

La nulidad formal de la sentencia civil

Estudio en homenaje a la memoria
de don Eleodoro Ortiz Sepúlveda

Mario Rojas Sepúlveda

Profesor de Derecho Procesal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Dedicatoria

La vivencia iniciada cuando el Consejo Editorial de la Revista *Actualidad Jurídica* de la Universidad del Desarrollo me comitió realizar un homenaje a la memoria de don Eleodoro Ortiz Sepúlveda no me será olvidada: la sucesión de nítidos recuerdos de una relación que fue tan cercana como lo permitía la reverente distancia motivada por mi admiración a su personalidad invadió el regreso desde Santiago –lugar en que mi maestro culminó su carrera judicial presidiendo la Sala Civil de la Corte Suprema– hasta la vista aérea de nuestra ciudad de Concepción, que es asiento de la Corte de Apelaciones en que impartió justicia durante veinticinco años, a la vez que formaba a otras tantas generaciones en su Barrio Universitario.

Recuerdo la tarde de marzo del año 1983 en que asistí a la primera clase del profesor Ortiz; ingresó puntualmente a la sala y caminó al estrado con el paso firme y seguro que le era propio; portaba unos apuntes que no leía, porque su ejercicio de la cátedra era nutrido por un dominio profundo y acabado de conceptos, normas e interpretaciones y por una memoria que el foro reconoció como prodigiosa; sus exposiciones eran precisas y elocuentes y sus enseñanzas evidenciaban la amplia formación jurídica que traía causa del estudio de las obras clásicas de esos juristas insignes que fueron Couture, Calamandrei y Carnelutti, que con tantas luces aportaron a la meta –nunca alcanzada en plenitud– de un proceso jurisdiccional justo.

Fue durante ese trienio que don Eleodoro recibió uno de los más altos honores que su alma mater confiere a un profesor de derecho: pronunció la clase inaugural del año académico en ese Auditorium de formas solemnes, clásicas y sobrias que es el de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. Es posible que los alumnos que en esa promoción de 1985 iniciaban la carrera jurídica todavía recuerden la motivadora invitación que les hizo don Eleodoro: “me ha parecido oportuno aprovechar la presencia de los alumnos que recién empiezan sus estudios de Derecho para referirme a un tema de permanente actualidad y vigencia: la moralización del proceso civil; con el propósito de despertar sus juveniles inquietudes e incitarlos a una reflexión seria y metódica sobre el tema y a pesar la responsabilidad que como futuros abogados les cabrá en la tarea de hacer imperar el principio de la buena fe en el desenvolvimiento del proceso”; y quizás les haya acompañado en el ejercicio profesional otra de las paradigmáticas frases pronunciadas en esa inolvidable jornada: “no basta con transformar reglas morales en normas jurídicas para obtener su incondicional acatamiento; es necesario, además, golpear a las puertas de las conciencias de las personas para conseguir efectivamente su acogida, porque –como dice Couture– no dejaría de ser una peligrosa ilusión la de creer que la reforma de tales o cuales artículos de la ley habrá de cambiar el espíritu de los hombres”. Eso hacía el profesor Ortiz: golpeaba a las puertas de nuestras conciencias; la sujeción a la *bonae fidei* –que es encarecida desde los tiempos de pretores y jueces romanos– era para él un principio inescindible al derecho, a la vez que ineludible al sano ejercicio de la profesión jurídica que cautiva a tantos abogados que cotidianamente la ejercemos con esmero y –por qué no expresarlo– también con pasión.

No era pura declamación, sino vivencia concreta en las audiencias judiciales. En ejercicio forense, alegué varias veces en salas integradas por don Eleodoro, tanto en la Corte de Apelaciones de Concepción como en la Corte Suprema y puedo dar fe de su especial celo frente a las cuestiones procesales y sustantivas conectadas con el uso legítimo de las instituciones jurídicas, que él consideraba decisivas en la causa, ante cuyo surgimiento en alegatos observaba concentradamente a los letrados dicentes y luego levantaba la vista hacia el cielo de la sala, exhibiendo una actitud de profunda reflexión, para, tras unos segundos, retornar la atención en las exposiciones orales. Lo sentí y lo percibí muchas veces; verbigracia, tanto al obtener cuando alegué en patrocinio de una cónyuge desvalida cuyas pensiones alimenticias habían sido obviadas por un marido conocidamente pudiente –pero especialmente poderoso– que había empleado los más variados artilugios fácticos y legales para eludir el pago durante casi diez años; como al perder cuando alegué en patrocinio de un deudor hipotecario que aparecía empleando sutilezas legales para embarazar la ejecución de la garantía.

Más allá de mi experiencia como abogado litigante ante el magistrado Ortiz, la bibliografía da cuenta del modo en que él entendía la labor judicial al valorar –en conocida obra de nuestro Decano– su voto disidente a un fallo de la Corte Suprema que rechazó un recurso de queja interpuesto contra jueces de la Corte de Apelaciones de Santiago; el ministro Ortiz fue partidario de acoger el arbitrio disciplinario y hacer lugar a la demanda reparatoria deducida –en contra de un banco– por el adjudicatario de un inmueble en juicio ejecutivo que, después de haber consignado el precio del remate, vio injustamente postergado el goce y disposición de lo que legítimamente había adquirido por la tramitación de incidencias dilatorias injustificadamente planteadas por el ejecutante; don Eleodoro estimó que “la actuación del banco demandado, ejecutante en el juicio ejecutivo, excedió los límites razonables de ejercicio de las normas procesales, ejerciendo sus derechos de un modo impropio y causando perjuicios evidentes a la sociedad demandante”; la suya era palabra académica y obra judicial concreta y coherente, porque era la consecuente conducta del mismo jurista que, en su clase inaugural de 1985 en la Universidad de Concepción, había dicho ante los jóvenes estudiantes que le oíamos que no debe preterirse que moral y derecho “coinciden en una amplia zona común”.

Al ministro Ortiz le correspondió ejercer jurisdicción en una época compleja de nuestro país, pero la abordó como se espera de un juez y en particular de uno cuya formación se encontraba en la lectura atenta de los procesalistas europeos que habían vivido la tremenda experiencia de los padecimientos de esos enormes desastres que fueron las guerras del siglo pasado, en que millones de seres humanos se exterminaron recíprocamente. Recuerdo con claridad uno de los días en que yo era estudiante de Derecho de la Universidad de Concepción y –probablemente en el año 1986– me impresionó la lectura –en esa gran biblioteca del segundo piso de la Facultad– del discurso con que Piero Calamandrei inauguró, el 30 de septiembre de 1950, el Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil celebrado en Florencia. Concurrí a compartir esta experiencia vital –la lectura de una obra del espíritu humano es una experiencia vital fecunda– con don Eleodoro en esa oficina suya desde la que se observaba a pocos metros el símbolo académico que es el campanil universitario. Conversamos detenidamente acerca del doble lamento del maestro italiano que había expuesto en esa ocasión, evidentemente angustiado, tanto acerca del remedo procesal en que –guardándose no obstante la ritualidad– se había transformado el juicio durante el predominio autocrático, como sobre la posterior época en que –pese a que parecía llegada la hora de la justicia– ocurrieron represalias y venganzas, puesto que, para desahogar el odio y el desdén incubado bajo el dolor, “la pasión política que siempre se había enseñado que debía permanecer fuera de las salas de justicia se ha servido para sus fines de los esquemas y de la esgrima del juicio y de la sentencia y parece que los haya deformado y corrompido para siempre”.

Con don Eleodoro –como lo expresó con viva y explicable emoción la relatora Loreto Gutiérrez al despedirlo para siempre– “se ha ido uno de los grandes del Poder Judicial, un juez de verdad”, uno que ejercía constantemente lo que el filósofo francés Ricoeur llama la “autonomía responsable”: la capacidad de la persona “de hacer lo que cree que debe hacer” en las coyunturas éticas concretas.

¿Cómo podía cumplir con el encargo –uno de los mayores honores que me han sido dispensados– del Consejo Editorial de rendir homenaje a quien fuera mi maestro de Derecho? Esta inquietud me afectó por algunas semanas hasta que experimenté dos recuerdos que consiguieron que la duda me abandonara. Primero, que en concepto del profesor Ortiz, la casación formal era la epopeya de la disciplina que le cautivaba: el derecho procesal; y, segundo, que el ministro Ortiz contribuyó por largos años a diseñar –desde la Sala Civil– la praxis actual de la Corte Suprema en la aplicación del instituto, cuyo concreto análisis reservo para un segundo trabajo que será la natural continuación de estas líneas. El estudio que sigue a esta dedicatoria es, pues, el más sentido y profundo homenaje que puedo rendir al profesor y al ministro de quien tanto aprendí: es invocándolo a él que expongo una visión institucional de la nulidad formal de la sentencia civil; y, como soy de aquellos que creemos que el nacimiento y la muerte no son más que unas alteraciones físicas que carecen de significación en la vida eterna del maestro fundamental –dueño y señor definitivo de nuestras alegrías y penas–, voy a escribir estas líneas sintiendo que, pese a que en una tarde de fuertes vientos y copiosa lluvia despedimos sus restos físicos en su querida ciudad de Arauco, don Eleodoro estará junto a nosotros revisando estos conceptos y argumentos con esa visión rápida, precisa y fluida, que le distinguió como el más preclaro de los jueces que he conocido, disfrutando de una discusión científica que –para ser tal– no conoce dogmas ni prejuicios; agradezco pues el placer inigualable de haber vivido unas jornadas de esforzado estudio en que he sentido junto a mí la constante presencia del apreciado y admirado jurista al que dedico este emocionado –aunque humilde– homenaje académico.

II. Antecedentes de la nulidad formal de las sentencias civiles en el derecho histórico

II.1. En el derecho romano clásico, la sentencia que padece de grave error *in procedendo* adolece de inexistencia jurídica, que puede constatarse por medio de acción de mera declaración de certeza negativa y por vía de *exceptio* ante *actio iudicati*.

El instituto impugnativo de la casación formal encuentra antecedente en el derecho romano clásico, circunstancia que demuestra que los antiguos juristas concebían y garantizaban el derecho al debido proceso, vedando los efectos de situaciones de arbitrariedad en el procedimiento en que debe cimentarse el juzgamiento; las reglas procesales tienen la finalidad de contribuir al aseguramiento de la racionalidad de la decisión de juzgamiento y es por ello que su infracción –el error *in procedendo*– es índice de ausencia de esas exigencias en el dictamen jurisdiccional.

Como ocurre en nuestros tiempos, la sentencia judicial declarativa de condena configuraba un título ejecutivo que –en el procedimiento formulario– originaba la *actio iudicati*, destinada a la ejecución coactiva; pero el ejecutado podía esgrimir la nulidad de la sentencia del *iudex* mediante la *infinitio iudicati* negando valor jurídico de sentencia judicial –pese a su apariencia– al acto material que contra él se hacía valer, sobre la base de graves vicios de orden procesal: (i) la invalidez de la fórmula diseñada por el magistrado y dirigida al *iudex*; (ii) el exceso del *iudex* respecto de los límites de la fórmula en que el juzgamiento tenía base necesaria; (iii) la omisión de decisión clara y completa acerca del asunto controvertido; (iv) la dictación del fallo en época inhábil; (v) la omisión de convocatoria a oír el fallo en lugar al que las partes pudieren concurrir sin grave molestia; y (vi) la omisión de pronunciamiento verbal de la sentencia ante las partes concurrentes. No era menester que el afectado esperara a que quien había obtenido pretendiera servirse del fallo: podía también demandar su nulidad a través de una acción declarativa de certeza negativa, para lograr una definición útil para despejar toda duda, mediante la *revocatio in duplum*. Adicionalmente, podía hacerse valer en vía principal una modalidad de *restitutio in integrum* para la nulidad de la sentencia basada en una fórmula del pretor que hubiere omitido, por ejemplo, ciertas excepciones perentorias.

En síntesis, en Roma, al menos desde la época del procedimiento formulario, una sentencia que adolecía de defecto procesal grave era una sentencia absolutamente ineficaz; no cabía fundar en ella la *actio iudicati* ni era base

de *rei iudicata*;¹ estas soluciones procesales intencionalmente garantísticas se mantuvieron en la época de las *extraordinariae cognitiones* del procedimiento justinianeo.²

La semejanza sustantiva de los institutos romanos de la *infinitio iudicati*, la *revocatio in duplum* y la *restitutio in integrum*, con el recurso de casación en la forma del derecho moderno, es evidente en lo que es esencial, puesto que el objeto jurídico de aquéllos era hacer imperar la nulidad del fallo judicial, en tanto que la finalidad de éste es la misma: “invalidar una sentencia”, reza el artículo 764 del CPC, concepto que es reiterado en el artículo 786, que establece el estatuto de la sentencia de nulidad formal; no se trata de revisar el fallo en segundo grado, sino de eliminarlo de la realidad jurídica concreta; como expresaban los juristas romanos con esa claridad conceptual que merece elogio perpetuo: “recordemos que si se cuestiona sobre si se ha juzgado o no y el juez de esta cuestión hubiere pronunciado que no se ha juzgado, se rescinde”³; el vicio de nulidad formal de la sentencia es equivalente a la omisión del verdadero juzgamiento.

Lo que se ha expresado es bastante para arribar a una conclusión nítida: el principio en que se funda la casación formal del derecho contemporáneo –la sentencia que omite satisfacción a ciertas exigencias procesales mínimas es nula– tiene fuente en Roma: “*nec ulla sententiae*” (*ninguna sentencia*);⁴ y el principio garantístico romano era tan potente que los juristas clásicos decían: “*non videtur appellandi necessitas fuisse cum sententia iure non teneat*” (*no parece haber necesidad de apelar cuando la sentencia no obliga en derecho*);⁵ y es por esta última razón que la concepción romana de la sentencia nula por razones procesales es la de una sanción correspondiente a una verdadera y propia inexistencia del fallo, de modo que no es menester impugnarlo *in limine litis* a través de un medio recursivo.⁶

¹ Scialoja, *Procedimiento civil romano, ejercicio y defensa de los derechos*, Ejea, Buenos Aires, 1970, páginas 356 y ss. y 253 y ss.

² Scialoja, cit., página 426.

³ Scialoja, cit., página 358, nota 101.

⁴ Expresiones similares a otras utilizadas por las fuentes romanas: *non tenet, non valet, nihil egit, vires non habet, nullius momenti est, irrita est, nullam vim obtinet*: Calamandrei, *La casación civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, volumen I, página 43.

⁵ Calamandrei, *Casación civil*, Editorial Ejea, 1959, páginas 23 y siguientes.

⁶ Jara Schnettler (*La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia*, Editorial Libromar, 2004, página 49) cuestiona la institución de la nulidad ipso iure e impugna –citando a Santamaría y a Beladiez– el entendimiento en que se basa el texto, arribando a conclusiones contundentes, pero que no tienen base en un estudio completo de las fuentes romanas, porque se limita a la consideración de la *denegatio actionis*.

II.2. Los derechos germánicos optaron por la seguridad jurídica, estableciendo el principio de validez formal de la sentencia judicial y no admitiendo tampoco recurso de fondo contra el fallo, idea que varió en formulaciones posteriores que aceptaron impugnaciones de fondo que debían ejercerse en vía de recurso *in limine litis*; culminado el proceso, opera la cosa juzgada sin que haya lugar a inexistencia o nulidad que pueda ser constatada o declarada a posteriori.

Completamente diversa es la concepción de los pueblos germánicos primitivos, en cuyo sistema jurídico, atendida la especie y autoridad del órgano del que la sentencia emanaba –que reunía en sí el poder legislativo y judicial con plena soberanía– no había espacio para el instituto de la sentencia nula. El proceso se iniciaba mediante la demanda del actor, que constituía, en síntesis, una propuesta de sentencia; una sugerencia de fallo era elaborada por un colegio de ciudadanos privados electos por el pueblo –denominados *rachimburgos* y más tarde *escabinos*–; esta sugerencia era llevada a una asamblea popular –depositaria de la conciencia jurídica popular– para su aprobación; la parte disconforme con la sugerencia podía plantear ante la asamblea la denominada *urteilsschette* o *contradicere sententiae* –desaprobación– que motivaba la renovación del juicio en asamblea popular, pero esta renovación incidía en la sugerencia de los *rachimburgos* o *escabinos* y en la contradicción de parte, sin que exista, todavía, sentencia; resuelta en definitiva la cuestión por la asamblea popular y proclamada la sentencia por el presidente, ésta es inatacable, irrevocable y válida –padeciere o no de defectos– porque la sentencia –atendida la calidad y autoridad del órgano que la pronunciaba– tenía la misma fuerza de un precepto legal; la casación formal como la viabilidad de la declaración de nulidad de la sentencia por defecto procesal no tiene cabida en el derecho de los pueblos germánicos primitivos, porque el tipo de su organización judicial lo impedía: la sentencia provenía del máximo órgano soberano, de modo que no era concebible la idea de nulidad del fallo.⁷

La historia ulterior del derecho de los pueblos germánicos, que obedeció a la sustitución de la organización judicial primitiva por otra en que la sentencia era pronunciada por un juez único y podía ser reclamada a un juez superior, si bien no llegó a admitir la sanción del fallo por error *in procedendo* –sino sólo por error *in iudicando*– sí estableció otras nociones jurídicas que habrían de ejercer profunda influencia en la configuración de la casación formal moderna como vía de recurso en la litis y no como inexistencia jurídica: (i) el derecho de los pueblos visigodos –que dominaron en España hasta la subsecuente preeminencia musulmana– conoció la sanción de nulidad de la sentencia –distinta a la simple reforma o enmienda– por grave error *in iudicando*, pero se trató de

⁷ Calamandrei, *La casación civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, volumen I, páginas 115 y siguientes.

una anulabilidad, esto es, la sanción de una sentencia que, si bien tiene existencia jurídica, padece de vicio de nulidad que sólo es declarable *in limine litis* por medio de recurso al juez superior; una vez cerrada la litis, el vicio queda sanado y opera la cosa juzgada; y (ii) el derecho de los pueblos longobardos –que llegaron a primar en gran parte de Italia en medio de confusas uniones y disputas con el Imperio– no admitió la idea de nulidad de la sentencia que provenía del derecho romano clásico, aunque admitió la reforma o enmienda por error *in iudicando*, siempre dentro de la *litis* tras cuyo cierre, también, el vicio queda sanado y opera la cosa juzgada.⁸

En síntesis, en los pueblos germánicos no hallamos vestigio de la nulidad del fallo por error *in procedendo*, pero sí encontramos otras ideas que priman en nuestros días en la configuración de los arbitrios recursivos, entre los que ha llegado a ubicarse conceptualmente la casación formal moderna: la prevalencia plena de la seguridad jurídica con las nociones de anulabilidad –derecho visigodo– o reforma –derecho longobardo– de la sentencia que, en todo caso, sólo pueden operar antes del cierre del proceso, puesto que culminado éste opera la cosa juzgada; y esto sin que haya lugar a una inexistencia o nulidad procesal absoluta que pueda más tarde ser constatada o declarada.

II.3. La perplejidad del derecho intermedio romano-germánico ante principios contrapuestos de sus fuentes se tradujo en que, por una parte, los doctrinadores del derecho común admitieron la invalidez formal de la sentencia viciada de defecto *in procedendo*, declarable a posteriori por medio de acción y de excepción en ejecución, tal como ocurría en el derecho romano; mientras que, por la otra, los estatutos municipales italianos establecieron la *querella nullitatis*, que implicó la necesidad de recurrir *in limine litis* contra la sentencia viciada de error *in procedendo* y es el antecedente directo de la casación formal; manteniéndose residualmente, frente a los más graves defectos formales –como el de falta de jurisdicción–, la inexistencia procesal esgrimible como excepción en ejecución.

Como es bien sabido, el derecho intermedio romano-germánico, que cubre el período corrido entre los siglos XII y XVIII, tiene base en dos fuentes distintas: (i) el derecho común, constituido por las enseñanzas de los juristas fundadas en la sistematización de las reglas romanas y canónicas y elaborado con pretensión de validez universal, que tuvo gran influencia por medio de la formación universitaria de jueces y abogados; y (ii) los derechos propios de cada comarca, ciudad o reino, con fuentes en leyes reales, estatutos municipales y usos y costumbres; estas fuentes –muchas veces contrapuestas– debían ser escudriñadas por los jueces, que en definitiva proporcionaban la regla concreta y particular

⁸ Calamandrei, *La casación civil*, obra citada, volumen I, N°s 47 y 48.

que decía el derecho entre las partes;⁹ la contraposición originó importantes consecuencias en la materia que examinamos.

En efecto, los doctrinadores del derecho común, entre ellos los influyentes Bartolo y Altimaro, imbuidos del renacido fervor por las recopilaciones justinianeas, mantuvieron firmemente el principio romano que admitía la invalidez o inexistencia de la sentencia viciada de defecto *in procedendo*, que sólo prescribía después de treinta años¹⁰ y que era declarable a posteriori mediante *actio ordinaria* por el juez superior o por el mismo juez que había emitido la sentencia nula o a través de excepción en ejecución¹¹; y fue sobre esta base apriorística que ellos interpretaron forzosamente los derechos propios.

Las enseñanzas de los juristas intermedios ocurrían a despecho de que los estatutos municipales del derecho propio y legislado italiano, como los de Roma, Módena, Génova, Vicenza, Albenga y Gubbio, a partir del siglo XII, sobre la base del principio germánico de la validez formal de la sentencia que implicaba la eventualidad del saneamiento de vicio por la autoridad soberana del órgano que pronunciaba la sentencia, e inspirados también en la necesidad de otorgar seguridad jurídica al creciente tráfico comercial, habían diseñado la *querella nullitatis*, que es el antecedente directo de la casación formal y constituye un instituto recursivo necesariamente utilizable dentro del proceso contra la sentencia anulable; al igual que la apelación, debía ser propuesta para la decisión del juez superior del que había pronunciado la sentencia, dentro de un término perentorio –cuyo transcurso en omisión originaba la preclusión de la reclamación– que era algo más extenso que el concedido para apelar, alcanzando a treinta días en Módena, tres meses en Génova y un año en Roma; los defectos *in procedendo* no fueron usualmente recogidos con precisión en los estatutos y quedaron reservados a la sistematización de los doctrinadores, pero el estatuto de Génova, reformado en 1587, los precisó: (i) incompetencia del juez; (ii) cosa juzgada; (iii) *extra petita partum*; (iv) *ultra petita partum*; (v) incumplimientos esenciales de las formas judiciales; (vi) pronunciamiento en instancia perimida o abandonada; (vii) emplazamiento.

Fue así que con la *querella nullitatis* surgió, como sanción jurídico procesal, legislada y nítidamente, la anulabilidad de la sentencia que jurídicamente existe, pero padece de defecto *in procedendo* y que, por lo mismo que es una sentencia existente, puede sanearse por preclusión en evento de omisión de recurso antes del cierre del proceso.¹²

⁹ Bravo, "Arbitrio judicial y legalismo", en *Interpretación, integración y razonamiento jurídico*, Editorial Jurídica, 1992, páginas 243 y siguientes.

¹⁰ Calamandrei, *La casación civil*, volumen I, página 176.

¹¹ Calamandrei, *La casación civil*, volumen I, página 174.

¹² Calamandrei, *La casación civil*, volumen I, páginas 161 y siguientes.

En todo caso, los estatutos mantuvieron la inexistencia procesal, esgrimible como excepción en ejecución, ante los más graves defectos, como el de falta de jurisdicción.¹³

II.4. El derecho revolucionario francés estableció la *demande en cassation* para obtener la nulidad de la sentencia viciada de error *in procedendo*, que debe ejercerse en vía de recurso, *in limine litis*, bajo apercibimiento de *summa* preclusión; pero manteniéndose la noción de inexistencia procesal para los casos de carencia de elementos constitutivos esenciales de la sentencia judicial.

Con origen en un discurso pronunciado por Chabroux ante la Asamblea de 26 de mayo de 1790, las normas del Decreto de 27 de noviembre-1° de diciembre contemplaron la casación por error *in procedendo*, esto es, la anulación de *toutes les procédures dans lesquelles les formes auront violées*, siempre que se tratara de *formes de procédure prescrites sous peine de nullité*, en fórmula de Chapelier. La admisión de la *demande en cassation* también por defecto de forma –no sólo por error *in iudicando*– pese a que fue establecida originariamente por los revolucionarios franceses como un instituto político de defensa del legislador ante la ofensa del juez que incurriere en inaplicación de la ley –de modo de cautelar la separación institucional de los poderes–, tuvo causa en la estimación de que el error *in procedendo* involucra también una modalidad de inejecución judicial de la norma legal, criterio que fue más tarde seguido por la doctrina procesal francesa.¹⁴ Por esta razón, el ordenamiento revolucionario admitió para la nulidad de forma unas particularidades impropias en una Corte de Casación pura: (i) su involucramiento en el establecimiento del juicio de hecho correspondiente a la configuración de la causal de invalidez formal; y (ii) la omisión del reenvío del caso a los jueces de las instancias tratándose de ciertas causales como el exceso de poder, y, en caso de reenvío, la imposición de un mandato jurisdiccional que los jueces de las instancias debían necesariamente cumplir.¹⁵

En consecuencia, el derecho revolucionario francés adoptó la noción de ineficacia jurídica de la sentencia cimentada en una ritualidad viciada de defecto formal grave, pero acogió la idea germánica del saneamiento del vicio procesal por el cierre del proceso y la operación de la cosa juzgada, de modo que, siguiendo la línea conceptual de la *querella nullitatis*, estableció la *demande en cassation* como el medio de impugnación para ejercer la anulabilidad, antes de la operación de la cosa juzgada o *summa* preclusión; atribuyendo la potestad de conocimiento de este medio recursivo a la Corte de Casación.

¹³ Calamandrei, *La casación civil*, volumen I, página 218.

¹⁴ Calamandrei, *La casación civil*, volumen II, página 90.

¹⁵ Calamandrei, *La casación civil*, volumen II, página 97.

Empero y pese al saneamiento propio de la cosa juzgada, el derecho procesal civil francés ha mantenido, para situaciones de particular gravedad, la idea de inexistencia jurídica, que es definida por el conocido Vocabulario Jurídico de la Asociación Henri Capitant de la siguiente manera: "Condición del acto de procedimiento o de la providencia que no merece dicho nombre por la falta de alguno de sus elementos constitutivos esenciales; por ejemplo, la decisión dictada por una persona que no está investida de la función de juez".¹⁶

II.5. En el derecho chileno republicano anterior al Código de Procedimiento Civil de 1902, la casación formal tiene antecedente directo en el recurso de nulidad previsto en una de las leyes marianas de 1837, concebido como un recurso que ha de ejercerse *in limine litis*, antes de la operación de la cosa juzgada; sin embargo, entre 1837 y 1902 se debatía acerca de la subsistencia de la acción ordinaria de nulidad de las sentencias para evento de ciertos defectos formales graves, discusión cerrada con el Código de 1902, que descartó esa vía ordinaria; empero, la doctrina y jurisprudencia posteriores no han podido dejar de otorgar solución a casos de inexistencia procesal.

La casación formal, que fuera establecida y regulada en Chile en el Código de Procedimiento Civil de 1902, tiene antecedente inmediato en una de las leyes marianas, promulgada el 1° de marzo de 1837, que instituyó el recurso de nulidad de las sentencias definitivas viciadas de error *in procedendo*.

Eran vicios denunciables:

A. En lo concerniente a sentencias definitivas de primera y segunda instancia:

- incompetencia manifiesta del juez;
- omisión del traslado de la demanda y de los documentos que la acompañan, del emplazamiento o de la diligencia en que conste haberse verificado este trámite;
- ocultamiento a la parte recurrente de algún documento presentado por la otra y que hiciere mérito en juicio;
- denegación de prueba en una cuestión de hecho, no habiendo en los autos justificación competente de algún punto capital para el acierto en la sentencia;
- la falta de notificación a la parte recurrente del auto en que se recibe la causa a prueba; o del que no da lugar a la solicitud de término probatorio; o de aquel en que se señala día para la práctica de alguna diligencia probatoria;

¹⁶ *Vocabulario jurídico*, Asociación Henri Capitant, publicado bajo la dirección de Gerard Cornu, Editorial Temis, 1995, página 461.

- el haber desechado testigos presentados por la parte recurrente dentro del número de prueba y del número que fija la ley, libres de impedimentos o de tachas legales;
- la falta de citación para sentencia definitiva;
- el haber fallado ultra petita, esto es, sobre cosas no pedidas o acerca de puntos absolutamente extraños o inconexos con lo deducido y probado en autos;
- el haber continuado conociendo del pleito el juez que se declaró legalmente implicado o que fue legítimamente recusado;
- el cohecho;
- la suposición de diligencias, falsificación de documentos u otro cualquier linaje de falsedad cometida por el juez, el escribano (secretario) o alguna de las demás personas que intervienen en los pleitos, si esta falsedad ha influido en el fallo definitivo;
- la omisión de cualquier otro trámite o formalidad por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad, como: (i) la omisión del juramento de calumnia decretado por dos veces; y (ii) la omisión de alguno de los puntos esenciales que debe contener toda sentencia definitiva; y

B. Además y sólo en lo concerniente a sentencias definitivas de segunda instancia:

- no haber oído la expresión de agravios del apelante o la respuesta del apelado en los casos en que este trámite es necesario;
- la falta de citación de las partes para la vista de la causa en los juicios de más de mil pesos, aun cuando la sentencia sea interlocutoria y en los juicios sumarios;
- la admisión de una apelación improcedente o desierta;
- el haber fallado sobre cuestión en la cual hubiere recaído ya sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada;
- el haber concurrido al acuerdo de la sentencia algún juez que no asistió a la vista de la causa; o haber concurrido menor número de jueces que el que la ley exige; o no haber estado presentes en el acuerdo todos los que asistieron a la vista de la causa y deben pronunciar la sentencia.

El recurso de nulidad debía entablarse dentro del plazo fatal de cinco días contados desde el *dies a quo* de la notificación de la sentencia; tenía que ser deducido ante el mismo tribunal que había pronunciado la sentencia impugnada; debía formularse por escrito y en éste tenía que hacerse "mención expresa y determinada del vicio o defecto en que se funda la nulidad"; y el recurso debía haber sido oportunamente preparado; la sentencia recaída en el recurso de nulidad no es susceptible de la deducción de este último.

Sin embargo del establecimiento legal del recurso de nulidad, hay que hacer constar que entre 1837 y 1902 se debatía “calurosamente”¹⁷ acerca de la subsistencia de la acción ordinaria de nulidad de los fallos judiciales establecida en las Leyes de Partidas para ciertos defectos graves de actividad, que comprendían hipótesis de fraude judicial, tema que fue objeto del Discurso de Incorporación de don Jorge Huneeus a la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, pronunciado el 22 de abril de 1870; la jurisprudencia de los tribunales superiores decidió afirmativamente en fallos de 1862, 1863 y 1870, y negativamente en sentencias de 1859 y 1864;¹⁸ a este respecto, el Mensaje del Código de 1902 expresa que “desconoce de un modo expreso la acción ordinaria de nulidad para invalidar sentencias, no admitiéndose otro camino que el de la casación para lograr ese resultado, en obsequio a la brevedad de los procedimientos y al tranquilo goce de los derechos declarados en juicio”; veremos más tarde, empero, que la doctrina y la jurisprudencia chilenas no han podido dejar de acoger ciertos supuestos de inexistencia procesal evidente en casos tan anómalos que de ellos fluye una cosa juzgada que es meramente aparente.

II.6. Conclusiones derivadas del análisis del derecho histórico

- La idea de ineficacia jurídica de la sentencia dictada con violación de las exigencias procesales primarias es una noción de intensa garantía concebida en el derecho romano, sistema en el que un fallo de tal especie adolece de inexistencia jurídica, que redundaba en nulidad declarable por medio de acción meramente declarativa de certeza negativa y esgrimible a través de excepción ante ejecución;
- la mutación de la sanción de inexistencia jurídica o nulidad insanable del fallo en simple anulabilidad de éste, es decir, en nulidad declarable sólo en vía de recurso ejercido *in limine litis*, bajo apercebimiento de saneamiento en razón de cosa juzgada, es una noción que encuentra origen en el principio de validez formal del fallo que fue propio de los derechos germánicos y que se impuso en la época del derecho intermedio romano-germánico, primando hasta la época contemporánea;
- las ideas de simple anulabilidad del fallo y saneamiento de vicio *in procedendo* por operación de cosa juzgada sólo cobra vigor para la generalidad de los defectos formales graves, puesto que la noción romana de la inexistencia jurídica de la sentencia o nulidad insanable del fallo se mantiene hasta la época contemporánea para los casos en que no

¹⁷ Lira, *Prontuario de los Juicios*, Librería Central de Mariano Servat, 1895, Parte Teórica, Tomo I, página 340, nota (b).

¹⁸ Lira, obra citada, Parte Teórica, Tomo I, página 340, nota (b).

pueden reconocerse en el fallo ni siquiera sus elementos constitutivos jurídicamente esenciales;

- esta evolución institucional fue recogida en Chile en el Código de 1902 al establecerse el recurso de casación en la forma en tanto vía de impugnación que ha de ejercerse *in limine litis*, como única alternativa de invalidación del fallo para evento de concurrencia de la generalidad de los defectos formales graves; este arbitrio tiene su antecedente mediato en la *querella nullitatis* del derecho intermedio romano-germánico y sus antecedentes inmediatos en la *demande en cassation* del derecho revolucionario francés –del que proviene su denominación– y en el recurso de nulidad del derecho republicano chileno de la cuarta década del siglo XIX, a cuyo diseño se asemeja la casación formal en su configuración básica; pero la doctrina y la jurisprudencia chilenas mantienen la noción de inexistencia jurídica del fallo judicial –incluso pasado en autoridad de cosa juzgada– en los casos en que ésta es meramente aparente;
- si bien la *demande en cassation* del derecho revolucionario francés sólo podía plantearse ante la Corte de Casación, el recurso de casación en la forma del Código chileno de 1902 puede plantearse contra la sentencia de primera instancia y ante una Corte que no es de Casación –sino de Apelaciones–, singularidad que proviene de la adopción del diseño del recurso de nulidad bajo la denominación francesa de casación; y
- la atribución a la Corte de Casación chilena de la facultad de conocer del recurso de nulidad formal, que implica su involucramiento en las cuestiones de hecho determinantes de la concurrencia fáctica del motivo invalidatorio, así como en cuestiones de plena jurisdicción por medio de la posibilidad de emisión de sentencia subrogada en ciertos casos, que no son propias de un órgano de puro derecho, es una desviación del esquema original de Corte de Casación, que, no obstante, encuentra origen mediato en el propio derecho revolucionario francés e inmediato en el recurso chileno de nulidad instaurado en 1837; y en este último encuentra origen la posibilidad de deducción del recurso de casación formal en contra de la sentencia de primera instancia ante la Corte de Apelaciones, que es una particularidad del derecho nacional.

III. Bosquejo doctrinario de la nulidad formal de las sentencias civiles en el derecho chileno contemporáneo

III.1. Fundamento constitucional y ámbito concreto de la impugnación en casación formal

La casación formal es una institución procesal regulada en el Título XIX del Libro III del Código de Procedimiento Civil,¹⁹ que está destinada al escrutinio y decisión respecto de la validez de las sentencias judiciales, pero sólo desde la perspectiva de exigencias procesales mínimas, predeterminadas en la ley²⁰ y que conciernen: (i) a ciertos elementos ineludibles que han debido integrar el procedimiento o ritualidad antecedente a la sentencia jurisdiccional;²¹ y (ii) a precisas exigencias²² impuestas al contenido expositivo, argumentativo y decisional del fallo.

Unas y otras de estas exigencias procesales primarias deben ser satisfechas para que el fallo judicial configure una modalidad válida de ejercicio del poder soberano²³ en nuestro Estado de Derecho, aseveración que en Chile no es meramente doctrinaria, sino que es de lege data, porque –en el estado actual de nuestro ordenamiento normativo– la casación formal es una institución que desarrolla –en el nivel de la legalidad ordinaria– un enclave garantístico que viene previsto con prelación jerárquica en las reglas constitucionales: el inciso 1° del artículo 7° de la Carta Fundamental manda que los órganos estatales sólo actúan válidamente en la medida que obren dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley y agrega en su inciso final que todo acto que se ejecute en contravención de ese mandato es nulo; así, la casación formal –cuya operación se traduce en la invalidación de la decisión jurisdiccional adoptada fuera del marco garantístico mínimo que la ley procesal exige– sólo es bien comprendida en la medida en que se la concibe y entiende como un instrumento legal de garantía y efectividad de la base constitucional de sujeción a la juridicidad en el obrar de los órganos que ejercen el poder soberano. En otros términos, nos parece de evidencia que en Chile la casación formal tiene fundamento constitucional, en razón de la particularísima regla prevista en el artículo 7° de la Carta Fundamental, que encuentra su antecedente remoto en la norma del artículo 119 de la Constitución de 1823; nada autoriza a excluir a los órganos judiciales de la

¹⁹ Debe entenderse referida al Código de Procedimiento Civil toda cita de artículo contenida en este trabajo que no esté explícitamente referida a otro cuerpo normativo específico.

²⁰ Artículo 768.

²¹ Causales 1ª, 2ª, 3ª, 8ª y 9ª del artículo 768.

²² Causales 4ª, 5ª, 6ª y 7ª del artículo 768.

²³ No debe olvidarse que la sentencia judicial es una manifestación de la soberanía, que, al tenor del inciso 1° del artículo 5° de la CPE se ejerce “por las autoridades que esta Constitución establece”, entre las que se hallan, con arreglo al artículo 76, “los tribunales establecidos por la ley”.

calificación constitucional de “órganos del Estado”. No ocurre lo propio, por ejemplo, en el ordenamiento español.

Las exigencias procesales antecedentes mínimas de la sentencia judicial dicen relación con: **(i.a)** la competencia legal del tribunal;²⁴ **(i.b)** la legal integración personal del tribunal colegiado;²⁵ **(i.c)** la imparcialidad legal de los jueces;²⁶ **(i.d)** el cumplimiento del quórum legal en la formación de la decisión del tribunal colegiado;²⁷ **(i.e)** el pronunciamiento de la decisión por jueces que efectivamente hayan conocido de la causa por medio de su vista legal en el tribunal colegiado;²⁸ **(i.f)** el pronunciamiento de la decisión de segundo grado sobre la base de un recurso de apelación legalmente vigente;²⁹ **(i.g)** la satisfacción de los trámites y diligencias legalmente esenciales,³⁰ que, a su vez, dicen relación con³¹: **(i.g.a)** el emplazamiento legal;³² **(i.g.b)** el llamado legal a conciliación;³³ **(i.g.c)** ciertas garantías probatorias³⁴ que presentan profundidad más intensa en los juicios de mayor y de menor cuantía y en los juicios especiales,³⁵ incidiendo en éstos en el recibimiento a prueba cuando sea legalmente procedente,³⁶ la convocatoria a los actos procesales de producción probatoria,³⁷ la práctica de diligencias probatorias cuya omisión podría producir indefensión,³⁸ la agregación de instrumentos oportunamente presentados por las partes y la citación o apercibimiento legal respecto de estos mismos documentos respecto de la parte contra quien se hacen valer;³⁹ **(i.g.d)** la fijación de la causa en tabla para su vista en segunda instancia en los tribunales colegiados en la forma legal;⁴⁰ y **(i.g.e)** la convocatoria legal a oír sentencia definitiva;⁴¹ y, **(i.h)** la satisfacción de cualquier requisito por cuyo defecto la ley imponga expresamente la nulidad.⁴²

²⁴ Causal 1ª del artículo 768.

²⁵ Causal 1ª del artículo 768.

²⁶ Causal 2ª del artículo 768.

²⁷ Causal 3ª del artículo 768.

²⁸ Causal 3ª del artículo 768.

²⁹ Causal 8ª del artículo 768.

³⁰ Causal 9ª del artículo 768.

³¹ Previstos en el artículo 789 para los juicios de mínima cuantía; en el artículo 795 para la primera o única instancia de los juicios de mayor o de menor cuantía y especiales; en el artículo 800 para la segunda instancia de los juicios de mayor o de menor cuantía y especiales; y en el artículo 796 para los juicios de mayor cuantía seguidos ante arbitradores.

³² Artículos 789, 795 N° 1°, 796 y 800 N° 1°.

³³ Artículos 789 y 795 N° 2°.

³⁴ Artículos 795 N°s 3°, 4°, 5° y 6°, artículo 796 y artículo 800 N°s 2° y 5°.

³⁵ Artículos 795 y 800.

³⁶ Es pertinente en la primera o única instancia al tenor del artículo 795 N° 3°; y en la segunda instancia sólo en el caso de haberse aplicado lo dispuesto en el artículo 207, con arreglo al artículo 800 N° 5°.

³⁷ Es pertinente en la primera o única instancia al tenor del artículo 795 N° 6°; y en la segunda instancia sólo en el caso de haberse aplicado lo dispuesto en el artículo 207, con arreglo al artículo 800 N° 5°.

³⁸ Es pertinente en la primera o única instancia al tenor del artículo 795 N° 4°; y en la segunda instancia sólo en el caso de haberse aplicado lo dispuesto en el artículo 207, con arreglo al artículo 800 N° 5°.

³⁹ Artículos 795 N° 5° y 800 N° 2°.

⁴⁰ Artículo 800 N° 4°.

⁴¹ Artículos 795 N° 7° y 800 N° 3°.

⁴² Causal 9ª del artículo 768.

Las exigencias procesales requeridas al contenido expositivo, argumentativo y decisorio de la sentencia jurisdiccional, por su parte, tienen que ver con: **(ii.a)** la exigencia de exhaustividad⁴³ (ausencia de vicio de incongruencia omisiva o por defecto) de la exposición, de la argumentación de hecho y de derecho y de la decisión,⁴⁴ en modalidad simple, esto es, que el fallo las contenga efectivamente; **(ii.b)** la exigencia de exhaustividad (ausencia de vicio de incongruencia omisiva o por defecto) de la argumentación de hecho y de derecho y de la decisión,⁴⁵ en modalidad compleja, es decir, que la fundamentación y decisión contenidas en el fallo no padezcan de incoherencia o contradicción; **(ii.c)** la prohibición de indefensión procesal causada por omisión de oportuno sometimiento del asunto decidido a previa contradicción entre partes,⁴⁶ esto es, la congruencia del fallo (ausencia de vicio de incongruencia por *extrapetita partum* o *ultra petita partum*); y **(ii.d)** el respeto a la cosa juzgada oportunamente alegada (*rei iudicata*).⁴⁷

Se ha aludido a las exigencias procesales mínimas, básicas o fundamentales, porque el instituto de la casación formal recibe aplicación como mecanismo de anulación de *toutes les procédures dans lesquelles les formes auront été violées*, pero a condición que se trate de *formes de procédure prescrites sous peine de nullité*, en la fórmula de Chapelier, recogida por el legislador revolucionario francés.⁴⁸ No todos los errores *in procedendo* cometidos en el juicio de mérito pueden dar lugar a casación del fallo judicial, sino sólo algunos, taxativamente enumerados por el legislador, que –en palabras de Calamandrei– “de una manera más grave afectan la regularidad de la construcción procesal”.⁴⁹

De este principio, recogido con absoluta claridad por el legislador chileno en los artículos 768, 789, 795, 796 y 800, se sigue que es posible distinguir normas procesales primarias, cuya infracción origina la nulidad formal de la sentencia que tiene base en procedimiento írrito, declarable a través de casación formal del fallo; que son diversas de las normas procesales secundarias, concernientes a formas de procedimiento de menor intensidad imperativa, reclamables sólo por medio de recursos ordinarios e incidencias generales y especiales –como la

⁴³ La exigencia de exhaustividad del fallo consiste en que deben ponderarse y decidirse en la sentencia todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate; el vicio de falta de exhaustividad en las sentencias es incorrectamente denominado por la jurisprudencia española como “incongruencia omisiva o por defecto” (Montero, *Los recursos en el proceso civil*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, página 419, con cita de sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2000).

⁴⁴ Causal 5ª del artículo 768.

⁴⁵ Causales 5ª –en relación con los numerales 4ª y 5ª del artículo 170– y 7ª del artículo 768.

⁴⁶ Causal 4ª del artículo 768.

⁴⁷ Causal 6ª del artículo 768.

⁴⁸ Citado en Calamandrei, *La casación civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, volumen 1, parte 2, página 90, nota 88.

⁴⁹ Calamandrei, citado, volumen 2, página 49.

de nulidad procesal⁵⁰ pero cuya infracción –en la medida en que en el criterio legal no afecta a los cimientos básicos de la construcción procesal– no transmite vicio decisivo a la sentencia del juicio de mérito, la que, por lo mismo, no es declarable en casación formal.

En otros términos de expresión del mismo concepto, que pudieren generar mayor claridad, son normas procesales primarias aquellas cuya infracción –por imperio de los artículos 768, 789, 795, 796 y 800– transmite vicio de nulidad a la sentencia del juicio de mérito, esto es, al dispositivo del fallo, cuya nulidad cabe declarar en casación formal; en tanto que son normas procesales secundarias aquellas cuya infracción, conforme a los preceptos recién mencionados, sólo puede ser corregida por medio de vías ordinarias distintas de la casación formal, puesto que no origina nulidad del *dictum* judicial, saneándose el vicio en razón del efecto preclusivo de la emisión de la sentencia del juicio de mérito.

La regulación de la ley procesal, en cuanto distingue vicios de nulidad procesal circunscrita a los actos írritos en sí mismos, que no se transmiten al dispositivo del fallo judicial y que en consecuencia no originan casación formal de éste, de otros vicios de nulidad procesal taxativamente predispuestos por el legislador, que sí se transmiten a éste, halla perfecta coherencia con la regla del artículo 7° de nuestra Carta Fundamental; puesto que ésta se limita a mandar que los actos de los órganos estatales labrados fuera de su competencia legal o en forma diversa a la prescrita en la ley son nulos y esto mismo es lo que surge del ordenamiento procesal; el mandato constitucional no ha previsto que la nulidad por todo error *in procedendo* se transmita siempre a la sentencia del juicio de mérito, y es sólo ésta –la que se transmite porque incide verdaderamente en los cimientos esenciales de construcción del *dictum* judicial– la nulidad que es declarable en casación formal.

Aplicados los razonamientos precedentes a los juicios de mayor y de menor cuantía y a los juicios especiales, en doble instancia, sustanciados por juez unipersonal en primer grado y tribunal colegiado en segundo grado, fluye lo siguiente:

A. Que la sentencia definitiva de primera instancia, en perspectiva procesal, sólo es válida en la estricta medida en que:

A.1. haya incidido en un procedimiento antecedente que reúna las siguientes condiciones:

⁵⁰ Calamandrei, citado, volumen 2, página 49.

- competencia legal del tribunal;⁵¹
- imparcialidad legal del juez;⁵²
- emplazamiento legal;⁵³
- llamado legal a conciliación;⁵⁴
- recibimiento a prueba cuando haya sido legalmente procedente;⁵⁵
- convocatoria a los actos procesales de producción probatoria;⁵⁶
- práctica de diligencias probatorias cuya omisión podría producir indefensión;⁵⁷
- agregación de instrumentos oportunamente presentados por las partes;⁵⁸
- citación o apercibimiento legal respecto de estos mismos documentos respecto de la parte contra quien se hacen valer;⁵⁹ y
- convocatoria legal a oír sentencia definitiva.⁶⁰

A.2. el contenido expositivo, argumentativo y decisonal de la sentencia reúna las siguientes condiciones:

- exhaustividad simple de la exposición (inserción efectiva de ésta);⁶¹
- exhaustividad simple de la argumentación de hecho (inserción efectiva de ésta);⁶²
- exhaustividad simple de la argumentación de derecho (inserción efectiva de ésta);⁶³
- exhaustividad simple de la decisión (inserción efectiva de ésta);⁶⁴
- exhaustividad compleja de la argumentación de hecho (coherencia o ausencia de contradicción);⁶⁵
- exhaustividad compleja de la argumentación de derecho (coherencia o ausencia de contradicción);⁶⁶
- exhaustividad compleja de la decisión (coherencia o ausencia de contradicción);⁶⁷

⁵¹ Causal 1ª del artículo 768.

⁵² Causal 2ª del artículo 768.

⁵³ Artículo 795 N° 1° en relación con la causal del artículo 768 N° 9°.

⁵⁴ Artículo 795 N° 2° en relación con la causal del artículo 768 N° 9°.

⁵⁵ Artículo 795 N° 3° en relación con la causal del artículo 768 N° 9°.

⁵⁶ Artículo 795 N° 6° en relación con la causal del artículo 768 N° 9°.

⁵⁷ Artículo 795 N° 4° en relación con la causal del artículo 768 N° 9°.

⁵⁸ Artículo 795 N° 5° en relación con la causal del artículo 768 N° 9°.

⁵⁹ Artículo 795 N° 5° en relación con la causal del artículo 768 N° 9°.

⁶⁰ Causal 5ª del artículo 768 en relación con el artículo 170 N°s 1°, 2° y 3°.

⁶¹ Causal 5ª del artículo 768 en relación con el artículo 170 N° 4°.

⁶² Causal 5ª del artículo 768 en relación con el artículo 170 N°s 4° y 5°.

⁶³ Causal 5ª del artículo 768 en relación con el artículo 170 N° 6°.

⁶⁴ Causal 5ª del artículo 768 en relación con el artículo 170 N° 4°; se ha resuelto reiteradamente que la argumentación de hecho que es contradictoria equivale a la carencia de aquélla.

⁶⁵ Causal 5ª del artículo 768 en relación con el artículo 170 N° 4°; se ha resuelto reiteradamente que la argumentación de hecho que es contradictoria equivale a la carencia de aquélla.

⁶⁶ Causal 5ª del artículo 768 en relación con el artículo 170 N°s 4° y 5°; se ha resuelto reiteradamente que la argumentación de derecho que es contradictoria equivale a la carencia de aquélla.

⁶⁷ Causal 7ª del artículo 768.

- congruencia del fallo (ausencia de vicio de *extrapetita partum* o *ultra petita partum*);⁶⁸ y,
- respeto a la cosa juzgada oportunamente alegada;⁶⁹ y

A.3. que el procedimiento antecedente a la sentencia y ésta satisfagan todo requisito por cuyo defecto la ley imponga expresamente la nulidad.⁷⁰

Y

B. Que la sentencia definitiva de segunda instancia, en perspectiva procesal, sólo es válida en la estricta medida en que:

B.1. haya incidido en un procedimiento antecedente que reúna las siguientes condiciones:

- vigencia legal del recurso de apelación;⁷¹
- competencia legal del tribunal;⁷²
- imparcialidad legal de los jueces;⁷³
- emplazamiento legal perfeccionado con anterioridad al conocimiento del recurso de apelación por el tribunal;⁷⁴
- recibimiento a prueba cuando se haya aplicado lo dispuesto en el artículo 207;⁷⁵
- convocatoria a los actos procesales de producción probatoria cuando se haya aplicado lo dispuesto en el artículo 207;⁷⁶
- práctica de diligencias probatorias cuya omisión podría producir indefensión cuando se haya aplicado lo dispuesto en el artículo 207;⁷⁷
- agregación de instrumentos oportunamente presentados por las partes;⁷⁸
- citación o apercibimiento legal respecto de estos mismos documentos respecto de la parte contra quien se hacen valer;⁷⁹

⁶⁸ Causal 4ª del artículo 768 en relación con el artículo 160.

⁶⁹ Causal 6ª del artículo 768.

⁷⁰ Causal 9ª del artículo 768. Es interesante acotar que a efectos de casación formal no se ha seguido el sistema gregoriano que considera implícita en toda prescripción procesal la sanción de nulidad procesal (Calamandrei, *La casación civil*, volumen II, página 263, nota 9, c); en Chile, la sanción de nulidad procesal debe venir expresamente predispuesta en la ley. Distinta es la regulación de la nulidad procesal declarable a través de incidencia, la que procede en todos aquellos casos en que exista un vicio que irroque a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad (inciso 1º del artículo 83).

⁷¹ Causal 8ª del artículo 768.

⁷² Causal 1ª del artículo 768.

⁷³ Causal 2ª del artículo 768.

⁷⁴ Artículo 800 N° 1º en relación con la causal del artículo 768 N° 9.

⁷⁵ Artículo 800 N° 5º en relación con la causal del artículo 768 N° 9.

⁷⁶ Artículo 800 N° 5º en relación con la causal del artículo 768 N° 9.

⁷⁷ Artículo 800 N° 5º en relación con la causal del artículo 768 N° 9.

⁷⁸ Artículo 800 N° 2º en relación con la causal del artículo 768 N° 9.

⁷⁹ Artículo 800 N° 2º en relación con la causal del artículo 768 N° 9.

- convocatoria legal a oír sentencia definitiva;⁸⁰
- fijación de la causa en tabla para su vista en la forma legal;⁸¹
- cumplimiento del quórum legal en la formación de la decisión del tribunal;⁸²
y
- pronunciamiento de la decisión por jueces que efectivamente hayan conocido de la causa por medio de su vista legal;⁸³

B.2. el contenido expositivo, argumentativo y decisonal de la sentencia reúna las siguientes condiciones:

- exhaustividad simple de la exposición (inserción efectiva de ésta);⁸⁴
- exhaustividad simple de la argumentación de hecho (inserción efectiva de ésta);⁸⁵
- exhaustividad simple de la argumentación de derecho (inserción efectiva de ésta);⁸⁶
- exhaustividad simple de la decisión (inserción efectiva de ésta);⁸⁷
- exhaustividad compleja de la argumentación de hecho (coherencia o ausencia de contradicción);⁸⁸
- exhaustividad compleja de la argumentación de derecho (coherencia o ausencia de contradicción);⁸⁹
- exhaustividad compleja de la decisión (coherencia o ausencia de contradicción);⁹⁰
- congruencia del fallo (ausencia de vicio de *extrapetita partum* o *ultra petita partum*);⁹¹ y,
- respeto a la cosa juzgada oportunamente alegada;⁹² y

⁸⁰ Artículo y 800 N° 3° en relación con la causal del artículo 768 N° 9.

⁸¹ Artículo 800 N° 4° en relación con la causal del artículo 768 N° 9.

⁸² Causal 3ª del artículo 768.

⁸³ Causal 3ª del artículo 768.

⁸⁴ Causal 5ª del artículo 768 en relación con el artículo 170 N°s 1°, 2° y 3°; con arreglo a los incisos 2° y 3° del artículo 170 la sentencia confirmatoria, que no modifica el fallo de primer grado, sólo requiere estas exigencias en la medida que éste no las contenga, y la sentencia revocatoria o modificatoria, igualmente, sólo requiere estas exigencias en la medida que éste no las contenga, puesto que si las contiene basta con la referencia a ellas.

⁸⁵ Causal 5ª del artículo 768 en relación con el artículo 170 N° 4°. Con arreglo al inciso 2° del artículo 170, la sentencia confirmatoria, que no modifica el fallo de primer grado, sólo requiere esta exigencia en la medida que éste no la contenga, lo que no obsta evidentemente a que la sentencia de segundo grado modifique, sustituya o complemente las consideraciones de hecho del dictamen de primera instancia.

⁸⁶ Causal 5ª del artículo 768 en relación con el artículo 170 N°s 4° y 5°.

⁸⁷ Causal 5ª del artículo 768 en relación con el artículo 170 N° 6°.

⁸⁸ Causal 5ª del artículo 768 en relación con el artículo 170 N° 4°; se ha resuelto reiteradamente que la argumentación de hecho que es contradictoria equivale a la carencia de aquélla.

⁸⁹ Causal 5ª del artículo 768 en relación con el artículo 170 N°s 4° y 5°; se ha resuelto reiteradamente que la argumentación de derecho que es contradictoria equivale a la carencia de aquélla.

⁹⁰ Causal 7ª del artículo 768.

⁹¹ Causal 4ª del artículo 768 en relación con el artículo 160 y con el inciso 1° del artículo 189.

⁹² Causal 6ª del artículo 768.

B.3. el procedimiento antecedente a la sentencia y ésta satisfagan todo requisito por cuyo defecto la ley imponga expresamente la nulidad.⁹³

De lo explicado se colige que la satisfacción plena de unas y otras de las dos categorías de exigencias procesales mínimas –pertinentes al procedimiento antecedente al fallo y a la formulación de éste– constituye una condición que es normativamente ineludible a la legitimación primaria de las sentencias judiciales y que origina la validez de éstas en la perspectiva procesal, es decir, en el capítulo concerniente a la contribución de la normativa procesal a la obtención de una decisión jurisdiccional justa; esta contribución a la interacción social civilizada es la finalidad fundamental del proceso, puesto que no debe olvidarse la enseñanza del ilustre procesalista florentino: “yo no sé concebir otra interpretación que no sea la finalista: el proceso debe servir para conseguir que la sentencia sea justa o al menos para conseguir que la sentencia sea menos injusta o que la sentencia injusta sea cada vez más rara”.⁹⁴ En esta orientación teleológica pueden comprenderse adecuadamente las expresiones vertidas en otra obra suya: “el proceso debe estar construido de modo que la cosa juzgada no pueda formarse sino a través de garantías que reduzcan al mínimo las probabilidades de una sentencia injusta”.⁹⁵

Es por esto que la omisión de esas exigencias legales primarias en la construcción que ha de servir de cimiento de la sentencia judicial autoriza la declaración de nulidad de ésta, bien en virtud de recurso de parte,⁹⁶ bien de oficio;⁹⁷ y es a estos fines que la ley procesal civil instituye la casación formal como instrumento de desarrollo del principio de juridicidad en el orden judicial,⁹⁸ cautelando esta base

⁹³ Causal 9ª del artículo 768. Es interesante acotar que a efectos de casación formal no se ha seguido el sistema gregoriano que considera implícita en toda prescripción procesal la sanción de nulidad procesal (Calamandrei, *La casación civil*, volumen II, página 263, nota 9, c); en Chile, a los efectos de este vicio de casación formal, la sanción de nulidad procesal debe venir expresamente predisuelta en la ley. Distinta es la regulación de la nulidad procesal declarable a través de incidencia, la que procede en todos aquellos casos en que exista un vicio que irroque a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad (inciso 1º del artículo 83).

⁹⁴ Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil*, Librería El Foro, Buenos Aires, 1996, volumen III, página 211.

⁹⁵ Calamandrei, *La casación civil*, obra citada, volumen II, página 202.

⁹⁶ Artículos 764, 765, 766, 768, 770, 771 y 772.

⁹⁷ Artículo 775.

⁹⁸ El examen de la aplicación directa de la sanción constitucional de la nulidad de derecho público propiamente tal –prevista en el artículo 7º de la CPE– a las sentencias judiciales no es objeto de este trabajo y excede sobradamente a la extensión máxima de estas líneas; sin perjuicio, es interesante dejar anotado que algunos fallos del tribunal pleno de la Corte Suprema comienzan a reflexionar a este respecto, aunque sea tímidamente; así, se ha resuelto que la competencia del tribunal es condición de la legitimidad de las decisiones que se emitan en toda tramitación judicial, según lo prescribe el artículo 108 del COT, en consonancia con lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 7º de la CPE (Rol N° 4.783/02); y una prevención de los ministros Libedinsky, Tapia, Gálvez, Álvarez, Hernández, Marín, Yurac, Espejo y Oyarzún, ha expresado que al tribunal le está vedado examinar asuntos ajenos al otorgamiento o rechazo de la autorización que le es requerida, porque la competencia de todo órgano jurisdiccional es condición esencial de la legitimidad de sus actuaciones, con arreglo a lo que previenen los artículos 7º, 10 y 108 del COT, en armonía con el inciso 1º del artículo 7º de la CPE; serían inválidas las resoluciones

fundamental, prevista en los incisos 1° y 3° del artículo 7° de la Constitución Política;⁹⁹ y otorgando satisfacción a la garantía constitucional de racionalidad y justicia de la ley procesal que es asegurada a todas las personas en el inciso 5° del N° 3° del artículo 19 de la misma Carta Fundamental.

Aunque no es objeto específico de este trabajo, es conveniente dejar anotado que la legitimación jurídica máxima y validez plena de la sentencia judicial sólo se completa con la correcta aplicación de las leyes decisorias de la litis, cuya infracción –influyente en lo dispositivo– motiva nulidad¹⁰⁰ declarable por la Corte Suprema a través de casación de fondo,¹⁰¹ en razón de recurso de parte¹⁰² o de oficio en evento de defecto de formalización de la impugnación.¹⁰³

III.2. Anulabilidad de la sentencia que padece de vicio de casación formal sobre la base de ejercicio de medio de gravamen; eventual saneamiento del error *in procedendo* en razón de omisión de impugnación oportuna y surgimiento de la cosa juzgada:¹⁰⁴

Corresponde ahora precisar que del vicio *in procedendo* que origina nulidad procesal declarable en casación formal no surge una nulidad que opere ipso jure y pueda también ser declarada por medio de una acción ordinaria de declaración de certeza o a través de excepción que pueda oponerse ante la orden de ejecución del fallo; contrariamente, se trata de una anulabilidad de la sentencia que debe declararse en la época en que la ley procesal admite, esto

que pudieran adoptarse acerca de materias que no consistan específicamente en la decisión legalmente facultada (Rol N° 1.969/03).

⁹⁹ En relación con sus precedentes artículos 5° y 6°.

¹⁰⁰ Artículos 764, 765, 767 y 785.

¹⁰¹ Tanto la casación formal por error *in procedendo* como la casación de fondo por error *in iudicando* permite la declaración de nulidad de la sentencia que padece de uno u otro defecto, en los casos en que el instituto puede operar con arreglo a la ley procesal; así surge de las disposiciones que se han mencionado. En el orden doctrinario, en lo que hace a la casación de fondo por error *in iudicando*, existe discrepancia que ha enfrentado a los más notables procesalistas italianos de la primera mitad del siglo pasado; en el parecer de Chiovenda, la casación formal permite invalidación por defecto de actividad, desapareciendo la sentencia como acto jurídico, de suerte que ha de considerarse no producida; pero la casación de fondo corresponde a la revisión del juicio de derecho contenido en la sentencia examinada, para la determinación de violación o falsa aplicación de la ley, de manera que el fallo casado cesa de tener valor como acto de aplicación de la ley decisoria de la litis, pero subsiste como acto jurídico válido en sí; en cambio, en opinión de Calamandrei, que razona sobre la base de textos normativos similares a los chilenos, la invalidación ocurre en uno y otro caso, resultado que conlleva un efecto garantístico más intenso (respecto de esta polémica: Calamandrei, *La Casación Civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, N° 112, páginas 331 y siguientes).

¹⁰² Artículos 764, 765, 766, 767, 770, 771 y 772.

¹⁰³ Artículo 785.

¹⁰⁴ Es de interés acotar que en opinión del profesor Ortiz Sepúlveda, “instituciones como la cosa juzgada, la prescripción o los plazos, son una elocuente demostración del sacrificio de la moral en beneficio de la seguridad” (“La moralización del proceso civil”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* N° 177, enero-junio 1985, página 124).

es, *in limine litis*, de modo que la culminación o fenecimiento¹⁰⁵ del juicio –sin casación formal del fallo– conlleva el saneamiento del vicio de anulabilidad en virtud del efecto preclusivo que es propio de la cosa juzgada.

Se advertirá que este criterio obedece a una sostenida e interesante evolución de los sistemas jurídicos, desde una nulidad *ipso jure* por vicio *in procedendo* declarable por medio de acción ordinaria de declaración negativa de certeza –propia de los antecedentes romanos– hasta una anulabilidad que sólo es declarable en *limine litis* y en casación formal como medio de remoción de gravamen y con necesaria antelación a la cosa juzgada.

La sentencia es “anulable” cuando está “provista de todos los elementos necesarios para su existencia jurídica e idónea en su contenido para producir certeza en cuanto a la relación controvertida, pero está sin embargo afectada por un vicio de construcción (error *in procedendo*) en virtud del cual surge a favor de una parte el derecho de provocar por parte del juez su invalidación; en este caso la doctrina habla de anulabilidad o de nulidad sanable, porque cuando la parte, en el término que la ley le asigna, no se valga de este derecho de provocar la anulación, la sentencia mantiene definitivamente plena eficacia, como si el vicio que la afecta no hubiese existido nunca”.¹⁰⁶

Es este –el de la anulabilidad– el caso de la sentencia judicial que es pasible de invalidación por medio de casación formal, es decir, a través del ejercicio de un medio de gravamen; entretanto, el fallo se halla sujeto a condición resolutoria en opinión de Mortara y Kohler; o corresponde a una situación jurídica de posibilidad de sentencia, en la tesis de Chiovenda, en el sentido que “se transformará en un verdadero y propio acto jurisdiccional capaz de establecer la certeza del derecho solamente cuando haya quedado excluida la posibilidad de que sea emanado un nuevo pronunciamiento del juez superior”; o a un acto sometido a revocación en el parecer de Rocco; o a un fallo sujeto a condición suspensiva en la idea de Vasalli.¹⁰⁷ Como enseña

¹⁰⁵ Utilizamos en el texto una forma del verbo “fenecer” que, en otra modalidad, emplea la Carta Fundamental en el inciso 1° del artículo 76 al aludir a “procesos fenecidos”; esto es, a aquellos en que ha operado la cosa juzgada, al menos formal; sin que haya duda en orden a que este precepto constitucional ampara la cosa juzgada frente a los Poderes Legislativo y Ejecutivo, la doctrina y la jurisprudencia debaten arduamente en orden a si es posible derivar de allí la protección constitucional de la cosa juzgada respecto de sentencias judiciales sucesivas (Pereira, “Fundamento constitucional de la cosa juzgada”, en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N° 175, páginas 29 y siguientes; Pereira, *La cosa juzgada en el proceso civil*, Editorial Conosur, 1997, páginas 24 y siguientes; y Salas, “Reconocimiento constitucional de la acción procesal y de la jurisdicción de equidad y desamparo de la inmutabilidad de las decisiones judiciales”, en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N° 178, páginas 123 y siguientes).

¹⁰⁶ Calamandrei, *La casación civil*, obra citada, volumen II, página 195.

¹⁰⁷ Calamandrei, *La casación civil*, páginas 208 y siguientes.

Calamandrei, ha ocurrido la “absorción de los motivos de nulidad en motivos de gravamen”¹⁰⁸ y la “nulidad” se ha convertido en “anulabilidad”.¹⁰⁹

III.3. La inexistencia procesal de la sentencia civil como límite al saneamiento del error *in procedendo*; fundamento constitucional y debido proceso.

Pero es preciso aclarar que el saneamiento del vicio *in procedendo* por fenechimiento del proceso judicial –sin que haya mediado casación formal oportuna– y coetánea *rei iudicata* constituye sólo la regla general, que cede en evento de cosa juzgada que lo sea meramente aparente; en términos tales que la ritualidad judicial sustanciada no sea más que la materialidad de un dossier que carece de eficacia de derecho en razón de omisión de presupuestos de existencia de la relación jurídico-procesal,¹¹⁰ llamados por Calda¹¹¹ “elementos conceptuales de la sentencia”, por Baligand¹¹² “caracteres conceptuales de la sentencia”, por Wach¹¹³ “caracteres esenciales de la sentencia” y por Hellwig¹¹⁴ la omisión del “estado de hecho que la ley presupone cuando habla de una sentencia”.

En estos casos, en opinión de Calamandrei, “aunque exteriormente se ofrezca una apariencia de fallo, se trata en realidad de un estado de hecho que jurídicamente no puede ser sentencia y que no tiene ninguno de los efectos de la sentencia, ni dentro del proceso, ni fuera de él”, de manera que la sentencia adolece de “inexistencia”¹¹⁵ que es declarable mediante el ejercicio de una acción ordinaria de declaración negativa de certeza,¹¹⁶ cuyo ejercicio “sería jurídicamente absurdo limitar dentro de un término prescripcional”;¹¹⁷ entre nosotros, Hoyos, que no se está más que ante “la vacua imagen de un proceso inexistente o nulo induciendo a error a la masa de los justiciables”.¹¹⁸

¹⁰⁸ Es decir, de ejercicio del derecho de gravamen, que es el poder de la parte vencida de provocar una nueva decisión sobre la relación jurídica controvertida en un grado superior de jurisdicción (Calamandrei, *La casación civil*, obra citada, volumen II, página 204).

¹⁰⁹ Calamandrei, *Instituciones*, obra citada, volumen III, página 298.

¹¹⁰ Pereira, obra citada, páginas 127 y siguientes.

¹¹¹ Citado en Calamandrei, *La casación civil*, obra citada, volumen II, página 194, nota 20.

¹¹² Citado en Calamandrei, *La casación civil*, obra citada, volumen II, página 194, nota 20.

¹¹³ Citado en Calamandrei, *La casación civil*, obra citada, volumen II, página 194, nota 20.

¹¹⁴ Citado en Calamandrei, *La casación civil*, obra citada, volumen II, página 194, nota 20.

¹¹⁵ Calamandrei, *La casación civil*, obra citada, volumen II, página 194.

¹¹⁶ Calamandrei, *La casación civil*, volumen II, página 201.

¹¹⁷ Calamandrei, *La casación civil*, volumen II, página 201. El maestro florentino agrega más adelante que “prohibir poner en claro un fenómeno que ya existe como realidad jurídica, esto es, aquel vicio que quita perpetuamente a la sentencia toda aptitud para llevar la estabilidad y la certeza a las relaciones jurídicas sería el colmo del bizantinismo; a fin de tutelar, en interés de la paz social, la estabilidad de los fallos, se llegaría a hacer servir la incontrovertibilidad, que normalmente deriva de la cosa juzgada, para el objeto perfectamente opuesto, de hacer definitivo e incontrovertible el estado de falta de certeza jurídica de la relación controvertida (obra citada, volumen II, página 349). Lo que no debe llevar a olvidar que, como lo indica Chiovenda, la regla general está constituida siempre por el principio de la sanabilidad de los vicios por el transcurso de los términos para la impugnación (idem, página 351).

¹¹⁸ Hoyos, *Temas fundamentales de derecho procesal*, Editorial Jurídica, 1987, página 207.

Un caso de cosa juzgada aparente que se halla regulado por la ley procesal civil con especificidad es el previsto en los artículos 80 y 81, que admiten al litigante rebelde instar incidentalmente¹¹⁹ por la nulidad de todo lo obrado en el juicio en que no se le ha hecho saber en persona ninguna de las providencias libradas en el juicio, ofreciendo acreditar que por causa que no le ha sido imputable “han dejado de llegar a sus manos las copias a que se refieren los artículos 40 y 44 o que ellas no son exactas en su parte substancial”; derecho que puede ejercer dentro de cinco días “contados desde que aparezca o se acredite que el litigante tuvo conocimiento personal del juicio”.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha extendido la institución de la cosa juzgada aparente y la sanción de nulidad de lo obrado¹²⁰ –declarable por medio de incidencia– a otros casos de defectuoso emplazamiento, como el proceso que se ha seguido con persona que carece de capacidad procesal,¹²¹ hipótesis también aceptada por la doctrina;¹²² que extiende la sanción a la omisión de concurrencia del presupuesto procesal que es la carencia de jurisdicción del órgano cognoscente.¹²³

Es que no es posible en ningún sistema jurídico ignorar la institución de la inexistencia jurídica en el orden procesal, entendida ésta –tal cual la define la doctrina procesal civil francesa– como la “condición del acto de procedimiento o de la providencia que no merece dicho nombre por la falta de alguno de sus elementos constitutivos esenciales; por ejemplo, la decisión dictada por una persona que no está investida de la función de juez”.¹²⁴

No es posible ignorarla –a pretexto de sanabilidad–, porque se inserta en las leyes que gobiernan el pensamiento humano; como enseñaba Aristóteles de Estagira, si hay ideas de las cosas que son, tendrán que haber ideas de las cosas que no son, de modo que la apariencia material de un fallo judicial es ontológicamente una sentencia jurisdiccional en la medida que podamos predicar de ella ciertas cualidades que le son esenciales, en términos tales que si éstas faltan, pues la apariencia de fallo judicial no es una sentencia jurisdiccional

¹¹⁹ Por mucho que la pretensión anulatoria se conciba en Chile como un artículo, esto es, como una cuestión accesoria del juicio, conceptualmente constituye una acción impugnatoria autónoma, en terminología de Montero (*Los recursos en el proceso civil*, obra citada, página 812; la vía chilena es equivalente al llamado “recurso de audiencia al rebelde” en la LEC de 1881 y “rescisión de sentencia firme” en la LEC de 2000) o acción declarativa de certeza negativa en las palabras de Calamandrei.

¹²⁰ Salas explica que “mientras no se abra campo en la jurisprudencia a la teoría de la inexistencia, creemos que, confundida con la nulidad, debe ser declarada por decisión judicial (*Los Incidentes*, Editorial Jurídica, 1994, página 76).

¹²¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 47, sección 1ª, página 247.

¹²² Santa Cruz, *Las nulidades en el Código de Procedimiento Civil Chileno*, 1942, página 86, citado en Pereira, *La cosa juzgada en el proceso civil*, obra citada, página 128, nota 153.

¹²³ Santa Cruz, ídem; también Hoyos, obra citada, página 207.

¹²⁴ *Vocabulario jurídico*, Asociación Henri Capitant, publicado bajo la dirección de Gerard Cornu, Editorial Temis, 1995, página 461.

porque su sustancia no es lo que parecer ser;¹²⁵ es éste, claramente, el caso de una sentencia dictada por quien no es legalmente un juez¹²⁶ o el caso del fallo dictado en un proceso en que el demandado no ha sido legalmente emplazado, bien personalmente, bien por medio de quien no le representa en derecho, o en un proceso que se ha seguido en contra de una supuesta persona jurídica que carece de existencia legal o que se ha extinguido con antelación al emplazamiento; o el caso de una apariencia de fallo que no contiene una parte dispositiva o que contiene dispositivos contradictorios e incompatibles entre sí; idea que puede aplicarse además a la cosa juzgada labrada por fraude del juez o de las partes.

En síntesis, hay inexistencia procesal en los casos en que se está frente a una forma de la que ontológicamente no puede predicarse que “es” una sentencia, situaciones en que cabrá pronunciar su radical nulidad con fundamento y amparo en la regla del artículo 7° de la Carta Fundamental; como se ha visto, pese a la enorme fuerza del principio germánico de la validez formal de la sentencia judicial, de la que surgió la nulidad y el saneamiento por la operación de la cosa juzgada, éste encuentra límite en la idea racional que proviene de la filosofía realista aristotélica y este límite no ha podido menos que ser admitido por la jurisprudencia de la Corte Suprema en eventos como los que han sido consignados previamente.

Es oportuno expresar que esta institución ha cobrado renovada vigencia en el derecho internacional de los derechos humanos, puesto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia de 22 de noviembre de 2004, resolvió que “el desarrollo de la legislación y de la jurisprudencia internacionales¹²⁷ ha permitido el examen de la llamada “cosa juzgada fraudulenta” que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad”; de modo que cabe esperar la extensión de la idea de inexistencia de la sentencia judicial a los casos de infracción grave del debido proceso y de las garantías judiciales mínimas; en otros términos: la sujeción de la sentencia judicial al debido proceso y a las garantías judiciales mínimas viene a constituir –en el derecho contemporáneo– un elemento normativo que integra su sustancia o esencia ontológica.

¹²⁵ García Morente, *Lecciones preliminares de filosofía*, Editorial Losada, 2004, páginas 112 y siguientes.

¹²⁶ Es éste el caso de los llamados “jueces tributarios” delegados de los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos en aplicación de la regla prevista en el artículo 116 del Código Tributario; a este respecto, el Tribunal Constitucional ha dicho: “23° Que si la jurisdicción sólo puede ejercerse por los tribunales establecidos por la ley, sean ordinarios o especiales, toda persona que pretenda desempeñarse como juez de esos tribunales, sin haber sido instituida por el legislador, sino que por un acto administrativo, se constituye en una comisión especial expresamente prohibida por la Carta Fundamental” (sentencia de 5 de septiembre de 2006 dictada en los autos Rol N° 499/06).

¹²⁷ *Cfr., inter alia*, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, U.N. Doc. A/CONF.183/9 (1998), art. 20; Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, UN Doc. S/Res/955 (1994), art. 9; y Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, UN Doc. S/Res/827 (1993), art. 10.

III.4. Preparación del recurso como exigencia de justicia, moralidad y conveniencia.

Es interesante agregar que nuestro legislador –con origen directo en el artículo 15 de la ley mariana de 1° de marzo de 1837– previene como regla general que para que pueda ser admitido el recurso de casación en la forma es indispensable que el que lo entabla haya reclamado de la falta, ejerciendo oportunamente y en todos sus grados los recursos establecidos por la ley;¹²⁸ de este modo la ley procesal civil ha establecido, en cuanto obstáculo a la casación formal, la institución que la doctrina moderna conoce como abuso institucional de derecho por reclamación extemporánea¹²⁹ y que es esencial a una correcta operatoria procesal, porque no puede aceptarse que el litigante, objetando errores *in procedendo*, “cree dificultades a su adversario sin defender intereses propios legítimos”,¹³⁰ cuyo es el caso de la reclamación extemporánea o reservada. En efecto, la exigencia de preparación de la casación formal obedece a “un principio de justicia, de conveniencia y aun de moralidad”; porque “no es justo tener a los tribunales en perpetua ansiedad dejando al arbitrio de los litigantes el reclamar sin restricción de tiempo los defectos que tal vez inadvertidamente puedan aquellos cometer; ni es conveniente que pudiendo subsanarse una falta por el mismo que incurrió en ella, se permita –sin reclamar ante él– recurrir a otro tribunal y apelar a un medio extremo; ni puede permitirse, sin ofensa de la moralidad y sin faltar al decoro debido a la magistratura, que el litigante que advierte un defecto –muchas veces consentido o provocado por él– use de la perfidia de esperar a la determinación final del negocio, para, si le es contraria, reclamarla por el defecto consentido si le es desfavorable o conformarse con ella si le es favorable”;¹³¹ es ésta otra manifestación –especialmente fina– de la conversión de la acción ordinaria de nulidad por error *in procedendo* en medio de gravamen.

Se hace excepción a la exigencia de preparación: (i) en el sentido que cuando se trata de impugnar en casación formal la sentencia de segundo grado por motivo de *ultra petita partum*, *rei iudicata* o decisiones contradictorias, es innecesario que se haya reclamado contra la sentencia de primera instancia, aun cuando hayan afectado también a ésta los vicios que motivan el recurso;¹³² (ii) cuando la ley no admite recurso alguno contra la resolución en que se haya cometido la falta;¹³³ (iii) cuando la falta haya tenido lugar en el pronunciamiento mismo

¹²⁸ Inciso 1° del artículo 769.

¹²⁹ Zeiss, *El dolo procesal*, Ejea, 1979, página 37.

¹³⁰ Zeiss, obra citada, página 37.

¹³¹ Bravo Murillo, citado por Pacheco en sus *Comentarios al Decreto de 4 de noviembre de 1838 que reglamentó en España el recurso de nulidad*, citado a su vez por Lira, obra citada, Parte Teórica, Tomo I, página 345, nota (u).

¹³² Inciso 3° del artículo 769.

¹³³ Inciso 2° del artículo 769.

de la sentencia que se trata de casar;¹³⁴ y (iv) cuando la falta haya llegado al conocimiento de la parte después de pronunciada la sentencia;¹³⁵ en el caso (i) la ley procesal civil privilegia la subsanación del error *in procedendo* en atención a su intensa gravedad en la operatoria jurisdiccional; y en los casos (ii), (iii) y (iv), la previa reclamación es lógicamente inexigible.

III.5. La exigencia de nexo causal entre el error *in procedendo* y el dispositivo del fallo como baremo de trascendencia del vicio de casación formal.

Pero no basta con la concurrencia de un motivo de casación formal para que la sentencia que padece de vicio pueda ser abrogada de la realidad jurídica concreta: el inciso 3° del artículo 768 dispone que el tribunal podrá desestimar el recurso de casación en la forma cuando el vicio no ha influido en lo dispositivo del fallo. El profesor penquista don Julio Salas, tratando del principio de trascendencia de la nulidad procesal, recuerda las palabras de Couture: “para llegar a una adecuada solución en materia de nulidades por defectos de forma, hay que tener en cuenta que ella no es sino un medio de protección de intereses jurídicos lesionados a raíz del apartamiento de las formalidades y no una manera de amparar preciosismos jurídicos”.¹³⁶ En el orden de la casación formal –que es una modalidad de operación de la nulidad procesal– el legislador ha recogido el más exigente de todos los baremos de trascendencia del vicio¹³⁷ –sostenido por Mortara y criticado por la Relazione de Stoppato con análisis de legislaciones extranjeras– al recoger el sistema “que guarda relación con el nexo de causalidad entre la inejecución de ley procesal y el contenido de la sentencia” en términos tales que producen nulidad del fallo “solamente aquellas inejecuciones de preceptos procesales que puedan originar consecuencias sobre la decisión del mérito en daño de una de las partes (*pas de nullité sans grief*)”;¹³⁸ de modo que, en Chile, el acogimiento imperativo de la casación formal depende de que pueda demostrarse no sólo la existencia del error *in procedendo*, sino la rigurosa circunstancia de que el dispositivo agravante al recurrente trae una causa que es posible atribuir o imputar al vicio formal.

¹³⁴ Inciso 2° del artículo 769.

¹³⁵ Inciso 2° del artículo 769.

¹³⁶ Salas, *Los Incidentes*, Editorial Jurídica, 1994, página 86. Acerca de la referencia a la doctrina del sabio procesalista uruguayo sobre el principio de trascendencia, véase Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Desalma, 1990, página 390.

¹³⁷ Que es ésta una manifestación del principio de trascendencia se expresa en Salas, “Los principios de especificidad, convalidación, trascendencia y extensión de la nulidad procesal en la legislación chilena”, publicado originariamente en la Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N° 151-152, enero-junio de 1970, y en la Revista de Derecho Procesal, noviembre de 1972, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile; y en *Estudios de Derecho Procesal*, Editorial Lexis Nexis, 2006, página 188.

¹³⁸ Calamandrei, *La casación civil*, volumen II, página 263, nota 9, d).

III.6. La casación formal como remedio extremo.

No puede preterirse, tampoco, que la casación formal chilena está concebida como un remedio extremo,¹³⁹ en el sentido que la casación formal no es de acogimiento imperativo en todo caso en que el daño derivado del error *in procedendo* habría podido o puede ser removido a través de otros medios procesales;¹⁴⁰ y esto por dos razones de *iure conditio*.

En primer lugar, porque al tenor del inciso 3° del artículo 768 el tribunal podrá desestimar el recurso de casación si de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo, de modo que si es posible que el agraviado quede indemne del efecto pernicioso del error *in procedendo* a través de otra vía procesal—como el fallo del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que ha de haber sido deducido conjuntamente—¹⁴¹ la impugnación formal puede ser rechazada.

Y, en segundo lugar, porque con arreglo al inciso final del artículo 768 el tribunal que conoce de la impugnación puede asimismo desestimar el recurso de casación en la forma limitándose a ordenar al de la causa que complete la sentencia cuando el vicio en que se funda el recurso sea la falta de pronunciamiento sobre alguna acción o excepción que se haya hecho valer oportunamente en el juicio; principio que es reiterado en el ámbito de la casación oficiosa por el inciso 2° del artículo 775 en cuanto previene que si el defecto que se advierte es la omisión del fallo sobre alguna acción o 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.

III.7. El pronunciamiento de nulidad, en casación formal, como una declaración constitutiva; distinción en el orden de la inexistencia.

Por otra parte, en los términos de nuestro ordenamiento positivo,¹⁴² en evento de acogimiento de la impugnación, el fallo debe declarar la invalidación o casación¹⁴³ de la sentencia atacada. Este pronunciamiento tiene carácter

¹³⁹ Bravo Murillo, citado por Pacheco en sus Comentarios al Decreto de 4 de noviembre de 1838 que reglamentó en España el recurso de nulidad, citado a su vez por Lira, obra citada, Parte Teórica, Tomo I, página 345, nota (u); con la misma terminología, Chioyenda, *Principios*, citado en Calamandrei, *La casación civil*, obra citada, volumen I, página 212.

¹⁴⁰ Esta específica modalidad de la concepción de la casación formal como remedio extremo, que se halla en la ley chilena, es distinta de la abordada—en sentido positivo y negativo—por la doctrina italiana clásica de Chioyenda y Calamandrei; véase, Calamandrei, *La casación civil*, volumen II, páginas 244 y siguientes, en relación con el volumen I, páginas 211 y siguientes.

¹⁴¹ Inciso 2° del artículo 770.

¹⁴² Artículo 786.

¹⁴³ La palabra “casar” proviene del latín *casare*, que significa abrogar o derogar; por su parte, “casación” proviene del término francés *cassation*, derivado a su vez de *casser*, que se traduce como anular, romper o quebrantar.

constitutivo, porque produce en el mundo jurídico una variación.¹⁴⁴ No se trata de la simple declaración de una situación jurídica que es propia de una declaración de certeza. La variación negativa quita existencia y eficacia a la sentencia impugnada, que “se considera desde aquel momento en adelante como si nunca hubiera existido”,¹⁴⁵ cualquiera haya sido el motivo acogido. Diversa es la situación de la nulidad pronunciada por vicio de inexistencia; pese a que es de obvia necesidad el pronunciamiento judicial anulatorio, éste tiene la naturaleza de una declaración de certeza negativa, como ocurría en el derecho romano.

III.8. Eficacia de la declaración de nulidad, en casación formal, y suerte ulterior del proceso.

Pero en lo que hace a la suerte ulterior del proceso sí es preciso distinguir: (i) si el vicio que ha dado lugar a la invalidación de la sentencia fuere alguno de los de *ultra petita partem*, infracción a la cosa juzgada, omisión de exhaustividad de la exposición o de la argumentación de hecho y de derecho y o de la decisión u omisión de coherencia de la argumentación de hecho o de derecho o de la decisión, contemplados en las causales 4ª, 5ª, 6ª y 7ª del artículo 768, los incisos 3º y final del artículo 786 previenen que deberá el mismo tribunal que declaró la casación formal, acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, dictar la sentencia que corresponda con arreglo a la ley; así, el tribunal de casación se subroga al tribunal que dictó la sentencia impugnada para dictar la sentencia del grado correspondiente, con las exigencias propias de éste y dentro de la circunscripción competencial legalmente pertinente; es importante tener en cuenta que, en evento de casación formal, la abrogación del fallo es absoluta, de suerte que éste carece de ultractividad alguna, en términos tales que no implica predeterminación alguna respecto de la nueva sentencia; esta cualidad es diversa de la casación de fondo por error *in iudicando*, puesto que, en este último caso, con arreglo al inciso primero del artículo 785, la abrogación es parcial, desde que la sentencia de reemplazo debe dictarse conforme al mérito de los hechos tales como se han dado por establecidos en el fallo recurrido y a los fundamentos de derecho de la resolución casada que no se refieran a los puntos que hayan sido materia del recurso –que deben ser reproducidos– y a la parte del fallo no afectado por éste; o (ii) tratándose de cualquiera otra especie de vicio *in procedendo*, con arreglo a los incisos 1º y 2º del artículo 786, la misma sentencia que declara la casación determinará el estado en que queda el proceso, el cual se remitirá para su conocimiento al tribunal correspondiente, que es aquel a quien tocaría conocer del negocio en caso de recusación del juez o jueces que pronunciaron la sentencia casada.

¹⁴⁴ Calamandrei, *La casación civil*, obra citada, volumen II, página 279.

¹⁴⁵ Calamandrei, *La casación civil*, obra citada, volumen II, página 279.

III.9. La casación oficiosa en cuanto anormalidad de la concepción del instituto como medio de gravamen y del saneamiento del error *in procedendo*.

Finalmente, el artículo 776, desdibujando parcialmente la concepción de la casación formal como el ejercicio de un poder de gravamen, consagra ampliamente entre nosotros la institución oficiosa, al disponer que pueden los tribunales, conociendo por vía de apelación, consulta o casación o en alguna incidencia, invalidar de oficio las sentencias cuando los antecedentes del recurso manifiesten que ellas adolecen de vicios que dan lugar a la casación en la forma;¹⁴⁶ no rige en Chile, en este orden, el “canon cardinal de todo el proceso y de todo el ordenamiento judicial, que es la regla *ne eat iudex ultra petita partium*”¹⁴⁷ considerándose las exigencias procesales mínimas como cuestiones de orden público que pueden ser puestas de relieve de oficio por los tribunales colegiados que cuentan con competencia legal de conocimiento y decisión en casación formal.

III.10. La casación formal es garantía de observancia del principio constitucional de sujeción de los fallos a la ley –*iura iudex secundum jus*–; pero es también una garantía imprescindible a la viabilidad de la casación en el fondo por error *in iudicando* en la *quaestio juris*.

Durante los tres primeros siglos de Roma la fuente básica de derecho privado y penal estaba formada por los usos y costumbres de antepasados –*mores majorum*–, circunstancia que generó incertidumbre jurídica, la que en concreto permitió y produjo la arbitrariedad de los magistrados patricios de que fueron víctimas los plebeyos; fue la justa reclamación de éstos –interpretada por los tribunos de la plebe– la que generó el establecimiento de una ley que rigiera y fuere igualmente aplicable a todos los ciudadanos: ésta fue la Ley de las XII Tablas (450 a.C.) –que según Cicerón los niños aprendían de memoria– inspirada en las fuentes legislativas griegas de Solón y Licurgo, que encontraban base en el principio de isonomía (igualdad ante la ley); la concreta vivencia histórica demuestra, mejor que ninguna abstracción, que la fuente de derecho que es la ley es un instrumento normativo cuya finalidad es esta: lograr certidumbre e igualdad jurídica por medio de su aplicación correcta y uniforme.

Son estos mismos principios los que proclamaron mucho más tarde los revolucionarios franceses del siglo XVIII y que se recogen en Chile –en la suprema

¹⁴⁶ Aunque debiendo oír sobre este punto a los abogados que concurran a alegar en la vista de la causa e indicar a los mismos los posibles vicios sobre los cuales deberán alegar; esta exigencia de la casación formal oficiosa, prevista por la ley procesal para evitar la indefensión de las partes, ha sido preterida por la Corte Suprema, en la práctica, con tanta intensidad, que desde un punto de vista práctico se justifica la mención en simple nota.

¹⁴⁷ Calamandrei, *La casación civil*, obra citada, volumen II, página 270.

jerarquía del ordenamiento contemporáneo– en el inciso 1° del artículo 6° de la Carta Fundamental, en cuanto manda que los órganos estatales deben someter su acción a las normas dictadas conforme a la Constitución, es decir, básicamente a la ley, de manera que los fallos de los jueces deben subordinarse estrictamente a ésta;¹⁴⁸ también en el N° 2 de su artículo 19, en cuanto asegura a todas las personas la igualdad ante la ley y prohíbe que autoridad alguna –concepto que cubre a los jueces– establezca diferencias arbitrarias; y, finalmente, en el N° 3° del propio artículo 19, que asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Sobre esta base, la casación formal es garantía –en un sentido básico y primario– de la estricta aplicación de la ley en las sentencias judiciales, en la medida que permite obtener la invalidación de aquellas que carezcan de consideraciones de derecho o de la cita de las leyes aplicadas,¹⁴⁹ puesto que esta omisión es índice evidente de pretensión de los jueces de fallar al margen de la ley; es por esto que la Corte Suprema ha resuelto reiteradamente que la exigencia de fundamentación de derecho “tiende a asegurar la legalidad de los fallos”.¹⁵⁰

Empero, la casación formal no tiene por objeto asegurar la correcta y uniforme aplicación de la ley y es por esto que el más alto Tribunal ha expresado también que mediante esta vía de impugnación puede denunciarse la omisión de fundamentación, mas no la impropiedad de la argumentación del juez.¹⁵¹

Es bien sabido que la cautela de correcta y uniforme aplicación de la ley (represión del error *in iudicando* en la *quaestio iuris* o yerro de derecho) sólo es lograda por medio del arbitrio de casación en el fondo que permite lograr la invalidación de las sentencias dictadas con infracción de ley.¹⁵²

La infracción de ley puede ocurrir:¹⁵³

(i) en la premisa mayor del silogismo (error de derecho abstracto):

¹⁴⁸ El recuerdo histórico, normativo y –fundamentalmente– garantístico contenido en el texto no sobra –como pudiera pensarse– si se tienen en consideración –aunque sea anecdótica– expresiones actuales tan inaceptables como las del Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago don Carlos Cerda Fernández, que constituyen –en mi concepto– una manifestación de la más peligrosa y criticable arbitrariedad judicial: “El juzgar implica diversos aspectos. O si se quiere, en el juicio jurisdiccional influyen variados elementos. El principal es el de la propia personalidad del juzgador. Su ideología, su manera de entender las cosas, su forma de ver el mundo, su visión de la realidad, sus valoraciones y principios” (*Iuris dictio*, Editorial Jurídica, 1992, página 222).

¹⁴⁹ Artículo 768 N° 5° en relación con el artículo 170 N°s 4 y 5.

¹⁵⁰ Por ejemplo, entre innumerables sentencias, Roles N°s 3.305/02, 4.773/02, 4.940/02, 4.347/02, 145/03, 363/03, 1.219/03, 1.882/03 y 833/04.

¹⁵¹ Por ejemplo, entre muchos fallos, Roles N°s 1.844/03 y 367/04.

¹⁵² Artículos 764, 765 y 767.

¹⁵³ Las siguientes explicaciones siguen las preclaras enseñanzas de Calamandrei, *La casación civil*, volumen II, páginas 290 y siguientes.

(i.a) porque el juez ha ignorado –o se ha negado a reconocer– la existencia o la vigencia en el tiempo o en el espacio de cierta norma legal aplicable al caso concreto y por esto no la ha aplicado en el acto de juzgamiento; es lo en el derecho romano se denominaba error “*contra ius constitutionis*”, en el derecho común “*error contra ius in thesi clarum*”, en el derecho revolucionario francés “*contravention expresse au texte de la loi*”, y Chiovenda llama “desconocimiento de una voluntad abstracta de ley”;

(i.b) porque el juez, pese a reconocer la existencia y vigencia en el tiempo y en el espacio de la norma legal, la ha interpretado erróneamente y en virtud de este equivocado entendimiento de sentido o alcance la ha aplicado incorrectamente al caso concreto; es lo que se denomina “falsa interpretación de ley” u omisión de aplicación de “lo que se puede deducir de la ley”;

(ii) en la premisa menor del silogismo (error de derecho concreto):

(ii.a) porque el juez ha incurrido en error en la calificación jurídica de los hechos que ha tenido por establecidos; esta modalidad consiste en que el juez ha elegido equivocadamente –entre los hechos establecidos– las circunstancias fácticas de verdadera trascendencia calificatoria –*essentialia negotii*– y es en razón de este yerro que ha extraído el caso concreto *sub iudice* de la del instituto jurídico en que ha debido hacerlo entrar o con el que ha debido cubrirlo, obviando, así, la aplicación de la norma legal que define el instituto jurídico aplicable a los hechos juzgados; y, en consecuencia, obviando también la aplicación de las leyes reguladoras de ese instituto jurídico; se trata del llamado error de “diagnóstico jurídico”; es preciso anotar que el error de calificación jurídica o de diagnóstico jurídica se presenta en el silogismo judicial instrumental, que es necesariamente previo al silogismo definitivo de aplicación de la ley a los hechos establecidos; en efecto, para determinar cuál es la ley aplicable a los hechos establecidos, ha de determinarse –con antelación y previamente– cuál es la calificación legal de estos últimos;

(ii.b) porque el juez, pese a que ha calificado correctamente los hechos establecidos, cubriéndolos dentro del instituto jurídico que es adecuado al caso concreto según la ley, y a consecuencia de esto también ha seleccionado acertadamente la norma legal aplicable a esas circunstancias fácticas, ocurre que más tarde ha incurrido en yerro –en establecimiento de semejanza o diferencia– al contrastar los hechos establecidos en el caso concreto con el hecho específico comprendido en la hipótesis de la regla legal que había seleccionado adecuadamente; de esta manera y en virtud de este equívoco ha obviado la aplicación de la norma legal, porque no ha atribuido al caso concreto los efectos abstractos que vienen previstos en la norma legal para el caso que se verifique en la realidad concreta el hecho legal específico que es objeto de

la hipótesis normativa; lo cual puede ocurrir de dos maneras: bien porque el juez ha atribuido los efectos previstos en la norma legal a un caso concreto distinto del hecho previsto en abstracto como hipótesis por aquélla o bien porque el juez ha omitido atribuir los efectos previstos en la norma legal a un caso concreto comprendido dentro del hecho previsto en abstracto y como hipótesis por aquélla; es lo que se denomina "falsa aplicación de ley" o "error de subsunción del caso particular bajo la norma"; y

(iii) en la conclusión del silogismo (error de derecho concerniente a la lógica del razonamiento legal): porque, pese a que el juez ha calificado correctamente los hechos establecidos y a consecuencia de esto ha seleccionado acertadamente la norma legal aplicable a esas circunstancias fácticas; pese también a que luego ha contrastado adecuadamente los hechos establecidos en el caso concreto con el hecho específico comprendido en la hipótesis de la norma legal seleccionada; pese igualmente a que ha reconocido la existencia y vigencia en el tiempo y en el espacio de la norma legal seleccionada; y, finalmente, pese a que ha interpretando correctamente la norma legal seleccionada, fijando acertadamente su sentido y alcance; ocurre que el juez no ha aplicado al caso concreto la consecuencia jurídica o efecto jurídico previsto en la norma legal –seleccionada adecuadamente– para el hecho que es hipótesis de ésta –dejando de aplicar esa consecuencia o efecto jurídico y con ello obviando la ley seleccionada correctamente – o bien ha aplicado una consecuencia o efecto jurídico distinto al previsto en la misma norma legal, con lo que igualmente ha dejado de aplicarla; es éste un "error de razonamiento" o un "error en la conclusión".¹⁵⁴

¹⁵⁴ Las distintas alternativas de error de derecho en la elaboración de los silogismos instrumentales o de fondo de la sentencia pueden ser reconducidas –todas– a las hipótesis citadas en el texto. Pero es imposible omitir referencia en nota a ciertas situaciones que –no obstante encontrarse cubiertas por lo dicho arriba– son clásicas y presentan singularidades. Una es la correspondiente a la interpretación de los contratos y el deslinde conceptual con su calificación jurídica, tema acerca del que puede consultarse provechosamente el comentario jurisprudencial del profesor Domínguez Aguila en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción N° 215-216, enero-junio y julio-diciembre 2004, páginas 357 y siguientes, así como –en cuanto al período jurisprudencial que se analiza al final de este estudio– los fallos de la Corte Suprema recaídos en Roles N°s 3.482/02, 3.598/02, 3.692/02, 4.009/02, 4.109/02, 141/03, 913/03, 1.876/03 y 3.537/02. Y otra es la concerniente a la eventual infracción a leyes reguladoras de la prueba en cuanto silogismo jurídico instrumental de necesaria aplicación en el proceso de establecimiento de los hechos, en el sentido que "la única forma en que por medio de un recurso de casación en el fondo pueden variar los hechos establecidos por los sentenciadores de las instancias es a través de la denuncia y comprobación de haberse violado leyes reguladoras de la prueba, que son las que establecen parámetros fijos de apreciación" (Roles N°s 276/03 y 333/03); pero, todavía dentro de esta cuestión, es preciso hacer una referencia especial a la notable dispersión de criterios jurisprudenciales acerca de si es o no posible –y en qué caso es posible– que tenga lugar infracción a leyes reguladoras de la prueba en los eventos en que el legislador manda apreciarla con arreglo a la sana crítica: i) en los autos Roles N°s 3.321/02, 3.322/02, 3.325/02, 3.340/02, 3.344/02, 3.413/02, 3.414/02, 3.453/02, 3.476/02, 3.477/02, 3.511/02, 3.530/02, 3.594/02, 3.602/02, 3.615/02, 3.642/02, 3.698/02, 3.757/02, 3.785/02, 3.791/02, 3.804/02, 3.805/02, 3.851/02, 3.871/02, 3.889/02, 3.914/02, 3.937/02, 3.949/02, 3.958/02, 3.988/02, 4.222/02, 70/03, 323/03, 1.536/03, 1.542/03, 1.576/03, 1.609/03, 1.610/03, 1.652/03, 1.707/03, 1.879/03, 2.007/03, 63/04, 67/04, 82/04, 91/04,

Pues bien, la viabilidad de la revisión del juicio de derecho a través del instituto impugnativo del recurso de casación en el fondo encuentra asegurada su concreta viabilidad y eficaz operación a través de la previa garantía que implica la casación formal; en efecto, de las explicaciones precedentes es posible deducir que sólo es posible determinar, denunciar y ponderar un error de derecho o *in iudicando*, en la ineludible medida en que la sentencia judicial haya establecido efectivamente y de manera íntegra y completa los hechos acerca de los cuales se ha debatido en la litis –por cierto en cuanto sean pertinentes a la aplicación del precepto legal cuya infracción se denuncia–; establecimiento que ha debido realizarse por la sentencia de instancia de la manera prevista en la ley ordenatoria litis que es el artículo 170 N° 4° en relación con el Auto Acordado de la Corte Suprema de 30 de septiembre de 1920, que rige la forma de los fallos; su infracción autoriza la casación formal en virtud del artículo 768 N° 5°.

Esto es así porque el error de *iure in iudicando*, yerro de derecho o infracción de ley, presupone conceptualmente unos hechos a los cuales la norma legal –supuestamente infringida– haya podido y debido ser aplicada; así, no es posible al recurrente de casación en el fondo demostrar argumentativamente un error de derecho si no tiene en la sentencia de instancia unos hechos establecidos firmemente y a partir de los cuales pueda razonar en derecho acerca de la correcta aplicación –a esos hechos– de la norma legal que dice infringida. Tampoco es posible –en esa misma omisión de establecimiento de hechos por la sentencia de instancia– al tribunal de casación en el fondo determinar la concurrencia o inconcurrencia de una infracción de ley porque el razonamiento de derecho exige hechos claramente establecidos y a los cuales la ley

211/04, 408/04, 425/04 y 1.066/04, la Corte Suprema ha decidido que la infracción es posible en la medida que los sentenciadores del fondo hayan procedido con desatención de las razones simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud ha correspondido asignar valor o desestimar la eficacia de las probanzas producidas; ii) en los autos Roles N°s 875/03; 914/03, 965/03, 1296/03 y 1539/03, la Corte Suprema sostiene un criterio conceptualmente similar, pero exige que los sentenciadores del fondo hayan incurrido en “grueso error... aplicándolas de manera manifiestamente errónea o, incluso, arbitraria”; en similar sentido, en los autos Roles N°s 371/03 y 438/03, la Corte Suprema exige que “los sentenciadores de la instancia se hayan apartado de las reglas de la experiencia y buen sentido o criterio, de un modo muy notorio”; y (iii) en cambio, en contrario sentido, en los autos Rol N° 3.464/02, la Corte Suprema niega perentoriamente la posibilidad de infracción en este caso, puesto que afirma: “El recurso de casación en el fondo, según se manda en el artículo 767 del CPC en relación con lo dispuesto en el artículo 764 del mismo cuerpo legal, se halla instituido para invalidar determinadas sentencias pronunciadas con infracción de ley; enunciado este que conduce a desestimar el capítulo en análisis del arbitrio de nulidad propuesto en estos autos, habida cuenta de que, por no haberse definido en el artículo 425 del CPC ni en otra norma cualquiera de este cuerpo normativo el concepto de sana crítica, no puede, a su respecto, incurriarse en infracción de ley, que permita anular una sentencia, desde que no hay una norma legal susceptible de ser quebrantada para fundar su invalidación”; e igualmente, en los autos Rol N° 4.945/02, la Corte Suprema falló que “una vez más es preciso recordar lo que es jurisprudencia invariable (¿?) de esta Corte, en el sentido de que cuando la ley confiere al tribunal esa facultad de apreciar la prueba según las reglas de la sana crítica, la causal de casación del artículo 546 N° 7° del CPP no puede configurarse, pues ello implica que, habiéndose abandonado el sistema de prueba tasada, ya no existen leyes que regulen la apreciación de la evidencia y que pudieran resultar quebrantadas por el fallador”.

supuestamente infringida haya podido y debido ser aplicada –el tribunal de casación carece de competencia legal para establecer por sí mismo los hechos del caso concreto–.¹⁵⁵

Lo que se acaba de decir es aplicable, desde luego, a la sentencia de casación en el fondo; pero hay más: en lo correspondiente a la sentencia de reemplazo que ha de pronunciar el tribunal de casación en el fondo –después de acoger el arbitrio invalidatorio de la sentencia de instancia– el inciso 1° del artículo 785 le impone imperativamente estarse a “los hechos tales como se han dado por establecidos en el fallo recurrido” y dictar –necesariamente sobre esta base fáctica predisuelta por los jueces de instancia que no puede ser alterada o adicionada en manera alguna– “la sentencia que crea conforme a la ley”. De esto se colige que si los hechos –a los que ha de aplicarse correctamente la ley denunciada como infringida– no han venido establecidos completa e íntegramente en la sentencia recurrida –de la manera y con la integridad prevista en el artículo 170 N° 4° en relación con el Auto Acordado de la Corte Suprema de 30 de septiembre de 1920 que rige la forma de los fallos–, por cierto en cuanto tenga conexión con el error de derecho denunciado, es posible colegir que el tribunal de casación en el fondo se hallará en la imposibilidad jurídica de dictar sentencia de reemplazo; y esta imposibilidad jurídica se traduce necesariamente en la imperatividad de desestimación del arbitrio de nulidad de fondo.

Muchos ejemplos jurisprudenciales pueden proporcionarse de lo que se acaba de expresar y, pese a esa pluralidad histórica, el concepto no es suficientemente comprendido en la práctica forense y este defecto de entendimiento conduce a la errónea selección de los arbitrios de impugnación.

Para citar sólo unos casos ejemplares, es posible mencionar: (i) la sentencia desestimatoria del recurso de casación en el fondo Rol N° 4.040/02: “se recurre de casación en el fondo contra la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Rancagua, que confirma la de primer grado que rechaza las acciones de nulidad de un contrato de compraventa de un inmueble y de reivindicación del mismo; el recurso sostiene que el contrato indicado adolece de un vicio del consentimiento, ya que existió un error esencial en la cosa vendida, circunstancia que habilita a declarar su nulidad; aun cuando fueren efectivas las infracciones de ley mencionadas por el recurrente, lo cierto es que en ninguna de las sentencias de la instancia se encuentra establecido el error esencial alegado por el actor; por ende, de acogerse el recurso de casación, este tribunal estaría impedido de dictar la respectiva sentencia de

¹⁵⁵ Salvo el caso de infracción de ley en la sentencia de instancia en lo concerniente al silogismo instrumental en que han debido recibir correcta aplicación las leyes reguladoras de la prueba (por ejemplo, entre muchos, Roles N°s 276/03 y 333/03).

reemplazo que acogiera la pretensión del recurrente, ya que no es materia de esta sede de casación el establecimiento de dicho hecho básico; por ello, el recurso en estudio adolece de manifiesta falta de fundamento”; (ii) la sentencia desestimatoria del recurso de casación en el fondo Rol N° 4.063/02: “por lo anterior la conclusión es que los jueces del fondo no fijaron hechos en sus sentencias y, al obrar de dicha manera, sin explicar sobre la base de qué hecho llegaron a determinar lo que se concedió, se impide a esta Corte Suprema analizar si la sentencia es ilegal, esto es, si hubo error de derecho o infracción de ley al aplicar esta clase de normas jurídicas a hechos claramente determinados”; y (iii) la sentencia desestimatoria del recurso de casación en el fondo Rol N° 1.663/03: “empero, dicho error de derecho no influye en lo dispositivo del fallo; en efecto, como se dijo anteriormente, la Corte de Apelaciones eliminó del fallo de primer grado todo lo concerniente a la valoración de la prueba y al establecimiento de los hechos, específicamente al presupuesto fáctico consistente en la no existencia de simulación, sin establecer otros hechos, de suerte que no es posible acceder a la casación en el fondo solicitada desde que, en tal evento, esta Corte de Casación se vería en la imposibilidad de dictar la correspondiente sentencia de reemplazo, teniendo presente que el artículo 785 del CPC previene que dicha resolución, la de reemplazo, ha de dictarse conforme al mérito de los hechos tales como se han dado por establecidos en el fallo recurrido, debiendo dejarse constancia que los presupuestos fácticos consignados en la sentencia de la Corte de Apelaciones y a los que se ha hecho referencia en la letra i) del motivo 2° de este fallo son absolutamente insuficientes para estos efectos; la no fijación de los hechos constituye una causal de casación de forma, recurso que no ha sido interpuesto por los actores; en consecuencia, el recurso de casación de fondo examinado deberá ser rechazado”.

De este modo, la casación formal opera como garantía indirecta de viabilidad y eficacia concreta del recurso de casación en el fondo –y por lo mismo de aplicación del principio *iura iudex secundum ius* que tiene en Chile reconocimiento constitucional explícito–, porque en aquel caso en que la sentencia de instancia omite el establecimiento de los hechos debatidos –cuya clara fijación es imprescindible a los fines de la aplicación de la ley decisoria de la litis– puede recurrirse de nulidad formal para el fallo que haya incurrido –en el orden fáctico– en falta de exhaustividad de hecho –incongruencia por omisión o por defecto– en modalidad simple o compleja –incoherencia o contradictoriedad de las consideraciones de hecho–.

La necesaria sujeción a la ley de los fallos judiciales es una base institucional en nuestro Estado de Derecho, que no es del exclusivo interés de las partes,

sino también de la nación entera;¹⁵⁶ la casación formal cumple –como se ha demostrado– un rol indirecto pero esencial a este fin; y el abogado litigante debe tenerlo en cuenta a objeto de seleccionar y emplear con correcta técnica y resultado adecuado los arbitrios recursivos.

¹⁵⁶ Tal vez ello justifique la casación de forma de oficio autorizada por el artículo 775 y la casación de fondo de oficio permitida por el artículo 785, usualmente criticadas por la doctrina, sin suficiente análisis en derecho constitucional en mi opinión.