Artículo: Observaciones a ciento veinte años de jurisprudencia
Revista: Nº178, año LIII (Jul-Dic, 1985)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

Nº 178
AÑO LIII
JUL.—DIC.
1985

ISSN 0303-9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Artículo: Observaciones a ciento veinte años de jurisprudencia
Revista: Nº178, año LIII (Jul-Dic, 1985)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

*OBSERVACIONES A CIENTO VEINTE AÑOS DE JURISPRUDENCIA**

RAMON DOMINGUEZ AGUILA
Profesor Derecho Civil
Universidad de Concepción

1.— INTRODUCCION

En la denominada ciencia jurídica de los últimos cien años, el debate sobre las fuentes del Derecho ha ocupado un lugar preeminente. Dentro de él, el tema de la jurisprudencia se ha hecho ya clásico. Bastaría recordar, a vía de ilustración, el agravio que Geny y sus seguidores hacían a la denominada Escuela de la Exégesis, en cuanto a que ella minimizaba, por no decir, desconocía el rol de la jurisprudencia en la elaboración de la regla de Derecho, agravio que hoy, un examen objetivo y libre de las pasiones de ese tiempo se revela no enteramente fundado.[1]

Con todo, aparece hoy en día ya fuera de toda duda el hecho que, de un modo u otro, la jurisprudencia es creadora de regla jurídica y no al modo o en el sentido kelseniano, de regla individual, sino en el sentido común de regla general. Evidentemente, esa creación se hace de modo insensible, tal vez encubierto; las más de las veces, bajo la figura o disfraz de interpretación de una regla legal, de precisión de su contenido y alcance. En un sistema de derecho tan influenciado por el legalismo y el positivismo, como es el nuestro, es evidente que muy raramente un tribunal pretenderá directamente dictar una norma para una situación no regida por la ley y siempre pretenderá encubrir su solución en una regla escrita.[2] Pero quienes nos dedicamos también a la práctica del Derecho, sabemos perfectamente que el debate sobre el lugar de la jurisprudencia como fuente del Derecho no tiene gran sentido, porque la realidad de ca-

*Versión de la conferencia dictada por el autor en un ciclo de estudios en conmemoración a los 120 años de creación del Curso Fiscal de Leyes, actual Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Concepción.

[1] Asi, en este sentido, vease Ch. Atias, "Reflexions sur les methodes de la science du droit", en Recueil Dalloz-Sirey, 1983, chron. pags. 145 y sgtes.; Ph. Remy, "Eloge de L'Exegese", en Revue de la Recherche Juridique, Faculté de Droit d'Aix, 1982, 2, pags. 254 y sgtes.

[2] Sin embargo, en alguna ocasión se ha llegado a sostener la falta de diposición legal para solucionar un litigio. Entre otros ejemplos, recordaremos la sentencia de la Corte de Concepción de 27 de mayo de 1969, Revista de Derecho y Jurisprudencia (en adelante Rev. de Der.) t. 66, IV, pag. 203, con nota B.Gesche y que fue una de las primeras en dar lugar a la reajustabilidad del daño en materia de responsabilidad civil por cuasidelito. El fallo sostenia que "respecto de lo que se cobra por concepto de la desvalorización monetaria, tal petición no aparece amparada por alguna disposición legal que la justifique", no obstante lo cual, recurriendo al argumento de equidad, da lugar a la indemnización por depreciación monetaria. Desde luego, no compartimos la afirmacion y, por el contrario, parece más acertado decidir, como lo hace la jurisprudencia actual, que el Art. 2.329 del C.Civil contiene regla suficiente para cubrir la depreciación monetaria, bastando distinguir, como lo hacían ya en su clásica obra sobre responsabilidad los profesores Mazeaud y Tunc, entre monto y avaluación de los perjuicios. Este criterio es aplicado, por ejemplo, en sentencia de la Excma. Corte Suprema de 29 de mayo de 1973, en Rev. de Der. T. 70, sec. 4, pag. 61. Sobre esta cuestión y demás conexas, mantiene su interés la obra del Prof. B.Gesche "Jurisprudencia Dinámica", Edit. Jurídica, Santiago, 1971.

Artículo: Observaciones a ciento veinte años de jurisprudencia
Revista: Nº178, año LIII (Jul-Dic, 1985)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

da día lo demuestra que, al decir de Albaladejo,[3] si la ley reina, la jurisprudencia gobierna, hasta el punto que una sentencia puede hacer inútil una ley [4] o darle un alcance impensado.[5] La querella al respecto, mantenida hasta estos tiempos por los doctrinadores, es un ejemplo de inversión de enorme ingenio y grandes talentos; pero divorciada de la realidad.

Así pues, si pocos discuten aún el rol creador de la jurisprudencia, parece inútil insistir en el tema. Pero es lo cierto que con ese reconocimiento no han terminado los debates en torno a esa fuente del Derecho. Quedan aún sin respuesta convincente algunas cuestiones que ofrecen enormes campos de investigación: ¿Cómo se forma la doctrina jurisprudencial? ¿De qué manera se produce la convicción del juez? ¿Qué relación existe entre las doctrinas, convicciones políticas o económicas, realidades del tiempo presente y la doctrina jurisprudencial o entre lo que Ripert llamaba las fuerzas creadoras del Derecho y la jurisprudencia? [6] He aquí algunas cuestiones que no han tenido hasta ahora respuestas ciertas y por ello el fenómeno jurisprudencial sigue siendo misterioso y ofreciendo, por lo mismo, eterno interés.

Sin ninguna pretensión científica y con el solo ánimo de concitar algún interés en esas cuestiones, he escogido como tema, en este ciclo en homenaje a los ciento veinte años de nuestra Facultad, algunas observaciones a 120 años de jurisprudencia.

Ciento veinte años es una limitación caprichosa, que no tiene otra razón de ser que coincidir con los años de esta Facultad. Pudieron ser menos o incluso algunos más. Pero es un modo de recordar el tiempo, porque si esta Facultad no es varias veces centenaria como las de otros países, es suficientemente antigua en nuestra medida del tiempo como para que

[3] M. Albaladejo, "La Jurisprudencia", en Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, págs. 544 y sgtes. Agrega el ilustre civilista español que "de hecho, la jurisprudencia es más importante que la norma jurídica en sí, pues prevalece —que es lo que prácticamente importa— no el sentido que la norma tiene, sino el que la jurisprudencia le atribuye" (pág. 549).

[4] Así por ejemplo, algunas sentencias recientes han llegado a sostener que el artículo transitorio de la Ley 18.092, al disponer que las letras de cambio y pagarés girados antes de la vigencia de la nueva ley continúan rigiéndose por la normativa anterior, prescripción cuadrienal del Art. 761 del C. de Comercio o la de un año del Art. 98 de la Ley 18.092, por aplicación del Art. 25 de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes de 1861. De este modo, aunque es claro que el referido artículo transitorio quiere señalar que a las letras y pagarés anteriores se les aplica la prescripción cuadrienal, esos fallos, por la vía de sostener que dentro de la normativa precedente se encuentra la Ley sobre Efecto Retroactivo de 1861, dejan sin aplicación lo dispuesto por la norma transitoria, ya que difícil será encontrar un deudor que escoja la prescripción antigua, pasando a ser regla única la prescripción anual. En tal sentido se han pronunciado sentencias de la I. Corte de Concepción no publicadas y la de 27 de enero de 1984 de la Corte de Punta Arenas, tesis que, desde luego, no podía mantener la Excma. Corte, que la condena en sentencia de 10 de julio de 1985 en causa rol 17.835, no publicadas todas ellas.

[5] Tal ocurrió con numerosas sentencias que dieron efecto retroactivo (o inmediato si se quiere seguir otra terminología), al D.L. 1.505 de 1976, que modificaba el Art. 21 del D.L. 964 de 1975, extendiendo los plazos de desahucio y restitución de locales comerciales bajo el argumento que no se trataba propiamente de una nueva ley, sino de un texto que se incorporaba al D.L. 964, de forma que quienes arrendaron locales comerciales antes del D.L. modificatorio se vieron sujetos a los nuevos y mayores plazos, a pesar de no contener norma transitoria alguna el dicho Decreto Ley y que, por lo tanto, de acuerdo a jurisprudencia constante bajo anteriores leyes de arrendamiento, debía prevalecer el Art. 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes.

[6] G. Ripert, "Les forces créatrices du droit", Lib. Gén. de Droit et de Jurisp., Paris 1955.

Artículo: Observaciones a ciento veinte años de jurisprudencia
Revista: Nº178, año LIII (Jul-Dic, 1985)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

cuando en Chile se producían la mayoría de los grandes hitos de nuestra historia independiente, ella ya tenía existencia.

Se trata de algunas observaciones, porque no existe en esta exposición más que un ensayo de posibles direcciones de investigaciones o estudios, de modo que han de juzgarse con esas limitaciones y no como conclusiones elaboradas, luego de un análisis exhaustivo.

2.— *LA FORMA DE LAS SENTENCIAS*

Al comparar las sentencias de años 1860 a las actuales, surge una primera y visible diferencia, sin necesidad de adentrarnos en sus contenidos: la forma. En 1864 y hasta 1870 aproximadamente, no hay considerandos. La nitidez de las partes del supuesto razonamiento lógico del fallo actual, impuesta por el Art. 170 del Código de Procedimiento Civil, no existe aún. El fallo es, en esos tiempos, una exposición breve del caso, sin análisis y aun mención detallada de las pruebas y una decisión sumariamente fundada. Cuando se trata de un juicio penal, el resultado puede incluso contrariar la prueba indiciaria, porque, de acuerdo a la legislación de Partidas entonces aplicable, "el pleyto criminal non se puede provar por sospechas, si non en cosas señaladas" y que "sea provado, e averiguado por pruvas claras como la luz, en que non venga ninguna dubda".[7] En ello hay ya una disparidad con los usos jurisprudenciales actuales, porque en los últimos años las sentencias penales sólo reconocen un medio probatorio: las presunciones. A pesar de las precisas reglas sobre análisis de la prueba y sobre su valor, se ha ido haciendo común una forma de juzgar que termina, luego de la mención de todas las probanzas, por señalar que ellas constituyen un conjunto de presunciones que, apreciadas en conciencia, determinan la convicción del juez. Se recurre así a un expediente que facilita el trabajo del juez; pero hace difícil la defensa, porque se carece de la exposición del análisis lógico que lleva a la conclusión y que permite rebatirlo o discutirlo.

Pero, con esa salvedad, a partir de 1870 las sentencias tienen las ya clásicas partes expositivas, considerativas y decisoria y, poco a poco, se van haciendo sensiblemente más complejas y algunas singularmente extensas.

Esta complejidad formal no tendrá mayor interés si sólo se redujese a eso; pero es que a medida que avanza el tiempo hay una mayor elaboración de conceptos, más distinciones, en suma, mayor tecnicismo. Del mismo modo, existe también un uso más frecuente de otras fuentes jurídicas, como la doctrina y los principios generales. Así, hasta fines de los años 1950, salvo en algún caso aislado de referencia al Derecho Internacional,[8] los tribunales no usarán jamás, como fundamento de sus deci-

[7] Ley 12. Tit. 14. Partida 3. También, Ley 26. Tit. 1. Partida 7.

[8] Por ejemplo en fallo de la Corte de Santiago de 14 de octubre de 1890. Gaceta 1881, sentencia 42, pág. 20.

Artículo: Observaciones a ciento veinte años de jurisprudencia
Revista: Nº178, año LIII (Jul-Dic, 1985)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

siones, otra fuente que no sea la ley y el razonamiento dentro de la ley. Sin embargo, tímidamente primero y cada vez más comúnmente más tarde, se van encontrando sentencias que, en apoyo de su decisión y como parte de su razonamiento, utilizan la doctrina de autores nacionales y extranjeros.

Al respecto, quisiera recordar, para afirmar la posición de la jurisprudencia frente al uso de la doctrina, una anécdota que me refirió mi padre y que le sucedió a poco de ser nombrado abogado integrante, con uno de sus primeros fallos. Al llevarlo a la sala en borrador, para su aprobación, el entonces Ministro señor Lucas Sanhueza, que presidía la sala, si bien estaba por la solución dada al caso, pretendía que se alterase esa redacción, porque allí se citaba a Capitant, estimando que la referencia a un autor era propia de la Corte Suprema. El fallo no obstante se dictó tal cual fue redactado.

Recientemente, la fineza de redacción ha llegado, en algunas Cortes de Apelaciones y aun en la propia Corte Suprema, al extremo de citarse ya no a ilustres juristas, sino al Libro de Génesis [9], a Maynard Keynes [10], a Karl Mannheim, [11] en una curiosa tendencia de los últimos tiempos para incluir en los fallos acotaciones literarias y aun discutibles elucubraciones políticas, económicas o ideológicas.[12]

Los aforismos o brocardos, en cuanto traducen principios generales de Derecho, también encuentran sitio en las sentencias y así se acude a la fórmula "utile per inutite non vitiatur" para rechazar una petición de nulidad [13], o a la máxima "nemo auditur"[14] o al principio "curia novit ius".[15] Las elaboraciones doctrinarias encuentran sitio en las sentencias

[9] A el se refiere la particular sentencia de la Exema. Corte Suprema en la causa "Barahona con CORA" de 9 de octubre de 1981, redactada por el Ministro Sr. Eyzaguirre (Rev. de Der. t. 78, sec. V, pág. 207) y que acoge la idea de retrocesion en el Derecho Chileno. También acude el redactor al Deuteronomio, al Codigo de Manu, a los Papyrus del tiempo de Ptolomeo.

[10] El ilustre economista inglés es traido a cuento por la curiosísima sentencia de la Corte de Santiago de 26 de septiembre de 1983, redactada por el Ministro Sr. Dreyse (Gaceta Juridica, N° 40, octubre 1983, pág. 74). Junto a particulares consideraciones sobre los ingenieros comerciales, la recesión economica, la efervescencia politica, social y economica "que nos devora" y otras reflexiones, para determinar el concepto de "apropiación" en el delito del artículo N° 1 del Código Penal.

[11] Vease su cita en el fallo de la Corte de Santiago de 10 de noviembre de 1981, redactado por el Ministro Sr. Cánovas (Rev. Der. T. 79, sec. V, pag. 202) y a propósito del debatido problema de la retrocesión, resuelto en sentidos opuestos por varias sentencias. Esta vez el redactor, para insistir en el valor de la propiedad privada y el fundamento histórico de la retrocesión no se remonta al Genesis; pero si a las mercedes de tierra concedidas por Pedro de Valdivia.

[12] Asi, no es facil comprender que una sentencia sostenga que "la libertad personal lleva anexa la propiedad privada" y que, citando a los profesores Mazeaud, se sostenga que "la propiedad privada es la condición de la independencia y de la libertad del hombre" (sentencia Corte de Santiago de 10 de noviembre de 1981, citada), afirmaciones que nos hacen recordar que San Francisco dejó hasta sus vestiduras para ser libre o al personaje de Bobinin en el Primer Circulo de Solsyenitzin que se sentia libre porque nada tenia, y que afirmaba: "En general, trate de hacer comprender y diga a quien este por encima de usted, que ustedes son fuertes solamente en la medida en que no se lo quiten todo a los hombres. Porque un hombre al que se lo hayan quitado todo no está ya en poder de ustedes, está de nuevo libre".

[13] Corte de Concepción, 29 de abril de 1963, en Revista de Derecho y Ciencias Sociales (U. de Concepción, N° 126, octubre-diciembre 1963, pág. 131.

[14] Por ejemplo, entre varios otros, Corte Suprema 16 de julio 1956, Rev. de Der. t. 53, sec. 1ª., pág. 130.

[15] Corte de Concepción, 3 de agosto de 1974, Rev. de Der., t. 76, sec. 2ª., pag. 262. Aplica el principio, aunque sin usar la maxima latina, la sentencia de la Corte de Santiago, de 13 de julio de 1982, Rev. de Der. t. 79, sec. IV, pag. 123.

Artículo: Observaciones a ciento veinte años de jurisprudencia
Revista: Nº178, año LIII (Jul-Dic, 1985)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

para extender normas de la legislación, de forma de encontrar en éstas asidero a la consagración de principios generales. Así por ejemplo, y recientemente, los principios de convalidación y disposición del proceso son invocados para desestimar nulidades procesales, no obstante existir el vicio formalmente.[16] En materia penal, el mayor tecnicismo es más antiguo [17] y curiosamente, uno de los redactores más famosos de sentencias penales se permitió decir, sin embargo, hacia 1950, que los tribunales no han sido dispuestos para hacer consideraciones doctrinarias, posición que, afortunadamente, no ha imperado y que él mismo no mantuvo.[18]

Notables son las múltiples sentencias sobre la nunca acabada cuestión de la causalidad en materia penal y recuerdo, en forma especial, las del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1960 y 24 de octubre de 1963, con un análisis acabado del problema, recurriendo a las opiniones de Mezger, Mayer, Jiménez de Asua.[19]

En el orden civil, nuestros tribunales recogen cada vez más frecuentemente elaboraciones de la doctrina, o aun perfeccionan el análisis de cuestiones tan sólo sugeridas en la ley.[20]

Este mayor tecnicismo no ha de ser observado a la ligera y no puede ser calificado como un simple abandono de una cierta sobriedad que imperó en la jurisprudencia.

—¿Por qué o a qué se debe esa sensible variación en las formas de las sentencias? Pienso que es indudable que una de las razones se debe a

[16]Lo hace, por ejemplo, la conocida sentencia de la Corte de Santiago de 17 de octubre de 1983, confirmada por la Excma. Corte. Fallos del Mes, N° 300, sentencia 17, pág. 660. Pero también se ha dado aplicación jurisprudencial al concepto de cosa juzgada aparente, para admitir nulidades de lo obrado aun después de fallada la causa. Así, por ejemplo, Corte Suprema, 28 de julio de 1982. Fallos del Mes N° 281, pág. 259.

[17]Sería arbitrario en materia penal destacar algunos fallos por sobre otros y lo único posible es citar algunos como buenos ejemplos del adecuado uso de la doctrina y ciencia criminal. Así, en materia de causalidad conservan su valor las sentencias redactadas por el que fuera Ministro de la I. Corte de Santiago y luego de la Corte Suprema, señor Rafael Fontecilla, de 15 de diciembre de 1947, en Rev. Cs. Penales, t. 10, pág. 63, con nota crítica Drapkin y especialmente el de casación en el fondo de 21 de abril de 1960, en Rev. de Der. t. 57, sec. 4ª, pág. 60. En este último, el redactor, además de las numerosas consideraciones doctrinarias, señala que "el juez no puede vivir ajeno a las transformaciones jurídicas y científicas que repercuten en el Derecho y está en el deber de adaptar, en lo posible, el texto de la ley a las exigencias del progreso. La denominada interpretación progresiva se impone cuando nuevos y ponderables aspectos de la evolución jurídica pueden entrar en las fórmulas generales de la ley". Más recientemente, es interesante el fallo del Ministro de la Corte Suprema Sr. Correa sobre participación e inducción de 3 de enero de 1973, en Rev. de Der. t. 70, sec. 4ª, pág. 3, con abundantes citas de Antolisei, Manzini, Quintano Ripollés, Von Litz, Mezger, Carrara, Cuello Calón y Soler, entre otros.

[18]Nos referimos al ya invocado Ministro Sr. Fontecilla. Ver nota precedente.

[19]Vease la nota 17 y el fallo de Cas. Fondo de 24 de abril 1960 en Rev. de Der. t 60, sec. 4ª, pág. 459.

[20]En el primer sentido, por ejemplo, la distinción entre créditos de la masa y en la masa, cuando de la quiebra se trata, acogida por la sentencia de 25 de octubre de 1973, Rev. de Der. t. 70, sec. 1ª, pag. 74, redactada por el profesor y abogado integrante Sr. Munita; o la distinción entre relación procesal y relación substancial o material, para fijar el tiempo u oportunidad de alegación de ellas en el proceso, recogida por la Corte de Santiago el 6 de mayo de 1983, Rev. de Der. t. 80, sec. 2ª., pag. 40; los principios de abstracción, literalidad, rigurosidad y autonomía de los títulos de crédito, ya comúnmente aplicados; por ejemplo, en fallo de la Corte Suprema de 9 de marzo 1961, en Rev. de Der. t. 58, sec. 1ª, pag. 29, etc. En el 2°, y también como ejemplos tomados al azar, la idea de unidad del título ejecutivo, subyacente en la ley nacional y desarrollada con recurso a Manresa y Navarro en sus Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, por el fallo de la Corte de Concepción, 17 de agosto 1979, en Rev. de Der. t. 76, sec. 2ª, pág. 270; o la exigencia de petición concreta hecha a la formalización del recurso de casación que se contiene, entre otros, en el fallo de la Corte Suprema de 15 de octubre de 1981, Rev. de Der. t. 78, sec. 1ª, pag. 119.

Artículo: Observaciones a ciento veinte años de jurisprudencia
Revista: Nº178, año LIII (Jul-Dic, 1985)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

la enseñanza del Derecho. Contrariamente a lo que siempre se oye decir, creo que, en general, la calidad de la enseñanza jurídica en Chile es notoriamente mejor en los últimos tiempos. Es cierto que más de alguien podrá recordar, y con justicia, la gran autoridad de algunos maestros antiguos. Pero un análisis objetivo del contenido de la enseñanza jurídica tiene que revelar, sin muchos exámenes de fondo, el notorio progreso al respecto.

No se trata pues de una cuestión de calidad de los jueces, pues en todo tiempo han existido algunos de especial versación y prestigio. En 1864, fecha de inicio de nuestro examen, eran ministros de Excma. Corte don José María Guemes y don Manuel Montt y en Concepción don Gabriel Ocampo y aún son recordados la sapiencia, así como la autoridad moral de los penquistas, luego jueces de la Corte Suprema, don Alfredo Larenas, miembro honorario de esta Facultad, don Humberto Bianchi y don Gonzalo Brañas.

Pero el acceso a las fuentes doctrinarias es más amplio, más común. Ello mismo lleva a un ejercicio profesional más competitivo y difícil, porque el uso de autores, al menos dentro de un cierto nivel, de jurisprudencia, no es ya privilegio de algunos iniciados. Si cuando en 1942 aparece en Chile la Responsabilidad Extracontractual del Decano Alessandri el nombre de los profesores Mazeaud era desconocido, en nuestros días entiendo que sus obras son comúnmente conocidas. Y ha de reconocerse en otras materias, como en Derecho Penal por ejemplo, el trabajo y la obra de algunos profesores que hacen que, hoy en Chile, no sea extraña, aunque siga siendo compleja, la elaboración doctrinaria comparada.

Los letrados de los litigantes contribuyen en no poca medida a esa tecnificación jurisprudencial, al llevar a los jueces argumentos extraídos de la doctrina, al llevar a los jueces sentencias de otros tribunales. Fuera de Chile, un autor, tal vez con exceso, ha llegado a sostener que la jurisprudencia la hacen los abogados.[21]

—Pero podría surgir la pregunta: ¿Y qué utilidad tiene en definitiva para los justiciables ese tecnicismo?

[21]Es lo que afirma el maestro J. Carbonnier, en Droit Civil, t. 1, N° 34, pag. 120. Presses Universitaires de France, 6ª ed., Paris, 1965. El ilustre civilista expresa que "una acotación en la que no se insiste suficientemente: lo que se denomina la jurisprudencia es mucho menos obra de los magistrados que de los abogados y procuradores sin olvidar a los abogados ante la Corte de Casación. Son ellos los que, en los escritos y alegatos, inventan realmente los sistemas nuevos de interpretacion o de construcción jurídica. El rol de los jueces es, sobre todo, el de escoger entre las tesis propuestas; pero, al menos en Francia y para el Derecho Civil, no es propiamente creador". La observacion es, entre nosotros, correcta también en cierta medida y en buenas cuentas viene a señalar la diferencia que existe en la práctica entre la labor de los jueces y la de los abogados. Estos deben arriesgarse a inventar las tesis que proponen al tribunal, a construir su prueba en torno a ella, a idear el comportamiento a seguir. El juez ve facilitada su labor al tener que escoger entre las tesis propuestas por demandante y defensor. Pero no es posible desdeñar -aun en materias civiles- el aporte del juez, sea en el perfeccionamiento de la solución, sea a veces en el descubrimiento de aspectos no previstos por los letrados. La sentencia no resulta así una mera transcripción de los argumentos, de cada parte y la adopción final de alguno de ellos. En nuestra práctica profesional nos ha ocurrido, en más de una vez, encontrar en la sentencia, incluso favorable a nuestro cliente, argumentos y aspectos del problema que jamás habíamos imaginado, aun luego de largo estudio con auxilio de otros colegas.

Artículo: Observaciones a ciento veinte años de jurisprudencia
Revista: Nº178, año LIII (Jul-Dic, 1985)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

Creo que la respuesta es obvia: la misma que tiene toda técnica más elaborada. Se trata de herramientas del intelecto y del razonamiento jurídico que, en definitiva, han de redundar en mayor calidad de la justicia. Es así como, a mi modo de ver las cosas, poco a poco se va abandonando lo que podríamos llamar un razonamiento exegético, o dentro de la ley, para razonar sobre sus fines, sus propósitos, para distinguir entre los hechos y resolver en forma más justa, evitando, por ejemplo, el uso de la ley y no su aplicación. Así, cuando se trae a colación los principios de la convalidación o de disposición del proceso, no es para demostrar sapiencia, sino para impedir el uso de las formas procesales por sí mismas en nulidades que no tienen otro propósito que eludir la cuestión central.

No se ha llegado aún a la consagración de principios generales más amplios, como el abuso de derecho o el enriquecimiento sin causa; pero no cabe la menor duda que, cada vez con mayor fuerza, el razonamiento puro dentro de la ley, en forma mecánica y por ingeniosa que sea, no es ya bienvenido. Y un avance en tal sentido no puede sino conducir a una mayor calidad y a una justicia mejor de las decisiones.

Interesa destacar también la importancia que van adquiriendo las fuentes extralegales del Derecho. No sólo la doctrina, cuestión a la que ya hemos aludido, y cuyo uso es ahora tan normal que en más de algún caso resulta casi excesivo[22]; sino también la propia jurisprudencia que es frecuentemente citada[23]; la equidad[24], los principios generales, etc.

De otra parte, todo ello revela que, cuando los jueces se lo proponen, pueden encontrar, sin problemas, las soluciones que entienden adecuadas. El examen de la jurisprudencia de los últimos años en materia de expropiaciones agrarias lo revela, al acogerse en algunas situaciones la denominada retrocesión, que es pura creación doctrinaria y que no aparece consagrada o permitida en texto legal alguno, lo que en otras épocas habría bastado como argumento para desestimar las peticiones no encuadradas en un texto legal.

Es de notar, por último, en este aspecto, que cada vez son más las sentencias que merecen publicación, redactadas por abogados integrantes. El último número de la Revista de Derecho da cuenta de un total de 10 fallos de Cortes de Apelaciones, de los cuales 5 provienen de tales integrantes, lo que es curioso, porque antes de los años 55 prácticamente no aparecen publicados fallos redactados por abogados integrantes.

[22]Por ejemplo, el fallo de la Excma. Corte de 5 de septiembre de 1973, en Rev. de Der. t. 70, sec. 1ª., pag. 66, que, para afirmar la ya indiscutida facultad de los jueces ordinarios para conocer de lo contencioso administrativo, cita a no menos de once autores nacionales y extranjeros.

[23]La alusión a otros fallos es ya común como argumento de autoridad. Una buena combinación del recurso a la jurisprudencia y a la vez a la doctrina ofrecen las sentencias de la Corte de Concepción de 2 de junio de 1979, en Rev. de Der. t. 76, sec. 2ª., pag. 243, redactada por el Ministro Sr. Cerda Medina y la de la Corte de Pedro Aguirre Cerda de 5 de agosto de 1983, en Rev. Der. t. 80, sec. 2ª, pag. 85, Redacción Ministro Sr. Huerta.

[24]La invoca por ej. el fallo de la C. Suprema de 9 de octubre 1981, Rev. t.78, sec. 2ª., pag. 207, para acoger una demanda de retrocesión.

Artículo: Observaciones a ciento veinte años de jurisprudencia
Revista: Nº178, año LIII (Jul-Dic, 1985)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

No podrá dejar de reconocerse que, por mucho que la forma de designación de ellos merezca críticas, la designación ha recaído en dignos representantes de la profesión jurídica.

3.— PAULATINO DESAPARECIMIENTO DE LA CASACION

Hasta la década de los 1940, lo que la Excma. Corte resuelve son recursos de casación en la forma o en el fondo. Muy excepcionalmente aparece algún recurso de queja.

La historia de este recurso es conocida y por ello no la vamos a retrazar.

Aparece, como se recordará, en materia laboral, ante la imposibilidad escrita en la ley de recurrir de casación en contra de las sentencias dictadas por las entonces Cortes de Apelaciones del Trabajo. La Excma. Corte rechaza en una primera etapa el intento de usar el recurso de queja, dispuesto para infracciones disciplinarias, con el fin de que el máximo tribunal revise una decisión. En el Tribunal Supremo, el Ministro don Luis Agüero Pérez se mantuvo contrario a su admisibilidad en votos que merecieron la publicación en la sección Doctrina de la Revista de Derecho y Jurisprudencia. Otro tanto ocurrió con el Ministro Sr. Alfredo Rondanelli. Pero poco a poco el tribunal superior cede ante la tentación de convertirse en contralor, ya no de la disciplina, sino del fondo de las decisiones laborales. Abierta la puerta por esa vía, ella se extiende luego a todo orden de materias, hasta el punto que, en los años recientes, el Tribunal Supremo dedica gran parte de su atención a esos recursos, desapareciendo poco a poco la casación. Las estadísticas del propio tribunal lo revelan. Así, en 1955 ingresan 831 recursos de casación civiles y criminales, tanto de fondo como de forma y 598 recursos de queja. En 1961 las casaciones son 455 y las quejas 587. En 1967 las cifras son de 439 y 741, respectivamente. En 1980 las casaciones llegan sólo a 416 (se fallan sólo 288) y las quejas a 1.229 y en 1982 ingresan 457 casaciones y 1.778 quejas.

El Tribunal Supremo, por vía de sus Presidentes, intenta más de alguna vez llamar la atención en la materia, pretendiendo seguramente que o el legislador ponga remedio a ello, o sean los abogados los que renuncien a esa vía que él mismo permitió.[25] Pero últimamente, su actual Presidente se limita ya únicamente a dar a la cuestión el carácter de un

[25]Recordaremos las palabras del Presidente de la Corte Suprema, Sr. Jose Maria Eyzaguirre E., al inaugurar el año judicial de 1977: "Los datos estadisticos a que acabo de hacer referencia demuestran, una vez mas, el uso abusivo que se esta haciendo del recurso de queja, de modo qué se llega a desnaturalizar el rol de Tribunal de Derecho que corresponde a la Corte Suprema, de acuerdo con el pensamiento del legislador, para llegar a transformarla en una Tercera Instancia, que nunca se pensó en establecer". Agrega el entonces Presidente que el abuso lo demuestra ademas el escaso numero de quejas acogidas que no supera el 4,8% y que seria menester una reforma legal que solo permitiera dicho recurso cuando no procediera la ocasión. En Rev. de Der., t. 74, Primera Parte, pag. 3. En realidad, ni siquiera es menester tal reforma, pues bastaria una constante jurisprudencia de la Excma. Corte que desestimara tales recursos, por incidir en cuestiones propias de casación para que los litigantes se vieran desalentados a interponer tales recursos. Es la actitud permisiva del Supremo Tribunal la que alienta el proceso de sustitucion de la casacion por la queja.

Artículo: Observaciones a ciento veinte años de jurisprudencia
Revista: Nº178, año LIII (Jul-Dic, 1985)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

hecho curioso, digno de observar; pero como realidad ineludible.[26] Y esta anotación es más curiosa aún si se tiene en cuenta que el asentamiento de la queja como recurso de fondo es absolutamente absurdo: en efecto, contraría a toda lógica, puesto que jamás se observa en ningún fallo de algún recurso de queja, que el máximo tribunal imponga alguna sanción a los recurridos, sin embargo que acoge el recurso para dejar sin efecto la sentencia en la que se han producido las supuestas faltas o abusos. Así, no se da lugar a lo principal, que es aquello para lo cual el recurso se estableció; pero sí a lo accesorio, esto es el remedio de la supuesta falta. Por otra parte, para guardar las formas -tan importantes siempre- el recurrente ha de solicitar que se impongan sanciones, como cuestión o petición principal, so pena de ver desestimado su recurso, aunque sabe que no se dará lugar a ellas, que él no las desea tampoco y que, por último, no hay mérito para ellas.[27]

De este modo, con la anuencia de todos, abogados y jueces, recurridos y superiores, la Corte Suprema ha pasado a ser un Tribunal de Tercera Instancia y quedan destruidos en el hecho todos los principios que fundan ese tribunal y las enseñanzas de los doctos en cuanto al rol del tribunal máximo.

¿Es ello un avance? ¿Cuál es la razón de la suplantación de la casación por la queja?

Para lo primero tenemos una respuesta clara: NO. Se trata de un evidente retroceso en la administración de justicia. En efecto, como recurrir de queja no requiere de gran esfuerzo intelectual a los recurrentes, no hay asunto que termine hoy en las Cortes de Apelaciones. Y aunque las quejas sean en su mayoría desestimadas, imponen de hecho la dilatación anormal de los juicios, porque de todas formas han de ser conocidos y tramitados por el máximo tribunal, cuya estructura no fue concebida para la revisión en el hecho y en el Derecho, de lo que las Cortes de Apelaciones ya han resuelto. Desde luego, ni aun con reciente aumento a 16 de los Ministros del máximo tribunal es ello posible. Por otra parte, el dicho recurso introduce un factor de inseguridad en los juicios que no es propio de una adecuada administración de justicia, pues es lo cierto que significa una verdadera lotería en el resultado final de todos conocida, ya que teniendo el Tribunal Supremo las más amplias atribuciones en materia disciplinaria y al no estar enmarcado el recurso en forma alguna, la decisión final depende únicamente de la prudencia o criterio de los jueces sentenciadores y no de normas objetivas y previamente conocidas.

Pero no tenemos respuesta adecuada para el porqué de esta situación. Una parece clara: las formas estrictas de la casación imponen a

[26] Nos referimos al discurso inaugural del año 1985 del presidente Sr. Retamal.

[27] Entre otros, el fallo de la Corte Suprema de 10 de noviembre de 1982, en Fallos del Mes Nº 288, desestima una queja por no imputar a los sentenciadores una falta o abuso, sino que se basa en que la sentencia no se ajusta a derecho.

Artículo: Observaciones a ciento veinte años de jurisprudencia
Revista: Nº178, año LIII (Jul-Dic, 1985)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

los abogados un esfuerzo intelectual que no siempre quieren abordar y, existiendo un camino más fácil para llevar la causa ante el Tribunal Supremo, es claro que cada vez son menos los que desean pasar por el camino más difícil. Pero no conocemos el porqué el Tribunal Supremo permite que ello suceda, pues es más que evidente que no se requiere reforma legal alguna para corregir una situación que fue creada sin ley alguna y por el simple expediente de tolerar con asiduidad a un recurso para un fin no destinado. ¿No será que, en el fondo, siempre es agradable tener un mayor poder y que cueste dejarlo cuando se ha adquirido?

Lo que ha ocurrido en los últimos años con el recurso de protección introduce otro factor más de preocupación, porque los anales de jurisprudencia revelan que ha pasado a competir en número con cualquier otra cuestión litigiosa.

Pero lo ocurrido con la queja en relación a la casación es problema notable, porque además, como veremos, de allí deriva una confusión muy seria y peligrosa en cuanto a la noción misma de jurisprudencia y un perjuicio a su calidad de fuente del Derecho.

4.— RELACION ENTRE HISTORIA Y JURISPRUDENCIA

Quisiéramos apartarnos ahora -y perdónese el desorden, pues se trata de observaciones a la jurisprudencia, sin esquema preconcebido- del puro examen formal.

Una vía interesante de investigación es el examen de las materias abordadas por las sentencias, en relación con la historia del país. Cuando hablamos de historia, pues, nos parece lógico ir a buscarla en libros que relatan los hechos de guerra y la evolución política de un pueblo. Pero, ¿acaso los litigios, las discordias entre ciudadanos, no muestran también una parte de esa historia sin la cual ésta resulta incompleta?

No soy historiador; me atrevo, sin embargo, a insinuar el tópico. Y he aquí algunos ejemplos: Se nos ha dicho siempre que la guerra llamada del Pacífico no implicó alteración alguna en la vida política del país. Pero más aún: tampoco lo hizo en la vida corriente de los individuos que no fueron a las armas. La Gaceta de Jurisprudencia no da cuenta de ninguna referencia a ella, en ningún litigio ante la Excma. Corte, ni ante las Cortes de Apelaciones entonces existentes en Chile. Tan sólo en 1890 aparece una sentencia que dice relación con esa guerra.[28] Quien leyera pues la Gaceta desde 1879 a 1882 o aun después, no podría imaginar que Chile estaba entonces en guerra. Más aún, de ella sacaría curiosas conclusiones, porque por esa época, cuando parecería que todos estaban preocupados por la suerte de las armas chilenas, la familia Balmaceda, incluyendo al que años más tarde sería Presidente, litigaba con toda suerte de argu-

[28] La sentencia de la Excma. Corte de 14 de octubre de 1890 alude en un juicio de cobro de pesos, al Ejército de Ocupación de Lima y a su jefe, el general Lynch. Gaceta de 1891, sent. 42, pag. 20.

Artículo: Observaciones a ciento veinte años de jurisprudencia
Revista: Nº178, año LIII (Jul-Dic, 1985)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

mentos sobre la herencia dejada por su padre y algunos de sus hermanos incluso llegaron a demandar a su propia madre por esa misma herencia[29].

No ocurre lo mismo con la guerra civil de 1891, porque ya ese mismo año los fallos que traen a colación la situación del país son numerosos. Así, una curiosa sentencia de un Consejo de Guerra, firmada entre otros por el entonces coronel Silva Renard, funda su competencia, discutida por los encausados, oficiales del que allí se llama "ejército dictatorial", clara y abiertamente en la "victoria" y hace arrancar de ella la fuerza de las normas jurídicas de la Junta Militar que lo ha convocado,[30] adelantándose en la argumentación en más de 50 años a otro célebre constituido después de la Segunda Guerra Mundial. En otra decena de breves sentencias, personeros hasta entonces afines al Presidente Balmaceda presentan justificaciones para obtener el alzamiento de embargos sobre sus bienes. Algún diputado del llamado Congreso Constitucional se justifica sosteniendo que él no alcanzó a jurar, o que sólo fue a una sola sesión del dicho parlamento, discutido por las nuevas autoridades. ¡Qué de reflexiones se insinúan allí sobre los límites de la fidelidad política y la fragilidad del poder!

El avance de las obras de regadío a fines del siglo pasado resulta del considerable número de sentencias y litigios sobre aguas y paso de aguas; como también el del ferrocarril, por el número de accidentes, que permite incluso el paulatino establecimiento de principios de responsabilidad civil extracontractual.

Los cambios de costumbres, hábitos, formas de vida, cultura, pueden deducirse de los litigios. Cuestiones hoy desconocidas, como separaciones judiciales de bienes, fueron antes de alguna frecuencia. Pero las ahora numerosísimas, variadas y cuantiosas estafas casi no existieron en algún tiempo y cuando empiezan a aparecer, se refieren a aquel que se quedó con un reloj u otras especies de poca monta. Pero lo que ha sido constante es el cobro de pesos, o cumplimiento de contratos. El Fisco se ha revelado siempre mal pagador de los peritos que pide en su auxilio, pues de todas épocas éstos le demandan. Más aún, se ha dado el caso curioso de lo que yo llamaría una demanda interpuesta por "la historia fidedigna" de la ley en contra del Estado, ya que un jurista llamado a redactar un código de la Armada debe demandar al Fisco el pago de su labor.[31]

[29] La Gaceta de 1879 da cuenta del juicio seguido entre doña Encarnacion Fernandez de Balmaceda con don Exequiel Balmaceda y compartes, sentencia 2014 pag. 1400 y de la sentencia de 9 de diciembre de 1879. La de 29 de diciembre de 1879, sentencia 2068 pag. 1447, resuelve un litigio sucesorio entre don Vicente Balmaceda con don Jose Manuel Balmaceda y compartes.

[30] Gaceta 1891, sentencia 544, pág. 252. Pero hay varios otros casos en los que se alude a la Guerra Civil. Así, en un caso notable, se reconoce la competencia y el caracter de intendente y gobernadores de los que lo fueron del Gobierno depuesto, "atendida la legitimidad de origen de dicha administracion", sea cual fuere la condicion legal en que sus agentes se hayan colocado con motivo de los sucesos ocurridos con posterioridad al 1° de enero de 1891, Corte Suprema, 17 de mayo 1892, Gaceta 1892, t. 2, N° 166, pag. 97. En otra sentencia proveniente de un tribunal militar se alude al Gobierno de Balmaceda como "la dictadura" y se condena a un grupo de oficiales del ejercito que combatiera por dicho Presidente por ser miembros del ejercito de la dictadura. La Corte de Santiago sin embargo, los declara comprendidos en la ley de amnistia que se dicto al respecto. C. Stgo. 10 de noviembre de 1891, Gaceta 1891, sentencia 57, pag. 39.

[31] Santiago, 6 de mayo de 1892, Gaceta 1892, t. 2, sentencia 122, pag. 73. Se refiere a la demanda de don Jose Joaquin Larraín en contra del Fisco por cobro de honorarios adeudados a raiz de la redaccion de un proyecto de Codigo de la Armada.

Artículo: Observaciones a ciento veinte años de jurisprudencia
Revista: Nº178, año LIII (Jul-Dic, 1985)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

La violencia o el apasionamiento político de algunos resulta de variados juicios sobre injurias. El tomo 51 de la Revista de Derecho y Jurisprudencia es un verdadero manual de inventivas en torno al uso del lenguaje hiriente, por decir lo menos, y en él las jóvenes generaciones que no han conocido la normalidad constitucional pueden encontrar útiles enseñanzas. Así, podrían leer que, en ese entonces, el Tribunal Supremo sostenía que "sólo sería injuriosa la crítica que estuviera dirigida a quitar o disminuir el crédito moral del gobernante, o su honra, o que tendiere a provocar menosprecio, y si no tiene tales características es legítima, porque está autorizada por las normas constitucionales y legales que rigen la vida democrática" y ello bajo la firma, entre otros, del actual Presidente de la Excma. Corte y del Ministro Sr. Eyzaguirre, que ya eran miembros del máximo tribunal. ¡Qué lejos esa concepción de la democracia, de aquellos que, para no admitir crítica alguna, dicen que ella es admisible, siempre que sea constructiva![32].

El fallo referido se dictó a propósito de un desafuero pedido por el Intendente de Santiago del entonces senador don Salvador Allende, quien había tratado de "anciano" al Presidente don Carlos Ibáñez. La Corte agrega, luego de acudir al Diccionario de la Real Academia, que esa expresión sólo significa "tener muchos años".

Aprenderían que llamar al pueblo a salir a la calle no es considerado por la Excma. Corte como invitación a perturbar el orden constitucional y legal, o la tranquilidad o seguridad del país.

Pero verían también excesos y apasionamientos increíbles. ¿Cómo no releer con desagrado aquel fallo que reproduce palabras publicadas en el diario La Nación, órgano del Gobierno, sobre un senador opositor, en las cuales se alude a sus rasgos físicos para descalificarlo?[33].

Incluso un alumno se permitió tratar en términos violentos al respetado profesor don Ramón Meza Barros por haber éste faltado a clases [34].

Y ésos son ejemplos de lo que puede verse en ese solo tomo[35].

[32]Corte Suprema, 8 de abril de 1954, Rev. t. 51., sec. 4a., pag. 11. Se trata de la petición de desafuero del entonces senador don Salvador Allende Gossens, quien en un discurso se había referido al Presidente de la República don Carlos Ibañez como "un anciano", le pide que "enmiende rumbos", dice que "hay que salir a la calle.." y "que el Frente del Pueblo defenderá con la huelga general, quedándose en su casa, el derecho a vivir en la república democrática".

[33]C. Suprema, 4 de diciembre 1951 y Corte Santiago, 15 de octubre de 1954, Rev. t. 51, sec. 4ª. pág. 263, causa por injurias del entonces senador don Isauro Torres en contra de don Darío Saint Marie Soruco.

[34]C. Suprema, 20 de abril de 1954, Rev. t. 51, sec. 4ª. pág. 30.

[35]En efecto, también se publica allí la sentencia de la Corte de Iquique de 23 de septiembre de 1954, sec. 4ª. pág. 196, sobre injurias supuestas emitidas por el diario El Tarapaca en contra del entonces Ministro de Hacienda don Guillermo del Pedregal, en la cual se reconoce como legítimo el animus narrandi que excluye el ánimus injuriandi, así como el animus retorquendi que también excluye la injuria. La sentencia de la Excma. Corte de 3 de junio de 1954, publicada en ese mismo tomo, sec. 4ª. pág. 156, recuerda también la controversia violenta entre el citado Ministro y el diputado liberal don Luis Undurraga Correa. Los términos empleados no son propios de reproducir.

Artículo: Observaciones a ciento veinte años de jurisprudencia
Revista: Nº178, año LIII (Jul-Dic, 1985)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

Más cerca de nosotros, el examen desapasionado de la jurisprudencia de los últimos quince años permitirá verificar hasta qué punto el ideologismo de la política y la división del país se fueron introduciendo en toda la vida nacional. Es curioso observar cómo tan pronto triunfa el Presidente Allende, se producen litigios en relación a sus medidas jurídicas y políticas. Incluso la mesura tradicional de nuestros jueces desaparece en más de alguna ocasión. Ahora aparecen en las sentencias los términos "mojigatería burguesa"[36] u otros parecidos, como en tiempos actuales, afirmaciones como aquello que "la historia y la experiencia atestiguan que en los regímenes políticos donde no se reconoce la propiedad privada perecen las otras libertades"[37].

De vez en cuando, sin embargo, algún redactor afirma en su fallo, verdades olvidadas, o que el poder político pretende desconocer[38] y entonces el observador no sabe decidir si, de vez en cuando, no es bueno algún grado de abandono de la mesurada redacción clásica.

Todo ello hace evocar la grandeza moral de Ripert, porque en el colmo de la ingenuidad pretendía que "esta concepción de la jurisprudencia exige una independencia completa del Poder Judicial en relación al poder político"[39]. Si el juez no la tiene, agregaba, queda sometido por la aplicación de las leyes a las mismas fuerzas reales o ideológicas que lucharon para crear la ley, que son únicamente algunas de las fuerzas de creación del Derecho. Ello es cierto teóricamente. Pero únicamente desde ese punto. Un examen de esta especie será el que permitirá, cuando sea el tiempo, explicarse el porqué las sentencias revelan una defensa estricta y aun belicosa del orden jurídico y los derechos humanos y garantías constitucionales hasta 1973 y luego que el so pretexto de problemas de competencia, que eran por lo demás el resultado de interpretaciones, no se haya querido someter a revisión los juicios de tribunales militares. Alguna explicación habrá de existir que actualmente no tenemos, porque no existe ninguna investigación fundada que nos revele en qué medida la historia, las luchas políticas, o los dilemas del hombre, intervienen en la formación del razonamiento del juez.

[36]Una sentencia de la Corte de Santiago de 17 de mayo de 1971, redactada por el Ministro señor Galecio contiene esos términos y la singular tesis que "desde el punto de vista criminal no puede reprocharse a la prensa el uso de un estilo vulgar o de voces propias del lenguaje oral corriente; no cabe juzgar estas circunstancias con mojigatería burguesa".

[37]Corte de Santiago, 10 de noviembre de 1981, Rev. t. 79, sec. 5ª., pág. 262. El fallo insiste en las bondades de la propiedad privada frente al sistema que llama "socializante" de los "Estados Totalitarios". Nos parece que, por mucho que se pudiera estar de acuerdo en la necesidad de cautelar el derecho de dominio, no es propio de una sentencia aludir a tales fundamentaciones que tienen claro contenido político. Para acoger una demanda de retrocesión no se requiere, evidentemente, incursionar por los dominios del debate filosófico-político. Vease la nota 9 de este artículo.

[38]Como no acoger con agrado las expresiones del Ministro Sr. Correa que, como disidente, afirma que "la Universidad forma profesionales; pero no puede impedir el pensamiento de los estudiantes, ni la expresión de lo que piensan, sin perjuicio de su responsabilidad cuando incurran en lo ilícito o en lo antirreglamentario" y que "no se puede impedir que manifiesten su deseo de reforma". Voto disidente a C. Sup. de 28 de julio de 1981, Rev. t. 78, sec. 5ª., pag. 138.

[39]RIPERT, G. Les Forces creatires du Droit. nº 163, pag. 391, Lib. Gen. de Dr. et de Jurisp. Paris, 1955.

Artículo: Observaciones a ciento veinte años de jurisprudencia
Revista: Nº178, año LIII (Jul-Dic, 1985)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

5.— LAS FORMAS DE CREACION DE LA JURISPRUDENCIA

Muchas otras son las observaciones que sugiere el examen, así no sea ligero, de más de un siglo de jurisprudencia. Pero en este primer intento quiero por último referirme a uno que, en cierto modo, es clásico. Me refiero a la forma de creación del razonamiento judicial.

La cuestión puede resumirse así: ¿Qué influye para formar la decisión del juez? ¿Cómo se va formando el razonamiento judicial y a partir de él la jurisprudencia? ¿Cómo se pasa de la decisión individual al criterio jurisprudencial?

La respuesta, que ha sido tradicionalmente buscada por los autores, parecería fácil de descubrir, pues bastaría interrogar a los jueces para conocerla. Geny buscó, por ejemplo, en esa dirección[40]; pero otros han desconfiado de las respuestas dadas "a posteriori" y con no poca razón, porque ya se sabe que todo ser humano busca justificaciones a su actuar; pero difícilmente reconstituye sus motivaciones.

En un artículo magistral, que guarda todo su interés a pesar de haber sido escrito hace más de treinta años, el decano Maury señalaba que la respuesta a la cuestión planteada podía ser buscada en dos sentidos: uno, tratando de suprimir el problema y otro, esforzándose para resolverlo[41]. En el primer sentido se encuentran todos aquellos que creen que "el juez juzga los procesos según su conciencia y su sentimiento íntimo"; y que "encuentra las razones jurídicas a continuación". Era la idea del gran juez alemán Unger y, según se dice, habría sido también el modo de consultar de Bartolo[42]. Es la idea de la Escuela del Derecho libre germánico, la de Cardozo en los Estados Unidos, es el "hunch" norteamericano[43], que muchos critican porque conduce a absurdos y no es real, aunque haya en tal forma de concebir el razonamiento judicial una parte de verdad, porque es una reacción en contra del conceptualismo tan arraigado en nuestro sistema de Derecho.

No buscamos aquí competir con quienes, con alta autoridad, se han dedicado a reflexionar sobre esa cuestión. Tan sólo la recordamos como punto de partida o dirección del análisis de nuestra jurisprudencia.

[40] GENY, F. Methode d'interpretation et sources en droit privé positif. t. II, N° 216, pág. 376, esp. nota 2. 2ª. edic. Lib. Gen. de Dr. et de Jurisp. Paris, 1954.

[41] MAURY, J. Observations sur la jurisprudence en tant que source de Droit, en Le Droit privé francais su millieu du XXe. siecle, études Ripert, t. I. págs. 28 y sgtes., esp. págs. 31 y sgtes.

[42] GENY, F., op. cit., pág. 376, nota 3.

[43] MAURY, J. op. cit., pág. 32.

Artículo: Observaciones a ciento veinte años de jurisprudencia
Revista: Nº178, año LIII (Jul-Dic, 1985)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

La lectura de los fallos, dictados en el curso del último centenio, entrega importantes motivos de reflexión y orientan, en cierto modo, la cuestión planteada.

Desde luego, no es fácil, por la forma de redacción de las sentencias, impuesta por el Código de Procedimiento Civil, encontrar en los fallos las verdaderas motivaciones del juez. Se trata de componer un supuesto silogismo en que se fija la premisa de los hechos, es decir, aquello que es juzgado; luego la premisa de la ley aplicable, es decir con qué se juzga y, por último, la decisión, que se supone deriva naturalmente de la ley aplicable, o cuando más, de principios generales o de equidad; pero siempre aquello con que se juzga se supone está fuera del juez, le es impuesto. Sabemos no obstante que ningún juicio, ni aun o tal vez menos que ninguno, el de Dios es hecho de ese modo, supuestamente objetivo e imparcial. El juicio es también resultado de la voluntad y ésta tiene motivos internos que la forman verdaderamente. Así como Josserand hablaba de los móviles del negocio jurídico[44], también hay móviles en la voluntad del juez.

En los inicios de nuestro examen, esos móviles aparecen muy frecuentemente en forma sutil, si se quiere, pero nítidos, porque los jueces no redactaban sentencias tan estructuradas, según ya lo vimos. Así es claro que en los jueces que en 1864 juzgaban causas criminales influían circunstancias de las que dejaban constancia al describir o individualizar al reo. Así, éste es "persona reincidente y de muy malos antecedentes", o bien es "pendenciero". En otros casos se liberaba a un encausado por el hecho que por él declararon una serie de testigos a los que calificó de "las personas más respetadas del lugar". Pero más tarde esos factores tan decidores desaparecen de los fallos. ¿Ha de entenderse que han desaparecido de la mente de los jueces? De ningún modo: en los últimos años ha aparecido un nuevo factor que revela cómo se forma ese juicio judicial. Se trata de los informes de los recursos de queja. Durante largos años, esos informes se limitaban, en síntesis, a lo siguiente: los ministros recurridos enviaban a la Excma. Corte copia del fallo que habían dictado y señalaban que allí se encontraban las razones que les habían conducido a fallar. Pero, seguramente para activar la tramitación, o porque el Auto Acordado de la Excma. Corte sobre la forma de tramitar esos recursos lo sugiere, los litigantes agregan copia de la sentencia o resolución en que incide la queja y entonces, poco a poco, los informes se han hecho más complejos. Tanto es así, que incluso se ha llegado a un modo de juzgar y aun de hacer jurisprudencia, que desnaturaliza por completo la labor judicial y desvaloriza esta fuente del Derecho. En efecto, los jueces terminan por revelar en el informe mismo las verdaderas razones que les han llevado a decidir así y no de otro modo. Incluso, según lo hemos oído algunas veces, se reservan razones que no se exponen en el fallo porque "son para el informe de la queja". Como, por su parte la Excma. Corte termina por desestimar la mayoría de los recursos de queja con un simple "no

[44] JOSSERAND, L. Los moviles en los actos juridicos de Derecho Privado. Edic. en español de Cajica, Puebla, 1946.

Artículo: Observaciones a ciento veinte años de jurisprudencia
Revista: Nº178, año LIII (Jul-Dic, 1985)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

habiendo falta o abuso no ha lugar", los litigantes y aun los jueces y Cortes de Apelaciones han terminado por conceder el valor de jurisprudencia a esos informes y por atribuir además, lo que es más grave, valor de opinión de la Excma. Corte el informe, como un razonamiento casi infantil: si el recurso se desestimó, es que la Excma. Corte hace suya la explicación dada en el informe. Esa es pues la opinión de la Excma. Corte. De este modo, nos encontramos con una práctica de los últimos años que debería ser abandonada por todos, jueces y abogados, porque destruye la seriedad de esta fuente del Derecho que hace perder también seriedad a las sentencias.

Ahora bien, en esos informes se encuentran útiles elementos sobre la formación del razonamiento judicial. En algunos se revela que la decisión ha sido motivada por cuestiones extrajurídicas, por la idea que el juez o los jueces se hicieron de las partes y de su forma de litigar, o de los abogados que han intervenido en el juicio y su forma de hacerlo, por factores de sentimiento más que por razones de derecho. Debiendo decidir entre dos soluciones, se han quedado con una, no porque sea más "jurídica", sino porque la entienden más ajustada a la moral, o la equidad, o aun, a su simple simpatía con alguna parte. Yo recuerdo una experiencia personal que no resisto la tentación de mencionar. Se trataba de un juicio de arrendamiento y yo defendía la posición del arrendador que pretendía expulsar al arrendatario que le debía rentas. Pues bien, el redactor del fallo que había sido desfavorable a mi parte hizo algo inaudito: se fue él mismo a sacar fotografías del inmueble en cuestión y las agregó al informe para demostrar a la Excma. Corte que se trataba de un edificio en mal estado y para apuntar las razones de índole personal que señalaba en el informe, haciendo así de la labor judicial una propia de abogado y defendiendo al arrendatario mejor que como lo había hecho su letrado.

En algunos informes ya no se trata de razones personales. Se trata de recoger en razonamiento de interpretación aquellos factores que indudablemente tienen que influir en la formación de la jurisprudencia y que podríamos calificar, siguiendo a Ripert, de "las fuerzas creadoras del Derecho": las cuestiones económicas del momento, las limitaciones políticas, etc.

Hay pues razones extrajurídicas en los razonamientos judiciales, como no puede ser de otro modo; pero siempre enmarcadas, salvo excesos, como los que hemos referido, dentro de los límites que determina el orden jurídico, de forma que hay una mezcla de razones en las cuales la subsunción a la ley ofrece el límite.

Por otra parte, el examen de las sentencias nos permite descubrir que en la jurisprudencia hay una permanente búsqueda o reacción al tiempo en que se vive, como hay búsqueda jurídica, de un equilibrio de soluciones, de una interpretación o creación racional dentro de la ley. Y esa lectura nos revela que, muchas veces, la crítica hecha a nuestros jueces

Artículo: Observaciones a ciento veinte años de jurisprudencia
Revista: Nº178, año LIII (Jul-Dic, 1985)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

de ser conservadores, de no atreverse a ir más allá que la ley, no es siempre fundada.

A modo de explicación me referiré a cuestiones conocidas; pero que ilustran lo que aquí queremos manifestar.

Tomemos, por ejemplo, la idea de remate o de subasta. El art. 490 del C.P. Civil señala que "antes de verificarse el remate, puede el juez libertar sus bienes pagando la deuda y las costas". A cualquier intérprete le resultaría muy fácil decidir que lo que la disposición señala es que, antes de iniciarse la hora fijada para la subasta misma, es decir las posturas de terceros, puede el deudor pagar. Así parece lógico decidirlo, porque el Código califica, indudablemente, de remate, ese momento en que se forma el consentimiento de la compraventa forzada, mediante la emisión de la voluntad del mayor postor. El art. 489, por lo demás, señala que también ha de indicarse el día y la hora del remate, es decir, de ese momento. Pero la jurisprudencia ha hecho allí una obra pura y clara de creación dentro de la ley, manifestando ese poder que hace de ella una fuente. Es claro, no ha sobrepuesto lisa y llanamente una regla propia a una legal, sino que, por la vía de la interpretación, ha terminado por dar a la ley un sentido diverso. Ha creado pues una norma, porque el resultado actual es distinto al que da primariamente de la ley.

En efecto, poco a poco ha ido avanzando el instante en que el deudor puede pagar: no sólo hasta antes de la apertura de la subasta, sino aun después de ella, hasta antes de la firma del acta, y más tarde hasta la suscripción de la escritura pública respectiva.[45] De este modo, la idea de remate, que parece estar en el texto de la ley, unida a la idea de una gestión, con un sentido unitario, ha terminado por convertirse en un acto complejo, no unitario, que va desde la apertura de las ofertas hasta la suscripción de la escritura pertinente, si se trata de inmuebles. ¿Y por qué razón? Por una muy simple: porque se trata de satisfacer varios intereses: el juicio ejecutivo tiende a que el acreedor cobre su crédito. Esa es su razón de ser. Su fin no es subastar bienes y que terceros y aun el propio acreedor haga buenos negocios con la adjudicación por el avalúo o aun sumas menores. Es fuerte privar a una persona de lo suyo, a veces por deudas pequeñas. Si el deudor paga hasta antes de haberse consumado la privación del bien, parece justo y lógico restituir al deudor en lo suyo y evitar que pierda su bien. A nadie se perjudica en suma. El juicio ejecutivo se destina así para lo que se ha creado y el fin, así como el justo balance de los intereses en juego, han motivado la formación de una jurisprudencia creadora de norma legal.

[45] Se recordará que por la vía de la queja se llegó a enmendar la sentencia que aceptó el pago del deudor luego de suscrita el acta de remate: C.Sup., 20 julio 1937, Rev.t. 34, sec.1ª., pág. 404 y se sostuvo que sólo podía pagarse hasta antes que se declare adjudicada la especie embargada. C.Sup. 10 marzo 1943, Rev.t. 40, sec. 1ª., pág. 474; pero más tarde se sostuvo y se ha seguido sosteniendo, que el remate se perfecciona con la extensión de la escritura pública en el caso de inmuebles y el pago del precio. C. Concepción, 7 agosto, 1954, Rev. t. 51, sec. 1ª., pág. 331; C. Chillán 17, nov. 1971, Rev. t. 68., sec. 2ª., pág. 85, entre otras.

Artículo: Observaciones a ciento veinte años de jurisprudencia
Revista: Nº178, año LIII (Jul-Dic, 1985)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

Del otro ángulo, el llamado "comodato precario" o más propiamente "precario", nos ofrece otro ejemplo de la forma de creación jurisprudencial, que parte de las incertidumbres creadas por un verdadero descubrimiento, hasta que éste se fija en sus contornos y adquiere nitidez. Entonces, desaparece de los anales jurisprudenciales, porque ya adquirió sus contornos y la publicación de fallos sobre esa institución ya no reviste interés.

Como se recordará, el precario ha tenido una azarosa vida. Aparece en el art. 2195 inc. 2 del Código Civil; pero durante años la regla vivió allí, sin uso, inútil. Pero hacia la década de los años 1930 algún abogado de ingenio y talento, que no conocemos, redescubrió la regla. Con ella podía expulsarse de un inmueble a quien lo detentaba sin título alguno, evitándose los arduos caminos de la reivindicación, y aun de la acción posesoria, y los debates aun sin término de la posesión inscrita en relación con la tenencia material. La cuestión es llevada a los tribunales y los anales de jurisprudencia van poco a poco mostrando casos de "precario" en las más diversas situaciones y los tribunales van acogiendo o desestimando las demandas; pero con dudas y vacilaciones y aun excesos. Así, por ejemplo, la acción de terminación de arrendamiento por extinción del derecho del arrendador pudo llegar a perecer, puesto que muchos fallos resolvieron que ese antiguo arrendatario no tenía título respecto del nuevo propietario, de forma que por la vía del precario podía ser expelido. Lo mismo acontecía con aquel que había celebrado una promesa de compraventa con anteriores propietarios, en las que se le permitía la ocupación de la cosa prometida vender. Como luego tal vez no se quería cumplir, por no ser ya negocio el contrato, se vendía la cosa y el nuevo dueño recurría al precario. Pero también, poco a poco, la jurisprudencia fue delineando los contornos del precario y señalando sus justos límites, hasta evitar que de él se sirvieran los litigantes para sortear las obligaciones impuestas por otras instituciones jurídicas, de forma que no se consumase un fraude judicial o,al menos, no desbordara el precario hasta absorber otras instituciones. Hoy la cuestión ya parece firmemente fija y los problemas son de hecho, no de derecho, porque ya existe una concordancia entre el criterio judicial y la adhesión de los justiciables.

Pero más recientemente, los infinitos requerimientos de la situación anormal de nuestro país, tanto en lo económico como en lo político, vuelven a mostrarnos ejemplos de esa búsqueda inicial imprecisa, guiada tal vez por las primeras impresiones de una situación de urgencia; más tarde moderadas por la apreciación de otros factores, que, en un inicio, se olvidaron o no resultaron evidentes ante aquella urgencia; pero que fatalmente pasan a tener relevancia.

Así, aludiremos, para terminar, dos situaciones. Una es la jurisprudencia en torno a las denominadas tercerías de posesión en relación a la separación convencional de bienes y, más en general, en torno a las defensas de los deudores frente a las acciones de los acreedores. La avalancha de cobranzas, debidas al despertar de aquel sueño provocado

Artículo: Observaciones a ciento veinte años de jurisprudencia
Revista: Nº178, año LIII (Jul-Dic, 1985)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

por una economía individualista y basada en la locura del crédito generalizado, según la frase de A. Toulemon, llevó a los deudores a usar mil y un subterfugios para evitar la persecución de los acreedores. Se acogen pues tercerías de posesión -creación pura de la jurisprudencia (aunque supuestamente con asidero legal) y una y otra vez. Pero poco a poco, pasada la primera impresión, se hacen evidentes también los principios de protección del crédito, la necesidad de asegurar el respeto de la palabra dada, la necesidad de conciliar una justa defensa de los deudores, de facultarles el uso de algunos medios que les permitan negociar desde una posición mejorada, con la necesidad de impedir que el fraude se convierta en conducta protegida por las formas. Se delinea alguna reacción a la jurisprudencia primera[46] y poco a poco se busca el justo límite entre los intereses en juego, se reconocen las ineludibles realidades, se recoge ese sentir de conciliación y se sigue, en suma, el mismo camino que el país entero: primero, una suerte de desorientación ante el derrumbe económico, ante la confirmación de aquello que eran dudas de algunos; luego, un desequilibrio que favorece a los deudores, que aparecen de víctimas y luego, una posición más serena en la que aparece la necesidad de conservar o de restituir los principios morales clásicos.

Otro tanto ha ocurrido con las vicisitudes del derecho de propiedad y otras garantías constitucionales. Frente a las incertidumbres y sucesos de los últimos quince años, la búsqueda de un justo término medio es vacilante. Una defensa enérgica del derecho de propiedad a veces, luego, una indefinición del contenido de este derecho. De improviso, una extensión del mismo, hasta comprender incluso el derecho de estudiante universitario a recibir su título; pero luego, ante la proliferación de recursos de protección por esos mismos motivos, los tribunales parecen dudar. Así entonces no es posible en la actualidad saber cuál es la noción, o mejor dicho el alcance de ese derecho, porque hay indefinición.[47]

[46]La Corte de Concepción ha venido sosteniendo en varios fallos recientes y lamentablemente no publicados, ni ordenados publicar, que no procede acoger la tercería de posesión deducida por la mujer en juicio ejecutivo intentado en contra de su marido, si ambos viven en el mismo domicilio, por mucho que exista entre ellos separación de bienes, puesto que tal tercería requiere una evidencia para el respectivo receptor que procede al embargo, que los bienes pertenecen a un tercero o están en posesión de un tercero, pero si el marido vive en el mismo inmueble con su mujer, si ése es su domicilio, existe una situación de hecho que impide la evidencia de que se afecte con el embargo bienes en posesión ajena, procediendo otros medios para que la mujer haga respetar su dominio; pero no la tercería de posesión.

[47]Como ejemplo puede citarse el fallo de la Excma. Corte de 28 de julio de 1981, Rev., t. 78, sec. 5'., pág. 138, para el cual el derecho de un estudiante a exigir su título profesional no es derecho real ni personal y por lo mismo, no es derecho de dominio, ni integra el patrimonio. Los derechos que no componen este atributo de la personalidad por carecer de significación económica o no ser apreciables en dinero no son cosas incorporales comprendidas en el derecho de propiedad.
Desde luego, no parece existir consecuencia entre todas las partes del silogismo del máximo tribunal. En realidad, argumentar en base a criterios adoptados por la doctrina civil de 1855 para definir el dominio tal cual aparece en la Constitución de 1980 parece una tarea imposible. Se recordará que para el Código Civil todas las cosas o son corporales o incorporales y todos los derechos o son reales o personales. El patrimonio está integrado así por todo el haber y todo el pasivo de una persona. La aparición posterior de derechos que no calzan con esas divisiones máximas no puede significar que sobre ellos no exista derecho de propiedad. Si ya el propio Código, aunque no abiertamente, sugería la idea que existiesen cosas que no alcanzaban perfectamente con la summa divitio; pero que no dejaban de quedar al margen de la noción del dominio: ej.: la propiedad sobre las creaciones del talento y del ingenio.
Sobre el punto, véase E. Soto Kloss, Recurso de Protección y Derecho de los Estudiantes, en Rev., t 78, primera parte, sec. Derecho, págs. 87 y siguientes.

Artículo: Observaciones a ciento veinte años de jurisprudencia
Revista: Nº178, año LIII (Jul-Dic, 1985)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

Hay pues, en la formación de la jurisprudencia, una mezcla de elementos dispares, de motivos y móviles, algunos venidos desde fuera del ordenamiento jurídico mismo, es decir, que no forman parte de la técnica jurídica; otros, que vienen impuestos por esta misma y por los fines y requerimientos planteados por la regla de Derecho. Unos y otros van combinándose hasta adquirir la forma de una solución final arraigada, la que sólo logrará el carácter de regla, con la fijeza que le da el hecho de no ser ya discutida por los justiciables. Ello requiere un elemento de adhesión o consensus, como lo explicaba Maury[48], un asentimiento de justiciables y jueces, en cuanto a que esa solución responde a los requerimientos de los tiempos. De pronto algunas decisiones no agradan al poder político y provocan la reacción legislativa, como ocurrió con la llamada orden de arraigo[49]; otras veces, la jurisprudencia comprende también lo que requiere la práctica, que su doctrina es recogida por la ley, como ocurrió con el carácter no unitario de la escritura pública[50].

¿Cómo se mezclan esos elementos? ¿Cuando unos adquieren preeminencia sobre otros?

He ahí algunas cuestiones por resolver.

Pero nuestras observaciones no llegarán sino hasta aquí.

En el examen de la jurisprudencia hay pues una vía sin fin de enseñanzas. Acostumbrados como hemos estado, a usarla para deducir de ella únicamente soluciones prefabricadas, no hemos tenido en Chile tiempo ni deseo de examinarla en profundidad, como fuente del Derecho. No nos hemos interesado a los motivos de las soluciones, a sus contenidos de justicia, como dice un autor[51]. Su única utilidad ha sido el de determinar lo que deciden los tribunales, para saber, probablemente, lo que decidirán los demás. Incluso, curiosamente para un país que, desde otro ángulo sostiene que los jueces no hacen ley, que hay o se supone debe haber separación entre la función judicial y la legislativa, sólo se busca "sentencias", es decir, en la práctica, decisiones, vengan de donde vengan y vengan de quien vengan. Poco importa saber si las soluciones son adecuadas o no. Es la moda de la jurisprudencia; pero en sentido impropio, en la que basta a veces un mal fallo, sin siquiera conocerse los hechos que tanta influencia tienen en la motivación del juez para quedar satisfechos.

[48] J. Maury, op. cit.

[49] Nos referimos al hecho que, al menos en dos oportunidades recientes, la Excma. Corte declaro que la orden de arraigo no estaba aceptada por las normas legales, por lo cual era susceptible de amparo la orden dictada en tal sentido por un juez del crimen. De inmediato aparecio la idea de legislar en la materia y asi surgió la reciente reforma de la Ley 18.288 que agrego el parrafo 6 al Titulo IV del Libro 2. Primera Parte del Código de Procedimiento Penal.

[50] La Ley 18.181 de 1982 admite que una escritura pública no sea otorgada en un mismo acto, con la presencia de todas las partes y el notario al mismo tiempo, porque el Art. 406 inc. 2 del C. Orgánico, luego de su nueva redacción niega valor al retiro unilateral de la firma estampada en el instrumento, si éste ya lo hubiere suscrito otro de los otorgantes, aceptando así que no todos firmen en el mismo acto, solución que era ya la común en jurisprudencia. El Art. 405 inc. 2 del C. Orgánico es aún más explícito al establecer que la escritura se anotará el día en que sea firmada por el primero de los otorgantes. Para la situación anterior a la ley, véase Domínguez Benavente, R., nota a fallo publicado en esta Revista, N° 130 de 1964, págs. 143 y siguientes.

[51] Atias, Ch., art. citado, Dalloz-Sirey, 1963, chron. pag. 147.