



UNIVERSIDAD CATOLICA DE LA SANTISIMA CONCEPCION

FACULTAD DE DERECHO

“LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO ANTE SU INFRACCIÓN”

Tesina presentada para dar cumplimiento a uno de los requisitos de egreso de la carrera de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción.

AUTORA: FERNANDA FRANCISCA AGUILAR BERGER

PROFESOR GUÍA: RODRIGO ABELARDO FUENTES GUÍÑEZ

CONCEPCIÓN, DICIEMBRE DE 2015

INDICE

Índice.....	1
Introducción.....	3
Capítulo I: Aspectos generales.....	5
1.1 Antecedentes históricos.....	5
1.2 Iusnaturalismo y positivismo.....	7
1.3 Concepto de los Principios Generales del Derecho.....	11
1.4 Naturaleza jurídica de los principios generales del Derecho.....	14
1.5 Funciones de los principios generales del derecho.....	17
1.5.1 La equidad.....	20
Capítulo II: Recurso de Casación en el Fondo.....	24
2.1 Concepto.....	24
2.2 Fundamento del recurso.....	25
2.3 Situación actual.....	26
2.4 Causales de procedencia.....	27
2.5 Alcance de la palabra “ley”.....	28
2.6 Infracción de los principios generales del derecho y el recurso de casación en el fondo.....	29
2.6.1 Principio recogido expresamente por la ley y el recurso de casación.....	34
2.6.2 Infracción a la interpretación civil por desconocer un principio general del Derecho y el recurso de casación.....	38

Conclusión.....	40
Referencias bibliográficas.....	42

INTRODUCCIÓN

Los llamados Principios Generales del Derecho no han sido un tema pacífico tanto en la doctrina como en nuestra jurisprudencia, puesto que no hay unanimidad sobre el concepto de ellos ni mucho menos de su contenido.

Con esta tesina se pretende dar una mayor aproximación a la conceptualización de llamados Principios Generales del Derecho, ahondar en las distintas teorías que intentan explicarlos y analizar la eventual procedencia del recurso de casación en el fondo ante su infracción o violación de aquéllos.

La concepción de “Principios Generales del Derecho” tiene su génesis en el Código Civil Austríaco del año 1811, el cual siempre muy apegado a la escuela del Derecho Natural hizo expandir esta noción a otros Códigos Civiles, inclusive al punto de llegar a ser reconocido por el Derecho Internacional. Es así como el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de justicia esgrime los fundamentos jurídicos que el tribunal aplica: 1° Los convenios internacionales; 2° La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho; 3° *Los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas.*

Es indudable que los Principios Generales no son un ente desconocido para las legislaciones, es más incluso algunas llegan a utilizarlos como métodos de interpretación (Chile, Uruguay, Perú entre otros) y también como elementos integradores de Derecho, tema que se desarrollará a lo largo de la presente investigación.

Con las diversas lecturas sobre el tema en cuestión, surgió una interrogante que es principal objetivo en este trabajo: Si los principios generales sirven de fundamento a la interpretación y a la integración, y respecto de esto último ¿Qué mecanismo legal

tenemos en nuestro ordenamiento jurídico cuando sirviendo de integración al Derecho se transgreden los principios generales, o lisa y llanamente no se aplican debiendo hacerse?

Es una incógnita que si bien no está tratada latamente en la doctrina hay ciertas tendencias.

En la presente tesina propongo como hipótesis de trabajo que las infracciones a los principios generales del Derecho no pueden servir de fundamento para un recurso de casación en el fondo en nuestra actual legislación, sin perjuicio de recomendar un cambio legislativo en esta materia.

Este trabajo estará dividido en dos capítulos, el primero de ellos tratará los aspectos generales del tema, para dar una esquematización sobre los principios generales. Mientras que el capítulo segundo abordará el denominado Recurso de Casación en nuestra legislación, como principal vía o mecanismo que vele por los principios generales del Derecho.

CAPITULO I: ASPECTOS GENERALES

1.1 Antecedentes históricos.

A partir del siglo XIX con la denominada Codificación de las leyes, comienzan los juristas de la época a hablar sobre los principios generales de Derecho. Si bien antiguamente existían relatos sobre éstos, no había mayor tratamiento dado a que eran concebidos como principios del Derecho Natural o del Derecho Romano.

Pero con la codificación y el positivismo surgieron nuevas ideas que no habían sido tratadas. Una de ellas es que el sentenciador no puede negarse a fallar un determinado conflicto social por inexistencia u oscuridad de norma legal, el juez se convierte en un sujeto que aplica la ley, apartándose de su rol de creador del Derecho, y por último se postuló que el juez siempre contará con alguna norma para zanjar un conflicto y no quedar expuesto a vacíos o lagunas legales, esto último se le llamó la sistematización de las fuentes del Derecho.¹

Lo anterior trajo como principal consecuencia de que la propia ley no siempre es suficiente para resolver una pugna y tampoco puede ser estimada como la única fuente creadora de Derecho porque la existencia de lagunas legales es una situación que está presente en toda legislación, pues el legislador al momento de dictar una norma no prevé todos y cada uno de los casos a los cuales se ha de aplicar aquella, ni mucho menos regula todas y cada una de las situaciones que acontecen, es por esto que se recurre a los Principios generales del Derecho.

¹ TERRAZAS PONCE, Juan David. "Algunas consideraciones sobre los Principios Generales del Derecho y un breve análisis de su aplicación en el ordenamiento jurídico chileno" R.D.U.C.N., año 11, N° 1 (2004), p. 133-134

Los juristas del siglo XIX sólo entendían la existencia y vigencia de ellos toda vez que provengan o emanen de la misma ley, convirtiéndose en fuente supletoria del texto legal pero existiendo una dependencia legal.

Karl Larenz, destacado jurista alemán y especialista en el Derecho Privado, fue el primero en hablar de la llamada “Teoría objetiva de la interpretación” en donde se reconoció la existencia de los principios generales del derecho *“la función fundamental sería la de dar unidad a todo el ordenamiento jurídico y cuya fuente no se encontraría en la ley, sino en los fines perseguidos por ella, de acuerdo a su época y problemas que trató de solucionar”*²

Larenz comienza a expresar que dentro de la esencia de los principios generales, está la función de dar unidad y armonía al ordenamiento jurídico. Éste además debe tener la cualidad de ser íntegro, vale decir, debe ser un régimen capaz de solucionar todas las situaciones y conflictos que se desarrollen en la cotidianidad, para así englobar todas las realidades jurídicas.

Es evidente que un ordenamiento jurídico no le sea posible abarcar todas las situaciones y debe recurrir a fuentes que son distintas de la ley positiva, de carácter superior y general que dan solución a aquello que se escapa del tenor de la norma jurídica, es en este momento cuando entran en juego los Principios Generales del Derecho.

Además de la teoría objetiva de interpretación que pregona Larenz, hace ya un par de años se articuló la “teoría de los principios generales del Derecho” que paulatinamente la doctrina, jurisprudencia y luego la legislación positiva han considerado.

No obstante lo anterior en Occidente siguen vigentes dos corrientes muy poderosas, en que una de ellas tiene como cimiento la soberanía popular que en la ley está

² LARENZ, Karl, *Metodología y Ciencia del Derecho*, trad. Rodríguez Molinero, Editorial Ariel S.A., 2º edición, Barcelona, 2001, p. 48

la auténtica³ voluntad vinculante, y así pareciera que lo demuestra nuestra legislación. Y el positivismo jurídico, en que la doctrina conceptualiza a los principios generales como una fuente del Derecho.

1.2 Iusnaturalismo y positivismo.

En el razonamiento jurídico han existido múltiples teorías que de algún modo intentan dar una explicación al génesis, naturaleza y funciones de los principios generales del Derecho. Dado a las distintas discrepancias en ellas hay una base o elemento común: reconocen la existencia de los principios y su rol o labor que cumplen como instrumento de solución a controversias cuando hay una carencia de texto legal.

¿Es posible la existencia y supervivencia de un ordenamiento sin principios generales? Ya señalé que por más docta que sea una legislación, nunca tendrá la capacidad de regular y contemplar todas las situaciones que se susciten ya sea a nivel económico, social o cultural.

Squella sostiene *“los principios generales del Derecho nacieron para auxiliar a los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional, a la vez que para introducir un control que evitara las decisiones discrecionales de aquellos, operando en los casos de falta de ley que regule el caso a ser decidido de oscuridades o contradicciones en las leyes aplicables al caso y que el juzgador no pudiese despejar valiéndose de los métodos de interpretación de la ley”*⁴

³ Artículo 1 C. Civil chileno define ley “La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”.

⁴ SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de 1º edición, 2008, p. 271

Antes de comenzar a dar aproximaciones o bien intentar definir los P.G del Derecho⁵ debe destacarse el reconocimiento a la existencia de dos grandes direcciones o doctrinas, que por tal, son totalmente distintas una y otra, que debaten entre ellas el concepto de los principios. La primera de ellas es la llamada dirección o doctrina positivista y la segunda es la dirección o doctrina iusnaturalista.

La dirección positivista sostiene que los P.G del D “*son normas que se obtienen en base a un proceso de generalización y decantación de las leyes*”⁶. Por ende las leyes pueden derivar de los principios. Es así como los principios generales son además principios sistemáticos. Esta doctrina es seguida mayoritariamente en la legislación italiana, llegando a sostenerse “*que son los antecedentes del ordenamiento positivo, en los cuales el legislador se ha inspirado y que han penetrado en el ordenamiento jurídico donde constituyen pilares fundamentales de su estructura*”.⁷

En esta corriente la doctrina encuadra a los P.G del D, como fuente de derecho. Esto último nos conduce a la siguiente interrogante: ¿De dónde emana el derecho?

El positivismo legalista responde que el derecho nace, vive y muere en la ley y que consecutivamente los P.G del D, emanan de la ley y sólo de ella. Esto origina rápidamente un primer conflicto o desventaja de esta corriente, ya que el derecho queda reducido a normas positivas, y los principios generales sólo podrían subsistir como elementos de la legalidad.

Claramente esta concepción es muy rígida y de algún modo inmoviliza la función integradora de los principios además de negar un valor supra jurídico a aquéllos,

⁵ Utilizaré en esta tesina como sinónimos los conceptos de principios generales del derecho, P.G del D y principios generales, principios jurídicos o bien simplemente principios.

⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. 3º edición corregida. Barcelona: Editorial Ariel S.A, 1993. p. 216

⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. Cit., p. 216-217

en otros términos, les impide efectividad toda vez que no adquieran fisonomía en el texto normativo.

La vigencia de los principios queda subordinado a la legislación que los contiene y su eficacia se traduce a la subsidiariedad del derecho, siendo utilizados sólo a falta de ley y de costumbre aplicable al asunto controvertido.

El positivismo legalista ha perdido cada vez mayores legislaciones que adhieran a él.

La otra corriente que responde de forma totalmente distinta a la anterior, es la corriente del iusnaturalismo. Esta postura visualiza en los principios generales, principios filosóficos que tienen el carácter de ser anteriores a la ley, teniendo validez independientemente del texto legal positivo.

Los iusnaturalistas consideran equivalente a los principios generales con las normas del Derecho Natural, esto es, reglas que no tienen sanción estatal, pero que son válidas, vigentes y con el carácter de obligatorias por ser parte de un sistema superior, por ende son fuente de Derecho tengan o no consagración normativa.

Sostienen que los P.G del D, "*son formulaciones abstractas, extraídas de la naturaleza de las cosas, concebibles por la razón con independencia de lo que diga la ley positiva*"⁸. Son verdades eternas e inmutables que le pertenecen y son comunes a todas las naciones de cualquier época o zona.

⁸ RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. "*Dos reflexiones acerca de los principios generales del Derecho*". R.D.U. de C., N° 181 (1987), p. 19

Expositores del iusnaturalismo italianos como Santo Tomás de Aquino, Del Vecchio, y españoles como Castán Tobeñas y Pérez González, argumentan que los principios generales son directrices superiores y precedentes al ordenamiento positivo.⁹

El jurista Coviello indica que los principios no son en ningún caso los del derecho natural ya que éstos son vagos, elásticos y subjetivos y que de ninguna forma podrían utilizarse para la integración de lagunas legales.¹⁰

Ninguna de las dos posturas es completamente acertada. Desde mi perspectiva pareciera ser que lo más apropiado e idóneo es indicar que los principios generales son independientes de la ley, ello dado al fracaso que ha tenido el positivismo. Sostener que los principios generales tienen vigencia toda vez que estén reconocidos expresamente por una norma o texto legal pareciera no ser totalmente conveniente puesto que nuevamente conduciría a la noción de que el Derecho es sólo la ley.

Cristián Boetsch en su reciente obra agrega dos concepciones. Una que la desprende de la época romanística y otra de carácter moderno. La primera de ellas es la doctrina romanista en que los principios generales no son otra cosa que máximas de justicia propias del Derecho Romano, llamadas reglas de Derecho.¹¹

Esta doctrina que ha caído en el abandono, alza a los principios a simples reglas prácticas que sólo tienen una importancia histórica.

⁹ El Código civil austríaco del año 1811 reconoció esta doctrina en el artículo 7 "Si no se puede decidir una cuestión jurídica ni conforme a las palabras ni según el sentido natural de la ley, se tendrá en cuenta lo que se decida por la ley en casos semejantes, y los fundamentos de otras leyes análogas. Si resultase aún dudoso el caso, se decidirá de acuerdo a las circunstancias recogidas y maduramente sopesadas, según los **principios generales del Derecho**". (BOETSCH GILLET, Cristián. *La buena fe contractual*. Santiago: Editorial Jurídica, 2011. p. 17)

¹⁰ COVIELLO, Nicolás. *Doctrina General del Derecho Civil*. Traducido al castellano de la 4º edición italiana por Felipe de J. Tena. Editorial Hispano-Americana, 1949. p.97

¹¹ BOETSCH GILLET, Cristián. *La buena fe contractual*. Santiago: Editorial Jurídica, 2011. p. 15

El italiano Coviello indica que en su respectiva legislación los principios generales tampoco son los principios del derecho romano o común, ya que el mismo Código Civil suprimió toda eficacia al derecho romano o común.¹²

Y por otro lado, la postura culturista, de carácter más moderno (algunos la llaman la doctrina sociológica) sostiene “*que los primeros principios deben encontrarse en aquellos que una comunidad determinada estime como valioso, es decir, son valores jurídicos-éticos de la comunidad*”¹³. Esta postura lisa y llanamente les atribuye a los principios juicios creados por cada cultura y comunidad en particular.

De este modo, sea cual sea la posición que adoptemos, los principios generales del Derecho, otorgan al ordenamiento coherencia, unidad e integridad, aun cuando carezcan de reconocimiento expreso en texto legal.

1.3 Conceptos de los Principios Generales del Derecho.

Conforme las distintas posiciones que pretenden categorizar y describir a los principios generales, resulta aún más complejo definirlos propiamente tal, llegando a decirse que especificar a los principios jurídicos es de las cuestiones más difíciles para los juristas. En la doctrina no existe uniformidad en qué se entiende por P.G del D, principalmente por las mismas palabras que lo constituyen como concepto causa confusiones.

¹² COVIELLO, Nicolás. Ob., Cit p.98

¹³ BOETSCH GILLET, Cristián. *La buena fe contractual*. Santiago: Editorial Jurídica, 2011. p. 19

Es por ello que a continuación ilustraré qué no debe entenderse por principio generales para luego así mencionar algunas de las definiciones que mejor intentan explicarlos y que a mi parecer reflejan la esencia de ellos.

Para Del Vecchio, los principios generales no son aquellos del derecho Romano o del Derecho Común (del latín *ius commune*) o los que se encuentren consagrados en un texto legal, por el contrario, él estima que la respuesta está en el Derecho Natural, pero nunca un principio general puede contradecir a un principio particular, recordemos que en todo ordenamiento debe existir una armonía jurídica.¹⁴

Este jurista y filósofo italiano también descarta que “*los principios generales del Derecho sean tantos como sistemas jurídicos existan debido a que no se concibe que puedan mutar dependiendo de la sociedad en la cual rija determinado sistema*”¹⁵

Respecto de esta última idea que entrega Del Vecchio no lo comparto del todo, puesto que considero que los principios generales del derecho varían en cada nación, etnia y ordenamiento jurídico. Es impensable que ellos sean únicos e iguales para todas las legislaciones, ya que la esencia de éstos, y nuevamente reitero, armonía y coherencia a todo sistema jurídico-social, y para ello no se puede concebir que sean idénticos en cada lugar.

Otros autores como Alchourron y Bulygin sostienen que los principios generales no deben entenderse como reglas coactivas y por consiguiente tener el carácter de sancionatorias.¹⁶

¹⁴ DEL VECCHIO, Giorgio. *Los Principios generales del Derecho*, trad. De Juan OSORIO MORALES, Casa Editorial BOSCH, 2º edición, 1948, p. 43

¹⁵ DEL VECCHIO, Giorgio. *Ob. Cit.*, p. 49

¹⁶ SLCHOURRON, Carlos y BULYGUN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1974, p.107

Después de haber mencionado lo que destacados juristas han precisado por lo que no debe entenderse como principio general, es menester intentar definirlos.

En nuestro país, el profesor Fernando Fueyo señala en su obra sobre Interpretación, que los P.G del D son "*Aquellos juicios de valor, anteriores a la formulación de la norma positiva, que se refieren a la conducta de los hombres en su interferencia intersubjetiva y que fundamentan la creencia formativa o consuetudinaria*"¹⁷

Por otra parte, el jurista español Puig Peña indica que "*Son principios generales del Derecho en un sentido general aquellas verdades o criterios fundamentales que informan el origen y desenvolvimiento de una determinada legislación conforme a un determinado orden de cultura, condensados generalmente y que tienen virtualidad y eficacia propia con independencia de las fórmulas de modo positivo*".¹⁸

Es así como Enrique Alcalde afirma que "*Los principios generales del Derecho constituyen o forman parte de la base del ordenamiento jurídico, toda vez que en ellos se halla cimentado el propio sistema legal. Representan, además, los elementos que sirven de nexo para entrelazar las distintas figuras jurídicas, permitiendo su conceptualización dentro de un todo orgánico que responde a una misma razón lógica*".¹⁹

Coviello revela que "*Los principios no pueden ser otros que los principios fundamentales de la misma legislación positiva, que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de los cuales deben deducirse exclusivamente en fuerza de la abstracción*".²⁰

¹⁷ FUEYO LANERI, Fernando, *Interpretación y Juez*, Universidad de Chile y Centro de Estudios Ratio Iuris, Santiago, 1976, p.100

¹⁸ PUIG PEÑA, Federico, "*Los principios generales del Derecho como fuente formativa de la decisión judicial*", Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 1048

¹⁹ ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los principios generales del Derecho*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003, p. 51

²⁰ COVIELLO, Nicolás. *Doctrina General del Derecho Civil*. Traducido al castellano de la 4º edición italiana por Felipe de J. Tena. Editorial Hispano-Americana, 1949. p.98

Según lo mencionado por los distintos autores, modestamente afirmo que los principios generales del Derecho son creencias de índole jurídico, que yacen en cada nación, anteriores a todo ordenamiento jurídico, cuyos albores se encuentran en el Derecho Natural, comenzando a tener mayor observación en la Codificación de Leyes y que tienen por principal objetivo armonizar y dar congruencia a un sistema de organización social.

1.4 Naturaleza jurídica de los principios generales del Derecho.

Determinar la naturaleza jurídica de los P.G del D, tiene dos aspectos a tratar: uno de ellos es precisar si constituyen o no normas jurídicas, vale decir, si tienen o no el carácter de éstas y por otro lado delimitar si se propagan al ámbito jurídico o bien quedan impregnados en él.

Sobre el punto de principios generales y las normas jurídicas, no tiene por objeto determinar si requieren o no de reconocimiento expreso en un texto legal para que tengan transcendencia, eso lo doy por superado, reiterando que no es menester la consagración en texto normativo, el tema relevante en cuestión es si los principios generales son normas jurídicas o no.

Para poder dilucidar ello, debemos remitirnos al concepto de norma jurídica.

El Diccionario de la Real Academia Española entrega como primera acepción a la palabra norma “*Regla que se debe seguir o a que se deben ajustar las*

conductas, tareas, actividades, etc.”, también es definido como “*El conjunto de criterios lingüísticos que regulan el uso considerado correcto*”.²¹

El jurista italiano Coviello indica que “*Toda norma jurídica contiene una disposición general y abstracta con la que se determina lo que debe ser conforme al derecho*”.²²

Es así como toda norma jurídica contiene un mandamiento, sanción y generalidad. Si no comprende un mandamiento es un simple consejo o máxima doctrinal. Un mandamiento que no contenga una sanción conduce a un mero precepto moral, y si carece de generalidad no puede ser considerada jurídica.

Por lo expuesto, manifiesto que una norma jurídica es una regla de conducta humana que conlleva a un supuesto de hecho que emana de la autoridad competente, que comúnmente otorga derechos e impone obligaciones, y que cuyo incumplimiento trae como consecuencia una sanción, pudiendo ser de carácter civil, penal o social.

En la doctrina española se han planteado dos posturas, una que considera a los principios generales como una norma y otra que lisa y llanamente le rechaza el carácter de tal.

La primera postura que les atribuye el carácter de norma los principios lo hace por medio de una equiparación en donde sostienen que es perfectamente posible y no hay contradicción en los fines perseguidos por ambos, que es el de dar certeza y seguridad a la sociedad.

Lamentablemente esta posición no es posible de sostenerse, ya que es sabido que toda norma jurídica impone un supuesto de hecho y esto no está presente en

²¹ Diccionario de la Real Academia Española. [Fecha de consulta: 22 de diciembre 2015]. Disponible en web: <http://dle.rae.es/?id=QcFNGvF>

²² COVIELLO, Nicolás. *Doctrina General del Derecho Civil*. Traducido al castellano de la 4º edición italiana por Felipe de J. Tena. Editorial Hispano-Americana, 1949. p.10

los principios generales del Derecho, además las normas jurídicas su principal característica es que ante la infracción o incumplimiento de su tenor trae como efecto una sanción, esto a raíz de su carácter de ser imperativas y vinculantes, situación que no ocurre en los P.G del D.

El profesor Juan David Terrazas sostiene que los principios generales no son normas, y así también coincide Karl Larenz, en donde ambos fundamentan que el concepto de norma es de índole restrictivo y no se extiende a los principios jurídicos.²³

Finalmente se puede mencionar que los principios generales son un ente jurídico que no necesitan de positivización para tener subsistencia ni eficacia, y además no pueden confundirse con una norma, porque por la definición misma de ésta.

Respecto de la trascendencia de los principios generales, esto es, así se propagan en el ámbito jurídico o lo trascienden. Terrazas Ponce señala que hay dos tesis, una que los considera como simples categorías extrajurídicas y la que sólo los considera como netamente jurídica. En el sistema español mayoritariamente los juristas pregonan la idea de la extrajuricidad de los principios generales del Derecho, y que lo asocian a simples líneas informadoras que no son fundamento del Derecho positivo.²⁴

Y la tesis que postula la juricidad de los principios, toma de argumento la posición lusnaturalista, en donde identifican a los principios generales con los del Derecho Natural.

Pareciera que ninguna de las dos tesis es la más acertada pero la combinación de ella conduce a decir que la naturaleza de los principios es de carácter

²³ TERRAZAS PONCE, Juan David. *Algunas consideraciones sobre los Principios Generales del Derecho y un breve análisis de su aplicación en el ordenamiento jurídico chileno*. R.D.U.C.N., año 11, N° 1 (2004), p. 145

²⁴ TERRAZAS PONCE, Juan David. Ob. Cit., p.146

múltiple, lo que significa, que comprenda a los principios superiores de justicia como los principios que son fundamento de todo ordenamiento.²⁵

1.5 Funciones de los principios generales del Derecho.

En este punto al fin la doctrina ha sido un tanto pacífica en cuanto a las principales funciones que desempeñan los Principios Generales, de interpretación e integración de los vacíos o lagunas legales.

Los principios generales del Derecho tienen como única obligación respetar el valor que en ellos se contiene y se aplicará a todos los actos que se ejecuten en la comunidad.

Agruparé las funciones clásicas de los principios y finalmente algunas de carácter más moderno que se han ido planteando en la doctrina:

a) Los principios generales y su función interpretativa en las normas.

Interpretar una regla consiste en determinar el verdadero sentido y alcance. Ahora bien, surge la siguiente interrogante: ¿Solamente se puede interpretar una norma cuando hay oscuridad en ella?, ¿La oscuridad es una condición para que sea procedente la interpretación? Esto se planteaba desde los tiempos más antiguos en el Derecho Romano, conforme al principio "*in claris non fit interpretatio*", esto quiere decir, que sobre la ley clara no corresponde interpretarla.

²⁵ Esta naturaleza de carácter múltiple, es denominada "la naturaleza ecléctica" ya que si bien no se puede extraer directamente del Derecho Natural, la mayoría deriva de ellos, así lo postula Juan David Terrazas.

La oscuridad como requisito de interpretación ha sido superado, y tanto una ley clara como una oscura es susceptible de ser interpretada.

Ahora sobre esta función de los principios generales Díez-Picazo señala “*También la determinación del verdadero alcance, sentido y significado que dentro del ordenamiento jurídico posee una determinada disposición legal solamente puede hacerse, en ocasiones, acudiendo a criterios extralegales. Cuando hablamos, pues, de ‘principios generales del derecho’ estamos haciendo referencia a estos criterios no legislados ni consuetudinarios mediante los cuales debemos integrar las lagunas legales y de los cuales servimos para llevar a cabo la labor de la interpretación de las leyes*”.²⁶

El sentenciador debe cumplir su labor de interpretación recurriendo a los principios generales del Derecho, ya que como he reiterado, debe darse unidad y coherencia al ordenamiento jurídico.

Los principios en razón de esta función cumplen un rol de ser un ente fiscalizador en que el producto del proceso interpretativo no contravenga lo que ellos disponen.

b) Los principios generales en relación a su función explicativa y justificativa.

El profesor Juan David Terrazas²⁷ es quien hace alusión a esta función que cumplen los principios generales.

La función explicativa de los principios generales del Derecho, es porque éstos son instrumentos que reflejan una determinada realidad y situación, por medio de su

²⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. 3º edición corregida. Barcelona: Editorial Ariel S.A, 1993. p. 202

²⁷ TERRAZAS PONCE, Juan David: *Algunas consideraciones sobre los principios generales del Derecho y un breve análisis de su aplicación en el ordenamiento jurídico chileno*. R.D.U.C.N., año 11, Nº 1 (2004), p. 146

capacidad de recopilar una gran variedad de información y además contribuyen a comprender el Derecho como un sistema ordenado y sistematizado, dotado de razón.

Esto no se agota en una función explicativa, además cumplen una función justificativa de Derecho, esto último es mirado desde dos perspectivas.

Los principios son menos que las normas porque no dejan ahorrar tiempo al momento de decidir un caso, pero son más que las normas porque al tener de características la generalidad, entran a regular y abarcar mayor número de casos.

c) Los principios generales como fundamento normativo.

Esta idea la propone Ríos Álvarez,²⁸ el cual menciona que los principios generales son soportes originarios de todo ordenamiento, que colaboran al progreso y supervivencia de éste.

Si bien considero que más que ser una función de los principios generales del Derecho, es el objetivo que persiguen éstos, el cual es ser fundamento normativo en el sistema jurídico.

d) Los principios generales como guías integradores de Derecho.

El legislador no puede considerar todos los eventos que se desarrollen en la vida social y jurídica, además de cada vez surgir nuevas situaciones con mayor complejidad que el legislador no pudo prever al momento de dictar las leyes.

²⁸ RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro: *Dos reflexiones acerca de los principios generales del Derecho*, R.D.U. de C., N° 181 (1987), p.28

Al no haber una solución en el ordenamiento jurídico positivo para el caso concreto entran en juego los principios generales del derecho, que den remedio a aquellas situaciones no reguladas (vacíos o lagunas legales).

Si bien en nuestro país no hay una norma expresa que señale o consagre la función integradora de los principios, los artículos 24 del Código Civil y el artículo 170 n° 5 del Código de Procedimiento Civil hacen que se llegue a tal conclusión.

En nuestro medio Pablo Rodríguez expone “el más importante y fecundo de los elementos de integración de las lagunas legales [...] estos principios constituyen una especie de síntesis de la legislación en general. La fórmula que servirá al juez para fallar el caso no puede estar basada en un principio ajeno al orden establecido”²⁹

El método de integración presente en los principios generales del Derecho se verifica por medio de la equidad.

A continuación hare un análisis sobre la equidad, el rol que juega en nuestro actual sistema y cómo es utilizada en la función de integración de derecho.

1.5.1 La equidad.

La equidad (en latín *aequitas-atís*, que significa igualdad o proporción) “es *el sentimiento seguro y espontáneo de lo justo y lo injusto que deriva de la sola naturaleza humana, con prescindencia del derecho positivo*”³⁰.

La esencia de la equidad es la de un sentimiento de justicia, que se traduce a lo que debería ser el derecho y gracias a ella los sujetos tenemos la capacidad de poder distinguir lo que es justo de lo injusto, lo bueno de lo malo y lo verdadero de lo falso.

²⁹ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. *Teoría de la interpretación jurídica*, 1° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, p.27

³⁰ ALESSANDRI R, Arturo., SOMARRIVA U, Manuel., y VODANOVIC H, Antonio. *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, Tomo I, 1998, p. 189

En el Derecho Español la equidad desempeña un rol de tipo pasivo, que es de servir de fundamento a las sentencias de los tribunales de justicia cuando la ley por mandato expreso lo ordene. Esto se refleja cuando la norma legal faculta al sentenciador a fallar en conciencia, ya que si se tratara de vacíos o lagunas, se debe recurrir a la costumbre y en subsidio de ésta a los principios generales del derecho.³¹

Es claro evidente que en la legislación española los principios generales del derecho tienen un cometido mucho más laborioso que la equidad, ya que los primeros son una fuente formal supletoria o subsidiaria en el ordenamiento.³²

Nuestro legislador no permite servirse de la equidad para corregir las leyes o bien las injusticias que resulte de la aplicación de las normas legales, predomina en nuestra legislación la certeza del derecho.

En Chile, la equidad natural está establecida como un elemento de interpretación de las leyes que sean oscuras o dudosas, así lo consagra el artículo 24 del Código Civil de don Andrés Bello³³.

En consecuencia cuando una norma o ley se puede tomar en dos sentidos y conforme a las reglas de interpretación no es posible determinar su sentido, el juez se guiará por el que más conforme parezca a la equidad natural, eso es lo que ordena el artículo 24 citado al pie de página y para ello deberá aplicarla junto con la armonía del espíritu general de la legislación.

³¹ Artículo 1º del Código civil español del 1973 "1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. 4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de la ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico."

³² NIÑO TEJEDA, Eduardo: *Los principios generales del Derecho en el Código Civil chileno y en el Código Civil Español*, R.D.U.C.V., vol. 7 (1983), p. 55

³³ Artículo 24, Código Civil Chileno de 1855 "*En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural*"

Pero el rol de la equidad no se agota ahí. También es una fuente supletoria cuando la misma ley se remite a ella. Esto producto de que existen diversas situaciones que por su dificultad no se les puede aplicar la norma general y abstracta, debiendo remitirse la ley a la equidad para el caso particular.

La equidad rige las lagunas legales, esto según el tenor literal del artículo 170 número 5 del Código de Procedimiento Civil que señala los requisitos que debe cumplir toda sentencia, dentro de los cuales ordena la enunciación de las leyes y en su defecto de los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo.

¿Sería correcto afirmar que el concepto de equidad natural de la que se refiere el código civil es equivalente al de principios de equidad que menciona el Código de Procedimiento Civil?

El profesor Alejandro Guzmán Brito realiza en un comunicado que ambos conceptos están siendo utilizados en razón de las distintas funciones que cumple la equidad en nuestro sistema *“la expresión equidad natural que figura en el artículo 24 del Código Civil, tiene una función meramente interpretativa de la ley oscura o contradictoria, cuando no ha sido posible aplicar a la misma los criterios de interpretación señalados en los artículos 19 a 23 del mismo código para salvar su oscuridad o contradicción”*.³⁴

Mientras que la expresión “principios de equidad” se refiere a la función integradora de la equidad, toda vez que no haya norma o texto legal expreso.

Es así como se puede concluir que los principios generales del Derecho son utilizados vía equidad en nuestra legislación, si bien en el proyecto de 1853 en su

³⁴ GUZMÁN BRITO, Alejandro. Estudios dogmáticos de Derecho Civil [en línea]. Ediciones Universitarias de Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2005 [fecha de la consulta: 18 de noviembre 2015]. Disponible en web: http://www.euv.cl/archivos_pdf/libros_nuevos/est_dogmaticos.pdf p.15

artículo 4 ³⁵ (que actualmente equivale al artículo 24 del Código Civil) se consagraba expresamente que a falta de norma se aplicaban subsidiariamente los principios generales del derecho y la equidad natural. Hoy se menciona el concepto de “conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”.

³⁵ Artículo 4, Proyecto de 1853 disponía “En materia civiles, a falta de ley escrita o de costumbre que tenga fuerza de ley, fallará el juez conforme a lo que dispongan las leyes para casos análogos y, a falta de éstos, conforme a los principios generales del derecho y de equidad natural”

CAPITULO II: RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO.

2.1 Concepto.

La ley no ha definido expresamente el recurso de casación en el fondo, sólo se remite a señalar su objeto, esto es, invalidar determinadas sentencias en los casos expresamente señalados por la ley.³⁶

Mario Casarino indica que *“El recurso de casación en el fondo es un recurso extraordinario que el legislador concede a la parte agraviada, en contra de determinadas resoluciones judiciales, para obtener su anulación, cuando han sido dictadas con infracción de ley, siempre que esta infracción haya influido sustancialmente en lo dispositivo de ellas”*.³⁷

Otros sostienen *“El recurso de casación en el fondo es un acto jurídico procesal de parte agraviada con determinadas resoluciones judiciales, para obtener de la Corte Suprema que las invalide por haberse pronunciado con una infracción de la ley que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, y que las reemplace por otra resolución en que la ley se aplique correctamente”*.³⁸

De ambas definiciones se puede inferir que el objeto del recurso es la invalidación o anulación de una resolución determinada y que el fundamento del recurso es la infracción de la ley siempre que haya influido sustancialmente en la parte decisiva del fallo.

³⁶ Artículo 764, Código de Procedimiento Civil, Chile.

³⁷ CASARINO VITERBO, Mario. *Manual de Derecho Procesal*, Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile, Sexta edición-2011. p.195

³⁸ MOSQUERA RUIZ, Pablo y MATURANA MIQUEL, Cristián. *Los Recursos Procesales*. Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 288

2.2 Fundamento del recurso.

El recurso de casación tanto el de forma como el de fondo, tienen por objetivo que se lleve a práctica la igualdad ante la ley, el cual se encuentra consagrado a rango constitucional como una de las principales garantías constitucionales, así lo dispone el artículo 19 n° 2 de la Constitución Política de la República..³⁹

La manera de efectuar la práctica de la igualdad ante la ley, es que los poderes del Estado, principalmente el Poder Judicial, cumplan este cometido, atribuyéndole a las leyes los sentidos que correspondan, independiente de las personas y conflictos a resolver y fallar.

Los jueces deben procurar por la correcta aplicación de esta garantía. Debe haber uniformidad para todas las personas que solicitan o requieren la intervención de la justicia, sean nacionales o extranjeros, residentes del territorio nacional o no.

Es por ello que el legislador ha entregado este mecanismo para que haya una correcta aplicación de las leyes <<*el recurso de casación en el fondo*>>, en el cuál hay lugar a la invalidación de una sentencia que infrinja la ley, para posteriormente dictarse una sentencia de reemplazo y que finalmente ésta, contenga la aplicación correcta y autentica de la norma que se infringió.

Este recurso, otorga además la formación de la jurisprudencia, si bien los fallos no obligan a los jueces inferiores, existe una gran influencia sobre ellos, teniendo por principal propósito lograr la aplicación firme y uniforme de las normas.

³⁹ Artículo 19 n° 2, Constitución Política de la República de Chile. "La Constitución política del Estado asegura a todos los habitantes de la República la igualdad ante la ley. En Chile no hay clase privilegiada".

2.3 Situación actual.

Tal como expresé en el punto anterior que la finalidad del legislador con este recurso es que se cumpla la garantía de igualdad ante la ley.

El legislador tiene como interés conseguir la uniformidad de la aplicación de la ley a través del recurso de casación en el fondo.

Esto muchas veces no ha podido lograrse. En un principio el recurso de casación en el fondo era conocido por el pleno de la Corte Suprema, luego de ser modificado gran parte de este recurso, con la Ley N° 19.374 del 18 de febrero del año 1995, pasó a ser conocido por una sala de la Corte, es así, como cada sala tiene un criterio distinto al momento de aplicar las normas, no se ha logrado el cometido principal, el cual es, la uniformidad jurisprudencial.

La Ley N° 19.374 introdujo grandes modificaciones, dentro de las que importan en este trabajo están:

- a) Aquella en que el recurso de casación en el fondo es un medio de impugnación de carácter formalista, ello produce que respecto de su interposición es declarado inadmisibile por cualquier omisión de los requisitos exigidos por la ley “muchas veces el recurso es rechazado por cuestiones de formales y no de fondo”.⁴⁰
- b) Además se sustituyó el requisito de *hacer mención expresa y determinada de la ley o leyes que se suponen infringidas*, la forma en que se produjo la infracción, y la forma en cómo influye en lo dispositivo de la sentencia, por el requisito de *expresar sólo el error o errores de derecho* de que adolece la sentencia recurrida y la forma en cómo influyen en lo dispositivo del fallo.

⁴⁰ MOSQUERA RUIZ, Pablo y MATURANA MIQUEL, Cristián. Los Recursos Procesales. Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 286

2.4 Causales de procedencia.

La causal de procedencia o que lo justifica es la infracción de la ley siempre que influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo, así lo confirma el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil.⁴¹

Por ende son dos los requisitos de procedencia, el primero que la sentencia recurrida haya sido pronunciada con infracción de ley y segundo, que la infracción influya sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia.

¿Cómo se infringe la ley? En este punto la jurisprudencia ha sido bastante uniforme y señala que las maneras de infringirla son tres: contraviniéndola formalmente, interpretándola erróneamente o hacer una falsa aplicación de ella misma.

Hay contravención formal cuando el tribunal prescinde de la ley o bien falla en oposición al texto legal.

Respecto de la errónea interpretación es aquella cuando el tribunal da un alcance diferente al que ordena el legislador.

Por último, se está en presencia de una falsa aplicación de la ley cuando la ley se aplica a situaciones no reguladas por la norma o bien cuando se prescinde de la aplicación de ella para los casos en los cuales fue dictada.

⁴¹ Artículo 767 Código de Procedimiento Civil dispone: "El recurso de casación en el fondo tiene lugar contra sentencias definitivas inapelables y contra sentencias interlocutorias inapelables cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, dictadas por Cortes de Apelaciones o por un tribunal arbitral de segunda instancia constituido por árbitros de derecho en los casos en que estos árbitros hayan conocido de negocios de la competencia de dichas Cortes, siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción haya influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia".

2.4 Alcance de la palabra ley.

La Corte Suprema le ha dado un amplio campo de aplicación al concepto de ley, que es empleado en el artículo 767 del C.P.C. Conforme a la historia fidedigna del establecimiento de este precepto la palabra ley ha sido tomada en un sentido muy amplio, entendiéndose por ley:⁴²

- a) A la Constitución Política de la Republica (Ley Constitucional), pretendiéndose anular una sentencia judicial cuando es dictada con infracción de la Constitución.
- b) La ley propiamente tal, siendo ésta la que proviene de forma normal u ordinaria por los órganos constitucionales llamados a dictarla.
- c) A los Tratados Internaciones, ya que constituyen una ley para los Estados que lo celebran, los decretos leyes y los decretos con fuerza de ley.
- d) La ley propiamente tal
- e) La costumbre, siempre cuando la ley se remita a ella o en silencio de la ley, cuando así deba aplicarse.
- f) La ley extranjera, cuando ésta sea incorporada al estatuto jurídico nacional
- g) La ley del contrato.

Ha sido muy estudiado y tratado el alcance de la voz “ley” y lo anterior indica claramente qué es lo que se entiende por ella. No se limita a la definición que nos entrega el Código Civil en su artículo primero⁴³, eso ya ha sido superado.

Ahora corresponde responder si se incluye o no en la palabra ley a los principios generales del Derecho.

⁴² Sobre este punto tomo como base a: MOSQUERA RUIZ, Pablo y MATURANA MIQUEL, Cristián. Los Recursos Procesales. Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 295-297

⁴³ Artículo 1, Código Civil, Chile: “La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”

La base en el contenido de la expresión ley, tiene por fundamento la existencia de una norma jurídica, es decir, una prescripción jurídica vinculante que tenga fuerza obligatoria, y bien mencione cuando trate los distintos conceptos de principios generales del Derecho, éstos no son normas jurídicas, no tienen la característica de ser coercitivos y por ende carecen de fuerza obligatoria, por lo cual, al no ser norma jurídica, no está siendo incluido en este concepto de ley que menciona el artículo 767 del C.P.C, por más amplio que sea la voz de la palabra “ley” escapa de llegar a incluir a los principios generales, por el hecho de ser creencias de carácter jurídico, juicios de valores que no constituyen norma jurídica.

2.6 Infracción de los principios generales del derecho y el recurso de casación en el fondo.

Luego de los puntos anteriormente analizados corresponde determinar la pertinencia de los principios generales del Derecho para fundar un recurso de casación en el fondo.

La doctrina le asigna a los principios generales el carácter de ser orientadores de la legislación, integradores de lagunas legales y elementos de interpretación de pasajes oscuros y contradictorios.⁴⁴

La función integradora de los P.G del D, adquiere cada vez mayor recurrencia. Ante la existencia de lagunas o vacíos legales, cuando las leyes no puedan aplicarse al caso en particular, cuando éstas no entreguen una respuesta o solución concreta a la situación determinada o cuando conteniendo una solución posible ésta no se ajusta a su sentido, entra en juego la integración, ya que el juez no puede negarse a dar

⁴⁴ PEÑAILILLO ÁREVALO, Daniel. “*Obligaciones, Teoría general y clasificaciones*”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2003, p.48

solución al caso en particular argumentando falta o inexistencia de ley que resuelva el asunto, esto en virtud del principio de inexcusabilidad.⁴⁵

¿Qué importancia tiene que los principios generales del Derecho sean recogidos para fundar un recurso de casación?

Como bien señale en los párrafos anteriores, los principios generales sirven para dar coherencia a todo sistema, pero si éstos son transgredidos cuando se encuentran en la situación de estar integrando el Derecho debe haber un mecanismo de control que vele por ellos.

El mecanismo de control debe ser por medio de los Tribunales Ordinarios de Justicia, y más específicamente por nuestro máximo tribunal, Corte Suprema, que dentro de sus principales funciones se encuentra la de unificar la jurisprudencia, en razón de ello, debería ser este Tribunal quien resuelva la contienda que se produzca por la infracción o violación a los principios generales del Derecho.

Si no le entregamos cierta protección y seguridad a los principios generales del Derecho, se produciría una inestabilidad en el ordenamiento jurídico, puesto que si sostenemos que ellos integran Derecho y son vulnerados en su aplicación al momento de decidirse sobre un conflicto en una sentencia, estaríamos trasgrediendo nuestro sistema jurídico.

Los P.G del D, juegan un rol muy importante en nuestra legislación, con sus diversas funciones, las cuales expuse en el punto 1.6, demuestran que son un ente activo, que no son desconocidos por la doctrina ni mucho menos por los sentenciadores.

En la práctica judicial se ha comprobado que la ley no es la única fuente a la cual los sentenciadores acuden para la resolución de conflictos y dictación de fallos. Con

⁴⁵ Artículo 76 inciso 2° de la Constitución Política de la República de Chile consagra este principio "Reclamada su intervención [función jurisdiccional] en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión".

mayor frecuencia las sentencias van aplicando al caso particular los principios generales cómo lo son la protección a la buena fe, el repudio al enriquecimiento sin causa, la devolución del precio si reaparece la cosa pérdida, por mencionar algunos.⁴⁶

Tal como señalé para calificar a los principios generales como tales no se requiere texto que lo consagre para que sean reconocidos y tengan existencia jurídica, pero al carecer de texto positivo que los contemple produce que carezcan de recurso legal o procesal que los proteja y salvaguarde.

Cuando se analizó la naturaleza jurídica de los principios generales del Derecho, se concluye que éstos no se encuentran incluidos en el concepto de norma jurídica, puesto que esta última debe ser entendida en un sentido restrictivo y no extendiéndose a los principios generales.

Los principios generales del Derecho vienen a ser las máximas que orientan y guían a todo sistema pero no con el rango de regla o norma jurídica sino como creencias jurídicas que descansan en toda nación. Sobre este punto me remito a lo analizado anteriormente.

Otro tema a mencionar es que si el concepto de “infracción de ley” del cual habla el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil comprende o no a los principios generales del Derecho.

Este punto también fue abordado y se señaló que había infracción de la ley cuando se contravenía formalmente, interpretaba erróneamente o se hacía una falsa aplicación de ella misma.

⁴⁶ DUCCI CLARO, Carlos. Interpretación Jurídica. Editorial Jurídica de Chile, 1989, Santiago de Chile. p.154

Si los principios generales del Derecho están o no incluidos en la infracción de ley, tanto la doctrina como jurisprudencia se han inclinado por la negativa.

El alcance de la expresión “ley” no abarca a los P.G del D, por éstos no ser normas jurídicas.

Ni aun equiparando a los principios generales por medio de la equidad se podría deducir el recurso de casación por infracción a aquéllos.⁴⁷

La jurisprudencia es enfática en declarar que para la procedencia del recurso de casación en el fondo debe haber norma legal infringida.⁴⁸

Entonces ¿Quedaría respondido que en ninguna circunstancia y bajo ningún respecto se podría fundar un recurso de casación por haber una infracción a los principios generales del Derecho?

Aún hay duda. Con la última modificación que sufrió este recurso, mediante la Ley N° 19.374 del 18 de febrero de 1995, partiendo de la base que los principios generales en nuestro ordenamiento jurídico cumplen la función de ser integradores de derecho, parece extenderse la idea de sí podría llegar a fundarse un recurso de casación, ya que con la modificación al recurso se reformó la idea de fundar por “infracción de ley” a fundar por un “error de derecho”.

⁴⁷ Planteada la cuestión de si es posible invocar la infracción del artículo 24 como fundamento de un recurso de casación, la jurisprudencia ha declarado :“La referida disposición, aun cuando se la relacione con el principio de equidad, no resulta suficiente, por sí sola, para fundar una casación, ya que se trata de una norma auxiliar de otras, que son las disposiciones legales de fondo” (Cs. 24-XII-2003, cons. 5°, N° LegalPublishing: 28444) Esto se encuentra en: DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen; SANCHEZ COAUT, Javier; REYES PREGGNAN, Mayra. *Código Civil Chileno: Jurisprudencia, doctrina, comentarios*. Santiago, Chile: Legis, 2011. p.100

⁴⁸ Ver Repertorio de Legislación y Jurisprudencia C.P.C, Tomo IV, sobre el artículo 764, N°7 II.B “Es inaceptable la causal de casación en el fondo si la sentencia recurrida no contiene decisión o declaración alguna contraria a las disposiciones legales que se citan como infringidas” p.17

Entonces la Corte Suprema, como tribunal máximo en nuestro sistema, que conoce del recurso de casación y de acuerdo a la modificación, estaría obligado a resolver no solamente por “infracción de ley” sino que además por errores de derecho.

Quedo explicado que por infracción de ley no se encuentran comprendidos los principios generales. Ahora ¿Por “errores de derecho” se entenderán englobados también los principios generales del Derecho?

El artículo 772 que menciona a los errores de Derecho, en virtud del cual el escrito en que se deduzca el recurso debe expresar el o los errores de derecho de los cuales adolece la sentencia recurrida y además señalar el modo en que esos errores influyen substancialmente en lo dispositivo del fallo.

Conforme a la Historia de la Ley N° 19.374 y en la discusión en sala sobre su dictación se dijo “Expresar en qué consiste el o los errores de derecho de que adolece la sentencia recurrida dejamos constancia —y es bueno que así quede para la debida historia de la ley— de que ellos pueden consistir en aplicar una ley que no corresponde, en dejar de aplicar la que corresponde o en aplicar una ley con una extensión o interpretación distinta.”⁴⁹

Queda demostrado que el concepto de errores de derecho se remite al significado de “infracción de ley”⁵⁰, por lo tanto quedan excluidos los principios generales del derecho para fundar un recurso de casación en el fondo.

⁴⁹ Historia de la Ley N° 19.374 del 18 de Febrero de 1995. p.212-213. Disponible en línea: <http://bcn.cl/1tbhz>

[fecha de la consulta: 20 de noviembre 2015]

⁵⁰ Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Código de Procedimiento Civil sobre artículo 767 N° 6 “Cuando se entiende que ha existido infracción de ley. I) Las infracciones de ley pueden producirse cuando no se aplica la disposición que corresponde, cuando se aplica mal esa disposición o cuando se aplica una disposición que no corresponde. V) La infracción de ley se produce cuando el juez, dentro de su libertad interpretativa, contraviene fundamentalmente su texto, cuando se da un alcance

Se mantiene la visión o línea judicial que la jurisprudencia de tiempos remotos ha aseverado.⁵¹

2.6.1 Principios recogidos expresamente por la ley y el recurso de casación.

En nuestra actual legislación existen principios reconocidos por la ley como lo son en sede civil la buena fe contractual, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, el repudio al enriquecimiento sin causa lícita entre otros.

En el derecho de familia y sucesorio también existen principios consagrados expresamente por el legislador, uno de ellos es el reconocimiento al interés superior del niño que, con la actual reforma introducida por la Ley N° 19.585 se ha dado lugar a un sistema protector e igualitario en el ámbito de filiación.

Conforme a lo anterior, uno de los principios que sustentan la Ley N° 19.585 es el principio del interés superior del niño al cual me referiré en los próximos párrafos y analizaré la eventual posibilidad de recurrir de casación en el fondo por desconocer e infraccionar un principio que la ley reconoce expresamente.

Bien señalé al iniciar este trabajo que definir y conceptualizar a los principios generales del derecho no era tarea fácil, mucho menos lo es precisar el interés superior del niño, ya que no hay definición doctrinaria ni legal.⁵²

distinto del dado por el legislador, ya sea ampliando o restringiendo las disposiciones, y por último, cuando hace una falsa aplicación de la ley, como sucede cuando la aplica a una situación no prevista por el legislador o deja de aplicarla en el caso reglado." p.34

⁵¹ Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, Código de Procedimiento civil sobre artículo 767 N° 4 "II) Es improcedente la causal que se hace consistir en infracción de principios de derecho o de doctrina legal" p.31

C. Suprema, 29 octubre 1949. R., t. 46, sec. 1°, p.817

⁵² GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *El Sistema filiativo chileno*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2007. p. 35-36

La Convención de los Derechos del Niño en su artículo 3 señala “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

Tal se puede desprender que si bien no se define lo qué es o se debe entender por interés superior del niño, existe un rol muy importante de este principio que trasciende al ordenamiento jurídico y se extiende a instituciones públicas como privadas, tribunales de justicia y autoridades administrativas-legislativas.

La principal desventaja de la falta de conceptualización de este principio es que se ha dicho que el interés del niño es el que definan los adultos. El jurista Díez-Picazo señala que no siempre será más ventajoso lo que los padres entiendan como tal “*quiere decir, en concreto, que los intereses de los hijos se juzgan según el criterio de los adultos, afirmación que nos lleva a pensar si no se verifica aquí un doble discurso que en los hechos haga prevalecer los interés de éstos por sobre los de aquéllos*”.⁵³

Maricruz Gómez indica que actualmente se puede sostener “*Consiste en garantizar al niño el ejercicio y satisfacción efectiva de los derechos y garantías que surgen de su calidad de persona humana, los que deben ser respetados en el ejercicio de la autoridad de los padres, en las resoluciones que dicten los jueces y en las medidas que tomen los organismo públicos y privados al respecto*”.⁵⁴

Hecho un breve análisis para entender en qué consiste este principio corresponde definir la procedencia del recurso de casación por una infracción o no aplicación de aquél.

⁵³ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Familia y Derecho*. Civitas, Madrid, 1984, p.176

⁵⁴ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *El Sistema filiativo chileno*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2007. p. 46

Una reciente sentencia de la Corte Suprema, causa rol N° 23113/2014 del 14 de julio del 2015, se dedujo recurso de casación el fondo para invalidar una sentencia del 24 de mayo del 2014, en la cual se acogió la demanda interpuesta por Alejandra Patricia Silva Medina y consecuentemente se determinó entregar el cuidado personal del menor Gaspar Alonso Bocaz Silva a la primera.

El recurrente de casación el fondo, Christian David Bocaz Muñoz, fundamenta su recurso en que se vulneraron las normas del Código Civil, artículos 225 inciso 4° y 226,⁵⁵ que consagran el cuidado personal tomando en consideración el interés superior del niño, aplicándose restrictivamente y desconociéndose a cabalidad este principio.

En el considerando tercero se expone básicamente que el traslado del menor de la ciudad de Puerto Montt a la ciudad de Santiago afectó el derecho de Gaspar a relacionarse con su madre, ergo, su interés superior.

La decisión el tribunal superior (no unánime) para rechazar el recurso de casación fue entre algunas el cambio de domicilio del padre a la ciudad de Santiago, llevando a los jueces de la instancia a privarle del cuidado personal de su hijo, confiriéndoselo a la madre del menor.

Lo curioso de esta sentencia es que el Ministro Señor Sergio Muñoz y el Abogado Integrante Señor Jorge Lagos, votaron por acoger el recurso de casación tomando en cuenta como primer razonamiento “*que el interés superior del niño, como principio fundamentales inspirador de nuestro ordenamiento jurídico, alude al pleno respeto de los*

⁵⁵ Artículo 225 inciso 4°, Código Civil Chileno “En cualquier de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y **el interés superior del hijo** lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 226”.

Artículo 226 “Podrá el juez, el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el **interés superior del niño** conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2.”

derechos esenciales del niño, niña o adolescente, buscando asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de aquéllos y posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida y desarrollo personal”.⁵⁶

Y finalmente en el número quince de sus ideas indicaron “*Que es por lo razonado que el recurso debió ser acogido, puesto que no solamente se dejaron de aplicar las normas legales en referencia, sino que se contrarió el principio que constituye la base en la regulación de la relación entre los padres con sus hijos, a lo cual se une la falta de antecedentes en que se sustentó la decisión, como también se dejó de atender el mérito del proceso, al sancionar al padre y no atender al interés superior del niño.*”⁵⁷

Este fallo además de ser actual revela que, los magistrados de nuestro tribunal máximo no tienen una línea judicial unánime para fallar sobre esta materia.

Pareciera ser que mientras el principio se encuentre reconocido por la ley, hay lugar a discrepancias entre los sentenciadores.

Humildemente me atrevo a sostener (que por lo demás ha quedado en evidencia) que sí es posible recurrir de casación en el fondo, en este caso, por desconocer o infraccionar el interés superior del niño.

⁵⁶ CORTE SUPREMA. Causa N° 23114/2014. Caratulado Silva con Bocaz. Santiago, 14 de julio del 2015. [Fecha de consulta: 27 de diciembre 2015]. Disponible en web: <http://app.vlex.com.dti.sibucsc.cl/home/logged?account=S#WW/search/jurisdiction:CL/casacion+interes+superior+del+ni%C3%B1o+principios/vid/578011670>

⁵⁷ Ídem

2.6.2 Infracción a la interpretación civil por desconocer un principio general del Derecho y el recurso de casación.

En cuanto a la infracción de las normas legales sobre la interpretación contenidas en el Código Civil y el recurso de casación en el fondo se ha indicado por la doctrina y jurisprudencia que, para que pueda progresar este recurso extraordinario es menester además de indicar las normas transgredidas, hacer mención expresa y determinada de la forma en que se producido la infracción o violación de la ley.

*“Acusándose la infracción del artículo 19 del Código Civil, necesario es precisar la disposición que el fallo impugnado aplicó desatendido a su tenor literal; y si se afirma la violación del artículo 23 del mismo cuerpo legal por considerar lo odioso de una disposición legal para restringir su interpretación, ha de especificarse la disposición cuya inteligencia se limitó”.*⁵⁸

*“Para que su violación permita acoger el recurso de casación en el fondo que se funda en ellas, es indispensable que se señalen también como violadas la o las disposiciones sustantivas que debieron o no aplicarse como consecuencia del acertado establecimiento de los hechos del juicio y de su correcta interpretación”.*⁵⁹

Las reglas sobre hermenéutica legal no tienen por sí solas el carácter de leyes decisorias Litis, es decir, que sirvan para resolver la cuestión controvertida al ser aplicadas. *“La Corte Suprema ha establecido que sólo la infracción de la ley procesal decisoria Litis posibilita la interposición del recurso de casación en el fondo”*⁶⁰

⁵⁸ Corte Suprema, 30 enero de 1980. F. del M. N° 254, sentencia 1°, p.489 (C. 8°, p.494). Esto se encuentra además en el Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Civil y leyes complementarias, Tomo I, análisis artículo 19.

⁵⁹ Corte Suprema, 15 junio de 1992. R., t.89, N° 2, sec. 1°, p 70

⁶⁰ MOSQUERA RUIZ, Pablo y MATURANA MIQUEL, Cristián. Los Recursos Procesales. Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 299

Y si por desconocer un principio general del Derecho se transgrede la interpretación civil ¿podré recurrir de casación?

Pareciera ser que la respuesta más próxima es la negativa, dado que como señalé para que proceda el recurso de casación en el fondo debe existir una infracción de ley o bien errores de derecho, que como ya bien establecí en su oportunidad no se encuentran contemplados los principios generales del derecho.

Las normas de interpretación de la ley son pautas o principios que se le confieren a los sentenciadores para orientarlos en su labor de determinar la voluntad de la ley, de ello se infiere que no le es obligatorio al juez.

Pero si por ignorar un principio general del derecho se infringe la interpretación civil, esta violación puede llegar a tener influencia en lo dispositivo del fallo cuando por causa también de ella se ha interpretado erróneamente la ley decisoria de la litis, y eventualmente podría por lo menos fundarse un recurso de casación en el fondo.

CONCLUSIÓN.

Desde la aplicación del recurso de casación en el fondo han cumplido más de cien años y desde su última modificación en nuestro actual sistema legislativo han transcurrido ya más de veinte años, haciendo indudablemente necesario un cambio legislativo en esta materia o bien proceder nuevamente a su revisión en el Congreso Nacional.

En lo concerniente con este trabajo el cambio más urgente en esta materia es acerca de los principios generales de Derecho.

Tal como indiqué los principios generales del Derecho son creencias de índole jurídico, que yacen en cada nación, anteriores a todo ordenamiento jurídico que tienen por principal objetivo armonizar y dar congruencia a un sistema de organización social. En razón de esto los principios generales actualmente en nuestra legislación además de dar armonía y congruencia en nuestro ordenamiento, de interpretar las normas jurídicas cumplen la función de ser integradores de Derecho, hecho que no es desconocido por nuestros tribunales ni por la doctrina nacional.

Pues bien si son fundamento a todo ordenamiento jurídico y además es utilizado por los sentenciadores al momento de resolver los diferentes conflictos que se produzcan entre los sujetos por medio de la equidad, es correcto que pudiera existir una errónea aplicación de los principios generales en las decisiones judiciales, y ante tal evento poder recurrir de casación en fondo, puesto que habría una infracción en su correcta aplicación.

No existe actualmente causal que pueda excluir a los P.G del Derecho por no ser éstos “infracción de ley o errores de Derecho”.

Cuando se modificó en el año 1995 el recurso de casación en fondo y se consagró los denominados “errores de Derecho” parece lógico que el legislador pretenda

que se amplié el campo de aplicación del recurso de casación y dejar atrás ese apego estricto al tenor literal del artículo 767 en que sólo hay lugar por existir “infracción de ley”.

Los Tribunales Ordinarios de Justicia utilizan a los principios generales para fundar sus resoluciones judiciales, entonces ¿Por qué se excluye a éstos en la procedencia del recurso de casación en el fondo?

Me atrevo a sostener que nuestro actual Tribunal Superior de Justicia no estaría cumpliendo su función de unificación de la jurisprudencia, puesto que está dejando de lado a los principios generales de integran nuestro derecho, siendo que con mayor frecuencia son utilizados para fundar sus fallos.

Indudablemente que la incorporación de los principios generales potenciarían nuestro ordenamiento y la función de la Corte Suprema, asegurando una correcta aplicación igualitaria del Derecho, y dejando atrás nuestro actual patrón jurídico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Alcalde Rodríguez, Enrique. *Los principios generales del Derecho*. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003.
2. Alessandri R, Arturo., Somarriva U, Manuel., y Vodanovic H, Antonio. *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general*. Editorial Jurídica de Chile, 1998.
3. Boetsch Gillet, Cristián. *La buena fe contractual*. Editorial Jurídica de Chile, 2011.
4. Casarino Viterbo, Mario. *Manuel de Derecho Procesal*, tomo IV. Editorial Jurídica de Chile, 2011.
5. Coviello, Nicolás. *Doctrina General del Derecho Civil*. Editorial Hispano-Americana, 1949.
6. Del Vecchio, Giorgio. *Los principios generales del Derecho*. Editorial Bosch, 1948.
7. Díez-Picazo, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Editorial Ariel S.A, Barcelona.
8. Díez-Picazo, Luis. *Familia y Derecho*. Civitas. 1984.
9. Ducci Claro, Luis. *Interpretación Jurídica*. Editorial Jurídica de Chile, 1989.
10. Fueyo Laneri, Fernando. *Interpretación y Juez*. Universidad de Chile y Centro de Estudios Ratio Iuris, 1976.
11. Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. *El Sistema filiativo chileno*. Editorial Jurídica de Chile, 2007.
12. Guzmán Brito, Alejandro. *Estudios Dogmáticos de Derecho Civil*, 2005.
13. Larenz, Karl. *Metodología y Ciencia del Derecho*. Editorial Ariel S.A, Barcelona.
14. Mosquera Ruiz, Pablo y Maturana Miquel, Cristián. *Los Recursos Procesales*. Editorial Jurídica de Chile, 2010.

15. Niño Tejada, Eduardo. Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso., vol. 7 (1983).
16. Peñailillo Árevalo, Daniel. *Obligaciones, Teoría general y clasificación*. Editorial Jurídica de Chile, 2003.
17. Puig Peña, Federico. *Los principios generales del Derecho como fuente formativa de la decisión judicial*. Revista de Derecho Privado, 1956.
18. Ríos Álvarez, Lautaro. Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 181 (1987).
19. Rodríguez Grez, Pablo. *Teoría de la interpretación jurídica*. Editorial Jurídica de Chile, 1990.
20. Sichourron, Carlos y Bulygun, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Editorial Astrea, 1974.
21. Squella Narducci, Agustín. *Introducción al Derecho*. Editorial Jurídica de Chile, 2008.
22. Terrazas Ponce, Juan David. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, año 11 N° 1 (2004).