



## ESTUDIO SOBRE EL RECURSO DE CASACION

---

(Memoria premiada en el último certámen de la Facultad de Leyes i Ciencias Políticas)

### ADVERTENCIA

El autor de esta memoria solo ha podido dedicarle los ratos dejados por otras ocupaciones obligadas durante ocho meses. Este tiempo, como se comprende, es corto para abarcar en toda su estension un tema arduo i nuevo entre nosotros, i hasta para exhibir los aspectos salientes de la casacion en su proceso histórico, en su índole propia i en sus delicadas aplicaciones. De aquí es que el trabajo haya tenido que resentirse, aparte de nuestra insuficiencia, de defectos de estructura, de forma i de conveniente desarrollo, por otra parte, incompatible con el carácter de una disertacion sucinta. Pero, al emprender este ensayo sobre materia en que todos somos principiantes, abrigamos a lo ménos la esperanza de que él pueda servir de base a un mejor estudio que intentaremos, si llega a incorporarse a la lejislacion patria el recurso tutelar de la casacion, como lo reclaman los progresos i la cultura del pais i como lo permiten nuestro organismo judicial i nuestra afortunada codificacion.

---



## IDEAS JENERALES



1.—La palabra *casacion* viene del verbo latino *cassare* que se traduce en *quebrantar, anular, derogar, casar*. La jurisprudencia emplea especialmente esa palabra para designar el recurso extraordinario que conceden las leyes a fin de invalidar una sentencia definitiva de término, pronunciada con infraccion de lei relativa a la decision del asunto, o faltando a las formas esenciales del enjuiciamiento. "En el primer caso, dicen Manresa i Reus, esto es, cuando el recurso se funda en que la ejecutoria es contra lei... se ha convenido en llamar recurso de casacion en *el fondo*, porque versa sobre el fondo de la ejecutoria, o sea, si ha sido fallada conforme a la lei la cuestion debatida en el pleito; i *en la forma*, cuando se funda en defectos sustanciales del procedimiento, o en la infraccion de leyes que arreglan la forma del juicio."

Este uso promiscuo de la frase recurso de casacion, con los distintivos de *en el fondo* i *en la forma*, ha sido tomado no del tecnicismo jurídico riguroso sino de modos de decir de los autores; i estimamos mas propio llamar recurso de casacion al que se funda en quebrantamiento de lei decisoria, i de nulidad al denominado de forma.

"Casar i declarar nulo, dice Dalloz en su *Repertoire*, art. *Cas-*

**Obras principalmente consultadas**

**Dalloz**, Repert. de législ., docttr. et jurispr.

**T. Crépon**, (Consejero de la Corte de Casacion), Cour de Cassation, Origines, Organisation, Attributions, 3 toms., 1892.

**Emile Chénon**, Origines, Conditions et Effects de la Cassation, 1 t., 1882. (Memoria premiada).

**Merlin**, Répertoire i Questions de droit.

**Emilio Reus**, Lei de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881, concordada i anotada segun la doctrina de los autores i la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, 1882.

**Id.**, Lei de Enjuiciamiento Criminal, id. id. de 14 de setiembre de 1882—1883.

**José Maria Manrresa i Navarro i José Reus i Garcia**, Lei de Enjuiciamiento Civil de España de 1855, tomo IV.

---

sation, núm. 40, son dos fórmulas que, como lo advierte M. Henrion, distan de ser idénticas. Siempre que el juez se encierra en el círculo de sus atribuciones i decide una cuestion que la lei asigna a su conocimiento, su decision es una sentencia en el sentido verdadero de la palabra, por injusta que sea. Si, en tal caso, es atacado el fallo por contrario a la lei, será *casado*.— Al revés, cuando el tribunal ha estralimitado su jurisdiccion, la lei no ve en él mas que una persona sin carácter público i en sus decisiones solo actos privados con el vicio de nulidad radical. Casarlas sería atribuirles una consistencia que no tienen... I, efectivamente, cuando la Corte de Casacion conoce de exceso de poder, emplea esta fórmula: *declaro nulo i de ningun efecto*.—

M. Chénon es mas esplicito cuando dice:

«En todos estos artículos (de leyes que cita) aparece una distincion entre las sentencias que no estan revestidas de las formas requeridas bajo sancion de nulidad, sentencias irregulares, en otros términos, i las regulares. Las primeras serán reducidas a la nada por nulidad de formas, las segundas por violacion de la lei... No debe decirse que un fallo viciado de nulidad de forma ha sido *casado*, pues la sentencia irregular debe propiamente ser considerada como inexistente, i la Corte de Casacion no podría casarla sin reconocerle una existencia de que carece; solo puede ser *anulada*... Se dirá con mucha exactitud que un fallo regular en la forma, pero que viola una lei en fondo, ha sido *casado*.

«La nulidad mira a los medios de forma i la casacion a los de fondo. Se buscará, sin embargo, inútilmente esta pureza de lenguaje en las leyes, a no ser en el art. 7.º de la de 20 de abril de 1810.»

En seguida, la Corte de Casacion juzga el derecho i no el hecho, la sentencia i no el litijio; i como el hecho es elemento principal del fondo del negocio, resulta otra impropiedad en llamar de casacion en el fondo al recurso. Lo técnico i propio es, pues, denominar simplemente de casacion al recurso que tiene por objeto restablecer el derecho violado en la decision misma, i recurso de nulidad al que tiene por fin invalidar la sentencia i reponer el procedimiento por infraccion de las formas legales. Es este tambien el lenguaje tradicional de nuestro derecho i del espa-

ñol que lo ha precedido. De recurso de nulidad habla el art. 137 de la Constitución de 1823, nombre que mantuvo el Reglamento de Administración de Justicia de 1824 i la lei reglamentaria i vijente de 1.º de marzo de 1837. El mismo nombre dan a este recurso las leyes españolas anteriores a 1852, fecha en que por vez primera se empleó la palabra casacion en el real decreto que estableció el recurso contra las ejecutorias en causas de hacienda. Desde aquí las leyes posteriores, especialmente la de 1878, adoptaron el uso promiscuo de la palabra casacion i los distintivos de *en el fondo* i *en la forma*. El Código de Enjuiciamiento del Perú conserva la denominacion tradicional de recurso de nulidad comprensiva tambien de la casacion, como puedé verse en el art. 1,733 i siguientes que tienen por rúbrica *De los Recursos extraordinarios*. Las leyes sobre justicia nacional de la República Arjentina llaman tambien recurso de nulidad al de violacion de las formas, i *recurso por inaplicabilidad de lei o doctrina legal* al de casacion propiamente dicho.

Por lo tanto, es de esperar que el Congreso adopte, al aprobar el proyecto pendiente, la tecnología propia i tradicional, con lo que, ademas, se simplificará la nomenclatura de los recursos i se introducirá distincion i claridad en las ideas, no ménos que en el lenguaje del foro i de los tribunales.

2.—En cuanto al alcance de la casacion misma, hé aquí como habla M. Troplong, ilustre presidente que fué de la Corte Suprema de Francia:

“La inviolabilidad de la cosa juzgada es uno de los fundamentos del órden social. La sabiduría de la lei romana asimila la cosa soberanamente juzgada a la verdad misma. Hai, con todo, un peligro en esta suprema autoridad atribuida a la cosa juzgada. Puede suceder que los jueces perviertan la lei en lugar de aplicarla..., i, entónces, el poder judicial se convertiria en reformador del legislativo en vez de ser su ausiliar. Todas las garantías quedarían anuladas; i de aquí, la necesidad de un tribunal que esté al frente del poder judicial para mantener las decisiones de los jueces en la observancia de la lei. La Corte de Casacion desempeña este importante majisterio, colocada como está al lado del poder legislativo con la mision

de mantener la armonía entre la lei i la sentencia. La Corte de Casacion no es un tercer grado de la jurisdiccion, pues no ha sido establecida para reparar los errores de hecho ni la falsa apreciacion de las circunstancias, ya que no debe olvidarse que, a este respecto, las cortes de apelaciones i los tribunales de última instancia son soberanos. Si ellos se equivocan en el modo de juzgar puntos solo concernientes al interes privado, será una desgracia, sin duda; pero esta desgracia, consecuencia inevitable de la imperfeccion humana, no es reparable, porque todo debe tener un término, en particular los procesos; i la parte lesionada debe hacer el sacrificio de su interes privado en obsequio de la paz social. Aquí comienza para la Corte de Casacion la tarea de mantener a raya esta usurpacion del juez en el dominio del lejislador; desde entónces, el interes privado, en consorcio con el público, es admitido a elevar ante la Corte Suprema agravios i quejas que, a su paso por el órgano privado, han tenido por fundamento una turbacion del órden público. Todo esto puede, compendiarse en estas dos proposiciones: 1.<sup>a</sup> las decisiones soberanas de la justicia son irreformables de pleno derecho, son la lei de las partes i tienen la autoridad de la ejecucion: la presuncion está con ellas i deben ser respetadas; 2.<sup>a</sup> sin embargo, cuando, por una trasgresion espresa, ellas infieran un atentado a la lei, hai necesidad constitucional de hacer cesar esta turbacion en las relaciones del poder del juez con el poder que hace la lei. La casacion es entónces pronunciada, no tanto en interes del recurrente como en el interes público. Colocándose en este punto de vista, es cuando se advierte porque las casaciones son raras i porque es bueno que lo sean. La soberanía de los fallos de término seria ficticia o nominal, si las cosas estuvieran dispuestas para multiplicar las casaciones. Hai, por lo tanto, que sujetarlas a reglas tan rigurosas que no las hagan admisibles sino en los casos, por fortuna, poco frecuentes de violacion clara de la lei.»

Hé aquí todavía como esplicaba el objeto de la casacion el Ministro de Gracia i Justicia de España en su discurso preliminar al proyecto de lei presentado a las Cortes Constituyentes en 1869:

«No se trata de la justicia o injusticia de los fallos, sino solo

de su validez o nulidad: el interés público predomina en primer término... Su objeto principal es que las leyes se apliquen bien i uniformemente; que la justicia sea igual para todos; que las leyes no caigan en desuso; que no se desnaturalicen por erradas interpretaciones, i que el alto Cuerpo que está al frente de la Majistratura, tenga este medio de inspeccion mui adecuado para rectificar errores».

«El recurso de casacion no es una tercera instancia, dice Gomez de la Serna... No pueden ser objeto de él cuestiones de hecho, de justicia o injusticia... Mas alto es el fin del recurso, mas graves las atribuciones del Tribunal Supremo. Va a decidir una cuestion de derecho; va a juzgar si se ha quebrantado la lei o nó por un tribunal superior; va a cortar de raiz las malas interpretaciones de la lei que, por ignorancia, por error o malicia, se dan en un pleito, i que a quedar sin correctivo, podrian citarse despues como precedentes autorizados, jeneradores de jurisprudencia; va a vijilar, por último, por la jenuina, por la recta aplicacion de la lei escrita».



## PRIMERA PARTE



### RESEÑA HISTÓRICA

3. Nada da a conocer mas la índole i razon de ser de las grandes instituciones jurídicas que el proceso histórico al traves del cual han llegado a cimentarse en la vida civil de las naciones. De aquí es que no nos creamos dispensados de reseñar, si quiera sea de prisa, los precedentes que informan i justifican el establecimiento del recurso de casacion.

#### § I.—ROMA

4. Hai quienes pretenden hallar el orijen de este recurso en el derecho romano, elemento el mas antiguo del derecho moderno.

Se cita en apoyo de esta opinion un pasaje de la Novela 119 de Justiniano, así concebido: "*Quia enim nostræ leges decernunt, si quando gloriosissimi præfecti sacrorum prætoriorum sententiam proiuerint, nullam appellationem adversus eam offerri: sancimus, quoties sententia gloriosissimorum præfectorum cuiuscunque regionis proferatur, et unus forsán litigantium putaverit se gravari, habere eum licentiam petitionem offerre gloriosissimis præfectis qui sententiam protulerunt, aut eorum consiliariis, etc....*"

Como se ve, el remedio que este texto concede es mas bien de retractacion de la sentencia, i no por contravencion a la lei

sino por lesion o injusticia, no por un tribunal distinto sino por los mismos pretores que la pronunciaban, circunstancias que no se avienen con los atributos de la casacion.

Suetonio cuenta que «Domiciano rescindió, por vicio de prevaricato, muchas sentencias de los centunviros», que juzgaban en última instancia. Aunque aquí interviene una autoridad superior, el emperador, la nulidad no tanto se declaraba por contravencion a la lei sino por un hecho personal i criminoso de los jueces. Los autores dicen que tampoco hai memoria de que el emperador hiciera sustituir otro fallo al rescindido, por lo que estiman haber él usado solo de un derecho de *veto* contra la ejecutoria.

Se invoca todavía una Novela de Teodosio el Joven del año 439, que permite recurrir al emperador por via de *suplicacion* contra las sentencias de los prefectos del pretorio espedidas *contra derecho*. El texto dice: «*Litigantibus in amplissimo prætorianæ præfecturæ judicio, si contra jus se læsos affirmant, non provocandi, sed supplicandi licentiam ministramus: licet procuria, vel quaiibet publica utilitate, seu ulia causa dicatur prolata sententia: nec enim publice prodest singulis legum adminicula denegari; ita videlicet, ut intra biennium tantum nostro numini contra cognitionales, sedis prætoriana præfecturæ sententias post successionem judicis numerandum, supplicandi eis tribuatur facultas*».

Este recurso es en el fondo una apelacion al príncipe, simulada con el nombre de súplica para no ir de frente contra el derecho en vigor que prohibia apelar de los fallos de los prefectos del pretorio colocados en el lugar del emperador mismo por predecesores de Teodosio.

No hai, por consiguiente, para qué ir a buscar el orijen de la casacion en el derecho romano ni en el ejercicio ocasional de facultades judiciales que los emperadores del Bajo Imperio se arrogaron en virtud de su poder soberano. Hai sí que ver en estas manifestaciones del derecho histórico la necesidad, desde el principio sentida, de arbitrar recursos extraordinarios contra las sentencias ejecutorias pronunciadas con infraccion del derecho; i, en este sentido, pueden dichas manifestaciones considerarse como jérmen i como justificativo de la casacion.

## § II.—FRANCIA

5. Como el ministerio público, la casacion es de oríjen frances; i es en la legislación i jurisprudencia de Francia donde hai que hallar los jérmenes, vicisitudes i perfeccionamiento de esta gran institucion que despues han acogido la mayor parte de los pueblos cultos como una de las mas preciadas conquistas del derecho procesal moderno.

6. Los francos encontraron en uso en la Galia, entre otras leyes romanas, las Novelas de Teodosio. La *suplicacion* para ante el príncipe, establecida, como se ha dicho, por este emperador, era ejercitada como recurso extraordinario contra las sentencias de última instancia. Este recurso parece que fué mantenido por la iglesia, heredera en parte de las tradiciones judiciales de los romanos i mui injerida en la administracion del Estado.

Bajo esta influencia espidió Clotario I en el año 560 una constitucion que contiene este importante artículo: "Si un juez ha condenado injustamente a álguien *contra la lei*, que sea castigado por nosotros i en nuestra ausencia por los obispos, a fin de que cuide de enmendar, despues de un nuevo i mas atento exámen, lo que haya juzgado falsamente."

Hai, sin duda, un elemento de la casacion en la revision de la ejecutoria dada *contra la lei*; pero, léjos de depurar i perfeccionar la idea, los sucesores de Clotario la adulteraron i concluyeron por darle de mano, lo que principalmente aconteció en el caos del feudalismo sobreviniente.

7. En esta época, durante la cual las justicias señoriales anularon la influencia de la reyecía, no hubo para qué pensar en recursos de garantía. Por el contrario, el único remedio posible fué el de apelacion en la forma inicua e inhumana de lo que en la historia del derecho se conoce con el nombre de *combate judicial*. Bajo este sistema bárbaro, no se obtuvo otro recurso para ante el soberano que el de denegacion de justicia fundado en que el señor rehusaba administrarla.

8. Este eclipse total del derecho duró hasta que Luis IX sustituyó en 1260 el combate judicial por la prueba de testigos a

efecto de establecer ante la corte del rei la falsedad del fallo o la denegacion de justicia i de enmendar el primero conforme a la costumbre del lugar. Diez años despues, la institucion conocida con el nombre de *Establecimientos de San Luis* reprodujo la ordenanza de 1260 i concedió a las partes suplicar ante el rei la revision i reforma de la sentencia pronunciada contra derecho por las justicias señoriales; que, por lo que toca a las cortes del rei, sus fallos, como emanados de órganos del soberano mismo, no eran apelables; pero, bajo la influencia del derecho romano que vuelve a hacerse sentir en esta época, el rei de Francia admitió contra las sentencias de término de las cortes reales el recurso de la *suplicacion* que Teodosio habia dado contra las de los prefectos del pretorio.

9. A principios del siglo XIV, las sentencias de las cortes reales fueron apelables para ante el Parlamento, poco há desmembrado del Consejo del Rei. El Parlamento pasó así a ser tribunal de última instancia; pero el rei, para reparar los errores en que este alto tribunal pudiera incurrir, por una ordenanza de 1446, permitió la revision de los fallos del Parlamento por su Consejo i por medio de las solicitudes conocidas con el nombre de *letras de gracia* (*lettres de grâce de dir contre arrêt.*)

Posteriormente tomaron las *letras de gracia* el nombre de *letras de proposicion de error*, porque, en realidad, eran dirigidas a reparar el error de hecho, no el de derecho, pues no existiendo propiamente leyes civiles sino costumbres que era menester comprobar, la idea de la casacion por contravencion a la lei no podia tener entónces oportunidad de surjir.

10. En el siglo XV, se establecieron muchos parlamentos con prerrogativas, como el único que existia en Paris, de conocer en última instancia i con igualdad de jurisdiccion; lo que produjo conñictos i fallos contradictorios e hizo necesaria una autoridad superior. No habiendo otra que el rei, su Consejo intervino en dirimirlos casando uno de los fallos.

Se introdujo tambien el abuso de recusar en masa i con cualquier pretexto a los miembros de los parlamentos que, cuando insistian en seguir conociendo, se encontraban con que el Consejo del Rei se avocaba el negocio. Estos avocamientos se hicieron tan frecuentes que Cárlos VIII instituyó en 1497, para

conocer en ellos, con la denominacion de *Gran Consejo*, una nueva corte soberana sacada del mismo Consejo del Rei. Las casaciones pronunciadas por el Gran Consejo por contradiccion de fallos, trasgresion de letras de Estados, etc., se fundan, no ya en un error de hecho, sino en una violacion de la lei, i muestran en jérmen tres de los elementos de la casacion moderna, esto es: invalidez por infraccion de la lei, nulidad declarada por un tribunal especial i conocimiento del negocio por otra autoridad que la del fallo casado; pero no se hace aun la debida distincion entre el hecho i el derecho, faltando así uno de los atributos capitales de la institucion.

II. En el siglo XVI se comienza a hacer mejor esta distincion, lo cual coincidía con que, por ordenanza de Enrique III de 1578, se dividió el Consejo, que constaba de veinticuatro miembros, en dos secciones, una que recibió el nombre de *Consejo de Estado* i la mision de entender en negocios administrativos, i la otra el de *Consejo de las partes* con el encargo de conocer en las demandas de casacion interpuestas por los particulares contra los fallos soberanos. A su vez, la ordenanza de Blois de 1579 precisa la casacion en estos términos: "Queremos que las ordenanzas dictadas por nos i por los reyes nuestros predecesores sean inviolablemente guardadas... Declaramos nulas i de ningun valor ni efecto las sentencias dadas contra la forma i el tenor de ellas." I el edicto de Ruan de 1597 sobre administracion de justicia acentúa la idea con estas palabras: "Queremos que los fallos pronunciados por nuestras cortes soberanas sean recibidos, ejecutados, guardados i mantenidos con el respeto conveniente; i confirmando nuestras anteriores ordenanzas, declaramos que dichos fallos no puedan ser casados ni retractados sino por las vias de derecho i en la forma dispuesta por nuestras ordenanzas."

Así, al terminar el siglo XVI, existen estos modos de reformar los fallos soberanos: la retractacion por error de hecho i por via de *requête civile* i de proposicion de error; i la casacion por violacion de las formalidades i del tenor de las ordenanzas, esto es, por error de derecho. Se ha dicho por esto que la ordenanza de Blois i el edicto de Ruan contienen todo el sistema de la casacion moderna, i que el *Consejo de las partes* debe ser

considerado como el verdadero tribunal de casacion del antiguo derecho i como el jenerador directo de la Corte de Casacion.

12. A pesar de la resistencia de los parlamentos i cortes soberanas; la casacion se mantiene i consolida. Bajo los auspicios de Colbert, se dicta la gran ordenanza de abril de 1667, que en su art. 8.º, tít. 1.º dice: «Declaramos nulos i de ningun valor todos los fallos dados contra disposiciones de nuestras ordenanzas, i responsables a los jueces que los hayan pronunciado.» Esta misma ordenanza abolió la proposicion de error ya en desuso, manteniendo sí la *requête civile* que se fundaba en errores de hecho provenientes de dolo de las partes o de descuido de los procuradores, i no en ignorancia o parcialidad de los jueces como la proposicion de error. Organizado el *Consejo de las partes*, se dictan varios reglamentos, siendo el mas célebre el de 28 de abril de 1738, comentado en 1786 por M. de Tolozan, miembro del Consejo, comentario que mencionamos porque es hasta el presente de mucha utilidad a causa de considerarse el reglamento como el verdadero código de procedimiento del *Consejo privado* i de rejir hoi en gran parte para los negocios civiles.

13. Segun Gilbert de Voisins, consejero de Estado de Luis XV i memorialista de la casacion por encargo del rei, ella procedia: 1.º por violacion u omision de formalidades sustanciales; 2.º por incompetencia i exceso de poder; 3.º por contravencion a las ordenanzas (casacion en el fondo); i 4.º por contradiccion de sentencias emanadas de tribunales distintos. No se concedía el recurso por fallo injusto (*mal jugé*). «Es esto, dice el autor, lo que distingue la casacion de la apelacion, diferencia que importa mucho mantener. La apelacion somete a cuestion el fondo; la casacion, al contrario, ataca una sentencia revestida de plena autoridad de la que no puede ser privada sino en cuanto aparece excedida en sus justos límites. De aquí que, cuando la casacion tiene lugar, se distingue particularmente lo que es casable para no anular sino este punto. De aquí tambien que no puede ser admitida sino en último extremo, o sea, cuando no puede utilizarse ningun otro recurso. Ella no tiene cabida mas que cuando se ha agotado el orden de las

jurisdicciones i cuando las sentencias han recibido el sello de la autoridad pública ».

14. El *Consejo de las partes* declaró en decreto de 18 de diciembre de 1775 que «la casacion es un remedio estremo que tiene por objeto el mantenimiento de la autoridad lejislativa i de las ordenanzas (leyes)». Era este el único fin de la casacion al terminar el antiguo réjimen, sin que el Consejo hubiera previsto que estaba próxima la época en que la casacion adquiriera un nuevo i mas importante objeto, cual es el mantenimiento de la unidad de la jurisprudencia, complemento obligado de la unidad de la lejislacion.

15. A pesar de la animosidad hácia el réjimen caído, la Asamblea Constituyente mantuvo interinamente el *Consejo de las partes*, quitándole los avocamientos i la atribucion de conocer en el fondo de los negocios casados, atribucion que era inherente a la de la casacion misma. Fué preciso entónces pensar en el establecimiento de una Corte Suprema, ya que nadie arguyó la necesidad de la casacion proclamada por un decreto de la Asamblea en mayo de 1789.

A indicacion de Duport, se decretó en el mes de noviembre que «el tribunal de casacion no pudiera pronunciarse sobre el fondo del negocio, siéndole solo dado anular *todas* las sentencias cuyas formas hubieran sido violadas o que fueran manifiestamente contrarias al texto de las leyes.» Al mismo tiempo, se acordó eliminar del recurso las sentencias de los jueces de paz, se estableció el exámen previo por medio de una sala de admisibilidad (*bureau des requêtes*) i se dictaron otras medidas reglamentarias.

Por fin, a mediodía del 20 de abril de 1791, se procedió a la instalacion solemne del Tribunal de Casacion en la Cámara del Parlamento de Paris.

16. Durante el Terror, la institucion se vió sériamente comprometida; pero la Constitucion del año III mantuvo el Tribunal como lo habia organizado la Constituyente. Tiempo despues se introdujeron algunas modificaciones, tal como la de que el Tribunal, compuesto ya de cincuenta jueces, fuese dividido en tres secciones, con funciones diversas que conservan hasta ahora: una seccion de *requêtes*, otra civil i otra criminal, siendo

de advertir que esta última decide sin fallo previo de admision.

17. La lei orgánica de tribunales de 27 de ventoso, año VIII, contiene en sus artículos 77 i 78, aun vijentes, estas prescripciones: «No hai lugar a casacion contra los fallos de término de los jueces de paz, si no es por incompetencia o exceso de autoridad, ni contra los de los tribunales militares de mar i de tierra, si no es igualmente por incompetencia o exceso de poder, i debiendo ser propuesto el recurso por un ciudadano no militar o sin asimilacion militar. Cuando despues de una casacion, el segundo fallo sobre el fondo sea atacado por las mismas causales que el primero, la cuestion será resuelta por las tres secciones reunidas del Tribunal de Casacion. Si el comisario del gobierno estima que una sentencia de última instancia ha sido dada contra las leyes o contra las formas del procedimiento o con exceso de poder, i las partes no han recurrido en el término legal, lo pondrá en conocimiento del Tribunal de Casacion; i si las formas o las leyes han sido violadas, la sentencia será casada, sin que las partes puedan aprovecharse de la casacion para eludir la sentencia que valdrá como transaccion entre ellas.»

18. El senado consulto de 28 de floreal, año XII, que sustituyó el título de primer cónsul por el de emperador de los franceses, cambió tambien el nombre de Tribunal de Casacion por el actual de Corte de Casacion. El presidente fué llamado primer presidente; los dos vice-presidentes, presidentes; el comisario del gobierno, procurador jeneral del Imperio. El 19 de marzo de 1810 se dió a los cuarenta i cinco jueces el nombre de *consejeros*, i a los seis sustitutos del procurador jeneral, el de *abogados jenerales*. A principios de 1810, se elevó a tres el número de presidentes i se asignó a cada uno la presidencia de cada seccion, pudiendo el primer presidente presidir una u otra seccion. No faltaba mas que la inamovibilidad, que fué reconocida a los miembros de la Corte por la Constitucion de 1814.

19. Tal es, mui someramente narrada, la historia de la jeneracion de la casacion i de la Corte que es su órgano. De ella pudo con justicia M. Flaugergues decir en 17 de diciembre de 1814 en la Cámara de Diputados: «Es algo mui notable: desde

la democracia mas tumultuosa hasta el despòtismo mas absoluto, hemos agotado todas las combinaciones políticas; i en todas nuestras trasformaciones, se ha respetado la Corte de Casacion sin que haya suscitado quejas en su contra. Inmóvil sobre su base, esta creacion nueva, en torno de la cual todo ha cambiado, ha visto pasar diez gobiernos que se han derribado los unos a los otros... La Corte de Casación ha sido juzgada sin defensa i sin ser siquiera oída, i ha triunfado por sus obras. Con este triunfo, la Corte Suprema no solo ha ganado su propia causa sino tambien la causa de la casacion misma.»

### § III.—ESPAÑA

20. Nos trasmitió España sus leyes i sus tradiciones jurídicas, por lo cual no podemos prescindir de mencionar los precedentes i las peripecias del establecimiento de la casacion en la madre patria.

Si no se asimilaron los españoles esta institucion tan pronto como podia esperarse, ello se debe en parte a causas políticas i en mucho al estado de su lejislacion.

La recta i uniforme aplicacion de la lei i la unidad de la jurisprudencia, objetos primordiales del recurso, suponen una lejislacion escrita, completa, jeneral, ordenada i puesta al alcance de los majistrados i de los ciudadanos. «En Francia, dice Dalloz (*Cassation N.º 4.º*) la forma política del gobierno antiguo, la confusion de los poderes administrativo i judicial, la multiplicidad de leyes en vigor en las diferentes partes del reino, fueron obstáculos que se opusieron largo tiempo a la creacion de un tribunal encargado de juzgar el derecho i nó el hecho. Sin embargo, el jérmen del recurso de casacion, bien que en forma distinta, tiene un oríjen mui antiguo.»

Entre tanto, España solo tuvo Código Penal en 1822, Código de Comercio en 1829 i—lo que es mas—Código Civil en 1888. Antes, la lejislacion era un fárrago de compilaciones incompletas de leyes dictadas en diferentes siglos i con espíritu i tendencias distintas, algunas en desuso o sustituidas por la costumbre, otras sin autenticidad reconocida i muchas con anti-nomias inesplicables.

Se comprende, pues, que este estado de cosas no era propicio para que la magistratura corriera errores judiciales de mero derecho a intento de uniformar la jurisprudencia, uniformidad que, lo repetimos, supone la de la legislación; i que mas bien lo era para enmendar fallos injustos, o sea para los recursos llamados de *suplicacion e injusticia notoria* que, como en Francia, aunque en otra forma, precedieron a la casacion.

Es digno de notar que, junto con darse España un Código de Comercio, se estableció en él, con el nombre de injusticia notoria, un verdadero recurso de casacion para los asuntos mercantiles, consistente en anular las ejecutorias espedidas con violacion manifiesta de las formas sustanciales del juicio o *contra lei expresa*.

21. Por lo demas, se hizo tambien sentir desde un principio la necesidad de conceder vias extraordinarias contra las sentencias de término. Aparte de los casos de *retractacion* o de acciones de nulidad, de que tratan las leyes 15, tít. 11; 1.<sup>a</sup>, 12, 13 i 19, tít. 22; 1.<sup>a</sup>, título 26 de la Partida 3.<sup>a</sup>; i 33, tít. 14, Partida 5.<sup>a</sup>, merecen especial recuerdo los aludidos recursos de *segunda suplicacion* i de injusticia notoria.

22. El primero de estos recursos, llamado tambien de *mil i quinientas* por el depósito de otras tantas doblas (antigua moneda de oro usada especialmente en Castilla) que debia hacer el recurrente, o de la lei de Segovia, por haber sido establecido en esta ciudad por don Juan I en 1390, procedia en las causas cuantiosas de *casos de corte* iniciadas en las cancillerías i audiencias, causas que despues de recorrer dos instancias, podian ser recurridas en suplicacion ante el Consejo de Castilla que, si lo hallaba justo, reabria el juicio i decidia en realidad en tercera instancia.

El recurso de injusticia notoria reglamentado por las leyes reproducidas en el tít. 23, lib. 11 de la Nov. Rec., no versaba sobre contravencion a la lei sino sobre la injusticia del fallo ejecutorio, sin que pudiera existir norma fija para determinar la notoriedad de la injusticia.

23. La Constitucion de 19 de marzo de 1812, tan fecunda en principios fundamentales, habia echado las bases del recurso de casacion, atribuyendo en su art. 261 al Supremo Tribunal de

Justicia la facultad de «conocer de los recursos de nulidad que se interpongan contra las sentencias dadas en última instancia para el preciso efecto de reponer el proceso devolviéndolo, i hacer efectiva la responsabilidad personal de los jueces por toda falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil i criminal». El decreto de las Cortes de 9 de octubre del mismo año reglamentó el principio consignado en la Constitución; pero, como, a consecuencia de acontecimientos políticos venideros, se suspendió el imperio de la gran Carta, continuaron en vigor los recursos de segunda suplicacion i de injusticia notoria hasta que, restablecida en 1836 dicha Constitución, los reales decretos de 20 de agosto del mismo año i de 4 de noviembre de 1838, establecieron que no podían ser interpuestos esos recursos, porque el primero no tendría ya lugar sino respecto de los fallos ejecutoriados en juicios cuya primera instancia se hubiese seguido ante un juez inferior, i el segundo cuando el tribunal superior había conocido en primera instancia en virtud del privilegio llamado *caso de corte*.

De este modo, solo llegó a tener lugar contra las ejecutorias de las audiencias el recurso de nulidad ante el Supremo Tribunal de Justicia.

24. El recordado decreto de 1838, vijente hasta la lei de 5 de octubre de 1855, fijó el alcance de la casacion, bien que llamándola todavía nulidad.

Dispuso que había lugar al recurso contra las sentencias de revista de las reales audiencias en lo que no fueran conformes con las sentencias de vista, si eran contrarias a lei clara i terminante; i tambien cuando en las sentencias de vista i de revista se habían infringido las leyes sustanciales del enjuiciamiento; pero incurrió en graves defectos, como atribuir el conocimiento del recurso a distintas salas del Tribunal Supremo, i que, cuando se declarara haber lugar a él por ser la sentencia contraria a la lei, volviera el proceso al tribunal *a quo* para que, sin recurso ulterior que no fuera el de responsabilidad, fallara el negocio con siete majistrados que no hubieran intervenido en la sentencia anulada.

25. Otro real decreto de 20 de junio de 1852 estableció el recurso contra las ejecutorias en juicios de contrabando i de de-

fraudacion de la hacienda pública i empleó por primera vez la palabra casacion para designarlo, palabra que, como ántes hemos dicho, adoptaron promiscuamente i con los calificativos impropios de *en el fondo* i *en la forma*, las leyes españolas posteriores que han sido tenidas en vista para la formacion de nuestros proyectos.

26. Vino la lei de enjuiciamiento civil de 1855 al objeto de consolidar i mejorar el establecimiento de la casacion. Aceptó el principio de la procedencia del recurso cuando el fallo es contra lei o doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales, i estableció que la misma sala que declaraba admisible el recurso, se pronunciara sobre el fondo del negocio sin que precediera nueva vista.

27. El recurso en lo civil esperimentó otra reforma en la lei provisional de 18 de junio de 1870, llamada *lei sobre reforma de la casacion civil*. Esta lei dispuso que, admitido el recurso por infraccion de lei i casada la sentencia, pasara el proceso al Tribunal Supremo a efecto de que, prévia sustanciacion i vista, pronunciara el fallo conforme a los autos i a la lei o doctrina infringidas.

28. El 22 de abril de 1878 se promulgó la *lei de casacion civil*, que, entre otras variantes, introdujo la de una sala de admision para los recursos por infraccion de lei, i derogó el precepto de la de 1870 que exijia nueva vista para fallar en el fondo, derogacion que ha mantenido la actual *lei de enjuiciamiento civil* de 3 de febrero de 1881.

29. Llama la atencion que, miéntras el recurso de casacion en lo civil se incorporaba i prosperaba en la lejislacion española, no acontecia lo propio con el mismo recurso en lo criminal, recurso este último que, establecido en 1852 en las causas por delitos de hacienda, no vino a estenderse a las del fuero común sino desde la lei de 18 de junio de 1870, a consecuencia de haberse suprimido la tercera instancia para estas últimas por la lei de 24 de mayo del mismo año.

«Es indudable, dice Reus en sus esplicaciones de la lei vijente de 1881, i así lo han reconocido todos los autores i tratadistas de derecho, que ni la Constitucion de 1812 ni el decreto de 9 de octubre del mismo año, al establecer el recurso de nulidad,

hicieron diferencia alguna entre los negocios civiles i las causas criminales..., pues aquellos íntegros e insignes patricios no habian de querer que se diera una eficaz garantía para los intereses de los litigantes i que se negara para lo que es mas estimable que los intereses materiales, la libertad, el honor i la vida de los sometidos a la accion de la justicia, aparte de que en las causas criminales tambien está comprometida la fortuna i los bienes de los procesados, por los gastos, indemnizaciones i penas pecuniarias.»

Establecido, o mas bien restablecido el recurso en lo criminal desde 1870, se le ha destinado un libro, el V de la *lei de enjuiciamiento criminal* de 14 de setiembre de 1882, lei que a ejemplo de otras lejislaciones adelantadas, acoge tambien el recurso extraordinario de *revisión* para estos casos: «1.º cuando estén sufriendo condena dos o mas personas, en virtud de sentencias contradictorias, por un mismo delito que no haya podido ser cometido mas que por una sola; 2.º cuando esté sufriendo condena alguno como autor, cómplice o encubridor del homicidio de una persona cuya existencia se acredite despues de la condena; 3.º cuando esté sufriendo condena alguno en virtud de sentencia cuyo fundamento haya sido un documento declarado despues falso por sentencia firme en causa criminal». (Art. 954).

#### § IV.—CHILE

30. En los comienzos de su independendencia i hasta ántes de poseer una administracion ordenada, era Chile un país pobre, despoblado, sin industrias, sin comercio, sin vías de comunicacion, falto de cultura i especialmente de cultura jurídica. El estado de su lejislacion fué por mucho tiempo el que don Andres Bello describia en el *Araucano* en 1837 en estos términos:— «Nuestros códigos son un océano de disposiciones en que puede naufragar el piloto mas diestro i experimentado. Leyes de Partida, leyes de Toro, leyes de Indias, Nueva Recopilacion, ordenanzas de varias clases, senado-consultos, decretos del gobierno, leyes de nuestros congresos, autoridades de los comentadores, etc. A esta inmensa coleccion tiene que arrojarse el

juez... ¿Podrá lisonjearse de no dar contra algun escollo? La consecuencia es que, miéntras no se haga una nueva compilacion de estas leyes, miéntras no se las reduzca a lo que deben ser, despojándolas de superfluidades i haciéndolas accesibles a la intelijencia del juez i del público, no podemos tener jamas una buena administracion de justicia.»—Pudo agregar que había leyes vijentes que se decian derogadas por la costumbre i reales cédulas manuscritas que nunca se habian publicado sin perjuicio de aplicarse.

No hai, entónces, para qué decir que ántes de nuestra afortunada codificacion, que empieza con el Código Civil en 1857 i que casi se completa con la lei de tribunales en 1875, pues solo faltan los códigos de enjuiciamiento ya preparados, no podíamos siquiera pensar en asimilarnos una institucion que, como la de que tratamos, supone una lejislacion uniforme i ordenada i un organismo judicial completo.

31. Mucho fué pensar al principio en mantener los recursos extraordinarios de las antiguas leyes españolas, desde que, por otra parte, la República se inició con una corte de apelaciones i sin un tribunal supremo que sustituyera al Consejo en el conocimiento de los recursos de suplicacion e injusticia notoria.

No obstante, el Congreso se apresuró, en sesion de 23 de setiembre de 1811, a comisionar al ministro del tribunal de apelaciones don Francisco Antonio Perez i al diputado de Buenos Aires don Bernardo Vera, para que formaran un proyecto de reglamento sobre la tramitacion i conocimiento de dichos recursos, proyecto que fué aprobado en sesion de 3 de octubre siguiente.

La Constitucion de 1818 abolió este reglamento, pero atribuyó al *Supremo Tribunal Judiciario*, que instituíó i que no llegó a funcionar, el conocimiento de los «recursos de segunda suplicacion i otros extraordinarios, que se interpongan legalmente de las sentencias de la Cámara de Apelaciones i Tribunales de Hacienda, Alzada, de Minería i Consulado».

El Senado Conservador aprobó en 3 de julio de 1820 un reglamento en once artículos para corregir el abuso en la interposicion de estos recursos i encerrarlos en mas estrechos límites.

La Constitucion de 1822 dispuso en su artículo 166: «Son

atribuciones del Tribunal Supremo: 1.<sup>a</sup> Conocer en las causas de segunda suplicacion e injusticia notoria; 2.<sup>a</sup> De las de nulidad de las sentencias dadas en última instancia al solo efecto de reponer i devolver».

Como se ve, a pesar de las dificultades que impidieron la instalacion del Tribunal Supremo, no solo se persistia en mantener i amoldar los recursos extraordinarios establecidos, sino que se formulaba el principio del de nulidad casi en la misma forma que la Constitucion española de 1812.

32. Firme el Ejecutivo en el designio de conservar la garantía que los recursos entrañan, en los artículos 28, 29, 30, 34 i 35 del proyecto de reglamento de administracion de justicia que presentó el Congreso Constituyente en 19 de agosto de 1823 por medio del ministro don Mariano Egaña, sustituyó los recursos de injusticia notoria i de segunda suplicacion por una tercera instancia, estableciendo al efecto una sola cámara de justicia con un rejente, seis ministros i dos fiscales, dividida en dos salas, una llamada *de vista* con tres ministros, i la otra *de revista* que conoceria en tercera instancia con cuatro ministros, despues de admitido el recurso por la sala *de vista*.

La discusion de este proyecto fué diferida hasta que se dictara la nueva Constitucion política, a fin de armonizar con ella los preceptos reglamentarios.

De paso observaremos que la cámara de justicia, a la cual se habia pedido informe sobre el proyecto en referencia, léjos de impugnar la idea de la tercera instancia, opinó porque se la estendiera a los pleitos escludidos de dos mil pesos de cuantía, «pues, dice la cámara en nota de 25 de agosto de aquel año, los mas no pasan de esta suma, i es mucho desconsuelo dejarlos sin estos recursos».

33. No obstante estos precedentes, pero atenta sin duda a las dificultades apuntadas que habian hecho convertir los recursos en una tercera instancia dentro de un tribunal de segunda, la Constitucion de 29 de diciembre de 1823, que quedó vijente en lo judicial como lei comun, dispuso en su artículo 137 lo que sigue: «Ningun pleito tiene mas recursos que primera instancia i apelacion. El recurso de nulidad solo será admisible faltándose a las formas esenciales de la ritualidad de los juicios,

determinados materialmente por la lei. Como era natural, el reglamento de administracion de justicia de 1824 hubo de ajustarse al precepto constitucional que reprodujo en su artículo 62.

34. No tardó en hacerse sentir la necesidad de los recursos abolidos. Al discutirse la Constitucion liberal de 1828, que no alcanzó a implantarse, en sesion del Congreso de 29 de julio, se acordó restablecer el recurso de súplica, en los juicios a que se refiere en el artículo 96 números 2, 3, 4, 5, 6 i 7, i atribuir el conocimiento de él a la Corte Suprema. El Congreso aceptó esta idea despues de haberlo sido por una comision de su seno, compuesta de los señores J. M. Novoa, Melchor de Santiago Concha i F. Fernandez.

35. En seguida, la Constitucion de 1833 consideró mas propio de la lei comun la organizacion i atribuciones de los tribunales, i así lo dispuso en los artículos 2.º i 3.º de los transitorios. Dispuso ademas que ínterin subsistiera el órden puesto en práctica de administracion de justicia.

36. Tiempo despues, segun los principios consignados en la Constitucion de 1823 i en atencion al estado del pais i de su lejislacion, se dictó la lei vijente de 1.º de marzo de 1837 sobre el recurso de nulidad.

37. Sin embargo de que la supresion de los recursos estraordinarios de fondo fué aconsejada entónces por las circunstancias del pais, no faltaron voces autorizadas que clamaron por su restablecimiento.

Don Andres Bello, bien que embebido en doctrinas inglesas que lo hacian profesar el principio de los tribunales unipersonales i de la mayor simplicidad en la tramitacion, en un artículo crítico de otro proyecto de administracion de justicia, preparado por don Mariano Egaña, artículo que vió la luz en 1836 en el *Araucano*, se espresaba así:

"...A pesar de que las instituciones sean las mejores, puede abusarse de ellas; i así como puede en la primera i en la segunda instancia faltarse a un trámite sustancial i cometerse una nulidad a que se deja un recurso, puede tambien en una i otra sentencia *infrinjirse manifestamente una lei i causarse una injusticia notoria*. ¿Por qué, para este caso, se ha de negar un recurso? ¿Por qué el que obtuvo con esa injusticia ha de llevar el

fruto de la victoria, i por qué al perdido se ha de dejar solo la accion talvez estéril de repetir contra los jueces que mal fallaron? No parece que esto está en consonancia con la razon ni con la justicia, cuyo atributo es dar a cada uno lo que es suyo.

"Somos, por tanto, de sentir que, para el caso designado, debe dejarse el recurso conocido en nuestras antiguas leyes con el nombre de *notoria injusticia*. Como este recurso está limitado a la sola revision del proceso por el tribunal que designe la lei, no puede causarse mayor dispendio de tiempo. Si se teme que se hagan abusos de él, como los que hemos visto en el recurso de nulidad, la lei tiene arbitrios para impedir esos abusos; establézcase, como debe hacerse, una pena pecuniaria que deba añanzarse al tiempo de introducir el recurso i ceder a beneficio del tesoro público, si la notoria injusticia no se declara; llévese a efecto la responsabilidad del juez si se declara la injusticia, etc. Creemos justamente que, adoptándose en el reglamento el recurso insinuado, *se da la mayor garantia a los litigantes; porque al mismo tiempo que se les da un camino para reparar sus justos agravios, se prepara a los jueces una residencia parcial de sus decisiones desarregladas, cuyo temor debe necesariamente contribuir mucho al cuidado que tengan en espedirlas.*"

¡Con cuánta mas razon habria podido el sabio jurisconsulto aplicar estos conceptos incontestables al recurso de casacion que no tiene ninguno de los inconvenientes del de injusticia notoria! Pero, como se ha dicho, la institucion de un alto i único tribunal encargado de corregir solo el derecho en su espression mas autorizada, la lei, responde a situaciones i necesidades que no existian en Chile ántes de su codificacion.

38. Comprendiéndolo así los poderes colejisladores, vieron llegada la oportunidad de establecer en los artículos 33, 37, 67 i 107 de la lei de 15 de octubre de 1875 los tribunales que debian conocer del recurso de casacion que reglamentaria el código de enjuiciamiento, entónces i todavia en proyecto.

39. Los primitivos proyectos de este código, obra de los jurisconsultos señores don Francisco Vargas Fontecilla i don José Bernardo Lira, empezaron a ser revisados en abril del mismo año 1875 por una comision presidida por el Presidente de la Repú-

blica, señor don Federico Errázuriz, i compuesta de los señores don José María Barceló, Ministro de Justicia; don José Clemente Fábres, don José Antonio Gandarillas, don José Bernardo Lira, que siguió tomando parte principal en el trabajo; don Julio Zegers i el secretario don Exequías Allende Caro. Integraron posteriormente la comision los señores don José Alfonso, don Cosme Campillo, don Enrique Cood, don Domingo Santa María, don Jorje Hunceus, don Marcial Martínez, don Luis Aldunate, don Ramon Antonio Vergara Donoso, don Miguel Elizalde i don Adolfo Ibañez.

Omitimos hablar de la última comision revisora porque ántes de ella estaba concluido i segregado del proyecto el título de la casacion.

40. La lei de tribunales, llevada de la mucha estension que entónces se queria dar a los recursos, incurrió en el defecto de atribuir el conocimiento del de fondo a distintas jurisdicciones, error que el proyecto subsana restrinjiendo la casacion a solo las sentencias inapelables de las cortes de apelaciones i defiriendo su conocimiento a la Corte Suprema. Se recordará que en parecido error habia incurrido el real decreto español de 4 de noviembre de 1838 que asignó a dos salas del Tribunal Supremo el conocimiento del recurso, en vez de asignarlo a una sola como se hizo despues. «Otro defecto grave, dice a propósito Reus, encontraron en ese decreto los tratadistas i jurisconsultos. Convinieron en que uno de los principales objetos de esta clase de recursos, sino el principal de todos, es el de fijar la jurisprudencia..., es evidente que no debe haber mas que un solo centro del que parta esa jurisprudencia, i para esta unidad, es necesario que haya una sola sala, porque dos, aunque lo sean de un mismo tribunal, son dos centros diferentes, por mas que sean iguales en categoría i tengan la misma organizacion i atribuciones.»

41. Conviene dejar asentado que así los jurisconsultos que intervinieron en la formacion de la lei de tribunales como los que tomaron parte en la redaccion i revision del proyecto de enjuiciamiento, han visto sin discrepancia la necesidad de establecer la casacion, tanto que la comision revisora de este proyecto se apresuró a dar forma definitiva al título correspondiente al recurso de casacion i lo segregó para pasarlo al Go-

bierno como proyecto aparte, quien a su turno lo envió al Senado en 1881, encareciendo la conveniencia de su pronto despacho.

Este proyecto, previa discusión jeneral, pasó a comisión. Tiempo después el Senado invitó a la otra Cámara a constituir una comisión mixta que lo informara, comisión que quedó compuesta de los señores don José Clemente Fábres, don Marcial Martínez, don Manuel Recabárren, don Pedro Donoso Vergara, don Pedro Bannen, don Raimundo Silva Cruz, don Máximo del Campo, don Julio Bañados Espinosa, don Carlos A. Palacios, don Juan A. Barriga i don Carlos Concha, i que presentó su informe, con algunas variantes i adiciones, en que nos ocuparemos mas tarde, en sesión del Senado de 3 de enero de 1895. Aprobado en jeneral, se entró a la discusión particular, que se halla pendiente.

«La comisión mixta, dice ésta en su informe, ha tomado como base para realizar su trabajo el presentado por el Supremo Gobierno en 1881, segregándolo del primitivo proyecto de código de enjuiciamiento civil, i las mejoras introducidas en él por la comisión especial encargada de darle su forma definitiva.

«Desde el primer instante han estado acordes todos los suscritos en que la incorporación a las nuestras de esta institución jurídica importará un mejoramiento incontestable para la administración de justicia.

«No es el mas importante de ellos, la mayor garantía de acierto en los fallos.

«En efecto, la unidad en la interpretación i aplicación prácticas de las leyes, es indispensable para que pueda cumplirse el principio, hoy universal, de la igualdad ante la ley.

«No basta que unas mismas leyes rijan para todos los habitantes; es preciso tambien que rijan para todos con la misma inteligencia.

«Con este objeto, han ideado i establecido la casación, las legislaciones mas adelantadas, como las de Francia, España, Italia, Bélgica, Alemania, etc.

42. El proyecto de casación de la comisión revisora del enjuiciamiento civil fué presentado al Gobierno i por éste al

Senado con el epígrafe de "*Recurso de casacion en juicios civiles*", pues, como se dice en el acta de la sesion de 7 de diciembre de 1880, "el recurso de casacion en causas criminales no es materia sometida a los trabajos de la comision." Pero la comision mista del Congreso sustituyó el epígrafe por el de "*Del Recurso de casacion en jeneral*", sin hacer distincion de juicios, ni en el informe ni en el proyecto. ¿Ha sido intencionada esta sustitucion en el sentido de comprender las causas criminales?

Ojalá.

En el proyecto de código de procedimiento penal, se establece i regla el recurso de casacion, acaso porque el de 1881 versaba solo sobre causas civiles, i se reglamenta el recurso con especificaciones que son mas propias de la jurisprudencia que de la lei; mas, segregada la materia de la casacion del enjuiciamiento jeneral i hecho de ella un proyecto aislado i con individualidad propia, no se ve razon para hacer dos leyes distintas, toda vez que la casacion en lo criminal está sujeta a los mismos principios que la civil. En efecto, la causal de fondo, o sea la contravencion a lei decisoria, es comun en principio, desde que no se acepta para lo civil la de infraccion de doctrina que no consiente nunca la materia penal; i en cuanto a los motivos de forma, tenemos el precedente de la lei de 1.º de marzo de 1837, lei que, sin hacer distincion entre lo civil i lo criminal, se ha aplicado siempre a las causas de uno i otro fuero. No tienen siquiera los recursos distinto efecto, ya que el suspensivo de la interposicion se establece como regla jeneral en el civil como es de rigor que lo sea en el penal. I si es preciso consignar algunas particularidades diferenciales, la tarea es sencilla, i podria hacerse en la discusion misma i a la vista de uno i otro proyecto.

De otro lado, si, como es reguiar, se aprueba primero el proyecto que se discute, podria resultar que, miéntras los negocios civiles entraban a gozar de las garantías de la reforma, los criminales seguirian sujetos a la lei del 37 i sustraídos a la unidad de la institucion en el órden de los juicios i, lo que es mas, a las ventajas de la misma en lo que el recurso tiene de mas importante, cual es la recta i uniforme aplicacion de la lei decisoria.



## SEGUNDA PARTE



### CONDICIONES, TRÁMITES I EFECTOS DE LA CASACION

43. Este trabajo careceria de significado práctico, si no fuera dirigido, segun la mente de la Facultad de Leyes, al exámen de los proyectos de la comision revisora del de enjuiciamiento civil i de la comision mista del Congreso, proyectos que por lo tanto habremos de tener por mira en el estudio institucional de la casacion. Así tambien nos será dado compulsar la discusion habida en el seno de aquella comision revisora i exhibir la historia interna i los fundamentos de cada una de las disposiciones capitales de dichos proyectos.

Por lo demas, solo cabe en el estrecho marco de esta memoria, que no puede pasar de ser un tímido ensayo sobre materia ardua, nueva entre nosotros i compleja en aplicaciones, desarrollar los principios salientes, como quiera que, por otra parte, llegará la República a establecer el recurso en tiempo de aprovechar las enseñanzas de otros paises que poseen verdaderos monumentos de jurisprudencia en el ejercicio de la casacion en el fondo, que con respecto a la de forma, su bondad ha sido comprobada en nuestra administracion de justicia durante mas de medio siglo.

44. Por razones dadas en el comienzo de este estudio, deberíamos emplear las palabras *casacion* i *nulidad* para distinguir

con ellas los recursos que las últimas leyes españolas i a su ejemplo nuestros proyectos llaman de *casacion en el fondo* i de *casacion en la forma*; i en tal caso habríamos cambiado la rúbrica del proyecto por la *De los recursos extraordinarios* o *De los recursos de casacion i de nulidad*. El respeto, no obstante, a las ajenas opiniones hace que nos limitemos a encarecer nuevamente la adopcion de aquellas palabras en su sentido técnico i tradicional.

### § I.—CONDICIONES JENERALES

45. El primer requisito del recurso es que la sentencia que le sirve de objeto sea definitiva, o que, no siéndolo, tenga el carácter de tal por poner término al juicio. Esta condicion se vierte así en el proyecto:

ART. 2.º *En jeneral solo se concede el recurso de casacion contra las sentencias definitivas.*

*«Se concede contra las interlocutorias cuando ponen término al juicio».*

Esta calidad del fallo recurrido fluye de que, siendo la casacion un remedio extraordinario, no puede utilizarse cuando no se han intentado o se han intentado sin fruto los recursos ordinarios de que son susceptibles las sentencias interlocutorias. Estas, por otra parte, como que no declaran perentoriamente derechos, no producen cosa juzgada, i son siempre revocables; i en último término, puede repararse el agravio inferido por ellas en la sentencia definitiva si, lo que rara vez sucede, influyen decisivamente en ésta. En tal caso, podrá ser casada la sentencia definitiva que hace suyo el error si él es de los que dan fundamento al recurso.

Aunque parezca ocioso, conviene recordar que sentencia es, segun la lei 1.ª, tít. 22, Part. 3.ª, la decision del juez acerca de la causa ventilada ante él; i sentencia definitiva, conforme a la lei 2.ª del mismo título i Partida, es la decision por la cual el juez, concluido el proceso, pone fin a la contienda absolviendo o condenando al demandado, a diferencia de la interlocutoria que solo pone término a algun incidente del juicio.

Por consiguiente, no admiten casacion muchas resoluciones

judiciales, ya por no recaer en juicio o contienda entre partes, ya porque, recayendo en él, no le ponen término. Así, por ejemplo, no son susceptibles de casacion las medidas disciplinarias, correccionales i económicas que espiden los tribunales en virtud de sus atribuciones respectivas; los actos de jurisdicción voluntaria mientras no se tornan en contenciosos; i las resoluciones que, versando sobre el cumplimiento de las ejecutorias, no alteran lo juzgado por éstas o no declaran nuevos derechos.

46. Merecen consideracion especial las sentencias que ponen fin a los interdictos posesorios, sentencias que, aunque definitivas por cuanto no permiten reproducir la cuestion bajo el mismo aspecto de posesoria, no lo son en realidad, si se atiende a que, segun la lei 5.<sup>a</sup>, tít. 34, lib. 11 de la Nov. Rec., no recaen en una contienda entre partes sino en el caso de la lei 6.<sup>a</sup> del mismo tít. i lib., esto es, cuando se admite contra-querella a intento de probar que se ha tomado la posesion por mandato del juez competente.

Nuestra jurisprudencia ha sido varia en lo tocante a conceder el recurso de nulidad o sea el carácter de definitivas a estas sentencias. Veamos algunos casos.

Por resolucion publicada en la *Gaceta* de 1885, bajo el número 1,629, la Corte de la Serena declaró improcedente el recurso de nulidad contra un fallo recaído en una querella de despojo violento, en consideracion a no decidir definitivamente ninguna accion posesoria; e igual resolucion de la Corte de Talca se lee en la sentencia núm. 1,474, páj. 982, año 1893. Este caso no ofrece dificultad porque, conforme el art. 928 del Código Civil, no se ventila siquiera en la querella de despojo violento la verdadera posesion sino la tenencia i queda siempre a salvo la accion posesoria comun, por lo cual el auto de restablecimiento es meramente interlocutorio en el juicio de posesion.

La misma Corte de la Serena habia resuelto en sentencia de 1880, núm. 669, que no procede el recurso de nulidad contra un fallo que afina una querella posesoria por estimarlo interlocutorio. En el caso de la sentencia núm. 1,818, año 1879, esta Corte decidió tambien que, habiendo apelado el querellante de amparo i siendo parte el querellado, no puede pronunciarse

sentencia en alzada, *"aunque la resolucion sea interlocutoria i el juicio sumario"*, sin citar a las partes en conformidad al artículo 2.º núm. 10 de la lei de 1.º de marzo de 1837. La Corte de Talca, en sentencia núm. 2,687, año 1888, páj. 758, desechó un recurso de nulidad porque *"las sentencias que recaen en los juicios sumarios de posesion son por la naturaleza de sus efectos interlocutorias."* I en el caso de la sentencia núm. 3,451, páj. 1,950, año 1883, la Corte Suprema desechó un recurso *"considerando que la sentencia fué dada en juicio sumario i solo produce efectos interinos, limitados a reparar un mal urgente, reservando para el juicio ordinario la ventilacion de los derechos definitivos que crean tener las partes."*—Sin embargo, la Corte Suprema ha reaccionado en estos últimos años i acogido el recurso de nulidad contra sentencias de interdictos posesorios estimando que ellas ponen término al juicio o a la cuestion en que recaen.

Como se ve, ni la jurisprudencia ni la doctrina son fijas; i aunque el proyecto supone en su art. 12 la procedencia del recurso en los juicios posesorios, conviene cortar toda cuestion en la lei en armonía con la naturaleza de dichos juicios i del recurso de casacion en el fondo.

Este recurso—mas que el de forma que resguarda la estructura misma del juicio—es supremo i como tal solo debe ser admitido a falta de otra via de reparacion. I como los juicios sumarios de posesion consienten que el agravio inferido en ellos pueda ser reparado en juicio ordinario sobre el dominio i hasta sobre la posesion plena, se justifica perfectamente el exceptuar de la casacion los fallos que ponen fin a estos juicios i a los demas despues de los cuales se puede seguir otro juicio en demanda de los derechos permanentes interinamente juzgada en esos fallos. Tenemos sobre el punto el precedente autorizado de la Lei de Enjuiciamiento Civil de España, que en su artículo 1,694 dice:

*"No se dará recurso de casacion por infraccion de lei..."*

*"3.ª En los juicios ejecutivos, en los posesorios (sumarios), ni en los demas en que, despues de terminados, pueda promoverse otro juicio sobre el mismo objeto..."*

*"En todos estos juicios serán procedentes los recursos que"*

se funden en el quebrantamiento de algunas de las formas del juicio espesadas.»

Consignando en el proyecto una disposicion análoga, quedarían sustraídos de la casacion propiamente dicha los juicios sumarios de posesion i el ejecutivo en los casos de los artículos 36, 42, 43 i 44 de la lei de 8 de febrero de 1837; i se haria en la lei una aclaracion que conceptuamos necesaria. Bastaria en tal caso consignar la escepcion en seguida del artículo 4.º i decir en el número 1.º del artículo 12: «Cuando se interpusiere por el demandado recurso de casacion en la forma, etc»...

47. Entre las sentencias interlocutorias que equivalen a definitivas por poner término al juicio, pueden citarse: la que niega sin reserva la personalidad o el carácter de parte en la causa; la que acepta o rechaza previamente ciertas escepciones perentorias fáciles de probar, como la cosa juzgada; la sobre tercera de dominio i de prelación, que incide en el juicio ejecutivo; la que en los juicios de quiebra califican la misma o deciden sobre la verificacion o prelación de los créditos. Se comprende que no participan del mismo carácter las sentencias que deciden sobre alimentos provisorios, sobre acumulacion de autos, sobre competencia i demas que no impiden la continuacion del juicio.

48. Del principio de que no puede recurrirse en casacion mas que cuando no existe otra via legal de reforma, se sigue que no basta que la sentencia sea definitiva sino que debe ser de término o de última instancia. Segun esto, procede en doctrina el recurso contra las sentencias definitivas libradas por los jueces de letras en única o en última instancia i por las cortes de apelaciones en segunda. El proyecto, no obstante, restringe la casacion de fondo a estas últimas sentencias en su artículo 6.º que dice:

*«El recurso de casacion en el fondo solo tiene lugar contra las sentencias inapelables de las Cortes de Apelaciones».*

Las causas de fuero de que conocen en primera instancia las cortes de apelaciones con arreglo a lo dispuesto en el artículo 67, número 3.º de la lei orgánica de los tribunales, tienen recurso de apelacion para ante la Corte Suprema. Pero, como estas causas i las de responsabilidad, de presas i las otras a que se refiere el artículo 117 de dicha lei quedarían sin recurso de

casacion por conocer de ellas en segunda instancia la Corte Suprema, el proyecto ha hecho bien en acoger una reforma tiempo ha reclamada, atribuyendo en su artículo 46 el conocimiento de todos estos asuntos a uno de los ministros de la Corte de Apelaciones en primera instancia i en segunda a la misma Corte. De este modo quedan dentro de la garantía del recurso causas de la mayor valía, i tambien se consigue exonerar a la Corte Suprema del papel de corte de alzada, que no le corresponde. Se atenúa, por otra parte, este privilejio de *casos de corte* que no tienen justificacion i que, como dice Escriche, «establecióse en un tiempo en que los jueces de primera instancia estaban sujetos a los señores de los pueblos, i era de temer que no administraran la justicia con imparcialidad a favor de los desvalidos». Remuévense por fin los inconvenientes que nacen de que un tribunal colejiado tramite en primera instancia i ello sin reglas de procedimiento adecuado, que en mucho tiene que ser distinto del que observan los jueces unipersonales.

Inspirado en parecidas razones, el proyecto establece en su artículo 47 que tambien conozcan las cortes de apelaciones en segunda instancia de las causas de hacienda de que hoi conoce la Corte Suprema, en virtud de la primera disposicion transitoria de la lei de 13 de octubre de 1875.

Pero el proyecto ha olvidado que, de conformidad con el artículo 39 de la lei de 20 de enero de 1888, la Corte de Apelaciones de Santiago conoce tambien en primera instancia de las causas que se entablaren para hacer efectiva la responsabilidad de los miembros de la Corte de Cuentas i para juzgar delitos cometidos por ellos en el ejercicio de sus funciones, olvido que es preciso reparar con una referencia en el artículo 46.

49. El proyecto no da recurso de casacion en el fondo contra las sentencias de los árbitros, modificando en esto el artículo 187 de la lei de 15 de octubre de 1875, sino que se limita a restringir en el artículo 22 las causales de la casacion en la forma en los juicios de mayor cuantía seguidos ante arbitradores. Nada dice de los seguidos ante árbitros de derecho, por lo cual deben estos juicios entenderse comprendidos en las disposiciones jenerales de la casacion en la forma. Los fundamentos de la comision revisora para negar a los fallos arbitrales el re-

curso en el fondo, se encuentran así espuestos en el acta de la sesion 106 de 23 de noviembre de 1880:

"Tambien cree conveniente el señor Aldunate que en el artículo 5.º (6.º) se agreguen a las sentencias inapelables de las cortes de apelaciones las sentencias pronunciadas por árbitros de segunda instancia.

"Así lo ha establecido tambien el artículo 187 de la lei de organizacion i atribuciones de los tribunales.

"Teniendo presente que el artículo citado no establece precisamente en todo caso contra la sentencia de los árbitros todos los recursos que cabrian contra la sentencia de los tribunales ordinarios; que, aun en el supuesto de haber de dar otra inteligencia al recordado artículo, la presente lei podria modificar su disposicion; que no existen respecto de las sentencias de los árbitros, jueces accidentales, las razones que aconsejan promover por medio de la casacion en el fondo, la uniformidad de la jurisprudencia de los tribunales superiores permanentes; i que la lei no establece como forzoso el juicio de árbitros para la segunda instancia; se acordó no hacer la agregacion indicada."

El artículo 187 de la lei de tribunales concede los recursos de apelacion i de casacion de las sentencias arbitrales para ante la Corte de Apelaciones, a ménos que las partes, mayores de edad i libres administradoras de sus bienes, acuerden tambien someter a arbitraje dichos recursos. No distingue el artículo entre arbitradores, jueces de conciencia, i árbitros de derecho, apartándose así, acaso inadvertidamente, de la tendencia de las lejislaciones para negar tales recursos al fallo de los arbitradores i para sustraerlo del conocimiento de los tribunales ordinarios. Como en estos juicios el tribunal de alzada no puede hacer otra cosa que apreciar la sentencia en equidad, mision que es ajena a la de una Corte de Casacion, creemos que debe establecerse como escepcion a la regla del artículo 6.º del proyecto el caso en que la sentencia vista en apelacion proceda de arbitradores o amigables componedores.

I para no decir mas sobre estos juicios, en los cuales los jueces proceden solo obedeciendo a lo que su prudencia i equidad les dictan, segun la espresion del artículo 173 de la lei orgánica, observaremos que el proyecto dispone en su artículo 22

que son trámites esenciales en ellos los que las partes espresan en el acto constitutivo del compromiso, i si nada espresan al respecto, solo el emplazamiento del demandado hecho en forma legal i la agregacion de los instrumentos presentados por las partes.

¿I qué decir de los casos en que los arbitradores dictan fallos fuera del plazo señalado por el compromiso o por la lei, o resuelven puntos no sometidos a su decision, como suele suceder?

¿Habrà de ventilarse la nulidad pronunciada por estas estra-limitaciones en juicio ordinario, o deberán repararse, como ahora se hace, por la via del recurso de nulidad fundado en la causal de incompetencia? Esto último parece indudable i hai que hacerlo decir al artículo 22 por medio de otra referencia a la causal de incompetencia, o bien con mayor claridad, copiando la siguiente forma que para establecer esta causal usa el artículo 1691 de la Lei de Enjuiciamiento Civil de España:

“3.<sup>a</sup> Haber dictado los amigables componedores la sentencia fuera del plazo señalado en el compromiso (o en la lei), o resuelto puntos no sometidos a su decision.”

Comentando esta disposicion dice Reus:

“Para los amigables componedores no hai mas lei que el compromiso. A él deben atenerse estrictamente. Su jurisdiccion i su competencia nacen de él i su infraccion da lugar al recurso de casacion...”

50. Como en España i en la misma Francia, el proyecto no da tampoco recurso de casacion en el fondo en los juicios de menor cuantía que no son propiamente jurídicos sino de equidad; i naturalmente restringe el de forma, en armonía con el procedimiento verbal i sumario que les es propio. Tampoco da aquel recurso en los juicios de única instancia de mayor cuantía. Esta restriccion fué propuesta por el señor don Cosme Campillo i aceptada por la comision revisora en sesion de 10 de agosto de 1880. Dice el acta de esta sesion:

“El señor Campillo insiste en la opinion que ha manifestado en otras ocasiones para que el recurso de casacion en el fondo quede restringido a las sentencias inapelables pronunciadas por las cortes de apelaciones.—La importancia de este recurso consiste en la uniformidad que procura en la jurisprudencia de

los tribunales, i este objeto solo se consigue estableciendo un tribunal único de casacion en el fondo. A lo cual se agrega que limitado, como está ya, este recurso a las sentencias inapelables, solo tendria cabida respecto de las pronunciadas por los jueces de letras en la segunda instancia en negocios de menor cuantía i en las de única instancia en aquellos en que el valor de la cosa disputada no pasa de trescientos pesos, negocios unos i otros que no revisten la importancia necesaria para provocar decisiones de casacion en el fondo ni permiten sufragar los gastos que estos recursos traen consigo.»

51. Del principio tantas veces enunciado de ser la casacion la *ultima ratio*, se deriva tambien, con respecto al recurso de forma, que no basta que la sentencia reuna los requisitos apuntados, sino que es preciso que se haya reclamado oportunamente por los medios ordinarios la subsanacion de la falta o defecto de procedimiento, condicion que el artículo 7.º del proyecto establece diciendo:

*«Para que pueda ser admitido el recurso de casacion en la forma es indispensable que el que lo entabla haya reclamado la subsanacion de la falta dentro de los cinco dias posteriores al conocimiento que de ella tuviere.*

*«No es necesaria esta reclamacion cuando la falta haya tenido lugar en el pronunciamiento mismo de la sentencia que se trata de casar.»*

«Una disposicion análoga, dicen Manresa, Miquel i Reus, se consignó en el artículo 5.º del real decreto de 4 de noviembre de 1838 sobre recursos de nulidad. Comentándola el señor Bravo Murillo decia en su apoyo lo siguiente:—«Esta disposicion se halla fundada en un principio de justicia, de conveniencia i aun de moralidad, i debe por tanto calificarse de acertadísima: porque ni es justo tener a los tribunales o jueces en perpetua ansiedad, dejando al arbitrio de los litigantes el reclamar, sin restriccion ni limitacion alguna de tiempo, los defectos que tal vez inadvertidamente puedan aquellos cometer; ni es conveniente que, pudiendo subsanarse una falta por el mismo que incurrió en ella, se permita, sin reclamar ante él, recurrir a otro tribunal i apelar a un remedio estremo; ni puede, en fin, permitirse, sin ofensa de la moralidad i sin faltar al dé-

coro debido a la magistratura, que el litigante que advierte un defecto, muchas veces consentido i muchas provocado por él, use de la perfidia de esperar a la determinacion final del juicio para, si le es contraria, reclamarla por el defecto consentido, i conformarse con ella si le es favorable.»

«Nada dice la lei—añaden—acerca de la forma en que deba haberse hecho la reclamacion contra la falta que se alega como fundamento del recurso; pero, atendida la naturaleza de esas faltas, se comprende que debe haber sido entablando oportunamente los recursos ordinarios de reposicion, apelacion o súplica en su caso, cuando, de consentirse la providencia o actuacion en que se haya cometido la falta, no pueda despues reclamarse contra ella; i en otro caso, solicitando la nulidad o reposicion del procedimiento luego que se note la falta...—Téngase, en fin, presente que la parte que no haya reclamado la subsanacion de la falta, no podria aprovecharse de las reclamaciones de su colitigante para entablar dicho recurso, si le fuere contraria la sentencia».

Entre tanto, la redaccion del artículo 7.º del proyecto se presta a creer que basta una simple protesta o preparacion del recurso, como ahora sucede, i no el ejercicio correcto de los remedios ordinarios, tanto mas cuanto que, guiado por la buena doctrina i por ser la casacion un recurso extremo i subsidiario, el inciso 1.º artículo 7.º del proyecto de la comision revisora del de enjuiciamiento tenia dicho: «Para que pueda ser admitido el recurso de casacion en la forma es indispensable que el que lo entabla haya reclamado la subsanacion de la falta, *ejercitando oportunamente i en todos sus grados los recursos legales*».

«La comision, dice ésta al Gobierno en nota de 5 de enero de 1881, ha tenido en vista esta consideracion (la brevedad i economia de los juicios) para aceptar las numerosas restricciones con que en todas partes se ha cuidado de mantener este recurso dentro de los límites de un remedio extraordinario... *De aquí la denegacion del mismo al litigante que por los medios ordinarios pudo reparar el agravio inferido a su derecho*».

Debe por lo tanto espresarse la idea de ser necesario subsanar los vicios por medio de los recursos ordinarios oportunamente ejercitados, siempre que sea posible. I lo es cuando la

falta se produce en el curso de la primera instancia de juicios apelables, i no lo es en la segunda instancia, en la cual el reclamo por otro medio que la reposicion, constituiría una tercera instancia, ni tampoco en causas de mayor cuantía que no tienen apelacion, caso este último que el proyecto no considera, sin embargo de ser la sentencia susceptible de casacion en la forma como el mismo proyecto lo establece en el artículo 21. Por consiguiente, pensamos que conviene redactar el artículo 7.º en ésta u otra forma comprensiva de las ideas enunciadas:

*«Para que pueda ser admitido el recurso de casacion por quebrantamiento de forma en la primera instancia, es indispensable que el que lo entabla haya reclamado la subsanacion de la falta ejercitando los recursos ordinarios dentro de los cinco dias posteriores al conocimiento que de ella tuviere.*

*«Si la falta ocurriere en segunda instancia, bastará haber reclamado la subsanacion dentro de dicho término.*

*«No son necesarias estas reclamaciones cuando la falta ha tenido lugar en el pronunciamiento mismo de la sentencia que se trata de invalidar, ni cuando la parte no ha tenido conocimiento del vicio antes de la sentencia.»*

52. Otra condicion de la sentencia es que no haya adquirido la autoridad de la cosa juzgada por la espiracion del plazo dentro del cual debe interponerse el recurso, plazo que el artículo 8.º del proyecto fija en quince dias fatales en los juicios de mayor cuantía, i el artículo 18 en cinco dias en los juicios de menor cuantía.

El proyecto de la comision revisora fijaba el término de cinco dias en jeneral, término que es el de la apelacion i el mismo que para interponer el recurso de nulidad establece la lei de 1.º de marzo de 1837.

En Francia el plazo habia sido vario hasta que la lei de 2 de junio de 1862 lo fijó en dos meses en negocios civiles, pues el Código de Instruccion Criminal concede al penado solo tres dias útiles, i el recurso se interpone ante el tribunal *a quo*. Se explica aquel otro plazo de dos meses porque en lo civil se interpone el recurso ante la misma Corte de Casacion i con mayores requisitos de preparacion e interposicion. En Portugal el término es jeneralmente de diez dias, i de siete en el Canton de

Neufchâtel. En la República Argentina es de diez días tratándose de la casacion en el fondo, i en el Perú de ocho i de tres días respectivamente segun verse el recurso sobre sentencia o sobre auto. La lei vijente de España establece en sus artículos 1700 i 1749 el término de diez días.

En vista de que el recurso se interpone ante el tribunal de la causa, estaríamos por mantener el término de cinco días que es el tradicional para que cause ejecutoria la sentencia; i cuando mas, aceptaríamos el de diez días para el recurso de casacion en el fondo, por requerir mas meditada preparacion. Conviene a la estabilidad del derecho que los fallos de término estén lo ménos posible sin cumplimiento, tanto mas cuanto que se ha adoptado como regla jeneral el efecto suspensivo por la interposicion del recurso.

53. El plazo es fatal, como es hoy i como debe ser. Al respecto, es notable la sentencia de la 2.<sup>a</sup> sala de la Corte de Apelaciones, n.º 2344, páj. 972, año 1878, en la cual se desechó un recurso de nulidad interpuesto por la parte que, notificada del fallo en la Isla de Juan Fernández, vino a interponer el recurso despues del plazo aunque dentro del emplazamiento. La Corte consideró que el plazo es fatal; que despues de espirado solo es lícito proveer el recurso interpuesto en tiempo; que el término del emplazamiento solo es para contestar demandas u ocurrir a la apelacion; i que ante el ministro de fe que notificó la sentencia en la Isla pudo el recurrente presentar el escrito de nulidad para que le pusiera cargo.

## § II.—CAUSALES DE FONDO

54. Hablando en jeneral, es la violacion de la lei el fundamento de la casacion en el fondo i en la forma, porque ya sea que los tribunales estralimiten su autoridad, o que omitan la observancia de las formalidades del juicio, o que decidiendo la controversia se pongan en contradiccion con la lei aplicable al caso, nos hallamos siempre en presencia de una contravencion a las leyes de procedimiento o a las decisorias, en una palabra, a la lei positiva que ha menester de rigurosa observancia a fin

de que la cosa juzgada pueda ostentarse como presunción de derecho que es.

Empero, la jurisprudencia distribuye así las causales del recurso: 1.<sup>a</sup> incompetencia; 2.<sup>a</sup> quebrantamiento de ciertas formas; i 3.<sup>a</sup> violacion de la lei. Se emplea, pues, esta última frase para designar especialmente el fundamento de la casacion en el fondo, sin duda porque no es propiamente sentencia regular sino aquella en que se han guardado las formas esenciales, i porque solo la sentencia regular es susceptible de declarar el derecho de que es órgano jenuino la lei que se supone violada. Es esa tambien la fórmula usada por los textos legales de los países en que la casacion se halla establecida. Así, por ejemplo, el artículo 7.<sup>o</sup> de la lei francesa de 20 de abril de 1810 dice: «Las sentencias de las cortes reales, cuando están revestidas de las formas prescritas bajo pena de nulidad, no podrán ser casadas sino por contravencion espresa a la lei».

55. Aunque la fórmula *contravencion a la lei* es simple i clara, no lo es siempre en sus aplicaciones que son múltiples i a veces delicadas, por lo cual apenas nos será dado indicar las mas importantes, ya que, como ántes se ha dicho, será fortuna para Chile acoger una institucion tan espermentada por la jurisprudencia de grandes naciones que ofrecen luminosas enseñanzas.

Lo que esencialmente constituye la sentencia es su parte dispositiva que contiene el mandato judicial que debe ejecutarse. Si este mandato es conforme a la lei, no importa que no lo sean las teorías de los considerandos, a ménos que, como suele pasar, haya conexión íntima i necesaria entre ellos i lo dispositivo, de tal manera que contengan la decision misma del litijio o de algun punto de él. De este modo los considerandos son estraños a la casacion, i no es mas la parte dispositiva de la sentencia, pues los hechos escapan al recurso que únicamente mira a la violacion del derecho.

Esta violacion supone la existencia de una lei vijente que deba aplicarse al caso, i que la sentencia contenga alguna decision contraria a dicha lei.

La lei está tan neta i comprensivamente definida por el artículo 1.<sup>o</sup> del Código Civil i tan determinados en la Constitucion

los poderes colegisladores i la forma de dictarla, que no se han menester, como en otros paises, indagaciones acerca de los actos de la autoridad que tengan la fuerza de precepto legal.

56. Emanando la lei de la soberanía que es privativamente nacional, se sigue que las leyes extranjeras carecen de vigor en Chile i que las partes no pueden invocar su violacion como causal del recurso. No constituyen escepcion a este principio los casos en que haya que aplicar leyes forasteras, relativas, por ejemplo, a contratos otorgados válidamente en pais extranjero o a la forma de los instrumentos tambien allí otorgados, porque, entónces, las sentencias pueden ser casadas no por violacion de leyes extranjeras sino por contravencion a los artículos 16 i 17 del Código Civil que para el efecto hacen patrias tales leyes.

57. Segun los artículos 2.º, 3.º i 4.º de dicho Código, la costumbre no constituye derecho sino cuando la lei se remite a ella, i correspondiendo solo al lejislador explicar o interpretar la lei de un modo jeneralmente obligatorio, ni las sentencias de los tribunales ni los actos de los otros poderes públicos tienen de por sí fuerza de precepto jeneral. De esto se sigue que la contravencion a la costumbre no dé lugar a casacion, a no ser en los señalados casos en que la lei la hace suya, que entónces la contravencion es a la lei misma, sin que aun en tales casos pueda estenderse el recurso a la errada apreciacion de los hechos probatorios del uso que se invoca.

De aquí tambien se sigue que la contravencion a la jurisprudencia o a la doctrina legal, que en lo antiguo constituyó en Francia i actualmente en España un medio de casacion, no podría constituirlo entre nosotros sin desnaturalizar el recurso i sin abrogar principios fundamentales de nuestro derecho positivo. Se trató sobre el particular en el seno de la comision revisora, i el acta de la sesion 85 de 2 de mayo de 1879 extracta la discusion en estos términos:

«El señor Ministro propuso la supresion de la regla relativa al recurso de casacion en el fondo, esto es, todo lo que en el artículo en discusion se refiere a la doctrina legal, porque nuestra lejislacion no da sino en raros i determinados casos fuerza de lei a la costumbre.—El señor Lira contestó que habia vaci-

lado mucho al redactar esta parte del proyecto. El ejemplo de la legislación española, posterior en esta materia a la francesa i a la belga, así como el respeto a los principios que son la base del derecho escrito i que el legislador puede haber dejado de consignar en la lei precisamente porque los supone universalmente reconocidos, le inclinaban, por una parte, a establecer esta regla: el ejemplo de otras legislaciones, la índole de la nuestra recordada por el señor Ministro i hasta la misma confianza que su sabiduría le inspira, le llevaban, por otra parte, a limitar la regla a los únicos casos de infracción de la lei; esto es, de la lei dictada por el legislador.—El señor Aldunate apoya la indicación del señor Ministro, porque no acepta los recursos de casación en el fondo sino como un medio de procurar la recta interpretación de la lei, i no es la lei la doctrina recibida por la jurisprudencia de los tribunales, a que el artículo se refiere.—Se acordó por unanimidad suprimir la segunda parte de esta regla, es a saber, las palabras «o contra doctrina legal» del inc. 2.º i todo el inc. 3.º que define esta doctrina.»

El ejemplo de España invocado por el señor Lira carece de autoridad entre nosotros, porque allí la falta de legislación codificada i homogénea i el imperio de la costumbre, han dado semblante de razón a la regla de la doctrina legal que, con todo, ha tenido i tiene numerosos impugnadores, aun desde antes de promulgarse el Código Civil.

58. Esto lleva a considerar que, por universalmente recibidos o por axiomáticos que sean los principios de derecho, su infracción no es causal del recurso, como que la injusticia del fallo no ha sido nunca estimada como fundamento de la casación.

Gilbert de Voisins observa que «admitir contra un fallo soberano semejante causal sería reducirlo a la condición de una sentencia sujeta a apelación, lo que no es aceptable», porque la casación—hai que repetirlo en toda oportunidad—no es una tercera instancia ni ha sido instituida para verificar si las decisiones judiciales son conformes a la justicia o a la verdad, sino únicamente a la lei. «Juzgar mal, dice Merlin, i juzgar contra la lei espresa, son cosas totalmente distintas; i si la Corte puede i debe casar las sentencias que deciden contra lei, no debe ni

puede jamas casar un fallo que solo resuelve contra la razon, que solo ofende principios, universalmente recibidos acaso, pero a los cuales el lejislador no ha impreso el sello de su poder.»

59. El artículo 1545 del Código Civil, tomado del 1134 del Código de Napoleón, dispone que «todo contrato legalmente celebrado es *una lei* para los contratantes».

¿Habrà de equipararse esta lei privada a las leyes jenerales a efecto de que su infraccion dé lugar al recurso? Esta cuestion apénas fué insinuada por la comision revisora. En el acta de la sesion de 16 de mayo de 1879 se lee:—«Preguntó tambien el señor Lira si seria menester consignar en la lei alguna disposicion relativa al caso de casacion por infraccion de *la lei del contrato*; i todos los presentes estuvieron conformes en que convenia dejar este punto enteramente sujeto a la apreciacion i decision de los tribunales llamados a conocer en estos negocios».

«La cuestion, dice M. Chénon, es i ha sido controvertida. La Corte Suprema habia empezado por admitir la afirmativa; pero en 1808 reaccionó a instancia del procurador jeneral Merlin, quien, sin embargo, no se puso francamente en el terreno de los principios. . . Carré propone la distincion entre si la cláusula violada es clara u oscura. Boncenne observa que es mui difícil trazar el límite entre la claridad i la oscuridad, i que «la violacion de la lei del contrato no es sino un fallo injusto (*mal jugé*) que escapa a la Corte de Casacion». Esta Corte, al contrario, cambiando por segunda vez de jurisprudencia, tiende a sustraer de los tribunales ordinarios el poder discrecional que les acordara desde 1808. . . «Respetando en absoluto la facultad de apreciacion de los hechos que incumbe a los jueces de fondo, la Corte parece establecer en principio que tiene lugar la casacion siempre que el fallo, que reconoce en el hecho la existencia de todos los elementos constitutivos de un contrato, rehusa dar a éste la calificacion i los efectos que la lei le atribuye.

«Al contrario, estima que hai solo fallo injusto i no violacion de lei si la sentencia se ha limitado a apreciar instrumentos segun las circunstancias, o a interpretar la convencion segun los hechos. Cualquiera que sea el mérito de esta distincion, su exis-

tencia misma prueba que hoy, al revés de la doctrina tan absoluta de Merlin, la casación puede proteger la ley privada del contrato como protege las leyes generales». (Los espositores, principalmente Dalloz, citan abundante jurisprudencia al respecto).

La ley de España no consigna el caso de infracción del contrato; pero los autores citan dos sentencias del Tribunal Supremo, una del 28 de octubre de 1859 y otra del 28 de setiembre de 1869, en las cuales se asienta la doctrina de que procede la casación cuando la sentencia se halla en manifiesta contradicción con el texto de alguna cláusula del contrato o del testamento.—«La Sala primera, dice Reus citando al ilustre marqués de Gerona, admite y declara la casación por infracción o mala inteligencia notoria de cláusula expresa y terminante, o sea por violación de la ley del contrato, según la tecnología francesa. La admite asimismo cuando hay error, no en la apreciación de la prueba, sino en la calificación del acto o del hecho a que se refiere en sus relaciones con la misma ley, como, v. gr., cuando una audiencia declara la existencia de un contrato de arrendamiento sobre hechos o partes a que la ley atribuye el carácter de usufructo.»

Pero es en la jurisprudencia tan fecunda en casos, especialmente en Francia y Bélgica, donde hay que ir a buscar aplicaciones atinentes a los diversos actos y contratos, y saldríamos de los límites de este estudio abundando en más observaciones sobre la materia.

Lo que no admite duda es que, cuando los tribunales ordinarios han desnaturalizado un acto o contrato en alguno de los requisitos que la ley les asigna como esenciales o constitutivos, procede la casación no tanto por violación de la ley del contrato como de la que establece las condiciones habilitantes del mismo.

Lo que también parece indudable es que la infracción de las reglas de interpretación de los contratos, como las contenidas en los artículos 1560 y siguientes del Código Civil, no da mérito para la casación, porque ellas confieren a los jueces facultades discrecionales y no les imponen deberes preceptivos y concretos.

60. Pasamos a considerar el carácter de la contravencion.

El artículo 3.º de la lei francesa de 27 de noviembre de 1790 exijia una contravencion *expresa al texto de la lei*, i el artículo 7.º de la lei de 20 de abril de 1810 habla solo de contravencion *expresa de la lei*, espresion que se habia adoptado en nuestro proyecto primitivo; pero que, a indicacion del señor Campillo, fué eliminada por la comision revisora en sesion de 9 de noviembre de 1880. Dice el acta:

«El señor Campillo propone se suprima en el inciso 1.º la palabra «*expresa*»... Cree que es restringir mucho este recurso i precisamente quitarle sus casos de mas eficaz aplicacion el referirlo solo a las infracciones de leyes espresas i no de principios o reglas implícitas que de tanta importancia son para el jurisconsulto o para el juez.»

El real decreto español de 4 de noviembre de 1838 exijia la infraccion de lei clara i terminante. «No llegó a aplicarse estrictamente este precepto, dice Reus, porque si la lei tiene tal cualidad, no debe temerse que sea infringida o mal interpretada, i si lo fuese, mas bien que el recurso de casacion deberia establecerse el de responsabilidad, pues no existiria error de derecho sino intencion maliciosa... «Así que en la práctica no se estimaba literalmente tal calificacion i se admitia el recurso siempre que se citaba como infringida una lei sin atender a si era o nó clara i terminante. La anterior lei de enjuiciamiento sancionó esta práctica (lo mismo hace la actual de 1881); pues si el objeto del recurso de casacion es uniformar la jurisprudencia, nunca puede ser mas útil la casacion que cuando verse sobre una lei oscura o dudosa.»

«La opinion de los antiguos autores, dice Dalloz, número 1352, segun la cual las decisiones judiciales no pueden, en jeneral, ser casadas sino cuando la intencion del juez ha sido despreciar la lei, contravenir *a su texto*, es inadmisibile. En efecto, de cualquier modo que se produzca la violacion o falsa aplicacion de la lei, parece que debe reformarse la decision así viciada; i que si la doctrina de los antiguos jurisconsultos pudo ser seguida en época en que las leyes no tenian uniformidad en Francia, ella no podria servir hoi de regla sin defraudar el voto del lejislador. El sistema que criticamos iria nada ménos que

a restringir la casacion a los casos singulares de violacion flagrante, que mas bien acusa en el juez el propósito deliberado de rebelarse contra la lei.»

A su turno M. Crépon se espresa así:

«Contestamos a la teoría que no admite la casacion sino en casos de violacion formal i espresa de la lei..., que ésta es manifestamente violada desde que, por una errónea interpretacion, se rehusa aplicarla al caso para el que el legislador la ha dictado, o se la aplica a casos para los cuales no ha sido escrita. Una lei desnaturalizada es una lei desviada de su objeto, i la Corte de Casacion ha sido principalmente instituida para asegurar la buena i sana intelijencia de la lei, aplicándola no solo conforme a su texto sino tambien a su espíritu. Es aquí donde sobre todo se ha fijado la jurisprudencia de la Corte de Casacion que, no obstante la disposicion del artículo 7.º de la lei de 20 de abril de 1810,... coloca la falsa interpretacion de la lei entre los fundamentos de la casacion. En resúmen, la contravencion a la lei comprende los medios que se designan diariamente en la práctica con los nombres de *violacion de la lei* i de *falsa aplicacion* de ella. Pero la falsa aplicacion o falsa interpretacion de la lei, como la violacion misma, no pueden dar lugar a casacion sino cuando el fallo atacado contradice una disposicion formal de una lei o aplica ésta a un caso para el cual no ha sido hecha. Hai, pues, que cuidar de no confundir la falsa aplicacion o falsa interpretacion con el *mal fallo*. Este resulta de la mala intelijencia dada a las escrituras públicas, convenciones, contratos, documentos privados, i él escapa a la censura de la Corte de Casacion que no tiene derecho de rever sino el uso que se hace del acto público por excelencia; el uso de la lei que a todos se impone.»

61. Es la lei aplicable al caso en su letra i en su espíritu, es el derecho i no el hecho, la sentencia i no el juicio, lo único que cae bajo la competencia del Tribunal de Casacion. Es aquí donde el recurso ostenta su propia individualidad, que tanto lo justifica i que tanto lo distingue de la tercera instancia.

Importa por lo mismo distinguir bien el hecho del derecho distincion no siempre fácil, pero acerca de la cual la jurisprudencia suministra rumbos i enseñanzas. Vamos a esponer con

el apoyo de dos autoridades la doctrina que sobre la materia se sustenta en Francia i en España.

«Para llegar a una solucion posible del problema, dice M. Chénon, debemos distinguir con M. Bonnier tres puntos fundamentales sobre que ha de versar sucesivamente el exámen de los jueces: 1.º ¿Existen o nó los hechos que sirven de base al proceso? 2.º Si existen, ¿cómo calificarlos en órden, por ejemplo, a que constituyan ellos una venta, un mutuo, un arrendamiento, una donacion? etc., i ¿qué especie de venta, de mutuo, de arrendamiento, de donacion; o bien un crimen, un delito, una contravencion, i qué crimen, delito o contravencion? 3.º Determinada la naturaleza del hecho i definida la calificacion legal, ¿qué consecuencia deben los hechos entrañar desde el punto de vista de la aplicacion de la lei civil o penal?

«Este tercer punto debe ser descartado, porque no suscita nunca mas que una simple cuestion de derecho del resorte de la Corte de Casacion.

«En cuanto al segundo, es necesario reconocer a la Corte de Casacion toda libertad de criterio, porque, en efecto, la calificacion no es otra cosa que la relacion de los hechos comprobados con la lei que les atribuye tal o cual consecuencia civil o penal, relacion que, bien que pueda ser controvertida, suscita igualmente una cuestion de derecho.

«Si, v. i gr., una corte de apelaciones, despues de haber establecido que concurren todos los elementos legales de una sustitucion prohibida o de un pacto sobre sucesion futura, declarase que, en derecho, la convencion litijiosa no ofrece alguno de estos caractéres, seria imposible no admitir que la Corte de Casacion no puede casar un fallo que viola tan abiertamente la lei; i, para hacerlo, no tiene necesidad de entrar en la apreciacion de los hechos sino tomarlos tales como la corte de apelaciones los ha establecido i limitarse a examinar si la lei ha sido bien aplicada. Lo mismo sucederia si una cámara de acusacion, que ha reconocido en una infraccion penal todos los caractéres de un crimen, se abstudiese de remitir al inculpado a una corte de *assises* so pretesto de que el hecho en cuestion no debe ser calificado de crimen; o bien si, establecido en el hecho que un homicidio ha sido voluntario, lo juzgase como causado por im-

prudencia. No puede ser dado a los tribunales sustraerse así, so color de declaraciones de hecho, a la alta vijilancia bajo la cual la lei ha querido colocarlos. De otro modo, la aplicacion de ésta se haria arbitraria i la unidad de la lejislacion, tan trabajosamente adquirida, se veria pronto comprometida. Por eso, las tres salas de la Corte de Casacion no han jamas trepidado en reconocer el derecho de casar las falsas calificaciones de los hechos que se han dado por comprobados. (Cita al respecto muchas sentencias espedidas desde 1834 hasta 1882.)

«En cuanto al primer punto, esto es, de la *existencia de los hechos*, es donde se han manifestado mas las dudas de la Corte de Casacion. En principio, los tribunales ordinarios son competentes para establecer soberanamente la existencia de los hechos, i sus fallos no pueden ser casados por error de comprobacion. Pero este claro derecho debe ser ejercido dentro de los límites de la lei i en conformidad a los medios probatorios que ella ha establecido. Así, los tribunales no podrian inquirir una paternidad ilejitima cuya investigacion está prohibida; no podrian admitir en materia civil un hecho, fundándose en simples presunciones cuando no es permitida la prueba de testigos, o considerar como principio de prueba por escrito un acto que no emane de la persona contra quien se opone, o en fin rehusar la fuerza probatoria que la lei da a instrumentos auténticos no redargüidos de falsedad o a documentos privados verificados i no contradichos, etc... En todos estos casos debe la sentencia ser casada como violadora de los artículos 340, 1353, 1347, 1319 i 1322 del Código Civil» (corresponden a los arts. 280, 284, 1700 i 1702 de nuestro Código, excepto el que se refiere a las presunciones). «Pero si el tribunal ordinario se conforma a la lei, recobra toda su independencia. Cuando le es permitido resolver con el mérito de simples presunciones, por ejemplo, la apreciacion de ellas queda entregada a sus luces i prudencia (art. 1353).»—(Entre nosotros sucedería lo mismo tratándose de toda presuncion judicial deducida con arreglo al art. 1712 del Código Civil).—«Al tribunal ordinario pertenece encontrar dichas presunciones graves, precisas i concordantes; i si le han parecido tales, seria imposible pretender impugnar el fallo porque no lo son. En realidad, no habiendo la lei precisado qué hechos son

requeridos para formar presunciones de esta especie, los jueces no pueden nunca violarla, lo que no sucede tratándose de la simple calificación.

«Se comprende que pueda presentarse la hipótesis en que la lei no haya definido los caracteres legales de un hecho tomado en su conjunto, o tenido la precaucion de establecer los caracteres de los diversos elementos. ¿Entrará de algun modo la apreciacion legal de ellos en la comprobacion del hecho, de suerte que pueda ser revisada por la Corte Suprema? La duda nace de que, si la Corte lo hace, se veria obligada a penetrar en el exámen del hecho mismo, i entónces desaparecería la distincion entre el hecho i el derecho, sin que la Corte tuviera donde detenerse para salvar esta distincion. En 1822, en un asunto sobre difamacion, el presidente Barris tentó trazar un límite admitiendo que la Corte de Casacion podia examinar si se hallaban reunidos los elementos constitutivos de un hecho cuando la lei habia definido i caracterizado estos elementos; i que no lo podía, si la lei nada determinaba al respecto. «Los jueces, dijo, son verdaderos jurados en la decision de todo lo que no ha sido reglado por la lei». La Corte siguió esta doctrina por algun tiempo, pero concluyó por abandonarla a causa de sus inconvenientes prácticos. Hoí no tiene sistema preconcebido, sino que resuelve segun los casos i evita los fallos de principios.

«Acaso se podría, a pesar de las dificultades del problema, hacerse esta distincion: hai hechos que existen únicamente porque han sido materialmente establecidos; otros que no existen sino a condicion de que los jueces añadan a la verificacion material el atributo de cierto carácter moral; otros, en fin, en que entra por mas la calidad de cierto carácter legal. Apreciacion material, apreciacion moral i apreciacion legal, hé aquí tres grados que pueden encontrarse en la comprobacion de la existencia de diversos hechos, i algunas veces de uno solo.

«Con respecto a los primeros, los tribunales ordinarios son sin duda soberanos. Así, pueden declarar que un testamento ológrafo no ha sido escrito por la persona a quien se atribuye;... que un terreno formado por las aguas de un rio constituye un aluvion o un terrero; que un deudor ha prestado o nó las segu-

ridades prometidas; que un muro en el cual se abre una ventana cuya supresion se demanda, está en la distancia legal; que un escrito reputado contrahecho no lo es; que un hijo muerto por su madre no es recién nacido, etc .....

«Corresponde igualmente a los tribunales la facultad de atribuir a los hechos establecidos cierto carácter moral, como decidir si las injurias inferidas por un marido a su mujer son bastante graves para motivar la separacion de personas; que tales hechos importan reconciliacion; que un adquirente tiene justo título para prevenir una eviccion; que la voluntad de un testador no ha sido libre; que los hechos probados constituyen una posesion de estado; que un acto calificado como herencia de un ascendiente es en realidad una enajenacion a título oneroso; que un artículo de diario no es injurioso; que tal acto constituye un principio de ejecucion; que las circunstancias que han evitado su efecto son o nó independientes de la voluntad del ajente, etc., etc.

«Al contrario, la apreciacion legal de los hechos reconocidos materialmente por los jueces de la causa, debe, en nuestro concepto, caer siempre bajo la censura de la Corte de Casacion, sea que la lei los haya o nó definido espresamente. Así la Corte juzga con razon: que tiene el derecho de verificar si tal hecho que una sentencia ha declarado que interrumpe una prescripcion, debe realmente ser considerado como tal en los términos de los artículos 2243 i 2244 del Código Civil; que puede investigar si en el caso se hallan reunidos los caracteres de las sustituciones prohibidas; o examinar si la cláusula litijiosa de un testamento contiene un legado a título singular o a título universal; o si la voluntad de novar atribuida a las partes se halla en alguno de los tres casos que determina el artículo 1271 del Código Civil para que haya novacion. Ocurre lo mismo en materia penal, pues la Corte de Casacion debe verificar si los hechos tales como han sido comprobados por los jueces de fondo, tienen los caracteres legales de crimen o de delito».

Dicen Manresa i Reus:

«¿Puede el Tribunal Supremo deliberar i juzgar sobre la apreciacion de los hechos; o habrá de atenerse a la calificacion que de ellos haya hecho el tribunal *a quo*? Hé aquí una de las

cuestiones mas importantes, que la nueva lei no ha decidido espresamente...

"Ese silencio sobre este punto, que guardó tambien el real decreto de 1838, no ha sido obstáculo para que el Tribunal Supremo haya fijado su jurisprudencia conforme a la doctrina mas aceptable. El Tribunal, al decidir en casacion, no juzga sobre la certeza de los hechos, ni de consiguiente sobre el valor de las pruebas: esto lo verifica, como debe verificarlo, para dictar su fallo sobre el fondo de la cuestion, cuando ha sido casada la ejecutoria: de modo que, por regla jeneral, en la primera decision se atempera a la calificacion hecha por el Tribunal *a quo*.

"Mas, por esto se abstiene de examinar los hechos: como el derecho es la consecuencia del hecho, los examina para ver si en la aplicacion del derecho se ha infringido la lei. Tambien los examina, como es de necesidad, para ver si la apreciacion que de ellos ha hecho la Audiencia está ajustada a la lei, cuando el recurso se funda en la violacion de lei sobre este punto. En una palabra, al decidir en casacion el Tribunal Supremo, solo examina i aprecia los hechos, en cuanto es necesario para determinar si se ha cometido o nó la infraccion de lei, en que se funda el recurso...

"Lo espuesto se deduce de la doctrina consignada por el mismo Tribunal Supremo en varias de sus sentencias en casacion. Tambien lo vemos confirmado por el ilustre señor Marques de Gerona en un importante escrito que ha publicado recientemente (nos referimos al folleto titulado: *Exámen del recurso de casación en España*). La circunstancia de haber contribuido a establecer esta jurisprudencia, como presidente que ha sido de la Sala primera de dicho Tribunal Supremo, da tambien autoridad a sus palabras, que creemos muy conveniente el transcribir-las. Dice así este distinguido jurisconsulto:

"La Sala primera admite i declara la casacion donde quiera que encuentra infringida una lei espresa, aun cuando esta lei sea reguladora de la prueba legal de los hechos.

"La Sala no admite ni declara la casacion donde la lei deja al arbitrio o discrecion de los tribunales la apreciacion de las pruebas sobre el hecho mismo.

«La Sala se abstiene cuidadosamente de juzgar sobre los hechos comprobados únicamente por medio de testigos; hechos cuya calificación queda hoy más encomendada a la sana crítica de nuestros jueces i tribunales. No habiendo ley civil que regule casuísticamente su criterio, tampoco puede existir infracción alguna de esta clase en sus sentencias.

«La Sala admite i declara la casación por infracción o mala inteligencia notoria de cláusula expresa i terminante, o sea por violación de la ley del contrato, según la tecnología francesa.

«La admite asimismo cuando hay error, no en la apreciación de la prueba, sino en la calificación del acto o del hecho, a que se refiere en sus relaciones con la misma ley, como, v. gr., cuando una Audiencia declara la existencia de un contrato de arrendamiento sobre hechos o partes, a que la ley atribuye el carácter de usufructo.»

62. Por lo demás, i en casos comunes, la distinción estricta entre el hecho i el derecho es fácil de hacer, i lo es más dada la estructura de las sentencias que, conforme a la ley de 12 de setiembre de 1851, hacen la conveniente separación de los hechos, de los considerandos i de la parte dispositiva, única sujeta al recurso.

63. Todas las condiciones examinadas se encuentran bien esgrimidas en la siguiente fórmula del artículo 4, inciso 1.º del proyecto:

*«El recurso de casación en el fondo tiene lugar contra sentencia pronunciada en contravención a las leyes siempre que esta contravención haya influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia.»*

Solo es de notar que sería preferible decir *ley* en vez de *leyes*, como lo hizo la comisión revisora empleando la frase *disposición de ley*, sin duda porque el singular vierte mejor la idea de que la ley violada sea aplicable al caso, i porque el plural puede prestarse al sentido extenso de cuerpo o sistema de leyes. Aunque el propósito del legislador no puede ser dudoso, es siempre útil que la claridad aparezca en el tenor antes que en el espíritu de la ley.

64. La fórmula trascrita ha sido considerada en las demás legislaciones como bien comprensiva de todos los elementos del

recurso de casacion en el fondo i como bastante para que la jurisprudencia pueda deducir las múltiples aplicaciones a que el recurso se presta, por lo cual no nos esplicamos que el artículo 4.º del proyecto contenga este inciso 2.º:

*«Tiene tambien lugar cuando la contravencion consiste en admitir en la sentencia una prueba que la lei rechaza o en rechazar una prueba que la lei admite.»*

Antes de manifestar las razones que nos asisten para estimar superfluo e impropio de la lei este inciso ideado por la comision revisora, bueno es conocer la discusion que lo trajo al proyecto.

En sesion 85 de 2 de mayo de 1879, «el señor Gandarillas observa que se quiere dar lugar al recurso de casacion en el fondo, aun por infraccion de las leyes que reglan al enjuiciamiento. Si, como le parece, esta regla tiende a invalidar las sentencias en que se cree ver una mala aplicacion de las leyes que fijan el criterio judicial respecto a la apreciacion i admisibilidad de la prueba, la considera inaceptable.»

En la sesion siguiente, «los señores Fábres i Zegers creen que debe darse el recurso de casacion por infraccion de las leyes que establecen la admisibilidad o inadmisibilidad de cierta especie de prueba.

«El señor Aldunate acepta, sin escepcion alguna, la procedencia del recurso por infraccion de lei. Las que reglan el orden de los juicios i fijan, en lo concerniente a la prueba, el criterio de los jueces, son tan obligatorias i trascendentales como las que establecen i garantizan cualesquiera otros derechos civiles...»

«El señor Gandarillas (sesion siguiente), con el propósito de impedir el que por cualquiera error o mala aplicacion de la lei, se eche mano de este recurso extraordinario,... propone... se diga que el recurso ha de fundarse «en la infraccion de la lei, sea o nó de enjuiciamiento, siempre que esta infraccion sea de tal naturaleza que haya influido necesariamente en la sentencia.»

«El señor Fábres acepta la indicacion del señor Gandarillas.

«El señor Ministro considera mui comprensiva i vaga la indicacion del señor Gandarillas i cree que dentro de ella cabe en muchos casos como recurso de casacion en el fondo el que es propiamente de casacion en la forma...»

«El señor Fábres (sesion de 30 de mayo) observa que el artículo propuesto por el señor Lira tiene el inconveniente de dar lugar al recurso por error o mala apreciacion de la prueba... Estos son, en verdad, los casos mas numerosos; i si procediera en ellos el recurso, vendria él a hacerse de ordinaria ocurrencia... Conviene mantenerse en un justo medio.

«En consecuencia, propone la siguiente redaccion comprensiva de los únicos casos en que puede tener lugar el recurso por infraccion de leyes de enjuiciamiento: «El recurso de casacion en el fondo debe fundarse en haber sido dada la sentencia contra disposicion espresa de la lei, aunque la violacion consiste en admitir o rechazar una prueba que la lei excluye o acepta.»

«El señor Gandarillas acepta la indicacion del señor Fábres; pero nota que, en lo concerniente a la prueba, falta un caso, a saber, aquel en que el tribunal prescinda de la prueba legal producida por las partes.

«El señor Lira prefiere el sistema del proyecto, que no hace mas que enunciar una regla jeneral dejando a los tribunales la facultad de aplicarla i de ilustrarla en los casos que ocurran...

«El señor Zegers no quiere que se deje este negocio a la apreciacion de los tribunales... En cuanto a apreciacion de la prueba, está con la doctrina francesa, que deja este punto a la decicion de los tribunales superiores...; pero admite el recurso por infraccion de leyes que establecen la validez o ineficacia de la prueba...»

«Aceptadas estas indicaciones, modifica el señor Ministro el artículo de la manera siguiente: «El recurso de casacion en el fondo tiene lugar contra sentencia pronunciada con infraccion de disposicion espresa de la lei sustantiva.» Tiene tambien lugar por infraccion que consista en admitir una prueba que la lei rechaza, en rechazar una prueba que la lei admite o en prescindir de la prueba legal producida en el juicio... Fué aprobado este artículo con los votos del señor Ministro i de los señores Gandarillas, Fábres, Vergara Donoso i Zegers.»

En la sesion próxima, «espuso el señor Campillo, a propósito del artículo en la anterior aprobado... que este recurso debe tener lugar, no solo cuando la sentencia es injusta por ser contraria a disposicion espresa de lei sustantiva, sino en todos los

casos en que la injusticia del fallo definitivo provenga de no haberse dado en él a la lei, sustantiva o adjetiva, clara u oscura, la intelijencia o aplicacion que rectamente le corresponde...

«El señor Ministro contesta que despues de una detenida discusion, *se ha acordado señalar en términos jenerales los únicos casos en que puede tener lugar la casacion en el fondo, comprendiendo entre ellos uno que necesita mencion especial, porque podria considerársele escludido si no se espresara, a saber, aquel en que el tribunal prescinde de la prueba legal producida en el juicio...*

«El señor Campillo acepta el acuerdo de la comision *como un hecho consumado*; pero quiere que se deje constancia de sus opiniones en el acta...»

En sesion de 16 de noviembre de 1880, «el señor Lira, observa que, puesto el inc. 2.º para determinar los casos en que puede tener cabida el recurso por infraccion de leyes de enjuiciamiento, *su disposicion queda ahora comprendida en la regla jeneral del inciso 1.º, que no se limita ya a las leyes decisorias de las lttis.* En consecuencia, i supuesto que se ha acordado limitar a los casos aquí espresados, la casacion por leyes de enjuiciamiento, propone que se diga aquí que el recurso tiene lugar «especialmente».

«El señor Campillo cree ambigua esta palabra porque parece señalar estos casos como los mas notables de la casacion. Prefiere se diga: «En consecuencia tiene tambien lugar» etc.

«A fin de evitar que se pretenda entáblar el recurso contra autos interlocutorios que admiten o rechazan indebidamente la prueba, el señor Zegers propone se diga aquí espresamente que la casacion tendrá lugar cuando la infraccion de que se trata se cometa en la sentencia misma. Se aprobó el inciso en esta forma: «En consecuencia, tiene tambien lugar cuando la infraccion consiste en admitir en la sentencia una prueba que la lei rechaza o en rechazar una prueba que la lei admite.»

65. A nuestro juicio, se incurre en doble yerro al suponer que la apreciacion de ser o nó eficaces ciertos medios probatorios para establecer derechos i obligaciones civiles, es materia de procedimiento, i que las leyes de este carácter no dan margen a la casacion en el fondo.

Los casos del inciso en exámen no son propiamente de forma sino de fondo. Se trata en ellos del concepto jurídico, con influencia en el fallo mismo, que los tribunales pueden formarse de los hechos preestablecidos con todos los ritos del enjuiciamiento, en relacion con el derecho que se declara o se deniega. No es que el juez haya o nó recibido la causa a prueba, aceptado o nó a exámen un interrogatorio, admitido o denegado una diligencia probatoria, casos estos que son de ritualidad o de forma; sino que, v. gr., al fallar una corte en última instancia, haya infringido los artículos 282, 283 i 284 del Código Civil, declarando la paternidad ilegítima probada por otros medios que los que dichos artículos determinan; o rehusado atribuir la fuerza probatoria que los artículos 1700 i 1702 del mismo Código, asignan al instrumento público no redargüido o al privado i reconocido. Estos casos i sus análogos que solo se versan sobre la apreciacion legal de los hechos en relacion con la lei sustantiva, miran al fondo de la contienda i no a la forma, como lo hacen todas las leyes decisorias por mas que al órden del juicio pertenezcan. Por esto, dice Dalloz en su *Repertoire*, artículo *Obligations*, N.º 4632: "La cuestion de si una obligacion o una convencion puede ser probada por testigos, es cuestion de derecho i no de forma". (Cita en apoyo resoluciones de la Corte de Casacion).

Pero suponiendo que dichos casos fueran de enjuiciamiento, desde que la misma comision reconoció, como lo hizo presente el señor Lira, que "la regla jeneral del inciso 1.º no se limita a las leyes decisorias de la lítés", i, como observó el señor Campillo, "que el recurso tiene lugar no solo cuando la sentencia es contraria a disposicion de lei sustantiva, sino en todos los casos en que la injusticia del fallo definitivo provenga de no haberse dado en él a la lei, sustantiva o adjetiva, la intelijencia o aplicacion que rectamente le corresponde" ¿para qué especificar casos con riesgo de omitir otros, i para qué abundar en especificaciones inútiles que la estructura de una buena lei no consiente?

A propósito, dice Reus en el tomo 4.º páj. 44: "En cuanto al recurso de infraccion de lei, es necesario tener presente que las disposiciones de la de enjuiciamiento, *unas son meramente*

*formularias del juicio i otras determinantes del derecho de las partes.* Por infraccion de aquellas, solo procede el recurso por la causa que acabamos de indicar; *si en el fondo i en la parte dispositiva de la sentencia se infrinje alguna de éstas, procederá el recurso por infraccion de lei.* Esta es la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sentada en las sentencias de 20 de octubre de 1858, 27 de junio de 1859 i otras. »

Si, pues, las leyes de enjuiciamiento son tambien determinantes del derecho de las partes i, por consiguiente, con efecto decisivo en el fallo, revistiendo así el carácter de leyes decisorias; i si no solo este carácter tienen los preceptos del Código Civil que a la admisibilidad o rechazo de ciertos medios probatorios conciernen, sino que son propiamente disposiciones sustantivas o de fondo, es evidente que los casos del inciso de que se trata están comprendidos en la primera disposicion jeneral del artículo 4.º, i que no puede abrigarse el temor manifestado en la comision de que pudieran considerarse escludidos si no se espresaran. Con la misma razon, podrian considerarse escludidos otros de no ménos importancia i que son de mero procedimiento, como, por ejemplo, que una corte desechara excepciones perentorias i decisivas del pleito por estimar que habian sido opuestas fuera del término fatal en que es permitido deducirlas, etc., etc.

Aparte de que motivos poderosos hai que suponer en la legislacion universal para no descender a especificaciones, no hai que perder de vista que la lei no debe ser casuística, mucho ménos en esta ocasion en que existe consagrada una fórmula jeneral, clara i comprensiva, dentro de la cual solo corresponden a la jurisprudencia las variadas aplicaciones que ha sabido hacer en los muchos paises en que la casacion ha tomado carta de naturaleza.

66. Apartándose de otras legislaciones, de la francesa i de la española, entre ellas, el proyecto no admite el recurso de casacion solo en interés de la lei, es decir, con el esclusivo objeto de formar jurisprudencia i de prevenir futuras trasgresiones.

La comision revisora eliminó este recurso despues de haberlo aceptado i de una discusion que no es ocioso compulsar.

«En sesion de 7 de setiembre de 1880, se puso en discusion, dice el acta, el § que trata *De los recursos de casacion en interes de la lei*. El señor Huneeus, sin oponerse formalmente a la aprobacion de esta parte de la lei, manifestó dudas acerca de la utilidad o alcance de estos recursos, ya que ni es de esperar que se muevan a promoverlos los fiscales ni han de producir resultado alguno respecto del negocio en que recaen. En estos recursos la accion del Tribunal Supremo sale de los límites del poder judicial i parece invadir la que es propia del poder legislativo. Conformes todos los presentes en que la importancia primordial de los recursos de casacion en el fondo es la de uniformar, siquiera doctrinariamente, la jurisprudencia de los tribunales superiores, aceptan esta parte del proyecto, salvo las modificaciones que en ella es menester hacer para llenar algunos vacíos i para ponerla en armonía con las reformas ya aprobadas en esta materia.

«Los señores Fábres i Cood preguntan qué quiere decir que las sentencias pronunciadas en estos recursos solo sirvan para formar jurisprudencia? ¿Cuál es la fuerza, cuál el alcance positivo de esta jurisprudencia?

«El señor Lira reconoce la exactitud de las observaciones de los señores Cood i Fábres, porque en realidad no puede la lei dar importancia efectiva a la jurisprudencia doctrinal que resulta de las sentencias del tribunal de casacion, ya que la regla del artículo 3.º del Código Civil no da a las decisiones de los tribunales fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronuncian.»

En sesion de 28 del mismo mes i año, «espuso el señor Campillo que, a su juicio, el recurso de casacion en interés de la lei tiene estos dos graves inconvenientes: 1.º que, como en él no controvierten las partes, la discusion no reúne las condiciones de perfecta igualdad, pues, si bien hai quien impugne la sentencia, falta el que debe sostenerla; i 2.º que, supuesta la casacion de la sentencia sin resultado alguno positivo para las partes, se crea al litigante gravado con la sentencia teóricamente casada, una situacion mui mortificante que la lei no puede autorizar. . . »

Finalmente, en el acta de la sesion de 21 de diciembre de

dicho año, se lee: "Se votó en seguida la indicacion del señor Presidente para suprimir el último párrafo del título que trata del recurso de casacion en interes de la lei; i fué aprobada por tres votos (de los señores Huneeus, Aldunate i Zegers) contra los de los señores Martínez i Lira, que quisieron quedara en el acta constancia de su opinion por la subsistencia de tal recurso."

La opinion de la minoría es incontestable en el terreno de los principios que vinculan a la casacion no solo el interés privado sino el público, tanto como al país conviene que sus leyes sean rectas i uniformemente aplicadas i que sus tribunales se contengan dentro de los límites de sus atribuciones. Cuando en la consecucion de este alto fin desfallece el interes individual, el representante de la sociedad debe asumir el papel de custodio de la lei que es la expresion misma del orden social. La minoría ha de haber tenido tambien en mira el precedente que suministra nuestra propia legislacion, en cuanto el artículo 1683 del Código Civil dispone que la nulidad absoluta i manifiesta de los actos i contratos puede i debe ser declarada de oficio o a instancia del ministerio público en el interes de la moral i de la lei.

Con todo, son atendibles las razones de orden práctico que han inducido a las comisiones a eliminar este recurso o acaso a diferir su establecimiento para cuando se haga la esperiencia de la casacion en interes de las partes i se organice mejor el ministerio público.

67. Como acabamos de insinuarlo, la intervencion del ministerio público es exigida en principio por el interes social que la casacion entraña, i debiera ser oído en este interes i en el de allegar mayores luces al fallar todo recurso. Sin embargo, el artículo 263 de la lei de organizacion i atribuciones de los tribunales circunscribe la audiencia obligada del ministerio público a los recursos de casacion en el fondo, i así tambien lo establece el artículo 38 del proyecto, sin duda porque en estos recursos es donde mas se ostenta el interés de la lei i porque son ellos de mas ardua decision. No ha podido, por otra parte, ocultarse al legislador la abrumadora tarea que se haria pesar sobre los agentes del ministerio público haciéndolos intervenir en todos los recursos, con la seguridad de retardar el despacho

que debe ser muy expedito, tratándose de remedios suspensivos de la ejecución de lo juzgado. Ahora, si ocurre algún caso grave de casación en la forma, como cuando se trate de la competencia que es de orden público, pueden ser oídos discrecionalmente los fiscales en virtud de lo dispuesto en el artículo 264 de la lei citada.

### § III.—CAUSALES DE FORMA

68. La infracción de las reglas esenciales del enjuiciamiento ha sido siempre mirada como causa de nulidad porque son ellas el medio de establecer la verdad i de hacer efectivo el derecho de defensa. «La necesidad de las formas judiciales, dice M. Chénon, es tal que, aun en tiempo en que llegaron a circular teorías estremas hasta la de suprimir los procuradores i los abogados, la Asamblea Constituyente no vaciló en hacer de la violación de las formas uno de los principales fundamentos de la casación, disponiéndolo así en el artículo 3.º del decreto de 27 de noviembre de 1790.»

69. Se distinguen las formalidades esenciales de las que no lo son, pues, lo repetimos, son aquellas las únicas que producen la nulidad, como que sin ellas no se considera existir el juicio ni la sentencia.

En doctrina, los trámites esenciales han de ser de tal naturaleza que su omisión deje indefensas a las partes o quite al fallo el sello de la autoridad que le da fuerza. Se comprende por lo mismo que las formalidades sustanciales deben ser circunscritas i taxativamente determinadas, o que no admiten estension o analogía. Es lo que, de acuerdo con el primer inciso de la lei del 1.º de marzo de 1837, significa el proyecto en su artículo 5.º inciso 1.º que dice:

*«El recurso de casación en la forma ha de fundarse precisamente en alguna de las causas siguientes:»*

Las formalidades habilitantes del juicio miran en primer término a la competencia del tribunal i en segundo a la observancia de las reglas del procedimiento.

70. La primera de las trasgresiones de la lei adjetiva es aquella en que el juez excede sus atribuciones i se despoja así de su

propia investidura legal. De aquí el principio fundamental, escrito en el artículo 151 de nuestra Constitución, de que «ninguna magistratura... puede atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que espresamente se le hayan conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo *es nulo*».

La incompetencia existe no solo cuando el tribunal carece de jurisdicción sino cuando la ha perdido por implicancia o recusación, i también cuando, siendo colegiado, no se ha constituido legalmente. Así lo disponen nuestras leyes i lo consigna el proyecto en los tres primeros números del artículo 5.º que dicen:

«1.ª En haber sido la sentencia pronunciada por un tribunal incompetente o integrado en contravención a lo dispuesto por la lei;

«2.ª En haber sido pronunciada por un juez o con la concurrencia de algun juez legalmente implicado, o cuya recusación estuviere pendiente o hubiere sido declarada por tribunal competente;

«3.ª En haber sido acordada en los tribunales colegiados por menor número de votos o pronunciada por menor número de jueces que el requerido por la lei, o con la concurrencia de jueces que no asistieron a la vista de la causa, i viceversa».

Las especificaciones de los números 2.º i 3.º son redundantes, como lo reconoció la comisión revisora según el acta de la sesión de 16 de noviembre de 1880, en la que aparece que el señor Campillo espuso que, «atendido lo dispuesto en el artículo 247 de la lei de organización i atribuciones de los tribunales, tales jueces pierden su competencia, i si pronuncian sentencia o concurren a su pronunciamiento, *se ponen en el caso del número 1.º de este artículo*. Sin desconocer la exactitud de esta observación, acordó la comisión conservar el número 2 a fin de dar mayor claridad a la lei».—En la misma sesión se hizo presente que «un tribunal mai integrado o integrado por un juez que no es precisamente el llamado por la lei, *es en realidad incompetente*».

71. La causal de *ultra-petita*, que debía venir a continuación, está así espresada en el número 5.º:

«5.ª En haber sido dada *ultra-petita*, esto es excediendo lo pedido o estendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tri-

*bunal, sin perjuicio de la facultad que éste tenga para fallar de oficio en los casos determinados por la lei.*»

Esta causal se traduce tambien en la de incompetencia del juez que solo inviste jurisdiccion para fallar el asunto tal como le ha sido sometido. Es, ademas, aplicacion del principio de la lei 16, título 22, Partida 3.<sup>a</sup>, segun el cual es nula la sentencia que no guarda conformidad con la demanda.

La comision revisora esplica esta causal en los siguientes términos que constan del acta de 16 de noviembre de 1880:

«El señor Martinez encuentra que en la definicion de la *ultra-petita* falta un caso, es a saber, aquel en que la sentencia, sin salir de los puntos sometidos a la decision del tribunal, excede, sin embargo, lo pedido por las partes, como si litigándose sobre dos mil pesos, la condenacion se estendiese a dos mil quinientos. Propone, en consecuencia, se diga, «esto es, excediendo lo pedido o estendiéndola a puntos, etc».—Se aprobó el número con la modificacion propuesta por el señor Martinez.

«El señor Campillo propone se agregue el caso de la sentencia en que se haya indebidamente omitido la resolucio de algunos puntos cuestionados. La sentencia es por naturaleza una e indivisible, i no se la puede fraccionar, admitiendo sobre una parte del negocio una resolucio especial i otra tambien especial sobre el resto. En consecuencia, propone se agregue «u omitiendo puntos discutidos».—El señor Cood propone se diga «o cuando no ha fallado las acciones o excepciones alegadas en el juicio».—El señor Zegers no ve razon para invalidar una sentencia pronunciada con observancia de todos los trámites legales i en conformidad a la lei, tan solo porque se ha omitido el pronunciamiento sobre otros puntos. La práctica actual, segun la cual se devuelve en el caso de la apelacion el proceso al juez inferior para que se pronuncie sobre los puntos omitidos, o se pide en cualquier tiempo la resolucio del tribunal de alzada, no hiere los intereses ni los derechos de las partes ni ofrece dificultades.—El señor Campillo ve aquí en la sentencia una infraccion sustancial de las leyes de enjuiciamiento; i prescindiendo de la justicia o injusticia intrínseca de la resolucio, como se prescinde siempre que se trata de la casacion en la forma, cree que debe darse cabida al recurso. El arbitrio de volver el

negocio al mismo juez *a quo* o de pedir nueva resolucíon del tribunal de alzada no solo tiene el inconveniente de fraccionar la sentencia sino que envuelve tambien el peligro de llevar el negocio a un juez que ya ha manifestado opinion en él.»

Votado en esta sesíon el caso, resultó empate; pero se reabrió el debate en la sesíon siguiente:

«El señor Martínez, despues de meditar el negocio i pesar las opiniones en pro i en contra, es de sentir que se dé lugar a la casacion de las sentencias por la omision de alguna o algunas de las acciones o excepciones principales formuladas en el juicio.—El señor Huneeus aceptó tambien esta causa de casacion ménos en los casos en que la resolucíon de alguna de las cuestiones principales hace innecesario el pronunciamiento del tribunal sobre estos puntos.—Los señores Cood i Martínez creen innecesaria esta salvedad, i la jurisprudencia fijará sin dificultad el recto alcance de la lei...—El señor Zegers cree peligrosa la regla del señor Cood... Prescribir a los tribunales que se pronuncien precisamente sobre todas las alegaciones del demandante i del demandado, so pena de producir casacion, es esponerlos a un peligro mui difícil de evitar. Dígase mas bien que se pronuncie sobre todas las cosas pedidas o que sean materia del juicio, esto es, sobre todas las demandas, aunque no estienda su sentencia a todas las acciones i a todas las excepciones alegadas por las partes.—El señor Cood observa que su indicacion no exige precisamente resolucíon sobre todas las alegaciones principales o accesorias de las partes sino tan solo las acciones del actor i las excepciones del reo, espresiones técnicas que tienen significado preciso en la lei.»

En la sesíon próxima, «el señor Campillo cree el caso mui delicado i difícil. El bello ideal en materia de sentencias judiciales a este respecto, no puede ser otro que el que ellas contengan la decíon de todos los puntos controvertidos i nada mas que eso: tan irregular es la sentencia que excede los términos de la cuestion sometida al fallo judicial como la que deja sin resolver parte de ella. ¿Qué sancion mas natural i lejítima contra unas i otras sentencias que la casacion? Acepta con todo la salvedad propuesta por el señor Huneeus. Respecto de las peticiones del demandante, muchas veces es innecesario que

el juez se pronuncie sobre algunas, porque solo se presentan como subsidiarias; respecto de las escepciones, como todas tienden a un mismo fin, no importa que el juez se pronuncie sobre algunas si, admitiendo otra, absuelve al demandado.—El señor Zegers no admite esta distincion... No es indiferente para el demandado que se rechace la demanda por alguna de sus escepciones mas bien que por otra: la aceptacion de algunas puede dejar abierto el juicio, i las de otras nó: la de éstas (como la compensacion, por ejemplo,) puede estinguirle o menoscabarle ciertos derechos.—El señor Martínez reproduce sus observaciones anteriores en apoyo de la redaccion del señor Cood. Votada esta indicacion, resultó nuevamente empate.

En consecuencia, quedó eliminado el caso de omision en la sentencia de puntos controvertidos en el juicio, puntos que, cuando influyen sustancialmente en la resolucion del pleito, es de necesidad que el fallo los comprenda. De otro modo, la nulidad se produce en conformidad a los núms. 4.º i 11 del proyecto en relacion con los artículos 3.º i 5.º de la lei de 12 de setiembre de 1851, que declaran nula la sentencia que no contenga la decision del asunto controvertido. La nulidad por omision de estos puntos ha sido declarada en repetidas ocasiones por los tribunales. Entre otras, puede citarse la sentencia del año 1885, núm. 2,447, páj. 1,465. Pero cuando la decision de una de las cuestiones ventiladas en el juicio lleva consigo la de todo el asunto, no hai para qué anular, pues no es necesario que recaiga resolucion sobre los demas puntos que quedan virtualmente sin efecto, como bien se declaró en la sentencia núm. 405, páj. 193 de la *Gaceta* de 1876.

La lei de España, justamente censurada por confundir causales de forma con las de fondo i por entrar acerca de las últimas en especificaciones que no necesita la fórmula jeneral de la casacion por infraccion de lei, consigna el caso de puntos omitidos en el núm. 3.º del artículo 1692, que dice:

«Cuando el fallo otorgue mas de lo pedido, o no contenga declaracion sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito».

A fin de aclarar esta materia i de evitar que la discusion de la comision revisora induzca a creer que el recurso no pro-

cede jamas por puntos omitidos, estimamos que deberia consultarse en el proyecto una disposicion semejante a la de España, o siquiera limitada a cuando la omision deje sin resolver el asunto.

72. El núm. 5.º contiene la salvedad de la atribucion que los tribunales tienen para fallar de oficio en los casos determinados por la lei. Esta disposicion es excepcional al principio, hecho precepto en el artículo 9 de la lei de 15 de octubre de 1875, de que los tribunales no pueden ejercer su ministerio sino a peticion de parte. Los casos de escepcion, que son i debe ser raros, se ofrecen principalmente en materia penal en que el juez no está encadenado por la calificacion que del delito o de la pena haga el acusador o la parte, i que puede suplir de oficio las circunstancias que eximen de responsabilidad, que la estinguen, ponen término, la agravan o la atenúan. Ofrécese tambien en materia civil en el caso del artículo 1683 del Código Civil.

73. El proyecto restaura en los núms. 9 i 10 del artículo 5.º las causales de cohecho i falsedad establecidas en los núms. 12 i 13, artículo 2.º de la lei de 1.º de marzo de 1837, i ántes en la lei 13, título 22, Partida 3.ª Decimos restaura, porque la comision revisora, atenta a razones incontestables, acordó eliminar dichas causales. Dice al respecto el acta de la sesion de 20 de junio de 1879:

«Continuando en el exámen de los casos de casacion en la forma, se puso en discusion el de cohecho objetado por el señor Zegers en la sesion de 9 de mayo último.—Cree el señor Zegers que debe suprimirse este caso porque se refiere a hechos que no aparecen del proceso i que requieren una pueba larga i difícil. Las lejislaciones que tienen establecido i reglamentado este recurso no lo conceden por razon de cohecho. En efecto, semejante vicio no tiene atinjencia con la naturaleza de este remedio otorgado para fines de un orden diverso. Tampoco acepta el señor Campillo el cohecho como causa de casacion. El proyecto concede en este caso seis meses para interponer el recurso: se concibe i seria necesario esta ampliacion de plazo. Pero de ello resultaria, no solo que las sentencias de término quedaran hasta por seis meses en incierto, sino que en muchos casos se echaria mano de este recurso tan solo porque ya no podría establecerse otro.

«Tiene todavía la disposición otro inconveniente: la incompetencia del tribunal que viene así a conocer en única instancia de un negocio que, como constituye un crimen, corresponde a otros tribunales, i ha de verse en dos instancias.

«El señor Fábres acepta la supresion de este caso por solo la última consideracion... No admite que se juzgue así en una sola instancia sobre el cohecho i sin la audiencia esencial del juez contra quien virtualmente se procede.—El señor Ministro conviene tambien en la exclusion de este caso que ya ántes ha creído ajeno de la índole de este recurso. Por lo demas, el artículo III (hoi 102) de la Constitucion Política hace a los jueces responsables del crimen de cohecho: esta disposicion basta. Es verdad que la lei de 1837 otorga por esta causa el recurso de nulidad; pero en el largo trascurso de cuarenta i dos años no sabe que se haya presentado el caso de un recurso de esta especie fundado en semejante causa.—El señor Gandarillas observa tambien que el Código Penal tiene establecido que toda sentencia condenatoria en materia criminal lleva envuelta la obligacion de pagar las costas, daños i perjuicios por parte de los autores, cómplices, encubridores i demas personas legalmente responsables.—Por último, tambien aceptó el señor Lira la supresion de esta causa, principalmente por el deseo de evitar a los jueces las vejaciones injustas por parte de los litigantes vencidos a que ella los dejara espuestos.—Quedó, en consecuencia, acordada con el voto de todos los miembros presentes la supresion de este número.—Se acordó asimismo no conceder el recurso por razon de la falsedad de la prueba que hiciere mérito en la sentencia.

«Con motivo de este acuerdo, pregunta el señor Gandarillas si se conserva la accion ordinaria de nulidad contra las sentencias pronunciadas en virtud de falsas pruebas. El señor Campillo es de opinion que no debe considerarse subsistente esta accion, porque conviene revestir de toda fuerza i estabilidad la cosa juzgada. Por el contrario, el señor Fábres cree que es menester conservarla como un medio de reparar el mal causado por el delito. Opinando como el señor Campillo i a fin de evitar dudas, propone el señor Gandarillas se diga espresamente que no se conceden contra las sentencias otros recursos que los

establecidos por la la lei... El señor Martinez quiere que, no solo se diga en términos jenerales que la lei no concede otros recursos sino categóricamente se espresé que no admite la accion ordinaria de nulidad contra las sentencias. Se acordó agregar al fin del título un artículo (es el 43 del proyecto) en que se espresé que el recurso de casacion de que aquí se trata es el único remedio que la lei concede para invalidar las sentencias.»

Existen otras razones no ménos incontestables para eliminar aquellas causales.

El cohecho i la falsedad no miran al procedimiento sino al fondo del negocio, de tal modo que, cuando el tribunal sujestionado por estos delitos decida contra la lei, procederá el recurso de casacion en el fondo i no en la forma.

Así se han considerado estas causales en los pocos casos ocurridos acerca de ellas.

La sentencia de la Corte Suprema del año 1883, número 1,280, pájina 680, versa sobre un recurso de nulidad entablado por falsedad, consistente en que el tribunal de segunda instancia habia supuesto faltar la prueba de un deslinde, no obstante que la prueba aparecia de una diligencia hecha practicar por el mismo tribunal para mejor resolver. Se desechó el recurso con el fundamento de que él solo se da por defectos de tramitacion i nó por la apreciacion judicial respecto al mérito de la prueba *que afecta al fondo de la cuestion debatida*. Lo mismo se consideró en el caso de la sentencia de la Excma. Corte, año 1884, número 669, pájina 438.

En seguida, aparte de que el cohecho i la falsedad no establecen de suyo que la sentencia haya sido dada con infraccion de las leyes al hecho aplicables, admitir la nulidad por tales causas importaria reaccionar contra la fuerza i estabilidad de la cosa juzgada que, con aplicacion especial al caso, ha querido resguardar el artículo 166 de la lei de organizacion i atribuciones de los tribunales (derogatoria en nuestro concepto de la de 1837 en esta parte) cuando dispone que «Ni en el caso de responsabilidad criminal, ni en el caso de responsabilidad civil, la sentencia pronunciada en el juicio de responsabilidad alterará la sentencia firme.»

El mantenimiento de estas causales, que ninguna lejislacion

actual contiene, presenta todavía el grave inconveniente de que ellas sirvan solo para amenguar la independencia i prestigio de los tribunales, pues, admitidas sin lato esclarecimiento en el recurso, pueden ser desechadas en el juicio criminal que habria de seguirse en rigor, como hoy mismo lo dispone el artículo 14 de la lei de 1.º de marzo de 1837.

74. La causa de "*haber sido dada la sentencia contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada*", está prevista en el número 6.º del artículo 5.º

La lei del 37 refiere esta causal solo a la segunda instancia, sin embargo de que, sin esta limitacion, la estableció la lei 13, título 22, Partida 3.ª i que es aplicable tanto a las sentencias de segunda como de primera instancia.

Es la cosa juzgada una de las escepciones perentorias que pueden oponerse a la demanda principal o reconventional. Si se la alega en tiempo i forma i la sentencia la rechaza, procede el recurso de nulidad ya contra la sentencia de primera instancia, ya contra la de segunda que acoje el yerro de la primera en este punto. Pero, lo repetimos, i así lo resolvió la Corte de Concepcion en sentencia de 1884, número 3302, página 2193, ha de formularse instancia acerca de la cosa juzgada durante el juicio alegándola oportunamente. Esto mismo dispone la lei de España en su artículo 1692, número 5.º que dice: "*Quando el fallo sea contrario a la cosa juzgada, siempre que se haya alegado esta escepcion en el juicio*". El proyecto no consigna esta aclaracion, acaso porque entiende que ella fluye de lo dispuesto en el artículo 7.º, pero sería mejor consignarla sobre todo si se conserva la redaccion de ese artículo.

En Francia es uniforme la jurisprudencia en orden a que la cosa juzgada debe haber sido opuesta en el juicio para que pueda invocársela como causal del recurso de casacion. Consúltese sobre el punto a Dalloz, *Repertoire*, números 1897 i 1898, i a Crépon, tomo 3, número 497, i tomo 2, números 807 i 809. El primero dice: "La razon, fácil de entender, es que la apreciacion de semejante causal por la Corte Suprema conduciría a ésta al exámen del fondo del negocio, contra la regla fundamental de su institucion"; i el segundo: "La cuestion consiste en saber si, durante el último juicio, se ha o no aducido la autoridad de la

cosa juzgada. Caso afirmativo, el recurso de casacion procede aunque el segundo fallo emane del mismo tribunal que el primero; si no se la ha alegado en el juicio, no hai mas que una contradiccion de sentencias, que solo admite la *requête civile*. Agregaremos que es sumamente difícil que una parte que puede valerse del beneficio de una decision anterior, no haya, con el auxilio de esta decision, invocado la autoridad de la cosa juzgada. Es preciso... que el juez de la causa haya omitido considerarla, porque la cosa juzgada no puede llevarse por primera vez ante la Corte de Casacion.—Para que una causal sea admisible ante esta Corte, es necesario que no constituya un medio *nuevo*, es decir, que no sea presentada por vez primera ante la Corte de Casacion. I esto se explica de suyo: ¿cómo admitir que se reproche al juez el haber juzgado mal cuando no se han puesto a su vista todos los elementos de la decision de él solicitada? ¿cómo obtener la casacion de esta decision por violacion de principios o reglas de derecho cuya aplicacion no correspondia a la causa, tal como ésta le fué sometida?»

La *requête civile*, que procede en el caso de no haberse opuesto en el juicio la cosa juzgada, es una accion de nulidad que se instaura ante el mismo tribunal que pronunció la última sentencia a fin de conocer de nuevo del negocio e invalidar esta sentencia, si realmente es contradictoria. Esta acción es semejante a la de retractacion o nulidad que fluye de la lei 13, título 22, Partida 3.<sup>a</sup>, único remedio que quedaria a la parte que, por ignorancia o por otro motivo involuntario, no invocó oportunamente en el juicio la escepcion de cosa juzgada; pero, para dejarla en salvo, habria que adicionar el artículo 43 del proyecto en esta forma:

«Se exceptúa la accion de nulidad de una sentencia de término dada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada i que no se opuso como escepcion en el juicio en que aquella sentencia recayó.»

75. Analogía estrecha con esta causal guarda la de contradiccion entre decisiones de una misma sentencia, que, sin embargo, no consulta el proyecto.

«Es necesario distinguir, dice M. Crépon (t. 3, núms. 461 i 462), la contradiccion que puede existir entre las disposiciones

de una misma sentencia i la que surge entre dos fallos diferentes. Estas dos hipótesis, que en realidad difieren esencialmente, merecen exámen distinto.—La contradiccion en las disposiciones de una misma sentencia existe, cuando ellas son incompatibles en términos de no poder ser ejecutadas simultáneamente.—Tal sentencia no puede subsistir en las condiciones en que ha sido dada, i debe concederse un recurso a las partes para hacer desaparecer el contra-sentido existente en lo dispositivo de ella. De otro modo, la sentencia no cumple con el mas indispensable de sus requisitos, cual es que pueda ser ejecutada, fuera de que semejante sentencia introduce confusion en la estension de los derechos controvertidos i acusa en los jueces lijereza i falta de rectitud que hai interes público en reparar.

El caso, por otra parte, no carece de precedentes en nuestra lejislacion, como que se le halla contemplado en las leyes 19, título 22, i 4.<sup>a</sup>, título 26, Partida 3.<sup>a</sup> Puede todavía citarse el caso análogo de las acciones contrarias de que habla la lei 7.<sup>a</sup>, título 10, Partida 3.<sup>a</sup>

Creemos, en consecuencia, que debe consultarse una disposicion especial, como lo hace la lei de España en su artículo 1692 número 4.<sup>o</sup>

Pudiera decirse que, disponiendo el número 11, artículo 5.<sup>o</sup> del proyecto, que hai casacion en la forma cuando se falta a cualquiera otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan espresamente que hai nulidad, el caso quedaria sujeto a las citadas leyes de Partida; pero, sobre concernir éstas a errores de cuenta o de número, conviene que la lei del recurso enuncie lo mas posible las causales i no se remita a leyes incompletas, anticuadas i que vagan fuera de la codificacion patria.

76. Es verdad que no es dable hacer la enunciacion concreta de todas las causales, i de aquí la razon dei aludido número 11 del artículo 5.<sup>o</sup> del proyecto, en relacion, miéntras no se sancionen los Códigos de Enjuiciamiento Civil i Penal, con leyes de Partida i algunas otras no codificadas que declaran nulas las sentencias en los casos que ellas determinan.

Algunas de estas leyes tratan de vicios de fondo, como la 13, título 22, partida 3.<sup>a</sup>, que declara nulo el fallo dado en virtud de falsos testigos o de falsas cartas, por lo cual, como sus análogas

no tienen aplicacion desde que los artículos 1.º i 2.º, número 15 de la lei de 1.º de marzo de 1837 solo admiten el recurso que se funda en causales consistentes en omision de trámites o formalidades esenciales del enjuiciamiento, como bien lo declararon las sentencias número 1,477, año 1858, i número 1,280, página 680, año 1883.

Entre las leyes de enjuiciamiento, pueden citarse las 2.ª i 14, título 22, Partida 3.ª, que declaran nula la sentencia dada *sub conditione*; i principalmente la lei de 12 de setiembre de 1851, que establece la nulidad de la sentencia definitiva que no se hubiera estendido en la forma que dispone el artículo 3.º de esta lei. Cabe decir de paso que, conforme a lo resuelto por la Corte Suprema en la sentencia número 1268, página 757, año 1887, «las disposiciones del artículo 1.º de la misma lei son reglas de conducta para el procedimiento interior de los tribunales» cuya omision no da lugar a nulidad.

77. Nada tenemos que observar a la disposicion del número 8, artículo 5.º del proyecto, que tiene su desarrollo en los artículos 21 i 30 del mismo.

78. Por la prescripcion i desercion de la apelacion queda afinada la segunda instancia i, por consiguiente, firme la sentencia de primera. Hai, por lo tanto, aquí un caso de cosa juzgada, comprendido virtualmente en el número 6.º Entendiéndolo así la comision revisora, no consignó esta causal en su proyecto, que, no obstante, el de la comision del Congreso consigna en el número 8.º diciendo:

«*Por haber sido dada en una apelacion ya prescrita o desierta.*» Acaso convendria decir... «*ya declarada prescrita o desierta*», para evitar que se crea que basta que se cumplan las condiciones de la prescripcion i desercion, siendo que la última puede purgarse i que respecto a la primera puede el apelante hacer valer lejítimo impedimento para haber dejado correr el término perentorio que fija la lei 5.ª, título 20, libro 11 de la Novísima Recopilacion; aparte de que ni una ni otra producen efecto ántes de declarárselas judicialmente. Convendria tambien incluir el caso de desistimiento, que es el abandono espreso del recurso i que surte los mismos efectos que los otros dos medios. Desistida o declarada desierta o prescrita la apelacion, no puede ya pronun-

ciarse sentencia—*non bis in idem*—ni en la apelacion así afinada ni en otro juicio.

#### § IV.—INTERPOSICION DEL RECURSO

79. Por conexion de materias, hemos tratado en otro lugar del carácter que debe tener la sentencia, del término en que ha de deducirse el recurso i de la reclamacion que el recurrente tiene que haber hecho oportuna i legalmente del defecto o vicio. Corresponde hablar de los otros requisitos de la interposicion.

El primero de éstos es que el recurrente tenga calidad para interponer el recurso, sobre lo cual nada dispone especialmente el proyecto, acaso por creer abundante espresar que solo inviste esa calidad el que es parte directa en el juicio i que, ademas, tiene interés en el recurso.

La lei de 1.º de marzo de 1837 empieza su artículo 1.º con esta frase significativa de la condicion enunciada: "*La parte que se sintiere agraviada*", etc. Los tribunales han deducido de aquí dicha condicion en casos como los siguientes: en la sentencia 1,363, página 858, año 1884, la Corte de Concepcion desechó un recurso interpuesto por un defensor pública por figurar en el juicio como mero coadyuvante i no como parte directa i porque ésta no lo interpuso en tiempo; en el mismo sentido resolvió la Corte Suprema en recurso fundado en que se habia omitido la audiencia del ministerio público en una cuestion de estado civil que se alegaba en apoyo de la demanda (s. 1,477, páj. 860, año 1882); la Corte de Concepcion (s. 4,052, páj. 2,611, año 1886) negó lugar a un recurso de *ultra petita* por haber sido interpuesto por la parte beneficiada con el fallo recurrido; la Corte de la Serena (s. 3,221, páj. 2,196, año 1887) negó igualmente lugar a un recurso fundado en que el contendor del recurrente no habia sido citado para oír sentencia; i del mismo modo resolvió la Corte Suprema en la sentencia 2,827, página 1,786, año 1886.

80. "*El recurso de casacion*", dice el artículo 9.º del proyecto,

*debe interponerse ante el tribunal que hubiere pronunciado la sentencia que se trata de invalidar i para ante aquel a quien corresponde conocer de él conforme a la lei.»*

Esta lei es la de organizacion i atribuciones de los tribunales, la cual, como se ha dicho, incurrió en el defecto de establecer diversas jurisdicciones para conocer del recurso de casacion en el fondo, defecto que el proyecto corrige concediendo este recurso únicamente contra las sentencias inapelables de las cortes de apelaciones i naturalmente para ante la Corte Suprema en virtud del artículo 107 de dicha lei.

Hai dos corrientes acerca del tribunal ante quien debe interponerse el recurso: la una que el proyecto, siguiendo la lei del 37 i la lei española, adopta i que consiste en que la casacion se interponga ante el tribunal de la causa; i la otra, que puede llamarse francesa, segun la cual la interposicion se hace ante el tribunal mismo llamado a conocer del recurso.

Este sistema ofrece el inconveniente de que, como sucede en Francia en los negocios civiles, el término tiene que ser tan largo cuanto sea necesario para dar amplia oportunidad de ocurrir ante la Corte Suprema, fuera de que siempre hai que solicitar el testimonio de las sentencias i a veces de otras piezas ante el tribunal *a quo*. El otro sistema no tiene este inconveniente; pero da lugar a la doble calificacion de la admisibilidad del recurso i a las apelaciones consiguientes.

81. El mismo tribunal *a quo* es llamado a apreciar en primer término las condiciones estrínsecas de admisibilidad del recurso, a saber: 1.<sup>a</sup> si la sentencia a que él se refiere es de aquellas contra las cuales lo concede la lei; 2.<sup>a</sup> si se ha interpuesto en tiempo; 3.<sup>a</sup> si se hace mencion expresa i determinada de la causa en que se funda; 4.<sup>a</sup> si la causa espresada es de las señaladas por la lei; 5.<sup>a</sup> si se ha hecho debidamente la reclamacion de que trata el artículo 7.º; 6.<sup>a</sup> si, tratándose de sentencia de segunda instancia, se ha hecho la consignacion de que luego se hablará (arts. 24 i 34 del proyecto.)

Esta primera calificacion de las circunstancias, contraria a lo que dispone el artículo 9.º de la lei de 1.º de marzo de 1837, tiende a cerrar el ingreso a recursos ostensiblemente infundados; pero, para no multiplicar las instancias de los mismos,

"debe el tribunal *a quo*, dicen los señores Manresa i Reus, concretarse a examinar si concurren o nó todas las circunstancias que son aplicables al caso de que se trata. Toda otra cuestion es de la esclusiva competencia del Tribunal Supremo, i debe reservarse para que la decida él mismo. Así es que la Audiencia no tiene facultad para apreciar si es o nó aplicable al caso la lei que se cita como infringida...; ni tampoco la procedencia o improcedencia del trámite, cuya mision haya sido el fundamento del recurso: apreciar i resolver cualquiera de estos estremos seria entrar en el fondo de la cuestion promovida por el recurso, i por esto se declara que estas cuestiones son de la esclusiva competencia del Tribunal Supremo."

82. A este Tribunal corresponde la verdadera calificacion o previo exámen, que tambien tiene impugnadores que sostienen que debe hacerse en la misma vista i fallo del recurso. La comision revisora mantuvo esta calificacion, a pesar de las siguientes opiniones manifestadas segun el acta de la sesion de 7 de diciembre de 1880: "Puesto en discusion el artículo 29 del proyecto de ley sobre el recurso de casacion, los señores Martínez i Aldunate fueron de opinion que debía omitirse el exámen previo acerca de la admisibilidad del recurso que, en conformidad a este artículo i a los dos siguientes, debe hacer el tribunal llamado a conocer del recurso, ántes de entrar a entender en el fondo de éste. A juicio de dichos señores, el tribunal deberia rechazar el recurso en la sentencia que lo resuelve, si aquél hubiere sido concedido indebidamente, sin necesidad de formar incidente alguno especial acerca de su admisibilidad. Los señores Cood, Huneus i Zegers apoyan el sistema del proyecto."

El previo exámen, sino como elemento de la casacion, ha sido jeneralmente adoptado para contener este remedio extraordinario en sus justos límites i para hacer fácil i espedito el despacho de recursos *prima facie* admisibles a discusion; tanto que, como se sabe, existe para el efecto en Francia, una sala especial, llamada *Chambre de requêtes*, i, con escepcion de Bélgica i Prusia, en las demas naciones europeas que han acogido la casacion. Mas, para que la calificacion no desnaturalice la secuela del recurso, es menester que no se la convierta en una instan-

cia, sino que se la haga de plano o sin debates. Tal parece ser el sistema del proyecto cuando dispone:

Art. 37. *Elevado el proceso a la Corte Suprema, examinará este Tribunal (agregaríamos "en cuenta") si parece admisible el recurso, esto es, si concurren en él las circunstancias espresadas en el artículo 24.*

*Si encontrare mérito para considerar inadmissible el recurso, mandará traer los autos en relacion sobre este punto (agregaríamos "sin esperar la comparecencia de las partes.")*

*"Si declarare no haber lugar al recurso, devolverá el proceso al tribunal inferior para el cumplimiento de la sentencia.*

Art. 38. *Encontrando el tribunal admisible el recurso, i siendo éste de casacion en el fondo, se entregará por diez días el proceso a la parte que lo hubiere interpuesto a fin de que lo funde por escrito.*

*"De este escrito se comunicará traslado tambien por el término de diez días al contendor.*

*"Oidas las partes, (agregaríamos "o en su rebeldía") se pasará el proceso al fiscal para que en el término de veinte días emita su dictámen.*

Art. 39. *Cuando el recurso fuere de casacion en la forma i el tribunal lo encontrare admisible, mandará traer los autos en relacion" (agregaríamos tambien "hayan o nó comparecido las partes", como lo dispone el artículo II de la lei del 37).*

83. La lei exige mencion espresa i determinada de la causal del recurso, i no sería aceptable una indicacion vaga i jenérica, lo cual no importa que la causal deba ser desarrollada en el escrito en que se la aduce, sino únicamente que sea determinada, porque, como luego diremos, la interposicion fija la potestad del tribunal de casacion.

84. La caucion de la multa ha sido desde antiguo exigida en los recursos extraordinarios, con el doble fin de sancionar el respo debido a la cosa juzgada i de poner coto al abuso de remedios estremos. Ella obliga tambien a reflexionar ántes de interponer recursos infundados i dilatorios. Pero, para que la caucion llene estos propósitos, es menester que no sea ilusoria i que su monto importe en realidad la eficacia que la lei busca en ella.

El artículo 31 del proyecto fija en ciento cincuenta pesos la cuantía de la consignacion cuando se trata de la casacion en el fondo i el valor del juicio no pasa de diez mil pesos; i en trescientos pesos cuando la cosa disputada excede de diez mil. En el recurso de casacion en la forma, exige la consignacion de cien pesos en el primer caso i de doscientos en el segundo. Si se interponen conjuntamente recursos de fondo i de forma, se consigna solo la cantidad correspondiente a aquél. Cuando la cuantía del pleito no fuere de pronta i fácil apreciacion, o no versare él sobre materia apreciable en dinero, el artículo 32 considera para el efecto la cuantía como de ménos de diez mil pesos.

Lo mismo establecia el artículo 39 del proyecto de la comision revisora, con la diferencia de que en el caso de los dos recursos conjuntos, la consignacion del de fondo se aumentaria con la tercera parte de la del de forma.

Parecen exiguas estas sumas. El artículo 7.º de la lei del 37 —eso que del recurso de nulidad o de forma es del que ménos puede abusarse— exige doscientos pesos si la cuantía del pleito no excede de tres mil, i trescientos en los demas casos. A diferencia de esta lei, el proyecto exonera de la consignacion los recursos contra sentencias de primera i única instancia, porque los juicios en que recaen no soportan otra pena que la de costas i tambien porque no admiten casacion en el fondo. Pero esto mismo concurre a la conveniencia de elevar el monto de la multa que solo queda subsistente para juicios de mayor valfa.

85. Naturalmente el proyecto ha debido disponer, como lo hace en el artículo 33, que *«Ni los oficiales del ministerio público, ni los defensores públicos, ni los que gozan de privilejio de pobreza estardn obligados a hacer consignacion alguna para interponer recursos de casacion.»*

86. Así como la demanda da la medida de la sentencia que a ella debe rigurosamente ceñirse, el primer efecto de la interposicion del recurso es fijar sin ulterior mejora los puntos sobre que ha de recaer la casacion.

Es esto ademas consecucional de la índole extraordinaria del recurso, del respeto a lo juzgado, de la necesidad de imprimir método a la casacion i de contenerla en sus límites rigurosos, para lo cual se exige tambien la mencion espresa i determinada

de la causal. Consulta estas ideas el artículo 10 del proyecto, así redactado:

*“Interpuesto el recurso de casacion, no puede hacerse en él variacion de ningun jénero.*

*“Por consiguiente, aun cuando en el progreso del recurso se descubra alguna nueva causa en que hubiera podido fundarse, la sentencia recaerá únicamente sobre las alegadas en tiempo i forma, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.”*

Aunque este principio no está formulado en la lei de 1837, los tribunales lo han deducido, como se ve en la sentencia 4,955, año 1878, de los requisitos que el artículo 4.º de dicha lei establece en órden a que el recurso, so pena de no ser admitido, sea interpuesto dentro de cinco dias fatales, por escrito i con mencion espresa i determinada del defecto o vicio en que se funda.

87. Así por lo dicho como por la saludable tendencia de las legislaciones en el sentido de restringir el campo del arbitrio judicial, no puede en jeneral la Corte de Casacion suplir de oficio causales no formuladas oportunamente.

Esta doctrina es absoluta respecto a infraccion de leyes decisorias de la lítés, porque aquí, a diferencia del procedimiento que es de órden público i condicion de existencia del juicio mismo, las causales miran mas al interes individual de las partes, interes que ellas deben cautelar en la secuela del juicio, primero, i en la interposicion del recurso en último término. Es cierto que pueden los tribunales ordinarios declarar de oficio la nulidad absoluta i manifiesta de actos i contratos i proceder del mismo modo en materia penal; pero llevar esta officiosidad hasta el tribunal de casacion seria desvirtuar el recurso que necesariamente debe surgir del proceso formado por las conclusiones de las partes.

Se esplica que en Francia, en donde la casacion es mui estensa i no limitada a los fallos de las cortes de apelaciones, haya la jurisprudencia aceptado algunas veces que la Corte de Casacion supla ciertas causales de oficio; pero allí mismo, segun dice Dalloz (*Repertoire*, N.º 899), “la regla ante la Corte Suprema, como ante todas las jurisdicciones, es que el juez no puede conocer de un negocio sino en vista de las conclusiones de las partes, conclusiones que deben dar la medida exacta de

la decision. Así, cuando una parte provoca la censura de la Corte Suprema i pide la casacion de un fallo judicial por contradiccion a la lei o por violacion de las formas, es indispensable que señale a la atencion de la Corte las disposiciones que pretende estar viciadas en la sentencia recurrida i que justifique asimismo sus conclusiones, pues no corresponde a la Corte entregarse oficiosamente a investigar los puntos vulnerables de la sentencia. La iniciativa al respecto no entra en sus atribuciones sino que incumbe a quienes han sido parte en el juicio. En consecuencia, la regla escrita en la lei romana del Código, *ut quæ desunt advocatis partium, iudex suppleat*, no es aplicable al caso de que se trata.»

El mismo Dalloz advierte en el número 1,309 que «las salas civiles declaran rara vez de oficio los medios de casacion, a ménos que entrañen *nullidades de órden público*, como las que vician las formalidades del juicio o del fallo o que conciernen a la competencia.»

88. En efecto, como ántes lo hemos dicho, sin la observancia de las formalidades esenciales no hai propiamente juicio ni medio seguro de declarar el derecho que se contiene. De aquí la facultad escepcional conferida a los tribunales superiores para suplir la omision de las partes en cuanto sea preciso para restablecer las formas esenciales al esclarecimiento de los hechos i derechos en controversia. I al revés de lo que pasaria en el recurso de casacion en el fondo, no se avoca el superior en el de forma la decision de un proceso írrito, sino que lo repone i defiende el conocimiento del negocio nuevamente formalizado al tribunal ordinario correspondiente.

Inspirado en estas consideraciones i en reglas de nuestro derecho tradicional, el proyecto prescribe en su artículo 11 que «*Deben los tribunales invalidar de oficio las sentencias de que conocieren en apelacion o casacion, cuando aparezca de manifiesto en ellas alguna de las causas que dan lugar a la casacion en la forma.*»

La comision revisora habia hecho facultativa, como debe ser, esta delicada atribucion, i discutídola i restringídola, segun aparece del acta de la sesion 92 de 5 de agosto de 1879: «El señor Ministro pide se suprima este artículo, porque no convie-

ne dejar a los jueces estas facultades discrecionales que en todo caso son peligrosas i porque la lei debe tender a interesar a las partes en hacer con celo su defensa.—El señor Campillo apoya esta indicacion. En su concepto, este artículo echa por tierra todos los escrupulosos requisitos que la lei exige en otra parte para la admision de estos recursos, i, por consiguiente, no guarda armonía con aquellas disposiciones.—El señor Gandarillas sostiene la disposicion del artículo. Ordinariamente hacen los tribunales superiores uso de esta facultad cuando la sentencia de primera instancia no resuelve la cuestion suscitada en el juicio.—El señor Ministro i el señor Campillo aceptan el artículo con relacion al único caso espresado por el señor Gandarillas.—El señor Ministro propone, en consecuencia, se redacte el artículo en esta forma: «Pueden los tribunales de alzada invalidar de oficio las sentencias legalmente apeladas cuando aparece de manifiesto que se ha fallado fuera o mas allá de lo pedido.»—Fué aprobado el artículo en esta forma.—El señor Lira espuso que al redactar este artículo (el primitivo) habia tenido presente el inciso 2.º del artículo 15 de la lei de nulidades i el artículo 1683 del Código Civil i que habia dado a esta atribucion un carácter discrecional, no imperativo, a fin de dejar a los tribunales a quienes ella se confiere, la libertad de no invalidar sentencias que consideraran intrínsecamente justas, no obstante la omision de uno o mas trámites de suyo sustanciales, pero sin importancia actual en el negocio.»

Revisando el artículo en la sesion de 23 de noviembre de 1880, «propone el señor Martínez que se amplíe como en el proyecto primitivo, a todos los casos de casacion en la forma, i el señor Aldunate, que se suprima como peligroso. Votada como prévia esta indicacion, resultaron tres votos por la afirmativa i tres por la negativa.»

En la sesion siguiente de 30 de noviembre, «se puso en segunda discusion el artículo 10. El señor Campillo está por la supresion del artículo.—El señor Martínez considera necesaria esta disposicion, que tenemos hoy en nuestra lei de nulidades i de que suelen hacer uso los tribunales superiores en casos muy justificados i para enmendar varios errores de los inferiores, sobre todo cuando se ha dejado el negocio en una condicion irre-

gular, indefinida. No ve, por tanto, razon para limitarla al único caso que contempla el artículo en discusion.—El señor Campi- llo acepta las observaciones del señor Martinez, tomando prin- cipalmente en cuenta la diversidad de apreciacion que puede traer respecto de los negocios judiciales la intervencion en se- gunda instancia de abogados que no dirijen el juicio en la pri- mera. Votado el artículo, fué rechazado por cinco votos contra uno.—El artículo 798 del proyecto primitivo de enjuiciamiento fué aprobado por unanimidad.»

89. El proyecto hace bien en ampliar el inciso 2.º artículo 15 de la lei de 1837 en el sentido de dar a los tribunales superio- res la oportunidad para ejercer la facultad de que se trata no solo en la apelacion, como ahora sucede, sino conociendo en la casacion misma, pues el tribunal de casacion es el primer lla- mado a velar por la observancia de las formas, aparte de que anulando no asume las funciones de sentenciador. Compren- diéndolo así i a pesar de que la letra de la lei no lo autoriza, la 2.ª sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, en s. 279, pá- jina 178, año 1879, conociendo de un recurso de nulidad, lo de- sechó, pero suspendió los efectos del fallo recurrido en virtud de un vicio esencial no alegado como fundamento del recurso.

90. Pero el proyecto incurre en el error de hacer imperativa esta atribucion que, como dijimos, es i debe ser discrecional.

Desde luego, la infraccion del precepto no tiene ni puede tener sancion, sobre todo tratándose de la Corte Suprema.

Principalmente, no siempre es útil pronunciar la nulidad, i solo lo es cuando, como lo significa la lei del 37, el vicio es esencial i relativo a infraccion de lei espresa i terminante en materia grave, locuciones que advierten que no ha de ejerci- tarse tan delicada atribucion sino cuando en los autos no que- dan, por efecto del vicio, antecedentes para un fallo en cierto, o bien cuando la falta arguye indefension o incompetencia insub- sanable. Así lo han entendido nuestros tribunales, i, entre otros, es notable el caso de la s. 1,491, página 688, año 1870, en la cual la Corte, no obstante de aparecer de manifiesto i de re- caer sobre materia grave un vicio de procedimiento, se abstuvo de pronunciar la nulidad oficiosa, porque quedaba base para resolver en el fondo.

Es esta también la mente de las leyes predecesoras de la de 1837.

La ley 2.<sup>a</sup> título 16, libro 11 de la Novísima Recopilación cuyo rúbrica es: "Se pueda dar sentencia en los pleytos civiles i criminales, probada i sabida la verdad, aunque falte alguna de las solemnidades del orden de los juicios", despues de referir que los tribunales de alzada anulan muchas veces de oficio los procesos i las sentencias por defecto de la solemnidad i sustancia de la orden de los juicios... i así los pleytos se alargan, de que viene gran daño a las partes", establece que, tanto en lo civil como en lo penal, en primera como en segunda o tercera instancia, "conteniéndose en la demanda la cosa que el demandador entendió demandar, o el acusador pedir, *seyendo hallada y probada la verdad del fecho por el proceso, en cualquier de las instancias que se viere, sobre que se pueda dar cierta sentencia*", aunque "desfallezcan las otras solemnidades i sustancias de la orden de los juicios que los Derechos mandan," los jueces afinen los pleitos segun la verdad que hallaren probada en ellos, i que, por las razones dichas, las sentencias no dejen de ser valaderas, a no ser que una de las partes pida anticipadamente que la otra guarde las solemnidades del derecho.

Esta ley enseña, a nuestro juicio, la verdadera doctrina, segun la cual debe ser facultativa i no imperativa la invalidez oficiosa i segun la cual también los tribunales deben ser mui cautos en no declarar la nulidad sino en los casos señalados de nuestra referencia.

Se impone, pues, la sustitucion en el artículo 11 del proyecto de la palabra "Deben" por "Pueden."

91. Otro efecto de la interposicion del recurso es suspender la ejecucion de la sentencia, punto que el proyecto regla en esta forma:

"ART. 12. *El recurso de casacion suspende la ejecucion de la sentencia, excepto en los casos siguientes:*

"1.º *Cuando se interpusiere por el demandado contra la sentencia definitiva pronunciada en el juicio ejecutivo, en los juicios posesorios, en los de desahucio i en los de alimento; i*

"2.º *Cuando de otorgarse libremente, quedaria la sentencia de hecho eludida o retardada con grave daño, en su ejecucion i en sus*

*efectos. Al conceder el recurso, el tribunal hará declaracion expresa sobre este punto.*»

Este artículo fué acordado en la comision revisora, previa la siguiente discusion, que consta de las actas de las sesiones de 5 i 12 de agosto de 1879:

«Se puso en discusion el artículo 799.—El señor Campillo impugna la escepcion del número 2.º, porque la encuentra muy vaga i orijinada a la arbitrariedad.—El señor Ministro propone se pongan en lugar de este artículo, salvo las modificaciones en la redaccion que sean menester, los 1,068 i 1,069 de la lei (de entónces) de enjuiciamiento civil de España, que dicen así: «Las sentencias contra las cuales se hubiere interpuesto i aun admitido recurso de casacion, pueden llevarse a efecto, si el que las hubiere obtenido lo pidiere, i fueren conforme con las de primera instancia. Para que el tribunal superior pueda acceder a la ejecucion de la sentencia contra la cual se hubiere interpuesto recurso de casacion, se necesita que el que pide la ejecucion preste ántes fianza bastante, a satisfaccion del tribunal, para responder de cuanto recibiere o pudiera recibir, caso de ser anulada la ejecutoria.»—El señor Gandarillas acepta para todos los casos i no para el de conformidad de las sentencias de primera i de segunda instancia la disposicion de este segundo artículo.—El señor Cood encuentra impropio el que se hable de efecto devolutivo i de efecto suspensivo con relacion al recurso de casacion, en el cual solo se trata de la validez o nulidad de la sentencia; i quiere que se diga, como en la lei española, que, interpuesto el recurso, se suspende o no se suspende el cumplimiento de la sentencia. Por lo demas, acepta lo sustancial del artículo en debate.—El señor Fábres observa que, al presente, aun cuando la lei nada dice sobre el particular, el recurso de nulidad suspende siempre el cumplimiento de la sentencia reclamada. A su juicio, sería mas conveniente distinguir: que el recurso de casacion en el fondo no suspenda la ejecucion de la sentencia; que el de casacion en la forma la suspenda siempre.—El señor Campillo cree que se podría combinar con la indicacion del señor Fábres la disposicion del artículo del proyecto, de esta manera: que el recurso en la forma suspenda siempre la ejecucion de la sentencia; que el recurso en

el fondo no la suspenda, escepto en los casos de los dos números del artículo del proyecto. — El señor Gandarillas prefiere la práctica existente. El recurso de nulidad suspende hoy la ejecución de la sentencia: a esta práctica estamos acostumbrados: ella no ofrece inconvenientes: ¿para qué alterarla?—El señor Campillo replica que la práctica actual no puede invocarse sino en parte, pues la lei no reconoce en el dia sino un recurso análogo al de casacion en la forma.—El señor Ministro resume las indicaciones formuladas; i, tomando alguna parte de cada una de ellas, propone se deje el artículo en la forma siguiente (la del proyecto.)—Fué aprobada por unanimidad esta indicacion.»

92. El efecto suspensivo es en Francia escepcional, no la regla. El recurso, dicen los tratadistas, no es suspensivo como lo es la apelacion, porque, mientras un fallo no es anulado por ser contrario a la lei, se considera conformarse a ella i la parte que lo ha obtenido tiene derecho para hacerlo cumplir. Es este principio tan antiguo que se le halla consagrado en la Ordenanza de 1344, reproducido en la de Blois, en el Edicto de Ruan i en fin en el Reglamento de 1738. Sin embargo, los mismos tratadistas franceses abogan a menudo porque el legislador abandone un principio tan absoluto i declare para muchos mas casos, previa caucion, el efecto suspensivo. M. Chénon anota en la página 188 de su libro que en el Canton de Neuchâtel el recurso no es en jeneral suspensivo en materia civil, pero que el presidente de la Corte de Casacion puede ordenar la suspension con garantía; que en el Portugal es suspensivo en cuestiones de estado de las personas i de conflictos de jurisdiccion; que en Rusia es siempre suspensivo, salvo en lo relativo a la ejecución de multas, daños i perjuicios, aplicados por delitos, casos en los cuales se mantiene en depósito la suma juzgada hasta el fallo del recurso. El artículo 1786 de la actual lei de enjuiciamiento civil de España dispone que «La Audiencia podrá decretar la ejecución de la sentencia, a petición de la parte que la hubiere obtenido, aunque se haya interpuesto i admitido el recurso de casacion, si dicha parte presta fianza bastante a juicio del mismo Tribunal para responder de cuanto hubiere recibido si se declarase la casacion.»

La lei de 1.º de marzo de 1837 no fija directamente el efecto

de la interposicion del recurso; pero del hecho de disponer en su artículo 9.º que el juez o tribunal ante quien se interpone ordene (sin otro trámite) que se remita el proceso orijinal al tribunal que corresponda, se deduce el efecto suspensivo que en la práctica se ha dado siempre a la interposicion. Se esceptúa el caso del artículo 21, esto es, cuando la nulidad se formula contra sentencia definitiva que únicamente admite apelacion en el efecto devolutivo, pues entónces se elevan las compulsas útiles i no el proceso orijinal i el juez de la causa sigue adelante en el curso de ésta i en la ejecucion de la sentencia.

El proyecto no dice que en los casos de escepcion se remitan solo compulsas. A lo ménos, para salvar esta omision, redactaríamos el artículo 24 espresando que se remitirán las compulsas necesarias en los casos en que deba ejecutarse la sentencia de conformidad con lo dispuesto en los números 1.º i 2.º del artículo 12.

#### § V.—DE LA TRAMITACION

93. Poco hai que añadir a lo dicho al tratar de la interposicion del recurso.

Por su naturaleza i carácter especial la casacion debe tramitarse tan brevemente como sea posible. El proyecto establece en sustancia que el procedimiento es igual al de la apelacion de sentencias interlocutorias, salvo los escritos fundamentales i la audiencia del ministerio público que exigen la naturaleza i la acertada solucion del recurso de fondo. Al transcribir los artículos 37, 38 i 39 indicamos algunas adiciones que abrevian mas aun la sustanciacion sin daño de la defensa i sin que la parte morosa en comparecer imponga a la otra los perjuicios de su tardanza. Acaso convendria establecer que las notificaciones se hicieran por la tablilla.

94. De que en la casacion en el fondo se trata del derecho i no del hecho, de la sentencia i no del juicio, se sigue que no debe admitirse en la secuela del recurso prueba alguna.

Comentando el artículo 1741 de la lei de España que prohíbe en absoluto admitir ningun documento ni la alegacion de hechos que no resulten de los autos, dice Reus: "Igual dis-

posicion contenia ya la antigua lei de enjuiciamiento i las que le siguieron hasta la actual, i no hai para qué encarecer su justificacion i consecuencia, pues está conforme a los buenos principios, porque perderian los recursos su carácter i naturaleza convirtiéndose en una tercera instancia, desde el momento en que se permitiera la presentacion de nuevos documentos o cualquiera otro medio de prueba que pudiese alterar la resultancia de los autos, pues la alta mision del Tribunal Supremo en ellos es la de decidir si ha sido o nó infrinjida la lei, i para esto es necesario que atienda única i exclusivamente a lo que resultaba del proceso cuando se dictó la ejecutoria. I hasta tal punto creen los comentaristas que esto es de tanto rigor, que ni aun de la facultad que se concede a todos los tribunales para dictar autos para mejor proveer, puede hacer uso al efecto el Tribunal Supremo para decidir en casacion.»

Estableciendo esta prohibicion, dice el artículo 40 del proyecto:

*«En el recurso de casacion en el fondo no se podrán admitir ni decretar de oficio para mejor proveer pruebas de ninguna clase que tiendan a establecer o esclarecer los hechos controvertidos en el juicio en que hubiere recaído la sentencia reclamada.»*

## § VI.—DE LA SENTENCIA DE CASACION I SUS EFECTOS

95. Ha sido cuestion grave i mui debatida la de si el tribunal de casacion debe ser o nó el mismo que dicta la sentencia en sustitucion de la casada en el fondo.

La negativa es el sistema frances que data desde la Revolucion i segun el cual, invalidada la sentencia por violacion de lei, se remite el proceso para que lo falle otro tribunal ordinario que no está obligado a seguir la doctrina del de casacion. Puede así el nuevo fallo ser recurrido, i en tal caso la Corte de Casacion decide en pleno, i su decision es obligatoria para el otro tribunal a quien se remiten los autos, tribunal que desempeña ya un oficio casi mecánico acerca de la cuestion de derecho.

Este sistema presenta dificultades prácticas que desde luego predisponen en su contra, las cuales han sido palpadas aun en Francia que posee un organismo judicial tan perfecto, apar-

te de las mayores dilaciones i gastos que la instancia ante otro tribunal orijina.

Es verdad que en el pronunciamiento del fallo que reemplaza al casado procede en teoría la Corte Suprema como tribunal de instancia en la apreciacion de los hechos; pero es este todo el inconveniente del sistema contrario al frances, inconveniente mas ostensible que real, encadenada como está la Corte por las consideraciones de derecho ya asentadas por ella en la sentencia de casacion de la cual la de fondo no es mas que consecuencial; e inconveniente, por otra parte, que desaparecería si, como el interes de la institucion pudiera aconsejarlo, se dispone que la Corte de Casacion respete, así como lo hizo en el recurso, los hechos tales como la corte de apelaciones los ha dado por establecidos. De este modo se conjuraria el remoto peligro de que la Corte Suprema se convierta alguna vez en un tercer grado jurisdiccional i se mantendria el rigorismo del recurso.

96. En España se ensayó al principio el sistema frances. El real decreto de 4 de noviembre de 1838 disponia que cuando se declarara haber lugar al recurso por ser la sentencia contraria a la lei, volvieran los autos al tribunal *a quo* para que, formado con siete jueces que no hubieran intervenido en la sentencia, se pronunciara en última instancia sobre el fondo del asunto. Este pronunciamiento no admitia ya mas recurso que el de responsabilidad. Se observó que esto daba lugar a conferir a una Audiencia el derecho de anular un fallo del Tribunal Supremo. Esta i otras consideraciones hicieron adoptar el sistema contrario, que sigue nuestro proyecto en su art. 13, tomado de las leyes de enjuiciamiento civil de España. Dice el artículo:

«ART. 13. *Cuando la Corte Suprema invalidare una sentencia por casacion en el fondo, dic tará a continuacion i sin nueva vista, pero separadamente, sobre la cuestion materia del juicio, la sentencia que crea conforme al mérito del proceso.*»

Justificando su sistema los comentadores españoles hacen ver que, aunque el rigorismo doctrinal aconseja que la Corte de Casacion se circunscriba al recurso i nada mas, debe prescindirse de este rigor cuando puede seguirse otro camino mas ven-

tajoso al interes público i al privado, mira que debe prevalecer en el lejislador; que ántes de 1789 la casacion se rijió en Francia por la regla de que el *Consejo de las partes* casaba i se pronunciaba en seguida sobre el negocio mismo; que si los franceses han obviado el obstáculo de que la Corte Suprema pueda ser desautorizada por la de apelaciones, ello es artificial, toda vez que habiendo ésta de conformarse a lo que haya dicho aquélla, en el hecho es la Corte de Casacion la que resuelve sobre el fondo; que, por lo tanto, es mucho mas correcto que lo haga directamente i nó por rodeos i en forma de imposicion sobre la corte de apelaciones que carecería así de la independencia que debe tener todo tribunal.

97. Otras naciones se han apartado del sistema frances. En la Introduccion al Código de Instruccion Criminal de Austria, vertido al frances por M. C. Leon Caen, dice este jurisconsulto:

«En lo concerniente al recurso de casacion hai que observar que las facultades de la Corte de Casacion son en muchos casos mas latas que en Francia. Aquí, cuando la Corte Suprema casa, no resuelve sobre el fondo sino que remite la decision del asunto a otra jurisdiccion. El lejislador austriaco ha encontrado que esté sistema, segun el cual la Corte de Casacion ejerce funciones en cierto modo negativas, entraña complicaciones i lentitudes perjudiciales; i a lo ménos en muchos casos, ha dado a la Corte de Casacion la facultad de, casada la sentencia que le ha sido elevada, pronunciar la decision sobre el fondo.»

98. La comision revisora no vaciló en adoptar este sistema. Solo discutió si se dictaba en el mismo acto o separadamente la sentencia sobre el juicio. Dice al respecto el acta de la sesion de 12 de agosto de 1879:

«El señor Campillo observa que el proyecto (el primitivo) da a entender que debe trascurrir algun tiempo entre el pronunciamiento de la sentencia en el recurso de casacion i el de la que versa sobre el fondo mismo del negocio. No ve ventaja alguna en esta dilacion. Por el contrario, cree que, supuesto que ya es conocida la opinion del tribunal sobre el fondo del negocio, no debe retardarse el pronunciamiento de su sentencia. Por lo mismo, tampoco acepta el que la segunda sentencia, que no ha de ser sino la reproduccion de lo sustancial de la primera,

se redacte separadamente. ¿Para qué hacer dos fallos diversos con unos mismos considerandos? En consecuencia, hace indicacion... para que de las dos sentencias se haga una sola.—El señor Lira reconoce que la forma verbal empleada para expresar dos actos sucesivos ofrece efectivamente lugar a dudas, pues cabe entender que para que pueda dictarse la segunda sentencia es menester que esté ya notificada la primera, lo cual ciertamente no ha sido su pensamiento... En cuanto a la segunda indicacion, conviene que haya dos sentencias, aunque la una reproduzca parte de la otra, a fin de que la pronunciada en el recurso presente mas de manifiesto su importancia científica o doctrinal.—El señor Cood agrega, en apoyo de esta segunda parte, que puede suceder que la sentencia que recaiga en el fondo del negocio sea, no obstante la casacion, conforme en lo dispositivo, aunque por diversas razones, con la invalidada. Se concibe, en efecto, que bien puede el tribunal de casacion dejar insubsistente una sentencia que dé una errónea intelijencia a la lei i resolver él mismo por otras razones en el propio sentido de la sentencia anulada.—El señor Campillo no acepta la posibilidad de la hipótesis propuesta por el señor Cood.—El señor Ministro i el señor Gandarillas recuerdan que, conforme a lo establecido despues de un largo debate,... para que el tribunal declare la casacion en el fondo, es menester que la infraccion de la lei reclamada haya influido sustancialmente en la decision del negocio; por manera que, si la sentencia, aunque viciosa en la apreciacion que hace de la lei, es justa i conforme a la lei en la sustancia de su disposicion, no deberá el tribunal dar lugar al recurso.—El señor Lira considera mui verosímil i posible el caso propuesto por el señor Cood. Se reclama, por ejemplo, la nulidad de un acto por dos o tres vicios diversos: la sentencia admite el primero de los vicios objetados i da lugar a la demanda: ese vicio, sin embargo, no está reconocido como causa de nulidad por la lei: la sentencia, por tanto, debe ser casada. Con todo, otro de los vicios objetados es legal i está acreditado en el proceso. ¿Deberá darse lugar al recurso? Sí, porque, al juzgar acerca de él, el Tribunal, conforme a lo establecido en el artículo 787, debe circunscribirse al solo punto de discusion a que él se presta; lo cual no obsta a que en la misma vista de la causa

se examinen con relacion a la segunda sentencia los demas puntos de vista del negocio. - El señor Fábres es de la misma opinion que el señor Cood.—El señor Ministro lee los comentarios de los señores Manresa i Reus al artículo 1,060 de la lei de enjuiciamiento civil de España i encuentra efectivamente aceptable la disposicion del artículo en debate.—El señor Gandarillas conviene asimismo en la separacion de las sentencias; pero quiere que se deje bien esclarecido que no habrá mas que una sola vista del negocio. En consecuencia, propone se redacte el artículo en la forma siguiente: «Cuando el Tribunal invalidare una sentencia por casacion en el fondo, dictará acto continuo i sin nueva vista, pero separadamente, sobre la cuestion materia del juicio, la sentencia que crea conforme al mérito del proceso. Fué aprobada por unanimidad esta indicacion.»

99. El efecto natural e inmediato de la sentencia que declara la casacion en la forma es, como se espresa en el artículo 14 del proyecto, que *«la misma sentencia que declare la casacion determinará el estado en que quede el proceso, el cual se remitirá para su conocimiento al tribunal correspondiente, tribunal que según el inciso 2.º, «es aquel a quien tocaria conocer del negocio en caso de recusacion del juez o jueces que pronunciaron la sentencia casada.»*

«El inciso 2.º, dice el acta de la sesion de la comision revisora de 19 de agosto de 1879, fué aprobado sin modificacion despues de haber hecho notar el señor Lira que en él se hace mención espresa del caso de la recusacion de mas de uno para comprender, a mas de los casos ordinarios, el contemplado en el art. 132 de la lei de organizacion i atribuciones de los tribunales.»

100. Este inciso viene también a solucionar dos cuestiones que se han presentado despues de dicha lei, a saber: que no siendo, segun el art. 250 de la misma, causal de implicancia sino de recusacion el haber manifestado el juez de cualquier modo i con conocimiento de causa su dictámen sobre la cuestion pendiente, i no pudiendo ser declarada la recusacion de oficio, no seria ya legalmente aplicable lo dispuesto en los arts. 13, 15 inc. 2.º i 17 de la lei de 1.º de marzo de 1837 en órden a que, pronunciada la nulidad, se defiera el conocimiento al juez no implicado o in-

habilitado sino al mismo tribunal que dictó el fallo anulado; i 2.º que los arts. 67 i 107 de la lei de tribunales han derogado el art. 17 de la lei de 1.º de marzo de 1837 en cuanto ésta prescribe que la Corte Suprema retenga el conocimiento de la causa cuando la sentencia anulada procede de una Corte de Apelaciones.

Estas cuestiones se ofrecieron en el caso de la sentencia 1,351, páj. 923 de la Gaceta de 1889. A ella i al luminoso voto disidente remitimos al lector.

Por lo demas i tratándose de nulidad de formas, en ninguna parte retiene la Corte de Casacion el conocimiento en el fondo. La retencion pudo escusarse en 1837 por la falta de cortes i de subrogantes, pero hoi ni nunca en doctrina hai razon para que los tribunales ordinarios no recobren en el caso su peculiar jurisdiccion i el juicio todas sus instancias i recursos.

101. Escusado es decir—i el proyecto no ha tenido para qué consignarlo—que la sentencia de casacion debe ser fundada, estableciendo con la separacion debida los hechos i las cuestiones de derecho que se resuelvan. Nunca es mas de rigor que en los fallos destinados a formar i uniformar la jurisprudencia la fiel observancia de las reglas que la lei i la doctrina tienen consagradas para el pronunciamiento de las sentencias que declaran perentoriamente el derecho.

102. Otro efecto de la sentencia sobre el recurso es que se devuelva a la parte la cantidad consignada o se la aplique a beneficio fiscal, segun se admita o deniegue la casacion. Así lo disponen los arts. 13 i 18 de la lei de nulidades i lo establece el proyecto en el art. 35, que dice:

*“La cantidad consignada se devolverá a la parte en todo caso en que el Tribunal Superior case la sentencia o devuelva el proceso sin pronunciarse acerca de la casacion ni sobre la admisibilidad del recurso. En los demas casos se aplicará a beneficio fiscal.”*

Como se ve, no se aplica la multa en los casos de desercion o prescripcion ni tampoco en el de desistimiento, cuando estos medios de poner término al recurso tienen lugar ántes de declarársele inadmisibile. La razon que se da para no imponer multa en estos casos es que no hai declaracion sobre la ilegalidad o improcedencia del recurso que es lo que con aquella se pena, bastando

como sancion del abandono espreso o tácito las costas, acerca de las cuales nada dice el proyecto para el caso, sin duda porque se refiere al abandono de la apelacion que en la práctica se decreta siempre con costas. Convendria, sin embargo, establecer claramente esta sancion que es de mas rigor en recursos extraordinarios. Obsérvase todavía que el proyecto solo habla del pago de costas en el art. 15, esto es, en los casos en que se declara sin lugar el recurso o la casacion, lo que hace mas conveniente la indicada aclaracion.

103. No sigue el proyecto las disposiciones de los arts. 13 i 14 de la lei de 1.º de marzo de 1837, segun las cuales, declarada la nulidad por la Corte Suprema, debe ponerse la resolucion en noticia del fiscal a efecto de hacer efectiva la responsabilidad del tribunal que incurrió en la nulidad; i lo mismo en el caso de declararse la nulidad por la Corte de Apelaciones que puede ademas decretar la suspension del juez, o dar cuenta motivada i documentada a la Corte Suprema o imponer la condena de costas o una multa equitativa. Declarándose la nulidad por cohecho o falsedad, en el mismo auto se suspende al juez i se le pone a disposicion del tribunal que debe juzgarlo.

Estas prescripciones han sido ya convenientemente derogadas por la lei de tribunales, que vino a establecer reglas salvadoras del prestigio e independencia que deben rodear a la majistratura mientras no dé merito suficiente para ser corregida o penada en forma.

En su título 9.º dicha lei no reconoce otra fuente de responsabilidad personal de los jueces que el delito o el cuasidelito penado. Aun en estos casos no pueden ser acusados o demandados sin que sea previamente calificada de admisible la accion por el tribunal llamado a conocer de ella i no por el de casacion. Ademas, el enjuiciamiento no procede mientras esté pendiente la causa o pleito en que se supone causado el agravio, causa o pleito que jeneralmente no termina con la declaracion de nulidad. Todavía i con respecto a la suspension, ésta, segun el art. 171 de la misma lei, no puede imponerse sino como pena i a virtud de sentencia recaida en el proceso criminal, o durante este proceso, pero solo desde que es ejecutorio el auto en que se declara admisible la acusacion o que ha lugar a ella.

Estas garantías con que la lei orgánica, a ejemplo de otras lejislaciones, ha rodeado a la majistratura en el ejercicio de su alto ministerio, no obstan a que sean corregidos disciplinariamente los jueces que han producido nulidades por omision o descuido que no importen delito o cuasi delito, ni a que puedan los tribunales que de la casacion conocen requerir al competente o al ministerio público para el oportuno i formal procesamiento del juez o jueces que aparecen haber delinquido; pero a esto debe circunscribirse su accion i nó a imponer de plano i por sí penas para que las leyes no los autorizan.

Cautos deben ser, por otra parte, los tribunales de casacion para instar enjuiciamientos que no darian otro resultado que amen- guar el prestigio i la independencia de los jueces; i en realidad, no conocemos casos en que se haya hecho uso de las medidas penales indicadas por los arts. 13 i 14 de la lei del 37. En Francia, patria de la casacion, no tiene la Corte Suprema otra facultad al respecto que la que le confieren los arts. 80 i 81 de la lei de ventoso año VIII, preceptos que en sustancia disponen que, declarada la nulidad, la Corte de Casacion aprecie la conducta del juez que ha excedido sus atribuciones a fin de decidir si hai mérito para ordenar contra él investigaciones.



## ADICION

### § I

104. No hemos debido ocuparnos en el personal de la Corte de Casacion sino en la institucion misma. Al respecto, solo transcribiremos las siguientes observaciones jenerales hechas por el señor Seijas Lozano, ilustre fiscal de la Corte Suprema de España, en un dictámen célebre emitido en 1859:

«Dos cualidades han de revestir a esta decision: el acierto, en cuanto éste puede exijirse a la falibilidad humana, i unidad en la doctrina, para que no resulte desigualdad en los derechos, que es la injusticia contra que mas se revela la conciencia pública.

«Por ello, en las naciones en que este remedio se ha instituido en sus condiciones propias, la lei ha consultado: 1.º que a la decision en casacion asista un número de ministros, que no solo garantice el acierto en los fallos, sino que, comparado con el de los que concurrieron a dictar la ejecutoria i sentencias anteriores, no pueda sospecharse siquiera que pudo haber mayor acierto en ellas que en el fallo en casacion; i 2.º que la dotacion de los jueces de la misma sala sea tal, que en el movimiento de ésta i en los casos de discordia, solo un accidente raro e imprevisto pueda hacer necesaria la concurrencia de ministros de otra. En Francia, cada cámara del Tribunal de Casacion se compone de 16 majistrados, i el número requerido para las decisiones es de 11. Así, pueden alternar éstos en las vistas, dán-

doseles tambien tiempo para desempeñar las ponencias, que requieren un trabajo de meditacion profunda i detenido estudio.»

## § II

105. El establecimiento de la casacion es jeneralmente aceptado en Chile por los que se interesan en la buena administracion de justicia, i ahora se ocupa el Senado en la discusion particular del proyecto elaborado despues de maduro i largo exámen. Pero, como sucedió en Francia i como pasa con toda innovacion trascendental, la casacion ha sido resistida por espíritus ilustrados i prestigiosos. Dos señores senadores i personalidades de nuestro foro la han argüido a semejanza de lo que aconteció en la discusion del proyecto hecho lei de 12 de setiembre de 1851 sobre el modo de acordar i fundar las sentencias, lei que incorporó a nuestro derecho procesal una mejora de inapreciable valía.

En la *Introduccion* al tomo IX de las *Obras completas* de don Andres Bello, dice el señor don Miguel L. Amunátegui:

«Ahora que la lei sobre el modo de acordar i fundar las sentencias está encarnada en nuestra práctica judicial, apénas se concibe la dificultad que hubo para aceptarla.

«Dos miembros de la Corte Suprema, que lo eran al mismo tiempo del Senado, combatieron esta idea con mucho empeño i enerjía.

«Uno de ellos, presidente de la Corte Suprema, tachó el proyecto de impracticable, por cuanto los jueces no podian sujetarse a sus preceptos, por hallarse agobiados de trabajo; i de inconstitucional, etc.»...

Don Andres Bello refutó victoriosamente las impugnaciones; i el pais ha podido palpar los beneficiosos resultados de aquella reforma.

106. Se tacha la casacion de ser una tercera instancia proscribita por la Constitucion de 1823.

En la parte histórica, hemos demostrado que los recursos de injusticia notoria i de segunda suplicacion fueron abolidos por causas mui distintas a su carácter de tercera instancia, i que los

lejisladores de entónces estuvieron mui léjos de tener en vista la casacion; i en la parte institucional, creemos haber establecido que la casacion no es un tercer grado del juicio, sino un recurso extraordinario, supremo i restringido, puesto que el Tribunal de Casacion—hai que repetirlo—no juzga el litijio sino la sentencia, no el hecho sino el derecho erijido en lei positiva, por mas que en raras ocasiones suelen estos confundirse, casos que no hacen mas que confirmar la regla, como sucede en todas las escepciones. "Supóngase—dice respeto a uno de estos casos el señor Seijas Lozano—que un tribunal declarase testamento un acto que carece de los requisitos de la lei, i que contra este fallo se interpone el remedio de casacion. ¿Qué es lo que examina el Tribunal de Casacion? ¿Si las pruebas aducidas son bastantes para demostrar la certeza de la voluntad del que se supone testador? Nó, de ninguna manera. Lo que examina es el texto de la lei; si por ésta son sustituibles las pruebas que ella requiere, las solemnidades que establece, por otras pruebas, por otras solemnidades; porque el criterio de la lei no puede ser subrogado por el de los tribunales. No juzga, pues, el hecho, sino que define el derecho, por ligado que esté el uno con el otro."

Ahora que, casada o reducida a la nada la sentencia, como debe serlo cuando es violatoria de la lei, se falle nuevamente el pleito como si no lo hubiera sido, ello es consecuencia rigurosa de toda nulidad radical, ya sea de forma o ya de fondo, sin que importe un mal, i si un bien reparador e imponderable. ¿Es la Corte de Casacion la que dicta el fallo en reemplazo del casado? ¡Qué hacerle! Pero, al dictarlo, es mui difícil que se aparte de las consideraciones legales que han determinado la sentencia de casacion. I si todavía se quisiera conjurar el evento de que la apreciacion de los hechos pueda inducir alguna vez a mudar la doctrina de dicha sentencia, no habria mas que establecer que aun en el fallo de la causa se acepte el hecho tal cual lo ha dado por cierto la Corte de Apelaciones, lo que seria una novedad por ninguna otra lejislacion acojida.

107. Se dice que con la casacion no se consulta mayor éxito en los fallos porque al fin la Corte Suprema llega a componerse de los mismos majistrados que han servido en las cortes de apelaciones i juzgados de letras; pero esto, como bien lo ob-

servó el señor Fábres en el Senado, es desconocer la razon de toda jerarquía.

Ya sea por promocion o por ingreso, debe suponerse que se llega al primer Tribunal de la República con el caudal mayor posible de luces i de esperiencia aquilatadas en una larga carrera judicial o profesional. Además, el criterio se ejercita allí con la plenitud de su independencia, "de esa independencia de opinion, dice el preámbulo de una lei francesa de 15 de febrero de 1815, que pone al abrigo de todo temor i de toda esperanza, i permite no oír nunca otra voz que la del deber i de la conciencia."

En seguida, el fallo en casacion atrae todas las garantías posibles. Se sabe que es mucho mas espedito i por lo tanto mas acertado revisar que hacer una sentencia; i aquí la revision se hace por majistrados mas espertos i ocupados casi esclusivamente en el despacho del recurso (pues es de rigor o así lo establece el proyecto que no conozcan de apelacion alguna) i sobre la base del estudio i razonamiento de los jueces i de la defensa de las instancias. Con esta base la Corte de Casacion revé en último término la recta aplicacion de la lei decisoria i ¿con qué auxilios? con el de su ilustrado fiscal que obra en representacion i en interes de la lei, i con el de abogados distinguidos, ya que, si no es dable instituir como en Francia un Colejio especial de abogados para el Consejo i Tribunal de Casacion, abogados que se reputan oficiales públicos con la disciplina i responsabilidad consiguientes, han de exijirse por lo ménos requisitos de saber i de esperiencia comprobados en quienes llevan la augusta voz de la lei que se supone infringida por altos tribunales ante el mas alto de todos. Agréguese que la Corte de Casacion, así como sus auxiliares, funciona en la capital, en el centro de la mayor cultura e ilustracion, con los mejores elementos de defensa i de consulta, i a la vista de los demas poderes fiscalizadores, i se acabará de reconocer que, en tales condiciones i medios, no pueden exijirse mas seguridades de acierto ni manifestacion mas acabada de la justicia nacional.

108. Se invoca tambien el abuso que se haría del recurso;— de todo puede abusarse;— pero se olvida que son solo casables las sentencias definitivas i rigurosamente jurídicas de las cortes

de apelaciones; i sobre todo que, una vez que la casacion forma jurisprudencia, sirve ésta de correctivo eficaz al abuso i evita la interposicion de recursos improcedentes e infundados, como sucedió con el de nulidad a poco de rejir la lei de 1837, aparte de la sancion pecuniaria del rechazo.

Hai mas: la jurisprudencia de la Corte de Casacion evita la promocion de muchos litijios inútiles en presencia de doctrinas preestablecidas por el mas autorizado e inapelable intérprete de la lei; i hace todavía que los actos i contratos de la vida civil se solemnizen i cumplan con arreglo al derecho consagrado i se pongan así al abrigo de contiendas ociosas que malgastan la paz, el tiempo i el caudal de las familias. De este modo, la casacion no solo contribuye a la jeneral i recta aplicacion de la lei escrita, sino que, conteniendo a los tribunales ordinarios i a los ciudadanos en la observancia de la misma, sirve a los fines de la justicia en todos los órdenes de su administracion.

109. Se dice, no obstante, que la casacion no procura la uniformidad de la jurisprudencia, porque las cortes de apelaciones no estan obligadas a conformarse en casos análogos con los fallos de la Corte Suprema, la cual puede, ademas, resolver hoi de distinta manera que ayer; i que vale mas procurar la uniformidad por medio de leyes interpretativas o declarativas.

Es cierto que la jurisprudencia no es la lei, bien que la traduce, suple i vivifica; que, miéntras ésta es estable i fija como fórmula de los principios jenerales del órden social, aquélla, como todas las doctrinas, obedece al progreso incesante del entendimiento humano i hace así que la lei, que interpreta i aplica a la infinita variedad de los intereses en choque, no sea un acto de poder, sino, segun la frase de Portalis, de justicia, de razon i de sabiduría; pero ¿cómo desconocer la constancia de la jurisprudencia emanada de un tribunal único, vitalicio en su personal i con tradiciones jurídicas las mas respetables?

Las decisiones de este tribunal tienen necesariamente que ejercer una influencia poderosa sobre cuestiones semejantes, i el prestigio i autoridad moral de los ilustrados fallos de la Corte de Casacion han de imponerse a los demas tribunales i jenerar así tambien la uniformidad de la jurisprudencia.

Es verdad que en Francia han ocurrido entre las cortes de ape-

laciones i la de Casacion desidencias de doctrina; i que tambien ha sucedido alguna vez que la Corte de Casacion ha mudado de opinion para adoptar la de otra Corte; pero no es ménos cierto que estos son casos raros que nada prueban contra la unidad de la jurisprudencia, sino que confirman la bondad de la casacion que, como todas las instituciones sociales, está sometida a la lei del progreso i de la perfectibilidad humana.

110. El remedio legislativo que se propone está condenado por la esperiencia i por la doctrina.

Por lei francesa de 30 de julio de 1828 se dispuso que si despues de dos casaciones el tribunal de remision no se conformaba con las decisiones en casacion, su sentencia quedara firme, i que se provocara la declaracion del poder legislativo para lo venidero. Esta lei, apodada *la deplorable*, fué derogada por otra de abril de 1837 que no solo restableció la primacía de la Corte de Casacion sino que suprimió la provocacion de la decision legislativa por lenta, impracticable i contraria a la mision respectiva de los poderes públicos.

El artículo 5.º de nuestro Código Civil establece que «la Corte Suprema de Justicia i las Cortes de Alzada, en el mes de marzo de cada año, darán cuenta al Presidente de la República de las dudas i dificultades que les hayan ocurrido en la intelijencia i aplicacion de las leyes, i de los vacíos que noten en ellas.»

Alguna vez las cortes cumplieron con este precepto observando varios artículos del Código; pero dejaron de hacerlo desde que vieron que el Ejecutivo no tomó en consideracion las notas que se le enviaron al respecto.

En su notable *discurso preliminar* del proyecto de Código Civil frances, dice el ilustre Portalis:

«De otro modo sucede en materias civiles. Menester es que haya aquí una jurisprudencia, puesto que es imposible arreglar todas las materias por las leyes, i supuesto que no deben terminarse entre los particulares las cuestiones que no pueden quedar indecisas i sin resolver, a ménos que se obligue a cada ciudadano a erijirse en juez de su propia causa olvidándose que *la justicia es la primera deuda de la soberanía*.

«Como consecuencia de la máxima que los jueces tienen que obedecer a las leyes, sin poder interpretarlas, los tribunales en

estos últimos años acostumbraban *someter al poder legislativo* las cuestiones que se les presentaban, siempre que careciesen de lei o que la lei existente les pareciese oscura. *El Tribunal de Casacion ha reprimido constantemente semejante abuso como una denegacion de justicia.*»

«Obligar al magistrado a acudir al legislador seria admitir el mas funesto de los principios, seria renovar la desastrosa legislacion de los rescriptos. Siempre que el legislador interviene para conocer sobre negocios vivamente ajitados entre particulares, no está mas al abrigo de sorpresa que los tribunales; *i ménos hai que temer del arbitrio arreglado, circunspecto i prudente de un magistrado, susceptible de correccion i de reforma, i del que es él mismo responsable, i sobre el que puede entablarse un juicio de prevaricacion. . . , que del fallo absoluto de un poder independiente i fuera de toda responsabilidad.*

«Las leyes dictadas con mira de asuntos particulares serian con frecuencia sospechosas de parcialidad, i siempre retroactivas e injustas para aquellos a cuyo litijio hubiere precedido la formacion de las mismas.

«La lei preceptúa sobre todos en jeneral, considera a los hombres en masa, nunca como a particulares, i no debe mezclarse en los litijios que dividen a los ciudadanos. Si obrara de otro modo, preciso seria *dictar leyes todos los dias, su multitud seria perjudicial al respeto que se les debe* i dañaria a su observancia, careceria de funciones el juriconsulto, i el legislador ocupado en los detalles de cada caso se convertiria en un simple juriconsulto. Los intereses particulares subirian a una altura a que no le es dado llegar, i quitarian al poder judicial funciones que deben ocuparlo i absorberle.

«Hai una ciencia para los legisladores i otra para los magistrados. Dirijese aquella a hallar en cada materia los principios mas favorables al procomunal; consiste la del magistrado en poner en juego tales principios, en ramificarlos, estenderlos por una aplicacion fácil i razonada a las hipótesis particulares, en estudiar el espíritu de la lei cuando la letra ha muerto, no esponiéndose jamás a ser alternativamente esclavo o rebelde, ni a desobedecer por espíritu de servidumbre.

«Menester es que el legislador vele sobre la jurisprudencia;

puede ser ilustrado por ella, puede a su vez corregirla; mas preciso es que la jurisprudencia exista. En la diversidad de objetos que el orden civil abraza, *i en los que el fallo en la mayor parte de los casos es ménos la aplicacion de un texto preciso que la combinacion de muchos textos*, la jurisprudencia es tan indispensable como la misma lejislacion. De la jurisprudencia forman parte los hechos imprevistos que no pueden entrar en un plan de un código fundado sobre las bases i ceñido a los límites en que debe fundarse, i a que es menester que se ciña un código sabio i razonable: de la jurisprudencia, por último, forman parte todos los objetos que en vano querrian preverse, *o que disposiciones prematuras no podrian sin riesgo arreglar*; a la esperiencia toca llenar los vacíos que el lejislador deja.

III. Se habla tambien de centralizacion, circunstancia que es inevitable e inherente a la existencia de un tribunal único de casacion, i circunstancia que, desde el vigor ya casi secular del recurso de nulidad, no ha sido obstáculo para los litigantes, sin contar con que los medios de comunicacion son hoy el vapor i la electricidad. I si para algo ha sido óbice es para el ingreso de recursos infundados a que es propicia la vecindad del tribunal supremo.

Por otra parte, en el asiento de la Corte es donde hai mas medios de defensa, de consulta i de ilustracion, i en donde, como se ha dicho, es por lo tanto mas espedito i acertado su augusto majisterio. I tratándose de la casacion en el fondo, las partes que no quieran o no puedan hacer mas gastos, si no gozan de privilegio de pobreza, estan de suyo defendidas por el dictámen erudito e imparcial del representante de la lei. El fiscal hará su mejor defensa, sea que la lei haya sido o nó violada.

112. Por fin, resplandece la bondad de la institucion en servirle de órgano i custodio un alto tribunal colocado a la cabeza de la majistratura, como control i como estímulo para que los otros tribunales se esmeren en sus fallos i en el estudio nunca bastante de la lei que aplican. Segun lo dijimos en la parte histórica, en 1836 espresaba don Andres Bello esta ventaja en los siguientes términos, abogando por el restablecimiento del recurso análogo de injusticia notoria:

«Creemos justamente que, adoptándose el recurso insinuado,

se da la mayor garantía a los litigantes; porque al mismo tiempo que se les deja un camino para reparar sus justos agravios, *se prepara a los jueces una residencia parcial de sus decisiones des-arregladas cuyo temor debe necesariamente contribuir mucho al cuidado que tengan en expedirlas*».

Nada mas exacto.

Recorriendo la *Gaceta de los Tribunales* desde su origen se nota que la jurisprudencia o fundamento legal de los fallos empieza a producirse desde la recordada lei de 1851, esto es, desde que los jueces se vieron obligados a distinguir i apreciar el hecho i el derecho i a razonar sus decisiones. Esta reforma salubre, precursora de la casacion, halla su complemento en ésta que debe necesariamente contribuir (hablamos en principio i sin referencia alguna al digno e ilustrado personal de la magistratura) a que las cortes estremen el estudio de las causas ante el estímulo poderoso de recibir la consagracion de sus doctrinas por el tribunal regulador de la jurisprudencia, i ante el no ménos poderoso temor de que ellas sean desautorizadas como violatorias de la lei.

Esto mismo obliga a jueces i a sus auxiliares a mayor estudio i preparacion i a hacer de la magistratura i de la abogacía verdaderas escuelas que tanto han de redundar en bien de la justicia como del cultivo de las ciencias legales.

Es así como la Francia, entre otras naciones, ha llegado al apojeo de la cultura jurídica, i a poseer monumentos de jurisprudencia que mucho facilitan su administracion i su vida civil, i que irradian la luz de sus enseñanzas sobre los países que viven dentro de la lei.

Este solo beneficio, si la casacion no produjera tantos otros, bastaria para justificarla ante los que piensan que nada hai bajo el sol superior al derecho i que la justicia recta i sábia es el bien mas preciado de entre los que puede disfrutar la República.





## PROYECTO

DE LA COMISION REVISORA DEL DE ENJUICIAMIENTO CIVIL INFORMADO CON  
ALGUNAS MODIFICACIONES POR LA COMISION MISTA DEL CONGRESO, QUE  
HA SERVIDO DE BASE PARA LA PRESENTE MEMORIA.



### § I.—DEL RECURSO DE CASACION EN JENERAL

ARTÍCULO PRIMERO.—El recurso de casacion se concede para invalidar una sentencia en los casos espresamente señalados por la lei.

ART. 2.º En jeneral solo se concede el recurso de casacion contra las sentencias definitivas.

Se concede contra las interlocutorias cuando ponen término al juicio.

ART. 3.º El recurso de casacion es de dos especies: de casacion *en el fondo* i de casacion *en la forma*.

Es de casacion en el fondo en los casos del artículo 4.º

Es de casacion en la forma en los casos del artículo 5.º

ART. 4.º El recurso de casacion en el fondo tiene lugar contra sentencia pronunciada en contravencion a las leyes, siempre que esta contravencion haya influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia.

Tiene tambien lugar cuando la contravencion consiste en admitir en la sentencia una prueba que la lei rechaza o en rechazar una prueba que la lei admite.

ART. 5.º El recurso de casacion en la forma ha de fundarse precisamente en alguna de las causas siguientes:

1.<sup>a</sup> En haber sido la sentencia pronunciada por un tribunal incompetente o integrado en contravencion a lo dispuesto por la lei;

2.<sup>a</sup> En haber sido pronunciada por un juez o con la concurrencia de algun juez legalmente implicado, o cuya recusacion estuviere pendiente o hubiere sido declarada por tribunal competente;

3.<sup>a</sup> En haber sido acordada en los tribunales colejiados por menor número de votos o pronunciada por menor número de jueces que el requerido por la lei, o con la concurrencia de jueces que no asistieron a la vista de la causa, i viceversa;

4.<sup>a</sup> En haber sido estendida sin sujecion a la forma dispuesta por la lei;

5.<sup>a</sup> En haber sido dada *ultra-petita*, esto es, excediendo lo pedido o estendiéndola a puntos no sometidos a la decision del tribunal, sin perjuicio de la facultad que éste tenga para fallar de oficio en los casos determinados por la lei;

6.<sup>a</sup> En haber sido dada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada;

7.<sup>a</sup> En haberse pronunciado con omision o infraccion de algun trámite o diligencia declarados esenciales por la lei;

8.<sup>a</sup> En haber sido dada en una apelacion ya prescrita o desierta;

9.<sup>a</sup> En haber el juez dictado la sentencia con cohecho dado o prometido;

10.<sup>a</sup> En haberse supuesto diligencias o trámites, falsificado documentos o cometido cualquiera otra clase de falsedad que hubiere influido en la resolucion del juicio;

11.<sup>a</sup> En haberse faltado a cualquiera otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan espresamente que hai nulidad.

ART. 6.º El recurso de casacion en el fondo solo tiene lugar contra las sentencias inapelables de las Cortes de Apelaciones.

ART. 7.º Para que pueda ser admitido el recurso de casacion en la forma es indispensable que el que lo entabla haya reclamado la subsanacion de la falta dentro de los cinco dias posteriores al conocimiento que de ella tuviere.

No es necesaria esta reclamacion cuando la falta haya tenido lugar en el pronunciamiento mismo de la sentencia que se trata de casar.

ART. 8.º El término para interponer el recurso es de quince días fatales.

ART. 9.º El recurso de casacion debe interponerse ante el tribunal que hubiere pronunciado la sentencia que se trata de invalidar i para ante aquel a quien corresponde conocer de él conforme a la lei.

ART. 10. Interpuesto el recurso de casacion, no puede hacerse en él variacion de ningun jénero.

Por consiguiente, aun cuando en el progreso del recurso se descubra alguna nueva causa en que hubiera podido fundarse, la sentencia recaerá únicamente sobre las alegadas en tiempo i forma, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.

ART. 11. Deben los tribunales invalidar de oficio las sentencias de que conocieren en apelacion o casacion, cuando aparezca de manifiesto en ellas alguna de las causas que dan lugar a la casacion en la forma.

ART. 12. El recurso de casacion suspende la ejecucion de la sentencia, excepto en los casos siguientes:

1.º Cuando se interpusiere por el demandado contra la sentencia definitiva pronunciada en el juicio ejecutivo, en los juicios posesorios, en los de desahucio i en los de alimento; i

2.º Cuando de otorgarse libremente, quedaria la sentencia de hecho eludida o retardada con grave daño en su ejecucion i en sus efectos. Al conceder el recurso, el tribunal hará declaracion espresa sobre este punto.

ART. 13. Cuando la Corte Suprema invalidare una sentencia por casacion en el fondo, dictará a continuacion i sin nueva vista, pero separadamente, sobre la cuestion materia del juicio, la sentencia que crea conforme al mérito del proceso.

ART. 14. En los casos de casacion en la forma, la misma sentencia que declare la casacion determinará el estado en que queda el proceso, el cual se remitirá para su conocimiento al tribunal correspondiente.

Este tribunal es aquel a quien tocaria conocer del negocio en caso de recusacion del juez o jueces que pronunciaron la sentencia casada.

ART. 15. Siempre que se declare no haber lugar al recurso

o a la casacion, se condenará en costas al litigante que lo hubiere interpuesto.

§ II.—DEL RECURSO DE CASACION CONTRA SENTENCIAS PRONUNCIADAS EN JUICIOS DE MÍNIMA O DE MENOR CUANTÍA.

ART. 16. En los juicios de mínima o de menor cuantía hai lugar al recurso de casacion en la forma en los casos de los números 1, 2, 5, 6, 7, 9 i 10 del artículo 5.º.

ART. 17. En estos juicios únicamente se considerarán diligencias o trámites esenciales, el emplazamiento del demandado en la forma prescrita por la lei para que conteste la demanda, el acta en que deben consignarse las peticiones de las partes i el emplazamiento de las mismas para que ocurran ante el tribunal de segunda instancia a seguir el recurso de apelacion, cuando se hubiere interpuesto i procediere.

ART. 18. El recurso de casacion en los juicios de mínima o de menor cuantía se interpondrá verbalmente o por escrito, dentro del término de cinco dias fatales, ante el tribunal que dictó la sentencia reclamada.

En todo caso se hará mencion espresa de la causa en que el recurso se funde; i si se interpusiere verbalmente, se dejará de ella constancia en un acta.

ART. 19. Interpuesto el recurso dentro del término legal i en la forma espresada en el artículo anterior, mandará el tribunal que se pasen orijinales los antecedentes obrados al que deba conocer en la casacion, emplazando a las partes para que comparezcan a seguir el recurso en el término de diez dias, contados desde que se reciban los autos por el superior.

ART. 20. El tribunal que conoce del recurso mandará citar a las partes en la forma establecida para hacer las notificaciones en los juicios que ante él se siguen, i las oirá si comparecen.

Si la causa alegada necesitare probarse, se recibirá la prueba en la forma determinada para los juicios en que recayere el recurso.

§ III.—DE LOS RECURSOS DE CASACION CONTRA SENTENCIAS PRONUNCIADAS EN PRIMERA O EN ÚNICA INSTANCIA EN JUICIO DE MAYOR CUANTÍA.

ART. 21. En general son trámites o diligencias esenciales en la primera o en la única instancia en los juicios de mayor cuantía:

- 1.º El emplazamiento del demandado hecho precisamente en la forma establecida por la lei;
- 2.º El recibimiento de la causa a prueba, cuando procediere de derecho;
- 3.º La práctica de diligencias probatorias cuya omision podria producir indefension;
- 4.º La agregacion de los instrumentos presentados por las partes; i
- 5.º La citacion para oír sentencia definitiva en los casos en que la lei la establece espresamente.

ART. 22. En los juicios de mayor cuantía seguidos ante arbitradores son trámites esenciales los que las partes espresen en el acto constitutivo del compromiso i, si nada hubieren ellas espresado acerca de esto, solo los comprendidos en los incisos 1.º i 4.º del artículo precedente.

ART. 23. En el escrito en que se interponga el recurso se espresará determinadamente la causa en que se funda, designando la falta u omision que da lugar a él.

ART. 24. Interpuesto el recurso, el tribunal *a quo* examinará si concurren las circunstancias siguientes:

- 1.ª Si la sentencia a que se refiere es de aquellas contra las cuales lo concede la lei;
- 2.ª Si se ha interpuesto en tiempo;
- 3.ª Si se hace mencion espresa i determinada de la causa en que se funda;
- 4.ª Si la causa espresada es de las señaladas por la lei;
- 5.ª Si se ha hecho debidamente la reclamacion de que trata el artículo 7.º

Concurriendo todas estas circunstancias, concederá el recurso i remitirá el proceso al tribunal correspondiente.

La remision del proceso se hará de oficio i libre de porte al dia siguiente despues de la última notificacion.

ART. 25. La providencia en que el tribunal *a quo* deniega el recurso de casacion o lo declara no interpuesto, es siempre ape- lable para ante el tribunal a quien corresponda su conoci- miento.

ART. 26. Elevado el proceso, examinará el tribunal si parece admisible el recurso, esto es, si concurren en él las circunstan- cias espresadas en el articulo 24.

Si encontrare mérito para considerar inadmissible el recurso mandará traer los autos en relacion sobre este punto.

Si declarare no haber lugar al recurso, devolverá el proceso al tribunal inferior para el cumplimiento de la sentencia.

ART. 27. Encontrando el tribunal admisible el recurso, man- dará que se traigan sobre él los autos en relacion.

ART. 28. Cuando la causa alegada necesitare prueba, el tri- bunal abrirá un término para rendirla en la forma ordinaria.

ART. 29. Si alguna de las partes no compareciere ante el tri- bunal superior dentro del término de emplazamiento, se obser- vará lo dispuesto para el recurso de apelacion en este caso.

#### § IV.—DE LOS RECURSOS DE CASACION CONTRA SENTENCIAS PRONUNCIADAS EN SEGUNDA INSTANCIA EN JUICIOS DE MAYOR CUANTÍA.

ART. 30. Son trámites o diligencias esenciales en la segunda instancia de los juicios de mayor cuantía:

1.º La citacion i emplazamiento de las partes, hechos ántes de que el superior conozca el recurso;

2.º La espresion de agravios i su contestacion, cuando segun la lei deba tener lugar este trámite;

3.º La agregacion de instrumentos presentados por las partes en tiempo hábil i la notificacion de su traslado a la parte contra la cual se presentaren;

4.º La contestacion al escrito de adhesion a la apelacion deducida en tiempo i forma; i

5.º La notificacion del decreto de autos en relacion i la fija-

cion de la causa en tabla para su vista en los tribunales colegiados.

ART. 31. Para interponer recurso de casacion contra sentencia de segunda instancia, es menester que se acompañe certificacion de haberse consignado en arcas fiscales las siguientes cantidades:

Si la casacion fuere en el fondo, ciento cincuenta pesos, no excediendo de diez mil pesos la cuantía del juicio i trescientos pesos cuando exceda de dicha suma.

Si la casacion fuere en la forma, cien pesos cuando la cuantía del juicio no pase de diez mil pesos, i doscientos pesos si excede de ellos.

Si se interpusieren conjuntamente los recursos de casacion en el fondo i en la forma, se consignará solo la cantidad exijida para el primero.

ART. 32. Si la cuantía del pleito no fuere de pronta o fácil apreciacion, conforme a las reglas dadas en la Lei de Organizacion i Atribuciones de los Tribunales para fijar la competencia, o no versare sobre materia apreciable en dinero, se considerará dicha cuantía, para los efectos del artículo precedente, como de ménos de diez mil pesos.

ART. 33. Ni los oficiales del ministerio público, ni los defensores públicos, ni los que gozan de privilejio de pobreza estarán obligados a hacer consignacion alguna para interponer recursos de casacion.

ART. 34. Interpuesto el recurso, el tribunal *a quo* examinará si concurren en él las circunstancias espresadas en el artículo 24, i si se ha hecho la consignacion de que tratan los que preceden; i proveerá en conformidad a lo dispuesto al final de dicho artículo.

ART. 35. La cantidad consignada se devolverá a la parte en todo caso en que el Tribunal Superior case la sentencia o devuelva el proceso sin pronunciarse acerca de la casacion ni sobre la admisibilidad del recurso. En los demas casos se aplicará a beneficio fiscal.

ART. 36. La providencia en que la Corte de Apelaciones deniegue el recurso de casacion es siempre apelable para ante la Corte Suprema.

ART. 37. Elevado el proceso a la Corte Suprema, examinará este Tribunal si parece admisible el recurso, esto es, si concurren en él las circunstancias espresadas en el artículo 24.

Si encontrare mérito para considerar inadmisibile el recurso, mandará traer los autos en relacion sobre este punto.

Si declarare no haber lugar al recurso, devolverá el proceso al tribunal inferior para el cumplimiento de la sentencia.

ART. 38. Encontrando el tribunal admisible el recurso i siendo éste de casacion en el fondo, se entregará por diez días el proceso a la parte que lo hubiera interpuesto, a fin de que lo funde por escrito.

De este escrito se comunicará traslado tambien por el término de diez días al contendor.

Oidas las partes, se pasará el proceso al fiscal para que en el término de veinte días emita su dictámen.

ART. 39. Cuando el recurso fuere de casacion en la forma i el tribunal lo encontrare admisible, mandará traer los autos en relacion.

ART. 40. En el recurso de casacion en el fondo no se podrán admitir ni decretar de oficio para mejor proveer pruebas de ninguna clase que tiendan a establecer o esclarecer los hechos controvertidos en el juicio en que hubiere recaído la sentencia reclamada.

ART. 41. Si se interpusieren conjuntamente recurso de casacion en el fondo i recurso de casacion en la forma, se resolverá previamente el segundo; i si se diere lugar a él, se tendrá por no interpuesto el primero i se devolverá al interesado la multa que para interponerle hubiere consignado.

ART. 42. En la vista de la causa se observarán las reglas establecidas para las apelaciones.

ART. 43. El recurso de casacion de que en esta lei se trata, es el único remedio que se concede para invalidar las sentencias.

#### § V.—DISPOSICIONES ESPECIALES

ART. 44. Desde la fecha de la vijencia de la presente lei la Corte Suprema se compondrá de nueve miembros.

ART. 45. Para conocer en los recursos de casacion i sus in-

cidencias, la Corte Suprema necesitará la concurrencia de siete de sus miembros, por lo ménos, i para formar sentencia la de cinco votos conformes.

Pero bastará un solo ministro para el despacho de las providencias de mera sustanciacion.

ART. 46. En las causas a que se refiere el número 3.º del artículo 67 de la lei de 15 de octubre de 1875 i en las causas de presa, de estradicion i demas que deben juzgarse con arreglo al derecho internacional, conocerá en primera instancia uno de los ministros de la Corte de Apelaciones respectiva, conforme al turno que al efecto establezca el presidente del Tribunal, i en segunda instancia toda la Corte o la sala de la Corte a que corresponda el conocimiento del negocio.

ART. 47. Las cortes de apelaciones conocerán tambien en segunda instancia de las causas de hacienda de que conocieren en primera los jueces de letras de su respectiva jurisdiccion.

ART. 48. Cada parte podrá escluir a uno de los miembros de la Corte Suprema hasta el dia de la vista de la causa i ántes de empezar su conocimiento, sin espresar motivo.

Esta regla se aplicará tambien a las Cortes de Apelaciones.

#### ARTÍCULO TRANSITORIO

Desde la vijencia de la presente lei se devolverán a los tribunales que correspondan las causas a que se refieren los artículos 46 i 47; pero la Corte Suprema continuará conociendo en aquellas que se encontraren en estado de sentencia.

Sala de Comisiones, 31 de diciembre de 1894.—*José Clemente Fábres.*—*Raimundo Silva Cruz.*—*Marcial Martínez.*—*Cárlos A. Palacios Z.*—*Pedro Bannen.*—*Máximo del Campo.*—*Juan A. Barriga.*—*Cárlos Concha.*—*Manuel Recabárren.*—*Pedro Donoso Vergara.*—*Julio Bañados Espinosa.*

