

**Nº 188**  
**AÑO LVIII**  
**JULIO-DICIEMBRE**  
**1990**

**ISSN 0303-9986**



# **REVISTA DE DERECHO**

**UNIVERSIDAD DE  
CONCEPCION**

**Facultad de  
Ciencias Jurídicas  
y Sociales**

## *OPORTUNIDAD EN QUE DEBEN PROMOVERSE LOS INCIDENTES SITUACION ESPECIAL DEL DE NULIDAD PROCESAL EN EL JUICIO CIVIL Y PENAL*

JULIO SALAS VIVALDI  
Profesor de Derecho Procesal  
Universidad de Concepción

### *GENERALIDADES*

Todo proceso debe ser sustanciado sin dilación, procurándose eludir las causas que lo demoran y estableciéndose límites para la realización de los actos que lo componen. A ello obedece el afán del legislador, no siempre satisfecho, de simplificar los trámites necesarios, eliminar los superfluos, fijar plazos y oportunidades para determinadas actuaciones, disponer que las acciones se deduzcan conjuntamente, como también las excepciones, etc. Todo esto tiende, necesariamente, en forma decisiva, a la economía y celeridad del procedimiento, a la vez que a una expedita administración de justicia. El Título IX del Libro I del Código de Procedimiento Civil no podía constituir una excepción a esta característica procesal, también aplicable al juicio penal.

En efecto, mirando a la brevedad, vale decir, a que el procedimiento esté exento de trámites inútiles que dificulten la pronta declaración del derecho controvertido, y a la economía, esto es, procurando imponer los menores gastos de tiempo y energías en el proceso, la ley ha establecido las oportunidades en que deben promoverse las cuestiones accesorias, a la vez que determina las sanciones para el caso de su imposición intempestiva.

El legislador ha señalado en los artículos 84, 85 y 86 reglas precisas sobre esta materia con el fin de que los incidentes se vayan promoviendo tan pronto como aparezcan las causas que los originan. De este modo, producidas ellas, la parte respectiva está obligada de inmediato a promover las cuestiones accesorias que estima del caso. En esta forma se simplifica el asunto central, pues se le separa de otros de carácter incidental, sobre los cuales también deben recaer soluciones que en su oportunidad les pongan fin. El juez, entonces, al dictar la sentencia definitiva deberá generalmente estudiar sólo el asunto fundamental controvertido, sin que tenga que distraer su atención en el examen de cuestiones secundarias.

Fuera de las disposiciones mencionadas que se refieren a la generalidad de las incidencias, la Ley 18.705 dedicó el nuevo artículo 83 exclusivamente a determinar las ocasiones en que debe solicitarse por ese medio la nulidad de actos del proceso. Será estudiado más adelante.

Antes de analizar en detalle los artículos señalados es conveniente enunciar algunas reglas de carácter general sobre la materia de que se trata. Son solamente dos:

- a) Los incidentes deben promoverse tan pronto como los motivos que los originan lleguen al conocimiento de la parte interesada.

Esta primera regla la deducimos en el campo procesal civil de los artículos 83 y 85 y se basa en un elemento subjetivo y relativo, cual es el conocimiento que las partes deben tener de ciertos hechos.

Conocer, según la Real Academia de la Lengua, es percibir el entendimiento por el ejercicio de las facultades físicas e intelectuales, la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas o de las ideas.

Atendiendo a este concepto debemos llegar a la conclusión de que lo que la ley requiere es que se tenga un conocimiento real y efectivo de los hechos en que se funda un incidente. No basta, entonces, una simple noción acerca de ellos por rumores u otras formas vagas de percepción. De esta manera nace la obligación de promover incidentes desde que se tenga una idea clara de la existencia de los motivos que los originan, tanto con respecto a su naturaleza como a sus relaciones y efectos.

A falta de otros antecedentes inequívocos, el momento en que se constatan los hechos será el indicado por quien formule el incidente, y si la parte contraria pretende que el conocimiento se produjo en una ocasión diversa, corresponderá a ésta el peso de la prueba.

- b) Los incidentes sólo pueden promoverse, cualquiera que sea el caso, durante la tramitación del juicio en que se producen.

Sabemos que los incidentes tienen vida independiente, ya que acceden al juicio en que se promueven. Pueden interponerse desde que la demanda ha sido expresa o tácitamente notificada y hasta antes de que las partes sean citadas para oír sentencia. En efecto, dispone el artículo 433 que, realizado este último trámite, no se admitirán escritos ni pruebas de ningún género, lo cual se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 83, 84, 159 y 290.

Tenemos así que, por regla general, en el proceso civil sólo es permitido a las partes promover incidentes hasta antes de ser citadas para oír sentencia. Sin embargo, este principio tiene dos excepciones: una comprendida en el mismo artículo 433, respecto de los incidentes de nulidad, siempre que reúnan ciertas condiciones, los cuales pueden hacerse valer hasta antes de la dictación de la sentencia definitiva, y la otra respecto de la situación especialísima del artículo 80, en cuyo caso los incidentes pueden formularse aun hasta después de notificada la sentencia definitiva a alguna de las partes.

Enunciadas ya las reglas generales sobre la oportunidad en que deben promoverse los incidentes, veamos ahora las situaciones especiales contempladas en los artículos 84, 85 y 86, aplicables al proceso penal, a virtud del artículo 43 del Código pertinente, que tienden a impedir que las partes decidan a su entera voluntad cuál es el momento en que pueden formularse las cuestiones accesorias dentro de un litigio, con excepción de la nulidad procesal, que está tratada en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil y 71 del de Procedimiento Penal.

### *INCIDENTES ORIGINADOS EN HECHOS OCURRIDOS ANTES O COETANEOS CON LA INICIACION DEL JUICIO*

El artículo 84, en su inciso 2º dispone: "Si el incidente nace de un hecho anterior al juicio o coexistente con su principio, como defecto legal en el modo de proponer la demanda, deberá promoverlo la parte antes de hacer cualquiera gestión principal en el pleito".

Contempla esta disposición dos casos: a) que los hechos en que se funde el incidente existan antes de iniciar el juicio, o b) que ellos aparezcan en el momento de su iniciación.

Estudiaremos cada una de estas situaciones.

Hechos anteriores al juicio civil son aquellos que existen antes de ser notificada la demanda, sea en forma expresa o tácita, pues es este trámite el necesario para producir la relación procesal. Sólo desde entonces estamos en presencia de un juicio, ya que desde ese instante nacen los efectos procesales de la relación mencionada.

El legislador expresamente así lo ha reconocido, ya que el artículo 1.603, inciso 5º, del Código Civil estatuye que "se entenderá existir juicio desde el momento en que se haya notificado la demanda", lo que ratifica en el artículo 1.911.

Resulta difícil precisar con exactitud qué hechos nacen antes del juicio y cuáles durante su iniciación. Con un criterio estricto llegaremos a la conclusión de que son anteriores al litigio aquellos sucesos que se originan hasta el momento en que se notifica la demanda. De este modo, el artículo 84 contendría una impropiedad al indicar los defectos del modo de promover la demanda como hechos ocurridos en la iniciación del pleito, pues tales defectos habrían tenido lugar antes de que se notifique el libelo, esto es, de que comenzara el juicio.

Siguiendo el criterio del Código, habría que considerar como hechos acaecidos durante la iniciación del juicio, aquellos que se verifican mientras se desarrollan los elementos que constituyen el principio del litigio, esto es, la interposición de la demanda y su notificación, aunque, procesalmente hablando, no exista juicio, desde que no ha sido puesta en noticia de aquel contra quien va dirigida. Estrictamente, como ya se ha dicho, los hechos de que se trata deben considerarse ocurridos antes de que haya propiamente juicio, siempre que ellos tengan lugar con anterioridad a la notificación de la demanda.

En realidad, el problema que nos ocupa no tiene mayor importancia práctica, pues el Código ha dado el mismo tratamiento en ambos casos, de manera que sólo interesa que ellos sean interpuestos antes de realizarse cualquiera gestión principal en el pleito.

En el acápite anterior hemos sentado la regla general de que los incidentes deben promoverse tan pronto como los hechos que los determinan lleguen a conocimiento de la parte respectiva. Sin embargo, tal afirmación no es absoluta.

En efecto, el artículo 84 establece imperativamente que aquellos incidentes originados en hechos anteriores o coexistentes con la iniciación del pleito deben promoverse antes de realizarse cualquiera gestión principal en el juicio. No atiende, entonces, la ley en este caso a la circunstancia de conocerse o no dichos hechos. Realizada con posterioridad a ellos una gestión principal, cesa el derecho para deducir la cuestión incidental. Si se desconoce la existencia de los hechos y se verifica una gestión de la naturaleza indicada, de nada vale la ignorancia de ellos y no puede aún ser invocada por el articulista. Un incidente deducido en tales condiciones debe ser desechado por el tribunal, salvo que se refiera a la nulidad procesal, como luego se dirá.

Las dos situaciones que contempla el artículo 84, a que nos hemos referido, dicen relación, en nuestro concepto, con el demandado, y es a éste a quien dicho precepto li-

mita la oportunidad para promover incidentes. Con respecto al demandante, es muy difícil que ocurran hechos anteriores o coexistentes con la iniciación del juicio que pudieran servir de base a incidentes ordinarios.

Además, en esta etapa del pleito el demandante procura darle celeridad al procedimiento y no dilatarlo, lo que no se aviene con la formulación de incidentes. Los hechos que puedan dar origen a cuestiones incidentales propuestas por el acto ocurrirán después de notificada la demanda, cuando ya exista juicio, y tales cuestiones no están regidas por el artículo 84, sino que por el artículo 85.

El artículo 84 parece estar de acuerdo con nuestra interpretación, ya que el ejemplo que da de hecho existente a la iniciación del juicio —defecto legal en el modo de proponer la demanda— mira precisamente al demandado, a quien lógicamente corresponde señalar los vicios de que adolece aquélla.

### *EL ARTICULO 84 Y LAS EXCEPCIONES DILATORIAS*

Sentado el principio de que el artículo 84 se refiere fundamentalmente al demandado, llegamos a la conclusión de que el contenido de este precepto es semejante a lo que expresa el artículo 303 respecto de las excepciones dilatorias. Sabemos que estas excepciones tienen por objeto la corrección del procedimiento y que sólo pueden interponerse, por regla general, hasta antes de contestar la demanda, dándoseles la tramitación de los incidentes.

Si examinamos la enumeración que el artículo 303 hace de las excepciones dilatorias, fácil es constatar que ellas pueden fundarse en hechos ocurridos antes o durante la iniciación del juicio aceptando la terminología del Código. En efecto, corresponden a las primeras la litisdependencia, la falta de capacidad del demandante y el beneficio de la excusión. Como el artículo en referencia no hace una enumeración taxativa, nosotros podemos agregar otros casos: la citación de evicción, la facultad que el artículo 21 acuerda al demandado para llamar al juicio a terceros, etc. Y se basan en hechos coexistentes con la iniciación del juicio, las excepciones de incompetencia del tribunal, la falta de personería o representación legal del que comparece a nombre del demandante y la ineptitud del libelo. A éstas podemos agregar nosotros los vicios en que se incurre al practicarse la notificación de la demanda, y, en general, las que se refieren a la corrección del procedimiento sin afectar al fondo de la acción deducida.

Debemos hacer resaltar, para confirmar que los artículos 84 y 303 están reglamentando situaciones semejantes, el hecho de que ambos preceptos señalan el límite para promover dichas incidencias o excepciones, como quiera denominárselas. Así, mientras el artículo 303 prohíbe interponer excepciones dilatorias, en cuanto tales, después de vencido el término de emplazamiento (artículo 305), el artículo 84 impide que, con posterioridad de realizarse cualquiera gestión principal, se tramiten incidencias basadas en hechos ocurridos antes o durante la iniciación del pleito. Y debemos entender por cualquier "gestión principal" aquella "que mire al fondo del asunto o con influencia en su decisión final", vale decir, para el caso en estudio, la contestación de la demanda.

### *HISTORIA DEL ARTICULO 84*

El actual artículo 84, en lo que por el momento nos interesa, corresponde al artículo 97 del Proyecto Vargas Fontecilla. Este último precepto indicaba, por vía de ejemplo, como



incidentes basados en hechos coexistentes con el principio del juicio, la incompetencia del juez, la falta de personería del demandante y defectos legales en el modo de proponer la demanda.

Además, disponía que bastaba ejecutar cualquiera gestión en el juicio, principal o no, para impedir que se acogiera un incidente propuesto con posterioridad. Era, en este aspecto, más estricto el Proyecto que el actual artículo 84.

La Comisión Revisora de 1893 modificó dicha disposición en la forma que actualmente aparece en el Código, y las Leyes N°s 3.390, 7.760 y 11.183 no le hicieron innovaciones al respecto. A su vez, la Ley N° 18.705, si bien modificó la disposición en estudio, no alteró su contenido respecto de lo que ahora interesa.

### *INCIDENTES ORIGINADOS POR HECHOS ACAECIDOS DURANTE EL JUICIO*

El artículo 85 establece: "Todo incidente originado de un hecho que acontezca durante el juicio, deberá promoverse tan pronto como el hecho llegue a conocimiento de la parte respectiva".

"Si en el proceso consta que el hecho ha llegado al conocimiento de la parte, y si ésta ha practicado una gestión posterior a dicho conocimiento, el incidente promovido después será rechazado de plano, salvo que se trate de alguno de los vicios o circunstancias a que se refiere el inciso 3° del artículo anterior".

En estricto derecho este artículo contempla el caso de incidentes originados en hechos acaecidos una vez notificada la demanda, sea en forma expresa o tácita, hasta el momento en que las partes sean citadas para oír sentencia. Sin embargo, para armonizar esta disposición con la anteriormente estudiada, diremos que los hechos producidos en el curso del juicio son aquellos que ocurren desde la contestación de la demanda o desde que ha transcurrido el plazo para hacerlo, hasta la citación para oír sentencia, sin perjuicio de las excepciones que señala el artículo 85.

La disposición en estudio, a diferencia del artículo 84, da especial importancia al conocimiento que de dichos hechos tiene la parte respectiva. Ocurrido dicho conocimiento, debe interponerse la incidencia correspondiente antes de ejecutarse cualquiera gestión en el pleito. En caso contrario, será rechazada de plano.

El artículo 85 nos habla simplemente de la realización de una gestión, sin precisar su importancia. En cambio, el artículo 84 se refiere expresamente a una gestión principal en el juicio.

Es evidente que el empleo de expresiones diversas en los dos artículos indicados corresponde también a intenciones diferentes del legislador en uno y otro caso. Así, mientras en uno exige una diligencia esencial en el pleito, en el otro sólo prescribe una diligencia, cualquiera que sea su trascendencia, ya que el vocablo gestión, sin otro agregado, es "toda solicitud o diligencia que se hace para conseguir una cosa". Se supone conocimiento del hecho que motiva la incidencia.

El Código es acertado cuando acepta en el artículo 85 cualquier trámite o gestión, pues puede ocurrir que los hechos que sirven de base al incidente sucedan cuando no sea procedente en el pleito ninguna diligencia de carácter esencial. Si no fuera así, podrían promoverse incidentes en la ocasión en que las partes desearan según su conveniencia, vulnerándose el principio de la celeridad y economía en los procesos.

Es importante recalcar que, de acuerdo con la redacción del artículo 85, sólo podría rechazarse de plano un incidente promovido extemporáneamente cuando conste en el proceso que los hechos que lo originan eran de conocimiento de la parte respectiva desde

antes que ésta realizara cualquier gestión en el pleito. Es así como dicho precepto expresa que "si en el proceso consta que el hecho ha llegado al conocimiento de la parte, y si ésta ha practicado una gestión posterior a dicho conocimiento, el incidente promovido después será rechazado de plano".

Esto no impide a la contraparte probar que quien promueve un incidente lo está haciendo extemporáneamente, y si así se establece, el tribunal debe desestimarlos. Pero en este caso el incidente no es desestimado de plano, ya que ha debido ser tramitado en la forma ordinaria.

Las expresiones "de plano" y "de oficio" que emplean los artículos 85 y 84, respectivamente, para estos efectos, son sinónimos, ya que conducen al mismo fin, e indican que en ambos casos el incidente opuesto extemporáneamente debe ser rechazado sin dársele tramitación alguna, pero, repetimos, para que así ocurra es menester que la extemporaneidad exista en el proceso.

No siempre el legislador da a estos términos el mismo significado.

En efecto, la expresión "de oficio" la emplea para referirse a la facultad que tiene el tribunal de actuar en ciertos casos por propia iniciativa sin esperar requerimiento de parte, lo que constituye una excepción a una de las bases de la administración de justicia, cual es la pasividad de los tribunales. En tal sentido la encontramos en los artículos 201, 256, etc.

Por su parte, "de plano" significa que una determinada petición de los litigantes puede ser aceptada o desechada por el tribunal sin darle mayor tramitación, omitiendo las formalidades que prescribe el legislador para la generalidad de los casos. Así está utilizada dicha expresión en los artículos 142, 823, 824, etc.

### *HISTORIA DEL ARTICULO 85*

El Proyecto del señor Vargas Fontecilla contenía en el artículo 98 un precepto análogo al actual artículo 85, que no sufrió innovaciones en la Comisión Redactora del Código, ni por leyes posteriores. La Ley N° 18.705 no le introdujo modificaciones, aunque lo dejó en desarmonía con el artículo 84, lo que fue reparado por la Ley N° 18.882.

### *INCIDENTES CUYAS CAUSAS EXISTEN SIMULTANEAMENTE*

El artículo 86 expresa que "todos los incidentes cuyas causas existan simultáneamente deberán promoverse a la vez. En caso contrario se observará, respecto de los que se promuevan después, lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 84".

La disposición transcrita tiene por finalidad obligar a los litigantes a que no sólo interpongan incidentes en determinadas oportunidades, sino también suprimir la tramitación separada de cuestiones secundarias al pleito en aquellos casos en que puedan hacerse valer conjuntamente por fundarse en hechos diversos y existentes en un mismo tiempo.

El principio contenido en el artículo 86 lo encontramos ya incorporado en las Siete Partidas. Es así como en la 3ª Partida, Título 3°, Ley IX, se dispone que "si el juez llegare a la conclusión de que una de las partes alega estas cuestiones maliciosamente, para prolongar el pleito, puede darle un plazo perentorio para que las formule todas juntas y las pruebe".

El artículo 86 debe interpretarse de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 84 y

85. Hay que distinguir para ello dos situaciones, sin perjuicio de lo que se dirá respecto de la nulidad procesal:

a) Incidentes cuyas causas ocurran simultáneamente, antes o durante la iniciación del juicio. En este caso deben ellos promoverse conjuntamente antes de realizarse cualquiera gestión principal en el pleito, pues en caso contrario serán rechazados de oficio (artículo 84).

b) Aquéllos cuyas causas existan simultáneamente y aparezcan durante el juicio. Deben promoverse a la vez tan pronto como lleguen al conocimiento de la respectiva parte los hechos que los originan. Si después de conocerse ellos se realiza cualquiera gestión en la causa, deberá el juez rechazar de plano los incidentes (artículo 85).

Establece también el artículo 86 la misma sanción prevista en los dos artículos que le anteceden, pues se remite al 84, al igual que el 85. De esta manera, si se promueven separadamente incidentes cuyas causas existen simultáneamente, los interpuestos con posterioridad deben ser rechazados de oficio.

El precepto en estudio da lugar a varias situaciones interesantes. En primer lugar, cabe preguntarse si las cuestiones accesorias tramitadas en conformidad con este artículo deben considerarse como un solo incidente o como varios diferentes que sólo tienen de común el hecho de someterse en conjunto a la misma tramitación.

No hay duda alguna de que el espíritu del legislador fue que se dedujeran conjuntamente y que formaran un solo material, pues ello se conforma con el principio de la economía procesal. De este modo, deben someterse a los mismos trámites y plazos y terminar con un mismo fallo, que se referirá a las diversas materias planteadas.

Las cuestiones en referencia sólo tienen una tramitación común, sin dejar por ello de conservar su individualidad. En efecto, el artículo 86 al manifestar que todos los incidentes cuyas causas existen simultáneamente deben promoverse al mismo tiempo, está señalando que ellos sólo se interpondrán a la vez, pues esta expresión, según la Real Academia de la Lengua, significa: "Tiempo u ocasión para hacer alguna cosa por turno u orden". En esta forma, lo que el legislador persigue es que estos incidentes se hagan valer en la misma ocasión o tiempo, pero no pretende que se conviertan en una sola cuestión o controversia.

Además, el artículo en estudio habla de "todos los incidentes cuyas causas existan simultáneamente", o sea, reconoce que se trata de varios que deben tramitarse a la vez.

Por otra parte, siendo distintos los hechos que dan lugar a las cuestiones propuestas, no puede concluirse que se trata de una sola controversia incidental.

Además, esta interpretación permite dar cumplida aplicación a los artículos 138 y 144, que establecen que quien pierda un incidente deberá ser condenado en las costas. Si se considera que es una sola contienda incidental será muy difícil hacer efectivas estas disposiciones. En cambio, si se estima que se trata de varios incidentes diferentes, podrá fácilmente, pese a ser resueltos en un solo fallo, distinguirse entre los perdidos y los ganados.

No es posible, tampoco, como se ha pretendido por algunos, establecer analogía entre la situación prevista en el artículo 86 y la acumulación de autos. Ambas instituciones tienen fundamentos distintos. La segunda de las nombradas tiende a evitar la dictación de fallos contradictorios en dos o más juicios de igual naturaleza, pero promovidos separadamente. En cambio, el artículo 86 trata que no se promuevan incidentes diferentes y sucesivos que dilaten, oscurezcan o perturben la marcha o conocimiento del juicio. No se necesita aquí que ellos se relacionen o asemejen en sus caracteres. Sólo bas-



ra que los hechos que los originan existan simultáneamente.

De todas maneras, para evitar dudas sobre la materia que nos ocupa, creemos que debe adoptarse la siguiente norma: cabe considerar como varios incidentes diferentes aquellos que no tengan ninguna relación, es decir, que los hechos que les dan causa no tengan conexión entre sí, fuera de la simultaneidad de su existencia. En cambio, los que están vinculados por su finalidad, sus motivos o por sus justificaciones, no sólo tendrán una tramitación común, sino que, además, debe estimárseles como una sola incidencia, con las consecuencias que ello significa.

Si entre los incidentes promovidos a la vez y a que se refiere el artículo 86, hay algunos de previo y especial pronunciamiento y otros que no tienen tal carácter, deben todos ellos tramitarse en el cuaderno principal, según lo preceptuado en el inciso 1° del artículo 87, puesto que, constituyendo un solo hecho material las diversas controversias accesorias en lo que respecta a su tramitación, no es posible separar unos de otros, y en tal caso se suspende el curso de la causa principal.

Si entre las mismas incidencias planteadas conjuntamente no hay ninguna de previo y especial pronunciamiento, deben ellas tramitarse en ramo separado, sin paralizar la marcha del litigio, de acuerdo con lo estatuido en el inciso 2° del artículo 87.

El artículo 86 contempla el caso de varios incidentes que se deducen en un solo acto y que se someten a una tramitación única a virtud de que las causas en que se basan existen simultáneamente. En estas condiciones no resulta aplicable a tales incidentes el artículo 88, que contempla la situación de controversias incidentales que se formulan separadamente y en forma sucesiva en un mismo juicio.

Los incidentes que nos preocupan se formulan conjuntamente y se someten a una tramitación única y terminan, por tanto, con un solo fallo que abarca las diversas cuestiones planteadas. ¿De qué naturaleza procesal es esta resolución? Un fallo puede ofrecer caracteres, a la vez, de sentencia definitiva o de otro tipo de resolución según cuales sean las materias a que se refiera y los efectos que produzca. De este modo, el pronunciamiento que recae en el caso en estudio podrá ser sentencia interlocutoria en cuanto establece derechos permanentes en favor de las partes, y auto en lo que respecta a decisiones que no tengan tal alcance.

#### *SANCION QUE DEBE RECAER SOBRE UN INCIDENTE PROMOVIDO EXTEMPORANEAMENTE*

Al estudiar los casos contenidos en los artículos 84, 85 y 86 nos hemos referido a la sanción que cabe aplicar cuando se deduzca un incidente fuera de las oportunidades que esos preceptos señalan. Sólo haremos en este número una recapitulación de lo expresado.

✓ Como lo dijimos, es regla general que los incidentes deben ser promovidos tan pronto como llegue al conocimiento de la parte respectiva el hecho que les da origen, sea que tal hecho se verifique antes del juicio o durante él. Si se les deduce después de cualquiera gestión principal en el pleito, en el primer caso, o después de una gestión posterior al conocimiento del hecho, en el segundo, los incidentes deben ser rechazados de plano o de oficio por el tribunal.

Igual sanción tiene lugar cuando no se formulan a la vez las cuestiones incidentales cuyas causas existan simultáneamente. Si así ocurre, deben ellas ser desestimadas de oficio.

Rechazar de oficio o de plano, como ya lo hemos expresado, para estos efectos, es lo

mismo. Significa que dichos incidentes promovidos extemporáneamente no tendrán tramitación alguna. El juez, desde luego, debe negar lugar a ellos, evitando toda dilación en la causa principal, cualquiera que sea el carácter de la incidencia. No habrá necesidad, entonces, de pedir tal rechazo. La contraparte queda ajena a la cuestión, pues ésta no ha alcanzado a tener tramitación, y prácticamente no ha existido. Esto quita que a tal incidente, promovido fuera de las oportunidades señaladas, deba considerársele como un incidente perdido con las consecuencias indicadas en el artículo 88.

La actitud que el tribunal debe adoptar en la situación propuesta constituye una excepción a la regla de la pasividad del Poder Judicial. El artículo 10 inciso 1° del Código Orgánico de Tribunales establece que "los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio". Por regla general, entonces, la acción de la justicia es pasiva. El tribunal debe ser requerido para actuar. Tal principio tiene excepciones. Una de ellas es el caso que nos ocupa, en que el tribunal debe proceder por su propia iniciativa, sin necesidad de requerimiento previo, sea de alguna persona o de algún organismo.

La sanción en referencia no tiene lugar cuando el incidente se basa en vicios que anulan el proceso o se refieren a una circunstancia esencial para la ritualidad o marcha del juicio. En estos casos puede promoverse aun con posterioridad a la citación de las partes para oír sentencia, siempre que se respeten las oportunidades previstas en el artículo 83. De ellas nos ocuparemos en las líneas siguientes.

#### *EL INCIDENTE DE NULIDAD PROCESAL CIVIL*

Es evidente que la petición de nulidad procesal durante el curso del proceso es un incidente de la causa, pues constituye una cuestión accesoria que debe ser resuelta por el juez mediante un pronunciamiento especial y en que, en general, reúne las condiciones establecidas para los incidentes en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil.

No obstante la importancia de esta materia, no tiene señalada una tramitación especial en la ley, debiendo dársele, en consecuencia, la correspondiente a los ordinarios o comunes prescrita en el Título IX del Libro I del Código de Procedimiento Civil, artículos 82 a 91.

Creemos innecesario recordar aquí la tramitación de un incidente ordinario, a la que, según lo dicho, debe someterse la solicitud de nulidad de un acto del proceso durante su sustanciación.

Solamente estimamos de interés, dentro de la finalidad perseguida, dar algunas ideas generales acerca de la oportunidad en que puede promoverse el incidente de nulidad procesal, pues sobre el particular hay normas especiales que difieren de las ya analizadas.

Cabe tener presente que, para estos efectos y para otros, la ley no atribuye igual valor a todos los actos procesales. A algunos los considera como absolutamente necesarios para la estructura del juicio, de manera que si faltan o se ejecutan imperfectamente, provocan la ineficacia o nulidad de todo el proceso. Y ello, porque tales actos sirven de base a la relación procesal que se forma entre las partes con ocasión del juicio y que constituye la estructura misma del proceso. No señala la ley expresamente cuáles son estos actos, pero la jurisprudencia, sobre las bases señaladas, le ha dado este carácter, por ejemplo, a la competencia absoluta del tribunal, la capacidad de las partes, la notificación válida de la demanda, el emplazamiento, etc.

Es así como la jurisprudencia, en general, considera que los vicios que anulan el

proceso son aquellos que inciden en alguno de los elementos de la relación procesal, vale decir, y como se dijo, sobre la capacidad de las partes, sobre la competencia del tribunal, sobre el emplazamiento, etc. Si falta alguno de estos elementos la relación procesal no es válida, y esta anomalía puede hacerse valer incidentalmente en cualquier momento del proceso, con las limitaciones que luego se dirán.

Junto a estos actos esenciales existen otros complementarios de ellos que, siendo también normales del proceso, no tienen su misma importancia, de modo que si se ejecutan defectuosamente su declaración de ineficacia sólo se circunscribe a ellos y no se extiende a todo el proceso, como ocurre con los anteriores. Son los trámites no esenciales del proceso y tienen este carácter, por ejemplo, la réplica, la dúplica, un medio de prueba, etc.

Ahora bien, antes de la Ley N° 18.705, en los casos que la nulidad incidía en alguno de los actos que hemos llamado esenciales, cuya ineficacia se extiende a todo proceso, podía ella solicitarse por la vía incidental en cualquier momento de su tramitación, aun después de citadas las partes para oír sentencia en primera instancia y antes de la vista de la causa en segunda. Así lo prescribían los artículos 84, 85, 86 y 433.

En cuanto a la petición de nulidad de los actos que hemos llamado no esenciales y que únicamente alcanza a ellos y no al proceso, antes de la ley referida, sólo podía formularse en las etapas normales de interposición de los incidentes ordinarios, esto es, por regla general, tan pronto llegue al conocimiento del afectado, no pudiendo hacerlo después de realizar alguna gestión posterior en el juicio, oportunidad en que se producía la convalidación del acto viciado, por haber declinado las partes a alegar la nulidad.

En todo lo demás regían las normas contenidas en el referido Título IX del Libro I del Código de Procedimiento Civil para los incidentes ordinarios.

La Ley 18.705 modificó la estructura del indicado título, lo que dice relación con el incidente de nulidad procesal. Estimó necesario destinarle un artículo exclusivamente a ella, en el que se establecen sus características más salientes y que le hacen diferir de los incidentes comunes.

El precepto señalado es el artículo 83. Entre las normas que contiene sobresalen las relativas a la oportunidad en que deben promoverse los incidentes en estudio. Comienza —en lo que interesa— prescribiendo que “la nulidad sólo podrá impetrarse dentro de cinco días, contados desde que aparezca o se acredite que quien debía reclamar la nulidad tuvo conocimiento del vicio, a menos que se trate de la incompetencia absoluta del tribunal”.

La disposición transcrita, nos parece, contiene una regla general y una especial. La primera, por el carácter indicado, se aplicaría a todos los incidentes de nulidad procesal, sin distinguir la magnitud del vicio ni la importancia del acto en que inciden. La segunda se circunscribe únicamente a la incompetencia absoluta.

En cuanto a la regla general, como se vio, prescribe que los incidentes mencionados de nulidad sólo podrán impetrarse en el plazo fatal de cinco días. Explica enseguida cuándo empieza a correr este lapso: desde que aparezca o se acredite que el sujeto activo tuvo conocimiento del vicio.

Como puede apreciarse, se siguió el mismo sistema del Código respecto de la nulidad de todo lo obrado por falta de emplazamiento, que reglamenta el artículo 80. Al igual que en él, corresponderá a la contraparte probar que el conocimiento aludido se adquirió en una oportunidad diferente a la sostenida por el incidentista, por estar éste protegido por la presunción legal de la buena fe.

En lo que dice relación con la incompetencia absoluta del tribunal, escapa especialmente de la normatividad anterior, por lo que estimamos que podrá invocarse la nulidad

pertinente —que será de todo lo obrado— en cualquier momento del proceso, hasta que surja la autoridad de cosa juzgada, que lo convalidará. Parece adecuado este tratamiento por la condición de Derecho Público de las normas que regulan este tipo de competencia, a diferencia de las que gobiernan la relativa, esencialmente renunciables, en materia contenciosa civil.

Hasta ahora todo parece claro. Pero se oscurece si relacionamos la disposición analizada con el actual artículo 84. Este, como se vio, se refiere a los incidentes que se originan en un hecho anterior al juicio o coexistentes con su principio. Dispone que deben promoverse antes de hacer cualquier gestión principal en el pleito, agregando el nuevo inciso tercero que si se hace después, "será rechazado de oficio por el tribunal, salvo que se trate de un vicio que anule el proceso, en cuyo caso se estará a lo que establece el artículo 83..."

Recordemos que este último —al que se remite el 84— prescribe un plazo perentorio de cinco días para promover cualquier incidente de nulidad con la sola excepción del relativo a la incompetencia absoluta.

¿Cómo conciliar ambos preceptos? Uno obliga que los incidentes que nos preocupan se promuevan antes de hacerse cualquier gestión principal en el pleito y el otro que dentro de cinco días computados desde que se conoce el vicio.

La única explicación razonable parece ser la siguiente, a la que llegamos no sin pocas dificultades.

Debe partirse de lo prevenido en el artículo 84, por referirse a un tipo especial de incidente, vale decir: a) al que se origina en un hecho anterior al juicio o coexistencia con su principio, y b) que anule el proceso, no sólo un acto aislado de él; se promoverá antes de hacer cualquier gestión principal en el pleito, la que normalmente será la contestación de la demanda.

Si así no sucede, por mandato del mismo artículo, el tribunal rechazará de oficio la incidencia tardíamente opuesta, siempre y cuando —creemos— se acredite o aparezca que quien la formula tuvo conocimiento, sin invocarlo, del vicio que se sirve de fundamento, con anterioridad a la práctica de la gestión señalada. Este conocimiento puede deducirse del propio contenido de ésta. Se habrá producido la convalidación del acto nulo.

Puede ocurrir que no aparezca ni se acredite el conocimiento exigido del vicio antes de realizarse la gestión ni de ella se desprende que exista. Sólo en esta eventualidad procedería la remisión que se hace al artículo 83, de lo que resulta que la nulidad podrá pedirse en el curso del proceso, pero dentro de los cinco días siguientes de tomarse el conocimiento exigido de la irregularidad correspondiente, rechazándose de oficio en caso contrario, por extemporáneo.

Y ¿qué pasa si la parte conoce el vicio que anula lo obrado, no pide la correspondiente nulidad, ni realiza gestión alguna? Creemos que debe volverse al artículo 84, esto es, mantiene el derecho a invocar la nulidad hasta practicar esa gestión, sin perjuicio de la convalidación que surgirá de la autoridad de cosa juzgada al término del proceso. No procede aplicar el artículo 83 por tratarse de una nulidad de lo obrado proveniente de un hecho acaecido antes o coetáneo con la iniciación del juicio.

Todo lo dicho anteriormente armoniza con lo dispuesto en el artículo 305, entendiéndose que la mención que allí se hace es a los artículos 83 y 84 y no al 85 y 86.

Cabe advertir que lo afirmado también se aplica a las circunstancias que el artículo 84 llama —al igual que su antecesor— esenciales para la ritualidad o la marcha del juicio y que coinciden con los actos cuya nulidad se extiende a todo el proceso, según lo de-



mostramos en otra oportunidad<sup>1</sup>.

Finalmente, decretada la nulidad de los actos en estudio, el tribunal dispondrá que se practiquen las diligencias necesarias para que el proceso siga su curso normal, como lo exige el mismo artículo 84, debiendo tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 55, inciso segundo.

Lo expresado se aplica, como se dijo, a los incidentes de nulidad de todo lo obrado en el proceso si el hecho que le sirve de fundamento ocurrió antes del juicio o coexistente con su iniciación.

Veamos ahora la situación de los incidentes de nulidad que no implica la del proceso, por vicios cometidos antes del juicio o coetáneos con su iniciación, como sería algún defecto de la demanda. Nos parece que podrían ofrecerse dos alternativas, a saber:

a) El incidente sólo se rige por las normas del artículo 83, de lo que resulta que deberá formularse en el plazo allí señalado, contado desde que aparezca que el perjudicado con el vicio tuvo conocimiento de él. Pero si antes del transcurso de ese término hace alguna gestión que lo suponga, se habrá convalidado el acto viciado, o

b) La irregularidad debe formularse por medio de una excepción dilatoria, en el plazo pertinente, esto es antes de contestar la demanda; nos parece lo correcto.

En cuanto a los incidentes originados en irregularidades suscitadas en el curso del proceso, cualquiera que sea el efecto que en él produzcan, caen de pleno en las normas del referido art. 83, que tiene el carácter de especial frente al 85, que se refiere a los incidentes en general, dejando al primero la reglamentación de los de nulidad. Deben promoverse dentro del plazo de 5 días señalados, a menos que antes se realice una gestión que suponga conocimiento del vicio.

Finalmente, los incidentes de nulidad de cuyas causas la respectiva parte tomó conocimiento a la vez, deberán promoverse conjuntamente por mandato del artículo 86, dentro del plazo tantas veces señalado. Pero si antes de transcurrir se hace gestión de que surja conocimiento del vicio, sin invocar la nulidad, ésta queda saneada.

#### *EL INCIDENTE DE NULIDAD PROCESAL PENAL*

Al igual como lo dijimos en materia civil, la petición de nulidad procesal durante el curso del proceso penal es un incidente de la causa, pues reúne las condiciones establecidas en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil.

No obstante la importancia de esta materia, no tiene señalada una tramitación especial en la ley, debiendo dársele, en consecuencia, la correspondiente a los ordinarios o comunes prescrita en el Título IX del Libro I del Código de Procedimiento Civil, artículos 82 a 91, a que nos llevan los artículos 43 y 68 del de Procedimiento Penal.

Recordemos que la última disposición citada hace aplicables, en materia procesal penal, las normas relativas a nulidades contenidas en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto no sean contrarias a la esencia del juicio de esa naturaleza y a norma expresa.

Estimamos de interés dar algunas ideas generales acerca de las oportunidades en

<sup>1</sup> Los incidentes y en especial el de nulidad procesal. Edit. Jurídica, 4ª edición, pág. 108.



que puede promoverse el incidente de nulidad procesal, pues sobre el particular hay normas especiales que conviene recordar.

En efecto, el artículo 71 se encarga de señalar tales oportunidades, distinguiendo si los actos irregulares se verifican durante el sumario o el plenario.

Respecto de los primeros, el legislador señala tres oportunidades:

- a) Durante todo el curso del sumario, debiendo entenderse por tal el período que comienza con la resolución que dispone su instrucción y termina con la notificación legal de aquella que lo declara cerrado;
- b) En el plazo señalado en el artículo 401, es decir el de cinco días que se otorga a las partes para expresar su disconformidad con el cierre del sumario, contado desde la práctica de la notificación señalada; y
- c) En los escritos fundamentales del plenario, debiendo entenderse por tales —a nuestro parecer— la acusación o adhesión a la del juez por parte del querellante; la demanda del actor civil; la contestación del reo y las del personal o tercero civilmente responsable, en su caso.

Consignando lo anterior, surgen de inmediato varias interrogantes: ¿Queda al arbitrio de la respectiva parte elegir cualquiera de las ocasiones mencionadas para invocar la nulidad o deberá atenerse a la oportunidad precisa en que dentro del sumario se incurrió en el vicio que le sirve de fundamento? ¿Habrá que distinguir si tuvo o no publicidad del sumario antes de su cierre? En esta eventualidad, ¿se aplicará el plazo de cinco días dispuesto en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, recurriendo a él supletoriamente conforme al llamado del artículo 68 del de Procedimiento Penal, ante la carencia de precisión sobre la materia? Si dicho término transcurre sin pedirse la nulidad, ¿podría utilizarse las otras oportunidades o se ha producido la convalidación del acto viciado?

Podría sostenerse que los litigantes quedan facultados para elegir la oportunidad en que invocarán la respectiva nulidad. La amplitud legislativa en esta materia, a diferencia de otras, no autorizaría para establecer restricciones que no se desprenden de su letra y espíritu. No sería procedente trasplantar soluciones del Código de Procedimiento Civil ante una norma dada expresamente en materia procesal penal en el artículo 71 N° 1°, por equívoca que parezca.

Además, debe tenerse presente que las diversas oportunidades aludidas están separadas por la conjunción disyuntiva "o", lo que implica, según la Real Academia de la Lengua Española, "alternativa entre dos o más cosas, personas o ideas", pudiendo elegirse una de ellas.

El tiempo y la sabiduría de la jurisprudencia y la doctrina nos darán —sin dudas— una adecuada solución.

Mientras ello no suceda —provisoriamente y no sin dudas— nos atrevemos a dar la siguiente solución: a) Si existe publicidad del sumario rige el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil y, por tanto, debe invocarse la respectiva nulidad en el lapso de cinco días desde que se tenga o aparezca tener noticia del acto viciado; b) Si no existe tal publicidad, se solicitará la sanción en el plazo señalado en el artículo 401, es decir en el establecido para pedir se deje sin efecto el cierre del sumario; y c) Si, finalmente, la irregularidad se suscita después de cerrado el sumario y transcurrido el término del artículo recién citado, pero antes de la respectiva acusación, la nulidad se invocará en los escritos

fundamentales del plenario, aunque reconocemos que, en realidad, el acto viciado no sería del sumario, pero tampoco del plenario. Lo dicho es sin perjuicio de casos especiales de nulidad como los contemplados en los artículos de previo y especial pronunciamiento, en el artículo 80 del Código de Procedimiento Civil, cuando sea aplicable al juicio penal, etc.

En cuanto, ahora, a la ineficacia de los actos ejecutados durante el plenario, el Código es más preciso: se propondrá la respectiva nulidad dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se tuvo conocimiento del vicio.

Puede advertirse que en este último caso se siguió un criterio similar al de la Ley N° 18.705 en materia civil. Al igual que en ella, corresponderá a la contraparte o al propio juez establecer que el conocimiento que dice haber tenido de la irregularidad el incidentista lo adquirió realmente en una oportunidad diferente, por estar éste protegido de la presunción legal de la buena fe. En todo caso para el cómputo del plazo señalado deberá tenerse en consideración lo dispuesto en el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal.

Cabe también preguntarse cuál es, a su vez, la sanción en que incurre el litigante que opone extemporáneamente por vía incidental la nulidad de un acto del proceso. Nada nos dice el Código mencionado, de lo que resulta que habrá que recurrir a la solución que frente a igual situación da la ley procesal civil, a la que nos lleva el tantas veces citado artículo 68 del primero. No será, entonces, dicha sanción otra que el rechazo de plano y de oficio de la incidencia promovida, quedando subsanada la nulidad, conforme a la norma contenida en el artículo 71, bis. Igual criterio debe seguirse si la cuestión no tiene relación con el asunto materia del juicio. A ello nos llevan los artículos 84 y 85 del Código de Procedimiento Civil.

El mismo criterio de recurrir a este último cuerpo legal debe emplearse respecto de la tramitación de las cuestiones a que dé lugar la petición de nulidad, a las consignaciones que debe hacerse, si procede, y castigo del incidentista temerario, materias que no merecieron atención especial de la Ley N° 18.857.

En cuanto a los efectos que la sustanciación del incidente ocasiona en el curso del proceso, no debe olvidarse que, según el artículo 104 del Código de Procedimiento Penal, los incidentes que promuevan durante el sumario las partes civiles se tramitarán en ramo separado y no retardarán la marcha de aquél. Podría interpretarse que, por el contrario, los interpuestos por el reo, querellante y Ministerio Público en el mismo período y expediente principal serían de previo y especial pronunciamiento de la manera prevista en el artículo 87 del Código de Procedimiento Civil, circunstancia que no parece aconsejable al éxito y premura que la investigación criminal exige, reparo que no existe respecto de las incidencias promovidas con el mismo fin en el plenario por cualquiera de las partes. En este caso deberá examinarse cuidadosamente la respectiva incidencia para apreciar si reúne o no las condiciones exigidas en la disposición legal citada.

Finalmente, conviene dejar establecido que la resolución que recae sobre la nulidad es apelable, sin mayores distinciones, debiendo concederse el recurso sólo en el efecto devolutivo, por así disponerlo el inciso final del artículo 72. También es susceptible de reposición conforme a la regla general contenida en el artículo 56 y tampoco suspende su interposición el cumplimiento de dicha resolución.