Artículo: La réplica no es la defensa
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE

Artículo: La réplica no es la defensa
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

LA REPLICA NO ES LA DEFENSA

RAMON DOMINGUEZ BENAVENTE
Ex–profesor de Derecho Civil
Universidad de Concepción

(A los jóvenes abogados)

1º Después de un largo caminar del proceso por los Tribunales, el abogado logró coger el principio que encabeza estas líneas, pero, a decir verdad, desde el primer momento tuvo la sensación, conforme al procedimiento civil chileno, que la réplica no es la defensa, sino el remate de ésta. En esos años el abogado, cuando recién iniciaba su andadura profesional, no había leído, por cierto, a Collignon, quien dice que "hacer de la réplica una segunda defensa es estropear la primera"[1]. Hay que insistir: el expediente pasó por diversos tribunales cuando al abogado se le hizo visible el punto. Por ahora, los hechos.

2º La consultante, hija de los contendientes, solicitó al abogado que no llevaba sino algunos meses de ejercicio profesional, en esa edad en que el letrado creía tener el cielo al alcance de la mano, que tomara la defensa de los intereses de la madre de la consultante, emplazada en un juicio sobre nulidad del matrimonio que la unía al padre de la requirente. Portaba consigo el escrito mediante el cual el padre–actor replicaba en la causa.

3º El escrito proporcionó *a priori* al abogado el conocimiento del hecho que el juicio lo había intentado el actor hacía algún tiempo; y el escrito, por tanto, era el mecanismo procesal que servía al demandante para darle nuevo impulso al litigio, y, los más importante, que se había introducido al proceso una nueva causal de nulidad del contrato matrimonial. Esta, al avanzar el proceso, pasaría a transformarse en lo esencial del litigio.

1 "Initiation a la practique du Barreau", pág. 117.

Artículo: La réplica no es la defensa
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

4º ¿Qué alcance podría tener esta nueva causal de nulidad del vínculo matrimonial para el éxito del juicio? ¿Podía el demandante, en el escrito de réplica, introducir al debate esa nueva causal? A estas cuestiones, particularmente la última, el abogado no encontró una respuesta lógica, esto es, la defensa adecuada para lograr un fin específico y enderezado al rechazo de la demanda. Ante esta situación y con el apremio de tener que actuar en un breve lapso, el letrado estimó natural y obvio no asumir la defensa de la madre de la consultante. No obstante, tuvo que hacerlo, porque se le dieron razones muy particulares para ello, a las que no era ajeno el abogado, amén que éste sostenía la tesis que el letrado tiene el deber de defender a cualquiera que encontrándose en dificultades acudiera a su consulta.

5º El defensor comprendió que con los conocimientos adquiridos mientras estudiaba la carrera, por buenas que hubieran sido sus calificaciones, le era imposible dar con esa lógica de inmediato, especialmente, al inicio de la profesión. Recordaba, entonces, lo que decía el famoso abogado Dupin: "Sería un error el creer que se sale de las escuelas de Derecho con todos los conocimientos necesarios para el ejercicio de la abogacía. No os contentéis, decía Dupin, con ser licenciados en Derecho; estudiad aun la filosofía, la historia y la literatura sublime". "Leed las obras de los antiguos jurisconsultos; están miradas hoy con desprecio; guardémonos, sin embargo, de olvidarlas y de hacerlas caer en desuso, pues, en ellas se encuentran con frecuencia principios luminosos y, lo que no es de menor utilidad, la mente genuina de las leyes, la verdadera voluntad del legislador. No temáis extenderos demasiado en esta parte de vuestros estudios; para llegar a las minas de oro es menester traspasar las entrañas de la tierra. De la misma manera atravesad, si es preciso muchos siglos, y penetrad hasta aquellos tiempos en que vieron por primera vez la luz los escritos de los jurisconsultos"[2]. Habría que añadir que en

2 Discurso Preliminar. "La Abogacía o el Arte del Abogado". Son muchos los que advierten sobre lo mismo.
"En fin, estudia sin tregua. La vida del Foro es vida de estudio. Debes estudiar los expedientes, el Derecho, la jurisprudencia, los clientes, a los compañeros, a los magistrados y a los hombres. Precisa estudiar cuanto se refiere al ejercicio de la profesión, los maestros de la elocuencia, los grandes procesos, las ciencias del Derecho y las que con ellas se relacionan, la Medicina Legal, la Psiquiatría, las cuestiones sociales, los grandes hechos de la historia y todo aquello que pueda adornar su espíritu. Tal es la vida de un abogado digno de este nombre". (Collignon, obra citada, pág. 69).
"El hecho de haber sufrido los exámenes universitarios y de ostentar un diploma o un grado académico, no es siempre una prueba suficiente de capacidad. Porque puede ocurrir efectivamente, por circunstancias especiales, que se superan satisfactoriamente los exámenes con un caudal mediano de ciencia. Por lo demás, quien se contente con lo que en otros tiempos aprendió en la Universidad, jamás será muy versado en su profesión ni estará al corriente de los progresos modernos de la ciencia y de las cuestiones actuales". (Salsmans: "Deontología jurídica", pág. 287).
"Y se permite que un joven puede pasar muy brillantemente su licenciatura de Derecho, para después ser abogado, prácticamente, sin haber leído una sola sentencia jurisprudencial, sin haberse remontado una sola vez a las fuentes, sin ser capaz de esquematizar una hipótesis de hecho, para derivar después la cuestión de derecho". (Extracto del Prefacio de "La Justicia", de Pedro Lepaulle).
"Se les hace ver a los alumnos en los libros, bajo la forma de textos impresos, lejos de las realidades, o, al menos, sin acordarse de aquellas que debían estar presentes en todo momento". (Enmundo Picard: "Le Droit Pur", pág. 104).
"Lo cierto es que en materia de derecho son muchos los que candorosamente se contentan con tener un Código y su inteligencia bien autorreputada: con estos dos ingredientes se creen poseedores actuales o posibles de la verdad".
"Ciertamente que para saber que la mayoría de edad comienza a los 21 años o que el prestatario debe restituir la cantidad prestada, basta con los textos y un entendimiento vulgar, pero precisamente para esto no se necesita un jurisconsulto". (Dualde, Joaquín: "La Jurisprudencia de Intereses", en Revista Jurídica de Cataluña, 1945).
"Scotty, Scotty, ¿cuándo terminará de escucharme? Toda la ley no está contenida en los libros de derecho. Si usted quiere ser un buen abogado debe echar a andar por sendas nuevas... tanto desde el punto de vista legal como desde el punto de vista táctico" (Denker: "A la sombra de la justicia", pág. 159).

Artículo: La réplica no es la defensa
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

esos años, cuando el abogado cursó sus estudios, en las escuelas de Derecho nunca se llevaba a los alumnos al terreno de la práctica, al laboratorio experimental.

6º Aceptada la defensa, el abogado se dedicó, con el mayor interés, al estudio del proceso. Ese estudio lo hizo personalmente, única manera de adquirir experiencia, porque ésta es una cuestión personal, con sus triunfos alentadores y sus desengaños, que dan la oportunidad de formarse a golpe de realidad. No tenía que descuidar detalles, pues había leído en los "Intereses Creados" de Benavente: "Mi previsión se anticipa a todo –exclama el dómine–. Y añade: Bastará con puntuar de nuevo algún concepto. Ved aquí: donde dice ... "y resultando que si no declaró ...", basta una coma y dice: "y resultando que sí, no declaró ..." y aquí: "y resultando que no, debe condenársele ...", fuera la coma y dice: "Y resultando que no debe condenársele". El beneficio de tales argucias leguleyas exclama: "¡Oh admirable coma! ¡Maravillosa coma! ¡Genio de la justicia! ¡Monstruo de la jurisprudencia!".

7º Del estudio del proceso desprendió el novel abogado que desde la última resolución dictada en el proceso, antes de la recaída en el escrito de réplica, había pasado un lapso superior a tres años. Ahora bien, su falta de experiencia estuvo por llevarlo a cometer un error, que de haber tenido lugar habría mejorado la situación del demandante, si es que de alguna manera estaba comprometida. En efecto, si el actor deja de transcurrir más de un año sin activar la marcha del proceso[3], a partir de la última resolución, el demandante está autorizado para solicitar el abandono de la instancia. Declarada ésta, se considera como si nunca se hubiera litigado. El proceso, declarado el abandono, existe sólo en su materialidad.

8º El abandono vuelve al actor al punto de partida. Si el lapso que el Derecho le acuerda, por ejemplo, para poner en movimiento la acción no ha pasado o caducado, nada ha perdido. Puede, si lo desea, volver a reemprender el litigio. Si ese plazo, por el contrario, ha caducado[4] o ha prescrito[5], su acción no prosperará, ora porque el juez declarará *motu propio* esa caducidad[6], ora porque el demandado le opondrá la excepción

3 Fue la ley Nº 6.162 de 28 de enero de 1938, vigente desde el 1º de enero de 1939, la que redujo el plazo de tres años a un año, señalado por el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

4 Los artículos 183, 184, 185 y 186 del Código Civil señalan, entre otros, plazos de caducidad. "Hay derechos —dice Grawein— a los cuales ya al nacer les es conocida una duración limitada y que, por lo tanto, con el fin de su plazo de vida se extinguen por sí mismos, sin que para ello sea preciso intervenga la causa ordinaria de la extinción, esto es, un hecho anulador de derechos. La causa de la extinción de un derecho temporal no está fuera de él, no ejerce su influjo desde fuera, sino está en el derecho mismo, en su limitación temporal, en su carencia de fuerza para sobrevivir a un **dies fatalis**. El término de un derecho temporal es una **consunción** en el verdadero sentido de la palabra, no una **abolición**; pues el que ha terminado su fuerza para subsistir no necesita ni puede ser impedida su subsistencia por una causa exterior". "La función que el momento del tiempo juega en la temporalidad está clara. En cuanto el tiempo fija el principio y el fin del derecho, forma la medida del derecho mismo: tanto plazo, tanto derecho". (Citado por Alas, De Buen y Ramos; "De la Prescripción Extintiva", pág. 68.

5 Los artículos 1683 y 2232 del Código Civil, por ejemplo, señalan plazos de prescripción de acciones.

6 "La finalidad que ha empujado al legislador para encerrar el ejercicio de la acción de desconocimiento de paternidad en plazos tan estrictos permite determinar la naturaleza del plazo. Se trata de un plazo perentorio, fundado en razones de orden público; por tanto, no debería ser susceptible de interrupción ni de suspensión; y el juez, para excluir la acción, debería invocarlo de oficio: o sea, aun cuando el demandado no lo alegara". (Mazeaud: "Lecciones de Derecho Civil", Parte Primera, Volumen III, Nº 903, pág. 376).

Artículo: La réplica no es la defensa
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de que la acción está prescrita, ya que el litigio anterior no habrá interrumpido el curso de esa prescripción.[7]

9º Pues bien, si ese abandono lo hubiera solicitado y obtenido nada habría ganado en defensa de la patrocinada. Primero, porque la acción para solicitar la nulidad de ese matrimonio, atendidas las dos causales en que se apoyaba, era imprescriptible, dado que se podía impetrar esa nulidad mientras estuvieran vivos los consortes[8]. Por tanto, el marido habría podido renovar la acción, en la que la causal introducida en la réplica pasaría a ser la principal y esencial. Segundo, renunciar a la posibilidad de sostener que, en el escrito de réplica, no era oportuno alegar esa nueva causal de nulidad. Renunciar a ella hizo retroceder al letrado: volvió a las dudas iniciales.

10º Así, al abogado de la emplazada no le quedó otra senda que integrarse al juego lúdico del proceso[9]. ¿Ganar o perder? Sabía que en los litigios no queda otra salida, particularmente, con la pasión con que se obra en los pleitos en que se ventila una nulidad de matrimonio, "no convenida" previamente. Y, como, por otra parte, el letrado inexperto no quería perder, comprendió lo que alguien había escrito: la abogacía

---

La acción de desconocimiento debe ser intentada dentro de un plazo sumamente breve: uno o dos meses según los casos, bajo pena de caducidad. "Contrariamente a lo que había sido juzgado con anterioridad por las jurisdicciones de fondo (Montpellier, 31 de octubre de 1951, D. 1951. 776; París, 8 de febrero de 1952. 182 nota de Holleraux), el Tribunal Civil de Chaumontt 1º de abril de 1957, J.J.P. 1957. 10.197, nota de Soude. Obs. de Desbois, Rev. Trim. Dr. Civ., 1958, p. 233) ha creído su deber decidir que, cuando la acción es intentada fuera de plazo, el juez no puede plantear de oficio la improcedencia. El argumento principal invocado es que la regla a aplicar no es de orden público. Esto prueba que la noción flexible y huidiza de orden público puede resultar buena para todo". (Ripert Boulanger: "Tratado de Derecho Civil Según el Tratado de Planiol", Tomo II, Volumen 1, Nos. 1.700 y 1.701, páginas 509 y 511).
"Caducidad. A) **Acción de impugnación.** El art. 166 fija términos para la acción de impugnación de la paternidad. Comúnmente se reconoce que aquí se trata de términos de caducidad, no de prescripción. Ello implica el que no se verifique la suspensión, ni la interrupción con iniciación de nuevos términos; que el transcurso del término puede ser acreditado de oficio por el juez; que no es preciso que se excepcione dicho transcurso; que no es posible la renuncia". (Cicu, Antonio: "La Filiación", Madrid, 1930, página 169).
La Corte Suprema de Chile ha dicho: "6º Que el plazo de sesenta días otorgado a los herederos del marido y a las demás personas actualmente interesadas por el artículo 186 del Código Civil, para impugnar la legitimidad del hijo, es un término perentorio, como aparece de manifiesto en el lenguaje de la ley: "Ninguna reclamación contra la legitimidad del hijo", dice el artículo 188 del Código Civil, "ora sea hecha por el marido o por otra persona, tendrá valor alguno si no se interpusiera en tiempo hábil ante el juez", y como el mismo cuerpo de leyes tiene dicho en su artículo 49, que el acto debe ejecutarse en o dentro de cierto plazo, se entenderá que vale si se ejecuta antes de la medianoche en que termina el último día del **plazo**, es evidente que la impugnación ha de hacerse, para que sea válida, en el tiempo hábil señalado por la ley, y no después. Así lo quieren el resguardo del orden social y de la tranquilidad de la familia que se hallan por igual interesados en el pronto esclarecimiento de un hecho de tanta trascendencia dentro de la vida del hogar y de graves proyecciones en el orden económico, como es el relativo a la legitimidad de un hijo". (Sentencia de 14 de enero de 1947, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 44, segunda parte, sección 1ª, página 489).

7 Dispone el artículo 2503 del Código Civil: "Interrupción **civil** es todo recurso judicial intentante por el que pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor".
"Sólo el que ha intentado este recurso podrá alegar la interrupción y ni aun él en los casos siguientes: 2º. Si el recurrente desistió expresamente de la demanda o se declaró abandonada la acción". Y el artículo 2518 del mismo cuerpo de leyes añade: "Se interrumpe civilmente (la prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales) por la demanda judicial; salvo los casos enumerados en el artículo 5203" (apartado 3º).

8 El artículo 34 de la ley de 10 de enero de 1884, denominada "Ley de Matrimonio Civil", dice "Corresponde la acción de nulidad . . . y no podrá intentarse si no viven ambos cónyuges . . .". El artículo 35, a su vez, establece: "La acción de nulidad del matrimonio no prescribe por tiempo, salvo la que se funde . . .".

9 "Un proceso es una partida de derecho en la cual dos o más jugadores intentan vencer a los otros utilizando unas reglas. La intención de las partes es mucho más semejante a la de aquellos púgiles que saltan al ring que a aquel equipo de investigadores o a aquella comunidad de ascetas que meditan sobre la existencia de Dios". "El juez asume las características de un árbitro en medio del campo de juego: como el árbitro de fútbol no advierte al atacante que se encuentra fuera de juego, sino que lo señala después de que el balón ha sido lanzado, así el juez no interviene en el proceso para decidir a una de las partes que ha errado o que se está equivocado, o que puede corregirse y sostener tesis más cierta". "Así la partida de

Artículo: La réplica no es la defensa
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

es una magnífica profesión si pudiera ejercerse sin jueces y sin clientes, Procedió, pues, a presentar el escrito de dúplica sosteniendo al final, en forma tímida y carente de fundamentos legales, que en la réplica no era posible aducir una nueva causal de nulidad del contrato matrimonial, no contemplada en la demanda.

11º El actor, por su parte, abandonó la causal que había traído al debate en la demanda y puso todo el esfuerzo procesal en la que introdujo en la réplica. Para acreditar los hechos en que la apoyaba, rindió una abundante prueba. Y, así, llegó el litigio al tiempo en que el "árbitro" debía pronunciar la sentencia, que era esperada con viva ansiedad por el novel abogado de la emplazada.

12º En el fallo el juez dio la siguiente respuesta al razonamiento del letrado de la damandada: el actor estaba en su derecho para alegar en la réplica la nueva causal en que apoyaba la nulidad. Esa era, de acuerdo con el juez, la lógica jurídica que el abogado de la demandada no había podido encontrar al intervenir en el "juego". Sin embargo, atendido que el actor no acreditó, con la prueba rendida, los hechos adecuados para que las normas legales que establecían la nulidad recibieran aplicación, desestimó la demanda, por ambas causales. En suma, el silogismo que comporta la aplicación de una regla de Derecho, según algunos sostienen, no se había configurado, al decir del árbitro.[10]

---

derecho, el proceso, tiene en sí unos elementos lúdicos, esto es, míticos, rituales y litúrgicos, que confieren mayor dignidad y, por consiguiente, mayor credibilidad a la partida misma". "No existe una realidad diferenciada entre el balón que rebota entre el travesaño y la línea de puerta y el contrato que esté entre la venta de cosa futura y la venta a tanto alzado: ¿está dentro o fuera?, ¿es un bien producido en serie o no? En ambos casos la voluntad de quien ha tirado no cuenta para decidir si la raya se ha atravesado o no. Son las reglas del juego las que prevalecen, y el árbitro puede haber visto antes un fuera de juego, así como el juez puede establecer un contrato de obra". "Custodios y garantes de este mundo del proceso son los abogados. Ellos constituyen el trámite entre la sociedad civil y el mundo mágico en el cual se deciden las controversias que en la comunidad nacen, y su sabiduría y competencia jurídica, en esta óptica, aparece como la componente necesaria de una función más vasta de mediadores entre el mundo de todos los días y el mítico ritual del proceso". "Así, para que el proceso no degenere, no haya riñas en el campo, es necesario que los jugadores sean profesionales. Sabemos todos que es mucho más fácil que haya peleas mientras se desarrolla un torneo de fútbol interbancario que mientras se juega un partido de primera división, en cuanto que el profesional, cuando se convierte en jugador público, respeta más las reglas del juego que el aficionado. Así también la atmósfera del proceso viene tutelada por la actividad de los profesionales que la protegen de intemperancias extemporáneas, después de haberla construido y haberse convertido los trámites de ésta de cuando quieran y deban, a su pesar, en el templo y participar en ella". (Valzania, Sergio: "El juego en el derecho. Consideraciones sobre el elemento lúdico del proceso". Revista JUS, Milán, Italia).
"En esta contienda, el Estado ha sido totalmente relegado a la función de proporcionar el estadio y los árbitros; de registrar, substanciar y decidir la contienda y de intervenir, si acaso, en la misma, en forma no partidista". (Botein, Bernard: "El Juez de Primera Instancia", Bosch, 1955).

10 Una vez establecidos los hechos, basta formular el silogismo judicial, cuya premisa mayor debe estar formada por las reglas de derecho apropiadas y la menor por la comprobación de que se han cumplido las condiciones previstas en la regla, de manera que la decisión viene dada por la conclusión del silogismo.
"En esta concepción del derecho, la doctrina debía limitarse a transformar el conjunto de la legislación en vigor en un sistema de derecho, a elaborar una dogmática que suministre al juez y a los juristas un instrumental lo más perfecto posible, que comporte el conjunto de reglas de derecho de las que haya que sacar la premisa mayor del silogismo judicial". (Perelman: "La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica", pág. 39).
"Con frecuencia se ha venido simplificando la decisiva actividad judicial en que la sentencia consiste, ofreciéndola como el resultado de un simple silogismo, en que la premisa mayor sería la norma aplicable, la premisa menor los hechos aceptados o determinados por el juez, y la conclusión el resultado lógico de ambas premisas.
"La realidad demuestra sobradamente que la cosa es mucha más compleja.
"En primer lugar, por la necesidad de "Construir jurídicamente" las premisas y, en todo caso, porque la operación de crear la sentencia no se produce nunca a través de una sucesión de fases netas y separadas, ya que en el pensamiento vivo, que se rebela a toda anatomía, aquéllas se alteran y compenetran de un modo inconsciente e irregular, afirma "Calamandrei" ("La genesis logica de la sentenza" en "Studi sull processo civile", 1930, t.I, pág. 51).

Artículo: La réplica no es la defensa
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

13º Como el novel abogado no había añadido regla alguna de Derecho encaminada a demostrar su tesis, le llamó la atención que el juez, para apoyar su decisión desestimando los razonamientos de aquél, trajera a colación disposiciones legales que, en concepto del abogado, no estaba autorizado para hacerlo. Ocurría que el defensor ignoraba el aforismo "iura novit curia", esto es, "el juez conoce el Derecho". Por tanto, el juez estaba autorizado para traer a cuento las normas legales aplicables, de acuerdo a su criterio, a los hechos, citadas o no por el letrado.[11]

14º El actor se alzó contra el fallo, que desestimó la demanda. El abogado de la demandada hizo lo mismo, adhiriéndose a la de aquél, en cuanto la sentencia había admitido que en la réplica se podía añadir una nueva causal de nulidad. De esta suerte, se inició la "revancha" o el "segundo juego", como en el tenis. Ninguno de los jugadores lleva ventajas, porque el hecho de haber ganado o perdido el "primer juego" no tiene ninguna trascendencia para decidir en favor de cuál de los jugadores se inclinaran los jueces. Estos, por su parte, tienen plenas atribuciones para juzgar el proceso en su integridad, tanto las cuestiones de hecho como las de Derecho[12]. El que inicia la jugada es el abogado del apelante.[13]

"El resultado a que llega el juez, dice Guasp (Derecho Procesal Civil, 3ª edic., t.I, Institutos de Estudios Políticos, Madrid 1968, p. 512) no es el fruto de un juicio lógico objetivo, realizado a base de los materiales del proceso, sino una convicción psicológica que no está o no debe estar sometido a reglas fijas a **priori**, y en la que entran o, pueden entrar, en lo que a la valoración de los hechos se refiere, no sólo razonamientoss puros, sino simples impresiones, creencias o, incluso, típicos actos de voluntad". (Rodríguez-Aguilera, Cesáreo: "Consideraciones sobre la legitimación del derecho y la conciencia del juez", en "Revista Jurídica de Cataluña", Nº 3, páginas 93-110, 1982).

11 "La formación o preparación del material de decisión comprende: a) La determinación o selección de los hechos sobre los cuales se juzga y, por tanto, a declarar. b) La declaración de estos hechos. c) La determinación y la declaración de las normas a aplicar. En cuanto a esta última operación, la actividad del juez no tiene límites (iura novit curia); y, como ya hemos observado, no precisa ninguna petición especial de la parte, ni el acuerdo de las partes puede, en modo alguno, impedirla". (Chiovenda, José: "Principios de Derecho Procesal Civil", tomo II, páginas 202 y 203). En nota de página 203, el mismo autor agrega: "Por tanto, si el actor se funda en normas de ley inexistentes o mal tomadas, el juez aplicará las normas del caso siempre que el objeto de la demanda no resulte modificado. Si el actor quiere aplicar a un hecho jurídico regulado por normas especiales, normas generales, el juez no rechazará la demanda, pero dentro de los límites del objeto aplicará la norma especial. Lo mismo cuando se trate de diversa definición jurídica de un mismo hecho cuando las consecuencias no varían".
"Ante todo, es necesario una peregrinación del juez a la busca y captura de la norma que al juez le parece aplicable al caso. Ello entraña ya una selección más o menos arbitraria: el juez decide si aplica la norma **a** o la norma **b** o **c**. Imaginemos por un momento que esta búsqueda se haya realizado con tino y que haya conducido a un resultado exacto o, por lo menos, razonable, cosa que no siempre ocurre. En este momento comienza una segunda faena, que es, si cabe, cún más difícil, compleja y comprometida que la anterior: esclarecer el sentido de la norma jurídica encontrada y seleccionada, es decir, realizar lo que puede llamarse en sentido estricto una **interpretatio iuris**". (Díez-Picazo, Luis: "Reflexiones sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (La Jurisprudencia en Broma y en Serio)", en "Revista de Derecho Privado". Madrid, tomo XLVIII, páginas 925-936).
"Abogado, ¡pasad a los hechos; la Corte sabe el derecho!" que engloba los dos brocardos: "dame el hecho, y te daré el derecho; y te lo daré sin necesidad de que me lo ofrezcas, porque lo sé". (Sentís Melendo: "Ex Facto Oritur Ius", en "Revista Jurídica de Cataluña", año 1975, páginas 43 y siguientes).
"Reiteradamente se ha resuelto que los jueces tienen la facultad para calificar las acciones con arreglo a los hechos expuestos, pudiendo reparar el error en que se haya incurrido al calificarlas jurídicamente". (Sentís Melendo: "El Juez y el Derecho", página 83).
"10 Que corresponde al juez calificar las acciones deducidas atendidos los hechos que se le presentan y es a éste a quien toca aplicar la ley y dar la razón al que la tiene, aunque sean erróneos los razonamientos legales que aduzca el actor, y en el caso de autos, estaba evidente el derecho de éste para solicitar la restitución del precio de la especie que se le había vendido en las condiciones que quedaron establecidas en los autos". (Corte Suprema, 12 junio 1978, en "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 75, segunda parte, sección 1ª, pág. 194).

12 "Este último recurso (el de apelación) puede interponerse para hacer que se corrijan errores de toda clase, tanto de hecho como jurídico, incluso para emplear nuevos medios de ataque y defensa". (Kisch: "Elementos de Derecho Procesal Civil", pág. 299).

13 "La vista de la causa se verificará hablando primero el abogado defensor del apelante y en seguida el del apelado . . . Si son varios los apelantes, hablarán los abogados en el orden en que se hayan interpuesto las apelaciones". (Artículo 223 del Código de Procedimiento Civil).

Artículo: La réplica no es la defensa
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

15º Los jueces del Tribunal de segunda instancia le dieron íntegramente la razón al demandante. Desestimaron, al igual que el juez de primera instancia, las alegaciones del defensor de la demandada –que no era posible traer a cuento, en la réplica, una nueva causal de nulidad– y aceptaron que el matrimonio era nulo, estimando que estaba probada la nueva causal que el actor había introducido en la réplica, con la prueba que el demandante rindió ante el juez de primer grado.

16º Para rechazar la tesis del defensor de la demandada, dijeron: "Que en cuanto a la adhesión a la apelación formulada por la demandada en el tercer otrosí del escrito de fs. 81, cabe, solamente, hacer presente que las alegaciones hechas en esta instancia se refieren a la cosa juzgada y no al derecho deducido en juicio, que es lo que constituye la "acción judicial".

17º ¿Qué aconteció en la vista de la causa, para que los jueces expresaran lo que se ha transcrito. Para una adecuada respuesta es preciso tener en cuenta que la resolución de segunda instancia se labró el 4 de abril de 1946. Había pasado un lapso casi de siete años desde el día en que el novel abogado se había incorporado al litigio. Durante esos años el razonamiento con que se incorporó al juego lúdico, que es lo que intentamos hacer saber al lector de estas notas, se le había aclarado, con el estudio y alguna experiencia. Fue en esa oportunidad, pues, cuando pudo exponer los argumentos que, en su concepto, justificaban esa actividad mental que, al inicio, estaba en la oscuridad. Sostuvo, en síntesis, que si se aceptaba la tesis del actor –que era posible anular el contrato matrimonial apoyándose los jueces en la nueva causa de nulidad– se estaría admitiendo por los jueces una nueva demanda, porque no otra cosa comportaba el cambio de *causa petendi*.[14]

18º Los ministros no aceptaron ese razonamiento. Para rechazarlo dieron la motivación transcrita, sin añadir nada más[15]. ¿Qué consideraciones, después de casi cuarenta años, pueden hacerse sobre ese razonamiento, ya que hay que admitir que la actividad mental de las personas puede ser objeto de un estudio, con independencia de cómo fue elaborado? ¿Qué decir hoy, cuando en los nidos de antaño no hay pájaros hogaño? ¿Por qué en tan breves líneas desestimaron los argumentos dialécticos del novel letrado que, con ardor, tal vez desmedido, expuso su pensamiento?[16]

14 "C) Identidad de la causa (**eadem causa petendi**). La **causa petendi** es el hecho constitutivo de la acción. La acción se individualiza por el hecho y no por la norma abstracta de la ley"; "No puede cambiarse la demanda durante el pleito, puesto que cualquiera nueva demanda daría lugar a una nueva relación jurídica procesal, en una forma no prevista por la ley más que para casos excepcionales". (Chiovenda, obra citada, tomo I, pág. 348 y tomo II, pág.121, respectivamente.

15 La ley de 16-24 de agosto de 1970, fue la que en Francia, junto con instituir el recurso de casación, impuso a los jueces la obligación de motivar las sentencias.

16 "El espíritu de los magistrados tiene algo de altivo y sobre sí; no soporta la arrogancia del abogado; y reaccionan, y hasta diríase que piensan se les quiere humillar. Cualquiera que sea tu estado de ánimo, piensa más en la conveniencia del asunto que en la expresión y curso de tu lenguaje, pues ocurre que a veces las palabras brillantes tienen el efecto de destruir la finalidad del discurso, e incluso conozco abogados célebres que hubieran ganado un pleito de haberlas pronunciado tras de la sentencia". (Collignon, obra citada, pág. 88).

Artículo: La réplica no es la defensa
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

19º Las respuestas no son difíciles. Los letrados y jueces de ayer no fueron instruidos, en su día y en su hora, de los "presupuestos procesales". Para ellos una *causa petendi* era diversa de otra, o era una misma, siempre que la relación se diera entre lo resuelto en una sentencia ejecutoriada, pasada en autoridad de cosa juzgada, y la que se hacía valer en un nuevo proceso[17]. Pretender, como lo quería el novel abogado, que esa comparación se hiciera entre la *causa petendi* presentada en el escrito de demanda y la que se alegó en la réplica, dentro de un mismo proceso en marcha, era algo fuera de oportunidad, que no venía al caso. Ellos estaban frente a una acción de nulidad de un vínculo matrimonial, en el que el actor se había limitado a exponer un nuevo fundamento de aquélla; un nuevo razonamiento dialéctico. Para ellos la *causa petendi* estaba tratada por el legislador en la institución de la cosa juzgada. Digámoslo de una vez: en esos años el estudio del Derecho Procesal se encontraba en lo que, al estudio del Derecho Civil se refiere, en la "Escuela de la Exégesis"[18].

20º También el abogado comprendió que sus razonamientos no pasaban de ser dialécticos[19], a los que era lícito oponer otros de la misma naturaleza. Pero lo que comprendió con mayor claridad fue que las puertas del éxito se le iban cerrando. Su patrocinada, por otra parte, no era de esos clientes que transmiten optimismo.

17 Artículos 177 del Código Civil: "La excepción de cosa juzgada puede alegarse por el litigante que haya obtenido en el juicio y por todos aquellos a quienes según la ley aprovecha el fallo, siempre que entre la nueva demanda y la anteriormente resuelta haya: 1º Identidad legal de personas; 2º Identidad de la cosa pedida; y 3º Identidad de la causa de pedir. Se entiende por **causa de pedir** el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio".

18 Se ha escrito mucho sobre lo que se ha denominado "Escuela de la Exégesis". Se han distinguido tres fases: instauración, apogeo y ocaso. Esta escuela pretendió realizar el objetivo de la Revolución Francesa, o sea, reducir el Derecho a la ley y, más particularmente, al Código Civil francés. El Decano Aubry, en 1857, decía: "Toda la ley, tanto su letra como su espíritu, con una amplia aplicación de sus principios y el más completo desarrollo de las consecuencias que de ello deriven, pero nada más que la ley. Tal ha sido la divisa de los profesores del Código de Napoleón", por lo que a la enseñanza del Derecho se refería. Es que Robespierre, en la sesión de la Asamblea de 18 de noviembre de 1790, sostenía que un Estado que cuenta con una Constitución, la jurisprudencia de los Tribunales no es otra cosa que la ley. De esta suerte, siempre habría identidad de jurisprudencia.
"Después de haber brillado, con resplandor sin igual, el nombre de Bugnet hubiera sido olvidado por completo, si la historia y la leyenda, lo ignoramos, no hubieran transmitido a las generaciones una fórmula, para siempre célebre, que una la "Escuela de la Exégesis" al recuerdo de este ilustre profesor: "No conozco el Derecho Civil, enseño el 'Código de Napoleón'", declaró un día Bugnet desde lo alto de su cátedra. Verdadera o falsa, esta declaración salvó del olvido su nombre y simbolizará para siempre la doctrina y el método de la "Escuela de la Exégesis" en Derecho Civil". (Bonnecasse: "Escuela de la Exégesis en Derecho Civil", Nº 12, página 46).

19 Se sabe que los razonamientos dialécticos que Aristóteles estudia en "Los Tópicos", en la "Retórica" en las "Refutaciones de los Sofistas", no están destinados a establecer demostraciones científicas, sino a orientar deliberaciones y controversias. No son, a diferencia de los analíticos, razonamientos enderezados a llegar a una conclusión verdadera o necesaria. Así, "si todos los B. son C. y todos los A. son B., pues todos los A. son C." Los razonamientos que se exponen en las sentencias, al igual que los letrados en sus debates, no son silogismos, que de serlos no justificarían las largas e interminables controversias procesales.

Artículo: La réplica no es la defensa
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Sabía que no quedaba otro recurso que el de casación de fondo[20]; recurso difícil. Primero, los hechos quedarían en el pasado[21]. Segundo, si una ley había sido violada, no parecía que estuviera en lo resolutivo de la sentencia[22]. Tercero, la ley infringida sería de carácter procesal[23]. Cuarto, ¿cuál ley?

21º Como hay que reconocer que también la necesidad ayuda, el letrado se dio a la búsqueda de un precedente sobre dicho punto, bien de jurisprudencia, bien de doctrina. La tarea no era fácil. En esos años

20 El recurso de casación arranca de la Revolución Francesa, consecuencia de la división de poderes que lo aceptó como dogma. Se pretendió, con él, evitar que los jueces, nombrados por el antiguo régimen, pudieran violar las leyes, interpretándolas a su amaño.
"Son bien conocidas las concepciones de la Asamblea Nacional, que, al crear el tribunal de casación, quiso hacer de él un cuerpo de "inspectores de la justicia" o de controladores que vigilaran para que la ley fuera bien observada por los tribunales. Y ello hasta tal punto que el 19 de noviembre de 1790 la Asamblea votó una disposición según la cual "Cada año el Tribunal de Casación estará obligado a mandar a la asamblea del cuerpo legislativo una diputación de ocho de sus miembros que le presentarán el estado de los juicios emitidos, al lado de cada uno de los cuales se encontrará una noticia resumida del asunto y el texto de la ley que haya decidido en materia de casación".
"Vigilancia, por consecuencia, escribe P. Foriers, de la ley, de su contenido y de su respeto por el juez del fondo para salvaguardar la obra legislativa. Esa tarea de "protector de las leyes, vigilancia y censor de los jueces", por recoger la expresión de Robespierre, es todavía la que invoca nuestra Corte Suprema". (Prolomne obra citada, página 56).
"Anular un fallo, no es juzgar; así la casación no forma parte del poder judicial, sino que es emanación del poder legislativo, según expresaba uno de los diputados en la sesión de 24 de mayo de 1790" (Chenon, Emile: "Origines, conditions et effets de la cassation", París, 1882, página 67).
"Derivado del verbo "casser", quebrar, romper, no se ha encontrado en todo el diccionario de nuestra lengua otro nombre con qué aclimatarle en España, siquiera fuera el de recurso de ilusión, de confusión, o de destrucción". (De Pando, Juan Antonio: "El Recurso de Casación", Madrid, 1978, página 6).
"Ante todo por lo que hace al propio término "casación", que no es francés sino latino y existía en los buenos diccionarios del latín y del castellano antiguo, y que fue acogida para designar el nuevo recurso porque en él se fundían los que hasta entonces habían funcionado con los nombres de nulidad, injusticia notoria y segunda suplicación o "recurso de la ley de Segovia". (Vázquez Sotelo, José Luis: "La Casación Civil", 1979, pág. 21).
Entre nosotros se siguió el sistema español. Se trata de un recurso. El que obtiene en él lleva como premio ganar el pleito, de acuerdo al artículo 785 del Código de Procedimiento Civil. En Francia, el ganancioso lo único que alcanza es que, anulada la sentencia, sea remitida a otro Tribunal (de instancia), que debe volver a fallar sobre el fondo: si esta nueva sentencia se aparta de la ley, será objeto de un nuevo recurso, que de ser acogido se dispondrá por el Tribunal de Casación dictar nueva sentencia. En Chile, la Corte Suprema dicta por separado la sentencia que debieron dictar los jueces del fondo, ajustándose a la doctrina previamente establecida en el fallo que anuló la sentencia recurrida. Hay que admitir que el sistema de Francia, del reenvío, si bien más costoso, en doctrina es superior al nuestro, pues no pudiendo el Tribunal Supremo decidir, sólo verá si la ley ha sido bien aplicada. En Chile los **hechos**, teniendo la Corte Suprema que decidir, influyen demasiado en la resolución que anula la sentencia, lo que explica tanta sentencia contradictoria. Sus juicios son casi siempre singulares.

21 "Los hechos no vuelven a ser examinados de nuevo: todos los que el tribunal inferior ha estimado existentes han de ser tenidos como tales por el de casación. El tribunal de casación ha de examinar si la ley se ha aplicado debidamente a los hechos que constituyen aquella base. En otros términos: la casación hace posible sólo un nuevo examen jurídico del negocio, no uno de los hechos, como la apelación. Esta diferencia se explica fácilmente si se tiene en cuenta la misión del Tribunal Supremo, que persigue conseguir la aplicación uniforme de la ley por los Tribunales". (Kisch, obra citada, páginas 298 y 299).
Se puede decir, entre nosotros, que "el jurado decidió cuáles eran los hechos. Y de ahora en adelante, durante el resto de tu vida, aquéllos son los hechos. Lo que nos concierne ahora es una cuestión jurídica. No te preocupes si no lo comprendes. Hay más de un abogado en ejercicio que no sabría apreciar la diferencia entre los hechos y la ley". (Spicer, Bart: "El adversario", página 318).

22 "Que la procedencia del recurso exige relación de causa a efecto entre la infracción alegada y la decisión del fallo, entendiendo por ésta la que resuelve la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio". (Sentencia de 11 de junio de 1954, en "Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 51, segunda parte, sección 1ª, página 179) "... que el ámbito del Tribunal de casación en el fondo se limita a lo decisorio, y únicamente cuando a ello se ha arribado, violándose alguna disposición legal". (Sentencia de 18 de diciembre de 1969, en Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 66, segunda parte, sección 1ª, página 315).

23 "Que de lo expuesto en el considerando presente se deduce, entonces, que la infracción de ese precepto, meramente procesal, no puede ser materia de un recurso de casación en el fondo"; Que en todo caso, el fundamento de la causal invocada, caso de ser efectivo, no basta para acoger un recurso de casación en el fondo, ya que la infracción se refiere a una disposición de índole procesal. (Sentencia de 21 de octubre de 1930, en Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo 28, segunda parte, sección 1ª, página 341 y 343).
"No cabe aducir como base de un recurso de fondo, la infracción de leyes procesales, ya que al referirse el Nº 1 del artículo 1.692 a la posibilidad de denunciar, en casación, la violación, interpretación errónea o aplicación indebida, en el fallo, de las leyes o doctrinas legales aplicables el "caso del pleito", tal "caso" se refiere a la sustancia del mismo". (Sentencia del Tribunal Supremo de España de 20 de mayo de 1968.

Artículo: La réplica no es la defensa
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

no existía ningún "Repertorio de Jurisprudencia" que pusiera a la vista la labor de los tribunales sobre los diversos problemas jurídicos debatidos y resueltos. En cuanto al aspecto doctrinario, la luz le vino de la lectura de un antiguo trabajo del profesor Tomás A. Ramírez, que en lo pertinente dice: "¿Procede el recurso de casación en virtud de trasgresiones de procedimientos no comprendidas en el artículo 941 del código respectivo?" Estimamos que sí, siempre que la infracción queda, por otra parte, dentro de la fórmula del artículo 940 del mismo código; o, en otros términos, opinamos que un vicio de procedimiento queda comprendido dentro del capítulo general de casación en el fondo siempre que haya influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia y que no sea de los enumerados en el artículo 941, porque, entonces, es causal de casación en la forma"[24]. Las vacilaciones del abogado terminaron. Recordó, al leer lo escrito, años antes, lo que decía Montesquieu en "Cartas persas": "Entiendo que no hay razón para preferir los libros nuevos, sin haber leído antes los antiguos".

22º La dificultad, ahora, era dar con la ley violada y que, además, tuviera la virtud de haber influido en lo decisivo de la sentencia de los jueces del fondo. No podía ser otra que la contenida en el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, que a la letra reza: "En los escritos de réplica y dúplica podrán las partes ampliar, adicionar o modificar las acciones y excepciones que hayan formulado en la demanda y contestación, pero sin que puedan alterarse las que sean objeto principal del pleito". Y fundando el recurso pudo decir: "Este artículo se ha violado porque la petición subsidiaria de la réplica no constituye una ampliación, adición o modificación de la acción formulada en la demanda, puesto que la altera totalmente. La causa de pedir en la demanda era . . . y la causa de pedir de la acción en la réplica fue el . . .". Que si el precepto se hubiera aplicado bien por los jueces del fondo, pues la acción de nulidad del matrimonio se habría desestimado y no, como sucedió, que fuese acogida.

23º En la violación de ese precepto se apoyó el recurso. Llegó, pues, la hora de la partida final de juego lúdico. En éste gana quien obtiene el triunfo en esa jugada, por mucho que en las anteriores se hubiera perdido. Y, por ser la última, el novel abogado sabía que no quedaba otra alternativa que ganar.

Pues bien, ya a fines de 1950, los "árbitros" dijeron: "Que la acción principal de la demanda y la subsidiaria de la réplica tienen indiscutible vida jurídica propia; que es cierto que tanto en la demanda como en la réplica se persigue la nulidad del matrimonio, lo que equivale decir que en ambas piezas procesales la cosa pedida es la misma; pero también es cierto que esta coincidencia, como la de que las partes sean las mismas, no desvirtúa la conclusión sentada en el considerando anterior en el sentido de que esas acciones son distintas, como que ambas tienen diversas causas de pedir; de donde se sigue que la acción deducida como subsidiaria en la réplica de fs. 13 es diferente de la que constituye el objeto principal de este pleito deducida en la demanda de fs. 2; que el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil faculta al demandante para ampliar, adi-

24 "El Recurso de Casación en el Fondo y las Cuestiones de Hecho en los Juicios". (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo II, págs. 83 y 84, primera parte). * Los artículos citados corresponden, hoy en día, a los números 767 y 768, respectivamente.

Artículo: La réplica no es la defensa
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cionar o modificar la acción formulada en la demanda, pero sin que pueda alterar la que sea objeto principal del pleito; que, según el Diccionario de la Lengua Castellana por la Real Academia Española, el verbo "alterar" tiene, como primer significado, el de "cambiar la esencia o la forma de una cosa"; y lo que se ha dicho basta para establecer que la acción subsidiaria deducida en la réplica "altera" en su esencia y en su forma la acción principal entablada en la demanda".

24º El abogado captó, al final de la jornada, que la interpretación gramatical del artículo 312 del cuerpo legal citado había bastado para ganar la "última partida del juego lúdico". Esa interpretación era, por lo demás, la reafirmación del legislador perfecto de que habló Robespierre[25]. El gramaticalismo interpretativo quedaba consagrado por los jueces del Derecho; gramaticalismo de acuerdo con el cual toda palabra "alterar", en el caso, tiene un valor exacto, de suerte que nada hay en la ley sobrante, nada dicho en exceso; y, por lo mismo, siendo el precepto claro no se debe recurrir a otro elemento interpretativo.[26]

25º Diez años pasaron en el litigio. En el fondo, un problema puramente de Derecho, contenido en un proceso de no más de ochenta hojas, fue resuelto con la lentitud tradicional de la justicia, que se ha criticado en todas partes y en todos los tiempos.[27]

25 "En los Estados republicanos, es de rigor ajustarse a la letra de la ley. No se le puede buscar interpretaciones cuando se trata del honor, de la vida o de la hacienda de un ciudadano". "Pero si los tribunales no deben ser fijos, los juicios deben serlo; de tal suerte que no sean nunca otra cosa que un texto preciso de la ley".
"Pero los jueces de la nación, como es sabido, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma". (Montesquieu: "El Espíritu de las Leyes", Libro IV, cap. III; y Libro XI, cap. VI, respectivamente).
"La doctrina de los predecesores la secundan los ejecutores de la Revolución. Robespierre decía en la sesión de la Asamblea del 18 de noviembre de 1790: "Esa palabra de jurisprudencia de los tribunales, en la acepción que tenía en el antiguo régimen, nada significa en el nuevo; debe borrarse de nuestro idioma. En un Estado que cuenta con una Constitución, la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley; así siempre hay identidad de jurisprudencia". (Dualde, Joaquín: "Una revolución en la lógica del derecho", Barcelona, 1933, página 36).

26 "Es una máxima que conviene tener en cuenta la de que al aplicar la ley no se le puede atribuir ningún otro sentido más que el que resulte claro del propio significado de las palabras, según el alcance de las mismas, y de la intención del legislador".
"Esta máxima significa que cuando el texto de la ley pueda ser aplicado y aclarado atribuyendo a los vocablos su significación **propia**, esto es, la que se halla generalmente admitida, y que todo el mundo entiende, no puede ser lícito al juez reformar o transformar la disposición legislativa, a pretexto de indagar la voluntad del legislador". (Fiore, Pascuale: "De la Irretroactividad e Interpretación de las Leyes", Madrid, 1927, página 571).
"La ley manda, el juez aplica... Como el juez es un simple ejecutor de la ley, cuando ella es clara, por dura que sea, por contraria a equidad que le parezca, debe el juez aplicarla, debe siempre juzgar según la ley. En todo caso, vale más someternos a una regla escrita conocida, aunque dura, que erigir la arbitrariedad en sistema so pretexto de equidad. (Chacón, Jacinto: Exposición Razonada y Estudio Comparativo del Código Civil Chileno, Santiago de Chile, 1890, página 41).

27 Bastará traer a colación "La Casa Deshabitada" de Dickens. No resistimos de transcribir, parcialmente, el prólogo de la primera edición: "En los momentos actuales, se sigue ante el Tribunal un pleito comenzado hace cerca de veinte años, en el que se sabe han comparecido de treinta a cuarenta abogados al tiempo; se han consumido setenta mil libras en costas; se denomina un pleito amistoso, y, según se afirma, tan **cerca está de terminarse** como cuando se inició".
"Hay que aguantar con paciencia pleitos que duran toda la vida". (Spencer, Herbert: "Exceso de Legislación", página 28).
"Sácate de la mollera la idea del tiempo. Cuando llegaste aquí, penetraste en el tiempo de los juristas, el cual no tiene ningún punto de referencia con el tiempo de los seres civilizados..."; "¿Qué te dije? Tiempo de juristas. Olvídate del tiempo. Nada puedes hacer para acelerarlo". (Spicer, Bart, obra citada, página 315).
En Francia, tierra de juristas por excelencia, la lentitud de la justicia está incluso simbolizada en el propio Palacio de Justicia. En la famosa "Sala de los Pasos Perdidos", en el muro opuesto a la entrada, se observa la estatua del gran abogado Berryer. En ella, a la derecha, la Justicia pone su pie sobre una tortuga. El escultor quiso así, maliciosamente, demostrar que la justicia es, por esencia, lenta.
En el folklore jurídico español se cita muy a menudo la maldición gitana "pleitos tengas y los ganes", como expresión realizada de que el proceso no es justamente un mal menor sino el peor al que pueda afligirle a una persona.

Artículo: La réplica no es la defensa
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

26º ¿Qué provecho pecuniario para el defensor de la demandada? Ninguno. Eso lo sabía desde el inicio de su labor profesional, lo que nunca le preocupó, pues con Séneca pensaba que "atormenta más agudamente la posesión del dinero que su búsqueda". Por lo demás, "ganar un proceso civil importante, restituir la libertad, el honor, salvar una vida, ¿no es suficiente? ¿No es esto bastante grande?".

27º Pero el abogado no podía olvidar que su patrocinada, indirectamente y antes incluso que la Corte Suprema hubiera dado su veredicto, le había remunerado adecuadamente. Es que un año después que los jueces habían desestimado su razonamiento, fue requerido para patrocinar la defensa en un juicio patrimonial valioso, en el que se presentó igual problema de Derecho que el narrado. Y, ahora, los jueces de segunda instancia dijeron: "En el escrito de réplica el demandante puede solamente ampliar, adicionar o modificar la acción deducida en la demanda, pero sin alterarla en modo alguno; y menos aún puede aceptarse que en dicho escrito de réplica se haga valer una acción que emane de un hecho jurídico diverso de aquel que se indicó en la demanda". Lo que le pareció inverosímil al abogado es que ambos fallos, aquél y éste, los haya redactado el mismo juez, sin duda, para demostrarle a aquel que era verdad lo que le sucedió al padre de los hermanos Erizzo. En efecto, ese viejo abogado italiano, al citar jurisprudencia en apoyo de su tesis, fue interrumpido por el Presidente de la Audiencia, en los siguientes términos: "Querido abogado, no me hable usted de la jurisprudencia; la jurisprudencia no es sino un romance. ¡La hacemos nosotros!"[28]. ¿No se dice, también, pensó el abogado, que la ley es lo que el juez decide?

Aquel novel abogado se encuentra en la edad en que se vive de los recuerdos, al decir de Guy de Maupassant. Quedó atrás la edad de la esperanza. Es como si para él hubiera escrito el poeta Jorge Guillén: "...Y me siento envejecer/Entre esas gentes lejanas/Que apenas tienen ayer". Inició sus estudios el mismo año en que empezó su andadura la "REVISTA DE DERECHO", en la Facultad que le dio vida a ésta. Han caminado juntos cincuenta años. Es por eso que cuando vuelve al pasado encuentra en "su revista" múltiples "partidas de juego" en que le tocó intervenir: un cobro de pesos, una inscripción de dominio, una querella posesoria, una acción de desposeimiento, una acción reivindicatoria, una tuición de menores, la nulidad de una escritura pública, la defensa de un juicio penal, un problema de prescripción, una renta vitalicia, la caducidad de un plazo, etcétera. Sigue pensando, no obstante, que ninguna de esas "partidas" le es más querida que la que ha motivado estas notas.

Pero la "REVISTA DE DERECHO" le trae a su corazón, igualmente, el nombre de muchos de sus MAESTROS, que dejaron en ella su huella. Son, para todos, "sombra entre las sombras", menos para el abogado, ya que sostiene el principio que "los amigos no mueren". Y, claro está, salvando las distancias, esos MAESTROS fueron sus primeros amigos. El abogado sabe que, al igual que sus "amigos", apenas haya partido su sitio será reemplazado por otro letrado, pues, nunca, la vida se detiene; pero, eso, ¿qué importa?

28 P. y H. Erizzo: "La Vida del Abogado", Barcelona, 1955, página 112.