringido la ley y no cuando se estima que la decisión final no corresponde al mérito del proceso.

Hay, entonces, defectos en el juicio. Puede haber defecto en la premisa mayor, porque el juez desconoce la existencia de una ley, o supone vigente una ley derogada; o error en la premisa menor, porque el caso puede no ser aquél que el juez estimó, al apreciar mal la prueba rendida y, por último, cualesquiera de estos tipos de errores puede traer como consecuencia el error en la conclusión. Enmendar esos defectos, es, en último término, la finalidad del recurso de casación.

Pero, y para no demorarme más, si ya decimos que la casación de fondo es un medio limitado, es un medio característico para que la Corte de Casación pueda hacer justicia. Y por ahora me limitaré a anticipar que esta casación es un instituto complejo, que resulta de la combinación de dos elementos complementarios: uno pertenece al orden judicial, la Corte de Casación y el otro al sistema procesal que contempla el recurso.

Se ha dicho que la judicatura importa una pirámide, una pirámide que comienza con el inferior y pequeño Juez de Distrito y cuyo vértice o cuya cúspide es la Corte Suprema. Esto atañe a la parte judicial. El otro elemento pertenece al Derecho Procesal: la casación, medio de impugnar las sentencias dictadas con infracción de ley.

En las antiguas obras de Derecho Francés se decía que la Corte de Casación, aunque forma parte del ordenamiento judicial y constituye la cúspide suprema de la jerarquía de los órganos en-



## EL RECURSO DE CASACION

15

cargados de la administración de justicia, no ha sido instituída solamente para conseguir aquella finalidad, que es estrictamente jurisdiccional; finalidad que corresponde a todos los jueces del mérito y que consiste en la actuación del derecho en concreto, mediante la declaración de certeza de las singulares voluntades de la ley, para regular las relaciones individuales, y que emana de la coincidencia de una hipótesis real con la hipótesis legal. También la Corte de Casación coopera a esta función en sentido estricto, de administrar justicia a las partes, pero el último fin de ella es más amplio y excede de los límites particulares de la controversia, es decir, este aspecto constituye más bien un medio que un fin; porque su finalidad propia se dirige a mantener la exacta observancia de las leyes, es decir, el conocimiento de la ley en su significación general, la adecuada interpretación que tiene la ley como norma general y abstracta aplicable a toda una serie indefinida de casos. Esta idea de la serie indefinida de casos es lo que en la doctrina anglosajona se conoce con el nombre de "precedentes", que nos va a servir, fundamentalmente, para resolver el más grave de los problemas que existe en la casación de fondo, cual es, el de distinguir el problema de hecho del problema de derecho. De consiguiente, cuando un tribunal al fallar ha incurrido en un error de hecho o bien, en un error de derecho, que cae bajo la censura de la Corte de Casación.

\* \* \*

Soy el primero en comprender que esta materia es bastante árida y creo que con lo dicho es suficiente por hoy.

Sin embargo, antes de terminar quisiera, si se me permite, darle algo de amenidad a estas palabras leyendo unos breves párrafos de un discurso que pronunció en Montevideo Eduardo Couture. Se trata de una obra que en Chile se conoce poco y que yo la encuentro de una profunda belleza. Ese hombre de excepción que fuera Eduardo Couture: fino, inteligente, elegante, cul-

to, músico, poeta, escritor, viajero, cuando, siendo Decano de la Facultad de Montevideo, se encontró ante una petición que le hiciera desde Londres, el gran procesalista James Goldschmidt, para que se autorizara su residencia en Uruguay, hizo todas las gestiones del caso, hasta conseguir el permiso. Goldschmidt murió en Montevideo, luego de llegar. El Instituto Ulpan, órgano de la comunidad israelí de esa capital, rindió un homenaje a su memoria y, como era lógico, el encargado de hacerlo fue Couture. Voy a leer sólo la primera parte de este discurso, que lo dice todo, para que veamos que no es tan árido el Derecho Procesal, ni tan insensibles los que se dedican a su estudio.

Expresó en aquella ocasión, el maestro:

"En el mes de Octubre de 1939 recibí una carta del profesor Goldschmidt, que fue Decano de la Facultad de Derecho de Berlín, escrita desde Cardiff, Inglaterra. Ya comenzaba la guerra; en ella me decía lo siguiente: Conozco sus libros y tengo referencias de usted; estoy en Inglaterra y mi permiso de residencia vence el 31 de Diciembre de 1939. A Alemania no puedo volver por ser judío; a Francia tampoco, porque soy alemán; a España menos aún. Debo salir de Inglaterra y no tengo visa consular para ir a ninguna parte del mundo.

"A un hombre ilustre, porque en el campo del pensamiento procesal, la rama del Derecho en que yo trabajo, la figura de Goldschmidt era algo así como una de las cumbres de nuestro tiempo, a un hombre de esta insólita jerarquía, en cierto momento de su vida y de la vida de la humanidad, como una acusación para esa humanidad, le faltaba, en el inmenso planeta, un pedazo de tierra para poder posar su planta fatigada. Le faltaba a Goldschmidt el mínimo derecho que todo hombre tiene, que es el derecho de tener un sitio en este mundo donde soñar y morir. En ese instante de su vida, a él le faltaba el derecho de estar en un lugar del espacio, no podía quedar donde estaba y no tenía otro lado donde poder ir.

"Pocas semanas después, Goldschmidt llegaba a Montevideo. Yo nunca olvidaré aquel viaje hecho ya en pleno reinado devastador de los submarinos. Vino en un barco inglés, el Highland Prince, en un viaje de pesadilla, donde a cada instante un subma-

## EL RECURSO DE CASACION

17

rino podía traer la muerte, con chaleco salvavida siempre puesto, viajando a oscuras. Angustiado lo ví llegar en una tarde de otoño llena de luz, de serenidad y de calma de Montevideo. Recuerdo de ese instante una anécdota conmovedora: me dijo Goldschmidt que él no deseaba un apartamento junto al mar, prefería algún lugar cerca del campo; cuando vió el mar de Pocitos, adonde lo habíamos llevado, no quiso saber nada de él. Me respondió entonces: yo ya sé adonde conduce. Eran un hombre y una civilización que se repelían, se odiaban recíprocamente; el venía de ver en el mar el símbolo del odio a un continente que lo había expulsado de su seno. Recuerdo también que esa misma tarde, pocos minutos después de llegar, me dijo lo siguiente: usted tendrá la bondad de acompañarme a la policía. ¿Y qué tiene usted que hacer con la policía?, le contesté. Tengo que inscribirme como llegado al país, dar cuenta a la policía de que vivo aquí, fue su réplica. Pero usted no tiene obligación de hacerlo, le dije. ¿De manera que la policía no sabe que yo estoy aquí, ni sabe donde vivo? Se le llenaron los ojos de lágrimas y dijo: esto es la libertad.

“Era necesario que comenzara a actuar en la Facultad de Montevideo; París estaba por caer de un momento a otro y era indispensable que un alemán actuara en nuestra Facultad de Derecho, tan francesa. Goldschmidt tenía cuatro hijos, uno de los cuales estaba enrolado en el Ejército francés. Lo había hecho para defender los principios humanos, inherentes a la condición del hombre, superiores a la nacionalidad. Las circunstancias de que ese hijo de Goldschmidt combatiera en el ejército aliado, bastó para que nuestro país comprendiera el sacrificio que eso significaba para la condición de alemanes del padre y del hijo. La primera clase fue una apoteosis. El profesor de profesores, el hombre que nos había enseñado a nosotros, ayudándonos en nuestra diaria comunicación con nuestros alumnos, tuvo, como digo, una digna recepción. Yo me limité entonces a decir: tendrán que suceder en el mundo desgracias tan grandes como las que están sucediendo, para que en este momento, un hombre que representa la cumbre del pensamiento jurídico esté dando clases en la Universidad de Montevideo. Como uruguayos debemos sentirnos felices; como hombres, profundamente desgraciados.

"Pocos días después, Goldschmidt dió su segunda clase con igual éxito. Más tarde, preparaba su tercera clase, eran como las nueve de la mañana. Goldschmidt tuvo la sensación de una ligera molestia. Quiso reponerse y dejó de escribir. Se acercó a su esposa, recitó unos poemas de Schiller, para distraer la mente. Volvió a su mesa de trabajo y, como fulminado por un rayo, quedó muerto sobre sus papeles.

"Así murió el más eminente de los profesores de Derecho Procesal Civil alemán, en una casa de pensión de Montevideo. Caído sobre sus papeles escritos en español, que luego recogimos, retirando de ellos su cabeza, que comenzaba a enfriarse, para transmitir al mundo el mensaje de quien había sufrido como pocos y murió de dolor, de puro dolor de vivir. No olvidaré nunca que en esos papeles, que están publicados hoy con el título de "Los Problemas Generales del Derecho", se dice que el Derecho, en último término, en su definitiva revelación, es la más alta y específica manifestación de la moral sobre la tierra. Un sabio que mediante oscuros instrumentos de Derecho había sido perseguido por sus enemigos, concluía su vida escribiendo páginas que tenían más de muerte que de vida, en un acto de esperanza en el propio Derecho que lo había condenado.

"Hoy el profesor Goldschmidt descansa en el cementerio inglés, donde sus discípulos hemos hecho colocar un hermoso block de granito negro. Un artista amigo dibujó en él, en bajorrelieve, un perfil que tiene el cerro de Montevideo y, sobre él, un ave errante y con las alas abiertas junto a la lámpara de la sabiduría, en nombre del ilustre caído y nada más. Que lo entienda el que pueda. Esta es, en muy breves palabras, la última etapa de la vida de Goldschmidt, una etapa vivida en Montevideo, en medio del dolor y de la angustia. Un hombre que se murió de muerte por su Alemania perdida, por la civilización perdida y por la esperanza perdida".

Por hoy creo que es bastante.

### **Segunda Conferencia**

Como síntesis de lo dicho ayer, concluíamos que lo más acertado para calificar el proceso es la idea de la relación jurí-



## EL RECURSO DE CASACION

19

dica procesal. Sobre la base de esta idea de la relación jurídica, podemos afirmar que no se oponen a ella, sino que más bien la complementan, las otras teorías procesalistas de la entidad jurídica compleja y también la de la situación jurídica y aún la teoría constitucionalista del proceso institución.

Establecido que se trata de una relación de carácter jurídico, reglamentada y regulada por la ley de la actuación, tenemos que concluir, entonces, que en este proceso existe una concatenación de actos, en la cual cada uno de ellos va siendo el antecedente del que le sigue y la consecuencia del que le antecede, y debemos considerar la posibilidad de que en ese prolongado desarrollo pudieran ser violentadas las leyes, tanto las normativas de la actuación del proceso, como las leyes sustanciales que deben servir de fundamento al fallo; y son esas deficiencias las que hacen necesarios los medios de impugnación que existen en todas las legislaciones, ya sean los medios ordinarios, como la apelación, destinada a corregir la sentencia injusta, o los extraordinarios, como la casación formal y la casación de fondo, dirigidas a invalidar las sentencias que infringen la ley en lo procesal o en lo sustantivo.

Dentro de estos conceptos generales, no hay disparidad en cuanto a apreciar el contenido ni la extensión del recurso de apelación ni tampoco en lo que se refiere en general a la problemática de la casación en la forma. La cuestión fundamental en que vacila la jurisprudencia, en que vacilan los autores, gira en torno a la casación en el fondo.

\* \* \*

Talvez en forma ligera, un poco de pasada, decía ayer, adelantando una idea, que no es baladí el concepto de la casación en el fondo como recurso de estricto derecho y que no se puede menospreciar este recurso por su exceso de reglamentación, porque para comprender la finalidad de la casación de fondo, es necesario, hasta cierto punto, modificar la contextura intelectual del intérprete de la ley, y de ahí que resulte muy difícil al juez y al abogado de apelación convertirse en juez y en abogado de casación.



Al decir esto, naturalmente, no quisiera ser mal entendido ni que se creyera que en mis palabras pudiese existir, ni siquiera indirectamente, una alusión a quienes han formado o forman parte del tribunal al que pertenezco ni a los profesionales que ejercen ante él, lo que no está en mi ánimo ni mucho menos. Es ésta una mera apreciación de carácter general y que no tiene otro objeto que poner en relieve algunos hechos que he observado a través de no pocos años de servicios en la Corte de Casación de nuestro país.

Un estudio más profundo hace resaltar esa confusión en que se incurre entre la casación y la apelación y la tendencia que existe en general a desfigurar el recurso de fondo y a convertirlo en una verdadera apelación.

Ya los autores italianos, para nosotros los más importantes en Derecho Procesal, le advierten a los jueces que en el momento en que la Corte de Casación se pronuncia sobre las cuestiones de derecho, debe quedar liberada de todos los escrúpulos equitativos, de todas las perturbaciones de la piedad que la contemplación directa del hecho provoca en todo juez. Por eso debe ser desterrado de los motivos de casación "el defecto de motivación", que muy frecuentemente es el medio a través del cual los respetos humanos se filtran a perturbar en la Corte Suprema la serena visión de la "questio iuris", porque, un recurso de tanta trascendencia como es éste, no puede desnaturalizarse y debe plantearse y resolverse dentro de los infranqueables límites que le señala la ley. Pienso que, aunque muy duro, tal vez sería un mal menor suprimir el recurso antes que aplicarlo de una manera contraria a la que el legislador se propuso al establecerlo en nuestro sistema jurídico, coincidente en este aspecto con toda la doctrina universalmente aceptada.

En países más adelantados que el nuestro, en Italia, en Francia, por ejemplo, se han preocupado —y esto es sólo un antecedente, nada más, para lo que voy a decir— de formar la técnica en la casación y para lograr esta técnica ha mediado, como un sistema más práctico, más útil, una especie de combinación, de unión, de relación entre los Tribunales y las Universidades. En las Universidades tienen preferencia, hasta cierto punto, en las oposiciones para cátedras, los Magistrados de los Tribunales de

## EL RECURSO DE CASACION

21

Justicia, quienes consideran un gran honor servir dichas cátedras, lo que además les significa una manera de mantenerse al día en los conocimientos del Derecho. Y, por otro lado, también los catedráticos miran como un alto honor para ellos ingresar a cargos en los Tribunales Superiores de la Administración de Justicia.

Igual cosa ocurre también en España, donde hay un doble escalafón judicial: uno para los jueces propiamente dichos y otro para los Fiscales. Cuando en el Tribunal de Casación se produce lo que se llama la séptima promoción; después de nombrados seis funcionarios de carrera del escalafón de jueces, en la séptima promoción no puede figurar en la terna ningún Magistrado y la propuesta debe hacerse a base de un Fiscal y de dos abogados, de preferencia profesores universitarios. De manera que de siete Ministros, uno de ellos generalmente es catedrático de la Facultad de Derecho de Madrid.

En Francia no hay una disposición expresa que señale a los catedráticos el ingreso a la Corte de Casación. Pero ya es una práctica incorporada al sistema que, como también al igual que en Chile, se puede entrar a la Corte Suprema desde fuera del escalafón y siempre se reservan algunos cargos para profesores de La Sorbonne, los cuales, distinguidos hombres de Derecho, que han hecho una brillante carrera como abogados, consideran un alto honor poner término a ella ingresando como Magistrados de la Corte de Casación.

Yo me siento satisfecho porque, antes de conocer objetivamente estos sistemas en Europa, ya había sostenido aquí en Chile —y no quisiera que mis colegas Ministros de Apelaciones que me escuchan se fueran a sentir molestos— que la Corte de Casación no debería integrarse solamente con jueces de carrera, sino también con abogados, y, especialmente, cuando son catedráticos universitarios. En mi concepto, porque la Corte de Casación es un tribunal característico, con finalidades propias y diferentes, debe integrarse con diversos elementos. Es evidente que la mayoría de los integrantes del Tribunal Supremo deben ser jueces de carrera, para mantener la unidad de la jurisprudencia, la disciplina judicial, el conocimiento del personal y la tradición, que dentro de los Tribunales es tan importante;

pero, al mismo tiempo, el Tribunal de Casación debe ser remozado e integrarse con magistrados técnicos, en lo posible profesores en las cátedras de Derecho positivo que contribuyan a aportar nuevas ideas y a llevar al Tribunal algo del mundo del cual, generalmente, vivimos apartados los jueces, todo lo cual reportaría grande beneficio a la justicia.

\* \* \*

Ya que he recordado que el recurso de casación tiene una fisonomía bien propia, voy a intentar una mirada, aunque muy esquemática, por cierto, a la trayectoria que ha tenido en las legislaciones del mundo; y me parece conveniente hacerlo porque el desarrollo histórico de la institución es materia poco conocida entre los hombres de Derecho.

Es cierto que en los programas de Derecho Procesal de las Universidades se contempla una historia de la casación, sin embargo, si revisamos lo que se ha escrito sobre el tema nos encontraremos únicamente con meras cronologías de los recursos legales en general y no de la casación propiamente dicha: estudio que, en mi entender, no proporciona ningún elemento en la fijación de las ideas, porque, como es natural, en los primeros tiempos, injusticia y nulidad andaban muy cerca. En el período de formación de las instituciones del Derecho nunca existió una línea tajante que separara la nulidad de la injusticia, la apelación como recurso ordinario de la casación recurso de invalidación. De manera que, entonces, estos estudios si no son sistemáticos, es bien poco lo que pueden proporcionar para la finalidad que me propongo, cual es, destacar, hasta donde me sea permitido, la naturaleza específica de la casación en el fondo, imposible de confundir con ningún otro instituto del Derecho Procesal.

No me voy a detener mayormente en Roma porque su historia es más o menos conocida, y porque, en el fondo, ante la validez formal de la sentencia no existía propiamente recurso de casación; pero sus juristas, sutiles, inteligentes, intelectuales por naturaleza y que no aceptaban modificar las sentencias por recursos, comprendían que éstas podían adolecer de defectos que les restaban eficacia y entonces idearon una especie de ac-

## EL RECURSO DE CASACION

23

ción ordinaria de nulidad; de impugnación de los fallos por medio de una acción distinta. Los tiempos han cambiado y hoy en día es uno de los postulados del Derecho Procesal moderno que no se concibe una acción ordinaria para impetrar la nulidad procesal. El vicio que se produce en el proceso debe ser reclamado in limine litis, en el juicio y dentro de los plazos legales, porque, de otra manera, la estabilidad de los fallos resultaría irrisoria.

En esta trayectoria que ha seguido el proceso de impugnación de los fallos, encontramos una observación que ofrece cierto interés en el Derecho Germánico, en el que también la sentencia de los jueces era inatacable; pero se reconocía al vencido el derecho de reclamar ante la Asamblea Popular del fallo que le perjudicaba; se originaba entonces una especie de duelo entre el juez y el litigante a quien el fallo era adverso, este duelo, en definitiva, debía ser resuelto por el Soberano; pero ocurría que éste estaba de preferencia dedicado a otras cosas que le interesaban más que la justicia, por lo que fue delegando paulatinamente en otros funcionarios su atribución de árbitro en los conflictos de Derecho, y aquí, en este árbitro de los conflictos, en este duelo judicial de los germanos, creen algunos autores encontrar el más remoto origen del Tribunal de Casación o, por lo menos, de la función revisora de las sentencias judiciales.

Ahora vale la pena analizar lo que fueron los recursos en el Derecho Común de la época medioeval. Recordábamos ayer que en los países de la Europa occidental, más o menos a partir del siglo VIII, se fue formando en plena Edad Media, este Derecho Común, fuente fecunda para todas las legislaciones del mundo contemporáneo. Tal Derecho, cuya esencia aún se discute, puesto que algunos creen encontrar en él restos del Derecho Justiniano; otros piensan que es Derecho Germánico, y otros en fin que es Canónico; pero, en el fondo, en realidad, se hace necesario reconocer que existe influencia de los tres derechos. Aunque tal vez en mayor grado del Derecho Romano, pero también del Derecho Canónico, en algunas instituciones especiales, a las cuales me voy a referir.

Es interesante para el jurista considerar la orientación que tomó el Derecho en la Europa en esta época de la Edad Media,



en que floreció el Derecho Común; pero a nosotros nos importa especialmente detenernos en las dos situaciones diversas producidas en Italia, primero, y, luego en Francia.

En el Derecho Común se reconocía como axioma que la nulidad y la injusticia notoria son hermanas y se equiparan. ¿Habrá aquí una confusión de principios?, cabe preguntarse. ¿La nulidad y la injusticia son conceptos equivalentes? ¿La sentencia nula podría acaso ser justa en el fondo? Y a la inversa, ¿la sentencia perfectamente válida, no puede ser justa? Pero el hecho es que entonces así se consideraba. En esta época del Derecho Común se produjo una fusión de dos ideas contrapuestas: las romanas y las germánicas y las mismas razones políticas que contribuyeron a la formación de los estados italianos condujeron también a llegar a conclusiones diferentes en esos estados y en el régimen de la monarquía francesa.

El primer vestigio de este recurso que encontramos en el Derecho Común es la **querella nullitatis**, algunos de cuyos caracteres, a pesar de la evolución que han experimentado las instituciones jurídicas a través de los siglos, perduran en el actual recurso de casación formal. Hay autores que creen que este recurso es de origen puramente germánico y, talvez, romano; otros aseguran que es más bien canónico. Y tienen razón los que hablan del Derecho Canónico porque esta querella nullitatis se usó, especialmente, como medio de impugnación para los actos jurídicos que, en general, se consideraban anulables, no solamente para los actos procesales, sino también para algunos de Derecho sustantivo, especialmente en lo que se refiere a los matrimonios.

Según los Estatutos —y ya se puede aclarar una idea— la querella nullitatis era un recurso que se promovía contra la sentencia nula; en cambio la apelatio, lo era contra la sentencia injusta. Los vicios que producían nulidad formal son más o menos los mismos que hoy día originan en todas las legislaciones procesales, es decir, aquellos presupuestos fundamentales para la constitución de una relación procesal válida: competencia absoluta del Tribunal, capacidad de las partes, la observancia de aquellas reglas fundamentales o aquellos trámites cuya omisión produce ineficacia.



## EL RECURSO DE CASACION

25

La querella nullitatis contuvo siempre un principio político y se asoció a la defensa del interés privado y del interés general, pero en las repúblicas de Italia trataban de defender el Derecho Comunal, por sobre ciertos principios generales que regían en Roma y que, por ende, se trataba de aplicar a todos los pueblos de la península.

Hubo en este tiempo, en algunas regiones de Italia, ciertos funcionarios que tuvieron la misión de defender la vigencia de la ley local. Esta vigencia de la ley local, en mi concepto, reviste grande importancia, porque ya es un anticipo para lo que va a ser después la casación; la lucha entre la sentencia y la ley, que no otra cosa es el recurso de fondo, cuya misión específica estriba en la defensa de la ley; se defiende el interés del litigante, pero, dijéramos, éste resulta por añadidura, porque el fin fundamental es la protección de la norma jurídica positiva frente a la sentencia que la contraría o vulnera. Y así encontramos en algunas partes de Italia, por ejemplo en Vicenza, a los **conservatores legum**; al **exgravater** del Estatuto de Milán y a los **judicatores** en la República de Génova, funcionarios todos que pueden tener cierta semejanza con los representantes del Ministerio Público, en cuanto la defensa del interés social puede estar íntimamente ligada al interés de la ley.

El desarrollo de la casación en Francia es dilatado, es extenso y es interesante. Durante el régimen feudal, nació el primer instituto procesal que se llamó "**faussation de jugement**". Este recurso tenía cierta semejanza con lo que en Derecho Germánico se llamó la "**desaprobación**", es decir, aquella especie de duelo en que el litigante vencido retaba al juez. Con el correr del tiempo, el recurso se fue convirtiendo en una especie de apelación, una apelación destinada a atacar la sentencia injusta, pero aquí ya aparece el factor político en la parte judicial, porque con la evolución del Derecho y a medida que se acentúa el poder central del soberano, se otorgan a éste poderes de revisión de las sentencias, atribuciones que nunca resultaron bien deslindadas. Entonces, éste, que también podía fallar pleitos, muchas veces no se encontraba en condiciones de ejercer esa autoridad jurisdiccional en última instancia y nombraba un tribunal, que durante el régimen feudal se llamó Curia Regis, para

que los asesorara en esta función de decidir en definitiva los pleitos. Con el correr de los años nacen en Francia los Parlamentos, que no solamente fueron órganos legislativos, sino también organismos jurisdiccionales, con facultades para resolver los pleitos en su última instancia. Pero éstos resultaban, entonces, con exceso de poder porque estaban por sobre los jueces, los cuales perdían su independencia. Los monarcas, que también mantenían su atribución como últimos jueces, quisieron limitar, hasta cierto punto, el poder soberano al Parlamento y se reservaron la atribución de intervenir en la administración de justicia por intermedio de las "requêtes de l'otel de Roi" que recibían las quejas de los agraviados para presentarlas al Rey, el cual ordenaba al Parlamento que revisara el fallo, cuando estimaba que existía motivo para ello.

Encuentran, los historiadores, en una Ordenanza de 1667, el primer ordenamiento procesal. En ella afirman que se perfila la casación civil como un medio de controlar la acción de los Parlamentos. El Consejo del Rey en este tiempo se dividió en dos ramas: una, el Consejo de Estado, para los asuntos políticos, y la otra el Consejo de las Partes, para los judiciales.

Hubo cierta lucha por el poder, por la autoridad, entre los Parlamentos y los Reyes y, a medida que esta pugna se fue acentuando, se vio la necesidad de crear un recurso supremo, de un organismo específico que velara por la correcta aplicación de la ley. Así fue como surgió el Tribunal de Casación, nacido en 1790, que reemplazó al Consejo de las Partes y al crearlo se dijo que éste era un instituto encargado de defender la ley, de impedir la invasión del Poder Judicial en la esfera del Poder Legislativo, pero no se le dio el nombre de Court hasta un senadoconsulto del mes de Floreal, el año 12 de la Revolución, que es muy conocido.

Así surgió en Francia este poder, este Tribunal encargado de anular los fallos de los Tribunales de Justicia, quitándole toda ingerencia a los Parlamentos en la decisión de los pleitos y solamente reservó a éstos la facultad de velar por la conducta ministerial de los jueces, es decir, lo que hoy día conocemos con el nombre de juicio político. Así recibió aplicación el principio de Montesquieu sobre la separación de los poderes del Estado.

## EL RECURSO DE CASACION

27

Ya antes de la Revolución el jurista Maupeau, en un Memorial dirigido a Luis XVI, le decía: En la cima del Poder Judicial debe existir un tribunal cuyas luces hagan ver a los demás el respeto de que la ley es digna y les impida que se separen de ella, que desarrolle su espíritu y sus motivos, que en la movilidad de los usos y costumbres indique los cambios que deben experimentar las legislaciones, de suerte que su conjunto y armonía asegure la garantía del pueblo y garantice también su duración. Montesquieu, en "El Espíritu de las Leyes", afirma que no hay libertad si el poder de juzgar no está separado del Poder Legislativo y del Ejecutivo. Es connatural con la Constitución republicana —agrega— que los jueces sigan la letra de la ley. Los fallos deben fijarse de modo que no sean nunca sino el texto preciso de la ley.

El instituto de la casación de fondo, como hoy existe, resulta, entonces de la fusión de dos ordenamientos: el ordenamiento judicial político, que es la Corte de Casación, y el ordenamiento propiamente procesal, que es el recurso de casación.

Refiriéndose a esta materia —y ello lo considero de importancia capital— dice Calamandrei, con esa precisión que le caracteriza: Si se busca en los textos legales cuándo se verificó por primera vez la reunión de estos dos institutos, no es posible remontarse más allá de la Revolución Francesa, porque sólo a fines del siglo XVIII, el nacimiento de la casación moderna aparece en un decreto de la Asamblea Revolucionaria, pero esto no es absoluto: la casación es un complejo organismo judicial-procesal que surgió de la nada en medio de la Asamblea Nacional, como una nueva Minerva saliendo armada de la cabeza de Júpiter. Por el contrario, los innovadores franceses, cuando instituyeron el Tribunal de Casación, con el oficio político que representaba en el Derecho una auténtica novedad, debieron —acaso— servirse para dar las bases a su construcción, de elementos procesales y políticos ya elaborados por el "Ancien Régime" y coordinar, para una nueva finalidad, viejos medios que se habían desarrollado y madurado durante siglos en la fusión de romanismo y germanismo que se había realizado en Francia en el período intermedio.

Creo que lo dicho es suficiente para demostrar, hasta cierto punto, los perfiles propios que reviste este recurso de casación en el fondo, recurso que nació primero de la lucha entre las legislaciones locales con el Derecho Común general, en seguida como medio de equilibrar las diferencias entre los poderes del Estado. Por una parte, el Soberano quería arrogarse facultades judiciales y, por otra, se reconocía semejantes facultades a los Parlamentos; y cuando ya el conflicto entre Soberano y Parlamento se hizo insostenible, se creó en la cúspide de los Tribunales esta Court de Casation, que, en el fondo, casi no era un Tribunal de Justicia. Era más bien un instituto moderador y regulador de la aplicación de la ley. Prueba de ello es que aún se conserva esta característica, puesto que en Francia al Ministerio Fiscal le es dable entablar recursos en solo interés de la ley, en asuntos privados, y si la Corte de Casación acoge el recurso, fija la correcta interpretación de la ley, pero no modifica lo resuelto por los jueces de la instancia. De manera que allá resulta un recurso meramente doctrinario.

La historia del recurso de casación de fondo en Chile es relativamente reciente; pero la casación de forma no fue novedad porque, desde las Leyes Marianas, dictadas durante la presidencia de Prieto, una de las cuatro que se referían a materia judicial, trata del recurso de nulidad, es decir, una especie de casación de forma sin mayores problemas.

El recurso de fondo sólo aparece con la discusión del Código de Procedimiento Civil, cuando por primera vez se consideró la conveniencia de incorporarlo a nuestras instituciones procesales. En las Comisiones que estudiaron los Proyectos de 1884 y 1893 ya se habló de la materia; pero el estudio completo se hizo al discutir el proyecto definitivo de 1902. En esa oportunidad, don Vicente Reyes dejó constancia de que él no aceptaba la casación de fondo pues creía que era una tercera instancia, destinada a perturbar la justicia, que no tenía otro objeto que retardar los pleitos; pero la Comisión, unánimemente, se pronunció por la conveniencia de mantener el recurso y, finalmente, el título respectivo fue redactado por don Luis Antonio Vergara, jurista eminente en su tiempo y el entonces Ministro de la Corte Suprema, don Agustín Rodríguez. Las actas del Código dejan establecido que,



## EL RECURSO DE CASACION

29

en general, se ha seguido el régimen francés, con algunas de las observaciones y modificaciones que constan en las propias actas, pero las que, en realidad, no aportan mayores antecedentes para el estudio de la materia.

Mucho se podría decir acerca de la trayectoria que ha seguido el desenvolvimiento del recurso de fondo a través del tiempo, en las diversas legislaciones que lo consultan; pero creo que esta breve síntesis, en que apenas se han insinuado algunos de sus aspectos más característicos, es suficiente para demostrar que ésta es una institución "sui generis", que debe ser estudiada separadamente de los demás recursos procesales, con los cuales tiene más diferencias que semejanzas, porque solamente así será posible configurar su verdadera fisonomía jurídica y atribuirle su primordial finalidad cual es la de regulador y orientador de la interpretación jurisprudencial de la ley que deben hacer los jueces.

Creo que, por ahora, podríamos dejar la casación de fondo, porque, para mantener la unidad del tema, sería preferible continuar mañana con la parte sustancial de estas charlas y que se refiere al alcance de dicho recurso y podríamos ocupar el tiempo de que aún disponemos esta tarde en analizar algunos problemas relativos a la casación de forma, que tienen importancia práctica para magistrados y abogados.

\* \* \*

Existe una cuestión que se discute en los tribunales: la preparación del recurso de forma, respecto de la cual discrepan los jueces.

Para que sea admisible la casación en la forma, dice el artículo 773 del Código de Procedimiento Civil, es necesario que el agraviado haya reclamado de la falta, ejerciendo oportunamente y en todos sus grados los recursos que al efecto franquea la ley. No es necesaria esta reclamación o esta preparación tratándose de las causales de ultra petita, de decisiones contradictorias y de cosa juzgada.

Pues bien, surge en esta materia un solo problema, porque, como de las nueve causales contempladas en el Código, ocho se



refieren a defectos que pueden producirse en la tramitación, es obvio que si la parte no reclamó oportunamente de la falta, el recurso resulta inadmisibile. En consecuencia, resta aclarar una sola situación: la que se presenta cuando los defectos se imputan a la sentencia de segunda instancia que no salvó las omisiones en que pudo incurrir la de primera. Aquí la falta capital, que nunca deja de invocarse es ausencia o insuficiente motivación de la sentencia; los considerandos inadecuados o incompletos.

¿Es posible recurrir de casación en la forma por la causal del número 5º del artículo 768, de no haberse extendido la resolución en la forma dispuesta por la ley, cuando la sentencia es meramente confirmatoria y el recurso no fue preparado es decir, el agraviado se limitó a apelar del fallo de primera instancia y no dedujo casación de forma en su contra?

En la Corte Suprema, tratándose de casación, siempre han existido algunos criterios rigurosos y otros más desaprensivos. Yo respeto tanto a unos como a los otros, pero creo que los rigurosos están más cerca de la ley, y de la naturaleza y esencia del recurso. En tiempos ya lejanos la discrepancia fue más acentuada; sin embargo, hoy en día la jurisprudencia se ha uniformado y, salvo contadas opiniones, se exige, en este caso, la preparación del recurso.

El Código solamente contempla, como recién lo recordábamos, tres excepciones: la ultra petita, la cosa juzgada y las decisiones contradictorias, en que el recurso no requiere ser preparado. Si se impugna la sentencia confirmatoria de segunda instancia porque no tiene considerandos y ya el defecto venía de la sentencia de primera instancia, la Corte dice que es obvio que el recurso no ha sido debidamente preparado y lo declara inadmisibile; y la inadmisibilidat, en estos casos, debió ser decidida por la Corte de Apelaciones, en cumplimiento del deber que le impone la ley de examinar los antecedentes formales del recurso, al calificar su admisibilidat. Sin embargo, ocurre que dichas Cortes poco desempeñan esta función y dejan entregado a la Corte Suprema el pronunciamiento sobre el particular, lo que este tribunal debe hacer previamente a resolver la procedencia del mismo recurso. Creo que se gana tiempo y se evitan gestiones inútiles cuando la Corte de Apelaciones revisa si el recur-

## EL RECURSO DE CASACION

31

so fue preparado y cumple con lo que prescribe la ley, debiendo declarar ella misma la inadmisibilidad de la casación, cuando no fue reclamado el defecto, porque no se dedujo el respectivo recurso de nulidad formal contra la sentencia de primera instancia.

\* \* \*

El segundo problema que se plantea con relación a la admisibilidad del recurso de fondo es el relativo a la fijación de la cuantía del pleito, que el tribunal de primera instancia debe hacer antes de dictar la resolución impugnada por este medio.

Cuando recién se estableció esta modificación en el Código de Procedimiento, hubo cierta disparidad de opiniones, como es lógico que ocurriera, pero creo que hoy día la situación está perfectamente clarificada.

Como lo dijera, en un voto que después fue fallo, la solución adecuada resulta de la aplicación de reglas elementales tanto de Derecho Civil como de la referencia que a ellas hace el Código Orgánico de Tribunales. Se sostuvo en ese voto —que está publicado en la “Revista de Derecho”— que en materia civil, en el orden privado, las controversias de derecho son de dos tipos: o de familia o patrimoniales. Es cierto que los derechos de familia producen, en la generalidad de los casos, consecuencias patrimoniales, eso es lógico, pero lo fundamental es el problema de familia, como cuando se discute el reconocimiento de un hijo, o se impugna una paternidad o maternidad. A la inversa, si el litigio no recae sobre asuntos de familia, manifiestamente tendrá que serlo del orden patrimonial; y, como patrimonio es el conjunto de los bienes y de las deudas de una persona valuados en dinero, todo lo que es patrimonial es susceptible de apreciación pecuniaria.

Lo que ocurre es que suelen confundirse las cuestiones de cuantía indeterminada con aquellas que no son susceptibles de una apreciación pecuniaria, que son cosas bien distintas. La cuantía de la acción declarativa puede ser indeterminada y no resultar precisada sino allá en el cumplimiento del fallo, pero que la cuantía no aparezca determinada en el pleito no significa que la

materia no sea susceptible de apreciación pecuniaria, porque todo, —todo, desgraciadamente— tiene una apreciación pecuniaria.

En esta materia, los tribunales, a veces, también se desorientan. Yo creo que el problema es bien simple; y sólo es necesario distinguir entre cuestiones no susceptibles de apreciación pecuniaria, estado civil, validez o nulidad de matrimonio, definidas en el Código Orgánico; y cuestiones susceptibles de apreciación pecuniaria, pero subdivididas, estas últimas, en aquellas de cuantía determinada o en cuestiones de cuantía indeterminada o determinable. Por consiguiente, cuando la cuantía es indeterminada, el juez, antes de dictar sentencia, debe declarar que la causa, por esta circunstancia, debe estimarse como de un valor superior a cien mil pesos para los efectos de la admisibilidad del recurso de casación en el fondo.

\* \* \*

Antiguamente también se produjo un tercer problema: era aquel en que en una misma demanda había peticiones determinadas y peticiones indeterminadas.

Aplicando la regla elemental de las matemáticas resulta que un determinado más un indeterminado, da como total una cantidad indeterminada; pero para la ley no es así: un valor determinado más una petición de monto indeterminado da como resultado lo que vale lo determinado.

De manera que en los juicios susceptibles de apreciación pecuniaria, basta que se haga una petición que tenga cuantía determinada, y ésta será la que fije, en definitiva, el monto de lo disputado para los efectos de la admisibilidad de la casación. De este modo se evita la cantidad de recursos que a la postre se declaran inadmisibles, por no haberse cumplido ésta exigencia procesal.

\* \* \*

En relación con la casación en la forma, se presentan también dos problemas que tienen cierta importancia, si bien son más importantes para los tribunales que para los abogados.

## EL RECURSO DE CASACION

33

El primero de los aludidos problemas finca en resolver si puede el tribunal, de oficio, invalidar en forma una sentencia, cuando la ley no otorga la causal a las partes. Es el caso simple, práctico, que se presenta, por ejemplo, en las reclamaciones de impuestos, tan frecuentes en la vida de los tribunales.

En los juicios regidos por leyes especiales, sólo procede la causal del N° 5° del artículo 768, y que consiste en haber sido dictada la sentencia con omisión de alguno de los requisitos exigidos por la ley, cuando el defecto de que adolece es la falta de decisión del asunto controvertido; lo que excluye, por lo tanto, la causal de carecer el fallo de consideraciones de hecho y de derecho.

La mayoría de la Corte Suprema cree que aunque no haya causal para las partes, puede el Tribunal, oficiosamente, invalidar las resoluciones que adolezcan de ese defecto; y, por mi parte, pienso precisamente lo contrario. Los argumentos que se esgrimen en los fallos y en mi voto son muy simples. El Código Procesal dispone que podrán los tribunales, conociendo por vía de apelación, casación, consulta o en un incidente, invalidar las sentencias cuando los antecedentes del recurso manifiesten que ella adolece de vicios que den lugar a la casación en la forma. Esto es lo que nos divide. Sostiene la mayoría del tribunal que esta regla es para las partes; las partes no pueden recurrir por una causal que la ley no les otorga; pero el tribunal es soberano para invalidar por cualquier causal que pueda encontrar, porque la ley no le ha fijado la regla ni límites, de manera que hay muchos casos en que la Corte no tiene más camino que invalidar, porque podría encontrarse en situación de no tener hechos para fallar la casación en el fondo.

Remontándome hasta cierto punto a los orígenes de la casación, he sostenido que, cuando la ley habla de un motivo que hubiera para invalidar la sentencia por alguna causal, no hace distingo alguno y que las facultades de los tribunales en materia procesal, mayormente tratándose de la casación, no son tan omnímodas como parecen. Que si la ley, en razón de texto, se refiere expresamente a que exista la causal, sin hacer distingo alguno, el tribunal tiene que limitarse y constreñirse dentro de los térmi-



nos fijados a las partes, porque, si al fin y al cabo son las partes las interesadas en impugnar la sentencia y si los propios interesados no pueden usar de la casación como medio de invalidación, menos podrá hacerlo el tribunal, el que sólo en casos de excepción está facultado en materia civil para sustituir la actividad de ellas.

Pienso, sin embargo, que no debe ser muy buena mi explicación, puesto que no he logrado convencer a mis colegas. Pero sigo creyendo que la razón está conmigo, al tenor de los principios que gobiernan este medio procesal; y el que un eventual recurso de fondo no pudiera prosperar, no es razón para apartarse del texto de la ley, máxime si se considera que la interposición de este recurso es solamente facultativa de las partes y que dicha casación no puede jamás mirarse como una especie de trámite o revisión obligatoria de los fallos en toda litis.

\* \* \*

Asimismo en relación con el problema de la casación en la forma está el problema del límite, de los límites que tiene la Corte o Tribunal de Alzada para invalidar lo actuado en un proceso.

Hace algún tiempo conoció la Corte Suprema de un asunto en que se trataba de un conflicto minero, en el cual —la historia de siempre, que comienza con la manifestación, sigue en las oposiciones, lo no contencioso se convierte en contencioso— se había llegado ya hasta inscribir el acta de mensura, en una palabra, estaba ya constituida la propiedad minera. Entonces, en una apelación de una cuestión incidental, la Corte de Santiago, haciendo uso de esta facultad de invalidar de oficio, resolvió que todo esto se había realizado en un procedimiento que era nulo y, por consiguiente, incluso invalidó la inscripción del acta de mensura, es decir, la constitución de la propiedad minera. Se interpuso un recurso de casación en la forma por una especie de ultra petita y el Tribunal invalidó la sentencia de la Alzada, y creo que en aquella ocasión, fue talvez la primera en que la Corte explicó claramente su doctrina acerca de la nulidad procesal.

Esta explicación no es algo nuevo para quien tenga cierto conocimiento de los textos de Derecho, pero tiene, como otros

## EL RECURSO DE CASACION

35

fallos, el mérito de que ya se hable en una sentencia estrictamente en derecho.

Se dijo entonces que el régimen de nulidad procesal, que en otras legislaciones está tratado en un título específico y perfectamente reglamentado, en nuestro Código está constituido por disposiciones dispersas, que principian por los incidentes, para concluir en la casación de forma; pero, no obstante esa falta de orden y de armonía, es posible formular ciertas reglas fundamentales; y la primera de ellas es la que se desprende del contexto de la ley, en cuanto hay que distinguir entre nulidades de orden público y nulidades de orden privado. Al respecto también la Corte tuvo cuidado de declarar que esto no significa que se vaya, en ningún momento, a pretender equiparar la nulidad de los actos procesales con la nulidad del Código Civil en materia de contratos; no hay nulidad relativa ni nulidad absoluta procesal.

La nulidad procesal es una nulidad especial, en la cual, es cierto, se aplican las reglas generales del artículo 10, en cuanto los actos prohibidos por la ley son nulos, lo que no implica que rijan para ella las reglas particulares que reglamentan la nulidad de los contratos; pero se desprende del conjunto de las disposiciones procesales que hay un tipo de nulidades de orden público, que autorizan al tribunal para llegar a la total invalidación. ¿Cuáles son estas nulidades de orden público? Aquellas que la doctrina moderna llama los "presupuestos procesales".

Es evidente que la incompetencia absoluta o la falta de capacidad de las partes o la omisión de ciertos trámites esenciales, como el emplazamiento, autorizan para una invalidación completa, pero subrayó al mismo tiempo la Corte que todos los demás actos o trámites del proceso están establecidos en beneficio de las partes litigantes y que pesa sobre ellas la obligación de reclamar de los vicios del procedimiento, de tal modo que si la parte no representa oportunamente estos vicios, la actuación se convalida, se sana, y el acto produce todos sus efectos legales.

En aquella ocasión, el Tribunal de Casación dejó sin efecto todo lo actuado por la Corte de Apelaciones e hizo revivir las inscripciones de la constitución de la propiedad minera, porque sostuvo que el Tribunal de Alzada carecía de facultad para invalidar aquellas resoluciones.

Estos mismos principios —y talvez es útil que lo recuerde en este momento— hace muy pocos días tuvieron aplicación en materia del trabajo.

Se dice y se repite que toda la legislación laboral está constituida sobre la base de la protección del asalariado; entonces se llega a plantear el problema relativo a determinar hasta qué punto existe esta tutela legal del tribunal sobre el demandante en el juicio del trabajo.

Sucedió el caso de que, en uno de los Juzgados de la jurisdicción de Santiago, se acogió parcialmente una demanda y la parte demandante no apeló de la sentencia, contra la cual sólo se alzó el demandado. En esa situación, creyó la Corte del Trabajo que el juez no había recibido la causa a prueba para los efectos de que el demandante rindiera su testimonial. En la causa no se había producido otra prueba que una confesión del demandado. Se recurrió de queja. En la Sala de que yo formo parte se dijo que, sin desconocer esta especie de tutela jurídica del Juzgado del Trabajo sobre la parte asalariada, no era posible, sin embargo, prescindir totalmente de la aplicación de las normas supletorias del proceso civil en estos juicios y que si el actor, que era el probable perjudicado con la falta de la recepción de la causa a prueba, no había reclamado del trámite, la Corte no estaba habilitada para invalidar de oficio todo lo actuado, porque debió ser la parte, en caso de considerarse agraviada, quien, oportunamente y por los recursos legales, reclamara de la falta.

\* \* \*

Estos son, en síntesis, los problemas o dificultades que en la vida diaria del Tribunal suscita el recurso de casación en la forma.

El fallo de sus causales muy raras veces ofrece dificultades, salvo en alguna ocasión en que ciertos tribunales, con exceso de rigorismo en la aplicación de la ley, han creído del caso no poder acoger parcialmente una acción cuando el deman-

## EL RECURSO DE CASACIÓN

37

dante no cuidó de emplear la sacramental y clásica frase "o lo que US. estime de derecho conforme al mérito de autos".

Algo análogo ocurre en los casos de expropiación, en que el tribunal avalúa los perjuicios en una suma superior a la que el dueño del predio indicó en su reclamación. La Corte Suprema ha estimado que no existe ultra petita cuando, en mérito de los antecedentes producidos, se determina esa indemnización en un monto superior, por cuanto la estimación del reclamante no importa propiamente el objeto de la acción, que limite las facultades del sentenciador para resolver en la forma que lo considere de justicia.

Hace poco se falló un caso en que se había cobrado una suma determinada, y el juez mandó pagar, digamos, la mitad o la tercera parte de lo pedido. Se recurrió de casación por ultra petita y la Corte rechazó el recurso, estimando que no se había dado más de lo pedido ni se había extendido el fallo a un punto no sometido a la decisión del tribunal. La ultra petita es la única causal de casación en la forma que está expresamente definida en la ley y como tiene solamente esos dos aspectos, el dar menos no importa ultra petita.

\* \* \*

Me correspondería entrar ahora a tratar del recurso de casación en el fondo en sus distintas proyecciones, pero creo que ya he abusado bastante de la paciencia de quienes me escuchan para prolongar más esta conversación.

Espero que mañana pueda analizar, con la hondura que el tiempo lo permita —porque de algunos antecedentes dispongo— los dos problemas que son fundamentales en casación de fondo: uno la separación del hecho, del derecho y su consecuencia, los errores de hecho y de derecho que autorizan casación; el otro, el referente a la infracción a la ley del contrato; y, por último, sucintamente, porque también constituye un problema que ya está resuelto, la aplicación de la ley extranjera al pleito que se tramita en Chile, o, más bien dicho, la procedencia del recurso de casación en el fondo por infracción a la ley extranjera.



### **Tercera Conferencia**

Recordábamos ayer que el recurso de casación —y cuanto diga ésta tarde acerca de la casación, debe entenderse referido exclusivamente a la casación de fondo— ha tenido un complejo desenvolvimiento en la historia jurídica de los distintos países y que la casación, como hoy día se la entiende, descansa sobre estos dos pilares que constituyen: la Corte de Casación, por un lado, y el recurso de casación, por otro.

En un comienzo este recurso tuvo un carácter político; por lo menos durante la Edad Media, en el Derecho Común, tenía por finalidad defender las legislaciones locales de las invasiones del poder central; luego, en Francia, adquirió aún más acentuadamente aspecto político cuando surgió como organismo mediador en las discrepancias que se producían entre los Parlamentos, por una parte, y el Soberano, por la otra; de manera que este instituto nunca ha podido confundirse con los recursos propiamente procesales, con aquellos recursos destinados sencillamente a modificar resoluciones dictadas por los jueces.

Sólo para ordenar ideas me remito a una pregunta que ya formulé anteriormente: ¿es la casación un recurso para hacer justicia?

Se ha contestado derechamente que no y también se contesta en iguales términos que sí. En el fondo el distingo es sutil, no hay duda que es sutil, porque ambas posiciones tienen cierta parte de verdad. No es un error grave sostener que la casación no es para hacer justicia, porque el fundamento principal de ella es uniformar la interpretación judicial de la ley. Tampoco lo es, decir que la casación sirve para hacer justicia, porque, en definitiva, cuando mediante la infracción de la ley se dicta una sentencia injusta, resulta entonces que es posible remediar la injusticia por medio de la casación. ¿Cuál es, en último término, la posición exacta? Ella sería sostener que la casación es un medio de impugnación que permite hacer justicia, lo que resulta innegable; pero ese fin puede realizarse únicamente dentro de los límites que la ley señala al recurso, sin que le sea posible al Tribunal de Casación hacer una revisión integral del proceso.

## EL RECURSO DE CASACION

39

Dijo Ossorio y Gallardo, con esa claridad de expresión que le es propia, que la casación es un simple diálogo entre la sentencia y la ley, concepto que corresponde perfectamente a la idea de que quedan eliminados todos los problemas que son materia del pleito, de la controversia, y solamente procede enfrentar la sentencia a la disposición abstracta y general de la ley.

A través de la obra de los primeros juristas franceses, poco posteriores a la Revolución, que se preocuparon de hacer un estudio de este recurso, encontramos que hay una coincidencia en cuanto a determinar cuáles son los motivos o los errores que pueden autorizar o dar lugar a un recurso de casación.

Pero recordemos, brevemente, lo que establece el estatuto procesal nuestro: recurso destinado a invalidar sentencias dictadas con infracción de ley, siempre que la infracción haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Ambas proposiciones están íntimamente enlazadas, se complementan de tal manera, que no sería posible separarlas, porque para que prospere un recurso de casación no basta que se haya infringido la ley; es menester, además, que esa infracción influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo, llevando la sentencia a una conclusión contraria a la que debió arribar en caso de haber aplicado correctamente la norma legal.

Esta breve definición da margen a consideraciones en cada una de sus palabras: infracción de ley, ¿qué debemos entender por ley para los efectos de la casación?; ¿cuándo la ley es infringida? Y luego, ¿qué significa que esta infracción de ley tenga influencia sustancial en los dispositivos del fallo?

He procurado hacer una síntesis de esta doctrina clásica antigua y encuentro como elemento común en los autores que he citado, como Foignet y Faye, entre otros, que los defectos del juicio consisten en una falsa declaración de la voluntad concreta de la ley en la parte del proceso que se denomina el in iudicando, en sentido lato. Esta infracción puede derivar de los siguientes motivos: uno es el error en la resolución de una cuestión de derecho. Y hago un paréntesis. No olvidemos que la doctrina hoy es coincidente en sostener que en la sentencia pueden encontrarse las dos proposiciones de un perfecto silogismo, cuya premisa mayor es la disposición abstracta de la ley; la me-

nor es el caso concreto; y la conclusión debe naturalmente fluir de ellas, si el razonamiento ha sido acertado. Pues bien, recordando la precedente afirmación, repitamos que estos errores que se producen en la sentencia pueden provenir de error en la resolución de una cuestión de derecho relativa a la premisa mayor, a la disposición de la ley. Enseguida cabe también el error sobre la existencia o validez en el tiempo o en el espacio de una norma jurídica; un error relativo a la premisa menor del silogismo, sobre la relación que tiene lugar entre el hecho abstracto y el hecho específico concreto, lo que se llama generalmente la falsa aplicación de la ley. Y por último, un error en la conclusión del silogismo, defecto que puede ser sobre las consecuencias jurídicas concretas que derivan de no haber determinado correctamente la relación entre el hecho específico legal y el hecho específico controvertido.

La casación, como se ha dicho, no implica un tercer grado de jurisdicción, porque están eliminados de la revisión de la Corte de Casación todos los problemas de hecho. Esto último es fácil de sostener a priori y bastante difícil de explicar en cada caso concreto.

Está dicho en los textos y en los apuntes elementales de Derecho Procesal —y hoy recordémoslo de paso— que la ley se infringe: ya sea cuando se contraviene su texto formal; cuando se infringe ya sea cuando se contraviene su texto formal; cuando se hace una falsa aplicación de ella, o bien, en sentido negativo, no dando lugar a aplicar la ley al caso para el que está contemplada o, en sentido afirmativo, aplicándola a un caso en que no corresponde hacerlo; y finalmente, cuando se contrarían las reglas de interpretación de la ley, digamos si se pasa por sobre el elemento gramatical o literal para recurrir al histórico o sistemático.

En esto casi no hay problemas porque coinciden profesores y tratadistas y —una advertencia— para explicar estas materias, que suelen ser oscuras, muchas veces hay que recurrir al ejemplo de cátedra y yo, como soy magistrado, siempre cuido de decir que éstos son ejemplos simplemente artificiales, porque conozco a mis colegas de la Justicia de Chile y sé que jamás van a incurrir en estos errores gruesos, esos errores enormes que son justamente los que hay que sacar como ejemplos para explicar cier-

## EL RECURSO DE CASACION

41

tas cosas que son teóricas y talvez abstractas. No se puede suponer que Ministros de Cortes de Apelaciones ignoren que una ley está vigente o que vayan a aplicar una ley que se encuentra derogada.

Analizando este problema de los errores en las premisas, Calamandrei sostiene que se producen en la mayor, cuando hay error acerca de la validez o sobre la existencia en el tiempo de una norma jurídica y al efecto se pone en el caso de que el juez ignore o se niegue a reconocer la existencia de una norma jurídica en vigor, o bien cuando considera como norma jurídica una ya derogada: Estas son típicas infracciones de ley. Se trata de negación directa del precepto legislativo, de desconocimiento de la voluntad abstracta de una ley. Clásico ejemplo de cátedra, muy difícil que ocurra en la práctica.

Error sobre el contenido, sobre el significado de la norma jurídica, que se produce cuando el juez, reconociendo la existencia y validez de la norma propia del caso, yerra al interpretarla. Esto sí que es posible que ocurra y es natural que así sea, puesto que la misión de los tribunales es interpretar libremente los preceptos de la ley.

Errores en la premisa menor, error sobre la definición jurídica, o sea, acerca de la calificación del caso particular concreto, es decir, cuando el juez, al llevar a cabo la diagnosis jurídica de los hechos, por ejemplo, estima como compra un negocio jurídico que ante la ley importa dación en pago. Me parece muy exacta la expresión "diagnosis jurídica de los hechos", lo que los penalistas están llamando, desde hace algunos años, la subsunción del hecho bajo la norma. Se yerra al escoger entre dos circunstancias de hecho aquellas que tienen trascendencia de derecho y al deducir de esa reunión, la noción del instituto jurídico en el cual va a encuadrar el caso concreto. Es, talvez, la parte más importante del proceso intelectual que el juzgador debe realizar al fallar el pleito.

También dice el mismo autor que cabe error acerca de la relación que tiene lugar entre el caso particular concreto y la norma jurídica, el mismo problema puesto desde otro punto de vista; cuando el juez yerra al establecer la relación de semejanza o diferencia que existe entre el caso particular concreto,



judicialmente calificado, y el hecho específico hipotizado por la norma. Y volvemos a repetir estos dos conceptos que, en mi entender, son determinantes: la norma general abstracta y el hecho real, concreto, positivo.

Por último, agrega, error de subsunción del caso particular bajo la norma. Y también defectos que se producen en la conclusión cuando no se trata de un error de derecho, sino más bien de un error de razonamiento. Es posible interpretar correctamente la ley llamada a aplicarse y, sin embargo, aplicarla mal, no porque se haya desnaturalizado la regla, sino porque se razonó equivocadamente y, al aplicar la ley, se la extendió o restringió en su alcance.

Sobre esto mismo, y para terminar, dice Faye que las leyes son violadas cuando la decisión es contraria a sus prescripciones, ya sea porque se produjo contravención formal, o porque ha resultado mal interpretado el texto o, en fin, porque se cometió error en la aplicación de ellas a los hechos de la causa.

El carácter de un hecho no depende exclusivamente de las condiciones materiales de que está acompañado; el juez a menudo tiene que tomar sobre sí, una apreciación moral, investigando cuál es la intención, cuál es la voluntad, que ha determinado su ejecución, cuál es su valor por comparación con otros hechos análogos. Esta apreciación es generalmente sustraída al control de la Corte de Casación, como la constatación misma del hecho, del cual no puede ser separada. Se le preguntará al juez si una institución existe en materia civil, como se le pide al jurado en lo criminal que se pronuncie sobre la intención culpable de un individuo que le ha sido entregado. Y es curioso, la actual doctrina es bien poco lo que ha añadido a estos autores que principiaron a escribir a fines del siglo XVIII o en los primeros años del XIX.

Dice Calamandrei, para justificar la casación, —y esto sí que es importante— que los dos principios conexos y complementados entre sí de la unidad del Derecho positivo en el Estado y de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, sólo pueden ser prácticamente actuados cuando las amenazas que surgen contra los mismos de la inevitable pluralidad de los órganos jurisdiccionales del mismo grado, sean, dentro de lo posible, tem-

## EL RECURSO DE CASACION

43

pladas por la uniformidad de la interpretación jurisprudencial. Existe, pues, un interés público en mantener la unidad de la jurisprudencia.

Decía anteriormente que algunos miran la casación como algo artificioso, como un análisis teórico, sutil, y se llega a afirmar que es impropio de la época moderna que el recurso se pierda porque faltan unas palabras o porque ha sido mal interpuesto. Así es, pero en todo caso importa destacar cuánto de interés público lleva envuelto en su finalidad el recurso de casación. En último término, ¿qué es lo que está procurando realizar?: la igualdad de los ciudadanos ante la ley, una igualdad que se traduce, en pocas palabras, en una cierta certeza de que en casos análogos, pueden estar seguros de que sus pleitos van a ser de la misma manera. Eso es, en resumidas cuentas; ésa es la verdadera igualdad, no solamente la igualdad reconocida en la Carta Política, sino esta equivalencia de derechos ante la justicia. Si debiéramos reducir a términos vulgares, podría decirse que es la seguridad de ser medidos con la misma vara. Esa es la finalidad a que tiende la casación al uniformar la interpretación judicial de la ley.

Se ha afirmado —y lo traigo a colación como simple curiosidad— que también podrían evitarse estos peligros de las desigualdades en la interpretación de la ley, sin necesidad de recurrir a la casación, que es un tanto complicada, por la vía de suprimir la fundamentación de las sentencias, porque si no hay fundamentación, no hay jurisprudencia, y entonces los tribunales se encontrarían en plenitud de libertad para interpretar la ley como les parezca y nadie se va a sentir perjudicado porque su fallo es distinto al del vecino. Pero es evidente que la motivación de la sentencia justamente se exige en razón de garantía para los litigantes, es decir, para que éstos conozcan las razones que llevaron al tribunal a fallar en el sentido en que lo hizo, aunque el perdidoso, por razones humanas fáciles de explicar, las encontrará desafortunadas. No obstante, en todo caso, sabrá al menos por qué razón perdió su pleito.

Creen otros que posiblemente la solución para uniformar la interpretación jurisprudencial de la ley estaría en implantar el sistema de los precedentes que se usa en los países anglosajo-

nes, según el cual, cuando un tribunal superior ha fallado una causa en un sentido determinado, la doctrina sustentada pasa a ser obligatoria para todos los demás casos, lo que significa, o lo que se expresa, en la legislación inglesa en el adagio que dice: el juez crea la ley, es decir, crea la norma para los casos semejantes. Evidentemente que será muy difícil que todos los casos, o que más de un caso sean tan semejantes que el precedente establecido para uno de ellos pueda servir como norma concreta para la solución de otras situaciones específicas que se presentan en lo sucesivo.

Y todavía, sostienen algunos, hay algo más sencillo: si al legislador le corresponde interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio, ¿por qué, en caso de duda no se busca la interpretación auténtica del legislador? Sobrarían razones para rechazar este camino. Me basta con recordar que de esta manera sencillamente resultaría atropellado el principio elemental de la división de los poderes del Estado.

De todo lo dicho resulta que, si hay necesidad de interpretar la ley uniformemente, no existe otro medio más adecuado que el recurso de casación.

\* \* \*

Ahora bien, nos corresponde preguntarnos ¿qué debe entenderse por ley?

Lo ha dicho muchas veces la Corte Suprema. El Código Procesal no distingue ninguna forma diferente de norma jurídica, de manera que cualquier acto que pueda calificarse como ley, según la definición del artículo 1º del Código Civil, podrá servir de fundamento a un recurso de casación; sea la ley sustantiva, como la ley procesal, pero no la ley procesal ordenatoria litis, porque, como es requisito sine qua non que la infracción de la ley influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo, la infracción de la ley procesal podrá servir de base a un recurso de casación únicamente cuando se cumple esta condición de haber influido en lo dispositivo del fallo.

## EL RECURSO DE CASACION

45

Con respecto a los Decretos con Fuerza de Ley, el Tribunal no ha tenido dudas acerca de que también su infracción pueda invocarse como motivo de casación. En cuanto a los Reglamentos y Decretos del Ejecutivo, tampoco se ha presentado dificultad para decidir que están afectos a un simple problema de legalidad, puesto que los tribunales no deben aplicarlos cuando contrarían o exceden la ley respectiva; y, en ese caso, no cabe la censura de la casación. Pero hay aquí un pequeño matiz que vale la pena considerar.

Abundando sobre la misma materia, resulta de interés referirse al problema que se suele llamar de las definiciones legales.

Todos los textos sustantivos contienen un conjunto de definiciones legales: el Código Civil y el de Comercio definen los contratos; y muchos otros actos jurídicos están también definidos. Estos preceptos que importan definiciones legales ¿pueden invocarse como fundamento de un recurso de casación? Sí, pero no aisladamente, porque nunca la infracción de una sola definición podrá tener influencia sustancial en lo dispositivo del fallo. Para que el recurso pueda prosperar cuando se trata de una definición legal, es necesario que su infracción vaya unida a la de los otros preceptos que han debido servir de base a la decisión, porque solamente de ese modo resultará que el quebrantamiento de la ley ha tenido influencia sustancial en lo dispositivo del fallo.

Ya que estamos hablando de infracción de ley, conviene hacer una alusión al problema de las leyes reguladoras de la prueba, concepto que en nuestro Derecho es relativamente nuevo.

Como el Código de Procedimiento Civil emplea términos muy amplios al referirse a la ley, es indiscutible que dentro de su latitud cabe la infracción de los principios normativos de la prueba.

Pero tengamos presente que no ocurre lo mismo en el Código de Procedimiento Penal, en el que las infracciones de la ley penal que pueden servir de base para un recurso de casación en el fondo, se encuentran agrupadas en causales taxativamente enumeradas.

En el texto original del Código de Procedimiento Penal no se contemplaba esta causal, que ahora figura con el Nº 7º en el



artículo 546. Recuerdo, a propósito, que hace algunos años se celebró en Santiago un Congreso de Criminología y en esa oportunidad se habló de la falta de un precepto, en el Código de Procedimiento Penal, que contemplara la infracción de las leyes reguladoras de la prueba como motivo de casación. Según ocurre siempre en estos torneos, mucha gente con entusiasmo sostenía la necesidad de agregar la mencionada causal; otros, en cambio, pensaban que ésta era innecesaria, porque no tendría ninguna importancia práctica, dado el sistema de facultad en la apreciación de la prueba que la ley otorga a los tribunales del crimen, dentro del cual resulta casi imposible, en el hecho, que las normas reguladoras de la prueba sean contrariadas. Se argumentaba en apoyo de la nueva causal que, en materia civil, en un pequeño pleito material, de despreciable dinero, puede haber casación en el fondo por infracción a las leyes reguladoras de la prueba; y, recurriendo a los lugares comunes tan conocidos en materia penal, se ponía de relieve, que allí están de por medio la vida y la honra de una persona, sin embargo, no existe análogo motivo de impugnación por lo que los tribunales podrían, en estas materias, apartarse de la recta aplicación de la ley.

En realidad, esta causal parece más bien teórica que práctica, porque no es posible —y repito algo que decía hace poco— que las Cortes de Apelaciones vayan a infringir en el proceso penal las leyes reguladoras de la prueba. A mí se me hacía muy duro creerlo. No obstante primó la idea de consignar como una aspiración, una conclusión del Congreso la de que se incorporase en los Códigos procesales penales una disposición que contemplara este motivo como causal de fondo. En la reforma del año 44, precisamente se agregó la causal de infracción de las leyes reguladoras de la prueba.

¿Y qué dice la estadística? ¿Cuántos recursos de casación en el fondo, por infracción a las leyes reguladoras de la prueba, han sido acogidos en materia penal?

Por mi parte sólo conozco uno. Y, no está demás anotarlo, queda la impresión de que el Tribunal incurrió en error de apreciación al acoger el recurso; y digo lo anterior porque, en el caso aludido, por este medio procesal se revisó en su conjunto la fuerza probatoria de las presunciones judiciales. En una palabra:

## EL RECURSO DE CASACION

47

cero; nunca otra vez he visto acogido un recurso de casación en el fondo por infracción a las leyes reguladoras de la prueba en materia criminal.

Sin embargo, es natural que los abogados defensores hagan uso legítimo de su derecho de recurrir a esta causal, que es muy amplia y que se presta para todo, puesto que la apreciación de la prueba que ha hecho el Tribunal de Alzada autoriza externamente para fundar un recurso de casación en el fondo por infracción a las leyes reguladoras de la prueba; y ella, como la causal quinta en la forma, la falta de considerandos, siempre se podrá esgrimir como un último medio de defensa.

La Corte ha hecho un esfuerzo —porque la doctrina, en realidad, no contiene opiniones claras sobre la materia— por señalar que hay infracción a las leyes reguladoras de la prueba, cuando se acepta un medio de prueba no contemplado en la ley, cuando se repudia un medio que la ley autoriza, o cuando ese altera el *onus probandi*. Estos son los casos más señalados, y se presentan los clásicos ejemplos: Me pregunto: ¿Será posible que una Corte de Apelaciones imponga la pena de muerte con el mérito de solas presunciones? ¿Servirá la confesión para acreditar el cuerpo del delito? ¿Habrà algún tribunal que sostenga que el cuerpo del delito se acreditó con la confesión? ¿Se estimará prueba suficiente, en materia penal, la declaración de un testigo? Todos ejemplos de cátedra.

Y volviendo al caso de las presunciones, la jurisprudencia posterior ha cuidado de reafirmar la doctrina en esta materia. Ahora existe uniformidad absoluta en la Corte para estimar que solamente dos de las reglas relativas a las presunciones pueden ser revisadas por el Tribunal de Casación, es decir, comprobar si ellas se fundan en hechos reales y probados y si son múltiples, porque para ese objeto basta la mera confrontación objetiva del hecho asentado por la sentencia. Pero entrar a revisar si las presunciones que emanan de esos hechos son precisas, concordantes, etc..., es materia de la apreciación exclusiva de los jueces del fondo; y revisar estos pormenores importaría convertir la casación en una tercera instancia.

En resumen y para concluir, porque en esto no vale la pena insistir más, la infracción de las leyes reguladoras de la prueba en

la práctica resulta más bien teórica, pero es conveniente mantenerla, como un saludo a la juridicidad, aunque no prospere ante el Tribunal de Casación y aunque en la realidad sirva solamente para intentar una nueva revisión de los hechos que los jueces de la instancia aprecian con facultades soberanas, porque puede ocurrir que, por ese medio, el Tribunal Supremo tome conocimiento de un fallo que es necesario invalidar por adolecer de otros defectos.

\* \* \*

Veamos ahora lo que para mí es el problema más complejo que plantea la casación.

Para adelantar ideas voy a referir brevemente un caso en que no comparto la opinión de mis colegas y en que he quedado en minoría. Es el siguiente: En un proceso por homicidio, el reo alegó la eximente de legítima defensa. La sentencia de la instancia dijo que, en realidad, no había habido agresión ilegítima de parte del reo; que tampoco él había provocado, pero que el medio empleado para la agresión no era proporcionado a la ofensa, es decir, no había necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión. Naturalmente, no se le aceptó la eximente y solamente se consideró esta situación como una atenuante muy calificada. La defensa del reo fue de casación y sostuvo que el medio empleado para repeler la agresión había sido racional.

Yo dije: Esto no es motivo de casación en el fondo, la Corte Suprema no puede revisar este aspecto del proceso por medio de este recurso. La mayoría del Tribunal, cinco votos, opinó que apreciar la racionalidad del medio era un problema de derecho y, por ende, de calificación jurídica, porque racional significa acorde con la razón y si era racional o no la defensa es un problema jurídico que la Corte de Casación podía revisar. Yo sostuve, en un largo voto, que el concepto de racionalidad no se encuentra definido por la ley, está simplemente enunciado, de manera que es propio de los jueces de la instancia apreciar, en cada caso concreto, las circunstancias materiales del hecho que van a determinar si el medio es racional o no, porque solamen-

## EL RECURSO DE CASACION

49

te colocándose en el terreno de facto, en la realidad tangible, se podrá apreciar en cada caso si el medio es racional o no. Habrá que ver, digamos, por ejemplo, las condiciones físicas de la víctima y del atacante, la compensación de las armas, etc., todo lo cual, me parece evidente, no importa una apreciación jurídica.

Dejo enunciado el problema, porque después estudiando he encontrado algunas opiniones que confirman lo que yo he sostenido y me parece que me dan la razón. Hoy día no discuten los autores que la casación debe tener cierto sentido de generalidad, puesto que por este medio se busca y se persigue la uniformidad en la interpretación, que debe tener alguna generalidad para que pueda servir en otros casos que se repitan, para que la solución de un caso pueda servir para los demás que sucesivamente se produzcan. Y es bien difícil que los nuevos hechos que ocurran resulten en absoluta coincidencia de las circunstancias materiales del o de los anteriores, y bastaría que se modificara alguna de esas circunstancias de hecho para que el problema jurídico cambie totalmente de faz y el "precedente" resulte en absoluto inoperante.

Hay un autor italiano, Francisco Auriti, —que no es muy conocido entre nosotros— que sostiene que el hecho es accidental y se halla ligado a las particularidades de cada proceso por las circunstancias de tiempo, lugar y personas y es casi imposible que vuelva a reproducirse otra vez en condiciones idénticas. Por el contrario —dice—, el principio de derecho que se refleja en los hechos como norma que deba regularlos, tiene la universalidad propia de la idea, abstrae de las accidentalidades materiales y una vez sentados los hechos sustanciales se resume en las fórmulas de la jurisprudencia que encierran una potencialidad indefinida para la resolución de todos los casos semejantes. Únicamente las cuestiones de derecho, por su naturaleza, son las que exigen un nuevo grado de jurisdicción. En la casación se revisa la legalidad de los fallos y no su justicia. Esto, como creo haberlo demostrado ya, es relativamente cierto.

En casación debe examinarse si, establecido un hecho cualquiera, reúne los caracteres o requisitos fijados por la ley para que se produzca un efecto determinado y ha de verse también si las consecuencias jurídicas que los sentenciadores han dedu-



cido de esos hechos constatados soberanamente, están ajustados a derecho o si, por el contrario, se han negado esos jueces a admitir la consecuencia que de los hechos deriva. La calificación legal de un hecho se refiere a la aplicación del derecho a los hechos, que el tribunal debe hacer con el fin de determinar su naturaleza jurídica, o sea, la denominación atribuida por la ley a una situación de hecho determinada, especialmente en lo referente a actos y contratos, en los cuales ella ha dado reglas que deben observarse, siempre que no hayan sido derogadas por acuerdo de las partes, en cuyo silencio entran a suplirlas. Calamandrei sostiene, por su parte, que los errores de hecho atañen sólo al caso concreto y no contienen en sí el germen de posibles actuaciones en otros juicios. El error de hecho, por burdo y evidente que sea, no puede dar margen a casación; es la infracción del Derecho, considerado como norma general y abstracta, como principio potencialmente aplicable a una cantidad indeterminada de casos posibles, lo que autoriza la casación.

Es ésta la finalidad del instituto: mantener la exacta y uniforme interpretación de una norma como mandato de carácter general y abstracto. Me parece que Calamandrei, con la claridad que acostumbra, ha dado el verdadero sentido a esta difícil cuestión de diferenciar el problema de hecho del problema de derecho y, por ende, de determinar cuándo la errada interpretación de los sentenciadores importa un defecto en la apreciación de los hechos o constituye una interpretación errada de la ley, es decir, un error de derecho.

En relación con esto mismo, y para terminar, hay todavía una última consideración que es necesario tener en cuenta para distinguir el hecho del Derecho. Ocurre a veces que se presentan apreciaciones que en realidad no son objetivas, reales, de facto, pero que, sin embargo, no pueden autorizar la casación. Son aquellos casos como el de la defensa que acabo de recordar, en que la ley no determina los requisitos para que se construya una determinada figura jurídica, sino que, dado que ella no debe ser casuística, porque en ciertos casos la casuística llevaría a la enumeración indefinida, tiene que entregar necesariamente a la apreciación moral de los jueces la calificación de esos hechos. Y a mí me parece obvio que cuando la ley pone en manos de

## EL RECURSO DE CASACION

51

los jueces un instrumento de tanto valor, no puede después decirse que ellos, cuando usan de una facultad legal para apreciar los hechos, hayan podido infringir la ley, porque si la contravención, en sus términos más simples, se reduce a contrariar el texto del precepto, yo me pregunto: ¿cómo se contrariaría el tenor literal de la ley cuando el texto no existe, porque la disposición no señala condiciones? Ahora bien, si la segunda forma de violentar la ley es por su falsa aplicación, ¿dónde está la falsa aplicación cuando la ley es genuinamente aplicada al caso propuesto? Y, por último, ¿dónde podría encontrarse el error de interpretación, cuando la propia ley no proporciona ningún elemento para hacerla, sencillamente porque el caso no se encuentra reglado? Hay que concluir, pues, que en estos casos la libre apreciación de los jueces no se encuentra constreñida por la letra de la ley.

Debo haberlo dicho y lo reitero, que si hay problema que divida opiniones es éste de la aplicación y de la diferenciación de las cuestiones de hecho y de derecho. Después de estas breves observaciones, creo que como conclusión, sin que sea esto una especie de llave maestra que sirva para todos los casos, podemos asentar que, cuando el problema es concreto, determinado, específico, en forma que cualquiera pueda apreciarlo, será asunto de hecho; habrá cuestión de derecho, en cambio, cuando el diferendo revista ciertos caracteres de abstracción y de generalidad, de tal modo que haga posible su repetición en casos futuros, y que para su solución se requiera de conocimientos técnicos de la ciencia jurídica.

\* \* \*

Mucho se ha escrito sobre la infracción de la ley del contrato y desgraciadamente el tiempo de que dispongo no me va a alcanzar para referirme in extenso a la materia. La cuestión se ha complicado porque aquí no opinan sólo los procesalistas; son los civilistas los que tratan de resolverla, a pesar de que es mayormente procesal, o, más bien dicho, concurren a su respecto caracteres que pertenecen a ambas disciplinas jurídicas.

Que el contrato sea una ley para los contratantes, eso todos lo sabemos; y que la palabra ley no la tomó el legislador en el sentido de la definición que se contiene en el artículo primero del Código Civil, sino que la empleó como una simple metáfora para hacer resaltar la fuerza obligatoria que tienen para las partes estas convenciones cuando son válidamente celebradas, es algo que ya no se discute. De manera que sería excesivo entrar a estudiar lo que ya no constituye problema. Lo que sí divide las opiniones es lo relativo a la infracción de la ley del contrato como motivo del recurso de casación.

Voy a recordar brevemente dos de ellas que se refieren al tema de la interpretación de los contratos y el recurso de casación.

Ripert y Boulanger, en su "Tratado de Derecho Civil", sostienen que la comparación del contrato y de la ley es tradicional; ella ha debido parecer particularmente exacta a los autores del Código, si han considerado la ley como la consecuencia del contrato social, base de toda autoridad. Tal comparación, sin embargo, resulta inexacta: la ley es superior al contrato, en cuanto es imperativa y el contrato no puede derogarla; y, en cambio, le es inferior si es interpretativa o facultativa, porque no se la aplicará sino a falta de contrato. Los jueces del hecho interpretan soberanamente las convenciones que les son sometidas. Las reglas de los artículos pertinentes del Código Civil, dice la Jurisprudencia, constituyen consejos dados a los jueces por los legisladores, pero no reglas absolutas, cuya violación daría lugar a casación. Se admite que una decisión judicial pueda ser casada cuando se desnaturaliza el sentido de una cláusula clara y precisa, en términos de modificar o destruir sus efectos legales. Puse acento en el vocablo "desnaturaliza" el sentido de la cláusula, porque quien revise los autores de Derecho Civil francés, se va a encontrar a cada paso con la expresión "la desnaturalización del contrato". Con esta frase han creído los autores aclarar el problema y, en mi concepto, lo único que han conseguido es complicarlo más.

Gabriel Martí, que también trata el tema, afirma en su obra "La desnaturalización de los actos", que cuando se dice que en

## EL RECURSO DE CASACION

53

Francia se reconoce a la Corte Suprema el derecho de casar las decisiones que han desnaturalizado los actos sometidos a la apreciación de los jueces, no se formula una afirmación muy precisa. Nada más vago, en efecto, que ese vocablo de que la Corte de Casación hace uso muy amplio. "Desnaturalizar", según Littré, es cambiar la naturaleza de una cosa. Ahora bien, cambiar la naturaleza de un acto o de un documento puede ser entendido de muchas maneras. Por ejemplo, si se califica como venta un contrato que constituye un arrendamiento, se cambia su naturaleza jurídica, se desnaturaliza; pero carece de interés hablar de desnaturalización en este caso, porque la decisión está afectada de un error de calificación que basta para comprometer la casación.

Aun cuando pueden citarse muchos fallos que hablan de desnaturalización, en el sentido de que venimos hablando, la Corte Suprema ha empleado ordinariamente esta expresión para designar otros vicios de la decisión: los jueces habrán podido calificar exactamente los hechos que han establecido; pero para llegar a la declaración del hecho que justifica la aplicación de la ley, se habrán puesto en contradicción con los documentos del proceso, o habrán desconocido el conjunto de ellos o su alcance, bajo el pretexto de interpretación.

Después de mucho investigar en esta materia, creo que la jurisprudencia se ha orientado ya en sentido bien concreto; que si talvez no puede resolver precisamente todos los casos que se presentan, por lo menos da una pauta que sirve de guía, de brújula para resolver estos casos. Indiscutiblemente que hay infracción de ley cuando se trata del problema de calificación del contrato. ¿Por qué razón? Porque la ley proporciona los elementos para calificar: si una parte sostiene que es compraventa y la otra que dación en pago, no hay duda de que ésta es una cuestión de derecho, que se resuelve dando aplicación a las reglas del Derecho positivo, para ver cuáles son los elementos de la compraventa y cuáles los de la dación en pago, y así decidir qué denominación corresponde atribuir al contrato cuestionado. Pero cuando se trata de desentrañar la intención, la voluntad de las partes, ésta, manifiestamente es una cuestión de hecho que no puede ser revisada por la Corte de Casación, porque,



si lo hiciere, inequívocamente invadiría el terreno que es exclusivo y propio de los jueces de la instancia.

En la sucesión infinita de casos que puedan presentarse, talvez estos principios simples y elementales proporcionan elementos para no equivocarse. No es difícil distinguir la mera interpretación del contrato de su calificación jurídica.

Lo dicho sobre el contrato rige también respecto del testamento; calificar si la disposición testamentaria es usufructo, fideicomiso, legado o herencia, evidentemente es un problema de derecho. Resolver cuál fue la intención del testador, es una nítida cuestión de hecho, porque el examen de la intención, igual que la voluntad en los contratos, requiere un proceso objetivo de estudio de los antecedentes del pleito, las pruebas rendidas, el mérito de los autos, todo lo cual es ajeno a la labor de la Corte de Casación.

\* \* \*

Y para terminar, una breve referencia a la aplicación de la ley extranjera.

Con el desenvolvimiento de las relaciones humanas, el campo del Derecho Nacional se extiende cada vez más al plano internacional. Son múltiples los casos que se presentan a diario en que se hace necesaria la aplicación de los principios del Derecho Internacional Privado.

En la jurisprudencia nacional hay pocos litigios en los que la Corte Suprema se haya pronunciado derechamente sobre esta materia. Entre ellos recuerdo especialmente el pleito de la sucesión de un caballero de apellido Rojas, de Santiago, con la Junta de Beneficencia de Sevilla. Quienes lo conocieron dicen que era un hombre muy especial, de una personalidad muy definida, gran admirador del Presidente Balmaceda. Después de la Revolución del 91, cuando el balmacedismo fue derrotado, recorrió el mundo para buscar una parte donde pudiera vivir con tranquilidad y terminar sus días. De todo lo que vió, lo que más le gustó fue la ciudad de Sevilla. Se

## EL RECURSO DE CASACION

55

instaló allí e instituyó heredera universal de sus bienes a la Junta de Beneficencia de esa ciudad. Con una minuciosidad maravillosa dispuso de sus bienes hasta en los menores detalles, imponiendo a la Junta de Sevilla la obligación de establecer un preventorio para niños y niñas que debería llamarse "Preventorio Mixto Presidente Balmaceda". Dejó indicadas las alineaciones del jardín, en cuyo centro debía haber una estatua del Presidente, tres pabellones para hombres y tres para mujeres y cada uno de éstos debía llevar una esfigie y el nombre de los seis Ministros que acompañaron al Presidente en su último Gabinete. A sus parientes de Chile no los vió más. Murió este caballero dejando una cuantiosa fortuna, y algunos miembros de su familia se apresuraron a pedir la posesión efectiva de la herencia, afirmando que era intestada. Naturalmente la Junta de Sevilla, por medio de su representante, se opuso a la dación de la posesión efectiva de la herencia y así surgió la controversia. En el juicio, los parientes chilenos obtuvieron sentencia favorable en primera instancia, la que declaró que las Juntas de Beneficencia no eran personas jurídicas en España, de manera que no tenían capacidad legal para heredar. Apelado este fallo, la Corte de Santiago lo revocó y rechazó la demanda, naturalmente por estimar lo contrario. Los demandantes fueron de casación en el fondo por infracción al Código Civil Español y al estatuto legal de las personas jurídicas en España, sosteniendo que allá las Juntas de Beneficencia no tenían este carácter. La Corte Suprema en aquella oportunidad, cuando funcionaba con nueve miembros, por cinco votos contra cuatro resolvió que la infracción de la ley extranjera no autorizaba el recurso de casación en el fondo y que la interpretación de la ley extranjera era una mera cuestión de hecho.

Esto tiene relación con lo que expresé anteriormente: hay ciertos problemas que no importan, en sustancia, cuestiones de hecho, pero que, no obstante, no pueden ser revisados por la casación de fondo. Pero el Derecho Internacional Privado ha progresado mucho en los últimos años y es fácil encontrar en todos los textos que se hace una distinción respecto de los problemas que se pueden originar con motivo de la aplicación de la ley extranjera a un caso que se ventila en Chile.

Es evidente que si el Código Civil dice que este caso debe regirse por la ley chilena y el tribunal aplica la ley extranjera, hay infracción de ley. También lo es que, si el caso debe regirse por la ley extranjera y el tribunal se empeña en aplicar la legislación patria, hay infracción de ley. Pero el problema se presenta cuando el juez, debiendo aplicar la ley extranjera, la aplica, pero erradamente; y entonces se critica la equivocada aplicación de la ley extranjera, en los mismos términos que si se tratase de la ley nacional.

Los autores se encuentran divididos en este aspecto de la cuestión; tantos son los que sostienen la procedencia del recurso como los que la niegan, es decir, existe una teoría del derecho y otra del hecho. ..

Los primeros piensan que desde el momento en que la ley chilena obliga a aplicar la ley extranjera, ésta pasa como a incorporarse a la legislación nacional y debe aplicarse en su genuino sentido; y que sería contradictorio que, debiendo resolverse una cuestión según la ley extranjera, se dejara libertad al tribunal para aplicarla a su arbitrio. La norma extranjera debe tener vigencia en el pleito de igual modo que si fuese una disposición de Derecho interno, y que manifiestamente es un grave error sostener que la interpretación de la ley extranjera es un mero problema de facto.

Por otro lado se pregunta: ¿qué finalidad persigue el recurso de casación en el fondo si no es la de mantener la unidad de la interpretación de la legislación nacional? Además ¿cómo podría funcionar respecto de la ley extranjera el complejo conjunto de elementos a que es necesario recurrir para llegar a la recta interpretación de las normas de Derecho patrio? Si aún esto es difícil para los tribunales y se trata del propio sistema jurídico del país, ¿cómo se les va a exigir que dispongan de los elementos interpretativos que se requieren para la aplicación de la ley extranjera?

A mí, y lo digo honradamente, el problema me ha tenido vacilante durante mucho tiempo, pero hay un antecedente que pareciera indicar una solución: en el Código de Bustamante existe un principio según el cual en los países signatarios que contemplan en su legislación la casación en el fondo u otro instituto análogo,

EL RECURSO DE CASACION

57

también procederá este recurso por infracción de las leyes extranjeras. Como el Código de Bustamante ha sido ratificado por nuestro país y en la duda —porque, en realidad hay razones para sostener la posición del hecho como la del derecho—, pareciera que éste último es un argumento poderoso para inclinarse por el sistema del derecho, es decir, que la infracción de la ley extranjera también autoriza el recurso de casación en el fondo.

\* \* \*

En realidad, el tiempo no me permitió extenderme mayormente a otras materias que pueden ser de interés. Con lo dicho pongo fin a la tarea en que me he empeñado.

Me daría por muy satisfecho si hubiese logrado, por lo menos, demostrar —y es mi mayor anhelo— que la casación en el fondo no es un recurso artificioso; que responde a una alta necesidad jurídica y constituye la más pura expresión del Derecho; que es una garantía para las partes y tiene una indiscutible finalidad de carácter público, que lo hace necesario e indispensable.

Agradezco a la Dirección de la Escuela de Derecho que haya tenido la deferencia de invitarme, me haya proporcionado el agrado de estar entre vosotros y de volver a esta tierra que me es muy querida.

Y a todos los presentes les expreso también, y una vez más, mi gratitud por haber tenido la gentileza de acompañarme en estas charlas.

Muchísimas gracias.