



En nuestro sistema procesal civil

¿Existen las nulidades sin perjuicio?

Ignacio Cabrera Pacheco

Paulina Fredes Cruz

Profesor guía: Felipe Gorigoitia Abbott

Valparaíso, enero 2017.

Tesina de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción.....	3
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES	
1.1 Breve aproximación a la nulidad procesal.....	4
1.2 Sobre la convalidación y la subsanación.....	7
1.3 Principio de trascendencia y estándar legal.....	8
1.4 Referencias al perjuicio en la nulidad procesal.....	10
1.5 El perjuicio en la casación en la forma.....	13
1.6 Efectos de la declaración de la nulidad procesal.....	17
CAPÍTULO II: HIPÓTESIS DE NULIDAD SIN PERJUICIO EN NUESTRO SISTEMA PROCESAL CIVIL	
2.1 Primera hipótesis de nulidad del artículo 83 del CPC.....	19
2.1.1. Nulidades sin vicio.....	22
2.1.2 Disposiciones expresas de nulidad en la ley procesal.....	24
2.1.2.1 Falta de autorización de funcionario competente del artículo 61 del CPC.....	24
2.1.2.2 Nulidad de lo obrado ante tribunal incompetente artículo 112 del CPC.....	25
2.2 Infracción a las exigencias de los artículos 1º y 2º de la Ley N° 18.120.....	26
2.3 Causales de casación en la forma del artículo 768 del CPC.....	30
2.3.1. N° 1: En haber sido la sentencia pronunciada por un tribunal incompetente o integrado en contravención a lo dispuesto por la ley.....	30
2.3.2. N° 2: En haber sido pronunciada por un juez, o con la concurrencia de un juez legalmente implicado, o cuya recusación esté pendiente o haya sido declarada por tribunal competente.....	33
2.3.3. N° 3: En haber sido acordada en los tribunales colegiados por menor número de votos o pronunciadas por menor número de jueces que el requerido por la ley o con la concurrencia de jueces que no asistieron a la vista de la causa, y viceversa.....	36
2.3.4. N° 8: En haber sido dada en apelación legalmente declarada desistida.....	37

CAPÍTULO III: HIPÓTESIS DE NULIDAD CON PERJUICIO EN NUESTRO SISTEMA PROCESAL CIVIL

3.1 Art. 768 N° 4 CPC: En haber sido dada ultra petita, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de la facultad que éste tenga para fallar de oficio en los casos determinados por la ley.....	39
3.2 Art. 768 N° 6 CPC: En haber sido dada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que ésta se haya alegado oportunamente en el juicio.....	41
3.3 Art. 768 N° 7 CPC: En contener decisiones contradictorias.....	42

CAPÍTULO IV: HIPÓTESIS SUI GENERIS EN RELACIÓN A LA EXIGENCIA DE PERJUICIO PARA LA PROCEDENCIA DE LA NULIDAD

4.1 Art. 768 N° 5 CPC: En haber sido pronunciada con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 170.....	43
4.2 Art. 768 N° 9 CPC: En haberse faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad.....	46
4.2.1. El emplazamiento como trámite esencial.....	47
4.2.2. Llamado a conciliación y citación a las partes a oír a sentencia como trámite esencial.....	48
4.3 Casación en la forma de oficio.....	52
CONCLUSIONES.....	54
BIBLIOGRAFÍA.....	57

Introducción

La nulidad procesal es una técnica que sirve para hacer ineficaces determinados actos del órgano jurídico cuyas características y propósitos son determinados por cada ordenamiento jurídico. En nuestro sistema el artículo 83 del CPC es el encargado de disponer el estándar de nulidad aplicable señalando dos hipótesis en las que procede, primero, en los casos en que la ley expresamente lo disponga y, segundo, en todos aquellos en que exista un vicio que irroque a alguna de las partes un perjuicio reparable solo con la declaración de nulidad.

La noción de perjuicio hace referencia a toda afectación a los derechos y garantías de las partes, comprendiendo en ellos tanto los de rango constitucional o legal. El énfasis de este concepto está en los litigantes, no el defecto que se produzca en el procedimiento, recordemos que el proceso es un instrumento para el correcto desarrollo de la función jurisdiccional, es un medio para lograr un fin que es la adecuada tutela de los derechos e intereses legítimos que las partes reclaman en él.

Teniendo presente lo recién señalado nos surge la pregunta de si existe nulidad sin perjuicio, y de ser así, qué casos podemos identificar en nuestro ordenamiento. Es decir, buscamos determinar si procede la declaración de nulidad cuando los defectos del acto procesal no atenten contra los derechos y garantías de las partes.

Comenzaremos por hacer una breve referencia a ciertas nociones generales que constituyen la base de esta investigación en relación a la nulidad procesal, a la convalidación y subsanación, al principio de trascendencia y, en especial, al perjuicio tanto en la nulidad procesal general como en específico en la casación en la forma. Institución esta última que por su particular exigencia de perjuicio, que no solo se desprende del artículo 83 del CPC sino que también se regula a propósito del mismo en el inciso III del artículo 768 del mismo cuerpo legal, resulta imprescindible de analizar sus distintas causales.

De esta manera, hacemos una división tripartita del perjuicio en la nulidad, partiendo por aquellas hipótesis de nulidad sin perjuicio, que se corresponden con la primera hipótesis que contempla el artículo 83 del CPC, los casos en que la ley expresamente dispone la nulidad, dejando en claro que la no exigencia de perjuicio en estos casos no significa necesariamente que no esté presente, sino que únicamente que no es determinante para la

declaración de nulidad. En este punto revisaremos las llamadas nulidades sin vicio, que son aquellos actos procesales regulares respecto de los cuales procede la invalidez por el perjuicio que aparejan. En seguida, estudiaremos algunos de los casos más paradigmáticos de disposiciones expresas de nulidad en la ley procesal, seguido por las causales de casación en la forma cuyo fundamento no descansa en la exigencia de perjuicio. Siempre teniendo en vista determinar qué existe detrás de estas nulidades sin perjuicio que hacen procedente la declaración de nulidad.

Luego nos detendremos en aquellas hipótesis de nulidad que evidentemente siempre requieren de perjuicio para su procedencia y que se corresponden con causales del recurso de casación en la forma. Para, finalmente, tratar ciertas hipótesis que denominamos como *sui generis* en relación a la exigencia de perjuicio, ya que por su especial regulación, dependerá del caso concreto determinar si para la procedencia de la declaración de nulidad requieren de perjuicio o no, identificando ciertas situaciones que no lo requieren, mientras que otras de la misma hipótesis sí, existiendo además ciertos escenarios más complejos.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1. Breve aproximación a la nulidad procesal

Antes de adentrarnos en el estudio de la nulidad y el papel que cumple el perjuicio en ella, debemos dejar en claro ciertos conceptos que son la base sobre la que se construye esta investigación.

Cuando hablamos de nulidad nos referimos a una técnica procesal que sirve para hacer ineficaces determinados actos del órgano jurisdiccional que son inválidos. En este sentido, CARRASCO señala que la nulidad procesal como una técnica instrumental consiste en incardinar su aplicación dentro de las características de cada ordenamiento y tener en cuenta la finalidad del mismo. No es el acto y sus vicios lo que determina la aplicación de la categoría, sino el objeto de protección de la nulidad en cada ordenamiento y la utilidad

de su aplicación¹. Es, entonces, una técnica de protección, no una sanción ni tampoco una condición interna del acto procesal.

Para determinar cuándo un acto procesal es válido, primero debemos examinar si es regular o no. La irregularidad viene dada por la divergencia que existe entre la estructura del acto, tal como se ha realizado en la práctica, y el esquema previsto por la norma². Entonces, un acto será regular cuando cumple todos los requisitos que la ley establece para él y, por el contrario, será irregular cuando incumple alguno de ellos. Si bien puede afirmarse que este examen se lleva a cabo con la mera constatación de adecuación de la realidad a lo dispuesto por la norma, esto no se agota sólo en la disposición inmediata. Así, este análisis no dice relación con una sola norma en particular sino con el sistema procesal dentro del cual se enmarca el acto³.

Una vez establecido lo anterior corresponde indagar si el acto es válido. La invalidez es “el resultado de una valoración (calificación) jurídica sobre el alcance del hecho mismo de la ilegalidad”⁴. Entendido así, como un juicio de valor, no toda irregularidad generará invalidez. No se trata de si el acto produce efectos jurídicos o no, sino de que dicho acto no debe producir efectos, en razón de la apreciación que el ordenamiento jurídico realiza de éste en orden a protegerlo o no⁵. La invalidez se presenta como la reacción dispuesta frente a actos que están aquejados de vicios o defectos relevantes contrarios al ordenamiento jurídico, de la que, como señala BELADIEZ, se pueden derivar dos consecuencias: si la naturaleza del vicio lo permite, el acto debe adquirir validez mediante su convalidación o subsanación, o, en caso que no sea posible lo anterior, entonces procederá la eliminación del ordenamiento del acto viciado⁶. Aquí entra en juego el llamado *principio de*

¹ CARRASCO POBLETE, J.: *La nulidad procesal como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el derecho procesal chileno*, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 18 n° 1, 2011, p. 69.

² BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional I Parte General*, 17ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 423.

³ GORIGOITÍA ABBOTT, F.: *Irregularidad, invalidez e ineficacia en el contexto de la nulidad procesal*, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 20 n° 1, 2013, p.135.

⁴ Como se cita en ANDRÉS CIURANA, B.: *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 61, en relación a NIETO GARCÍA, A.: *Estudio Preliminar de Validez y eficacia de los actos administrativos*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 11.

⁵ Expone claramente este punto BELADIEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 56.

⁶ BELADIEZ ROJO, M.: *Validez y...*, p. 57.

trascendencia o relevancia del acto, según el cual, como se precisará más adelante, sólo los defectos más graves generarán la invalidez del acto procesal. En síntesis, la invalidez se presenta como la reacción dispuesta frente a actos que están aquejados de vicios o defectos relevantes⁷.

Encontramos en la ley ciertos casos de actos que no son sometidos a éste examen de relevancia del defecto, sino que una vez constatada su irregularidad son automáticamente inválidos, sin importar la gravedad de sus efectos. El artículo 83 del CPC dispone que *habrá nulidad cuando la ley lo establezca expresamente*. En estos casos a pesar de que se pueda haber incurrido en una infracción relevante, el acto goza de protección del ordenamiento porque se estima que su conservación sirve a un principio o valor esencial para el mantenimiento del orden jurídico procesal⁸.

Finalmente, nos queda aclarar qué entendemos por ineficacia del acto procesal, ésta dice relación con los efectos que produce o no el acto procesal. Se entiende como el fenómeno en virtud del cual a un acto o negocio jurídico, que debe cumplir ciertos requisitos, el derecho no le reconoce de ningún modo, o le reconoce solo en parte, los efectos que le son propios, o le reconoce otros efectos distintos⁹. De esta manera, el acto procesal ha sido realizado, pero sus efectos no son los propios o no ha producido ninguno.

Como se adelantó, el paso de la invalidez a la ineficacia no es mecánico. Determinada la invalidez del acto y la imposibilidad de corregir el defecto mediante la convalidación o subsanación, es que se debe declarar la ineficacia del acto. Una de las técnicas que contemplan los ordenamientos para ello es la nulidad, entendida por HERNÁNDEZ “como una técnica procesal dirigida a la privación de efectos producidos, o cuya producción se pretende, por actos en cuya realización se hayan cometido infracciones que el ordenamiento considere dignas de tal protección”¹⁰.

La nulidad se nos presenta como una técnica procesal que sirve tanto para hacer ineficaz actos que el juicio de valor, hecho a la luz del ordenamiento jurídico en particular, ha

⁷ ANDRÉS CIURANA, B.: *La invalidez ...*, p. 69.

⁸ ANDRÉS CIURANA, B.: *La invalidez ...*, p. 75.

⁹ ROCCO, UGO: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Editorial Temis –Depalma, Buenos Aires, 1970, p. 286.

¹⁰ HERNÁNDEZ GALILEA, J.: *La nueva regulación de la nulidad procesal. El sistema de ineficacia de la LOPJ*, Editorial Forum, 1995, Barcelona, p. 68.

estimado como inválidos, tanto como para ser usada respecto de actos que el legislador estima errados.

1.2. Sobre la convalidación y la subsanación

Como se dejó en claro, no todo acto inválido necesariamente terminará siendo ineficaz, ya que existen dos técnicas que buscan sanear la invalidez, éstas son la convalidación y la subsanación.

Entendemos por convalidación a la renuncia expresa o tácita del que está legitimado para alegar la invalidez del acto. MORÓN PALOMINO la entiende como la aceptación de los efectos perjudiciales de un acto por parte de quien puede impetrar su nulidad¹¹. Se convierte, en definitiva, en un acto válido a pesar de su irregularidad¹². La convalidación es, en sí, una renuncia al derecho de impetrar la nulidad de un determinado acto jurídico procesal cuyo defecto afecta a la parte. Esto es, reconocer tácita o expresamente la existencia de tal acto jurídico procesal y de sus efectos propios, sin reclamar de los vicios que pueda adolecer y que pueden originar su nulidad¹³. Se extrae, a partir de la lectura del artículo 83 del CPC, cuando procede la convalidación expresa o tácita, teniendo lugar esta última por el transcurso del plazo que se establece, a saber, 5 días, o por la realización de cualquier actuación que no sea alegar la nulidad¹⁴.

En este punto es bueno mencionar que la nulidad procesal que determina la ineficacia de algún acto del proceso sólo puede alegarse y declararse en la etapa procesal que corresponda y en todo caso durante el transcurso del juicio, es decir, “*in limite litis*”. Si así no sucede, los vicios cometidos quedan saneados y convalidadas las actuaciones irregularmente ejecutadas, las que producirán todos sus efectos previstos por ley¹⁵.

¹¹ MORÓN PALOMINO, M: *La nulidad en el proceso civil español* (Barcelona, Ahr, 1957). P 208, Tavolari, *La nulidad procesal*, cit (n. 36), p. 255; Otero Lathrop, M, *La nulidad procesal*, cit. (n. 12) pp. 62.

¹² BARAONA VILLAR, S: *Los actos procesales...*, p. 426

¹³ OTERO LATHROP, M: *La Nulidad Procesal Civil, Penal y de Derecho Público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 72.

¹⁴ SALAS VIVALDI, J.: *Los incidentes: y en especial el de nulidad en el proceso civil, penal y laboral*, 7º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, pp. 254 y ss. y OTERO LATHROP, M: *La nulidad procesal...*, p.62.

¹⁵ SALAS VIVALDI, J.: *Los principios de especificidad, convalidación, trascendencia y extensión de la nulidad procesal en la legislación chilena*. Revista de Derecho de Universidad de Concepción, N° 151-152 año XXXVIII, En-Jun, 1970, p. 29

Quedando la invalidez fuera por la falta de interés de poner en relieve la nulidad por quien se ha visto afectado por ella¹⁶.

Por subsanación se entiende la técnica que puede efectuar, principalmente, quien ejecuta el acto defectuoso realizando así una corrección del mismo. Entendiendo, a partir del artículo 83 del CPC, que debiesen ser subsanables todos los actos que puedan serlo para evitar la nulidad y para agotar todos los medios alternativos a la nulidad¹⁷. GORIGOITÍA señala que en este caso la invalidez desaparece sin necesidad de eliminar el acto y sus efectos, a través de suprimir la afectación que causa el vicio presente en él, siendo lo relevante la eliminación de la afectación que el defecto causa¹⁸.

La subsanación supone corrección, reparación o enmienda de la irregularidad que impide la ulterior declaración de nulidad del acto y hace que éste, inicialmente defectuoso, se adecue a posteriori a su modelo normativo y priva de causa o fundamento la declaración de nulidad¹⁹. HERNÁNDEZ señala que partiendo de que la nulidad es una técnica de protección, ésta desaparece, puesto que la subsanación es entendida como una valoración previa a la nulidad que lleva, precisamente, a no aplicar dicha categoría, devolviendo al acto su eficacia, operando como valoración excluyente de la nulidad y situada en una posición lógica anterior a ella²⁰.

1.3. Principio de trascendencia y estándar legal

De lo ya señalado, se puede observar que, a priori, no todo defecto genera invalidez, sino que se debe analizar su gravedad, de modo tal que solamente serán inválidos aquellos actos irregulares con defectos graves, esto es un principio rector de nuestro sistema, llamado *principio de trascendencia o relevancia*.

Hay que dejar señalado que en materia procesal no procede la declaración de nulidad por razones meramente formales. MOLINA DE CAMINAL recalca que “procurar la nulidad por la

¹⁶ GORIGOITÍA ABBOTT, F.: *Irregularidad...*, p. 144.

¹⁷ En esto último se explaya GORIGOITÍA ABBOTT, F.: *El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XL (primer semestre de 2013, Valparaíso, Chile, p. 593.

¹⁸ GORIGOITÍA ABBOTT, F.: *Irregularidad...*, p. 144.

¹⁹ BARAONA VILLAR, S.: *Los actos procesales...*, p. 426.

²⁰ HERNÁNDEZ GALILEA, J.: *La nueva regulación...*, p. 367.

nulidad misma constituiría un formalismo inadmisibles que conspiraría contra la recta administración de justicia. Aún en la hipótesis de que un acto procesal se haya cumplido sin observancia de los requisitos establecidos bajo pena de nulidad, la declaración es improcedente si el peticionante no demuestra la existencia tanto de un interés personal, cuanto del perjuicio que le ha ocasionado el acto que reputa irregular (...)"²¹.

SALAS señala que el principio de trascendencia puede enunciarse de la siguiente forma: "procede la nulidad de un acto del proceso, cuando la irregularidad que le sirve de antecedente corrompe su substancia y le impide cumplir el fin para el que fue establecido en la ley"²². Pero, tal como lo señala ALSINA, la ineficacia que se sigue de la nulidad debe tener una finalidad práctica, no procediendo la nulidad por la nulidad misma²³.

Tenemos que procurar no caer tanto en un apego a la meticulosidad formal invocando la nulidad de actos que si bien, en principio son irregulares, han alcanzado su finalidad. MOLINA DE CAMINAL recalca la instrumentalidad de las formas procesales, señalando *el principio de finalidad o instrumentalidad de las formas*. Al respecto, indica que conforme a este principio, la inobservancia de las formas prescritas por la ley, la irregularidad que tiene un acto procesal, no podrá sancionarse con una declaración de nulidad cuando el acto, pese a tal irregularidad, haya logrado la finalidad a que estaba destinado²⁴.

La gravedad está incorporada por un estándar general que recoge el principio de trascendencia, prescrito en el artículo 83 del CPC en su inciso I, el cual fue incorporado por la Ley N° 18.705, de 24 de mayo de 1988, que señala que "(...) se puede alegar la nulidad cuando existe un vicio que irroque a las partes un perjuicio solo reparable con la declaración de nulidad".

Nuestro CPC recoge una opción antiformalista, GORIGOITÍA respecto de esto señala que "la decisión de fijar un parámetro de validez que se refiera al perjuicio que causa el defecto procesal a las partes es una opción antiformalista que está en línea con la concepción de los

²¹ MOLINA DE CAMINAL, M: *Nulidades en el proceso civil*, 1° Edición, Editorial Advocatus, Córdoba, 2007, pp. 82 y 83.

²² SALAS VIVALDI, J: *Los principios de especificidad*, p. 27.

²³ ALSINA, H., *Las nulidades en el proceso civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1958, p. 85.

²⁴ MOLINA DE CAMINAL, M: *Nulidades en....*, p. 58.

requisitos procesales como meros instrumentos”²⁵. Por tanto, es importante la verificación del grado de importancia en la separación del acto, así puede ser que una pequeña separación formal cause una afectación relevante, mientras otra formalmente mucho mayor resulte intrascendente²⁶. Esto se ha expresado en la máxima *pas de nullité sans grief*, no hay nulidad sin perjuicio, siendo una reacción en contra del formalismo, sin perjuicio de lo que se verá más adelante. Esto para significar que la observancia de las formas procesales sólo tiene sentido, en cuanto con ellas se cautela un elemento fundamental del proceso: el derecho a la defensa²⁷.

Lo dicho no es absoluto, por cuanto puede haber perjuicio y no haber lugar a la nulidad si el perjuicio causado puede repararse sin necesidad de anular el acto jurídico procesal que adolece del vicio, o el acto jurídico procesal cumplió su finalidad, pese a adolecer de un vicio de forma²⁸.

1.4. Referencias al perjuicio en la nulidad procesal

Cuando hablamos de perjuicio, es preciso señalar que éste debe darse en el contexto de los derechos de los litigantes, así lo señalan tanto el artículo 83 como el 768 inciso III ambos del CPC. A pesar de esto, no es un tema tratado a fondo la proposición de un concepto de perjuicio, ni por la doctrina ni por la jurisprudencia.

Introduciéndonos sobre el punto, OTERO señala que “el agravio debe ser real, o sea, perjudicar en forma efectiva los derechos procesales de la parte al debido proceso (...) es una situación de hecho que el tribunal debe ponderar en cada caso. Como ya se expresó con anterioridad, esta disposición viene a establecer definitivamente que la nulidad por la nulidad no existe y que la norma de procedimiento es de carácter finalista y no meramente formal”²⁹.

El artículo 83 del CPC señala “un vicio que irroque a alguna de las partes un perjuicio” y por su parte el inciso penúltimo del artículo 768 del mismo código prescribe que “el

²⁵ GORIGOITÍA ABBOT, F.: *El perjuicio reparable...*, p. 582.

²⁶ RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, 8ª edición, Atelier, Barcelona, 2010, p. 290.

²⁷ TAVOLARI OLIVEROS, R: *La nulidad procesal en el derecho actual* en *Derecho en acción*, Editorial Libromar, Santiago, 2000, p. 264.

²⁸ OTERO, *La nulidad procesal...*, p. 63.

²⁹ OTERO, *La nulidad procesal civil...*, p. 74.

tribunal podrá desestimar el recurso de casación en la forma, si de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido perjuicio reparable solo con la invalidación del fallo (...).” Cómo se puede observar, ambos artículos hacen mención a que el perjuicio debe afectar a un litigante en el proceso, siendo eminentemente de interés privado.

Para entender cuando recae el perjuicio sobre un derecho o garantía de la parte, TAVOLARI menciona que se genera con “la infracción de todas las normas constitucionales que contienen garantías de juzgamiento adecuado. La referencia está genéricamente efectuada – para Chile- al art.19 N° 3 de la Constitución (...)”³⁰. Se suele relacionar con la afectación del debido proceso, pero se extiende también a otras garantías a nivel constitucional.

Lo que está fuera de discusión es que la idea de perjuicio dice relación con las garantías constituciones aplicables al ámbito procesal, en especial respecto de toda aquella garantía o derecho que se incluya en las nociones de tutela judicial efectiva y debido proceso. Sin embargo, el perjuicio no se agota solamente a la afectación a garantías contenidas en la CPR, sino que se refiere también a toda garantía legal que sea importante para lograr los fines del proceso³¹. De manera tal que la noción de perjuicio si bien debe incluir los derechos de rango constitucional, no tiene que agotarse en ellos, bastando con identificar con precisión un derecho de rango legal que se pueda ver privado una parte para que la exigencia se deba entender cumplida, sin necesidad siquiera de razonar acerca de la relevancia constitucional de ella³².

El énfasis está radicado en que se afecten los derechos o garantías de las partes dentro del proceso, el Proyecto de Código Procesal Civil³³ lo entiende así en el artículo 118 inciso I que prescribe que “se entenderá existir perjuicio cuando la inobservancia de las formas o exigencias legales hayan impedido a alguna de las partes ejercer sus derechos en el procedimiento, afectando su garantía a un debido proceso u ocasionando indefensión”. La nulidad como instrumento al servicio de un adecuado o debido proceso, permite analizar los derechos y garantías de los litigantes en los diversos momentos del proceso³⁴.

³⁰ TAVOLARI, *La nulidad procesal...*, p. 259

³¹ CARRASCO, *La nulidad procesal como técnica...*, pp. 74 y 75.

³² GORIGOITÍA. *El perjuicio reparable...*, p. 588.

³³ Revisado el 10 de noviembre de 2016.

³⁴ CARRASCO, *La nulidad como técnica...*, p. 73.

El artículo 83 del CPC señala que la nulidad procesal podrá ser declarada “en todos aquellos casos en los que exista un vicio (...)”, o sea, cuando el defecto que se produzca incumpla requisitos que exige el sistema procesal en el cual se ve inmerso, habiendo una discordancia entre ellos. Como bien grafica GORIGOITÍA “si se hicieran jugar las categorías de regularidad y validez, tendríamos solo tres hipótesis normativamente posibles: i) actos regulares y válidos; ii) actos irregulares y válidos, que serían aquellos actos defectuosos que no han causado un perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad, sea porque no han causado un perjuicio o porque este se puede reparar por una vía diversa a la declaración de nulidad; y iii) actos irregulares e inválidos, que serían aquellos actos defectuosos que sí causan un perjuicio solo reparable por la declaración de nulidad. La hipótesis normativamente ausente es la de los actos regulares inválidos, es decir, actos que, a pesar de corresponderse con su modelo, son susceptibles de ser anulados por generar un perjuicio.”³⁵.

Se exige para la declaración de nulidad que la existencia del perjuicio sea efectivo, no bastando la mera especulación, ya que tanto el artículo 83 y 768 del CPC así lo disponen, éste debe acreditarse. La circunstancia debe considerarse y explicitarse, no basta con decir que el vicio influye, es preciso demostrarlo³⁶. Por lo que resulta insuficiente una invocación genérica de principios o garantías afectados o el uso de fórmulas imprecisas; debe existir agravio concreto y de entidad³⁷.

Quien alega la nulidad procesal, debe mencionar expresamente las defensas que se ha visto privado de oponer³⁸, o que no se ha podido ejercitar con la amplitud debida³⁹ pues toda sanción nulificatoria debe tener un fin práctico⁴⁰ y no meramente teórico. Debe señalarse cuál es el perjuicio real ocasionado⁴¹.

³⁵ GORIGOITÍA, *El perjuicio reparable...*, p. 584 y 585.

³⁶ OTERO, *La nulidad procesal civil...*, pp.73, 107 y 108.

³⁷ MOLINA DE CAMINAL, M: *Nulidades...*, p. 82.

³⁸ ARAZI ROLAND – FENOCHIETTO, C.: *Manual de derecho procesal*, Buenos Aires, La Ley, 1966. P 191.

³⁹ PODETTI, J., R.: *Tratado de los actos procesales*, Buenos Aires, Ediar, 1955,p. 489.

⁴⁰ JOFRÉ, TOMÁS: *Manual de procedimiento (civil y penal)*, 5° ed., actualizada por I.HALPERIN, Buenos Aires, La Ley, 1941, p. 262, y PALACIO LINO, E: *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, p. 159.

⁴¹ MAURINO, A: *Nulidades Procesales*, Editorial Astrea, 2° edición, 1° reimpresión, Buenos Aires, 2001, p.52.

Para estar frente a la declaración de nulidad no basta la existencia del perjuicio, sino que además ésta debe ser la última alternativa. Si existe otra vía para reparar el acto, se debe preferir ésta por sobre la declaración de nulidad, dando prioridad así a la convalidación y subsanación. Y es que producto de lo traumático que resulta para el proceso, la ineficacia de actos, en especial cuando ella supone, además, la retroacción de las actuaciones, cualquier técnica es preferente a la de la nulidad⁴². La nulidad de un acto del proceso comunica sus efectos de ineficacia a todas aquellas actuaciones del mismo que son una consecuencia directa de él⁴³. Por ello es que el adverbio “sólo” se usó a continuación del adjetivo “reparable”, de modo tal que quedara absolutamente claro que el gravamen procesal sufrido por la parte, única y exclusivamente, pueda repararse mediante la declaración de nulidad⁴⁴.

1.5. El perjuicio en la casación en la forma

El recurso de casación en la forma es un recurso extraordinario que la ley concede a la parte agraviada, en contra de determinadas resoluciones judiciales, para obtener su anulación cuando han sido dictadas con omisión de sus requisitos formales o dentro de un procedimiento vicioso⁴⁵. Es otro mecanismo procesal que puede derivar en la invalidación de una actuación procesal a través de su declaración de nulidad. Es por esto que dentro de nuestro análisis del perjuicio en la nulidad procesal nos detendremos en la casación en la forma y su particular relación con el perjuicio que, como veremos, el legislador expresamente requiere para la procedencia del recurso, reiterando la exigencia consagrada en el artículo 83 del CPC. Es necesario comenzar por hacer algunas precisiones generales de la casación en la forma y la noción de perjuicio en ella.

La casación en la forma procede por causales específicas contempladas por el legislador, que vienen a justificar o legitimar su interposición, las cuales buscan velar por la efectiva observancia y tutela de algunas de las garantías aseguradas por el debido proceso y que

⁴² GORIGOITÍA, *El perjuicio reparable...*, p. 593.

⁴³ SALAS, *Los principios de especificidad...*, p. 28.

⁴⁴ OTERO, *La nulidad procesal civil...*, p. 75.

⁴⁵ CASARINO VITERBO, M.: *Manual de Derecho Procesal*, t. IV, 5ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pp. 287-288.

versan sobre trámites esenciales que permiten asegurar la efectiva concurrencia de un proceso racional y justo.

Para la procedencia del recurso, ha de ser interpuesto por la parte agraviada, ya que la resolución que se impugna debe producir consecuencias dañosas para la respectiva parte. FIGUEROA Y MORGADO señalan que en este recurso se requiere un doble agravio, “en este sentido debe ser agravante la resolución misma, en cuanto a que de ella efectivamente se derive un perjuicio a la respectiva parte (...), y además, la causal o razón que se invoca debe agraviar precisamente al recurrente y no a la parte contraria.”⁴⁶.

Los mismos autores señalan un ejemplo para graficar esto; el demandante acompaña un instrumento público y el tribunal sólo lo tuvo por acompañado, sin citación a la contraparte, luego la sentencia rechaza la demanda del actor. En este sentido hubo omisión de un trámite esencial, específicamente el artículo 795 n° 5 del CPP, que dispone que es trámite esencial la agregación de los instrumentos presentados oportunamente por las partes, con citación o bajo apercibimiento legal, que corresponda respecto de aquella contra la cual se presentan; pero el actor no puede deducir el recurso de casación en la forma, porque si bien la sentencia le causa agravio porque no acogió su pretensión, la causal que invocaría no le causa un perjuicio, pues fue el demandado quien no tuvo la oportunidad de impugnar el documento.

La finalidad del recurso es la anulación de la resolución impugnada o del procedimiento, dependiendo de la causal, precisamente por existir un vicio en su dictación o durante el proceso. Ahora bien, es menester estar atento a la regla establecida en el artículo 768 inciso III, el cual señala “no obstante lo dispuesto en este artículo, el tribunal podrá desestimar el recurso de casación en la forma, si de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo o cuando el vicio no ha influido en lo dispositivo del mismo”.

La casación original contenida en el código no consideraba este criterio para acoger el recurso, no aludiendo a esta exigencia, bastando que la parte alegara y comprobara la causal invocada para que prospere el recurso. Fue introducido por la reforma de la Ley N° 7.760 y,

⁴⁶ FIGUEROA YÁVAR, J. Y MORGADO SAN MARTIN, É.: *Recursos procesales civiles y cosa juzgada*, Legal Publishing, Santiago, 2014, p. 100.

de esta manera, ya no sólo estamos frente al principio de especificidad de la nulidad, sino que además el criterio de valoración de la irregularidad viene determinado por lo contemplado en el inciso III, estableciendo las limitaciones dadas por el principio de trascendencia.

Como señala TAVOLARI “la noción de perjuicio procesal apunta, en sentido amplio, a la disminución o privación de las garantías de defensa en juicio, en la perspectiva de la invalidación de la sentencia definitiva, ha de enfocarse tomando en consideración el resultado judicial frente a las pretensiones hechas valer por el recurrente o aquellas que en su contra intentaron”⁴⁷. En otras palabras, siguiendo la línea antiformalista acogida por el legislador al establecer el estándar en el artículo 83 del CPC, para que sea procedente la declaración de nulidad a priori no basta con la causal invocada, sino que ésta debe producir un perjuicio y éste debe ser sólo reparable por la invalidación del fallo. Lo que nos convoca en este momento es en el análisis de este modo de impugnación y la compatibilidad de sus causales con la exigencia del perjuicio en la forma como en este trabajo lo hemos planteado.

Como señala PALOMO “aun con la existencia de perjuicio podría no haber lugar a la nulidad si el perjuicio causado puede repararse sin necesidad de anular el fallo que adolece del vicio. Tampoco procedería la nulidad si pese a la existencia del vicio la decisión habría sido de todos modos la misma”⁴⁸.

Así, la jurisprudencia también señala que “no obstante constatar el tribunal llamado a conocer del recurso que efectivamente el fallo incurre en el defecto de forma denunciado, la casación debe ser desestimada si, aun cuando no se hubiere incurrido en el vicio, la decisión habría sido de todos modos la misma. A fin de cumplir este objeto es indispensable que los jueces que conocen de la casación razonen como si hubieran de dictar

⁴⁷ TAVOLARI OLIVEROS, R.: *Recursos de Casación y de Queja*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1996, p. 64.

⁴⁸ PALOMO VÉLEZ, D.: *La Casación y el Recurso de Casación en la Forma*, En BORDALÍ SALAMANCA, A. y PALOMO VÉLEZ, D.: *Proceso Civil: Los recursos y otros medios de impugnación*, CORTEZ MATCOVICH, G. (Coordinador), Legal Publishing, Santiago, 2016, p. 209.

sentencia de remplazo, pues únicamente de este modo estará en condiciones de afirmar si el vicio de forma influye o no sustancialmente en lo dispositivo del pronunciamiento”⁴⁹.

Se sigue, entonces, el lineamiento general de la nulidad en orden a respetar el principio de trascendencia, MATURANA señala que conforme a él, el recurso de casación en la forma debe ser el único medio para los efectos de poder reparar el perjuicio, por lo que si es posible lograr ese objetivo por otro medio, deberá ser rechazado el recurso deducido⁵⁰.

Conviene precisar la diferencia que existe entre agravio y perjuicio, ya que son cosas distintas que pueden, y generalmente lo hacen, confluir juntas, pero no siempre, y suelen confundirse. NUÑEZ Y PÉREZ RAGONE definen el agravio como “la insatisfacción total o parcial de cualquiera de las pretensiones, tanto principal como accesorias, que se plantean al inicio o en el desarrollo del litigio”⁵¹. Hay agravio cuando no se acogen todas las pretensiones de una parte o cuando no se rechazan todas las de la contraria es, por tanto, algo objetivo, una cuestión de resultado y no de fundamento. Consiste en la diferencia que existe entre lo que una de las partes pide en el juicio y lo que le dan, entonces, será agraviado aquel a quien no le dieron todo lo que pidió. Si una parte obtiene sentencia desfavorable será indudablemente una parte agraviada, pero no podemos afirmar que haya sufrido también un perjuicio, ya que para entender que haya sido así se debe afectar algún derecho o garantía del interviniente. En definitiva, no todo agravio apareja un perjuicio, pero todo perjuicio conlleva un agravio.

Es menester referirnos a que para la procedencia del recurso se establecen dos límites, a saber: si de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo, o cuando el vicio no ha influido en lo dispositivo del mismo. Sin embargo, estos dos límites o exigencias no son más que uno puesto que el segundo de ellos se subsume en el primero, porque siempre que exista un vicio que influya en lo dispositivo de la sentencia se irrogará un perjuicio a los derechos y garantías de las partes, por lo que en realidad hay solamente un límite.

⁴⁹ Sentencia Corte Suprema de fecha 3 de Marzo de 2009, rol n° 6983-2007.

⁵⁰ MATURANA MIQUEL, C.: *Los recursos del Código de Procedimiento Civil en la Doctrina y Jurisprudencia*, t. I, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2015, p. 406.

⁵¹ NUÑEZ OJEDA, R. Y PÉREZ RAGONE, Á.: *Manual de Derecho Procesal Civil. Los Medios de Impugnación*, Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 116 y 117.

Para graficar lo anterior, la Corte Suprema en un fallo resuelve que “No obstante dicha aseveración, no consta que la jueza a quo haya ponderado ni analizados los documentos aparejados en autos, puesto que en dicho fundamento sólo se hace una relación de dichos instrumentos y ciertamente a éstos les corresponde hacerse cargo de toda la prueba acompañada por las partes, sin que les esté permitido prescindir de esta obligación, por lo cual en el caso de autos se ha dejado de cumplir con lo dispuesto en el artículo 170 N° 4 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, la documental a que se ha hecho referencia, aún ponderada en la forma legal no logra desvirtuar el supuesto de hecho de la acción de cobro de honorarios, conforme se analiza al decidir el recurso de casación en el fondo, de manera tal, que la omisión de su análisis y ponderación no influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, imponiéndose el rechazo del recurso de casación en la forma”⁵².

La no influencia en lo dispositivo del fallo es una proyección del perjuicio reparable, esto se debe a que la casación es una forma de alegar la nulidad y, por ende, tiene la lógica de ésta, la cual debe ser la última alternativa. Siempre que exista un vicio en lo dispositivo se irrogará un perjuicio a los derechos y garantías de las partes, por tanto, en el razonamiento que hace la Corte Suprema, en la sentencia recién citada, al señalar que no tiene influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, en definitiva, está afirmando que no hay perjuicio. Como señala MOSQUERA y MATURANA⁵³, para ser titular del recurso se debe haber experimentado un perjuicio con el vicio en que funda su recurso consistente en la privación de algún beneficio o facultad, no olvidemos que estamos frente a una forma de implementar la nulidad, no siendo el principio de trascendencia ajeno a ella, por ende, aún con la existencia de perjuicio podría no haber nulidad si el perjuicio causado puede repararse sin necesidad de anular el fallo que adolece el vicio, del mismo modo, tampoco procedería la nulidad si pese a la existencia del vicio la decisión habría sido de todos modos la misma⁵⁴.

1.6. Efectos de la declaración de la nulidad procesal

Cuando miramos al acto procesal necesariamente debemos entenderlo en el contexto en que se encuentra, es decir, como parte de un procedimiento. De esta forma, los actos procesales

⁵² Sentencia Corte Suprema de 10 de marzo de 2009, rol n° 6513-2007.

⁵³ MOSQUERA RUIZ, M. Y MATURANA MIQUEL, C.: *Los Recursos Procesales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010. pp. 240 y 241.

⁵⁴ PALOMO VÉLEZ, D.: *La Casación y el Recurso de Casación en la Forma...*, p. 208.

se encuentran concatenados unos a otros en una relación de causalidad que tendrá como consecuencia lógica que lo que acontezca con uno de ellos incidirá en los sucesivos. Esto es lo que los autores denominan *nulidad derivada o sobrevenida*, que es aquella que se produce una vez que al acto nulo han sucedido otros en relación de dependencia con él, también estos resultarán afectados y privados de eficacia⁵⁵. REDENTI bien grafica este efecto de la extensión de la nulidad señalando que en esta situación “caen todos ellos, como un castillo de naipes”⁵⁶.

Esta declaración de nulidad del acto se extiende a, los que MAURINO denomina, *actos consecuenciales*, o sea, a los *actos posteriores dependientes* del acto nulificado⁵⁷. Esto significa que, por un lado, la declaración de nulidad sólo afectará a actos posteriores que sean dependientes del acto anulado y, por otro, que sólo serán anulados aquellos actos que se encuentren vinculados causalmente con el anulado, no así aquellos que sean independientes de aquel⁵⁸.

El acto procesal que sea nulo derivativamente es, según MORÓN PALOMINO “perfectamente ajustado a derecho; no adolece de vicio alguno intrínseco, y su falta de eficacia proviene de haber sido contaminado, valga la frase, por la nulidad del que le precedió”⁵⁹. Este efecto difusivo de la nulidad encuentra un importante contrapeso en el llamado *principio de conservación*, el que busca que solo se anulen aquellos actos estrictamente necesarios en caso de decretarse la nulidad⁶⁰.

Lo anterior encuentra su fundamento en que este principio pretende evitar que la declaración de nulidad pueda alterar o perturbar en exceso la sustanciación del proceso, más allá de lo estrictamente necesario⁶¹. TAVOLARI señala que los ordenamientos consagran este principio por razones de economía procesal, de seguridad jurídica, de prestigio de la

⁵⁵ MORÓN PALOMINO, M: *La nulidad...*, p. 199.

⁵⁶ REDENTI, E.: *Derecho Procesal Civil*, Ediar, Buenos Aires, 1977, p. 221.

⁵⁷ MAURINO, A: *Nulidades Procesales...*, p. 316.

⁵⁸ MAURINO, A: *Nulidades Procesales...*, p. 317 y 318.

⁵⁹ MORÓN PALOMINO, M: *La nulidad...*, p. 199.

⁶⁰ GORIGOITÍA ABBOTT, F.: *Irregularidad...* p. 149.

⁶¹ RICHARD GOZÁLEZ, M.: *Tratamiento Procesal de la Nulidad de Actuaciones*, Editorial Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 92.

actividad jurisdiccional, etc., que de esta forma se persigue preservar la validez de las actuaciones⁶².

En nuestro ordenamiento positivo este principio encuentra su consagración en el artículo 83 del CPC en su inciso final que señala “la declaración de nulidad de un acto no importa la nulidad de todo lo obrado (...)”. La determinación de qué acto será declarado nulo quedará entregado a la determinación del juez en cada caso, el mismo artículo 83 dispone que “(...) El tribunal, al declarar la nulidad, deberá establecer precisamente cuáles actos quedan nulos en razón de su conexión con el acto anulado”.

II. HIPÓTESIS DE NULIDAD SIN PERJUICIO EN NUESTRO SISTEMA PROCESAL CIVIL

En este capítulo nos referiremos a aquellas hipótesis donde no se requiere de perjuicio para la procedencia de la nulidad. Primero a aquellos casos que son expresión de lo dispuesto en el artículo 83 del CPC “casos en que la ley expresamente lo dispone” donde el examen de si existe o no perjuicio es irrelevante para la declaración de nulidad del acto, dentro de éstos encontramos, primero, las llamadas nulidades sin vicio de los artículos 79 y 80 del CPC y, luego, otras disposiciones expresas de nulidad contenida en nuestro ordenamiento procesal civil como el artículo 61 del CPC referente a la falta de autorización de funcionario competente, el artículo 112 del mismo Código que dispone la nulidad de lo obrado ante tribunal incompetente y la infracción a las exigencias de los artículos 1° y 2° de la Ley 18.120 sobre normas de comparecencia en juicio. Finalmente, nos detendremos en aquellas causales de casación en la forma del artículo 768 del CPC cuyo fundamento descansa en una razón distinta del perjuicio y que, como explicaremos, se trata de nulidades sin perjuicio.

2.1. Primera hipótesis de nulidad del artículo 83 del CPC

El artículo 83 del CPC es la disposición encargada de contener el estándar legal de nulidad aplicable en nuestro sistema procesal. En él se establecen dos grandes hipótesis de nulidad:

⁶² TAVOLARI, *La nulidad procesal...*, p. 275.

i) en los casos que la ley expresamente lo disponga; y ii) en todos aquellos casos en que exista un vicio que irrogue a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad.

La primera hipótesis que identificamos es la que nos interesa analizar en este acápite, pues la exigencia del perjuicio es ajena a estos casos, para que se satisfaga, bastará la mera constatación entre lo descrito por la norma y lo acontecido en la realidad, sin necesidad de perjuicio alguno para que se deba seguir que el acto es inválido y, por tanto, pueda ser anulado. De todas formas, aunque no se exija el perjuicio esto no significa que no exista, es lo que ocurre, como veremos, en la nulidad por fuerza mayor y por falta de emplazamiento, donde el perjuicio en la mayoría de los casos es innegable.

Este primer supuesto es expresión pura de la máxima francesa asentada durante la revolución, *pas de nullité sans texte*, según la cual sólo se admiten como nulidades las que establezca expresamente la ley. Sin embargo, nuestro sistema de nulidad no se agota sólo en aquella expresión formalista, sino que la segunda hipótesis le otorga flexibilidad.

Nuestra regulación de la nulidad procesal se nutre de dos sistemas que dan origen a un modelo híbrido. CARRASCO advierte de la existencia de este sistema mixto en el tratamiento de la nulidad procesal en nuestro derecho, en el que se contienen tanto causales específicas como hipótesis genéricas de nulidad⁶³. La primera de las hipótesis recién mencionadas correspondería a las causales específicas, mientras que la referente al perjuicio sería la causal genérica de nulidad.

Es pertinente detenernos un poco en el llamado *principio de especificidad* de la nulidad procesal, por su ineludible relación con la causal en comento. Para COUTURE, consiste en que *no hay nulidad procesal sin ley específica que la establezca*⁶⁴. La posición mayoritaria de nuestra doctrina⁶⁵ niega la aplicación de este principio en nuestro sistema, en razón de la

⁶³ CARRASCO POBLETE, J.: *La nulidad como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el Código de Procedimiento Civil chileno*, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, dirigida por Alejandro Romero Seguel, Universidad de Los Andes, Santiago, 2012, p. 325.

⁶⁴ COUTURE, EDUARDO, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Editorial B y F, 4ª Ed., Buenos Aires, 2011, p. 316.

⁶⁵ SALAS VIVALDI, J.: *Los incidentes...* p. 82; LOYOLA GONZÁLEZ, E.: *Los incidentes de nulidad*, Editorial Jurídica La Ley, Santiago, 2001, p. 139; COLOMBO CAMPBELL, J.: *Los actos procesales*, Editorial Jurídica de Chile, t. II, Santiago, 1997, p. 471. TAVOLARI, también niega la aplicación de éste principio pero en razón de

existencia de la causal genérica de nulidad que abre la vía a que irregularidades no específicamente descritas por la ley puedan ser declaradas nulas, lo que se traduciría a que existan nulidades sin texto legal. Sin embargo, coincidimos con CARRASCO⁶⁶ en que entender de esta manera el principio de especificidad es un error, significa obligar a la ley a la imposible labor de describir cada irregularidad que deba ser sancionada con nulidad y, en definitiva, limitarlo sólo a las causales específicas como si la causal genérica no proviniera también de ésta. Como señala el autor, son técnicas distintas de regular la nulidad, pero ambas encuentran su origen en la ley. El principio de especificidad se satisface con la exigencia de que la nulidad procesal se encuentre regulada por la ley y esto es precisamente lo que hace el artículo 83 del CPC al consagrar las dos hipótesis de nulidad, tanto la específica como la genérica.

Este sistema mixto que adopta nuestro código es similar al español, cuyo sistema de determinación de la nulidad, contenido tanto en la Ley Orgánica del Poder Judicial como en la Ley de Enjuiciamiento Civil, distingue entre las llamadas *nulidades específicas*, que son aquellos supuestos de nulidad en que la ley describe una infracción para la que se prevé expresa o implícitamente la sanción de invalidez, y las *nulidades genéricas* que son aquellas que el legislador determina recurriendo a criterios generales de valoración de las irregularidades que pueden cometerse en el proceso⁶⁷. Las primeras son también llamadas *nulidades objetivas*, “en estos casos el proceso de revisión se produce de la comparación entre la norma procesal general y la norma procesal específica de nulidad, de modo que la consecuencia será la nulidad”⁶⁸.

En nuestra doctrina, siguiendo las clasificaciones de LOYOLA⁶⁹, la hipótesis en comento se corresponde con la llamada *nulidad expresa* que es aquella que está establecida de forma expresa por el legislador. Se relaciona también con la categoría de *nulidad sin perjuicio*, que para que opere debe estar establecida en forma expresa por la ley, o bien, debe vulnerar normas de orden público que no pueden ser modificadas por las partes. OTERO, por su

la imposibilidad de los ordenamientos de regular todas las hipótesis de nulidad, en TAVOLARI OLIVEROS, R: *La nulidad procesal* ..., p. 263.

⁶⁶ CARRASCO POBLETE, J.: *La nulidad*... p. 329

⁶⁷ ANDRÉS CIURANA, B.: *La invalidez*..., p. 160.

⁶⁸ RICHARD GOZÁLEZ, M.: *Tratamiento Procesal*..., p. 18.

⁶⁹ LOYOLA GONZÁLEZ, E.: *Los incidentes*... p. 131 y 134.

parte, se refiere a las llamadas *nulidades sin vicio*⁷⁰ que corresponden a aquellos actos jurídicos que carecen de un vicio que afecte su validez, no obstante lo cual puede ser procedente una nulidad procesal. Reconoce acá a la nulidad por fuerza mayor y la nulidad por falta de emplazamiento.

Cuáles son estos casos de nulidad cuando la ley expresamente lo dispone y qué hay detrás de ellos es un primer paso obligatorio para adentrarnos en el examen de la nulidad y determinar si existe o no la nulidad sin perjuicio en nuestro sistema procesal.

2.1.1 Nulidades sin vicio

Una primera expresión de la hipótesis que dispone que habrá nulidad cuando la ley expresamente la contempla corresponde a las denominadas *nulidades sin vicio* que son aquellas que la ley señala expresamente independiente de la existencia de vicio o no en ellas. Son hipótesis de actos regulares, pero inválidos, es decir, actuaciones que si bien cumplen con las exigencias formales que la ley prescribe para su realización, cabe respecto de ellas la nulidad por el perjuicio que aparejan. Dentro de éstas de manera indiscutida se reconocen la nulidad por fuerza mayor y la nulidad por falta de emplazamiento. Conviene aclarar que el legislador en ellas se refiere a “rescisión” y no a nulidad procesal.

La primera de ellas, la nulidad por fuerza mayor del artículo 79 del CPC, dice relación con la posibilidad que tiene el litigante rebelde de pedir la nulidad de lo obrado en juicio, en razón de encontrarse impedido por fuerza mayor de actuar en él, cualquiera sea la parte que se haya visto afectada⁷¹. Se trata de una situación en que válidamente se notificó de la demanda y nació la relación procesal de forma correcta, pero en que alguna de las partes por motivos ajenos a su voluntad, que se definen de acuerdo a la ley sustancial, no ha podido intervenir en el litigio. No existe, por tanto, ningún defecto procesal, es más no existe siquiera acto procesal alguno de la parte que impedida⁷².

Por su parte, la nulidad por falta de emplazamiento del artículo 80 del CPC es aquella que puede hacer valer el demandado cuando el juicio se ha seguido en su rebeldía por no haber

⁷⁰ OTERO LATHROP, M.: *La nulidad ...* p. 62

⁷¹ SALAS VIVALDI, J.: *Los incidentes...*, p. 100.

⁷² COLOMBO CAMPBELL, J.: *Los actos...*, p. 503.

tomado conocimiento de éste por un hecho que no le es atribuible⁷³. Acá la situación, según dispone la ley, es que al demandado se le notificó válidamente, pero no han llegado a sus manos las copias a las que se refieren los artículos 40 y 44 del CPC, o si habiendo llegado no son exactas en su parte substancial, debiendo acreditar que lo anterior ocurrió por un hecho que no le es imputable. En este caso tampoco existe irregularidad en la actuación procesal, la notificación fue hecha válidamente al demandado cumplimiento las formalidades legales, pero por otras circunstancias ajenas a ello el emplazado no se ha enterado del juicio o ha tenido un conocimiento muy deficiente de este.

Lo que estas disposiciones buscan resguardar es claro: el derecho a defensa; en el caso de la nulidad por fuerza mayor, señala CASARINO, se funda en el conocido axioma jurídico que dice que “*al impedido no le corre plazo*”⁷⁴, y respecto de la nulidad por falta de emplazamiento entra en juego también el derecho a ser oído en juicio. Como hemos señalado la nulidad es una técnica de protección que mira los derechos de las partes, la procedencia de ésta se ve determinada por el objeto de protección que el ordenamiento asigne no por la actuación procesal ni los defectos que ella albergue. A primera vista, estas dos disposiciones, son situaciones en que la nulidad parece del todo justificada y necesaria, el legislador buscó resguardar un derecho muy valioso para el desarrollo de la actividad jurisdiccional y el alcance de una tutela efectiva de los intereses de las partes.

Con todo, consideramos que el análisis de si existe un perjuicio reparable solo por la vía de la nulidad es indispensable para éstas hipótesis. Si bien, como señalamos, en la mayoría de los casos nos encontraremos con un perjuicio claramente determinado, creemos que en la práctica podrían surgir situaciones donde el perjuicio no es tan claro y la declaración de nulidad pierde su fundamento al no existir una afectación a un derecho o garantía de las partes que no pueda ser reparado por otra vía que la nulidad. Así, por ejemplo, en el caso de que un litigante que se vea impedido por grave enfermedad de asistir a la audiencia de conciliación a la que el tribunal llamó de acuerdo a lo dispuesto en los incisos I y II del artículo 262 del CPC, si considera realmente determinante haber concurrido a dicho trámite, pero que por causa ajena a su voluntad no lo hizo, cumpliría, al menos

⁷³ SALAS VIVALDI, J.: *Los incidentes...*, p. 97.

⁷⁴ CASARINO VITERBO, M.: *Manual de Derecho Procesal Civil*, t. III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 85.

formalmente, con los requisitos para impetrar el incidente de nulidad por fuerza mayor, pero difícilmente puede afirmarse que se haya afectado su derecho a defensa de forma que no pueda ser reparado por otra vía que no sea la declaración de nulidad.

2.1.2. Disposiciones expresas de nulidad en la ley procesal

Existen disposiciones legales que prevén la invalidez en determinadas hipótesis en las que no se exige hacer un análisis en torno a la existencia de perjuicio o no, son consecuencia de que el artículo 83 del CPC le permite a la ley contemplar expresamente casos de nulidad, a continuación analizaremos algunos:

2.1.2.1. Falta de autorización de funcionario competente del artículo 61 del CPC

El inciso III del artículo 61 del CPC dispone que “la autorización del funcionario a quien corresponda dar fe o certificado del acto es esencial para la validez de la actuación en todos aquellos casos en que una ley expresamente lo disponga”. Esta norma hace una referencia amplia⁷⁵ respecto del ministro de fe, pudiendo ser, por ejemplo, un secretario, receptor, relator o notario, según corresponda en la determinada actuación, solo se exige que la certificación que deba realizar el ministro de fe sea esencial, según la ley, para la validez del acto. Si falta dicha certificación el acto será automáticamente inválido, es decir, una vez constatada la irregularidad no se realizará el juicio de valor, quedando susceptible de ser declarado ineficaz.

CASARINO refiriéndose a esta disposición señala que “la falta de autorización del funcionario competente en las actuaciones judiciales antes indicadas les resta validez; en otros términos, las actuaciones judiciales practicadas en esta forma anormal serán nulas y de ningún valor”⁷⁶. Planteado así pareciera ser que se trata de una especie de nulidad sin perjuicio, pero ¿existe un perjuicio? Creemos que no, al menos no un perjuicio a los derechos y garantías de las partes. Se trataría entonces de una protección a normas de orden público que buscan, en este caso, dar autenticidad a determinadas actuaciones por su

⁷⁵ CARRASCO POBLETE, J.: *La nulidad...*, p. 331.

⁷⁶ CASARINO VITERBO, M.: *Manual...*, p. 77. Comparte la misma opinión STOEHLER MAES, C.: *De las disposiciones comunes a todo procedimiento y de los incidentes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 69, al señalar que “si falta la autorización del secretario o del receptor en una de las actuaciones judiciales a que nos hemos referido, ésta será nula y no tendrá ningún valor”.

relevancia en el procedimiento y la necesidad de certeza respecto de ellas en razón de haber sido practicadas, cómo lo fueron, quienes participaron, etc.

Como explicamos en la primera parte de este trabajo, no todo acto inválido necesariamente terminará siendo ineficaz, ya que existen dos técnicas que tienen por objeto sanear dicha invalidez, que son la convalidación y la subsanación. Por tanto, eso de que se trate de una especie de nulidad sin perjuicio parece no ser tan cierto, más todavía porque entendemos que la nulidad es esencialmente una técnica de protección de derechos y garantías de las partes, por lo que a éstas se les permite convalidar el defecto a través de la renuncia a alegar la nulidad del acto, y subsanarlo a través de su adecuación con el modelo normativo del que se había apartado. Con todo, ya expusimos que estas técnicas tienen ciertos límites, los que habrá que apreciarlos caso a caso, en especial en lo que diga relación con el interés público que esté involucrado en la actuación a la que se quiere remarcar su autenticidad.

2.1.2.2. Nulidad de lo obrado ante tribunal incompetente artículo 112 del CPC

Otro caso de disposición expresa de nulidad lo encontramos en el inciso final del artículo 112 del CPC que señala “la tramitación de la causa, en el caso de inhibitoria, continuará después de notificada la resolución denegatoria a que se refiere el inciso 2° del artículo 106, sin perjuicio de que esas gestiones queden sin valor si el tribunal correspondiente declara que el que está conociendo del juicio es incompetente para ello”.

La competencia es el presupuesto procesal que busca distribuir la carga de trabajo entre los distintos tribunales que ejercen jurisdicción, para ello utiliza distintos factores que siempre estarán determinados por la ley. Además, es una expresión del derecho al juez natural, que es parte del debido proceso, y consagrado en nuestra Constitución en el artículo 19 N° 3 inciso IV “nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”. ROMERO SEGUEL, ilustra lo anterior señalando “a las reglas de competencia les corresponde la función de asignar a la persona o personas que, por tener la calidad de juez, deben conocer y juzgar de la petición de protección del Derecho para el caso concreto, en

cada uno de los grados jurisdiccionales o instancias en que corresponde conocer de un asunto”⁷⁷.

Lo que en este caso busca proteger la nulidad es, por un lado, un derecho de las partes, el derecho al juez natural, entre otros, pero por otro lado es un asunto administrativo en relación a cómo distribuir el trabajo entre los distintos tribunales del país. Entonces, la nulidad en este caso, desde el primer de vista cumplirá con su objeto de ser un mecanismo de protección a los derechos de las partes, pero desde la perspectiva orgánica no hay perjuicio que se pueda reconocer. Además, tenemos algunos reparos en relación a si siempre existe un perjuicio reparable solo con la declaración de nulidad cuando, desde la perspectiva de las partes, la competencia resulta afectada. Al respecto nos referiremos con mayor detención al analizar la casación en la forma.

Este es uno de los casos que CARRASCO identifica como de *nulidad derivada*, ya que es consecuencia de la declaración de incompetencia, “cuyo objetivo inmediato es que el juez no pueda continuar conociendo del asunto que ante él se ventila, y cuyo objetivo mediano es que los actos procesales desarrollados ante juez incompetente ya no produzcan efecto”⁷⁸.

2.1.3. Infracción a las exigencias de los artículos 1º y 2º de la Ley N° 18.120

La Ley N° 18.120, de 18 de mayo de 1982, junto con las normas del Título II del Libro I del CPC, regula la forma de comparecencia en juicio en nuestro sistema que se caracteriza por exigir el cumplimiento de dos figuras: el patrocinio y el poder. ROMERO SEGUEL denomina a esta forma especial de representación como postulación procesal, entendiéndola como un presupuesto procesal relativo a las partes⁷⁹. El mismo autor define al patrocinio como “la aceptación de la conducción intelectual del asunto contencioso o voluntario, asegurando la solvencia técnica en la marcha del asunto. En cambio, el poder se refiere sólo a la posibilidad de actuar en representación de otro, ya sea por imperativo legal, por existir contrato de mandato, o por disponerlo el juez para ciertos casos”⁸⁰. La exigencia

⁷⁷ ROMERO SEGUEL, A.: *Curso de Derecho Procesal Civil*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 27.

⁷⁸ CARRASCO POBLETE, J.: *La nulidad...*, p. 622.

⁷⁹ ROMERO SEGUEL, A.: *Curso de derecho procesal civil. Los presupuestos procesales*, t. III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 73.

⁸⁰ Ídem, p. 74.

de poder, por su parte, se cumple a través del mandato judicial que es “el acto por el cual una persona encomienda a otra que la represente ante los tribunales de justicia”⁸¹.

En relación al patrocinio, el inciso I del artículo 1º de la Ley N° 18.120 señala que “la primera presentación de cada parte o interesado en asuntos contenciosos o no contenciosos ante cualquier tribunal de la República, sea ordinario, arbitral o especial, deberá ser patrocinada por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión”, se trata de una exigencia del todo prematura en el juicio, para el primera presentación que cada parte haga en él. En cuanto al poder, la exigencia en realidad es la actuación a través de persona habilitada, el inciso I del artículo 2º de la Ley N° 18.120 dispone que se requiere en todos los asuntos judiciales salvo en los casos de excepción que señala el mismo artículo o cuando la ley exija la intervención personal de la parte.

Lo que nos interesa sobre la representación dice relación con las consecuencias del incumplimiento de estas dos exigencias y, principalmente, con lo que ocurre con los distintos actos del procedimiento cuando se constata la falta o indebida constitución tanto del patrocinio como del poder.

El inciso II del artículo 1º de la Ley 18.120 dispone que ante el incumplimiento de la exigencia del patrocinio la consecuencia es que la presentación “no podrá ser proveída y se tendrá por no presentada para todos los efectos legales. Las resoluciones que al respecto se dicten respecto no serán susceptibles de recurso alguno”. Se trata de una de las sanciones más graves que nuestro ordenamiento procesal contempla, es la inexistencia misma de la actuación, con la imposibilidad de ser subsanada. En cambio, respecto de la exigencia de poder, la ley es menos rigurosa en la sanción porque, si bien es igual de grave, contempla expresamente la posibilidad de ser subsanada, el inciso IV del artículo 2º de la Ley 18.120 dispone que “si al tiempo de ponunciarse el tribunal sobre el mandato este no estuviere legalmente constituido, el tribunal se limitará a ordenar la debida constitución de aquel dentro de un plazo máximo de tres días. Extinguido este plazo y sin otro trámite, se tendrá

⁸¹ CASARINO VITERBO, M.: *Manual de derecho...*t. III, p.48. El artículo 528 del COT define al mandato judicial como “un contrato solemne mediante el cual se confiere a una persona dotada de ius postulandi la representación de sus derechos en juicio”

la solicitud por no presentada para todos los efectos legales. Las resoluciones que se dicten sobre esta materia no serán susceptibles de recurso alguno”.

Las consecuencias de que la solicitud se haga con falta o indebida constitución de patrocinio o poder parecen ser claras, se tendrá por no presentada para todos los efectos legales, pero el tema no termina ahí, como adelantábamos las preguntas surgen en torno a qué ocurre con los distintos actos del procedimiento cuando las actuaciones fueron realizadas por lo que la doctrina denomina “falso procurador”⁸², dentro de los casos en que se señala que se puede dar esta figura están: el apoderado que actúa en un proceso sin haber autorizado el mandato judicial, conforme las solemnidades requeridas; la persona que no tiene ius postulandi, es decir, el que no tiene título de abogado o que comparece con falso título; persona que tienen con mandato judicial pero que excede las facultades o límites de éste; persona que tiene ius postulandi, pero que actúa por una subdelegación de poder figura que se encuentra prohibida en nuestro ordenamiento.

Quienes han tratado el tema han reparado en que la solución que ha dado la jurisprudencia en torno a qué ocurre con los actos del proceso en esos casos son diversas, que van desde la nulidad de todo lo obrado en juicio hasta la inoponibilidad de las actuaciones al representado⁸³. Nos interesa revisar algunos de los casos de nulidad para determinar cómo opera la exigencia del perjuicio en ellos.

La Corte de Apelaciones de Santiago anula todo lo obrado con posterioridad a la notificación del cumplimiento incidental en el en que se notificó por cédula del mismo a un abogado que no poseía la calidad de abogado patrocinante ni mandatario judicial, señalando que en el caso “el señor O. G. S. carecería de la calidad de abogado patrocinante y mandatario judicial de la demandante principal y demandada reconvenzional, al momento de practicársele la notificación respectiva de fecha diez de octubre de dos mil catorce, por cuanto éste renunció al patrocinio y poder que le fue conferido en la presente causa y al haberse efectuado una nueva designación a este respecto con fecha quince de mayo dos mil catorce, la cual recayó en el abogado Ariel Francisco Siu Miranda, debe concluirse

⁸² ROMERO SEGUEL, A.: *Curso de derecho...* t. III, p. 82 y 83.

⁸³ ROMERO SEGUEL, A.: *Curso de derecho...*, t. III, p. 83 y CARRASCO POBLETE, J.: *La nulidad procesal...* p. 516 y 517.

forzosamente que éste era quien representaba a la señora Gilda Patricia Ibacache Suárez al momento en que se solicitó y notificó el cumplimiento incidental en la presente causa”⁸⁴, indica más adelante que el perjuicio, la imposibilidad de la contraria de oponerse al cumplimiento incidental, sólo puede ser subsanado con la correspondiente declaración de nulidad.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, ante la solicitud de decretar un plazo para constituir una fianza de rato y que el cliente ratifique todo lo obrado señalan que la agencia oficiosa está establecida con el objeto de permitir la comparecencia en juicio, gestión previa a la comparecencia misma, por lo que no procede su solicitud posterior y decretan la nulidad de todo lo obrado porque los abogados “no tienen facultad suficiente para comparecer en representación de su cliente en estos autos, siendo nulo todo lo obrado por ellos en este juicio”⁸⁵.

La Corte Suprema conociendo por recurso de queja determina que procede la nulidad de la resolución de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que declara inadmisibile el recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama, porque durante el plazo para recurrir de ese fallo la defensa fue asumida por una persona que no tenía la calidad de abogado, circunstancia que fue conocida 10 años después. En razón de los hechos el tribunal de primera instancia declaró la nulidad de lo obrado conforme al artículo 160 del CPP, pero luego el tribunal de alzada que conoció del recurso de nulidad lo declaró inadmisibile porque la sentencia recurrida se encontraba ejecutoriada, de modo que producía cosa juzgada material. Sin embargo, la Corte Suprema, en concordancia con el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, determina que la afectación que produce no haber sido patrocinado por abogado es de mayor trascendencia señalando que “En esas circunstancias, aparece inconcuso que las infracciones en que incurrieron los recurridos no sólo implican impedir a la defensa del condenado el ejercicio de una facultad consagrada a su favor en la legislación interna, sino que además conllevan vulnerar una garantía procesal esencial como es el derecho al recurso, cuyo reconocimiento supera los límites del ordenamiento interno para consagrarse a nivel internacional, dada su manifiesta

⁸⁴ Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 1 de septiembre de 2015, rol n° 7870-2015.

⁸⁵ Corte de Apelaciones de Valparaíso de fecha 21 de septiembre de 2004, rol n° 3850-2001.

trascendencia, de manera que la declaración de inadmisibilidad devino en ilegal y abusiva”⁸⁶.

De la lectura de los casos expuestos concluimos que si bien, como en todo caso en que se alega la nulidad, es indispensable hacer el análisis del perjuicio para la procedencia de la nulidad, éste podrá existir o no pues la falta del presupuesto de postulación procesal busca proteger intereses que exceden los derechos y garantías de las partes, por lo que se trata de un caso de nulidad sin perjuicio.

Además de las hipótesis reconocidas como nulidad específica y como disposiciones expresas de nulidad que hemos identificado, se sostiene también que son expresión de que hay nulidad cuando la ley lo dispone, las causales del recurso de casación en la forma, la causal genérica del recurso de casación en el fondo, y las causales de la acción de revisión, que corresponden a formas de impetrar la nulidad en nuestro sistema. Nos detendremos, más adelante, sólo en las causales de la casación en la forma por la directa exigencia de perjuicio que el artículo 768 hace respecto de ellas.

2.3. Causales de casación en la forma del artículo 768 del CPC

A continuación, revisaremos aquellas causales de casación en la forma que no se fundan en el estándar del perjuicio por tratarse de normas de orden público o disposiciones que, como veremos, protegen intereses que exceden a los derechos y garantías de las partes y corresponden a los numerales 1, 2, 3 y 8 del artículo 768 del CPC.

2.3.1 N° 1: En haber sido la sentencia pronunciada por un tribunal incompetente o integrado en contravención a lo dispuesto por la ley

Esta causal contempla dos situaciones. Primero cuando el artículo señala “tribunal incompetente”, se refiere tanto a la incompetencia absoluta como a la relativa, en este último caso será necesario que no haya existido prórroga de competencia y que se hubiese reclamado oportunamente la falta de competencia, lo que no debió haber sido tomado en cuenta por el tribunal y, la segunda, cuando haya una integración irregular de un tribunal

⁸⁶ Sentencia Corte Suprema de fecha 29 de julio de 2016, rol n° 34359-16.

colegiado en contravención a las normas legales⁸⁷. Se trata entonces de dos hipótesis distintas en la que la primera afecta al tribunal que dictó la resolución, sea unipersonal o colegiado e incompetente relativo o absoluto, mientras que la segunda sólo afecta al tribunal colegiado cuyas reglas de integración hayan sido quebrantadas.

El artículo 108 del COT define a la competencia como “la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones”. La doctrina ha precisado el asunto señalando que se trata del presupuesto procesal a través del cual el Estado distribuye el trabajo entre los distintos jueces y tribunales que componen el órgano jurisdiccional, y que se relaciona con el derecho al juez natural o predeterminado por la ley, que constituye uno de los componentes más indiscutidos de la garantía constitucional del debido proceso⁸⁸. Nuestra jurisprudencia entiende la importancia de la competencia como algo que trasciende a las partes, así, por ejemplo, la Corte Suprema razona señalando “Que en lo tocante a la causal formal de incompetencia del tribunal se debe señalar que la competencia, constituye uno de los pilares básicos del ordenamiento jurídico operativo dentro del Estado de Derecho, el cual opera, junto a la noción de jurisdicción plena del tribunal para los efectos de conocer y solucionar un determinado conflicto, como uno de los presupuestos basales del principio de rango constitucional del debido proceso. (...) Se trata, entonces, de un elemento de orden público e irrenunciable, que hace eco del mayor o menor interés ínsito en la contienda y concerniente, por lo tanto, al orden u organización según la cual se estructura nuestro Poder Judicial, puesto que determina la clase y jerarquía del tribunal que habrá de conocer de un cierto asunto”⁸⁹.

Como indicamos, esta causal sirve para alegar tanto la falta de competencia absoluta como relativa, entendiendo por la primera de ellas a aquella que le corresponde a un tribunal para conocer de un determinado negocio en razón de su jerarquía, clase o categoría. La competencia relativa, en cambio, es aquella que le corresponde a un tribunal para conocer

⁸⁷ NÚÑEZ OJEDA, R. y PÉREZ RAGONE, Á.: *Manual de Derecho...*, p. 279.

⁸⁸ ROMERO SEGUÉL, A.: *Curso de Derecho...*, t. II, p. 27.

⁸⁹ Sentencia Corte Suprema de 15 de julio de 2013, rol n° 4472-2012.

de un determinado negocio en razón de su ubicación dentro de una determinada jerarquía, clase o categoría de tribunal⁹⁰.

En relación a la hipótesis de haber sido el tribunal que dictó la sentencia integrado en contravención a lo dispuesto por la ley, cabe decir que sólo es aplicable a los tribunales colegiados cuando se infringen las normas contenidas en los artículos 215 y siguientes del COT. Hay que tener en consideración que la integración irregular del tribunal, en razón de la exigencia de preparación del recurso, debe haber sido reclamada oportunamente y en todos su grados, por consiguiente, el reclamo debe tener lugar antes de la vista de la causa, so pena de precluir la posibilidad de recurrir de casación en la forma por esta causal⁹¹.

Como señala CARRASCO, cuando estamos en presencia de alguna causal de nulidad procesal es menester afirmar que el daño originado por la existencia de esas circunstancias alegadas (causales), debe traducirse en una infracción o vulneración de los derechos y garantías procesales del recurrente, en la violación del debido proceso, lo que en general puede describirse como un estado de indefensión procesal⁹².

Teniendo en cuenta lo recién dicho corresponde preguntarnos si existe perjuicio en el caso de que se dicte una sentencia por un tribunal incompetente que falle conforme a un proceso que resguarde todas las garantías de las partes, y que decida únicamente en atención a los antecedentes y la prueba objetiva rendida en él, en definitiva, que se trate de un procedimiento en el que se cumplieron todas las exigencias de un debido proceso. En este caso el perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad, que corresponde al estándar legal del artículo 83 del CPC, exigido también en el artículo 768 inciso III del mismo cuerpo legal, que se relaciona con los derechos y garantías de las partes, parece difícil de afirmar. Recordemos que éste estándar de la nulidad de nuestro sistema resulta del todo aplicable por ser la casación en la forma un mecanismo de implementar la nulidad procesal.

Esta causal busca proteger intereses que exceden a las partes, se trata de normas de orden público, por tanto, no se encuentra fundamentada en el estándar del perjuicio, existiendo

⁹⁰ LÓPEZ GANDÍA, J.: *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 129.

⁹¹ FIGUEROA YÁVAR, J. y MORGADO SAN MARTIN, É.: *Recursos procesales...*, p. 106.

⁹² CARRASCO POBLETE, J.: *La nulidad procesal...*, p. 388.

situaciones como la descrita donde no habría perjuicio y, sin embargo, sería procedente la nulidad. No resulta armónico con el estándar que sigue la casación como medio de invalidación de actuaciones procesales, ni con el del artículo 83 del CPC. Para esta causal la existencia o no de perjuicio es irrelevante, se trataría de una nulidad sin perjuicio, donde lo que se busca proteger son intereses que exceden de los derechos y garantías de las partes.

2.3.2. N° 2: *En haber sido pronunciada por un juez, o con la concurrencia de un juez legalmente implicado, o cuya recusación esté pendiente o haya sido declarada por tribunal competente*

Esta es una causal de inhabilidad debido a que las implicancias y recusaciones miran a las personas que conforma el tribunal llamado a resolver el asunto, respecto al compromiso, más o menos grave, que pudiesen tener con el conflicto o con las partes, generando una falta de imparcialidad⁹³. Las implicancias y las recusaciones son inhabilidades personales para poder conocer y fallar imparcialmente un asunto⁹⁴. Respecto de la implicancia basta la mera concurrencia de la causal y la recusación debe estar pendiente o haber sido declarada por tribunal competente⁹⁵.

Las implicancias son inhabilidades de orden público, por lo que basta que se presenten “legalmente” en un juez, sin requerir el legislador de su declaración. Cuestión diversa sucede con las recusaciones al ser de orden privado, en este caso, no basta su presencia legal, sino que requiere ser alegada y estar pendiente de resolución o haber sido declarada por la correspondiente resolución al momento de dictarse la sentencia que se pretende casar⁹⁶.

TAVOLARI señala que la diferente mecánica que se da entre las implicancias y las recusaciones se explica por la entidad de la falta; la implicancia debe ser declarada de oficio por el juez. Es irrenunciable, por entenderse comprometido en su establecimiento un

⁹³ FIGUEROA YÁVAR, J. y MORGADO SAN MARTIN, É.: *Recursos procesales...*, p. 107.

⁹⁴ MOSQUEIRA RUIZ, M. y MATURANA MIQUEL, C: *Los Recursos Procesales...*, p. 244.

⁹⁵ Artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales.

⁹⁶ PALOMO VELEZ, D.: *La Casación y el Recurso de Casación en la Forma...*, p. 214.

punto que afecta al orden público: la imparcialidad del juzgador, elemento del debido proceso⁹⁷.

Nuestra jurisprudencia sostiene que “A este respecto nadie discute que la independencia e imparcialidad de los jueces es una garantía fundamental de todas las personas que recurren a los tribunales de justicia, que es reafirmación de la igualdad ante la ley y en la protección que se le debe en el ejercicio de sus derechos y ante la justicia (...) Se han reconocido estas garantías en diferentes declaraciones y convenciones internacionales ratificadas por nuestro país. Los tribunales nacionales e internacionales han determinado que toda persona, dentro de un debido proceso, corresponde sea juzgada por un tribunal integrado por jueces objetivamente independientes y subjetivamente imparciales, aspecto, este último que se ha destacado tiene dos vertientes a) concreta, referida a los jueces y la ausencia de cualquier relación con las partes que afecten su desempeño, la que debe ser verificada mediante prueba correspondiente y, b) abstracta, en que se excluye todo posible cuestionamiento de parcialidad, en donde aspectos objetivos, constituyen antecedentes suficientes que podrían llegar a establecer legítima duda y, por lo mismo, razonablemente, llevan a hacer perder la confianza en el desempeño ecuánime y neutral del juzgador”⁹⁸.

En concordancia con la jurisprudencia, nuestra doctrina señala que el fundamento de las impugnaciones y recusaciones está en mantener entre las partes litigantes una perfecta y completa igualdad frente al juez llamado a juzgarlas. Si el juez no mantiene esta igualdad, significa también que carece de la correspondiente y necesaria imparcialidad⁹⁹. El valor que tiene la imparcialidad en la aplicación de justicia es innegable, NÚÑEZ bien lo grafica señalando que “corresponde a la naturaleza de la actividad judicial, ser ejercida por un tercero imparcial”¹⁰⁰.

La hipótesis de esta causal busca proteger derechos y garantías de las partes, la infracción a ella significa una vulneración a una importante expresión del debido proceso: el derecho a ser juzgado por un juez imparcial. La pérdida de imparcialidad en el juzgador acarrea el

⁹⁷ TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL: *Recursos de Casación...*, p. 55.

⁹⁸ Sentencia Corte Suprema de fecha 1 de septiembre de 2011, rol n° 6061-2009.

⁹⁹ LÓPEZ GANDÍA, J.: *Manual de Derecho...* p. 161.

¹⁰⁰ NÚÑEZ OJEDA, R.: *La imparcialidad objetiva del juzgador penal y el principio acusatorio (el caso español)*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, N° 1-1998, enero 1998, p. 3.

peligro de subjetivizar la decisión, los intereses del juez implicado o recusado lo pueden alejar de realizar una valoración conforme al mérito del proceso. La relevancia de obtener una resolución objetiva del asunto conlleva que de realizarse el análisis del perjuicio en el caso de pérdida de imparcialidad éste resulte evidente y sólo reparable por la declaración de nulidad.

Respecto a las implicancias, se ha señalado que basta con que la causal concurra legalmente, por tanto, no se requiere analizar si conlleva o no un perjuicio, pensando en el mismo caso anterior ¿podemos afirmar que hay un perjuicio en el caso de un juez legalmente implicado, cuyo fallo haya sido conforme a antecedentes objetivos y al mérito del proceso, es decir, el fallo de un juez imparcial? ¿Podemos sostener que el fallo con un juez no implicado hubiese sido distinto? La respuesta parece ser negativa. Sin embargo, estas inhabilidades buscan proteger intereses que exceden de las partes, así lo entiende la jurisprudencia “que siendo los efectos de la implicancia de orden público, y por tanto irrenunciables e inconvencionales por la extensión de los efectos de la nulidad de derecho público (...) se colige que no es posible sostener ni aceptar jurídicamente como tal, tanto la sentencia recurrida como el procedimiento que le ha dado origen, en atención a la falta de jurisdicción de la funcionaria doña K.L.A. en aquellos casos que resolvió solicitudes de las partes estando legalmente implicada, y en atención, además, a la ineficacia de las actuaciones judiciales que la misma funcionaria autorizó conociendo de la causal de implicancia que le afectaba”¹⁰¹. Por lo tanto, de la misma forma que en la causal anterior, en un caso como el propuesto procede igualmente la declaración de nulidad aún sin existir un perjuicio determinado, se trata entonces de una nulidad sin perjuicio.

Las recusaciones, en cambio, no son normas de orden público sino que están establecidas en interés de las partes y por ello sólo pueden ser alegadas por la afectada, resultando que de no alegarla en la forma y plazo que las normas disponen se entiende renunciada. La jurisprudencia señala al respecto que “las causales legales de implicancia o de recusación que establecen los artículos 195 y 196, respectivamente, del citado cuerpo normativo, evidencian que todas ellas se fundan en una presunción de falta de imparcialidad en el ejercicio de las funciones a quienes afectan, aunque esa parcialidad en la realidad no exista,

¹⁰¹ Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 19 de mayo de 2016, rol n° 1830-2014.

o sea, que miran a una condición o requisito esencial para el ejercicio de la función de juzgar, la imparcialidad del magistrado y a la imagen que ante el público deben proyectar los sentenciadores. De manera que, con esta institución, se pretende asegurar la imparcialidad de los jueces y que aquello también sea advertido por los justiciables”¹⁰². Entonces, pese a mirar únicamente al interés de las partes si son alegadas la existencia de perjuicio o no es irrelevante para la declaración de nulidad al igual que como ocurre en las impugnancias, tratándose también de una hipótesis de nulidad sin perjuicio.

2.3.3. N° 3: En haber sido acordada en los tribunales colegiados por menor número de votos o pronunciadas por menor número de jueces que el requerido por la ley o con la concurrencia de jueces que no asistieron a la vista de la causa, y viceversa

Los tribunales colegiados deben cumplir con determinadas normas legales para llegar a acuerdos. Éstas se encuentran contenidas en el COT y en el artículo 168 del CPC que hace referencia al pronunciamiento de las sentencias. Éstos deben funcionar con un número de miembros que no sea inferior al establecido por la ley. En el caso de las Cortes de Apelaciones este número es de tres jueces tratándose de autos, sentencias interlocutorias y sentencias definitivas y de un juez tratándose de decretos (art. 72 y 105 del COT y 162 del CPC)¹⁰³.

Los tribunales señalan “Que la circunstancia antes referida constituye un vicio que configura la causal de anulación contemplada en el N° 3 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, pues la sentencia fue acordada con la concurrencia de un juez que no asistió a la vista de la causa; y este vicio resulta suficiente para anularla, por cuanto la reparación del perjuicio no puede obtenerse sino con la invalidación del fallo”¹⁰⁴.

Esta causal se explica en “un esfuerzo por el legislador de lograr una efectiva aplicación de la inmediación en nuestro sistema procesal civil (de los pocos que hay), velando porque los

¹⁰² Sentencia Corte Suprema de fecha 29 de agosto de 2013, rol n° 289-2013.

¹⁰³ MATURANA MIQUEL, C: *Los Recursos del Código...*, p. 431.

¹⁰⁴ Sentencia Corte Suprema de fecha 23 de marzo de 1999, rol n° 1998-1999.

ministros que conocieron del asunto mediante la vista del recurso sean los mismos quienes resuelvan sobre él”¹⁰⁵.

La Corte Suprema ha señalado “que en lo atinente a la causal del numeral 3° del artículo 768 del Código de Enjuiciamiento Civil, se hace necesario precisar que en las cuatro situaciones que prevé la norma, entre ellas la de haber sido pronunciada la sentencia con la concurrencia de jueces que no asistieron a la vista de la causa, se sanciona con la nulidad del fallo las infracciones a las disposiciones legales que regulan los acuerdos de los tribunales colegiados”¹⁰⁶. En otro caso, acogiendo la causal estimó que “la resolución necesaria, según se anotó, se concertó el mismo día en que se dictó la sentencia de que se trata y, en tal fecha, uno de los jueces se encontraba ausente, por lo tanto, el veredicto final fue adoptado sólo por dos de los integrantes del tribunal, lo que contraría la normativa ya transcrita, en orden a que los acuerdos y, consiguientemente, las decisiones, deben ser pronunciadas por todos los jueces que hubieren concurrido a la vista del asunto debatido, lo que, en el caso, no ocurrió”¹⁰⁷.

Esta causal se funda en una infracción a las exigencias que impone el legislador respecto de la forma en que los tribunales colegiados deben decidir los asuntos sometidos a su conocimiento, por lo tanto, la existencia de perjuicio no es relevante para la determinación de si procede la nulidad en este caso. De configurarse los hechos que motivan la causal la nulidad será decretada por haberse incurrido en infracción a normas legales, estamos en presencia de una nulidad sin perjuicio.

2.3.4. N° 8: *En haber sido dada en apelación legalmente declarada desistida*

Aquí estamos frente a una sentencia de primera instancia que fue apelada, y respecto a la cual el tribunal superior declara su deserción, prescripción o desistimiento, pese a lo cual éste continúa conociendo del asunto y dicta fallo¹⁰⁸.

¹⁰⁵ PALOMO VÉLEZ, D.: *La Casación y Recurso de Casación en la Forma...*, p. 216.

¹⁰⁶ Sentencia Corte Suprema de fecha 22 de noviembre de 2006, rol n° 3868-2005.

¹⁰⁷ Sentencia Corte Suprema de fecha 6 de octubre de 2009, rol n° 4390-2009.

¹⁰⁸ ORBEG YAÑEZ, H. Y MANSO VILLALÓN, M.: *Recursos Procesales Civiles*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2006, p. 82.

FIGUEROA Y MORGADO, en conjunto con PALOMO VÉLEZ, indican que se refiere tanto a la sentencia definitiva como a la interlocutoria y dice relación con la competencia del tribunal de alzada, que sólo la tiene en función del recurso de apelación. Su razón es evidente, un tribunal no puede pronunciar sentencia respecto de un recurso de apelación que ha terminado por cualquier causa, en este caso, por medios anormales directos, dado que carece de competencia para hacerlo, pudiendo ser anulada específicamente por dicha causal¹⁰⁹.

La razón de esta causal específica es que un juez no puede pronunciar sentencia si ha terminado por cualquier causa el recurso de apelación, dado que puede avocarse al asunto sólo en caso de que exista un recurso que requiera su conocimiento¹¹⁰. La deserción, prescripción y desistimiento de la apelación son maneras de poner término al recurso y, en consecuencia, si el tribunal a pesar de ello dicta sentencia, lo hace en manifiesta incompetencia¹¹¹.

En relación al perjuicio el análisis es el mismo que el realizado en la causal N° 1 del art. 768 CPC, debido a que el fondo de esta causal se reduce a una cuestión de incompetencia del tribunal de alzada para conocer de las pretensiones una vez terminada de forma anómala la apelación, excediendo de ser una infracción sólo a los derechos y garantías de las partes, disponiéndose la nulidad en razón de ser normas de orden público, se trata entonces de un caso de nulidad sin perjuicio.

3. HIPÓTESIS DE NULIDAD CON PERJUICIO EN NUESTRO SISTEMA PROCESAL CIVIL

En este punto identificamos tres causales de casación en la forma que corresponden a los numerales 4, 6 y 7 del artículo 768 del CPC y que se trata de situaciones en que se requiere de perjuicio para la procedencia de la nulidad, principalmente porque el perjuicio está contenido en los mismo hechos que describe la hipótesis legal y donde, además, en dos de ellas el perjuicio se confunde con el agravio, según explicaremos.

¹⁰⁹ FIGUEROA YÁVAR, J. Y MORGADO SAN MARTÍN, É.: *Recursos Procesales Civiles...*, p. 115 y PALOMO VÉLEZ, D.: *La Casación...*, p. 241.

¹¹⁰ MOSQUEIRA RUIZ, M Y MATURANA MIQUEL, C: *Los recursos procesales...*, p. 256.

¹¹¹ BENAVENTE GORROÑO, D.: *Derecho Procesal Civil...*, p. 204.

3.1. Art. 768 N° 4 CPC: *En haber sido dada ultra petita, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de la facultad que éste tenga para fallar de oficio en los casos determinados por la ley*

Esta causal dice relación con un vicio contenido en la sentencia misma, de excepcional importancia, siendo definido por el legislador y excluido de preparación. CASARINO en base a eso indica “*la definición de ultrapetita que da el referido artículo 768, N° 4°, del Código de Procedimiento Civil, comprende, pues, dos aspectos y una excepción. Hay cuando la sentencia otorga más de lo pedido por las partes (...), cuando la sentencia se extiende a puntos no sometidos a la decisión del tribunal (...) y la excepción de los casos anteriores dice relación con las facultades de oficio de que se hallan premunidos los tribunales por expresa disposición de ley*”¹¹².

No es una causal que comprenda solamente una diferencia cuantitativa y cualitativa entre el mérito del expediente¹¹³ y la parte resolutoria de la sentencia, sino que se requiere una vulneración al principio de la congruencia procesal, es decir, es necesario que el tribunal decida fuera y más allá de lo solicitado, bien reduciendo el ámbito de lo solicitado y lo litigado en relación con lo dispuesto por el art. 160 del CPC¹¹⁴. Lo anterior sin perjuicio de las facultades para actuar de oficio que pueda ejercer el tribunal en virtud de la ley, casos en los que no se configurará la causal en comentario.

En relación a la congruencia, esta se refiere a sobrepasar los límites señalados por las peticiones y alegaciones de los litigantes. A su vez, esta infracción a los límites del proceso, puede configurarse ya sea por ultra petitum o extra petitum. Son estas dos hipótesis a las cuales se refiere la presente causal estudiada¹¹⁵. La ultrapetita es expresión del principio de congruencia que impone al tribunal el deber de resolver todas las cuestiones sometidas a su conocimiento, pero nada más que ellas, que es también, en esta cara, expresión del principio dispositivo. Por tanto, las hipótesis de ultrapetita son incongruencia por exceso.

¹¹² CASARINO VITERBO, M: *Manual de Derecho Procesal...*, p. 168.

¹¹³ MOSQUEIRA RUIZ, M. Y MATURANA MIQUEL, C: *Los Recursos Procesales...*, p. 252.

¹¹⁴ NUÑEZ OJEDA, R. Y PÉREZ RAGONE, A.: *Manual de Derecho...*, p. 282.

¹¹⁵ PALOMO VÉLEZ, D.: *La Casacion y...*, p. 218.

Lo que está detrás de esta causal es la protección al principio de congruencia que es una garantía para las partes, por tanto, una infracción a ella se adecúa al análisis del perjuicio, así lo entiende nuestra jurisprudencia “Que en relación al primer vicio alegado en el recurso de casación en la forma, esto es, la ultrapetita contemplada en el artículo 768 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, por haber establecido la sentencia la forma en que deben acreditar los consumidores afectados el vínculo contractual con la demandada, asunto que no fue pedido por la actora (...) De esa manera, el efecto vinculante que para los consumidores que comparezcan durante la ejecución del fallo tenga la declaración anticipadamente efectuada por la sentencia, deberá examinarse en la referida etapa de cumplimiento, sólo en caso de que algún consumidor pretenda acreditar su condición de miembro del grupo afectado por otro medio y, especialmente, únicamente si la demandada controvierte esa condición, caso en el cual, de darse una decisión desfavorable para los consumidores, podrán éstos impugnar ese pronunciamiento en la forma dispuesta por la ley para su enmienda, motivos por los cuales, entonces, cabe concluir que la declaración objetada del fallo no ocasiona al recurrente un perjuicio reparable sólo con su invalidación, sino que la ley prevé otros medios para alcanzar lo pretendido por esa parte, motivo suficiente para desestimar esta primera causal.”¹¹⁶. En este caso, la Corte Suprema se detiene a examinar si existe un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad, determinando que si bien se configura la causal y se genera un perjuicio en la vulneración al principio de congruencia, éste no es reparable sólo con la declaración de nulidad por existir en el caso concreto otra vía para repararlo.

Además de indicar que el perjuicio en esta causal está presente, es importante señalar que en esta hipótesis se confunden el perjuicio y el agravio, como señalamos el agravio resulta de un examen objetivo, que en este caso en particular siempre estará presente, cuando se otorga más de lo pedido por las partes o se extiende a puntos no sometidos a decisión del tribunal existirá necesariamente una diferencia entre lo pedido y lo otorgado, el resultado de este contraste nunca será cero. Por tanto, en este caso los límites del perjuicio y el agravio se confunden, siempre que se configuren los hechos de esta causal concurrirán ambos.

¹¹⁶ Sentencia Corte Suprema de fecha 7 de junio de 2016, rol n° 30948-2015.

3.2. Art 768 N° 6 CPC: En haber sido dada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que ésta se haya alegado oportunamente en el juicio

TAVOLARI señala que “los efectos de la cosa juzgada –ha fallado la misma C.Suprema- son la acción de cosa juzgada para hacer cumplir lo ordenado y la excepción de la cosa juzgada para rechazar toda demanda en que se pretenda someter de nuevo a discusión el derecho que ya ha sido declarado y a hacer imposible toda nueva sentencia que pueda modificar la condición de las partes establecidas en una sentencia anterior”¹¹⁷.

Hay una peculiaridad en esta causal, ya que como señalan FIGUEROA Y MORGADO es requisito *sine qua non* para alegar esta causal que precisamente se haya invocado la excepción de cosa juzgada. Hay que tener presente que esta excepción tiene un tratamiento muy particular: se puede invocar como excepción mixta conjuntamente con las excepciones dilatoria (artículo 305 CPP), como excepción perentoria (artículo 309 CPP) y también como excepción anómala (artículo 310 CPP). El legislador abre un amplio espectro para reclamar de la cosa juzgada, pero siempre que se haya invocado como excepción en el respectivo juicio¹¹⁸, pudiendo hacerse valer, en definitiva, en cualquier momento del juicio.

El legislador ha sido cuidadoso al tratar la cosa juzgada como causal, ya que la alegación oportuna de la cosa juzgada hace procedente el recurso de casación en la forma y su falta de alegación hace procedente el recurso de revisión (artículo 810 n° 4 CPP)¹¹⁹.

La misma Corte Suprema señala que la cosa juzgada es una institución de orden público y constituye uno de los fundamentos necesarios del régimen jurídico al asegurar la certidumbre y estabilidad de los derechos que ella consagra¹²⁰. Además, es una garantía para las partes debido a que el sentido de recurrir a tribunales en búsqueda de una decisión es que ésta tenga alguna pretensión de ser inmutable, de que al menos después de agotada toda la vía judicial ya no quepa discutir de ello y exista certidumbre y estabilidad en relación a los derechos. Por ser una garantía a las partes la vulneración a ella conlleva un perjuicio a las mismas, el que además, al igual como ocurre en la causal N° 4, se confunde

¹¹⁷ TAVOLARI OLIVEIROS, R: *Recursos de...*, p. 56.

¹¹⁸ FIGUEROA YÁVAR, J. Y MORGADO SAN MARTÍN, É.: *Recursos Procesales Civiles...*, p. 114.

¹¹⁹ MOSQUEIRA RUIZ, M. Y MATURANA MIQUEL, C.: *Los Recursos Procesales...*, p. 254.

¹²⁰ Sentencia Corte Suprema de fecha 13 de septiembre de 2006, rol n° 4416-2004.

con el agravio. El agravio acá surge por haber alegado la cosa juzgada y que no se haya otorgado, lo que a su vez causa un perjuicio a los derechos y garantías de la parte afectada.

3.3. Art. 768 N° 7 CPC: En contener decisiones contradictorias

Hay decisiones contradictorias “cuando ellas son incompatibles entre sí, o cuando lo que una decisión afirma lo que es negado por la otra. Esta contradicción debe darse en la parte resolutive de la sentencia”¹²¹.

La contradicción debe existir y estudiarse su presencia solamente en la parte dispositiva o resolutive de la sentencia que se trata de casar. Toda contradicción en los considerando, o entre éstos y la parte resolutive, escapa a la causal de forma en estudio¹²². Esto sin perjuicio de los llamados considerandos resolutivos, MOSQUERA y MATURANA señalan que “sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse presente que si bien es cierto que las decisiones se contienen en la parte resolutive del fallo, no es menos que éste puede contener considerandos que contienen verdaderas decisiones (considerandos decisorios o resolutivos), los que pueden ser contradictorios con lo resolutive”¹²³.

Estamos en el supuesto de que un fallo contenga dos o más decisiones antagónicas, incompatibles o inconciliables, de tal manera que no pueden cumplirse simultáneamente. Si esto es así, el estado práctico en que quedarán las partes es como si no se hubiese resuelto el objeto de ese proceso. La resolución de las pretensiones es, al fin y al cabo, el motivo por el cual los justiciables recurren a los procesos judiciales, con miras a obtener una decisión, lo que es parte integrante de la tutela judicial efectiva. Por tanto, esta causal, como se configura, supone un perjuicio para las partes quienes ostentan el derecho básico de tutela judicial efectiva y que en la configuración de los hechos de la causal no se cumple.

¹²¹ NÚÑEZ OJEDA, R. y PÉREZ RAGONE, A.: *Manual de Derecho Procesal Civil...*, p. 284.

¹²² CASARINO VITERBO, M.: *Manual de derecho procesal...*, p. 309.

¹²³ MOSQUEIRA RUIZ, M. Y MATURANA MIQUEL, C.: *Los recursos procesales...*, p. 262.

4. HIPOTÉSIS SUI GENERIS EN RELACIÓN A LA EXIGENCIA DE PERJUICIO PARA LA PROCEDENCIA DE LA NULIDAD

En este acápite nos referiremos a ciertas hipótesis que hemos denominado como *sui generis* en relación a la exigencia de perjuicio para la procedencia de la nulidad, ya que se trata de casos excepcionales donde se contienen más de una hipótesis o donde se pueden configurar distintas situaciones algunas de las cuales no requerirán de perjuicio y serán, por tanto, casos de nulidad sin perjuicio, mientras que en otros casos se configurarán como hipótesis de nulidad con perjuicio. Identificamos, primero, dos numerales del artículo 768 del CPC de la casación en la forma los N°s 5 y 9, y la casación en la forma de oficio del artículo 775 del CPC. Entonces, se requerirá estar al caso en concreto para determinar cómo opera el perjuicio, si es requisito o no para la declaración de nulidad.

4.1 Art. 768 N° 5 CPC: En haber sido pronunciada con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 170

Corresponde a una norma que regula el contenido de la sentencia definitiva. CARRASCO¹²⁴ profundiza al señalar que “El artículo 170 del CPC constituye una norma garantista que impone al juez la observancia de una serie de requisitos que deben cumplir todas las sentencias definitivas de primera o única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales”. Esta norma debe analizarse en concordancia del auto acordado de la Corte Suprema sobre la forma de las sentencias de fecha 30 de septiembre de 1920 en relación con el artículo 5° transitorio de la Ley N° 3.390.

Al señalar la remisión al artículo 170, se comprenden dentro de esta causal tanto la parte expositiva, considerativa y resolutive. Nuestra jurisprudencia lo entiende de esta manera al señalar que “como es sabido, las sentencias de la clase se refiere el artículo 170 del Código de Enjuiciamiento en lo Civil contiene tres secciones: la primera, denominada expositiva, está consagrada por los números 1°, 2° y 3° de dicho precepto; la segunda, llamada

¹²⁴ CARRASCO POBLETE, J.: *La nulidad procesal como técnica...*, p. 349.

considerativa, está referida en los números 4º y 5º y, finalmente, la tercera parte, denominada decisoria o resolutoria, referida en el nº 6”¹²⁵.

El Tribunal Constitucional español, al exigir la motivación de los fallos conforme a la tutela judicial efectiva ha resumido su finalidad en: “1º. Permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad; 2º. Logra el convencimiento de las partes, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad. Al conocer el porqué concreto de la resolución; 3º. Permite la efectividad de los recursos y 4º. Pone de manifiesto la vinculación del Juez a la ley”¹²⁶.

Nuestros tribunales al referirse a la parte considerativa han reconocido que “la exigencia de motivar o fundamentar las sentencias no sólo dice relación con un asunto exclusivamente procesal referido a la posibilidad de recurrir, sino que también se enmarca en la necesidad de someter al examen que puede hacer cualquier ciudadano de lo manifestado por el juez y hace posible, asimismo, el convencimiento de las partes en el pleito, evitando la impresión de arbitrariedad al tomar éstas conocimiento del porqué de una decisión judicial”¹²⁷. Así, una omisión en la parte considerativa conlleva una vulneración al derecho de las partes a la motivación de las sentencias, pero esto no exime a la obligación del tribunal de hacer un análisis en el caso en concreto en relación a la existencia de perjuicio para la procedencia de la nulidad. Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia señalando “Que atendido lo expuesto, y aun cuando la sentencia recurrida no señala expresamente las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento del rechazo de la demanda de indemnización de perjuicios impetrada por la actora, la omisión no es determinante en lo decisivo del fallo, toda vez que de la lectura del fallo en su conjunto, bajo ninguna circunstancia puede sostenerse que los sentenciadores hayan dado por establecida la existencia de algún incumplimiento imputable a la demandada, que pudiera servir de base para acoger la referida demanda de indemnización de perjuicios”¹²⁸.

¹²⁵ Sentencia Corte Suprema de 26 de fecha octubre de 2004, rol nº 32-2004.

¹²⁶ Sentencia Tribunal Constitucional español de fecha 5 de febrero de 1987.

¹²⁷ Sentencia Corte Suprema de fecha 3 de agosto de 2016, rol nº 20172-2015.

¹²⁸ Sentencia Corte Suprema de 14 de marzo 2016, rol nº 11376-2015.

La parte resolutive de la sentencia encuentra su fundamento en la exhaustividad de la misma. En su faceta negativa dice relación con la falta de pronunciamiento sobre alguno de los puntos que ha sido objeto de debate en el proceso y entre las partes, mientras que es su faceta positiva, implica el deber de pronunciamiento sobre todos los puntos que han sido sometidos a decisión del tribunal, salvo los que la ley autorice a omitir. En este caso el fundamento es la tutela judicial efectiva, resultando elemental a la función jurisdiccional. Los tribunales deben pronunciarse sobre todas las pretensiones introducidas por las partes y resolver todos los puntos litigiosos¹²⁹.

Analizando la procedencia de la nulidad en un caso de omisión en el pronunciamiento en la parte resolutive, es preciso estar a la situación en concreto, pudiendo existir casos en que si bien se configura la omisión no existe un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad, por lo que no procede la nulidad. Siendo esta causal compatible con el estándar del perjuicio consagrado en los artículos 83 y 768 inciso III del CPC, así lo ha entendido nuestra jurisprudencia: “Que así las cosas resulta ser efectivo, entonces, que el fallo impugnado incurre en el vicio que se denuncia del artículo 768 N° 5 en relación con el artículo 170 N° 6, ambos del Código de Procedimiento Civil (...) Que, en consecuencia, aun cuando es cierto que la sentencia impugnada incurre en el vicio que se le atribuye, su remoción no conduciría a modificar lo decidido, de manera que el recurso de casación en la forma debe ser desestimado, desde que no tiene influencia sustancial en lo dispositivo del fallo”. Debemos recordar que la influencia sustancial en lo dispositivo del fallo es una expresión del perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad.

El problema surge respecto a la parte expositiva. Pensemos en la siguiente situación: se dicta una sentencia en contra del demandante omitiéndose la individualización de las partes, por tanto, estamos frente a una omisión de un requisito del artículo 170 del CPC, pero ¿podríamos sostener que el fallo hubiese sido distinto si se hubiese incluido? ¿se puede desprender de esto un perjuicio a las partes? Sostenemos que no. La jurisprudencia se ha pronunciado en el mismo sentido frente a la omisión del N° 2 del artículo 170: “Al

¹²⁹ Como se cita en PALOMO VÉLEZ, D: *La Casación y...*, p. 237, en relación a DE OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J.; *Derecho Procesal: Introducción*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A, Madrid, 2009 y ORTELLS RAMOS, M.: *Derecho Procesal Civil*, 9° edición, Ed. Arazandi, Navarra, 2009.

conocer de tales recursos la Corte de Apelaciones de Santiago desestimó el de nulidad por estimar que la omisión anotada no tiene influencia sustancial en lo dispositivo del fallo (...) Que como se advierte de los antecedentes mencionados, si bien el vicio denunciado fue efectivamente cometido en el fallo de primera instancia, los sentenciadores de alzada lo subsanaron al mencionar explícitamente en lo expositivo las tres acciones deducidas y al hacerse cargo de cada una de ellas en sus razonamientos, motivo por el que el recurso no podrá prosperar en este capítulo”¹³⁰. Por lo tanto, consideramos que frente al análisis de la existencia de perjuicio ante la omisión de la parte expositiva hay que estar también al caso particular, aunque la mayoría de las veces el perjuicio será difícil de determinar y no procederá la nulidad.

4.2 Art. 768 N° 9 CPC: En haberse faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad

Dentro de los diversos procedimientos se distinguen entre trámites esenciales y no esenciales, siendo susceptible de ser anulada cuando se omiten los primeros, ya que se trata de presupuestos procesales de gran jerarquía, siendo el legislador quien señala los trámites esenciales en única, primera y segunda instancia¹³¹.

Esta causal requiere que un trámite haya sido declarado esencial por la ley o que las leyes hayan sancionado con nulidad la omisión de un trámite¹³². CASARINO explica que “en consecuencia, por muy importante que sea el trámite o diligencia omitido, si la ley no lo ha elevado a la categoría de esencial, su falta no autoriza a interponer el recurso de casación en la forma”¹³³.

Los trámites esenciales se encuentran regulados en los artículos 795, en primera y única instancia y 800 en segunda instancia, ambos del CPC. En este acápite nos remitiremos a analizar sólo aquellos trámites respecto de los cuales consideramos que el análisis del perjuicio es relevante. Partiremos por el emplazamiento por resultar evidente el perjuicio en

¹³⁰ Sentencia Corte Suprema de fecha 20 de mayo de 2015, rol n° 24890-2014.

¹³¹ FIGUEROA YÁVAR, J.y MORGADO SAN MARTIN, É: *Recursos procesales...*, p. 116.

¹³² MATURANA MIQUEL, C: *Los Recursos del Código de Procedimiento Civil...*, p. 505.

¹³³ CASARINO VITERBO, M.: *Manual de derecho procesal...*, p. 310.

él y servir de contraste a los dos siguientes: el llamado a conciliación y la citación de las partes a oír sentencia, donde a diferencia del primero el perjuicio no resulta tan evidente, según expondremos.

4.2.1 El emplazamiento como trámite esencial

El emplazamiento se regula como trámite esencial en los artículos 795 N° 1 y 800 N° 1 y es causal de casación en la forma de acuerdo a la remisión que hace el artículo 768 N° 9 del CPC. El emplazamiento es una consagración del principio de bilateralidad de la audiencia, es decir, la posibilidad de ser debidamente llamado a la presencia del tribunal para hacer valer las respectivas alegaciones, siendo un presupuesto procesal fundamental¹³⁴. El requisito denominado comúnmente como notificación válida, se justifica por el hecho que el proceso no sería justo si se desarrolla sin que la parte respectiva tenga la oportunidad de participar en aquel y de ser oído (*auditur et altera pars*). Esto con el objetivo de asegurar la existencia de una relación procesal válida, indicando como fundamento esencial la necesidad de su notificación en la forma reglada y con observancia de todas las demás exigencias¹³⁵.

El derecho a ser oído tiene expreso reconocimiento constitucional, constituyendo un elemento del debido proceso toda vez que corresponderá al legislador establecer las garantías de un procedimiento y una investigación racional y justa¹³⁶. Como explica PALOMO, uno de los derechos básicos garantizados por el debido proceso es el derecho a ser oído y, por tanto, tener la oportunidad de influir en la conformación de los actos del procedimiento y, específicamente, en la dictación de la sentencia. Lo anterior se puede hacer solamente cuando se asegura el debido contradictorio entre las partes en discusión mediante notificación de los distintos actos procesales y, en especial, de la demanda, constituyéndolo un requisito de validez esencial¹³⁷.

¹³⁴ Ídem, p. 310.

¹³⁵ CARRASCO POBLETE, J.: *La nulidad procesal como...*, p. 344.

¹³⁶ EVANS DE LA CUADRA, E.: *Los derechos constitucionales*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986, p. 29.

¹³⁷ PALOMO VÉLEZ, D.: *La Casación y el Recurso de Casación en la Forma...*, p. 243.

El objeto del emplazamiento es poner en conocimiento del demandado la existencia del proceso en el que va implícito el ofrecimiento de comparecer y de contestar la demanda interpuesta en el plazo que se le señale¹³⁸.

BORDALÍ señala que “cuando se hace referencia al debido proceso en nuestra Constitución, nos encontramos con una cláusula de contenido indeterminado que debe ser colmada por el legislador o por los tribunales de justicia. La Comisión de Estudio de una Nueva Constitución (...), en sus sesiones 101 a 103, dejó claro que este derecho fundamental se refería a garantías tales como el emplazamiento de las partes, el examen y objeción de la prueba rendida, la existencia de recursos procesales, la fundamentación de las sentencias, etcétera, enumeración que tiene un mero sentido ejemplar, puesto que el objetivo de la cláusula 'racional y justo procedimiento' era el concebir un principio de carácter constitucional que debía ser determinado en cada caso concreto por aquellos órganos competentes para realizar esa labor”¹³⁹.

Es debido a esto que es considerada como base fundamental del debido proceso y al porqué de que el legislador lo haya elevado a la categoría de trámite o diligencia esencial, sin perjuicio del incidente por falta de emplazamiento del artículo 80 del CPC que hemos visto. El perjuicio contenido en esta causal es patente, se trata del juego entre el derecho de defensa y el derecho a ser oído en el juicio, pero aun así el análisis del perjuicio es necesario, ya que aunque el perjuicio pueda ser claro, para cumplir con el estándar de validez se debe analizar en el caso en concreto.

4.2.2 Llamado a conciliación y citación a las partes a oír a sentencia como trámite esencial

Respecto a los trámites esenciales consistentes en el llamado a conciliación obligatorio cuando corresponda y la citación para oír sentencia definitiva en los casos que corresponda, CARRASCO señala que estas hipótesis se refieren a ciertos trámites que la ley ha considerado esenciales para la ritualidad del juicio. Constituyen diligencias que la ley ha elevado a un

¹³⁸ DAMIÁN MORENO, J.: *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, t. II, Artículo 404, en LORCA NAVARRETE, A. (director), edit. Lex Noa, Valladolid, 2º edic., 2000, p. 2087.

¹³⁹ BORDALÍ SALAMANCA, A.: *Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial*, Revista Chilena de Derecho, vol. 38, 2011, N° 2, p. 320.

cierto nivel de importancia, cuya omisión o infracción otorga la posibilidad a las partes de impetrar este medio de impugnación¹⁴⁰.

La conciliación, según el artículo 262 del CPC, se trata de un acuerdo judicial entre las partes que se alcanza sobre bases de acuerdo que propone el juez que está conociendo del asunto y que pone término total o parcial al litigio. La ley señala que debe actuar como amigable componedor. La conciliación como trámite esencial fue agregada por la Ley N° 19.334, de fecha 07 de octubre de 1994.

La citación de las partes a oír sentencia se produce una vez vencido el plazo de diez días para realizar las observaciones a la prueba, se hayan presentado o no, y existan o no diligencias pendientes.

TAVOLARI señala que “la omisión del llamado a conciliación constituye un motivo de invalidación del fallo que pondrá a prueba la limitación del recurso de casación en la forma constituida por la exigencia del perjuicio, que contempla el art. 768 en su inciso penúltimo. En efecto ¿cómo determina que la circunstancia de no haberse llamado a conciliación “perjudica”, en términos procesales, al recurrente de casación? Aventuro la idea que, en la hipótesis debe entenderse producido el perjuicio de pleno Derecho (...)”¹⁴¹

Resulta complejo realizar el análisis del perjuicio en estos casos, debido a la opción adoptada por el legislador nos parece erróneo sostener que aquí operaría un “perjuicio de pleno derecho”. El recurrente debe demostrar que los vicios en cuestión generan un perjuicio que solamente puede ser remediado con la invalidación del fallo. El vicio está presente, se reconoce como causal de casación en la forma su sola omisión, pero no puede señalarse que este genere un perjuicio¹⁴².

Los trámites esenciales, en mayor o en menor medida, apuntan a resguardar los derechos y garantías de las partes para, de alguna manera, evitar una indefensión, entendida esta como

¹⁴⁰ CARRASCO POBLETE, J.: *La nulidad procesal como...*, p. 346.

¹⁴¹ TAVOLARI OLIVEROS, R.: *Nuevo Régimen de los recursos...*, p. 57

¹⁴² CARRASCO POBLETE, J.: *La nulidad procesal como...*, p. 391.

el impedir a la parte ejercer su derecho de defensa, tanto en el aspecto de alegar y demostrar como en el de conocer y rebatir un proceso concreto¹⁴³.

Siguiendo la lógica de la nulidad, ésta debe estar en concordancia con los principios rectores de ella, por lo que no es coherente que frente a la omisión del llamado a conciliación se deba invalidar el procedimiento, siendo que el mismo artículo 262 del CPC señala “el precedente llamado a conciliación no obsta a que el juez pueda, en cualquier estado de la causa, efectuar la misma convocatoria, una vez evacuado el trámite de contestación de la demanda”, facultando expresamente a realizar el llamado en cualquier estado de la causa, por lo que no debe anularse si es que se puede subsanar de otro modo, como por ejemplo realizando la conciliación que se omitió.

Respecto a este punto, resulta dudoso que el fundamento de los trámites esenciales sea la protección de los derechos y garantías de las partes. Lo que es claro es que nuestro código adoptó una opción antiformalista al regular la nulidad, al establecer en el artículo 83 del CPC el estándar del perjuicio como parámetro para la invalidez de los actos.

Como señala GORIGOITÍA “la cuestión es determinar en qué casos basta la constatación de la infracción legal, sin necesidad de que exista perjuicio, para determinar que el acto es inválido y, por lo tanto, susceptible de ser anulado. Una respuesta puramente exegética debiese llevar a concluir que no se requiere perjuicio sólo en aquellos casos en los que hay disposición legal expresa, porque así lo dispone el artículo 83 CPC. Si se pone la mirada en la casación habría que tener presente que todas las causales del artículo 768 requieren de este elemento para su determinación, pues su inciso tercero no hace exclusión alguna en este punto”¹⁴⁴.

Surge un problema práctico en relación a que el estándar exigido, tanto por los artículos 83 como por el 768 inciso III del CPC, resulta contrario a algunas de las causales establecidas por el artículo 768 del CPC, en especial en lo referente a los denominados trámites esenciales. ¿Es compatible con el perjuicio la omisión del llamado de conciliación o del trámite de citar a las partes a oír sentencia? no se puede vislumbrar el cómo estas cosas

¹⁴³ MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J.: *Tratado de recursos en el proceso civil*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 100.

¹⁴⁴ GORIGOITÍA ABBOTT, F.: *El perjuicio reparable...*, p. 596.

convergen en una misma dirección, más bien expone vestigios formalistas en nuestro código.

En el artículo 768 n° 9 del CPC se establece que “procede el recurso de casación cuando falte un trámite o diligencia declarados esenciales por la ley”, dejando de esta manera al ordenamiento procesal la posibilidad de que otras leyes dispusieran para algún procedimiento en particular algún trámite esencial no dispuesto en el CPC, en cuyo caso, también sería posible solicitar la declaración de nulidad de la sentencia a través de esta vía¹⁴⁵. Considerando lo anteriormente dicho, esta solución establecida por el legislador puede parecer a priori correcta, pero sigue sin solucionar el problema de incongruencia en el propio artículo 768 del CPC en relación al perjuicio.

Compartimos la idea de CARRASCO, en orden a que la valoración del juez en caso de que se impetre la casación en la forma es, por una parte, comprobar la existencia de alguna de las causales que hacen procedente el recurso y, además, que las infracciones denunciadas generen un perjuicio que sólo puede remediarse con la invalidación de la sentencia que influyan sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en cuyo caso tales irregularidades o vicios deberán considerarse de carácter invalidante, debiendo acogerse el recurso entablado, disponer el reenvío de los autos al tribunal que corresponda o dictar sentencia de remplazo, según lo dispuesto por el artículo 768 del CPC¹⁴⁶ que está en concordancia con lo señalado por el artículo 83 del mismo cuerpo legal.

Por lo tanto, ante la omisión del llamado a conciliación ¿procede la invalidación del procedimiento? Consideramos que no, puesto que en este caso no existe un perjuicio reparable sólo por la declaración de nulidad porque se puede subsanar llamando a conciliación.

Respecto a la citación a las partes a oír sentencia debemos preguntarnos ¿su omisión acarrea nulidad? ¿hubiese sido distinto el fallo si se hubiese citado a las partes a oír sentencia? No, entonces, no hay nulidad. Que sea considerado un trámite esencial tiene una explicación histórica, en el CPC original no se exigía para que prosperara el recurso el requisito de perjuicio ni tampoco el de relevancia de la infracción en relación a lo decidido

¹⁴⁵ CARRASCO POBLETE, J.: *La nulidad procesal...*, p. 348.

¹⁴⁶ Ídem, p. 395.

en la sentencia. Estas exigencias fueron incorporada por la Ley N° 7.760, cuyo artículo 1° agregó al artículo 942 del CPC de esa época el actual inciso III del 768 del CPC. “De esta manera el legislador aumentó las exigencias que deben cumplirse para que el recurso de casación en la forma sea acogido, pero al parecer olvidó analizar las exigencias que estaba incorporando nuestra legislación en relación con la posibilidad efectiva de su cumplimiento respecto de cada una de las causales que hacen procedente el recurso”¹⁴⁷. Así, la discordancia de este trámite se explica por tener su origen en una concepción formalista de la nulidad que no se aviene con la tendencia antiformalista del perjuicio.

4.3. Casación en la forma de oficio

MOSQUERO Y MATURANA señalan que “el legislador ha comprendido que el juez no es un mero observador en el proceso y por ello puede realizar actuaciones judiciales de oficio, sea invalidando actos o enmendando el procedimiento cuando aparezca necesario. El recurso de casación en la forma de oficio es la facultad otorgada fundamentalmente a los tribunales superiores de justicia para declarar la invalidez de una sentencia por las causales establecidas por la ley para el recurso de casación en la forma, sin que sea necesario haber interpuesto ese acto jurídico procesal por una de las partes (...)”¹⁴⁸.

Se encuentra regulado en el artículo 775 del CPC y en virtud de ella, en palabras de FIGUEROA Y MORGADO, “el tribunal que sería el llamado a conocer del recurso de casación en la forma contra una sentencia, no obstante no haberse recurrido de casación o haberse recurrido en virtud de un recurso inadmisibles, o conociendo de la cuestión por la vía de otro recurso o incluso por vía de consulta, pueda casar de oficio”¹⁴⁹.

Se señala que su fundamento radica en el respeto que debe existir por el debido proceso, sin el cual no podríamos estar frente a un racional y justo procedimiento¹⁵⁰. Se requiere la existencia de un vicio que autorice la casación en la forma, que puede ser cualquiera de las causales del artículo 768 del CPC, pero respecto de la causal n° 5, el artículo 775 inciso II señala “*Si el defecto que se advierte es la omisión del fallo sobre alguna acción o*

¹⁴⁷ Ídem, p. 393.

¹⁴⁸ MOSQUEIRA RUIZ, M. Y MATURANA MIQUEL, C.: *Los recursos procesales...*, p. 579.

¹⁴⁹ FIGUEROA YÁVAR, J. y MORGADO SAN MARTÍN, É.: *Recursos Procesales Civiles...*, p. 140

¹⁵⁰ PALOMO VÉLEZ, D.: *La casación y...*, p. 290.

excepción que se haya hecho valer en el juicio, el Tribunal superior podrá limitarse a ordenar al de la causa que complete la sentencia, dictando resolución sobre el punto omitido, y entre tanto suspenderá el fallo del recurso". La diferencia radica en que tiene que cumplirse un requisito especial, consistente en que la causal en que se funda la casación en la forma de oficio debe aparecer de manifiesto en el asunto por expresa disposición del artículo 775 inciso I del CPC.

El análisis de la exigencia del perjuicio procede también en esta figura, por ser el estándar del artículo 83 de CPC uno general aplicable a todo el sistema de nulidad, el juzgador que advierta la presencia de un vicio de la casación en la forma deberá examinar el caso concreto para determinar la presencia de éste y así la procedencia o no de la nulidad, en atención a las consideraciones que hicimos en cada una de las causales analizadas.

Sin perjuicio de lo anterior, lo más relevante en la casación de oficio no será la consideración al perjuicio, que no deja de estar presente nunca en la nulidad, sino la interacción que se da entre ésta y otras vías para corregir la irregularidad, en especial en lo que se refiere a la posibilidad de convalidación por las partes. La convalidación, como señalamos en el primer capítulo, es la renuncia expresa o tácita del que está legitimado para alegar la invalidez del acto, se convierte, por tanto, en un acto válido a pesar de su irregularidad. Al respecto TAVOLARI señala que *"el ejemplo más elocuente es el de la nulidad saneable – con el agregado que tiene explícita solución positiva, traducida en la llamada "prórroga tácita de competencia" – si una sentencia se dicta por un tribunal relativamente incompetente y nadie reclama de tal hecho ¿podría el tribunal superior, de oficio, invalidar lo obrado por tal motivo? La negativa se impone y parece pacífica, por la explícita solución legal que el asunto exhibe"*¹⁵¹. Entonces, la pregunta que surge es ¿procede la casación de oficio si la partes convalidaron el acto? Consideramos que no, que el acto pasa a ser válido y sólo cabría respecto de aquellos actos no convalidables y siempre que se realice respecto de ellos el análisis del perjuicio.

¹⁵¹ TAVOLARI OLIVEROS, R.: *El recurso de casación...*, p. 81.

Conclusiones

1. La nulidad es una técnica procesal que sirve para hacer ineficaces determinados actos del órgano jurisdiccional que son inválidos, determinada por el objeto de protección que cada ordenamiento le asigne en atención a la gravedad de los efectos del acto y también respecto de actos que el legislador establece como automáticamente inválidos sin importar la gravedad de sus efectos. Con todo, no todo acto inválido terminará siendo ineficaz ya que existen dos técnicas que buscan sanear la invalidez: la convalidación y la subsanación.
2. El principio de trascendencia determina que no todo defecto genera invalidez sino que se debe analizar la gravedad del mismo. En nuestro ordenamiento esto está recogido en el artículo 83 del CPC que señala que “(...) se puede alegar la nulidad cuando existe un vicio que irroge a las partes un perjuicio solo reparable con la declaración de nulidad”. Esta es una opción antiformalista de regular la nulidad procesal que concuerda con la noción de que no procede su declaración por razones meramente formales.
3. El perjuicio debe entenderse como una afectación a los derechos y garantías de las partes, siendo un interés eminentemente privado, circunstancia que debe explicitarse y considerarse. Además, para que proceda la nulidad el perjuicio sólo debe ser reparable por esa vía, si existe cualquier otra alternativa para repararlo se deberá preferir por sobre ésta.
4. Nuestro sistema de nulidad procesal es un sistema híbrido, en el que se establecen dos hipótesis de procedencia según dispone el artículo 83 del CPC: i) en los casos en que la ley expresamente lo disponga; y ii) en todos aquellos casos en que exista un vicio que irroge a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad. La primera hipótesis corresponde a causales específicas de nulidad, mientras que la segunda es una causal genérica que otorga flexibilidad al sistema.
5. Una expresión de la primera hipótesis que contempla el artículo 83 del CPC son las llamadas nulidades sin vicio que son aquellas que la ley señala expresamente independiente de la existencia de vicio o no en ellas. Dentro de éstas de manera indiscutida se reconocen la nulidad por fuerza mayor y la nulidad por falta de emplazamiento que son situaciones en que en la mayoría de los casos existirá un

perjuicio, pero no siempre será reparable solo con la declaración de nulidad y de no ser así deberá preferirse otra vía.

6. Una segunda expresión son los casos en que la ley prevé expresamente la nulidad, donde no se exige hacer un análisis en torno a la exigencia de perjuicio porque lo que se busca proteger en ellos son intereses que exceden a los derechos y garantías de las partes como, por ejemplo, la adecuada distribución de las cargas de trabajo o el respeto a normas de orden público que buscan resguardar la autenticidad de determinadas actuaciones en el proceso.
7. La casación en la forma es una manera de impetrar la nulidad procesal que tiene una especial relación con el perjuicio, ya que legislador en el inciso III del artículo 768 señala como exigencias a la procedencia del recurso que el recurrente haya sufrido un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo o que el vicio haya influido en lo dispositivo del mismo. La casación original no contemplaba el criterio del perjuicio ni la influencia sustancial en lo dispositivo para el fallo para la procedencia del recurso, esto fue introducido por la Ley N° 7.760 del año 1944, de manera tal que en la actualidad coexisten en este recurso, una visión intrínseca de la nulidad representada en el principio de especificidad y una extrínseca a partir del principio de trascendencia, lo que da lugar a que en determinadas situaciones prácticas la configuración de las causales haga imposible el cumplimiento de ambos requisitos.
8. Dentro de las causales de casación en la forma es posible identificar algunas que tienen como fundamento cuestiones que exceden a los intereses de las partes, no encontrándose exclusivamente justificadas en el perjuicio como, por ejemplo, la de incompetencia, las implicancias o las normas reguladoras de acuerdos en los tribunales colegiados. En estos casos se produce una discordancia en relación al sistema elegido por el legislador para regular la nulidad, existiendo, por un lado, una opción formalista, mientras que por otro el estándar del perjuicio. Si el legislador quiere regular la nulidad en estos casos porque hay una protección a intereses más allá de los privados debe hacerlo como nulidades expresas y no cómo causales de un recurso que tiene como exigencia el perjuicio. En el sistema actual de la nulidad se configuran como casos de nulidades sin perjuicio.

9. Existen causales de la casación en la forma cuyo fundamento descansa precisamente en el perjuicio que éstas pueden irrogar a los derechos y garantías de las partes, por ejemplo, los casos de ultrapetita, la cosa juzgada, la omisión de los requisitos de la sentencia definitiva, entre otros.
10. En relación a la regulación de los trámites esenciales se debe señalar, primero, que es una opción legislativa la determinación de cada uno de ellos, segundo que la regulación de ellos como causal de casación en la forma hace procedente que se aplique el sistema de nulidad de nuestro ordenamiento que se funda en el estándar del perjuicio con la aplicación del principio de trascendencia y, finalmente, que existe una discordancia en cuanto se regula como esenciales determinados actos en los que parece difícil identificar un perjuicio reparable solo con la declaración de nulidad como ocurre con la conciliación o la citación de las partes a oír sentencia.
11. Por lo tanto, la valoración que el juez debe hacer en la casación en la forma consiste en determinar la existencia de la causal y que la infracción genere un perjuicio reparable solo con la declaración de nulidad, pues la nulidad debe ser el único medio para poder reparar el perjuicio.
12. En definitiva, en nuestro sistema procesal civil existen las nulidades sin perjuicio que son aquellos casos en que para la procedencia de la nulidad no es relevante la existencia de perjuicio. Identificamos, primero, aquellos casos en que la ley expresamente dispone la nulidad y, segundo, aquellos casos en que la nulidad protege cuestiones que exceden a los derechos y garantías de las partes.

Bibliografía

ALSINA, H., *Las nulidades en el proceso civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1958.

ARAZI ROLAND – FENOCHIETTO, C.: *Manual de derecho procesal*, Buenos Aires, La Ley, 1966.

ANDRÉS CIURANA, B.: *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

BARAONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional I Parte General*, 17ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

BELADIEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994.

BORDALÍ SALAMANCA, A.: *Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial*, Revista Chilena de Derecho, vol. 38, 2011, N° 2.

BORDALÍ SALAMANCA, A. y PALOMO VÉLEZ, D.: *Proceso Civil: Los recursos y otros medios de impugnación*, CORTEZ MATCOVICH, G. (Coordinador), Legal Publishing, Santiago, 2016.

CARRASCO POBLETE, J.: *La nulidad procesal como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el derecho procesal chileno*, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 18 n° 1, 2011.

CARRASCO POBLETE, J.: *La nulidad como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el Código de Procedimiento Civil chileno*, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, dirigida por Alejandro Romero Seguel, Universidad de Los Andes, Santiago, 2012.

CASARINO VITERBO, M.: *Manual de Derecho Procesal*, t. IV, 5ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

CASARINO VITERBO, M.: *Manual de Derecho Procesal Civil*, t. III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

COLOMBO CAMPBELL, J.: *Los actos procesales*, Editorial Jurídica de Chile, t. II, Santiago, 1997.

COUTURE, EDUARDO, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Editorial B y F, 4ª Ed., Buenos Aires, 2011.

DAMIÁN MORENO, J.: *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, t. II, Artículo 404, en LORCA NAVARRETE, A. (director), edit. Lex Noa, Valladolid, 2º edic., 2000.

DE OLIVA SANTOS, A., DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J.: *Derecho Procesal: Introducción*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A, Madrid, 2009.

EVANS DE LA CUADRA, E.: *Los derechos constitucionales*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986.

FIGUEROA YÁVAR, J. Y MORGADO SAN MARTIN, É.: *Recursos procesales civiles y cosa juzgada*, Legal Publishing, Santiago, 2014.

GORIGOITÍA ABBOTT, F.: *Irregularidad, invalidez e ineficacia en el contexto de la nulidad procesal*, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 20 n° 1, 2013.

GORIGOITÍA ABBOTT, F.: *El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XL (primer semestre de 2013, Valparaíso, Chile.

HERNÁNDEZ GALILEA, J.: *La nueva regulación de la nulidad procesal. El sistema de ineficacia de la LOPJ*, Editorial Forum, Barcelona, 1995.

JOFRÉ, TOMÁS: *Manual de procedimiento (civil y penal)*, 5º ed., actualizada por I.HALPERIN, Buenos Aires, La Ley, 1941.

LÓPEZ GANDÍA, J.: *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

LOYOLA GONZÁLEZ, E.: *Los incidentes de nulidad*, Editorial Jurídica La Ley, Santiago, 2001.

MATURANA MIQUEL, C.: *Los recursos del Código de Procedimiento Civil en la Doctrina y Jurisprudencia*, t. I, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2015.

MAURINO, A.: *Nulidades Procesales*, Editorial Astrea, 2º edición, 1º reimpresión, Buenos Aires, 2001.

MOLINA DE CAMINAL, M.: *Nulidades en el proceso civil*, 1º Edición, Editorial Advocatus, Córdoba, 2007.

MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J.: *Tratado de recursos en el proceso civil*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MOSQUERA RUIZ, M. Y MATURANA MIQUEL, C.: *Los Recursos Procesales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.

NIETO GARCÍA, A.: *Estudio Preliminar de Validez y eficacia de los actos administrativos*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994.

NÚÑEZ OJEDA, R.: *La imparcialidad objetiva del juzgador penal y el principio acusatorio (el caso español)*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, N° 1-1998, enero 1998.

NÚÑEZ OJEDA, R. Y PÉREZ RAGONE, Á.: *Manual de Derecho Procesal Civil. Los Medios de Impugnación*, Thomson Reuters, Santiago, 2015.

ORBEG YAÑEZ, H. Y MANSO VILLALÓN, M.: *Recursos Procesales Civiles*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2006.

ORTELLS RAMOS, M.: *Derecho Procesal Civil*, 9° edición, Ed. Arazandi, Navarra, 2009.

OTERO LATHROP, M.: *La Nulidad Procesal Civil, Penal y de Derecho Público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.

PALACIO LINO, E.: *Derecho procesal civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977.

PODETTI, J., R.: *Tratado de los actos procesales*, Ediar, Buenos Aires, 1955.

RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, 8ª edición, Atelier, Barcelona, 2010.

REDENTI, E.: *Derecho Procesal Civil*, Ediar, Buenos Aires, 1977.

RICHARD GOZÁLEZ, M.: *Tratamiento Procesal de la Nulidad de Actuaciones*, Editorial Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008.

ROCCO, U.: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Editorial Temis –Depalma, Buenos Aires, 1970.

ROMERO SEGUEL, A.: *Curso de Derecho Procesal Civil*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.

ROMERO SEGUEL, A.: *Curso de derecho procesal civil. Los presupuestos procesales*, t. III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.

SALAS VIVALDI, J.: *Los principios de especificidad, convalidación, trascendencia y extensión de la nulidad procesa en la legislación chilena*. Revista de Derecho de Universidad de Concepción, N° 151-152 año XXXVIII, En-Jun, 1970.

SALAS VIVALDI, J.: *Los incidentes: y en especial el de nulidad en el proceso civil, penal y laboral*, 7° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994.

STOEHREL MAES, C.: *De las disposiciones comunes a todo procedimiento y de los incidentes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.

TAVOLARI OLIVEROS, R.: *Recursos de Casación y de Queja*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1996.

TAVOLARI OLIVEROS, R.: *La nulidad procesal en el derecho actual en Derecho en acción*, Editorial Libromar, Santiago, 2000.